

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

9 2019

settembre

IN QUESTO NUMERO:

ATTI DISCRIMINATORI DELLA PA E GIURISDIZIONE

LITISCONSORZIO E SOSPENSIONE NECESSARIA

TRUST E AZIONE REVOCATORIA

RECLAMO CONTRO I PROVVEDIMENTI CAUTELARI

PRESCRIZIONE DELLE RIMESSE SOLUTORIE

DIVIETO DI REVOCATIO REVOCATIONIS

IL PROCEDIMENTO DI RETTIFICAZIONE DEL SESSO

MEDIAZIONE E OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO

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

9 2019

settembre

IN QUESTO NUMERO:

ATTI DISCRIMINATORI DELLA PA E GIURISDIZIONE

LITISCONSORZIO E SOSPENSIONE NECESSARIA

TRUST E AZIONE REVOCATORIA

RECLAMO CONTRO I PROVVEDIMENTI CAUTELARI

PRESCRIZIONE DELLE RIMESSE SOLUTORIE

DIVIETO DI REVOCATIO REVOCATIONIS

IL PROCEDIMENTO DI RETTIFICAZIONE DEL SESSO

MEDIAZIONE E OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO

**MAGGIOLI
EDITORE**

Comitato Scientifico

DIREZIONE:

Prof. Lupoi Michele Angelo

COMITATO DI DIREZIONE:

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

COMITATO DI REDAZIONE:

Alemanno Roberto
Antonelli Alessio

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

Polizzi Mattia
Sponzilli Adriano
Tonelli Beatrice Irene
Villa Alberto
Zulberti Martino

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

PROCEDURE DI INSOLVENZA E RISTRUTTURAZIONI

- 5** Procedure d'insolvenza e ristrutturazione: alcuni dati delle Corti
di Lucilla Galanti

ATTI DISCRIMINATORI DELLA PA E GIURISDIZIONE

- 8** Quale giudice e quale giustizia: lo straniero e il confine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa
di Luca Galli

LITISCONSORZIO E SOSPENSIONE NECESSARIA

- 13** Litisconsorzio e sospensione necessaria del processo civile
di Francesco Martire

TRUST E AZIONE REVOCATORIA

- 18** Ancora una revocatoria di un atto di trust: quali certezze per i beneficiari?
di Ermelinda Hepaj

DEPOSITO DEL RICORSO PER CASSAZIONE

- 23** Il deposito del ricorso per cassazione: aspetti pratici
di Mirco Minardi

PRESCRIZIONE DELLE RIMESSE SOLUTORIE

- 28** Le Sezioni Unite sull'onere di allegazione relativo all'eccezione di prescrizione delle rimesse solutorie (Cass. civ., Sez. Unite, 13 giugno 2019 n. 15895)
di Martina Mazzei

DIVIETO DI *REVOCATIO REVOCATIONIS*

- 36** Il divieto di *revocatio revocationis* secondo il Consiglio di Stato: la differenza tra «è vietato» e «è severamente vietato»
di Jacopo Polinari

ESECUZIONE DELLA SENTENZA E SOSPENSIONE

- 40** La sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza di primo grado impugnata, disamina dei presupposti e delle differenze nei vari riti (ordinario, lavoro, locatizio). Aspetti applicativi e novità giurisprudenziali
di Giulia Baruffaldi

RECLAMO CONTRO I PROVVEDIMENTI CAUTELARI

- 43** Le Sezioni Unite, nell'interesse della legge, affermano la reclamabilità ex art. 669-terdecies c.p.c. del provvedimento sospensivo reso dal giudice dell'opposizione all'esecuzione c.d. "preventiva" ai sensi dell'art. 615, primo comma (Cass., Sez. Unite, 23 luglio 2019, n. 19889)
di Marco Farina

COMPETENZA DEL TRIBUNALE DELLE IMPRESE

- 47** Competenza del tribunale delle imprese prima e dopo la legge di riforma sugli appalti
di Maria Rosaria Manselli

CENTRO DEGLI INTERESSI PRINCIPALI DEL DEBITORE

- 54** Il centro degli interessi principali del debitore: dai regolamenti europei al nuovo Codice della crisi d'impresa
di Gianni Ghinelli

RETTIFICAZIONE DEL SESSO

- 62** Il procedimento di rettificazione del sesso
di Beatrice Irene Tonelli

CONTENZIOSO APPALTI

- 68** Illegittimità del bando indetto dal Comune per l'affidamento di servizi legali che non chiarisce l'attività in concreto da espletare. Commento

alla recente sentenza del TAR Lazio, Sez. II Bis, sentenza 3 luglio 2019 n. 8730/2019
di Alessio Antonelli

ATTUAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI

- 73** L'impugnazione dei provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 669 duodecies c.p.c. Nota a Cass. Civ., Sez. II, 17 aprile 2019 n. 10758
di Giorgio Mazzone

PRESUNZIONI E RAGIONAMENTO INFERENZIALE

- 77** Presunzioni: il ragionamento inferenziale segue il procedere della regolarità causale
di Mattia Polizzi

MEDIAZIONE E OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO

- 81** Chi deve introdurre la mediazione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo? La parola alle Sezioni Unite
di Martina Mazzei

PROCEDURE DI INSOLVENZA E RISTRUTTURAZIONI

Procedure d'insolvenza e ristrutturazione: alcuni dati delle Corti

di Lucilla Galanti

2 settembre 2019

Sommario

1. Cenni introduttivi: il progetto ACURIA
2. I dati emersi dall'esame delle procedure fallimentari
3. (Segue): e dalle procedure concordatarie
4. Alcune conclusioni (aperte)

1. Cenni introduttivi: il progetto ACURIA

Nell'Università di Firenze si è di recente concluso un progetto europeo, ACURIA, volto ad analizzare buone prassi ed ostacoli in materia di insolvenza[1]. Il progetto, che si è fondato su un'analisi di carattere precipuamente empirico, ha riguardato tre profili: uno quantitativo, rappresentato da un'indagine casistica, in base ad un campione di procedure messe a disposizione da alcuni tribunali[2]; uno qualitativo, attinente alla complessiva valutazione del sistema concorsuale, per come pragmaticamente percepito dai professionisti del settore; e, infine, uno comparato, caratterizzato dal raffronto tra i diversi ordinamenti coinvolti[3].

In questa sede, si vorrebbero ripercorrere alcuni dati

emersi dallo studio dei casi, soffermandosi, in particolare, su durata ed esito delle procedure oggetto di esame.

2. Alcuni dati emersi dall'esame delle procedure fallimentari

Rispetto ai fallimenti analizzati[4], la durata è (prevedibilmente) emersa come dato critico: a fronte di una piccola porzione di procedimenti conclusi entro l'anno di apertura, o in quelli immediatamente successivi, molte delle procedure si sono protratte anche oltre 10 anni[5].

Il giudizio negativo attinente al dato meramente temporale, però, risulta almeno in parte attenuato se la durata viene rapportata all'esito della procedura.

In generale, le procedure chiuse per ripartizione dell'atti-

[1] Al progetto ACURIA (*Assessing Courts' Undertaking of Restructuring and Insolvency actions: best practices, blockages and ways of improvement*), che si è svolto con il supporto finanziario della Commissione Europea (*Directorate-General Justice and Consumers, Call: JUST-2015-JC00-AG-1*), hanno partecipato il Centro de Estudos Sociais - Universidade de Coimbra (in qualità di capofila), l'Università di Firenze, la Uniwersytet Gdański e la Maastricht University. In sede nazionale, il progetto è stato diretto dai proff. I. Pagni e N. Abriani, e coordinato dal dott. L. Benedetti.

[2] Il progetto, che si è svolto nel periodo 1 gennaio 2017 - 30 aprile 2019, ha avuto ad oggetto sotto il profilo dell'indagine quantitativa un campione di procedure fallimentari e concordatarie chiuse tra il 2012 e il 2016.

[3] L'analisi qualitativa si è fondata su focus groups ed interviste a professionisti del settore, mentre l'indagine comparata tra i diversi ordinamenti ha consentito di individuare diverse categorie di ostacoli e buone prassi condivisi, di carattere normativo, istituzionale, professionale e comunicativo. Per maggiori approfondimenti si rimanda al report finale, di prossima pubblicazione, nonché al sito del progetto: acuria@ces.uc.pt.

[4] L'esame si è svolto rispetto ad un campione di procedimenti (in numero di 399) forniti dal Tribunale di Prato e un campione (in numero di 40) di fallimenti messi a disposizione dal Tribunale di Torino.

[5] Rispetto ai fallimenti provenienti dal Tribunale di Prato, 33 procedimenti si sono chiusi entro l'anno di apertura; 68 entro l'anno successivo dall'apertura; 45 entro 2 anni; 57 dopo 3-5 anni; 76 dopo 5-10 anni; 120 dopo oltre 10 anni. Rispetto al campione analizzato dei fallimenti provenienti dal Tribunale di Torino, 4 procedimenti si sono chiusi entro l'anno successivo a quello di apertura, 8 entro il 2° anno, 7 nei 3-5 anni successivi, 17 entro il 10° anno, 4 oltre il 10° anno.

vo, nel campione in esame, sono state numericamente prevalenti; dato positivo[6], benchè non sia trascurabile nemmeno il numero dei procedimenti conclusi per impossibilità di soddisfare il credito[7]. Se però le ragioni di chiusura si comparano alla durata, emerge che tra le procedure in corso per più di 10 anni, quelle chiuse ai sensi dell'[art. 118, n. 3, l. fall.](#) (quando, cioè, si sia compiuta la ripartizione finale dell'attivo) sono state la maggioranza, mentre estremamente basso è apparso il numero di quelle chiuse ai sensi dell'[art. 118, n. 4](#) (ossia, ove nel corso della procedura sia stato accertato che la sua prosecuzione non consente di soddisfare, neppure in parte, i creditori concorsuali, né i crediti prededucibili e le spese di procedura)[8]. Al contrario, nel campione esaminato di procedimenti conclusi entro l'anno di apertura o in quello successivo, l'incidenza di chiusure ai sensi dell'[art. 118, n. 4](#) è particolarmente elevata, mentre più scarse sono quelle *ex art. 118, n. 3*[9]. La particolare brevità della procedura, allora - se certamente può rappresentare un elemento di *performance* positiva - non è però un elemento desiderabile *in assoluto*: essa, infatti, può essere sintomo dell'assenza di liquidazione, eventualmente anche a fronte della (diffusa) mancata reperibilità di beni utili per tali fini. Non si è potuto valutare pienamente l'impatto della chiu-

sura anticipata del procedimento fallimentare anche in pendenza di azioni, ai sensi dell'[art. 118, comma 2](#), in quanto l'introduzione della norma ha coinvolto solo in parte le procedure rientranti nel periodo di riferimento del campione[10]; rispetto alle procedure chiuse nell'anno 2016, però, l'applicazione della norma è apparsa quantitativamente rilevante[11].

3. (Segue): e dalle procedure concordatarie

Rispetto al campione di procedure di concordato preventivo oggetto di esame[12], un primo dato rilevante riguarda la durata, significativamente inferiore rispetto a quella dei fallimenti. Considerando l'elemento temporale, i concordati preventivi del campione si sono potuti inquadrare in 3 macro-gruppi: uno, (ampiamente) minoritario, di procedure concluse entro l'anno di apertura[13]; uno, maggioritario, di procedure concluse entro l'anno successivo a quello di apertura[14]; uno di procedure concluse tra il primo e il secondo anno dall'apertura[15].

Tra gli elementi idonei ad esercitare un'influenza sulla durata dei procedimenti esaminati si possono segnalare, come fattori positivi, l'esistenza di un piano condiviso, approvato con maggioranze ampie[16], emerso come variabile ricorrente nelle procedure concluse entro l'an-

[6] Si consideri che, ad esempio, rispetto ai fallimenti provenienti dal Tribunale di Prato, ben 237 si sono chiusi ai sensi dell'[art. 118, n. 3 l. fall.](#) Merita però sottolineare che il campione di procedure è stato scelto in modo casuale e, dunque, non è significativo di una tendenza necessariamente rispondente ad un dato statistico generale.

[7] Sempre rispetto ai fallimenti provenienti dal Tribunale di Prato, 128 procedimenti si sono chiusi per impossibilità di soddisfare il credito ai sensi dell'[art. 118, n. 4, l. fall.](#)

[8] Per i fallimenti provenienti dal Tribunale di Prato, 82 procedure di "lunga durata" si sono chiuse ai sensi dell'[art. 183, n. 3](#), mentre solo 9 ai sensi dell'[art. 183, n. 4](#).

[9] Per i procedimenti provenienti dal Tribunale di Prato, solo 8 di quelli conclusi entro l'anno o entro l'anno successivo si sono chiusi ai sensi dell'[art. 183, n. 3](#).

[10] Si tratta delle chiusure intervenute tra il 2012 e il 2016.

[11] La norma, infatti, è stata modificata nel 2015. Tra i procedimenti provenienti dal Tribunale di Prato, nel 2016 si sono registrate le prime chiusure "anticipate" ai sensi dell'[art. 118, comma 2](#), in un numero comunque significativo rispetto al campione fornito: 6 per chiusura "anticipata" a fronte di distribuzione con mantenimento legittimazione curatore, 6 per chiusura "anticipata" in mancanza beni con legittimazione del curatore, 1 per chiusura "anticipata" in attesa di distribuzione.

[12] Un campione di concordati preventivi (in numero di 130) è stato fornito dal Tribunale di Roma, ed un secondo campione (in numero di 100) è stato messo a disposizione dal Tribunale di Prato.

[13] Tra le procedure oggetto di esame, 3 di quelle provenienti dal Tribunale di Roma e 6 di quelle provenienti dal Tribunale di Prato si sono concluse entro l'anno di apertura.

[14] 79 procedure provenienti dal Tribunale di Roma e 75 di quelle provenienti dal Tribunale di Prato si sono chiuse entro l'anno successivo a quello di apertura.

[15] 50 concordati preventivi del campione proveniente dal Tribunale di Roma e 19 del campione proveniente dal Tribunale di Prato si sono concluse entro il 2° anno successivo.

[16] Le 3 procedure concordatarie provenienti dal Tribunale di Roma e concluse entro l'anno hanno riguardato un concordato con cessione dei beni ai creditori, omologato in mancanza di opposizioni; un concordato con cessione delle attività ad un terzo assuntore, senza liberazione del debitore, con una sola opposizione giudicata priva di fondamento; un concordato con prosecuzione dell'attività in via indiretta (affitto e successiva vendita) approvato con l'unanimità dei creditori. Le procedure provenienti dal Tribunale di Prato concluse entro l'anno, invece, hanno riguardato: 2 concordati con cessione dei beni, approvati in mancanza di opposizione; un concordato con parziale cessione e ristrutturazione, approvato in mancanza di opposizione; tre concordati con piano liquidatorio, approvati con maggioranze ampie in mancanza di opposizione.

no dall'apertura; tra le procedure di maggiore durata, invece, è persa statisticamente significativa la provenienza della domanda da società facenti parte di un gruppo^[17], la proposizione di un ricorso con riserva ai sensi dell'art. 161, co. 6^[18], la presenza di opposizioni^[19].

Fallimento e altre procedure concorsuali

Procedure concorsuali Concordato preventivo Effetti del concordato aggiungi un tuo tag

4. Alcune conclusioni (aperte)

Tra gli elementi critici segnalati con maggiore frequenza dai professionisti del settore - oggetto di analisi qualitativa del progetto - la lunga durata delle procedure si è posta, come può apparire scontato, in una posizione assolutamente preminente. Meno scontata, al di là dei luoghi comuni, è stata l'individuazione delle cause di tale durata; le cui ragioni non vengono, per lo più, imputate a mancanze o intemperatività gestorie da parte dei tribunali - seppure sia stato certamente segnalato come elemento (patologico) l'eccessivo numero di procedure pendenti rispetto alle risorse giudiziarie a disposizione della materia concorsuale -, ma collegate ad un eccesso di burocratizzazione normativa. È infatti percezione diffusa che l'elevato formalismo delle procedure concorsuali si ripercuota ine-

vitabilmente sulla relativa durata^[20]; e, rispetto al problema, non sono stati avvertiti segnali marcatamente positivi anche a seguito dell'ultima riforma^[21].

Un ulteriore elemento che influisce negativamente sul dato temporale attiene poi alle tempistiche, non preventivabili, della fase di liquidazione, a propria volta strettamente connesse alle (imprevedibili) criticità del mercato. In questa prospettiva si colloca lo stesso divario, notevole, della durata media delle procedure concordatarie rispetto a quelle fallimentari; disparità dovuta ad una ragione eminentemente strutturale, a fronte della diversa incidenza della fase liquidativa, che solo nel fallimento rappresenta un momento endoprocedimentale, mentre, seguendo l'omologazione, si pone all'esterno della procedura di concordato preventivo. A tale proposito, non sono mancate opinioni e proposte mirate a rinvenire modalità di liquidazione più efficienti, eventualmente esternalizzando la stessa fase liquidativa.

Allo stato, però, si tratta innanzitutto di valutare se mutamenti di rilievo potranno effettivamente registrarsi a fronte dell'ultima riforma; considerazioni per le quali è necessario attendere la prassi applicativa che si svilupperà a fronte del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza.

[17] 23 procedure provenienti dal Tribunale di Roma e 5 provenienti dal Tribunale di Prato hanno riguardato un debitore appartenente a un gruppo.

[18] 13 procedure provenienti dal Tribunale di Roma, e 13 di quelle provenienti dal Tribunale di Prato hanno riguardato domande con riserva.

[19] Rispetto al campione proveniente dal Tribunale di Roma, in numero di 13.

[20] Per un maggiore approfondimento, anche in ottica comparata, si rimanda al report nazionale e a quello finale, nonché ai contributi reperibili sul sito del progetto: acuria@ces.uc.pt.

[21] Le interviste relative all'indagine qualitativa si sono svolte, per lo più, rispetto alla normativa previgente, ma non sono mancati riferimenti anche alla riforma confluita nel nuovo c.c.i.

ATTI DISCRIMINATORI DELLA PA E GIURISDIZIONE

Quale giudice e quale giustizia: lo straniero e il confine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa

di Luca Galli

3 settembre 2019

Sommario

1. Migrazioni e nomadismi
2. Lo straniero e il “nomadismo giurisdizionale”
3. Le condotte discriminatorie della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice ordinario
4. Una pronuncia particolare
5. Conclusioni

1. Migrazioni e nomadismi

“Se è vero che un tempo tutti gli uomini sulla terra erano cacciatori-raccoglitori nomadi, perché a un certo punto qualcuno si è messo a coltivare la terra, divenendo dunque sedentario, e gettando le basi per la nascita di comunità stabili [archetipo dei futuri stati nazionali e dei relativi confini]?”.

Cercando una risposta a questa domanda Jared Diamond, nel suo “Armi, acciaio e malattie. Breve storia degli ultimi tredicimila anni” ha ricostruito quelle che, secondo lui, sono le ragioni alla base degli attuali squilibri che caratterizzano i rapporti tra gli stati “sviluppati” e le nazioni in via di sviluppo, base, a loro volta, dell’attuale fenomeno migratorio^[1].

Se, dunque, quest’ultimo fenomeno è il contesto in cui si colloca la presente riflessione, il “nomadismo” qui in analisi è quello che, all’interno dello spazio figurato della giurisdizione nel nostro ordinamento, costringe gli stranieri, lesi dall’azione amministrativa, a varcare più volte la frastagliata linea di confine tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, alla ricerca della necessaria possibilità di tutela. La domanda di Diamond, dunque, potrebbe essere così riformulata: se è vero che vi sono ordinamenti giuridici caratterizzati da un giudice unico per privati e pubbliche amministrazioni (capaci di garantire lo “stanzialismo” giurisdizionale), perché nel nostro ordinamento si è avvertita l’esi-

genza di optare per un sistema dualistico, caratterizzato da una frammentazione delle controversie tra giudice ordinario e giudice amministrativo (dando luogo al “nomadismo” giurisdizionale)? O, ancora, specificando l’interrogativo in relazione al più limitato argomento in analisi: qual è la ragione che giustifica la frammentazione delle tutele giurisdizionali dello straniero, che si ritiene leso dall’agire della pubblica amministrazione, fra giudice ordinario e giudice amministrativo, in un modo ancora più capillare di quanto non accada per i cittadini?

2. Lo straniero e il “nomadismo giurisdizionale”

La risposta, tanto in ambito storico-antropologico quanto in quello giuridico, è sempre la stessa: essa si riassume nella necessità di individuare quale sia la scelta più efficiente, sulla base delle caratteristiche del contesto in cui essa viene effettuata. Per questo, popolazioni nomadi sono sopravvissute per migliaia di anni alla “scoperta” dell’agricoltura e per questo, in ambito giurisdizionale, possono ammettersi ordinamenti dualistici o monistici, nonché ordinamenti in cui la materia migratoria è attribuita a un unico (es.: Francia) o a più giudici (es.: Italia)^[2].

Del “nomadismo giurisdizionale” operante in relazione ai provvedimenti disciplinanti l’ingresso, la permanenza e l’al-

^[1] J. Diamond, *Armi, acciaio e malattie*, Torino, 2014.

^[2] *In materia di riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario nell’ordinamento francese, sia consentito il rinvio L. Galli, I diritti fondamentali e giudice amministrativo: uno sguardo oltre confine*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, pagg. 978 ss..

lontanamento dello straniero si è detto molto[3], così come oggetto di ampie riflessioni dottrinali e giurisprudenziali sono state le inefficienze conseguenti dall'affidare a due giudici distinti la sorte di provvedimenti fra loro strettamente connessi (si pensi al ben noto caso del diniego di permesso di soggiorno, contestabile innanzi al giudice amministrativo, e alle ipotesi di espulsione prefettizia, aventi come presupposto il diniego del permesso ma ricadenti nella giurisdizione del giudice ordinario)[4].

D'altronde, i rapporti dello straniero con l'amministrazione non si esauriscono nelle questioni legate all'accesso al territorio dello Stato, facendo così riemergere la problematica del confine tra le giurisdizioni durante tutto il suo soggiorno sul suolo italiano: si pensi, *ex pluribus*, alla necessità di accedere a una serie di prestazioni pubbliche indispensabili per il soddisfacimento dei c.d. "diritti fondamentali", riconosciuti dalla nostra Costituzione (così come dal diritto sovranazionale e internazionale) all'individuo non in quanto cittadino, ma in quanto essere umano, cui in ogni caso deve essere assicurata una qualità della vita accettabile[5].

Da qui la scelta di concentrarsi sullo specifico aspetto della tutela a fronte di discriminazioni per motivi razziali, etni-

ci, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, perpetrate dalle pubbliche amministrazioni tramite provvedimenti amministrativi, ossia tramite l'esercizio dei propri poteri autoritativi.

3. Le condotte discriminatorie della pubblica amministrazione e la giurisdizione del giudice ordinario

Come noto, il testo unico sull'immigrazione ([d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286](#)) ha introdotto una disciplina *ad hoc* relativa al divieto di discriminazione (o, se si vuole, al diritto a non essere discriminati), introducendo un'altrettanto specifica azione contro la discriminazione[6].

Esplicita è l'attribuzione delle controversie al giudice ordinario, anche quando la condotta discriminatoria sia riconducibile alla pubblica amministrazione. Da ciò, dunque, il summenzionato nomadismo: innanzi a un provvedimento amministrativo discriminatorio, infatti, lo straniero potrà chiedere l'annullamento al giudice amministrativo per i tradizionali vizi di legittimità, ma dovrà "spostarsi" innanzi al giudice ordinario per censurare il carattere discriminatorio, così da ottenere le tutele previste in relazione all'azione speciale[7]. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, poi, il giudice or-

[3] Vedansi A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pagg. 816 ss.; F. Cortese e G. Pelacani (a cura di), *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Napoli, 2017, pagg. 447 ss.; S. D'antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allentamento dello straniero dal territorio dello stato italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pagg. 534 ss.. Per una ricostruzione ancora più ampia della disciplina, si rimanda a P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, pagg. 201 ss. e M. Savino, *Libertà degli stranieri*, Milano, 2012, pagg. 227 ss..

[4] In dottrina, G. Tropea, *Homo sacer?*, in *Dir. amm.*, 2008, pagg. 839 ss.; N. Vettori, *Doppia giurisdizione ed (in)effettività della tutela giurisdizionale dello straniero*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, pagg. 54 ss.; N. Zorzella, *Giudizio avverso il diniego del titolo di soggiorno e giudizio relativo all'espulsione: due mondi non comunicanti? Spunti di riflessione per una nuova considerazione dello status di migrante in termini di diritto soggettivo*, in *Dir. imm. citt.*, 2006, pagg. 27 ss.; G. Siriani, *Le garanzie giurisdizionali avverso l'espulsione dello straniero*, in *Dir. pubbl.*, 2000, pagg. 889 ss.. In giurisprudenza, vedansi in primo luogo le pronunce della Corte costituzionale sulla conformità a Costituzione dell'ipotesi di riparto in questione, C. cost., [18 dicembre 2001, n. 414](#) e Id., [22 giugno 2006, n. 240](#). Si vedano, poi, Cass., sez. I, [17 dicembre 2004, n. 23577](#); Id., sez. un., [18 ottobre 2005, n. 20125](#); Id., sez. un., [16 ottobre 2006, nn. 22217 e 22221](#); Id., sez. VI, ord. [4 settembre 2013, n. 20331](#); Id., ord. [22 giugno 2016, n. 12976](#).

[5] Riguardo all'estensione dei diritti fondamentali dell'uomo all'individuo in quanto tale e non in quanto cittadino, vedasi la giurisprudenza costituzionale indicata in G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale ed esperienze europee*, Napoli, 2007, pagg. 216 ss. e A. Pace, *Dai diritti del cittadino ai diritti fondamentali dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2010, reperibile all'indirizzo <http://www.rivistaaic.it/dai-diritti-del-cittadino-ai-diritti-fondamentali-delluomo.html>. Vedansi anche, *ex pluribus*, S. Cassese, *I diritti sociali degli "altri"*, in *Riv. dir. sicurezza soc.*, 2015, pagg. 677 ss. e M. Immordino, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in *federalismi.it*, 19, 2014.

[6] [Art. 44 d.lgs. n. 286/1998](#): "Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione". In materia, P. Adami, *L'azione civile anti-discriminazione ex art. 44 t.u. immigrazione*, in *Giur. merito*, 2013, pagg. 502B ss.. Per uno sul sistema di protezione vigente nel nostro ordinamento avverso le azioni discriminatorie, vedasi R. Donzelli, *Tutela contro le discriminazioni (dir. proc. civ.)*, in *Diritto on line - Treccani*, 2012, reperibile al seguente indirizzo [www.treccani.it/enciclopedia/tutela-contro-le-discriminazioni-dir-proc-civ_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/tutela-contro-le-discriminazioni-dir-proc-civ_(Diritto-on-line)/) e Id., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, spec. 601 ss..

[7] Chiara, in questo senso, è la pronuncia del Tar Lombardia, Brescia, [15 gennaio 2010, n. 19](#), in cui i giudici amministrativi hanno annullato un'ordinanza sindacale con la quale si era vietato lo svolgimento di riunioni in luogo pubblico o aperto al pubblico in una lingua differente da quella italiana. Ad essere accolti sono stati i motivi concernenti l'incompetenza del Sindaco nell'adottare l'atto in questione, ossia quelli volti a contestare un cattivo esercizio dell'azione amministrativa. D'altra parte, gli stessi giudici si sono dichiarati carenti di giurisdizione per il motivo concernente il carattere discriminatorio dell'atto. Tale motivo ha poi costi-

dinario è giudice esclusivo della discriminazione, questo prima ancora dell'indicazione normativa, perché il diritto a non essere discriminati è un diritto "fondamentale", tutelabile solo dal giudice dei diritti[8].

Pur tralasciando la discutibile attualità della teoria su cui si basa tale affermazione - si rimanda a quanto riconosciuto dalla Corte cost., [27 aprile 2007, n. 140](#) circa la tutelabilità dei diritti "fondamentali" da parte del giudice amministrativo[9] - questa esclusività del giudice ordinario ha comportato l'impossibilità di far valere innanzi al giudice amministrativo la violazione della normativa antidiscriminatoria come vizio di legittimità del provvedimento, anche eventualmente attraverso la figura sintomatica della disparità di trattamento, facendo dell'[art. 43 TUI](#) solo la fonte del diritto a non essere discriminati, e non di un principio applicabile direttamente anche all'esercizio del potere amministrativo[10].

Il rischio è quello di creare una situazione paradossale, in cui l'atto discriminatorio non sarebbe di per sé invalido, né risulterebbe in ogni caso annullabile, non potendo il giudice ordinario annullarlo *ex art. 43 TUI* - come si vedrà a breve - e non potendo il giudice amministrativo sindacare il provvedimento sotto il profilo della violazione della normativa antidiscriminatoria.

Al di là di questa prima incoerenza, l'attribuzione dell'azione sulla discriminazione a un giudice diverso da quello del provvedimento non sembra aver comportato un'effettiva incertezza nell'individuazione del giudice cui rivolgersi: guardando alla giurisprudenza degli ultimi anni, sono limitatissime le ipotesi in cui il giudice amministrativo si sia trovato a negare la propria giurisdizione a fronte della lamentata discriminatorietà dell'atto impugnato[11]. Ciò grazie alla chiarezza della norma nell'assegnare queste controversie al giudice ordinario.

Non solo, ma l'introduzione di un'azione specifica ha consentito di definire puntualmente gli strumenti a disposizione del giudice chiamato a risolvere la controversia, prevedendo poteri che - quanto meno nel 1998 - apparivano ampiamente fuori portata per il giudice amministrativo[12]: se il giudice ordinario, come anticipato, non può annullare l'atto, egli può condannare l'amministrazione al risarcimento del danno (anche non patrimoniale) e ordinare la cessazione della condotta discriminatoria pregiudizievole, adottando, anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti (ivi inclusa l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni e la pubblicazione della sentenza su quotidiani di tiratura nazionale)[13].

tuito oggetto di autonoma azione antidiscriminatoria proposta innanzi al giudice ordinario, il quale l'ha accolta negando la rilevanza - ai fini di un eventuale *bis in idem* - della già intercorsa pronuncia del giudice amministrativo. L'annullamento del provvedimento, disposto dal Tar, ha acquisito significato solo ai fini della definizione dei contenuti dell'ordinanza: tale annullamento, infatti, ha escluso l'esigenza di ulteriori condotte da parte del Comune per far cessare il comportamento discriminatorio, ma non ha tuttavia impedito al giudice di ordinare una misura aggiuntiva - la pubblicazione della sentenza, a spese del Comune, su un quotidiano a tiratura locale - finalizzata alla stigmatizzazione della condotta discriminatoria dell'amministrazione (vedasi Tribunale di Brescia, 29 gennaio 2010, n. 71).

[8] Così Cass. civ., sez. un., [30 marzo 2011, n. 7186](#) e Id., [15 febbraio 2011, n. 3670](#).

[9] Per un'analisi della pronuncia, si rimanda alle numerose note dottrinali. *Ex pluribus*, G. Verde, *È ancora in vita l'art. 103, 1° comma, Cost.*, in *Foro it.*, I, 2008, pagg. 435 ss.; M.T. Sempreviva, *Diritto alla salute e alla salubrità ambientale e giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2007, pagg. 706 ss.; A. Battaglia, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, pagg. 1167 ss.; M.R. San Giorgio - F. Felicetti, *Controversie in materia di impianti di generazione elettrica e giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2007, pagg. 866 ss..

[10] Così, Cons. Stato, sez. III, [25 ottobre 2018, n. 6073](#). Un'eccezione sembra essere offerta da Tar Veneto, sez. III, [15 luglio 2015, n. 801](#); infatti, per quanto i giudici non affrontino espressamente la questione del riparto di giurisdizione, essi accolgono un motivo di censura riguardante il carattere ingiustamente discriminatorio di un'ordinanza sindacale diretta a limitare l'accesso dei migranti sul territorio comunale, per affermate ragioni di salute pubblica.

[11] Tra le poche, Tar Liguria, sez. II, [4 aprile 2016, n. 321](#).

[12] Sarà solo con la [legge 21 luglio 2000, n. 205](#) e, soprattutto, con il successivo Codice del processo amministrativo (C.p.a. - [d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104](#)) che si attuerà la c.d. "civilizzazione" del giudice amministrativo, ossia quell'evoluzione del giudice della p.a. che lo avvicinerà al giudice ordinario quanto alle tutele effettivamente offribili, in primo luogo in relazione alla tipologia di azioni esperibili, non più limitate a quella di annullamento. Riguardo all'utilizzo del termine "civilizzazione", si vedano R. Villata, *La prima riforma*, in B. Sassani - R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1 ss., e M. Renna, *Giusto processo ed effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. Della Cananea - M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 505 ss.. Sull'ampliamento delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo successivamente all'entrata in vigore del C.p.a., vedansi *ex pluribus* M. Ramajoli, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. Caranta (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2011, 573 ss.; R. Caponigro, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, 2010, reperibile su <https://www.giustizia-amministrativa.it>; M. Clarich, *Il nuovo Codice del processo amministrativo. Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121 ss.; B. Sassani, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1356 ss..

[13] Vedasi l'[art. 28, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150](#), a cui l'[art. 44 del Testo Unico sull'immigrazione](#) fa rinvio.

La particolare posizione del migrante - soprattutto se irregolare - quale soggetto debole all'interno del nostro ordinamento, che può spingerlo ad evitare rapporti con l'autorità e, dunque, ad evitare di denunciare le violazioni subite, ha poi legittimato l'introduzione di un ulteriore strumento volto a garantire l'effettività della tutela antidiscriminatoria. In presenza di discriminazioni collettive, infatti, è stata riconosciuta alle associazioni preposte alla protezione degli stranieri la legittimazione attiva, ossia la possibilità di attivare il giudizio a difesa dell'interesse (*rectius*, del diritto) comune a tutti gli stranieri a non essere discriminati^[14].

Tornando ai poteri del giudice del giudice ordinario in sede di azione antidiscriminazione, essi sono stati utilizzati in modo incisivo, con pronunce che hanno sovente condannato l'amministrazione a tenere condotte - anche coinvolgenti l'adozione di provvedimenti amministrativi - al di là di qualsivoglia valutazione dei residui margini di discrezionalità amministrativa (ad esempio, a fronte della revoca *in toto*, disposta dall'amministrazione, del c.d. *bonus bebé* originariamente concesso ai soli cittadini italiani e per questo giudicato discriminatorio, il giudice ordinario ha condannato il Comune a reintrodurre la misura in questione e a concederla a tutta la popolazione comunale, per quanto l'amministrazione giustificasse detta revoca sulla base dell'insostenibilità economica di un'elargizione così allargata^[15]).

D'altro canto, per quanto l'ampiezza di questi poteri appaia criticabile riguardo al rispetto dei tradizionali limiti interni alla giurisdizione del giudice ordinario, essi appaiono generalmente giustificabili sulla base della natura derogatoria della normativa del '98 rispetto all'[art. 4, all. E, l. 20 marzo 1865, n. 2248](#).

4. Una pronuncia particolare

Relativamente a questi profili, poi, si segnala una recente pronuncia del giudice amministrativo, che si spinge ben oltre le posizioni tradizionali^[16].

La decisione, avente ad oggetto un'ordinanza contingibile e urgente volta a limitare la possibilità di collocamento nel territorio comunale dei migranti e impugnata dal Ministero dell'Interno, si traduce in un'articolata apologia della giurisdizione e dei poteri del giudice ordinario in relazione ad at-

ti amministrativi discriminatori, formulata attraverso un lungo *obiter dictum* sulla natura discriminatoria di un provvedimento la cui nullità era però già stata ampiamente accertata tramite l'accoglimento di differenti motivi di diritto (su tutti, il difetto assoluto di attribuzione per violazione del riparto di competenze [ex art. 117 Cost.](#)).

Il giudice amministrativo, riconosciuta in ogni caso la propria giurisdizione stante l'ipotesi di giurisdizione esclusiva^[17], ha sostenuto la nullità per carenza assoluta di potere (e non l'annullabilità) dei provvedimenti integranti atti discriminatori [ex art. 43 TUI](#), ravvisando in questa disposizione "un norma non disciplinante, ma inibente l'esercizio del potere, implicando l'esclusione *ab origine* dell'esercizio di qualsivoglia potestà pubblicistica". «Il legislatore nazionale, dunque, con l'[art. 43 TUI](#) ha inteso assicurare [...] la più ampia tutela possibile incidendo, con riguardo ai provvedimenti discriminatori, direttamente sulla norma attributiva del potere, rendendola transitoriamente inefficace». D'altro canto, proprio «l'assenza di qualsivoglia spendita di potere pubblicistico» legittimerebbe gli ampi poteri del giudice ordinario, nonché renderebbe irrilevante l'incoerenza sopra citata consistente nel *minus* di tutela frutto dall'impossibilità per il giudice ordinario di annullare l'atto discriminatorio: come detto, l'atto risulterebbe nullo *ab origine*, con una nullità accertabile anche dal giudice ordinario, senza richiedere l'adozione di alcuna pronuncia costitutiva al fine di espungerlo dall'ordinamento.

Al di là di ogni ragionamento sulla correttezza della decisione (su tutto, l'assenza di qualsivoglia esercizio di potere metterebbe in dubbio la possibilità stessa del giudice amministrativo di pronunciarsi, anche in sede di giurisdizione esclusiva), ciò che traspare è l'esigenza di giustificare la giurisdizione del giudice ordinario, ma soprattutto di garantire che l'attribuzione della controversia a un giudice diverso da quello del provvedimento amministrativo sia accompagnata da una piena efficienza e pregnanza della tutela.

Si ritorna, così, al ragionamento con cui si è aperta questa breve riflessione: frazionare le tutele innanzi a giudici differenti sarà razionale e ammissibile solo laddove il giudice cui determinate controversie sono attribuite sia effettivamente capace di garantire la massima e migliore protezione al soggetto leso.

[14] In questo senso, Cass. civ., sez. lav., [8 maggio 2017, nn. 11165 e 11166](#).

[15] Vedasi Cass. civ., sez. un., n. 3640/2011 e le precedenti decisioni di merito concernenti la medesima controversia.

[16] Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 6 agosto 2018, n. 1337.

[17] Ai sensi dell'[art. 133, comma 1, lett. q\), c.p.a.](#) rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti anche contingibili ed urgenti, emanati dal Sindaco in materia di ordine e sicurezza pubblica, di incolumità pubblica e di sicurezza urbana, di edilizia e di polizia locale, d'igiene pubblica e dell'abitato".

5. Conclusioni

In conclusione, il bilancio del “nomadismo” giurisdizionale in relazione all’azione antidiscriminatoria appare comunque positivo, avendo consentito la strutturazione di una specifica tutela attorno all’innegabile diritto a non essere discriminati, senza comportare eccessive inefficienze quanto al coordinamento tra le giurisdizioni. Ancora, la *ratio* di questa scelta si potrebbe riscontrare nella volontà di fare del giudice ordinario una sorta di giudice “specializzato” in materia di discriminazioni.

Tutto ciò, comunque, non soppesce un ultimo interrogativo: rimane legittimo chiedersi, infatti, a chi sarebbe stata attribuita l’azione anti-discriminazione avverso i provvedimenti amministrativi se, invece che nel 1998, fosse stata introdotta oggi. Ciò sempre e comunque tenendo in considerazione la regola efficientistica, più volte richiamata, che dovrebbe guidare nella scelta del se frammentare o meno le tutele innanzi a giudici differenti. A fronte dell’innegabile convivenza tra diritto alla non discriminazione, potere amministra-

tivo e conseguenti interessi legittimi^[18], non resta che domandarsi se sarebbe risultata tanto inconcepibile l’introduzione di un’ipotesi di giurisdizione esclusiva, anche in considerazione dell’affermata tutelabilità dei diritti fondamentali innanzi al giudice amministrativo, nonché della sua titolarità di poteri - ad oggi - ben più ampi rispetto a quelli a lui riconosciuti nel 1998. D’altra parte, semplificare l’accesso alla giustizia non può che rimanere un imperativo ancora più imprescindibile nei confronti di chi proviene da un differente ordinamento e deve superare maggiori ostacoli, conseguenti alle numerose barriere (linguistiche, comunicative, culturali, ecc.), nel rapporto con la nuova società in cui si inserisce. Se, dunque, per i soggetti più “forti” non è detto che la frammentazione delle giurisdizioni non possa tradursi anche in un’occasione da sfruttare - si pensi al ben noto fenomeno del *forum shopping* - per i soggetti più «deboli» questo «nomadismo giurisdizionale» può invece di dar luogo a un rischioso fardello, qualora la frammentazione non sia effettivamente necessaria per assicurare loro la massima protezione possibile.

^[18] Sulla presenza contemporanea di tutti questi elementi, vedasi F. Patroni-Griffi, *L’eterno dibattito sulle giurisdizioni tra diritti incompressibili e lesione dell’affidamento*, in *Foro amm. TAR*, 9, 2011, pagg. R067 ss..

LITISCONSORZIO E SOSPENSIONE NECESSARIA

Litisconsorzio e sospensione necessaria del processo civile

Le Sezioni Unite sulla questione concernente i presupposti soggettivi di applicazione dell'art. 75, comma 3 c.p.p.

di Francesco Martire

4 settembre 2019

Sommario

1. Cass. civ., Sez. Un., 21.05.2019 n. 13661
2. Vicenda e contenuto della decisione
3. Questioni poste in luce dal provvedimento
4. Il dibattito interpretativo: uniformità di giudicati o ragionevole durata del processo?
5. Riflessioni conclusive

1. Cass. civ., Sez. Un., 21.05.2019 n. 13661

Le Sezioni Unite ([Cass. civ., Sez. Un., 21.05.2019 n. 13661](#)) hanno annullato l'ordinanza di sospensione, emanata dal Tribunale ai sensi dell'[art. 75, comma 3 c.p.p.](#), disponendo la prosecuzione del processo civile ed affermando il seguente principio di diritto: «In tema di rapporto tra giudizio penale e giudizio civile, i casi di sospensione necessaria previsti dall'[art. 75, 3 co., c.p.p.](#), che rispondono a finalità diverse da quella di preservare l'uniformità dei giudicati, e richiedono che la sentenza che definisca il processo penale influente sia destinata a produrre in quello civile il vincolo rispettivamente previsto dagli artt. [651](#), [651-bis](#), [652](#) e [654 c.p.p.](#), vanno interpretati restrittivamente, di modo che la sospensione non si applica qualora il danneggiato proponga azione di danno nei confronti del danneggiante e dell'impresa assicuratrice della responsabilità civile dopo la pronuncia di primo grado nel processo penale nel quale il danneggiante sia imputato».

2. Vicenda e contenuto della decisione

Il padre, i fratelli, il coniuge ed i discendenti di un soggetto deceduto a seguito di un incidente stradale hanno proposto azione di risarcimento danni innanzi al Tribunale civile nei confronti del proprietario - conducente del veicolo inve-

stitore e della sua compagnia assicurativa della responsabilità civile.

Il Tribunale, preso atto dell'avvenuta costituzione dei soli fratelli del defunto quali parti civili nell'ambito processo penale instaurato avverso l'autore dell'incidente, ha disposto la sospensione del processo ai sensi dell'[art. 75, comma 3 c.p.p.](#), in quanto l'azione civile era stata proposta solo successivamente alla emanazione, da parte del Giudice penale di prime cure, della sentenza di condanna dell'imputato. Gli attori del processo civile hanno proposto regolamento di competenza avverso la suddetta ordinanza di sospensione e la sesta Sezione civile della Suprema Corte, chiamata a decidere, ha richiesto al Primo Presidente di valutare la possibilità di devolvere il procedimento alla cognizione delle Sezioni Unite, al fine di risolvere il problema concernente la delimitazione dell'ambito di applicazione soggettivo dell'istituto della sospensione necessaria del processo civile, disciplinata dall'[art. 75 c.p.p.](#) In particolare, il Collegio rimettente si è interrogato in merito alla necessità di disporre, in tali ipotesi, la sospensione del giudizio civile nei confronti di tutti i litisconsorti o in relazione alla sola domanda risarcitoria proposta nei confronti del danneggiante - imputato o di non considerare operante *tout court* la sospensione.

La Corte di Cassazione, nella sua composizione più auto-

revoles, ha stabilito che in casi come quello oggetto di decisione non si possa disporre la sospensione del giudizio civile in attesa della definizione di quello penale, in quanto la disposizione di cui all'[art. 75, comma 3 c.p.p.](#) rappresenta una deroga alla regola generale della separazione dei giudizi e dell'autonoma prosecuzione di ciascuno di essi. Essa, dunque, deve essere assoggettata ad un'interpretazione restrittiva, relegandone gli effetti alle sole ipotesi in cui il giudizio penale e quello civile siano caratterizzati da identità non solo oggettiva ma anche soggettiva, pena la mancata realizzazione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

3. Questioni poste in luce dal provvedimento

Il Codice di procedura penale del 1988 ha affermato il principio di separazione del processo penale e civile; conseguentemente, tutte le disposizioni processuali che contemplano l'interferenza di un giudizio rispetto all'altro devono essere interpretate in senso restrittivo, quali eccezioni rispetto alla regola generale dell'originarietà ed autonomia di ciascun ordine giurisdizionale^[1].

La suddetta interferenza può verificarsi nel momento in cui il fatto costitutivo del diritto di cui si chiede l'accertamento innanzi al Giudice civile rappresenti allo stesso tempo un fatto penalmente rilevante e dunque sia oggetto di cognizione anche da parte del Giudice penale. Nel caso, poi, in cui la situazione giuridica soggettiva di cui si chiede la tutela al Giudice civile abbia natura risarcitoria, gli artt. [651](#), [651 bis](#) e [652](#) c.p.p. prevedono rispettivamente che le sentenze penali irrevocabili di condanna, di proscioglimento per la sussistenza della causa di non punibilità di cui all'[art. 131 bis c.p.](#) e di assoluzione abbiano efficacia di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o il risarcimento del danno.

Completano la relativa disciplina i commi [primo](#) e [secondo](#) dell'[art. 75](#) c.p.p., i quali stabiliscono che l'azione civile possa essere trasferita nel processo penale fino a quan-

do in sede civile non sia stata pronunciata sentenza di merito anche non passata in giudicato ed a meno che non sia più ammessa la costituzione di parte civile nel processo penale. Il comma terzo della medesima disposizione, inoltre, prevede che nel caso in cui l'azione sia proposta in sede civile nei confronti dell'imputato dopo la costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado, il processo civile debba essere sospeso fino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta ad impugnazione, salve le eccezioni previste dalla legge.

Con riferimento ai profili inerenti alla c.d. «pregiudizialità penale», la disciplina codicistica subordina, dunque, l'applicazione del relativo istituto alla espressa previsione di legge, come confermato dal disposto dell'[art. 211 disp. att. c.p.p.](#)^[2], stabilendo in particolare che la sospensione necessaria del processo civile dipenda non solo dal previo esercizio dell'azione civile in sede penale ma anche dall'avvenuta pronuncia della sentenza penale di merito in primo grado, la quale è potenzialmente idonea ad accertare in modo definitivo la sussistenza o meno del fatto penalmente e civilmente rilevante.

La questione assume contorni peculiari nei casi di controversie risarcitorie connesse ad infortuni stradali, in quanto in siffatte ipotesi si verifica sul versante civilistico un litisconsorzio necessario tra l'impresa di assicurazione ed il danneggiante. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'[art. 75, comma 3 c.p.p.](#) debba essere interpretato, sulla scorta del dato letterale, in senso restrittivo: l'istituto della sospensione necessaria non può trovare applicazione allorquando il danneggiato abbia esercitato l'azione civile in sede civile non solo nei confronti dell'imputato - danneggiante ma anche contro gli altri coobbligati, a prescindere dal fatto che questi ultimi siano stati citati come responsabili civili nel processo penale. Ciò perché, non potendo l'assicurazione intervenire nel processo penale instaurato nei confronti del danneggiante, il giudizio civile rappresenta l'unica dimensione in cui risulta possibile accertare il diritto al risar-

^[1] *Ex multis* cfr. Cass. civ., Sez. 3, [24.10.2018 n. 26905](#). La Suprema Corte, nell'affermare il principio in base al quale la sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione o per amnistia non ha efficacia extrapenale ed in particolare non dispiega effetti nei giudizi civile ed amministrativo aventi ad oggetto le restituzioni o il risarcimento del danno, ribadisce che gli artt. [651](#), [652](#), [653](#) e [654](#) c.p.p. costituiscono una deroga al generale principio di autonomia e separazione dei giudizi penale e civile e dunque non sono applicabili in via analogica ai casi non espressamente previsti.

^[2] Cfr. Polizzi, *Sezioni Unite: il processo penale non sospende quello civile qualora le parti non siano le medesime*, 2019. L'Autore sottolinea l'importanza che tale disposizione assume nell'ambito dell'interpretazione attuata dalla sentenza in commento, definita di grande «sensibilità sistemica». Infatti, l'[art. 211 disp. att. c.p.p.](#) stabilendo che «salvo quanto disposto dall'[articolo 75, comma 2](#), del codice, quando le disposizioni di legge prevedono la sospensione necessaria del processo civile o amministrativo a causa della pendenza di un processo penale, il processo civile o amministrativo è sospeso fino alla definizione del processo penale, se questo può dare luogo a una sentenza che abbia efficacia di giudicato nell'altro processo e se è già stata esercitata l'azione penale», viene interpretato dalle Sezioni Unite nel senso della tassatività in materia delle ipotesi di sospensione necessaria del processo civile e, conseguentemente, della natura eccezionale delle stesse.

cimento del danno con decisione giurisdizionale efficace nei confronti di tutti i litisconsorti necessari[3].

Tanto premesso, si ribadisce che nel caso oggetto della cognizione delle Sezioni Unite il contrasto interpretativo rilevato dal Giudice rimettente dipende dalla non identità delle parti, sia sul lato passivo che su quello attivo, del processo penale e di quello civile risarcitorio. Infatti, il primo giudizio, instaurato nei confronti del solo imputato, è caratterizzato dalla costituzione quali parti civili dei soli fratelli della vittima mentre il secondo, intentato non solo nei confronti del danneggiante ma anche della società assicurativa, vede quali parti attrici il coniuge, i discendenti ed il padre della vittima.

Tale ultimo profilo assume un valore particolarmente pregnante, in quanto la proposizione dell'azione risarcitoria in sede civile nei confronti non solo del danneggiante ma anche della impresa di assicurazione, quale litisconsorte necessaria, determina quel cumulo soggettivo che, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale consolidatosi nella materia delle controversie derivanti da infortuni stradali, impedisce l'applicabilità dell'[art. 75, comma 3 c.p.p.](#)

Prendendo le mosse dalla ricostruzione di quest'ultimo orientamento, la sesta Sezione ha deciso di sollecitare l'intervento nomofilattico in commento, ritenendo di non poter condividere pienamente l'opzione restrittiva predominante.

4. Il dibattito interpretativo: uniformità di giudicati o ragionevole durata del processo?

L'ordinanza interlocutoria[4] sottolinea come l'applicazione della tesi restrittiva si scontrerebbe con la *ratio* dell'istituto di cui all'[art. 75, comma 3 c.p.p.](#), il quale è volto a prevenire la difformità degli esiti dei due giudizi e, contestualmente, a garantire all'imputato la possibilità di opporre un eventuale giudicato penale di assoluzione anche sul versante risarcitorio. In particolare, la produzione degli effetti previsti dall'[art. 652 c.p.p.](#) finirebbe col dipendere dalla scelta processuale del titolare del diritto al risarcimento del danno, potendo quest'ultimo decidere se agire in sede civile nei confronti del solo imputato o anche degli altri coobbligati,

e tale circostanza comporterebbe un'aperta violazione degli artt. [3](#) e [24](#) Cost[5].

Le Sezioni Unite hanno risposto alle perplessità del Giudice rimettente partendo dalla *ratio* del sistema codicistico, il quale ha previsto in via generale il principio di separazione dei due giudizi specialmente alla luce della necessità di sollecita definizione del processo penale. La realizzazione di tale principio è assicurata dalla disciplina processuale che scoraggia l'esercizio dell'azione civile in sede penale. In particolare, dal combinato disposto degli artt. [75](#), comma [2](#) e [652](#), comma [1](#) c.p.p. si evince che se l'azione civile non è stata trasferita nel processo penale prima dell'emanazione della sentenza anche non irrevocabile da parte del giudice civile o dello spirare del termine per la costituzione di parte civile nel processo penale, il giudicato penale di assoluzione non potrà essere opposto in nessun caso dal danneggiante. Allo stesso tempo, il danneggiato potrà comunque beneficiare dell'effetto vincolante derivante per l'imputato - danneggiante dalle decisioni irrevocabili di cui agli artt. [651](#) e [651 bis](#) c.p.p., in quanto «l'operatività delle disposizioni prescinde dalla partecipazione, anche potenziale, del danneggiato»[6].

In tale sistema, dunque, l'esigenza di uniformità dei giudicati assume una minore pregnanza, poiché «il [2° comma dell'art. 75 c.p.p.](#) mostra quindi che, di per sé, la pendenza del processo penale influente non condiziona lo svolgimento di quello civile; sicché la priorità logica del fatto di reato rispetto al risarcimento del danno e alle restituzioni conseguenti non implica necessariamente la priorità cronologica dei relativi accertamenti. Si apre per conseguenza alla possibilità di contraddizione - logica, non pratica, in considerazione della diversità di oggetto dei due processi- tra le due decisioni relative alla responsabilità dell'imputato-danneggiante»[7]. La Corte, peraltro, individua a sostegno del proprio ragionamento diversi referenti normativi, tra i quali spicca, in materia tributaria, l'[art. 20 d. lgs. 74/2000](#). La disposizione in esame, infatti, stabilisce che «Il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque

[3] Per la ricostruzione dei profili normativi e pretori della disciplina del rapporto tra i due ordini giurisdizionali si veda Dominici, *Percorsi di giurisprudenza. Il rapporto tra il processo civile e il processo penale*, 2015.

[4] Si fa riferimento a Cass. civ., Sez. 6, [30.10.2018 n. 27716](#), la quale a sua volta rinvia alle motivazioni di Cass. civ., Sez. 6, [16.10.2018 n. 25918](#).

[5] Condivide i dubbi del Giudice rimettente Stella, *Cumulo di cause risarcitorie contro più coobbligati solidali e latitudine della sospensione del processo civile per pregiudizialità penale*, 2019.

[6] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., [21.05.2019 n. 13661](#), pag. 8.

[7] *Ibid.*, pag. 8.

dipende la relativa definizione»[8].

Alla luce di siffatta ricostruzione l'istituto di cui all'[art. 75, comma 3 c.p.p.](#) non può essere considerato strumentale alla prevenzione del conflitto fra giudicati, la cui eventualità deve peraltro essere accettata alla luce del *favor separationis* che ispira la normativa processuale di riferimento, ma piuttosto alla realizzazione del principio del giusto processo, in base al quale la correttezza delle decisioni giurisdizionali dipende dal fatto che queste ultime siano il frutto di un procedimento in cui sia stato rispettato il diritto di difesa.

La sospensione necessaria, in sostanza, rappresenta un'eccezione[9] alla regola generale della reciproca autonomia dei giudizi e come tale deve essere interpretata in senso restrittivo; conseguentemente «in virtù di quest'interpretazione restrittiva occorre che tra i due giudizi vi sia identità, oltre che di oggetto, anche di soggetti, alla stregua dei comuni canoni

di identificazione delle azioni»[10]. Nel caso in esame, dunque, non risulta possibile alcuna operazione ermeneutica di carattere estensivo o analogico, pena la violazione del principio costituzionale di ragionevole durata del processo di cui all'[art. 111, comma 2 Cost.](#), essendovi il rischio che tale ampliamento del raggio di applicazione della disposizione comporti il pregiudizio dell'interesse delle parti alla rapida definizione delle situazioni giuridiche soggettive di cui esse sono titolari.

Inoltre, le Sezioni Unite sottolineano che tale soluzione non può essere confutata dall'obiezione che fa leva sull'asserita violazione del diritto di difesa che deriverebbe, a fronte dell'esclusione della sospensione, dall'impossibilità per l'imputato - danneggiante di avvalersi del giudicato penale di assoluzione. Infatti, ribadiscono i Giudici di legittimità, il processo civile e quello penale si caratterizzano per regole

[8] Sul tema si veda Loconte, *La sospensione del processo tributario*, 2019. L'Autore specifica che il Legislatore ha configurato la disciplina dei rapporti tra processo tributario e processo penale alla luce del principio del c.d. «doppio binario», in base al quale non è concepibile un arresto nemmeno provvisorio del primo a favore del secondo, trattandosi di ordini giurisdizionali che, pur potendo avere ad oggetto l'accertamento dei medesimi fatti, si caratterizzano per la reciproca autonomia. Interessante, tuttavia, è il riferimento alla necessità di assicurare comunque la comunicazione tra i procedimenti, al fine di prevenire il rischio di giudizi distonici. Nello specifico, l'Autore puntualizza che «nonostante il principio del doppio binario si apprezzi in termini di mutua separazione dei giudizi penale e tributario, il sistema non può comunque considerarsi a compartimenti stagni, specie in fatto di giudicato». Da ciò consegue che il Giudice tributario non possa avvalersi automaticamente dell'efficacia vincolante del giudicato penale relativo agli stessi fatti per i quali sia pendente la controversia fiscale, ma che comunque tutti gli atti del procedimento penale possano essere acquisiti nel processo tributario quali prove documentali ed essere oggetto di autonoma valutazione da parte del Giudice, secondo le relative regole probatorie, ai sensi degli artt. [24](#), [32](#) e [58](#) d. lgs. 546/1992. Si ritiene che le considerazioni illustrate siano indicative delle difficoltà che dottrina e giurisprudenza tutt'ora hanno nell'effettuare un corretto bilanciamento tra l'esigenza di assicurare la certezza dei rapporti giuridici e la celerità dei processi e quella di evitare l'esistenza di contrasti tra pronunce giurisdizionali definitive. D'altronde, la medesima dottrina evidenzia che «se da un lato la pausa procedurale derivante dall'evento sospensivo risulta sicuramente idonea a dilatare i tempi processuali, dall'altro l'effettività della tutela giurisdizionale non può riduttivamente identificarsi con la semplice celerità del giudizio, richiedendo piuttosto un'omogenea disciplina dei rapporti giuridici nonché una correlata armonia di giudicati, sì da sfuggire a sentenze ingiuste perché contraddittorie, in ossequio al principio del giusto processo di cui all'[art. 111 Cost.](#)». Sul punto si veda anche Dulio, *La Suprema Corte ribadisce l'autonomia tra procedimento penale e procedimento disciplinare*, 2018. L'Autore, illustrando il contenuto di Cass. civ., Sez. lav., [28.08.2018 n. 21260](#), spiega come la Corte abbia chiarito che anche nel caso dei rapporti tra procedimento penale e quello disciplinare instaurato, ai sensi dell'[art. 55-ter d. lgs. 165/2001](#), nei confronti dei dipendenti della Pubblica Amministrazione, non sia configurabile un'ipotesi di sospensione legale necessaria del secondo a favore del primo. Tuttavia, anche in tal caso si precisa come il sistema sia ispirato al principio del «doppio binario», nel senso che gli atti del processo penale possono essere acquisiti nella loro interezza ai fini dell'espletamento dell'istruttoria in sede disciplinare.

[9] La Suprema Corte, in effetti, aveva già in più occasioni ribadito la natura eccezionale dell'istituto della «pregiudizialità penale». In particolare, si veda Mendicino, *La pregiudizialità del giudizio penale nel processo civile: non basta che nei due processi rilevino gli stessi fatti*, 2018. L'Autrice, nel commentare Cass. civ., Sez. 6, [27.11.2018 n. 30738](#), mette in evidenza come «Già tempo addietro, le Sezioni Unite hanno precisato che non è consentita la sospensione discrezionale del processo, spiegando come, nel quadro della disciplina dell'[art. 42 c.p.c.](#) non vi sia più spazio per una discrezionale e non sindacabile facoltà di sospensione del giudizio, esercitabile dal giudice fuori dei casi tassativi di sospensione legale. Infatti, ove ammessa tale facoltà, oltre che inconciliabile con il disfavore nei confronti del fenomeno sospensivo, sottesa alla riforma proprio dell'[art. 42 del codice di rito](#), si porrebbe in contrasto sia col principio di uguaglianza sia con il principio della tutela giurisdizionale che con il canone della durata ragionevole che la legge deve assicurare nel quadro del giusto processo ex [art. 111 Cost.](#) Orbene, dalla esclusione della configurabilità di una sospensione facoltativa *ope iudicis* del giudizio deriva sistematicamente, come logico corollario, la impugnabilità di ogni sospensione del processo, quale che ne sia la motivazione, e che il ricorso deve essere accolto ogni qualvolta non si sia in presenza di un caso di sospensione stabilito dalla legge». Peraltro, con riferimento alla fattispecie concreta, è opportuno sottolineare come la necessità di annullamento dell'ordinanza di sospensione disposta dal Giudice civile viene giustificata dalla Corte anche sulla base della non identità delle parti dei giudizi civile e penale: tale circostanza, ad avviso del Collegio, incide, in uno con la non sovrapponibilità dei fatti oggetto di accertamento, sulla possibilità di desumere dalla responsabilità dei soggetti imputati nel processo penale quella del soggetto coobbligato e citato nel solo processo civile.

[10] Cfr. Sez. Un. cit., pag. 13.

probatorie e di giudizio differenti e da ciò deriva la non meritevolezza dell'interesse dell'imputato ad attendere gli esiti del processo a suo carico.

5. Riflessioni conclusive

Le Sezioni Unite hanno posto fine al contrasto interpretativo emerso in seno alla Corte di Cassazione prediligendo l'opzione ermeneutica restrittiva, in base alla quale la sussistenza di un litisconsorzio, sia necessario che facoltativo, determina una connessione di cause idonea ad impedire la sospensione del processo civile a favore di quello penale nel momento in cui i due procedimenti si caratterizzano per la non identità sotto i profili oggettivo e soggettivo. Tale mancata coincidenza, infatti, espone al rischio di un pregiudizio, connesso alla stasi del processo civile, per coloro che hanno scelto di far valere le pretese risarcitorie di cui sono titolari nella loro sede propria. La giustificazione in punto di diritto di tale affermazione riposa su considerazioni di carattere sistematico e teleologico, dalle quali si ricava che la *ratio* delle disposizioni processuali che si occupano di disciplinare i rapporti tra processo civile e penale non consiste nella prevenzione del conflitto di giudicati, ma piuttosto nell'assicurare che tutti i diritti coinvolti nella fattispecie concreta siano coerentemente e pienamente tutelati in entrambe le sedi. Da una parte non vi sarà, a seguito della partecipazione al processo pe-

nale del titolare del diritto soggettivo azionato in sede civile, alcun ritardo, a scapito dell'imputato - danneggiante, in relazione all'accertamento in merito al fatto in astratto sussunibile nella disposizione incriminatrice; dall'altra, non verrà nemmeno parzialmente paralizzata l'azione civile volta ad ottenere il risarcimento.

L'intero sistema delineato dal Codice del 1988 è permeato dall'esigenza di garantire l'autonoma prosecuzione dei due giudizi e ciò implica necessariamente l'accettazione della eventualità che gli esiti degli stessi siano difformi. Siffatto bilanciamento, peraltro, trova una solida copertura costituzionale, in quanto l'effettività del diritto di difesa dell'imputato - danneggiante non riposa sull'attribuzione di efficacia extrapenale all'eventuale giudicato di assoluzione, ma piuttosto sulla corretta applicazione dei rigorosi canoni probatori e di giudizio propri del diritto processuale penale, i quali si differenziano da quelli tipicamente inferenziali applicabili nel processo civile.

In tal senso, dunque, il principio del giusto processo acquista una forza assorbente rispetto alle altre regole costituzionali coinvolte, poiché in nessun caso l'autonomia giuridica e cronologica dell'accertamento del Giudice civile potrà comportare un pregiudizio dei diritti difensivi esercitabili dall'imputato innanzi al Giudice penale.

TRUST E AZIONE REVOCATORIA

Ancora una revocatoria di un atto di trust: quali certezze per i beneficiari?

di Ermelinda Hepaj

5 settembre 2019

Sommario

1. Il caso
2. L'esegesi circa le posizioni dei beneficiari nel panorama giurisprudenziale e dottrinale
3. La decisione del Tribunale di Latina: sentenza n. 1397/2019
4. Considerazioni conclusive

1. Il caso

Con atto di citazione ritualmente notificato, la Banca Popolare di Fondi a.r.l., citava in giudizio la B. Trustee Company s.r.l., nonché i sig.ri A., R., S., ed A. questi ultimi entrambi in proprio e nella qualità di esercenti la responsabilità genitoriale nei confronti del minore A., al fine di ottenere la declaratoria di inefficacia, ai sensi dell'[art. 2901 c.c.](#) dei negozi traslativi mediante i quali i medesimi avevano conferito in trust, alla Trustee Company, diritti di proprietà loro spettanti su alcuni beni[1].

Sottolineava la ricorrente l'intento dismissivo degli atti segregativi posti in essere dai disponenti fideiussori della Società R. s.r.l. correntista della Banca ed allegava lo stato di insolvenza della stessa, ammessa la concordato preventivo presso il Tribunale di Latina nonché il decreto ingiuntivo del 22 aprile 2014 nei confronti della Società e dei fideiussori. Si costituivano in giudizio i disponenti- fideiussori chiedendo il rigetto della domanda e deducendo, in buona sostanza, che i beni conferiti in trust, per il sostentamento del minore A. nonché dei figli nascituri, non ponevano in essere alcun intento distrattivo in considerazione della capienza del patrimonio residuo e che del pari non era integrato il presupposto della *scientia damni* in quanto i beni erano destinati al soddisfacimento degli interessi dei propri discendenti.

Il caso riguarda, tra le altre, l'ormai noto triangolo trust-revocatoria-litisconsorzio.

Ma prima di giungere alla decisione del giudice, dott. R. Gallasso, circa il ruolo del minore A. e degli eventuali nascituri, si analizzerà lo sviluppo delle posizioni che dottrina e giurisprudenza hanno di volta in volta assunto rispetto ai beneficiari innanzi ad un'azione revocatoria.

2. L'esegesi circa le posizioni dei beneficiari nel panorama giurisprudenziale e dottrinale

Ebbene, la risoluzione dei problemi che possono insorgere in relazione ai rapporti che vedono coinvolto il *trustee*, terzi ed i beneficiari, risultano in linea di massima relativamente agevoli dal punto di vista del *common law* ma non altrettanto potrà dirsi per la *civil law*.

Invero, l'istituto del trust, non gode di una legge *ad hoc* nel nostro ordinamento ma piuttosto della «legiferazione» della giurisprudenza di merito sui c.d. trust interni come «riconosciuti» in forza della ratifica della [Convenzione dell'Aja](#)[2]. Sebbene non sia questo il luogo per poter argomentare in maniera esaustiva un tema così ampio e dalle sviluppi processuali significativamente non agevoli, tuttavia, ai fini del caso in commento, si rende necessario un inquadramento per linee generali dell'azione revocatoria e dell'istituto litisconsortile.

[1] Cfr., [Tribunale di Latina, sent. n. 1397/2019](#), pubbl. il 30.05.2019.

[2] Invero, l'ingresso del trust nel nostro ordinamento è avvenuto con la [Convenzione dell'Aja](#) del 1º luglio 1985 e la sua ratifica ad opera della [legge 16 ottobre 1989, n. 364](#), con cui l'Italia ha riconosciuto come trust tutti "i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente - con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico" ([articolo 2, comma 1, Conv. Aja](#)).

Ora, facendo applicazione dell'[art. 2901 c.c.](#), con riferimento alle parti di un'azione revocatoria, si ha il creditore di cui siano state pregiudicate le ragioni, il debitore che abbia posto in essere atti di disposizione del patrimonio ed infine, il terzo avente causa del debitore, ossia in questo caso i beneficiari. Ebbene, tra questi soggetti andrebbe ad instaurarsi una fattispecie di litisconsorzio necessario; tuttavia questa posizione escluderebbe il *trustee* dalla sua posizione di parte necessaria rispetto all'azione revocatoria. Qualora fosse così, si negherebbe in capo al *trustee* quella qualità di proprietario fiduciario che caratterizza l'istituto del trust, che vede proprio nel *trustee* il soggetto nei cui confronti deve essere eseguita ed avere effetto la pronuncia al fine di non rendere vane le caratteristiche tipiche dell'istituto del trust, che vedono il *trustee* titolare di un potere proprietario dei beni in trust. Invero, il nostro codice di procedura civile, nel regolare i rapporti che coinvolgono in giudizio più parti, all'[art. 102 c.p.c.](#), oltre a non dare una definizione dell'istituto denominato "litisconsorzio necessario", non chiarisce nemmeno, come ha avuto modo di affermare autorevole dottrina, al sorgere di quali presupposti si possa essere in presenza di tale istituto[3].

Secondo un orientamento da ritenersi ormai superato, si sarebbe in presenza della fattispecie solamente in quelle ipotesi che siano espressamente previste dalla legge[4]. Così, nei casi rappresentati dalla divisione di un bene in comunione tra più di due soggetti di cui all'[art. 194 c.c.](#), in cui alla pluralità di parti nel rapporto deve corrispondere la pluralità di parti sostanziali nel processo. Infatti l'[art. 784 del c.p.c.](#), afferma che, "*le domande di divisione ereditaria o di scioglimento di qualsiasi altra comunione debbono proporsi in confronto di tutti gli eredi o condomini e dei creditori opposti se vi sono*"[5].

Tuttavia, questo non equivale a dire che ogni controversia facente riferimento ad un bene su cui una pluralità di soggetti

rivendichino lo stesso diritto, possa integrare una fattispecie di litisconsorzio necessario. Si dovrà piuttosto avere riguardo al caso specifico, ossia, come ha avuto modo di affermare la Cassazione, occorrerà verificare se la sentenza pronunciata in assenza di anche uno solo dei litisconsorti sia idonea a produrre i propri effetti[6].

L'orientamento maggioritario oggi è nel senso di ritenere che il litisconsorzio necessario possa essere ravvisato in tutte quelle ipotesi in cui, al di fuori di quelle espressamente previste, sia promosso a favore della parte che ha posto la domanda e non tanto a tutela delle ragioni della parte pretermessa. Ciononostante, tutt'altro che netti sono i confini dell'istituto all'atto pratico, specie in ragione ai rapporti che vengono a costituirsi con un atto istitutivo di trust, e non di meno in relazione ai rapporti che intercorrono tra *trustee*, terzi e beneficiari, in quelle che sono state qualificate come *third parties disputes*, in cui secondo alcuni autori nonché secondo diverse pronunce giurisprudenziali, non sarebbe configurabile un caso di litisconsorzio necessario[7] come è stato nel caso di specie qui analizzato e di cui si dirà nel proseguo.

Difatti diverse sono le ragioni che ritengono giustificabile la posizione dei beneficiari come meramente obbligatoria e che quindi rende difficile configurare in capo a questi un diritto di tipo proprietario sul *trust fund*[8].

Sono queste considerazioni di partenza che trovano supporto nel dettato dell'[art. 11, co.3, lett. d\), della convenzione dell'Aja](#), per il quale il riconoscimento del trust implica che un bene in trust possa essere recuperato, nei casi in cui il *trustee*, violando i propri doveri, lo avesse incluso nel proprio patrimonio personale, oppure lo abbia alienato a terzi.

Tra l'altro, che si debba oggi abbandonare qualsiasi tipo di qualificazione proprietaria della posizione dei beneficiari, sempre secondo l'autore, è confermato dal fatto che in merito si predilige parlare di *beneficial interest*, piuttosto che di *beneficial ownership*, in quanto oggetto del trust non è

[3] In questo senso si esprime M.A.Lupoi, "A ggiungi un posto a tavola: azione revocatoria in ambito di trust e litisconsorzio necessario", *Trust ed attività fiduciarie*, gennaio 2013. L'autore precisa che il codice di procedura civile sia manchevole di alcune precisazioni in merito all'istituto in esame. Di fatti, egli afferma che il comma 1 dell'[art.102](#), non precisi né il "quando" né il "perché" si verifichi la necessita di pronunciare una decisione che sia valevole nei confronti di più parti, rispetto a quelle che hanno dato vita al processo.

[4] Sono casi di litisconsorzio necessario espressamente previsti dalla legge, ad esempio il disconoscimento di paternità di cui all'[art. 247 c.c.](#)

[5] In questo senso la Cass. n.468, 13 febbraio 1976 secondo cui "*qualora cadano in successione quote indivise di beni, la divisione dei beni medesimi, ove sopravvenuta nel corso del giudizio pendente per la divisione dell'eredità, spiega effetto nel giudizio stesso, nel senso che in esso vanno considerate come compresi nella successione i beni o le parti dei beni concretamente assegnati al posto delle quote indivise; ciò consegue dalla natura dichiarativa della divisione, comportante che ciascun dividendo è da considerarsi fin dall'origine proprietario delle porzioni assegnategli*"

[6] Cass. Civ., sent. [n. 19004 del 22 settembre 2004](#), in *Gius. Civ. mass.*, 2005.

[7] In questo senso la sent. del Tribunale di Reggio Emilia, in *Trust e attività fiduciarie*, 2012, pag. 493.

[8] Si veda F. Corsini, *Il trustee nel processo di cognizione*, Torino 2012, pag. 123 ss.

il diritto dei beneficiari ma, il diritto proprietario appartiene al *trustee*[9].

In questo senso si esprime anche la *Section 24 Jersey Trust law* del 1984; essa infatti riconosce al *trustee* i pieni poteri che spettano a chi agisce come effettivo titolare dei beni stessi, una posizione proprietaria che si qualifica come piena anche nei confronti dei terzi[10].

È chiaro dunque che non vi sia alcuno sdoppiamento della proprietà dei beni in trust, essendo il *trustee* l'unico proprietario, nonché l'unico che agisce e debba essere convenuto nelle *third parties disputes*, non sussistendo alcun litisconsorzio necessario con i beneficiari, i quali non sarebbero da qualificarsi come una parte necessaria della lite.

Quest'ultima impostazione è, tra l'altro, quella che trova ampio riconoscimento anche nei paesi anglosassoni. Sarebbe infatti da escludere un *joint interest* tra i beneficiari ed il *trustee*. A conferma di questa convinzione si riporta la Rule 17 (a) (1) Federal rules Civil Procedure[11] secondo cui infatti il *trustee* di un *express trust* può agire in nome proprio, senza dover coinvolgere i soggetti a beneficio dei quali l'azione è proposta[12].

Sorge a questo punto un quesito, se i beneficiari non possono ritenersi litisconsorti necessari del *trustee*, in relazione alle azioni revocatorie che possono colpire l'atto dispositivo, ossia il negozio mediante il quale il disponente trasferisce al *trustee* dei beni segregati rispetto al suo patrimonio, per destinarli ad uno scopo o in uso ai beneficiari, come posso-

no essere tutelati questi ultimi, di fronte ad una declaratoria di inefficacia o invalidità del trust a cui farà seguito una pronuncia che di fatto inciderà sul loro *interest*?

È evidente infatti il pregiudizio che i beneficiari subirebbero dall'accoglimento di un'azione revocatoria ordinaria proposta dai creditori del disponente *ex art. 2901 c.c.* Ed è quasi ovvia la conclusione secondo cui, qualora l'atto dispositivo fosse dichiarato inefficace, i creditori sarebbero legittimati ad esercitare l'azione esecutiva sui beni in trust e ciò, inevitabilmente, comporterebbe una diminuzione del patrimonio in trust destinato ai beneficiari.

In questo senso si è espressa anche la suprema Corte di Cassazione con *sent. n. 19376/2017*[13], affermando che i beneficiari fossero titolari di un interesse per l'appunto giuridicamente rilevante e che pertanto potessero resistere in giudizio, in quanto l'azione revocatoria è diretta ad aggredire l'atto dispositivo dal quale essi derivano la loro posizione creditoria[14].

Non va sottaciuto però che la giurisprudenza in merito non sempre si è mostrata unanime nel riconoscere ai beneficiari siffatte posizioni, spesso, tra l'altro, non soddisfacendo a pieno le esigenze di giustizia e tutela della posizione beneficiaria. Di certo infatti non si può negare che l'accoglimento dell'azione revocatoria, sia destinato ad incidere negativamente e direttamente nella sfera delle posizioni beneficiarie, a prescindere tra l'altro dalla natura della loro posizione[15]. Ora, non si può fare a meno di ricordare che, tra l'altro, non

[9] Difatti, stando a quanto stabilito dal Trust Act del 2000 (sezioni 11 e 15), il trustee non potrà delegare o demandare i propri poteri, in merito alla distribuzione degli utili del trust, ma non potrà delegare le proprie funzioni gestorie; in questo senso e per maggiori approfondimenti si veda anche, C. Buccico, *Gli aspetti civilistici e fiscali del trust*, Torino, 2015, pagg. 23 ss.

[10] F. Corsini, op. cit., pag. 133, riporta altre giurisdizioni, le quali quasi alla lettera riportano questo concetto; dalla *Section 23 Turks & Caicos trust Ordinance* del 1990 e della *Section 24 Malta trust and Trustee Act*.

[11] Rule 17. Parties Plaintiff and Defendant, Capacity (a) "*Real Party in Interest. Every action shall be prosecuted in the name of the real party in interest. An executor, administrator, guardian, bailee, trustee of an express trust, a party with whom or in whose name a contract has been made for the benefit of another, or a party authorized by statute may sue in that person's own name without joining the party for whose benefit the action is brought. No action shall be dismissed on the ground that it is not prosecuted in the name of the real party in interest until a reasonable time has been allowed after objection for ratification of commencement of the action by, or joinder or substitution of, the real party in interest; and such ratification, joinder, or substitution shall have the same effect as if the action had been commenced in the name of the real party in interest.*"

[12] F. Corsini, op. cit., pag. 135, fa riferimento anche al paragrafo 280 *Restatement of the law trust (second)*, in cui si precisa che il *trustee* ha il potere di esercitare nei confronti dei terzi, tutte quelle azioni che potrebbero essere proposte se questi fosse il pieno proprietario dei beni in trust, come se su questi ultimi dunque, non vi fosse alcun vincolo di trust.

[13] Si Veda in <https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/ClusterResultList?IdDataBank=0>

[14] In questo senso di espresso il tribunale di Milano, *Trust e attività fiduciarie*, 2016, pag. 308, *sen. del 6 novembre 2015*, il quale ha ritenuto necessario integrare il contraddittorio rispetto ai beneficiari di un trust auto dichiarato, sulla base del fatto che vi fosse un interesse di questi "giuridicamente apprezzabile a resistere".

[15] M. A. Lupoi, *Beneficiari litisconsorti, nell'azione revocatoria?*, *Trusts e attività fiduciarie*, 2016, n.5, pag. 478, l'autore il quale giustamente afferma che anche "*un beneficiario contingent però, rispetto alla validità o all'efficacia del trust da cui deriva la sua posizione beneficiaria o degli atti di dotazione che hanno conferito al fondo i beni su cui tale posizione potrà (eventualmente) trovare soddisfazione, non può essere qualificata come di mero fatto e dunque giuridicamente irrilevante*". Questo è chiaro, perché qualora l'azione revocatoria venisse accolta, a venire meno sarebbe di fatto, la causa da cui trae origine la loro aspettativa.

poche sono le voci, anche in dottrina, che non ravvisano in capo ai beneficiari alcun rapporto di connessione tra i diritti che facciano mente ad un rapporto di pregiudizialità/dipendenza tra revocatoria e beneficiari.

Infatti, secondo gli autori, vi sarebbe una pluralità di rapporti giuridici bilaterali separati benché collegati solo di fatto, giacché l'azione revocatoria *ex art. 2901 c.c.* colpirebbe solo il negozio dispositivo che intercorre tra il disponente e il *trustee*.

Per di più, anche qualora l'azione revocatoria venisse accolta e i beni espropriati, il pregiudizio dei beneficiari sarebbe di solo fatto e non di diritto, *“non essendovi alcun rapporto di pregiudizialità/dipendenza tra l'atto dispositivo revocato ed il titolo giuridico dei beneficiari”*.

Proprio in questo senso si è da ultimo pronunciato il Tribunale di Latina (*sentenza n. 1397/2019*), il quale ha ritenuto che la legittimazione sui beni in trust sia spettante al *trustee* e non ai beneficiari in quanto lo scopo perseguito dell'azione revocatoria è nei confronti dell'atto di disposizione patrimoniale posto in essere dal *trustee*, e non nei confronti dell'atto istitutivo del trust.

Ma vediamo le argomentazioni del giudice, dott. Galasso.

3. La decisione del Tribunale di Latina: sentenza n. 1397/2019

Ebbene, il giudice, traccia innanzitutto le linee guida dell'istituto del trust a partire dal suo recepimento nell'ordinamento italiano con la ratifica della *Convenzione dell'Aja* il 1 luglio 1985. In sentenza si legge che *“il fulcro del sistema risiede nel rapporto istituito dal costituente in base al quale i beni vengono posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse del beneficiario o per un fine specifico”* [16]. E ciò in quanto, l'effetto derivante dall'atto di disposizione patrimoniale fatto dal *trustee* a cui i beni sono intestati è strumentale alla realizzazione dell'interesse del beneficiario e non del *trustee*, al quale tuttavia spetta la legittimazione in giudizio nei confronti dei terzi, in quanto il *trustee* è colui che dispone in via esclusiva dei beni.

Invero quanto alla posizione dei beneficiari il giudice mostra di aderire agli ultimi indirizzi giurisprudenziali [17] secondo cui *“l'interesse alla corretta amministrazione del patrimonio in trust non integra una posizione di diritto soggettivo attuale in favore dei beneficiari (omissis), spettando invece la legittimazione, oltre, al debitore, al trustee, in quanto unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi”*.

È vero infatti che l'azione revocatoria si incentra sull'atto di disposizione del patrimonio in trust e non invece nei confronti dell'atto istitutivo, il quale costituisce un mero contratto programmatico che non viene ad incidere sui diritti dei terzi finché non trova attuazione con un'azione proattiva del *trustee* quale “mandatario” del trust [18].

Tanto premesso il Tribunale sostiene che il problema del litisconsorzio necessario nell'azione revocatoria avente ad oggetto beni in trust vada risolto sulla base del criterio della natura dell'atto e della rilevanza dell'elemento psicologico dal punto di vista del terzo e non è invece condizionato dalla natura del rapporto fra beneficiario e *trustee*.

In definitiva il giudice ha sostenuto che “va pertanto dichiarata la carenza di legittimazione passiva in capo ad S. e A., nella qualità di esercenti la responsabilità genitoriale su A. la partecipazione del minore, beneficiario dalla costituzione del trust non rilevando né sotto il profilo oggettivo (non essendo quest'ultimo divenuto intestatario dei beni conferiti) né dal punto di vista soggettivo, l'atto di dotazione essendo inquadrabile tra quelli a titolo gratuito e, in ogni caso, l'attrice avendo qualificato in tal senso l'atto di dotazione” [19].

Infine sulla scia dei requisiti di cui all'art. 2901 c.c., il giudice ricorda, che il credito a tutela del quale la ricorrente agisce è divenuto certo con il decreto ingiuntivo del 2014 e che ad ogni modo anche il creditore eventuale ossia quale diritto controverso, è di per sé idoneo a determinare la qualità di creditore ai fini dell'azione revocatoria.

Quanto poi all'*eventus damni*, nel caso di specie, gli atti di disposizione disponenti-fideiussori sono stati idonei a distrarre il patrimonio dei medesimi dalle pretese debitorie rispetto ad una pluralità di beni che avrebbero potuto garantire il fu-

[16] Ai sensi dell'art. 2 della *Convenzione dell'Aja* i beni in trust costituiscono un patrimonio segregato rispetto al patrimonio del disponente così anche rispetto al patrimonio del *trustee*, il quale amministra i beni e ne dispone in qualità di un pieno proprietario secondo il programma dettato nell'atto istitutivo.

[17] Cfr., Cass. 22 dicembre 2015, n. 25800 e Cass. 27 gennaio 2017, n. 2043 sulla legittimazione del *trustee* nei giudizi che coinvolgono i terzi

[18] L'ill.mo Tribunale passa poi in rassegna l'elemento costitutivo della fattispecie dell'art. 2901, rappresentato nel caso specifico del trust, dall'onerosità dell'atto di disposizione. Invero, *“ai fini della qualificazione in termini di gratuità o onerosità dell'atto deve aversi a riguardo al criterio dell'interesse e dunque al rapporto fra il disponente ed il beneficiario”*, e non invece quello del *trustee*.

[19] Si è espressa in tal senso la Suprema Corte di Cassazione, con sent. n. 13388 del 29 maggio 2018. Non senza qualche incertezza logica, tuttavia, il giudice richiama il principio espresso dal supremo consesso secondo cui *“nell'azione revocatoria ordinaria avente ad oggetto beni in trust lo stato soggettivo del terzo rilevante nel caso di atto di disposizione patrimoniale a titolo oneroso è quello del beneficiario e non quello del trustee; il beneficiario è litisconsorte necessario esclusivamente nel caso dell'atto di disposizione patrimoniale a titolo oneroso”*.

turo recupero coattivo del credito sorto nel 2010, allorquando gli atti con cui i beni vengono conferiti al *trustee* risalgono al 2011[20].

Il Tribunale di Latina ha quindi dichiarato *l'inefficacia nei confronti della parte attrice degli atti di dotazione oggetto della domanda*.

È chiaro pertanto che l'istituto del trust non è riuscito a «sopravvivere» innanzi all'esperimento dell'azione revocatoria.

4. Considerazioni conclusive

Ancora una volta quindi i giudici di merito hanno dichiarato l'inefficacia degli atti di disposizione dei beni in trust dinanzi ad un'azione revocatoria che vede compromessi i diritti dei terzi.

Nel caso di specie, avente ad oggetto l'istituzione di due trust di famiglia, il Tribunale di Latina rileva la carenza di legittimazione passiva del minore A., beneficiario, di stare in giudizio nella persona dei genitori esercenti la responsabilità genitoriale dello stesso.

Invero, il Tribunale non ha ritenuto che fosse integrata la fattispecie del litisconsorzio necessario in quanto di fatto i beneficiari non sono titolari di posizioni soggettivi ma di meri interessi, suscettibili di venire ad esistenza ma non intestatari dei beni oggetto di conferimento in trust. L'unico titolare del diritto di proprietà sui beni in trust è *trustee*.

Di certo i common lawyers non sarebbero sconvolti dalla decisione assunta dal Tribunale di Latina. Lo sarebbero di più nel vedere che strumenti adoperati al fine di tutelare le posizioni beneficiarie, come il *tracing* o il *following*, non trovano invece una simile soluzione nel nostro ordinamento.

Va detto pertanto che, nonostante i numerosi contrasti giurisprudenziali sul tema, quello dell'istituto del trust nel nostro ordinamento, sebbene ormai da più di un quarto di secolo sia stato "metabolizzato", non si presenta come un tema dai contorni ben definiti ma semmai come spesso accade la risposta a strumenti che il diritto interno non è stato in grado di regolare efficientemente e con cui i giudici si trovano costretti loro malgrado a fare i conti.

[20] La giurisprudenza è infatti unanime nel ritenere che l'[art. 2901 c.c.](#) abbia accolto una nozione c.d. lata di credito comprensiva anche dell'aspettativa con conseguente irrilevanza dei requisiti della certezza, liquidità ed esigibilità (cfr., Cass., sent. del [22 marzo 2016, n. 5619](#)).

DEPOSITO DEL RICORSO PER CASSAZIONE

Il deposito del ricorso per cassazione: aspetti pratici

di Mirco Minardi

9 settembre 2019

Sommario

1. Introduzione
2. L'oggetto del deposito

1. Introduzione

Nel giudizio civile di cassazione non si parla di “costituzione in giudizio”, ma di “deposito del ricorso”^[1] che, ai sensi dell'[art. 369 c.p.c.](#), va eseguito inderogabilmente entro venti giorni dall'ultima notifica, intendendosi per tale quella riferita alle parti che hanno interesse a contraddire.

Il mancato o tardivo deposito determina l'improcedibilità del ricorso^[2].

Nel momento in cui scriviamo in Cassazione non è ancora attivo il deposito telematico, per cui il ricorso si deposita “a mani”, recandosi presso la cancelleria della Corte, anche se l'[art. 134 disp. att. c.p.c.](#) prevede la possibilità del deposito per mezzo del servizio postale in piego raccomandato^[3]. In tal caso, per la tempestività fa fede la data dell'invio e non del recapito^[4]. È controverso^[5] se la norma *de qua* si

applichi anche alle memorie *ex* artt. [378](#), [380-bis](#) e [380-bis.1](#) c.p.c.; in ogni caso, la giurisprudenza che ammette il deposito postale delle memorie è ferma nel ritenere che in questo caso ai fini della tempestività rileva la data di ricevimento e non della spedizione^[6].

Il *dies a quo* è dato dal perfezionamento della notifica, cioè dalla data di ricevimento del ricorso da parte del destinatario, non rilevando il momento in cui il ricorso viene affidato all'Ufficiale Giudiziario o all'agente postale per la notifica. Trattandosi di termine processuale si osserva l'[art. 155 c.p.c.](#), di conseguenza se il giorno di scadenza è un sabato o un festivo il termine si intende prorogato al primo giorno lavorativo.

Là dove applicabile si tiene conto della disciplina della sospensione feriale dei termini.

[1] Osserva Amoroso G., *Il Giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, 2019, pag. 425, che il deposito “assolve ad una funzione analoga a quella che, nelle fasi di merito, è svolta dalla costituzione in giudizio”.

[2] Cassazione civile, sez. VI, [24/05/2013, n. 12894](#): “L'omesso deposito del ricorso per cassazione nel termine stabilito dall'[art. 369 cod. proc. civ.](#) ne comporta l'improcedibilità, rilevabile anche di ufficio e non esclusa dalla costituzione del resistente, atteso che il principio - sancito dall'[art. 156 cod. proc. civ.](#) - di non rilevanza della nullità di un atto per avvenuto raggiungimento dello scopo attiene esclusivamente alle ipotesi di inosservanza di forme in senso stretto e non di termini perentori, per i quali vigono apposite e separate disposizioni”.

[3] Eviterei di seguire questa modalità. La Corte, infatti, ha precisato che il cancelliere non è tenuto a segnalare eventuali discrepanze. Per cui, nel caso in cui mancasse un atto necessario, ad esempio la sentenza notificata, nonostante l'indicazione nell'indice, il ricorso verrebbe dichiarato improcedibile, senza alcuna possibilità di rimessione in termini (Cassazione civile, sez. VI, [03/09/2013, n. 20176](#)).

[4] Cassazione civile, sez. lav., [24/03/2016, n. 5898](#): “La tempestività del deposito del ricorso in Cassazione a mezzo del servizio postale, ai sensi dell'[art. 134 disp. att. c.p.c.](#), va verificata rispetto al momento di invio del plico e non a quando quest'ultimo viene ricevuto dalla cancelleria della Corte”.

[5] Cassazione civile, sez. VI, [10/04/2018, n. 8835](#): “In tema di giudizio di cassazione, le memorie *ex* [art. 380-bis c.p.c.](#), se depositate a mezzo posta, devono essere dichiarate inammissibili, tanto che nulla in esse proposto possa essere preso in considerazione, non essendo applicabile l'[art. 134 disp. att. c.p.c.](#) in quanto previsto esclusivamente per il ricorso ed in controricorso”.

[6] Cassazione civile, sez. I, [05/03/2019, n. 6386](#): “L'[art. 134, comma 5, disp. att. c.p.c.](#) a norma del quale il deposito del ricorso e del controricorso, nei casi in cui sono spediti a mezzo posta si ha per avvenuto nel giorno della spedizione, non è applicabile per analogia al deposito della memoria *ex* [art. 378 c.p.c.](#), poiché questo ultimo termine è diretto esclusivamente ad assicurare al giudice e alle altre parti la possibilità di prendere cognizione dell'atto con il congruo anticipo, rispetto alla udienza di discussione, ritenuto necessario dal legislatore”.

2. L'oggetto del deposito

Il ricorrente è anzitutto tenuto a depositare l'originale del ricorso, non essendo sufficiente la produzione di una semplice fotocopia dello stesso, nemmeno nei casi in cui l'originale non sia stato restituito dall'Ufficiale giudiziario. L'originale del ricorso può essere depositato anche separatamente ex [art. 372 c.p.c.](#) purché, però, sia rispettato il termine di venti giorni^[7].

In caso di notifica per mezzo della p.e.c., si dovrà depositare la stampa del messaggio di invio, delle ricevute di accettazione e consegna, del ricorso, della procura e della relata di notificazione, attestando la conformità del tutto ai sensi dell'[art. 9-bis l. 53/1994](#).

Il deposito di ricorsi notificati telematicamente privi di attestazione di conformità ha provocato negli ultimi anni una notevole moria di giudizi. Nel 2018, le Sezioni Unite^[8] hanno pertanto ritenuto di dover intervenire ex [art. 363 c.p.c.](#) affermando i seguenti fondamentali principi:

- il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica del ricorso per cassazione predisposto in originale telematico e notificato a mezzo posta elettronica certificata, senza attestazione di conformità del difensore ex [art. 9](#), commi [1-bis](#) e [1-ter](#), l. n. 53 del 1994, o con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non ne comporta l'improcedibilità ai sensi dell'[art. 369 c.p.c.](#), sia nel caso in cui il controricorrente (anche tardivamente costituitosi) depositi copia analogica di detto ricorso autenticata dal proprio difensore, sia in quello in cui, ai sensi dell'[art. 23, comma 2, d.lgs. n. 82 del 2005](#), non ne abbia disconosciuto la conformità all'originale notificatogli.

- Anche ai fini della tempestività della notificazione del ricorso in originale telematico è onere del controricorrente disconoscere la conformità agli originali dei messaggi di p.e.c. e della relata di notificazione depositati in copia analogica non autenticata dal ricorrente.

- Ove, poi, il destinatario della notificazione a mezzo p.e.c.

del ricorso nativo digitale rimanga solo intimato, il ricorrente potrà depositare, ai sensi dell'[art. 372 c.p.c.](#) (e senza necessità di notificazione ai sensi del secondo comma della medesima disposizione), l'asseverazione di conformità all'originale (ex [art. 9, l. n. 53 del 1994](#)) della copia analogica depositata sino all'udienza di discussione ([art. 379 c.p.c.](#)) o all'adunanza in camera di consiglio (artt. [380-bis](#), [380-bis.1](#) e [380-ter c.p.c.](#)). In difetto, il ricorso sarà dichiarato improcedibile.

- Nel caso in cui il destinatario della notificazione a mezzo p.e.c. del ricorso nativo digitale depositi il controricorso e disconosca la conformità all'originale della copia analogica informale del ricorso depositata, sarà onere del ricorrente, nei termini anzidetti (sino all'udienza pubblica o all'adunanza di camera di consiglio), depositare l'asseverazione di legge circa la conformità della copia analogica, tempestivamente depositata, all'originale notificato. In difetto, il ricorso sarà dichiarato improcedibile.

- Nell'ipotesi in cui vi siano più destinatari della notificazione a mezzo p.e.c. del ricorso nativo digitale e non tutti depositino controricorso, il ricorrente - posto che il comportamento concludente ex [art. 23, comma 2, codice amministrazione digitale](#) (c.a.d.), impegna solo la parte che lo pone in essere - sarà onerato di depositare, nei termini sopra precisati, l'asseverazione di cui all'[art. 9, l. n. 53 del 1994](#). In difetto, il ricorso sarà dichiarato improcedibile.

In caso di notifica a mezzo del servizio postale è importante depositare l'avviso di ricevimento, almeno prima dell'udienza di discussione o della camera di consiglio non partecipata, pena l'inammissibilità del ricorso^[9].

Oltre al ricorso è necessario depositare la procura in originale, qualora non sia stata rilasciata in calce o a margine del ricorso.

Terzo elemento fondamentale è la copia autentica del provvedimento impugnato. Ai sensi dell'[art. 16-bis, co. 9-bis D.l. 179/2012](#)^[10] gli avvocati possono autenticare gli atti estratti dal fascicolo informatico, pertanto non è necessario ottenere

^[7] Cassazione civile, sez. II, [20/01/2015, n. 870](#).

^[8] Cassazione civile sez. un., [24/09/2018, n. 22438](#).

^[9] Cassazione civile, sez. VI, 31/01/2017, n. 2552: "La notifica a mezzo del servizio postale non si esaurisce con la spedizione dell'atto ma si perfeziona con la consegna del relativo plico al destinatario e l'avviso di ricevimento prescritto dall'[art. 149 c.p.c.](#) è il solo documento idoneo a provare sia l'intervenuta consegna, sia la data di essa, sia l'identità della persona a mani della quale è stata eseguita; ne consegue che, ove tale mezzo sia stato adottato per la notifica del ricorso per cassazione, la mancata produzione dell'avviso di ricevimento comporta non la mera nullità bensì l'inesistenza della notificazione (della quale, pertanto, non può essere disposta la rinnovazione ai sensi dell'[art. 291 c.p.c.](#)) e la dichiarazione di inammissibilità del ricorso medesimo".

^[10] "9-bis. Le copie informatiche, anche per immagine, di atti processuali di parte e degli ausiliari del giudice nonché dei provvedimenti di quest'ultimo, presenti nei fascicoli informatici o trasmessi in allegato alle comunicazioni telematiche dei procedimenti indicati nel presente articolo, equivalgono all'originale anche se prive della firma digitale del cancelliere di attestazione di conformità all'originale. Il difensore, il dipendente di cui si avvale la pubblica amministrazione per stare in giudizio personalmente, il consulente tecnico, il professionista delegato, il curatore ed il commissario giudiziale possono estrarre con modalità telematiche duplicati, copie analogiche o informatiche degli atti e dei provvedimenti di cui al periodo precedente ed attestare la conformità delle copie estratte ai corrispondenti

l'autentica del cancelliere. È però consigliabile stampare la "copia informatica" e non il "duplicato informatico". Nel secondo, infatti, manca ogni riferimento alla data di pubblicazione della sentenza. Il che potrebbe essere un problema nei casi in cui l'unica data presente sia quella apposta dal giudice che potrebbe essere anteriore - anche di molto - rispetto alla data di pubblicazione. In questi casi, in mancanza di ogni altro riferimento, la Corte verificherebbe la tempestività del ricorso prendendo come riferimento la data apposta dal giudice, non rilevando la data di pubblicazione dichiarata dal ricorrente, in quanto, ha affermato la Corte, l'avvocato non ha anche il potere di attestare la data di pubblicazione della sentenza^[11].

Altra questione pratica importantissima riguarda la titolarità del potere di autentica. Difatti, una volta rilasciata la procura speciale a ricorrere per cassazione, solo il difensore del ricorrente è legittimato ad autenticare la sentenza impugnata, non invece il difensore del giudizio di merito, ormai privo di poteri^[12].

Nel 2019 le Sezioni Unite hanno anche affrontato il problema della mancata autentica del provvedimento impugnato, affermando i seguenti principi di diritto, sovrapponibili a quelli già predicati nella precedente sentenza Cassazione civile sez. un., [24/09/2018, n. 22438](#):

- il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica della decisione impugnata predisposta in originale telematico e notificata a mezzo p.e.c. priva di attestazione di conformità del difensore L. n. 53 del

1994, ex art. [9](#), commi [1-bis](#) e [1-ter](#), oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non comporta l'applicazione della sanzione dell'improcedibilità ove l'unico controricorrente o uno dei controricorrenti (anche in caso di tardiva costituzione) depositi copia analogica della decisione stessa ritualmente autenticata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale notificatogli [D.Lgs. n. 82 del 2005, ex art. 23, comma 2](#). Invece, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità, il ricorrente ha l'onere di depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio nell'ipotesi in cui l'unico destinatario della notificazione del ricorso rimanga soltanto intimato (oppure tali rimangano alcuni o anche uno solo tra i molteplici destinatari della notifica del ricorso) oppure comunque il/i controricorrente/i disconosca/no la conformità all'originale della copia analogica non autenticata della decisione tempestivamente depositata;

- i medesimi principi si applicano all'ipotesi di tempestivo deposito della copia della relata della notificazione telematica della decisione impugnata - e del corrispondente messaggio P.E.C. con annesse ricevute - senza attestazione di conformità del difensore L. n. 53 del 1994, ex art. [9](#), commi [1-bis](#) e [1-ter](#), oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa;
- il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica della decisione impugnata redatta in formato elettronico e firmata di-

atti contenuti nel fascicolo informatico. Le copie analogiche ed informatiche, anche per immagine, estratte dal fascicolo informatico e munite dell'attestazione di conformità a norma del presente comma, equivalgono all'originale. Il duplicato informatico di un documento informatico deve essere prodotto mediante processi e strumenti che assicurino che il documento informatico ottenuto sullo stesso sistema di memorizzazione o su un sistema diverso contenga la stessa sequenza di bit del documento informatico di origine. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano agli atti processuali che contengono provvedimenti giudiziari che autorizzano il prelievo di somme di denaro vincolate all'ordine del giudice".

^[11] Cassazione civile, sez. III, [31/05/2019, n. 14875](#) in cui si legge: «[...] Nella specie la sentenza di appello depositata dal ricorrente reca soltanto la firma digitale del presidente del collegio e del consigliere estensore e la decisione risulta adottata in data 28.6.2016. Manca sia la attestazione di deposito del Cancelliere sia il numero identificativo della sentenza che attesta l'inserimento dell'atto nel registro cronologico delle decisioni (artt. [28](#), [33](#) e [35](#) disp. att. c.p.c.; [art. 13 comma 1 n. 16](#) del DM Giustizia 27.3.2000 n. 264 «Regolamento recante norme per la tenuta dei registri presso gli uffici giudiziari.»): difetta pertanto la attestazione della pubblicazione della sentenza. La verifica assume rilevanza in quanto il ricorso per cassazione è stato notificato per via telematica in data 15.9.2017 e, trovando applicazione il termine lungo annuale ex [art. 327 c.p.c.](#) (essendo stato introdotto il giudizio in data anteriore al 4.7.2009, data di entrata in vigore della riforma della norma processuale disposta dalla [legge n. 69/2009](#)), la notifica risulterebbe tempestivamente eseguita rispetto alla data 18.7.2016 di pubblicazione della sentenza indicata dal ricorrente, mentre sarebbe da considerare tardiva rispetto alla data 28.6.2016, in cui è stata emessa la decisione (venendo a scadere il termine di decadenza il 29.7.2017). Non viene peraltro in soccorso la disposizione dell'[art. 16 bis, comma 9 bis, del DL 18.10.2010 n. 179](#) conv. in [legge n. 221/2012](#) -introdotta dall'[art. 52, comma 1, lett. a\), del DL 24.6.2014 n. 90](#) conv. con mod. in [legge 11.8.2014 n. 114](#)- che stabilisce la equivalenza all'originale delle copie informatiche, anche per immagine, dei provvedimenti del Giudice "anche se prive della firma digitale del cancelliere di attestazione di conformità all'originale", essendo appena il caso di osservare come la norma attribuisca al difensore il potere di certificazione pubblica delle "copie analogiche ed anche informatiche, anche per immagine, estratte dal fascicolo informatico" ma non anche la competenza amministrativa riservata al funzionario di Cancelleria relativa alla "pubblicazione" della sentenza".

^[12] Cassazione civile sez. I, [24/05/2019, n. 14226](#).

- gitalmente (e necessariamente inserita nel fascicolo informatico) senza attestazione di conformità del difensore [D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, ex art. 16-bis, comma 9-bis](#), convertito dalla [L. 17 dicembre 2012, n. 221](#) oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non comporta l'applicazione della sanzione dell'improcedibilità ove l'unico controricorrente o uno dei controricorrenti (anche in caso di tardiva costituzione) depositi copia analogica della decisione stessa ritualmente autenticata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale della decisione stessa. Mentre se alcune o tutte le controparti rimangono intime o comunque depositino controricorso ma disconoscano la conformità all'originale della copia analogica non autenticata della decisione tempestivamente depositata, il ricorrente, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità, ha l'onere di depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica della decisione impugnata sino all'udienza di discussione o all'adunanza in camera di consiglio;
- il deposito in cancelleria, nel termine di venti giorni dall'ultima notifica, di copia analogica della decisione impugnata sottoscritta con firma autografa ed inserita nel fascicolo informatico senza attestazione di conformità del difensore L. n. 53 del 1994, *ex art. 9*, commi *1-bis* e *1-ter*, oppure con attestazione priva di sottoscrizione autografa, non comporta l'applicazione della sanzione dell'improcedibilità ove l'unico controricorrente o uno dei controricorrenti (anche in caso di tardiva costituzione) depositi copia analogica della decisione stessa ritualmente autenticata ovvero non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale della decisione stessa. Mentre se alcune o tutte le controparti rimangono intime o comunque depositino controricorso ma disconoscano la conformità all'originale della co-

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

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

Nel caso in cui la sentenza sia stata notificata occorre produrre anche la copia munita di relata; ciò è indispensabile al fine di consentire la verifica del rispetto del termine breve. Può costituire errore fatale affermare l'avvenuta notifica, senza produrre la copia notificata: in questo caso il ricorso verrà dichiarato inammissibile, salvo il caso della c.d. "prova di resistenza" che si verifica allorché la notifica del ricorso sia avvenuta entro sessanta giorni dalla pubblicazione della sentenza[13]. In questo ultimo caso, infatti, il ricorso sarebbe tempestivo anche nel caso in cui la sentenza fosse stata notificata proprio lo stesso giorno della pubblicazione.

Se la sentenza è stata notificata al precedente difensore, sarà questi a dover stampare la p.e.c. e il suo contenuto e ad attestare la conformità, come stabilito dalla Suprema Corte nell'ordinanza [n. 21406/2018](#)[14].

Va poi depositata la richiesta di trasmissione del fascicolo d'ufficio rivolta al cancelliere del giudice che ha emesso la decisione impugnata, *ex art. 369* ultimo comma. L'omissione non produce *de plano* l'improcedibilità; difatti l'istanza non è necessaria qualora la Corte non abbia la necessità di prendere visione del fascicolo d'ufficio. Occorre rammentare che

[13] Tra le tante e più recenti, Cassazione civile sez. III, [04/07/2019, n.17899](#).

[14] In cui si legge: "1.7. Va pure evidenziato che la necessità di documentare la notificazione della sentenza impugnata per cassazione con le modalità anzidette non soffre poi deroga nel caso (costituente l'elemento di peculiarità della fattispecie in esame) in cui il patrocinio della ricorrente in sede di legittimità sia espletato da un avvocato diverso da quello destinatario della notifica telematica della pronuncia, siccome difensore costituito o anche soltanto domiciliatario della parte nel pregresso grado di giudizio. In siffatta ipotesi, grava sul difensore costituito o domiciliatario, ancorché sia stato revocato o abbia rinunciato al mandato, l'obbligo non soltanto di informare la parte già rappresentata dell'avvenuta notificazione della sentenza ma altresì di compiere, in maniera tempestiva, le descritte attività (estrazione di copie analogiche del messaggio a mezzo PEC e della relazione di notifica ad esso allegata ed attestazione cartacea di conformità con sottoscrizione autografa) e consegnare i relativi documenti al nuovo difensore ovvero (qualora non edotto della nuova nomina) alla parte stessa. Si tratta, a ben vedere, di un differente atteggiarsi del medesimo obbligo del difensore destinatario della notificazione della sentenza in forme tradizionali, tenuto a consegnare, in maniera completa ed utile per l'esplicarsi della successiva - eventuale - attività processuale, gli atti e documenti afferenti il mandato; in entrambe le eventualità della notifica, una declinazione concreta, adeguata alle specificità della vicenda, del più generale dovere di diligenza professionale che l'avvocato, sotto pena della relativa responsabilità, deve serbare nei confronti del proprio cliente, anche se per qualsivoglia ragione sia cessato il mandato (v. Cass. [12/10/2009, n. 21589](#) e Cass., ord. interi., [20/12/2017, n. 30622](#))".

se si impugna la sentenza di primo grado, *ex art. 348-ter*, è opportuno rivolgere la richiesta ad entrambi i cancellieri. Oltre a ciò occorre produrre gli atti e i documenti su cui il ricorso si fonda, compreso il CCNL e gli accordi collettivi. Qualora l'atto o il documento sia inserito nel fascicolo d'ufficio, l'onere di produzione si intenderà assolto mediante il deposito della richiesta di trasmissione del fascicolo *ex art. 369 c.p.c.* Se, invece, gli atti e i documenti sono inseriti nel fascicolo di parte, sarà sufficiente il suo deposito. È tuttavia consigliato il deposito degli atti e dei documenti in un apposito fascicoletto, come previsto dal Protocollo siglato in data

17 dicembre 2015 tra il Primo Presidente della Corte di Cassazione e il Presidente del CNF.

Nel giudizio civile di cassazione non è possibile produrre atti e documenti non depositati nei precedenti gradi, tuttavia l'*art. 372 c.p.c.* consente il loro deposito qualora riguardino la nullità della sentenza impugnata o l'ammissibilità del ricorso e del controricorso. Ai sensi del secondo comma della suddetta norma, il deposito di atti e documenti relativi all'ammissibilità può avvenire indipendentemente da quello del ricorso e del controricorso, ma l'elenco va notificato alle altre parti.

PRESCRIZIONE DELLE RIMESSE SOLUTORIE

Le Sezioni Unite sull'onere di allegazione relativo all'eccezione di prescrizione delle rimesse solutorie (Cass. civ., Sez. Unite, 13 giugno 2019 n. 15895)

di Martina Mazzei

10 settembre

Sommario

1. Premessa
2. Il caso
3. La prescrizione dell'azione di ripetizione delle rimesse in conto corrente: Cass. sez. un. civ. 2 dicembre 2010 n. 24418
4. Il contrasto giurisprudenziale alla base dell'ordinanza di rimessione n. 27680 del 30 ottobre 2018
5. La soluzione delle Sezioni Unite: la sentenza n. 15895 del 13 giugno 2019

1. Premessa

Con sentenza [n. 15895 del 13 giugno 2019](#) le Sezioni Unite, chiamate a fare chiarezza sulla questione - oggetto di perdurante contrasto nella giurisprudenza di legittimità - della ripartizione dell'onere probatorio quanto alla natura, solutoria o ripristinatoria, delle rimesse, hanno stabilito che la banca, convenuta nell'ambito di una azione di ripetizione dell'indebito fondata sull'illegittimità degli addebiti effettuati su conto corrente affidato, nell'eccepire la prescrizione del credito, non è tenuta ad indicare specificamente quali tra le rimesse abbiano carattere solutorio potendosi limitare ad allegare l'inerzia del creditore con conseguente volontà di volerne profittare.

2. Il caso

La sentenza in commento trae origine da un'azione di ripetizione di un indebito oggettivo avanzata da una S.a.s. nei confronti di un istituto di credito.

La società attrice chiedeva la rideterminazione del saldo relativo a due conti correnti con apertura di credito e la condanna della banca alla restituzione delle somme e degli interessi indebitamente versati. La S.a.s. lamentava, in particolare, l'applicazione di interessi passivi e commissioni di massimo scoperto non dovuti: i primi perché pattuiti mediante clausole nulle e le seconde perché non pattuite.

La banca convenuta, costituendosi in giudizio, eccepeva la prescrizione di tutte le rimesse confluite nel conto corrente allegando l'inerzia del correntista e il relativo *dies a quo* (in-

dividuato nelle singole annotazioni sul conto) senza elencare le singole rimesse ritenute prescritte.

La Corte d'appello, in parziale riforma della sentenza di primo grado - che aveva rigettato la domanda attorea - accoglieva l'eccezione di prescrizione avanzata dall'istituto di credito esclusivamente rispetto alle rimesse solutorie respingendola, invece, relativamente a quelle ripristinatorie.

Nello specifico i giudici d'appello muovendo dalla nota distinzione - affermata dalle Sezioni Unite con sentenza [n. 24418 del 2010](#) - tra versamenti con funzione solutoria (cioè effettuati in un momento in cui il conto era scoperto perché non erano ancora state concesse aperture di credito o perché l'esposizione a debito era maggiore di quella autorizzata) e versamenti con funzione ripristinatoria (compiuti durante l'operatività delle aperture di credito e in presenza di un saldo debitorio inferiore all'affidamento concesso) dichiaravano l'intervenuta prescrizione dell'azione di ripetizione in riferimento alla prima tipologia di versamenti.

Avverso tale pronuncia la S.a.s. proponeva ricorso per cassazione censurando - per quanto di interesse - la sentenza d'appello nella parte in cui i giudici di merito, in violazione e falsa applicazione degli artt. [2938](#), [2697](#) e [2727](#) c.c., avevano accolto un'eccezione di prescrizione inammissibile in quanto formulata genericamente dall'istituto di credito senza allegare e provare le rimesse solutorie. Così facendo, secondo il ricorrente, la Corte territoriale si era sostituita alla banca nell'individuare tali rimesse e, quindi, aveva sopperito alla carenza probatoria violando il principio secondo cui, una

volta provata dal cliente l'apertura di credito ed i limiti del fido, spetterebbe alla banca l'onere di vincere la presunzione della natura ripristinatoria delle rimesse.

La qualificazione delle rimesse quali solutorie è, infatti, essenziale ai fini della determinazione del *dies a quo* del termine di prescrizione dell'azione di ripetizione. Come affermato dalle Sezioni Unite nel 2010 solo con riguardo alle rimesse solutorie la prescrizione decennale decorre dalla data della singola rimessa; viceversa, ove il correntista effettui versamenti a saldo di un conto passivo o nei limiti dell'accreditamento concesso dalla banca (rimesse ripristinatorie) il *dies a quo* coincide con la data di chiusura del conto.

La prima sezione della Corte di Cassazione rilevato che tale doglianza pone la questione delle modalità di formulazione dell'eccezione di prescrizione avanzata dall'istituto di credito e preso atto di un perdurante contrasto sul punto, con ordinanza interlocutoria [n. 27680 del 30 ottobre 2018](#)^[1], ha rimesso la questione alle Sezioni Unite.

3. La prescrizione dell'azione di ripetizione delle rimesse in conto corrente: Cass. sez. un. civ. 2 dicembre 2010 n. 24418

A quasi un decennio di distanza dalla nota sentenza [Sez. Un. n. 24418 del 2010](#)^[2] la prima sezione civile della Corte di Cassazione ha nuovamente sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite sul tema - di notevole rilievo pratico - dei requisiti di ammissibilità dell'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca - convenuta - avverso l'azione di ripetizione proposta dal correntista - attore - in relazione a somme indebitamente appostate sul conto corrente.

In altri termini l'ordinanza di rimessione affida alla compo-

sizione più autorevole della Suprema Corte la problematica della ripartizione dell'onere di prova circa la natura solutoria, o meno, delle rimesse ai fini dell'individuazione del momento iniziale del decorso della prescrizione.

Appare opportuno, pertanto, muovere proprio dalle motivazioni con cui le Sezioni Unite hanno risolto, nel 2010, la questione del *dies a quo* del termine di prescrizione^[3] per poi soffermarsi sul tema oggetto di contrasto giurisprudenziale. Questi, in sintesi, i passaggi argomentativi della Corte in riferimento al rapporto tra correntista e istituto di credito:

1. In primo luogo affinché possa sorgere il diritto alla ripetizione di un pagamento indebitamente eseguito tale pagamento deve esistere ed essere ben individuabile. Per esistere il pagamento deve tradursi nell'esecuzione di una prestazione da parte di un soggetto (il solvens) con conseguente spostamento patrimoniale in favore di altro soggetto (accipiens). Per dirsi indebito, quindi, il pagamento deve difettare di un'idonea causa giustificativa.
2. Non può, di conseguenza, ipotizzarsi il decorso del termine di prescrizione del diritto alla ripetizione se non da quando sia intervenuto un atto giuridico definibile come pagamento, nel senso anzidetto, che l'attore affermi indebito. Tale situazione non muta quando la natura indebita sia la conseguenza dell'accertata nullità del negozio giuridico in esecuzione del quale il pagamento è stato effettuato, in quanto sono diverse la domanda volta alla declaratoria di nullità di un atto, che non si prescrive, e quella volta ad ottenere la condanna alla restituzione di ciò che si è pagato soggetta, invece, a prescrizione decennale.
3. In base al disposto degli artt. [1842](#) e [1843](#) c.c. l'apertura

[1] Cfr. in dottrina GUADAGNO S., «Le sezioni unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova circa la natura solutoria delle rimesse in conto corrente», in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* n. 3/2019; COLOMBO C., *Questioni in materia di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito promossa dal correntista nei confronti della banca*, in *Il Corriere Giuridico* n. 3/2019.

[2] Per un'analisi della sentenza v. in dottrina STILO A., *Prescrizione e anatocismo nei rapporti bancari: principi giurisprudenziali e riforme legislative*, in *I Contratti* n. 6/2011; COLANGELO G., *Prescrizione dell'azione di ripetizione: dalla Cassazione un primo rimedio*, in *Danno e Responsabilità* n. 8-9/2014; MILIZIA G., *Anatocismo: l'azione di ripetizione, soggetta alla prescrizione ordinaria dalla chiusura del conto corrente, si estende a tutte le operazioni effettuate ed è esclusa la capitalizzazione degli interessi ultralegali a debito del risparmiatore*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.0, 2010, pag. 545; GRECO F., *Anatocismo bancario e prescrizione: le sezioni unite e la difficile applicabilità del decreto mille proroghe. Continua il match tra correntisti e banche match tra correntisti e banche*, *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.4, 2011, pag. 810; BONTEMPI P., *L'anatocismo bancario torna di attualità*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata* n. 4/2011; BELLUSCIO A.C.V., *Violazione dell'art. 1283 c.c. e nullità parziale del contratto: il problema dell'integrazione tra favor debitoris e tutela dell'equilibrio contrattuale*, in *Il Corriere giuridico* n. 2/2012.

[3] In dottrina hanno affrontato la questione del diverso *dies a quo* della prescrizione tra rimesse solutorie e ripristinatorie: DOLMETTA A., *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, in *Contratti*, 2011, 498; SALANITRO U., *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici nel conto corrente bancario: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, 459 ss.; PISANI P., *Anatocismo bancario e ingiustificato arricchimento*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di VETTORI, 2002, 537 ss.; NANNA C.M., *Asimmetrie contrattuali e ripetibilità degli interessi anatocistici*, in *Contratti*, 2001, 211 ss.; MAFFEIS D., *Anatocismo bancario e ripetizione degli interessi da parte del cliente*, ibidem, 406 ss.; COLOMBO C., voce «Anatocismo» in *Enc. giur. Treccani*, II, Ed. Enc. it., Agg., 2005, 4; DOLMETTA A., *Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 78/2012 (retroattività delle leggi bancarie, prescrizione della ripetizione per titolo invalido di versamenti in c/c e diritto vivente dell'anatocismo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, 431 ss.

ra di credito si attua mediante la messa a disposizione, da parte della banca, di una somma di denaro che il cliente può utilizzare anche in più riprese e della quale, per l'intera durata del rapporto, può ripristinare in tutto o in parte la disponibilità eseguendo versamenti che gli consentiranno poi eventuali ulteriori prelevamenti entro il limite complessivo del credito accordatogli

I versamenti effettuati dal correntista durante lo svolgimento del rapporto potranno essere considerati pagamenti, tali da poter formare oggetto di ripetizione (ove indebiti), quando abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca, e cioè quando siano stati eseguiti su un conto in passivo (o scoperto) cui non accede alcuna apertura di credito a favore del correntista o quando siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento.

Per converso quando il passivo non ha superato il limite dell'affidamento concesso i versamenti in conto fungono unicamente da atti ripristinatori della provvista della quale il correntista può ancora continuare a godere, rispetto ai quali la prescrizione decennale decorre non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati.

Nel fondamentale arresto del 2010, pertanto, le Sezioni Unite hanno distinto tra:

- versamenti con funzione solutoria, ovverosia versamenti effettuati in conto dal correntista in un momento in cui il conto era scoperto, siccome in quanto non erano ancora state concesse aperture di credito o perchè l'esposizione a debito era maggiore di quella autorizzata;
- versamenti con funzione ripristinatoria, ovverosia versamenti compiuti durante l'operatività delle aperture di credito e in presenza di un saldo debitorio inferiore all'affidamento concesso;

stabilendo che la prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito decorre dal momento del versamento stesso in relazione ai primi e dal momento della chiusura del conto

corrente in relazione ai secondi affermando il seguente **principio di diritto**:

«Se, dopo la conclusione di un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, il correntista agisce per far dichiarare la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici e per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, il termine di prescrizione decennale cui tale azione di ripetizione è soggetta decorre, qualora i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati.»^[4]

Il menzionato arresto, costantemente applicato dalla giurisprudenza successiva, è stato riconfermato anche dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento.

Infatti il Supremo Collegio sottolinea come *“prima ancora che per la coerenza di sistema in riferimento alle note applicazioni giurisprudenziali in tema di revocatoria di rimesse bancarie ad opera di correntista poi fallito, l'approdo, nel comporre l'antinomia tra i contrapposti argomenti relativi al dies a quo del decorso prescrizionale dell'azione di ripetizione in ipotesi di domanda volta all'accertamento della nullità del titolo in forza del quale il pagamento, in tesi indebito, è stato eseguito (dalla chiusura del conto o dall'annotazione di ciascun addebito in applicazione di clausola nulla), si connota per il suo rigore logico nell'individuazione dell'atto giuridico qualificabile come pagamento - e dunque ripetibile ove indebito - nell'ambito dello specifico rapporto di conto corrente bancario, in cui il saldo passivo non è immediatamente esigibile, salvo che non ecceda l'importo dell'affidamento concesso al correntista, o in ipotesi di conto corrente “scoperto”; non assistito da aperture di credito.”*

La distinzione tra rimesse solutorie e ripristinatorie della provvista è, infatti, pacifica e non ha dato luogo a specifici problemi interpretativi in relazione all'onere di allegazione dovuto dal correntista nella proposizione dell'azione di ripetizione.

La questione relativa alla necessità che l'attore, oltre all'in-

[4] Come evidenzia GUADAGNO S., «Le sezioni unite chiamate a fare chiarezza sull'onere della prova circa la natura solutoria delle rimesse in conto corrente», in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata n. 3/2019, «Il principio affermato dalle Sezioni Unite, conducendo di fatto al risultato di far decorrere il termine di prescrizione, nella generalità dei casi, dalla chiusura del conto, ha generato forti timori nel ceto bancario, timori che sono stati presi in considerazione dal legislatore, il quale ha inserito al [comma 61° dell'art. 2, d.l., 29.12.2010, n. 225](#) (c.d. decreto “Milleproroghe”), conv. con modifiche con [l. 26.2.2011, n. 10](#) la previsione secondo cui “In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'articolo 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa”. Tale disposizione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte Cost., con sentenza [5.4.2012, n. 78](#), la quale ha condiviso l'impianto proposto dalla sentenza [24418 del 2010](#) confermando che l'annotazione in conto corrente, non costituendo un “pagamento”, non è suscettibile di ripetizione dell'indebito oggettivo, e conseguentemente il termine di prescrizione del diritto di ripetere gli importi oggetto dell'annotazione medesima non può decorrere dalla data della registrazione.»

dicazione del conto corrente, dell'eventuale apertura di credito e della durata del relativo rapporto, dovesse indicare partitamente i versamenti effettuati, e specificarne la natura, o se, invece, fosse sufficiente l'allegazione di versamenti indebiti con la richiesta di restituzione di una determinata somma, è stata risolta recentemente dalla giurisprudenza di legittimità^[5] secondo cui non compete al correntista l'allegazione della mancata effettuazione di versamenti solutori trattandosi di un fatto negativo estraneo alla fattispecie costitutiva del diritto azionato^[6].

4. Il contrasto giurisprudenziale alla base dell'ordinanza di rimessione n. 27680 del 30 ottobre 2018

I problemi interpretativi si sono invero registrati, invece, come evidenzia l'ordinanza di rimessione, sulla modalità di formulazione dell'eccezione di prescrizione da parte della banca convenuta in ripetizione.

Posto che, secondo la menzionata sentenza [n. 24418 del 2010](#), la prescrizione del diritto alla restituzione ha decor-

renza diversa a seconda del tipo di versamento effettuato - solutorio o ripristinatorio - si è, infatti, posta la questione se, nel formulare l'eccezione di prescrizione, la banca debba necessariamente indicare il termine iniziale del decorso della prescrizione, e cioè l'esistenza di singoli versamenti solutori - a partire dai quali l'inerzia del titolare del diritto può venire in rilievo - ovvero se possa limitarsi ad opporre tale inerzia, spettando poi al giudice verificarne effettività e durata in base alla norma in concreto applicabile.

La questione sottesa al contrasto giurisprudenziale è, quindi, la seguente: se l'eccezione di prescrizione sollevata dalla banca, per essere ammissibile, deve contenere *“l'allegazione, non solo dell'inerzia del titolare, ma anche delle singole rimesse operate nel corso del rapporto aventi natura solutoria e, pertanto, dell'avvenuto superamento del limite di affidamento da parte del debitore.”*

A tale quesito la giurisprudenza di legittimità ha dato soluzioni differenti dando vita a orientamenti contrapposti^[7].

Secondo un primo orientamento^[8], accreditatosi presso la

[5] Cfr. Cass. civ. sez. I [30 novembre 2017, n. 28819](#).

[6] Tale conclusione è stata data per assunta anche nelle sentenze [n. 18581 del 2017](#); [n. 4273 del 2018](#), [n. 18144 del 2018](#) che richiamano la giurisprudenza - formata in materia di revocatoria fallimentare ante [L. n. 80 del 2005](#) - ferma nel ritenere che non sia affetta da nullità per indeterminatezza dell'oggetto o della causa petendi la citazione contenente la domanda di revocatoria fallimentare di pagamenti costituiti da rimesse di conto corrente bancario, seppure in mancanza d'indicazione dei singoli versamenti solutori. Cfr. in proposito anche Cass. civ. sez. un. [22 maggio 2012 n. 8077](#) che ha affermato che l'atto di citazione per la revoca di rimesse in conto corrente bancario non è affetto da nullità per vizio del *petitum* se l'attore ha identificato una somma minima o un importo complessivo ed ha ed ha chiesto la revoca di tutte le rimesse affluite, non essendo necessaria, per l'individuazione della domanda, l'indicazione di ciascuna singola rimessa revocabile.

[7] Per una compiuta rassegna sul contrasto giurisprudenziale che ha dato vita alla rimessione alle sez. un., cfr. in dottrina DOLMETTA A., *Prescrizione della ripetizione di «rimesse solutorie»: onere e vicinanza della prova* e QUINTARELLI A., *Conto corrente bancario: anatocismo e capitalizzazione; prescrizione; azioni di accertamento e condanna, distribuzione dell'onere probatorio e saldo zero*, entrambi in [www.ilcaso.it](#).

[8] In particolare, come riportano le Sezioni Unite con la sentenza n. 15895 del 2019, hanno aderito alla prima soluzione:

- [Cass. n. 4518 del 2014](#) (con nota di COLANGELO G., *Prescrizione dell'azione di ripetizione: dalla Cassazione un primo rimedio*, in *Danno e Responsabilità* n. 8-9/2014) secondo cui i versamenti eseguiti in conto corrente hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal *solvens* all'*accipiens*, rispondendo allo schema causale tipico del contratto, sicché una diversa finalizzazione dei singoli versamenti (o di alcuni di essi) deve essere in concreto provata da parte di chi intende far decorrere la prescrizione da una data diversa e anteriore rispetto a quella della chiusura del conto (in quel caso, la banca non aveva mai dedotto nè allegato tale diversa destinazione dei versamenti in deroga all'ordinaria utilizzazione dello strumento contrattuale);
- [Cass. n. 20933 del 2017](#), secondo cui la natura ripristinatoria delle rimesse è presunta: spetta dunque alla banca che eccepisce la prescrizione di allegare e di provare quali sono le rimesse che hanno, invece, avuto natura solutoria, con la conseguenza che, a fronte della formulazione generica dell'eccezione, indistintamente riferita a tutti i versamenti intervenuti sul conto in data anteriore al decennio decorrente a ritroso dalla data di proposizione della domanda, il giudice non può supplire all'omesso assolvimento di tale onere, individuando d'ufficio i versamenti solutori;
- [Cass. n. 28819 del 2017](#) cit., secondo cui incombe sulla banca, quando eccepisce la prescrizione del credito, l'onere di far valere l'avvenuta effettuazione di rimesse solutorie in pendenza di rapporto, non essendo configurabile, in mancanza di tali versamenti, l'inerzia del creditore, che rappresenta il fatto costitutivo dell'eccezione;
- [Cass. n. 17998 del 2018](#), secondo cui il fatto costitutivo dell'eccezione di prescrizione (ossia la finalizzazione del versamento da parte del correntista a una funzione diversa da quella ripristinatoria della provvista) deve essere allegato e provato dalla Banca, e pertanto l'eccezione di prescrizione non può considerarsi validamente proposta, quando non sono stati allegati i fatti che ne costituiscono il fondamento, sicché *“la prescrizione va fatta decorrere dalla chiusura del conto”* (in quel caso neppure verificatasi);
- [Cass. n. 18479 del 2018](#), che ha riaffermato il principio secondo cui la natura ripristinatoria delle rimesse deve presumersi, spettando, dunque, alla banca di indicare specificamente i versamenti solutori rispetto ai quali è intervenuta la prescrizione. In particolare, la sentenza ha aggiunto che il principio, secon-

giurisprudenza di merito e successivamente avallato da alcune recenti sentenze della Corte di Cassazione, l'eccezione di prescrizione formulata genericamente dalla banca, senza la specificazione dei versamenti destinati a coprire uno scoperto di conto corrente, è inammissibile.

Tale conclusione si fonda sulla presunzione della natura ripristinatoria delle rimesse, e dunque sull'assunto che *"i versamenti eseguiti su conto corrente, in corso di rapporto, hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal solvens all'accipiens."*

Spetta, quindi, alla banca che eccepisce la prescrizione allegare e provare quali sono le rimesse che hanno, invece, natura solutoria con la conseguenza che, a fronte della formulazione generica dell'eccezione, indistintamente riferita a tutti i versamenti intervenuti sul conto in data anteriore al decennio - decorrente dalla data di proposizione della domanda - il giudice non può supplire all'omesso assolvimento di tale onere individuando d'ufficio i versamenti solutori e, di conseguenza, l'eccezione è inammissibile.

Si colloca in una posizione intermedia la sentenza [n. 12977 del 2018](#)^[9], che, in realtà, l'ordinanza interlocutoria menziona tra quelle adesive alla prima soluzione.

Tale sentenza condivide, in effetti, il presupposto da cui

muovono quelle decisioni secondo cui, in costanza di rapporto, i versamenti eseguiti sul conto corrente hanno normalmente funzione ripristinatoria della provvista e non determinano uno spostamento patrimoniale dal *solvens* all'*accipiens* ma se ne discosta nella parte in cui afferma che grava sulla banca, a fronte di un rapporto di conto corrente con apertura di credito, l'onere di allegare, ai fini dell'ammissibilità dell'eccezione di prescrizione - e poi di provare, ai fini della fondatezza dell'eccezione - non solo il mero decorso del tempo ma anche l'ulteriore circostanza dell'avvenuto superamento, ad opera del cliente, del limite dell'affidamento. Tale attività di allegazione deve recare un grado di specificità tale da consentire alla controparte un adeguato esercizio di difesa sul punto e, in mancanza, la relativa eccezione deve essere respinta, in quanto genericamente formulata (prima che infondata), non potendo il giudice supplire all'omesso assolvimento di tali oneri, individuando d'ufficio i versamenti solutori.

Diversamente, in caso di conto non assistito da apertura di credito, tutte le rimesse devono automaticamente reputarsi solutorie, con conseguente inesistenza di alcun onere in capo alla banca di individuarle specificamente.

Un contrapposto orientamento^[10], invece, muove dall'assunto - affermato per la prima volta da Cass., sez.

do cui l'eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, ossia l'inerzia del titolare, senza che rilevi l'erronea individuazione del termine applicabile, ovvero del momento iniziale o finale di esso, trattandosi di questione di diritto sulla quale il giudice non è vincolato dalle allegazioni di parte, deve esser coniugato con quello secondo cui quando, come nella specie, si è in presenza di pluralità di rimesse affluite sul conto corrente, ognuna delle quali costituisce un distinto credito, è necessario che l'elemento costitutivo dell'eccezione sia specificato, dovendo il convenuto precisare, appunto, il momento iniziale dell'inerzia in relazione a ciascuno dei diritti azionati;

- [Cass. n. 33320 del 2018](#), che ha ribadito esser onere della banca, che ha eccepito la prescrizione, fornire la prova della decorrenza e quindi della natura solutoria delle rimesse.

^[9] In questi termini Cass. civ. [24 maggio 2018 n. 12977](#).

^[10] Come riportano le SS.UU. hanno aderito a questa seconda soluzione:

- Cass. n. 2308 del 2017, che ha ritenuto fondata, e così implicitamente ammissibile, l'eccezione di prescrizione formulata dall'istituto di credito, con riferimento alla richiesta di restituzione di tutte le rimesse, evidenziando che la Corte territoriale correttamente si è limitata ad accoglierla solo in parte, distinguendo, tramite l'ausilio del tecnico nominato, tra rimesse aventi funzione solutoria e rimesse aventi funzione ripristinatoria;
- [Cass. n. 18581 del 2017](#), secondo cui, in un quadro processuale definito dalla presenza degli estratti conto, non compete alla banca convenuta fornire specifica indicazione delle rimesse solutorie cui è applicabile la prescrizione, essendo tale incombenza estraneo alla disciplina positiva dell'eccezione, che è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l'inerzia del titolare, e manifestato la volontà di avvalersene. La decisione ha ritenuto, in particolare, che un'allegazione nel senso indicato non cessa di esser tale ove la parte interessata correli quell'inerzia anche ad atti (id est, versamenti ripristinatori) che non spieghino incidenza sul diritto fatto valere dell'attore, evidenziando che, così come, ai fini della valida proposizione della domanda di ripetizione, non si richiede che il correntista specifichi una ad una le rimesse, da lui eseguite, che, in quanto solutorie, si siano tradotte in pagamenti indebiti a norma dell'[art. 2033 c.c.](#), non si vede, in conseguenza, perchè debba essere la banca, che eccepisce la prescrizione, ad essere gravata dell'onere di indicare i detti versamenti solutori (su cui la prescrizione possa, poi, in concreto operare);
- [Cass. n. 4372 del 2018](#), del medesimo tenore. Nel ribadire che l'eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l'inerzia del titolare, e manifestato la volontà di avvalersene, specifica come la natura ripristinatoria o solutoria dei singoli versamenti emerga dagli estratti conto che il correntista, attore nell'azione di ripetizione, ha l'onere di produrre in giudizio. Riafferma che non sussistono ragioni per distinguere l'onere di allegazione del correntista da quello della banca, richiamando, al riguardo, la giurisprudenza di legittimità formatasi sull'azione revocatoria in tema di rimesse bancarie riferita alla disciplina anteriore alla riforma della [legge fallimentare](#). La decisione conclude affermando che il carattere solutorio o ripri-

un., [25.7.2002, n. 10955](#) e condiviso dalla giurisprudenza successiva - secondo cui *“l’eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, ossia l’inerzia del titolare, senza che rilevi l’erronea individuazione del termine applicabile, ovvero del momento iniziale o finale di esso, trattandosi di questione di diritto sulla quale il giudice non è vincolato dalle allegazioni di parte”*.

E, sulla base di questa premessa, rileva che: *“a fronte della comprovata esistenza di un contratto di conto corrente assistito da apertura di credito, la natura ripristinatoria o solutoria dei singoli versamenti emerge dagli estratti conto che il correntista, attore nell’azione di ripetizione, ha l’onere di produrre in giudizio. La prova degli elementi utili ai fini dell’applicazione dell’eccepita prescrizione è, dunque, nella disponibilità del giudice che deve decidere la questione.”*[11]

5. La soluzione delle Sezioni Unite: la sentenza n. 15895 del 13 giugno 2019

Chiamate a comporre il predetto contrasto ermeneutico le Sezioni Unite hanno avallato il secondo orientamento giurisprudenziale.

In via preliminare hanno ricordato che per allegazione in senso proprio si intende *“l’affermazione dei fatti processualmente rilevanti posti a base dell’azione o dell’eccezione”* e che l’eccezione individua i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi dei diritti fatti valere in giudizio (ossia i c.d. fatti principali da tenere, invece, distinti dai c.d. fatti secondari dedotti in funzione di prova di quelli principali). Non rientra, invece, nell’ambito dell’onere di allegazione la qualificazione dei fatti allegati che costituisce attività riservata al giudice il quale, nel provvedervi, non è vincolato dalla qualificazione eventualmente offerta dalle parti[12]. L’[art. 163 n. 4 c.p.c.](#) impone all’attore l’allegazione dei fatti costituenti le ragioni della domanda e ne sanziona con nullità, ex [art. 164 co. 4 c.p.c.](#), l’omessa esposizione. La relativa indagine va compiuta caso per caso tenendo in considerazione che l’adempimento dell’onere di allegazione può mutare in relazione alle caratteristiche degli elementi costitutivi della domanda[13]. L’incertezza dei fatti costitutivi della domanda deve essere, inoltre, vagliata in coerenza con la ragione ispiratrice della norma che risiede, principalmente, nell’esigenza di porre immediatamente il convenuto nelle condizioni di apprestare adeguate e puntuali difese, oltre che di

stinatorio delle singole rimesse non incide sul contenuto dell’eccezione, che rimane lo stesso, indipendentemente dalla natura dei singoli versamenti: semplicemente, la distinzione concettuale esistente tra le diverse tipologie di versamento imporrà al giudice, anche con l’ausilio del consulente tecnico, di selezionare giuridicamente le rimesse che assumano concreta rilevanza ai fini della ripetizione dell’indebito e della prescrizione;

- [Cass. n. 5571 del 2018](#), che, nel cassare la decisione d’appello che aveva ritenuto inammissibile l’eccezione di prescrizione, afferma, che per principio consolidato, l’eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, ossia l’inerzia del titolare, senza che rilevi l’erronea individuazione del termine applicabile, ovvero del momento iniziale o finale di esso, trattandosi di questione di diritto sulla quale il giudice non è vincolato dalle allegazioni di parte;
- [Cass. n. 18144 del 2018](#), che ripercorre gli argomenti svolti dalle sentenze n. 18581 del 2017 e n. 4372 del 2018, rilevando che in un quadro processuale definito dagli estratti conto non compete alla banca convenuta fornire specifica indicazione delle rimesse solutorie cui è applicabile la prescrizione, e che, una volta che la parte convenuta abbia formulato l’eccezione di prescrizione, compete al giudice verificare quali rimesse, per essere ripristinatorie, siano irrilevanti ai fini della decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto, non potendosi considerare quali pagamenti;
- [Cass. n. 30885 del 2018](#), che, nel rigettare il motivo di ricorso del correntista, secondo cui la Corte del merito avrebbe eluso gli oneri delle parti attribuendo la ricerca ufficiosa del thema decidendum al CTU anziché alla parte, che aveva genericamente eccepito la prescrizione decennale dei presunti pagamenti indebiti, ha ricondotto la questione nell’ambito della qualificazione dei fatti rilevati e riepilogati in chiave ricostruttiva dal CTU, affermando che l’accertamento della natura dei versamenti era dipeso dalla condivisione da parte del giudice dell’affermazione svolta dal CTU, circa la mancanza di un’apposita convenzione di affidamento di credito bancario e l’esclusione della natura ripristinatoria dei versamenti con applicazione della prescrizione, solo, con riferimento ai “pagamenti” effettuati nel decennio anteriore alla domanda giudiziale;
- [Cass. n. 2660 del 2019](#), che, nel ricostruire il modo in cui si atteggia l’onere della prova nei giudizi in esame, ha affermato che, nel formulare l’eccezione di prescrizione, l’istituto di credito ha l’onere di dedurre l’inerzia, il tempo del pagamento ed il tipo di prescrizione invocata, aggiungendo che l’eccezione è comunque validamente proposta, quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l’inerzia del titolare, e manifestato la volontà di avvalersene.

[11] Così Cass. civ. ord. [22 febbraio 2018 n. 4372](#).

[12] È il principio dello *iura novit curia* in base al quale il giudice nella sua attività di reperimento, interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche - nella sua attività di *iuris dicere* - non è in alcun modo vincolato alle indicazioni delle parti. Il giudice deve qualificare la domanda giudiziale ossia sussumere il caso sotto la previsione normativa quindi individuare, interpretare e applicare la norma al fatto. Il giudice, infatti, ha il potere-dovere di qualificare giuridicamente la domanda giudiziale sulla base dei fatti dedotti dalla parte, dovendo valutare il contenuto sostanziale della pretesa, desumibile dalla situazione dedotta in causa, nonché dal provvedimento richiesto in concreto, così inquadrando l’azione proposta nella tipizzazione legislativa che le è propria

[13] Cfr. Cass. civ. sez. un. [12 dicembre 2014 n. 26242](#).

offrire al giudice l'immediata contezza del *thema decidendum*[14]. E, proprio in tema di allegazioni dovute dal correntista che agisca in ripetizione di versamenti asseritamente indebiti, la giurisprudenza ha fatto specifica applicazione di tale principio.

La Suprema Corte nella sentenza in commento rammenta, inoltre, che l'onere di allegazione del convenuto va distinto a seconda che si sia in presenza di eccezioni in senso stretto o eccezioni in senso lato: nel primo caso i fatti estintivi, modificativi o impeditivi possono esser introdotti nel processo solo dalla parte mentre nel secondo sussiste il potere-dovere di rilievo da parte del giudice.

Tale distinzione è stata posta in evidenza sin dal 1998 dalle stesse Sezioni Unite che, con la [sentenza n. 1099](#), nell'ambito della contestazione del convenuto, hanno differenziato il potere di allegazione da quello di rilevazione.

Il primo compete esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile (soggiacendo, pertanto, alle relative preclusioni e decadenze), mentre il secondo compete alla parte (e soggiace perciò alle preclusioni previste per le attività di parte) solo nei casi in cui la manifestazione della volontà della parte sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nel caso di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva) ovvero quando singole disposizioni espressamente prevedano come indispensabile l'iniziativa di parte, dovendosi, in ogni altro caso ritenere la rilevabilità d'ufficio dei fatti modificativi, impeditivi o estintivi risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo e provati alla stregua della specifica disciplina processuale in concreto applicabile.

Sulla scorta di queste considerazioni le Sezioni Unite hanno affermato che, pur nella loro indiscutibile connessione, l'onere di allegazione è concettualmente distinto dall'onere della prova, attenendo il primo alla delimitazione del *thema decidendum* e il secondo, attendendo alla verifica della fondatezza della domanda o dell'eccezione, costituisce, per il giudice, regola di definizione del processo.

L'aver assolto all'onere di allegazione non significa, quindi, avere proposto una domanda o un'eccezione fondata, in quanto l'allegazione deve esser provata dalla parte cui per legge incombe il relativo onere e le risultanze probatorie devono esser valutate, in fatto e in diritto, dal giudice.

Nello specifico tema della prescrizione estintiva, infatti, le Sezioni Unite, con la [sentenza n. 10955 del 2002](#) - menzionata anche nell'ordinanza interlocutoria - hanno chiarito che

il relativo elemento costitutivo è rappresentato dall'inerzia del titolare del diritto fatto valere in giudizio mentre la determinazione della durata di detta inerzia, necessaria per il verificarsi dell'effetto estintivo, si configura come una *quæstio iuris* concernente l'identificazione del diritto e del regime prescrizione previsto dalla legge.

Ne consegue che la riserva alla parte del potere di sollevare l'eccezione - qualificata pacificamente come eccezione in senso stretto - implica che ad essa sia fatto onere soltanto di allegare il menzionato elemento costitutivo e di manifestare la volontà di profittare di quell'effetto e non anche di indicare direttamente o indirettamente (cioè attraverso specifica menzione della durata dell'inerzia) le norme applicabili al caso di specie. Tale identificazione spetta, infatti, al giudice, che - previa attivazione del contraddittorio sulla relativa questione - potrà applicare una norma di previsione di un termine diverso.

In particolare, analizzando la struttura nella fattispecie estintiva delineata dall'[art. 2934 c.c.](#), secondo cui "*ogni diritto si estingue quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge*" la [sentenza n. 10955](#) - che era stata chiamata a dirimere il contrasto esistente circa la necessità che la parte che formuli tale eccezione debba o meno specificare il lasso di tempo a ciò necessario - nel pervenire alla soluzione analizzata ha evidenziato che l'identificazione della fattispecie estintiva cui corrisponde l'eccezione di prescrizione va correttamente compiuta alla stregua del «fatto principale» e che tale fatto va individuato nell'inerzia del titolare. Il tempo, invece, è soltanto la dimensione del fatto principale ossia una circostanza ad esso inerente che non ha valore costitutivo di un corrispondente tipo di prescrizione.

In linea con gli esposti principi in tema di onere di allegazione, in generale, e di onere di allegazione, riferito alla specifica eccezione di prescrizione, le Sezioni Unite hanno, quindi, risolto il contrasto ermeneutico nel senso della non necessità dell'indicazione, da parte della banca, del *dies a quo* del decorso della prescrizione aderendo al secondo orientamento giurisprudenziale.

Il Supremo Collegio, infatti, ha ribadito che l'elemento qualificante l'eccezione di prescrizione è l'allegazione dell'inerzia del titolare del diritto che costituisce il fatto principale al quale la legge riconnette l'invocato effetto estintivo e, al contempo, ha sconfessato l'opposto orientamento.

Secondo il Collegio, infatti, la giurisprudenza che ha ritenuto necessaria l'indicazione delle rimesse solutorie ha fatto leva su di un argomento - la presunta natura ripristi-

[14] Cfr. Cass. [15 maggio 2013 n. 11751](#); Cass. [12 dicembre 2008 n. 29241](#).

natoria dei versamenti, secondo un andamento fisiologico del rapporto - che, riferendosi allo schema delle presunzioni, attiene al profilo probatorio ([art. 2727 c.c.](#) e segg.) e non al profilo allegatorio rilevante ai fini dell'ammissibilità dell'eccezione.

Il problema della specifica indicazione delle rimesse solutorie non viene, quindi, eliminato, ma semplicemente si sposta dal piano delle allegazioni a quello della prova, sicché sarà il giudice a valutare la fondatezza delle tesi contrapposte alla luce del riparto dell'onere probatorio e, se del caso, avvalendosi di una consulenza tecnica.

In sostanza la pronuncia [n. 15895 del 2019](#) ha il pregio di aver ricondotto ad una ragionevole simmetria gli oneri gravanti sulle parti contendenti.

Il correntista, infatti, potrà limitarsi ad indicare unicamente

l'esistenza di versamenti indebiti e chiederne la restituzione in riferimento ad un dato conto e ad un tempo determinato, mentre la banca potrà limitarsi ad eccepire la prescrizione allegando l'inerzia dell'attore in ripetizione e dichiarare di volerne profittare.

In conclusione e alla stregua dei principi riportati le Sezioni Unite hanno affermato il seguente **principio di diritto**:

“L'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da un'apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, e la dichiarazione di volerne profittare, senza che sia anche necessaria l'indicazione di specifiche rimesse solutorie”.

DIVIETO DI *REVOCATIO REVOCATIONIS*

Il divieto di *revocatio revocationis* secondo il Consiglio di Stato: la differenza tra «è vietato» e «è severamente vietato»

di Jacopo Polinari

11 settembre 2019

Sommario

1. Il divieto di cui all'art. 403 cod. proc. civ.
2. Il divieto di *revocatio revocationis* nel codice del processo amministrativo e nella giurisprudenza amministrativa

► *Assolutezza e severità dei divieti: una sottigliezza tutta italiana*

1. Il divieto di cui all'art. 403 cod. proc. civ.

L'art. 403 cod. proc. civ. esclude espressamente l'impugnabilità con revocazione della sentenza pronunciata in esito al giudizio di revocazione.

La *ratio* del divieto viene ricollegata al principio *restitutio restitutionis non datur*, ossia di consumazione delle impugnazioni, volto ad evitare che la definizione di una lite sia oggetto di ripetute contestazioni che impediscono la formazione di una statuizione idonea a concludere definitivamente la controversia^[1].

La portata del divieto deve ritenersi estesa anche alle sentenze rese in esito al giudizio di revocazione delle decisioni della Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 391-*bis*, commi 4 e 5 e 391-*ter* cod. proc. civ.^[2]

Nella giurisprudenza del giudice ordinario non si rinvencono eccezioni al principio. Né la dottrina, che pure non ha lesinato critiche ad un'obiettiva ingiustificata limitazione della possibilità di porre rimedio agli errori (anche involontari) del giudice, ha proposto interpretazioni volte a scalfirne

la portata.

Insomma il divieto, che riprende analoga formulazione dell'art. 509 del cod. proc. civ. del 1865, è *tranchante* e non ammette eccezioni.

2. Il divieto di *revocatio revocationis* nel codice del processo amministrativo e nella giurisprudenza amministrativa

Anche il codice del processo amministrativo pone, all'art. 107, comma 2, cod. proc. amm., lo stesso divieto di *revocatio revocationis*. Ma se nel processo civile l'impugnativa per revocazione della sentenza resa in esito al giudizio di revocazione è "severamente vietata", il Consiglio di Stato ritiene che per il processo amministrativo il divieto ammetta eccezioni in limitati casi in cui la rigidità del divieto può essere scalfita.

Più precisamente, la giurisprudenza amministrativa, ha affermato che il divieto in questione "non si applica unicamente quando la domanda di revocazione sia stata dichiarata inammissibile "per ragioni formali" insussistenti, che abbiano precluso il suo esame, cioè quando la stessa statuizione di inammissibilità si sia basata su un errore di fatto (ad es.,

[1] Così Cass., Sez. Un., 20 aprile 2004, n. 7584. Già sotto la vigenza del previgente codice la dottrina auspicava l'abrogazione di un divieto mal giustificato: v. Mortara L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. IV, Milano 1923, n. 313. Ritengono ingiustificato il divieto Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, libro II, parte II, sub art. 403, 345; Andrioli V., *Commento al codice di procedura civile*, vol. II, Milano 1956, sub art. 403, 655.

[2] Cassazione civile sez. II, 18 ottobre 2016, n. 21019; Cassazione civile sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 27865; Cassazione civile Sez. Un., 9 marzo 2006, n. 5055; Cassazione civile sez. un., 20 aprile 2004, n. 7584.

quando il ricorso per revocazione sia stato dichiarato erroneamente inammissibile per irritalità della sua notifica ...)»[3]. In sostanza, la possibilità del riesame della sentenza emessa in esito a giudizio di revocazione - nel quadro di una interpretazione costituzionalmente orientata alla luce delle garanzie di tutela in sede giurisdizionale apprestate dall'[art. 24 della Costituzione](#) - potrebbe trovare eccezionale ingresso in presenza di un ulteriore ed autonomo errore di fatto posto a base della sentenza che ha deciso il primo giudizio di revocazione che, *in limine litis*, abbia precluso l'esplicarsi del rimedio stesso sul piano sostanziale, dando luogo ad una declaratoria di irricevibilità o di inammissibilità per erronea considerazione dei presupposti e delle condizioni a tal fine rilevanti, riconducibile alle ipotesi descritte all'[art. 395, n. 4, cod. proc. civ.](#)[4], nonché nei casi del tutto residuali di nullità della sentenza per difetto di sottoscrizione in assenza di impedimento, ovvero di carenza in toto di elementi essenziali (motivazione o dispositivo), che si risolvono nell'inesistenza stessa dell'atto conclusivo del giudizio revocatorio.

Secondo la giurisprudenza amministrativa può pertanto proporsi il predetto ricorso per revocazione avverso una sentenza resa in esito ad un giudizio di revocazione:

- o nel caso di statuizioni in rito, viziate da errore di fatto, che abbiano sostanzialmente precluso il giudizio di revocazione (es. declaratoria, per errore di fatto, della tardività di un ricorso per revocazione in realtà tempestivamente proposto);
- o nei casi in cui, per errore di fatto del giudice relativo ad aspetti formali di instaurazione del contraddittorio (ad. es., un difetto di notifica alla controparte non rilevato), la pronuncia risulta insanabilmente affetta da nullità;
- o nei casi in cui, per sostanziale mancanza di uno degli elementi ontologicamente fondanti la decisione, quest'ultima non può che essere dichiarata inesistente (per mancanza della motivazione e/o del dispositivo, mancanza di sottoscrizione in difetto di impedimento ovvero sottoscrizione da parte di soggetti non componenti il Collegio giudicante)[5].

Tali conclusioni, peraltro, non sono condivise da altra giurisprudenza amministrativa, secondo la quale la formulazione dell'[art. 107, comma 2, c.p.a.](#), corrispondente a quella dell'[art. 403, c.p.c.](#), appare precisa ed inequivoca in quanto sottrae ad una nuova domanda di revocazione «la sentenza emessa nel giudizio di revocazione». Non distingue a seconda del tipo di vizio che venga imputato alla sentenza de qua;

né a seconda del fatto che tale vizio sia omogeneo o meno a quello che aveva dato motivo al precedente ricorso per revocazione; né a seconda del fatto che il nuovo vizio prospettato si sia determinato, in tesi, nella fase rescindente ovvero in quella rescissoria; né, ancora, in relazione al dispositivo (di accoglimento, di rigetto, di inammissibilità, etc.) della sentenza emessa nel precedente giudizio di revocazione; ovvero al fatto che la parte che propone la nuova domanda di revocazione si identifichi o meno con quella che aveva proposto la precedente[6].

Secondo detto orientamento, la scelta del legislatore si spiega con l'intento evitare che le liti si prolunghino all'infinito per effetto di successive impugnazioni. In effetti, il diritto costituzionalmente garantito di agire e difendersi in giudizio ([art. 24 Cost.](#)) non include un diritto illimitato all'impugnazione delle sentenze. Com'è noto, nella procedura civile non è costituzionalizzato il "doppio grado", inteso come possibilità di proporre appello; lo è, invece, il ricorso per Cassazione, peraltro per soli motivi di legittimità. Nella giurisdizione amministrativa, com'è noto, il ricorso per Cassazione è ammesso solo per le questioni di giurisdizione ([art. 111](#)). D'altra parte, la tutela dei diritti individuali si deve ragionevolmente equilibrare con l'esigenza della certezza del diritto.

Né la [Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo del 1950](#), né la [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2010](#), impongono la garanzia di gradi di giudizio molteplici o addirittura illimitati. La possibilità (ragionevolmente) ammessa dai codici di rito di ricorso per la revocazione della sentenza, nelle ipotesi previste dall'[art. 395 c.p.c.](#), non può risolversi in un defatigante sistema volto ad impedire la definizione del giudizio.

Già le limitazioni previste dal citato [art. 395 c.p.c.](#) per la concreta esperibilità del mezzo straordinario di impugnazione rispondono alla *ratio* di impedire, quale che sia la giurisdizione, la indebita introduzione di un ulteriore grado di giudizio.

A maggior ragione il divieto di "revocazione della revocazione" è volto del tutto ragionevolmente ad impedire che l'impugnazione di una sentenza, occasionata dalla proposizione di una impugnazione già definita "straordinaria", possa trasformarsi essa stessa in uno strumento per "tenere in vita" la causa, impedendone la decisione definitiva e, dunque, l'effettività della tutela.

[3] Cons. Stato, sez. VI, [12 febbraio 2018 n. 871](#); sez. V, 19 febbraio 1996 n. 219

[4] Cfr. Cons. St., Sez. IV, n. 1476 del 2000; Sez. V n. 219 del 1996 cit.

[5] Cons. Stato, Sez. IV, [3 maggio 2019 n. 2889](#)

[6] Cons. Stato, sez. III, [10 luglio 2013 n. 3720](#)

D'altra parte - riconosce il Consiglio di Stato - se non può escludersi - in teoria - che la sentenza pronunciata in sede di revocazione possa essere affetta anch'essa da difetti della medesima specie di quelli ipotizzabili ex [art. 395 c.p.c.](#) per una «ordinaria» sentenza, nondimeno la logica complessiva dell'ordinamento giuridico (ed il buon senso) impongono una scelta volta a privilegiare - una volta che è stato già previsto ed utilizzato il mezzo di impugnazione straordinario, e dunque una volta garantita anche questa ulteriore, eccezionale esigenza di tutela - la diversa esigenza di effettività della tutela giurisdizionale e di (conseguita) stabilità dei rapporti giuridici, per come derivanti dalla decisione emessa in sede di revocazione.

In definitiva, secondo l'orientamento più restrittivo, l'ordinamento giuridico opera, nella descritta disciplina della revocazione, un comprensibile e condivisibile bilanciamento tra valori costituzionalmente previsti e tutelati:

- da un lato, la previsione del mezzo straordinario del ricorso per revocazione adempie all'esigenza di garantire la più piena attuazione del diritto alla tutela giurisdizionale, ex [art. 24 Cost.](#), andando anche oltre (proprio perché mezzo di impugnazione straordinario) i gradi ordinari di giudizio;
- dall'altro lato, il divieto di “revocazione della revocazione” afferma lo speculare principio del diritto alla tutela giurisdizionale delle altre parti evocate in giudizio (diritto che ricomprende sia, in negativo, quello di non essere oggetto di innumerevoli azioni, prive di ragionevole giustificazione, sia, in positivo, quello di vedere definito ed assicurato il risultato processualmente conseguito), ed inoltre realizza in concreto il principio di ragionevole durata del processo, ex artt. [111](#), co. [2](#), Cost e [6 Cedu](#).

Nondimeno, secondo l'orientamento più aperto (incline ad escludere la severità del divieto) risultano comprensibili le ragioni che hanno condotto parte della giurisprudenza ad ammettere, in dichiarata interpretazione costituzionalmente orientata, limitati casi di revocazione della sentenza pronunciata su ricorso per revocazione.

Si tratta, come si è detto, di ipotesi eccezionali e di “strettissima individuazione” e che appaiono compatibili sia con i principi costituzionali (dei quali vogliono costituire, anzi, una più piena attuazione), sia con una corretta interpretazione del divieto di cui agli [art. 107 Cpa](#) e [art. 403, c.p.c.](#)

Se è vero che non può essere impugnata per revocazione una sentenza emessa nel giudizio di revocazione, è altrettanto vero che un previo “giudizio di revocazione” in senso proprio deve essersi effettivamente svolto e l'atto conclusivo, oltre a non essere affetto da nullità, deve possedere i “requisiti minimi” perché esso possa essere considerato “esistente” e ri-

conoscibile, appunto, come sentenza.

In questo senso, in linea con il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa:

- a) non deve essere intervenuta una statuizione in rito, viziata da errore revocatorio, che abbia sostanzialmente precluso il precedente giudizio di revocazione;
- b) la decisione deve essere emanata all'esito di un contraddittorio correttamente instaurato, perché non può esservi valida sentenza - in quanto atto pronunciato da un giudice terzo in un giudizio tra parti poste in posizione di parità processuale - senza contraddittorio delle parti medesime (artt. [2](#), [3](#), [24](#) e [111](#), co. [1](#) e [2](#), Cost.; artt. [6](#) e [13](#) Cedu); ne consegue che il contraddittorio deve essere correttamente instaurato anche nel giudizio di revocazione;
- c) la sentenza, perché possa essere definita tale, deve possedere taluni requisiti minimi tra quelli previsti per legge ([art. 132 c.p.c.](#)), e cioè una “motivazione” (imposta dall'[art. 111, co. 6 Cost.](#)) ed un “dispositivo” (quale “comando” imperativamente emesso dal Giudice) ed essere sottoscritta dai giudici investiti del relativo potere (onde ricondurre l'atto in modo incontrovertibile all'autorità emanante).

In questo terzo caso, il Consiglio di Stato ha precisato che, quale requisito ontologico della sentenza, deve esistere un testo (un insieme di segni) riconducibile ad un significante definibile come “motivazione” di quanto deciso, dovendosi al contempo escludere ogni ulteriore analisi cognitiva del testo medesimo (ciò attenendo al significato, e dunque alla sufficienza e logicità, o meno, della motivazione e non già alla sua materiale sussistenza).

Allo stesso modo, per difetto del dispositivo deve intendersi un difetto concreto ed integrale del “comando” pronunciato dalla sentenza, esulando da tale ipotesi, ad esempio, i casi di dispositivo incompleto o in contraddizione con la motivazione (casi nei quali la giurisprudenza ammette pacificamente l'integrazione/correzione del dispositivo in via interpretativa).

► **Assolutezza e severità dei divieti: una sottigliezza tutta italiana**

Diciamo la verità: nessuno è mai stato oggettivamente convinto dell'opportunità del divieto posto dall'[art. 403 cod. proc. civ.](#) Personalmente sono convinto che si tratti di un divieto illogico, che limita le possibilità di reazione avverso decisioni abnormi senza che siano posti in pericolo altri essenziali e contrapposti interessi.

Di certo non l'interesse alla ragionevole durata del processo, posto che mi pare oggettivamente recessivo di fronte ad una sentenza oggetto di dolo processuale, ovvero frutto di evi-

dente errore di fatto. Oltretutto neppure mi pare che il fenomeno dell'irragionevole durata dei processi sia stato efficacemente contrastato mercé un divieto che esiste da oltre un secolo e mezzo.

D'altro canto, se con il divieto si vuole evitare la proposizione di ricorsi strumentali, sarebbe sufficiente che il giudice punissero severamente i comportamenti opportunistici delle parti con adeguate condanne nelle spese, cosa che sarebbe dovuta non solo alla parte che ha ragione ma anche al sistema giustizia.

Ciò posto, il fenomeno ha una portata talmente limitata che - come per tutte le questioni *de minimis* - non si è (giustamente) mai creato un dibattito effettivo sul punto, né in dottrina né (e ciò è ancor più significativo) nella giurisprudenza civile.

Diverso è il caso per la giustizia amministrativa, posto che la limitatezza dei mezzi di gravame esperibili avverso le decisioni del Consiglio di Stato ha stimolato, da un lato, la fantasia degli avvocati nell'individuare possibili strumenti di reazione, dall'altro il dibattito interno alla giurisprudenza.

Questo spiega perché - nonostante il fenomeno sia oggettivamente limitato anche per la giustizia amministrativa - siano sorti addirittura due orientamenti in contrasto tra loro.

In conclusione, però, non posso fare a meno di ricondurre il dibattito sorto tra le sezioni del Consiglio di Stato al sostrato sociale tutto italiano. La lingua italiana, infatti, è probabilmente la sola lingua che accolga diverse sfumature del concetto di divieto. E attenzione, non parlo del rapporto tra "divieto" ed "eccezione" al divieto, che sarebbe cosa comune: una cosa è vietata, salve le eccezioni in casi particolari. Mi riferisco proprio alle ipotesi di divieto assoluto, che può essere - credo - solo in Italia, graduato.

E infatti tutti noi capiamo (senza sorprenderci) che un cartello che vieti "severamente" una determinata attività è più forte di uno che la vieti *tout court*. Mi sono reso conto di come sia praticamente impossibile spiegare questo concetto, per noi assolutamente comune e naturale, ad un inglese o ad un tedesco, per i quali il concetto di "divieto" è per definizione assoluto, ed ammette solo eccezioni espresse.

È stato per me difficile spiegare ad un collega avvocato di New York in visita a Roma perché, all'ingresso di un (terribile) negozio di *souvenir* del centro vi fosse un cartello che vietava di mangiare e bere nel negozio (divieto assoluto), specificando che l'ingresso con bevande aperte era "severamente" vietato (rafforzativo) mentre l'ingresso "con gelato" era severamente vietato "anche solo per un momento" (ulteriore rafforzativo legato alle caratteristiche obiettive del prodotto introdotto nel negozio). Non è stato semplice spiegare che, seppure il divieto di entrare nel negozio con alimenti e bevande era assoluto, evidentemente l'introduzione di cibo avrebbe potuto essere considerata - caso per caso - non offensiva in relazione all'interesse protetto, consistente nel limitare il rischio di sporcare la merce venduta, mentre lo stesso rischio era evidentemente più grave in caso di introduzione di bevande aperte (di qui il rafforzativo specifico); il rischio è poi considerato massimo con riferimento ai gelati (considerati ad altissimo rischio di lordare la merce esposta), cosicché l'ingresso di tale merce era considerata, dal proprietario del negozio, meritevole di un ulteriore rafforzativo del divieto: "anche solo per un momento" (lasciando, con ciò, evidentemente intendere che sia il divieto generale che quello rafforzato consentissero comunque una generale deroga per il caso cibi e bevande fossero introdotte "solo per un momento").

Chiaramente accostare il dibattito sorto in seno al consiglio di stato sull'assolutezza del divieto di *revocatio revocationis* è inappropriato: gli interessi in gioco sono ovviamente incomparabili, posto che il rischio di evitare di lordare la paccottiglia esposta in un negozio di *souvenir* del centro di Roma è incomparabile con gli interessi che il dibattito sorto nella giurisprudenza amministrativa si vogliono contemplare. Ma l'esempio è comunque significativo perché, da un lato si inserisce perfettamente nel sostrato socio-culturale tutto italiano, sempre uguale a se stesso, anche quando il livello delle disposizioni da interpretare si fa più elevato. Dall'altro lato dà la misura della necessità di intervenire su un contesto normativo risalente al 1865, che, evidentemente, non è più adeguato nel contesto attuale.

ESECUZIONE DELLA SENTENZA E SOSPENSIONE

La sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza di primo grado impugnata, disamina dei presupposti e delle differenze nei vari riti (ordinario, lavoro, locatizio). Aspetti applicativi e novità giurisprudenziali

di Giulia Baruffaldi

12 settembre 2019

Sommario

1. Introduzione
2. Rito ordinario: artt. 283 c.p.c. e 351 c.p.c.
3. Rito del lavoro: art. 431 c.p.c.
4. Rito c.d. locatizio: art. 447 bis c.p.c.
5. La giurisprudenza più recente sul tema

1. Introduzione

Nella pratica lavorativa forense è circostanza frequente, o quantomeno ordinaria, che l'avvocato si trovi a dover impugnare una sentenza totalmente o in parte sfavorevole per il soggetto assistito e, contemporaneamente, a richiederne la sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione, ove già iniziata.

Infatti, l'[art. 282 c.p.c.](#) stabilisce, in generale, che la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti: l'esecuzione della sentenza costituisce, quindi, un effetto del tutto fisiologico della decisione di prime cure della controversia.

Accade sovente anche che si debba richiedere la sospensione della efficacia esecutiva della sentenza o dell'esecuzione all'interno di procedimenti con rito diverso da quello ordinario, in particolare nell'ambito del rito del lavoro o del rito c.d. locatizio e, pertanto, può essere utile una disamina delle differenze di presupposti e di procedura che li caratterizzano. Scopo di questo articolo, dal taglio squisitamente pratico, è quello di esaminare le differenze - spesso sottili ma pur sempre esistenti -, tra i predetti diversi riti in ordine alla sospensione della efficacia esecutiva o esecuzione della sentenza appellata e, infine, dare conto dei punti fermi in materia nonché delle ultime novità giurisprudenziali.

2. Rito ordinario: artt. 283 c.p.c. e 351 c.p.c.

L'[art. 283 c.p.c.](#) è norma fondamentale sul punto sia per il rito ordinario civile che, come si vedrà nel prosieguo, anche per gli altri tipi di procedimento.

Tale norma dispone che il giudice dell'appello, su istanza di parte, proposta sia mediante l'appello principale che incidentale, possa sospendere, in tutto o in parte, l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, "*quando sussistono gravi e fondati motivi, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti*".

Presupposto fondamentale del provvedimento di inibitoria, oltre all'istanza di parte, è la sussistenza di gravi e fondati motivi, che siano in grado di derogare alla regola generale dell'esecuzione provvisoria delle sentenze.

Ad oggi, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria sono concordi nel ritenere che tale gravi e fondati motivi debbano essere individuati nel *fumus boni iuris*, cioè la fondatezza dell'impugnazione e nel *periculum in mora*, cioè il pregiudizio che la parte soccombente può subire a seguito dell'esecuzione della sentenza impugnata.

Ai fini della sospensione *de qua* è necessario che coesistano entrambi i requisiti e la decisione è presa dal Giudice in considerazione anche di una valutazione comparativa delle situazioni patrimoniali delle parti.

Anche la Cassazione ha precisato che la sospensione della provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado è rimessa ad una “*valutazione globale di opportunità*”, in quanto i gravi motivi richiesti dall'[art. 283 c.p.c.](#) consistono per un verso nella delibazione sommaria della fondatezza dell'impugnazione e, per altro verso, nella valutazione del pregiudizio patrimoniale che il soccombente può subire - anche in relazione alla difficoltà di ottenere eventualmente la restituzione di quanto pagato - dall'esecuzione della sentenza, che può essere inibita anche parzialmente se i capi della sentenza sono separati (v. Cass. civ., sez. III, [n. 4060/2005](#)). L'istante, quindi, dovrà dare prova della coesistenza di entrambi i requisiti, specialmente del *periculum in mora*, il quale deve consistere nella prova del danno ingiusto e, soprattutto, **irreparabile** che conseguirebbe dall'esecuzione della sentenza appellata.

Dal punto di vista della procedura, invece, l'articolo di riferimento è l'[art. 351 c.p.c.](#), il quale esordisce stabilendo che la decisione in punto sospensione viene presa dal Giudice con decisione non impugnabile.

Tale norma detta in maniera precisa le regole procedurali dell'istituto dell'inibitoria nel rito civile ordinario e richiama il predetto [art. 283 c.p.c.](#) quanto ai requisiti per la sua concessione.

L'[art. 351 c.p.c.](#) disciplina un sub-procedimento che viene introdotto dalla parte istante con apposito ricorso, inserendosi nell'impugnazione principale e rimanendone indipendente.

Viene prevista, infatti, la fissazione di una udienza *ad hoc* per la comparizione delle parti e per la discussione dell'inibitoria, da tenersi prima dell'udienza di trattazione dell'appello ed è previsto anche che, ove ricorrano gravi motivi di urgenza, il Giudice possa disporre provvisoriamente ed *inaudita altera parte* l'immediata sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza.

3. Rito del lavoro: art. 431 c.p.c.

Anche nel rito del lavoro vige la regola generale della provvisoria esecuzione delle sentenze di primo grado, ma si riscontrano differenze a seconda che la sentenza sia resa a favore del lavoratore o del datore di lavoro.

Nel primo caso, l'[art. 431 comma 3 c.p.c.](#) dispone che il giudice dell'appello possa disporre con ordinanza non impugnabile che l'esecuzione (e non anche l'efficacia esecutiva) sia sospesa quando possa derivare all'altra parte, al datore di lavoro, un «*gravissimo danno*».

Mentre, nel secondo caso, l'[art. 431 comma 5 c.p.c.](#) dispone che le sentenze che pronunciano condanna a favore del datore di lavoro, anch'esse provvisoriamente esecutive, siano

soggette alla disciplina di cui ai predetti artt. [282](#) e [283 c.p.c.](#) Si rileva, quindi, una **prima differenza nel rito del lavoro quanto ai presupposti dell'inibitoria, i quali sono più stringenti nel caso di sentenza favorevole al lavoratore**: per la sospensione, infatti, si richiede la presenza di un gravissimo ed irreparabile danno e non solo di “gravi e fondati motivi”, con ciò alludendo al *favor* del legislatore nei confronti del lavoratore.

Altra differenza che emerge, invece, dal punto di vista procedurale, si rileva nella mancanza di una procedura *ad hoc* per la richiesta di inibitoria e l'apparente assenza di un mezzo apposito per richiederla prima che venga celebrata l'udienza di trattazione dell'appello.

La ragione di questa differenza potrebbe essere individuata nella maggiore celerità dell'appello nel rito del lavoro, nel quale l'udienza di trattazione e, a questo punto, di discussione dell'inibitoria, avviene in tempi più ristretti rispetto al rito ordinario.

Quindi, secondo parte della dottrina, l'istanza di sospensione va proposta nell'atto di appello ex [art. 434 c.p.c.](#) e, ove vi sia urgenza, può chiedersi che la decisione sia anticipata rispetto all'udienza di discussione (TARZIA, Manuale, cit. 295): non si rinviene, tuttavia, alcuna indicazione pratica in merito a che tipo di istanza proporre e con quali tempi, né, in effetti, l'[art. 431, comma 3 c.p.c.](#), richiede la proposizione di alcuna istanza.

A differenza del rito ordinario, quindi, vi è una certa genericità rispetto alle modalità concrete con cui, proceduralmente, si possa chiedere l'inibitoria.

Genericità che, in definitiva, potrebbe ritenere ammessa la richiesta in qualunque tempo e con una istanza generica nel corso del procedimento e, ovviamente, prima dell'udienza di trattazione, ma non necessariamente con l'atto di appello.

4. Rito c.d. locatizio: art. 447 bis c.p.c.

Circostanza particolare, invece, sussiste nel caso in cui venga impugnata una sentenza avente ad oggetto una controversia in materia di locazione, di comodato ed affitto, in quanto tali controversie, da una parte, hanno un oggetto essenzialmente riconducibile al diritto civile in generale ma, dall'altra, gli vengono applicate alcune delle norme previste dal rito del lavoro, così come disposto dall'[art. 447 bis c.p.c.](#)

In materia di sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza, l'unica norma applicabile è l'[art. 447 bis, 4 comma c.p.c.](#), secondo cui il giudice d'appello può disporla con ordinanza non impugnabile quando possa derivare all'altra parte un “*gravissimo danno*”.

Si ricalca, quindi, quanto previsto con riferimento alla sospensione delle sentenze favorevoli al lavoratore, pur non di-

sponendo la predetta norma alcun richiamo all'[art. 431 c.p.c.](#). L'[art. 447 bis, 4 comma c.p.c.](#) costituisce una deroga sia all'[art. 283 c.p.c.](#) che all'[art. 431 c.p.c.](#): sotto il primo profilo, infatti, si rileva come per ottenere l'inibitoria non sia sufficiente la sussistenza dei "gravi e fondati motivi", ma occorre che alle parti derivi un "gravissimo danno".

Quanto al secondo profilo, è consentita non solo la sospensione dell'esecuzione della sentenza - come prevede l'[art. 431 c.p.c.](#) - ma anche quella della semplice efficacia esecutiva.

Anche in questo caso, quindi, si rileva la stessa genericità dal punto di vista procedurale già evidenziata nel rito del lavoro, ma tale criticità può essere facilmente superata proponendo una istanza, anche generica, prima dell'udienza di trattazione.

Va tuttavia evidenziato che, se nel rito ordinario il Giudice è "obbligato" dal rispetto del [codice di procedura civile, in particolare, dell'art. 351 c.p.c.](#), all'esame dell'istanza di sospensione, nonché alla fissazione dell'udienza di discussione dell'inibitoria, tale obbligatorietà non si rinviene nel rito del lavoro né nel c.d. rito locatizio, che ne ricalca - in maniera ancora più sintetica - gli schemi procedurali.

5. La giurisprudenza più recente sul tema

Si segnala una recentissima sentenza del Tribunale di Napoli del 2018, che ha confermato la posizione pressoché unanime di dottrina e giurisprudenza, secondo cui i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* debbano sussistere entrambi e che il grave pregiudizio richiesto non possa essere individuato nella mera esecuzione della sentenza, ma, soprattutto, ha dato rilievo alla **necessaria valorizzazione della irreparabilità del danno e dell'onere della prova a carico dell'istante**:

"Preliminarmente occorre precisare che per l'adozione del provvedimento di inibitoria i presupposti del fumus boni iuris (in termini di prognosi favorevole all'appellante dell'esito del giudizio di appello) e del periculum in mora (in termini di pericolo di un grave pregiudizio derivante al soccombente dall'esecuzione della sentenza) debbono sempre ricorrere cumulativamente e non alternativamente.

Non risulta infatti suscettibile di accoglimento la tesi secondo cui la ricorrenza di un evidente fumus boni iuris potrebbe in buona sostanza far prescindere dalla valutazione circa la ricorrenza del periculum, atteso che l'esecuzione di una

sentenza palesemente ingiusta costituirebbe di perse un danno grave.

Tale tesi, pur fatta propria da parte della giurisprudenza di merito (Corte d'Appello Bari, ord. 7.7.2004), non risulta tuttavia condivisibile nella misura in cui implicitamente comporta la valorizzazione del solo profilo della gravità del danno derivante dall'esecuzione della sentenza e non anche la necessaria valorizzazione dell'ulteriore profilo dell'irreparabilità di tale danno, quando invece entrambi i suindicati profili debbono ricorrere onde superare il favor del legislatore per l'esecutività delle sentenze di primo grado (in tal senso, Cass., sent. [n. 4060/2005](#); Corte d'Appello Milano, ord. 14.10.2008).

Se è vero infatti che è astrattamente ipotizzabile che integri un pregiudizio di per sé grave eseguire una sentenza il cui gravame presenta una prognosi di accoglimento assolutamente favorevole, è parimenti vero che ciò non comporta automaticamente che detto danno sia anche irreparabile (ossia insuscettibile di riparazione integrale in caso di successivo accoglimento del gravame).

*È invece proprio tale irreparabilità, in uno alla serie-
tà del pregiudizio ed alla prognosi favorevole circa l'esito
dell'impugnazione, che può giustificare, in sede latamente
cautelare e di deliberazione meramente sommaria, una dero-
ga al principio di generale esecutività delle sentenze di pri-
mo grado, anche tenuto conto, non ultimo, del fatto che trat-
tasi di deliberazione destinata a sfociare in un provvedimento
non impugnabile e che quindi è a maggior ragione opportu-
no procedere ad una ponderazione globale di tutti i contrap-
posti interessi."* (Tribunale di Napoli, Sezione 1 civile, ordi-
nanza [n. 1672 del 1 giugno 2018](#)).

Si segnala, infine, una recente sentenza della Corte di Appello di Venezia, la quale ha confermato e precisato che i gravi motivi vanno individuati sia nel *fumus boni iuris*, inteso quale rilevante probabilità della riforma della decisione appellata, a causa della manifesta erroneità della stessa o per palesi errori logici o giuridici, individuati nei motivi di appello, sia nel *periculum in mora*, cioè nel rischio che, in conseguenza dell'esecuzione della sentenza impugnata, il diritto controverso rimanga irrimediabilmente pregiudicato nonché nella possibile riduzione di liquidità che si aggiungerebbe all'inesigibilità di alcuni crediti (v. Corte di Appello Venezia, sentenza [17.02.2014](#) in Centro studi giuridici di Mantova, [www.Ilcaso.it](#), 2014, pg. 10104).

RECLAMO CONTRO I PROVVEDIMENTI CAUTELARI

Le Sezioni Unite, nell'interesse della legge, affermano la reclamabilità ex art. 669-terdecies c.p.c. del provvedimento sospensivo reso dal giudice dell'opposizione all'esecuzione c.d. "preventiva" ai sensi dell'art. 615, primo comma (Cass., Sez. Unite, 23 luglio 2019, n. 19889)

di Marco Farina

17 settembre 2019

Sommario

1. Premessa
2. I termini della questione
3. La soluzione delle Sezioni Unite

1. Premessa

Nel gennaio 2019, il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione ha richiesto alla Corte di Cassazione di enunciare, nell'interesse della legge ai sensi dell'[art. 363 c.p.c.](#), il principio di diritto cui avrebbe dovuto attenersi il Tribunale di Latina, in composizione collegiale, nel decidere su di un reclamo proposto, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. [624](#) e [669-terdecies c.p.c.](#), avverso l'ordinanza resa dal medesimo tribunale, in composizione monocratica, di rigetto dell'istanza di sospensione dell'efficacia del titolo esecutivo proposta ex [art. 615, primo comma, penultimo periodo, c.p.c.](#) Il Tribunale di Latina, in composizione collegiale, aveva infatti dichiarato inammissibile quel reclamo ritenendo che la disposizione contenuta nell'[art. 624, secondo comma, c.p.c.](#) - nella parte in cui prevede che "contro l'ordinanza che provvede sull'istanza di sospensione, è ammesso reclamo ai sensi dell'articolo 669-terdecies" - dovesse applicarsi al solo caso di sospensione (del processo esecutivo) disposta dal giudice dell'esecuzione in caso di proposizione di opposizione all'esecuzione ai sensi del [secondo comma dell'art. 615 c.p.c.](#), ossia allorché l'esecuzione sia già iniziata. Tale conclusione è ritenuta dal Procuratore generale presso la Corte di Cassazione nella sua richiesta formulata ex [art. 363 c.p.c.](#) non condivisibile, sia in ragione della non decisività dell'argomento letterale pur valorizzato dal giudice di

merito, sia in ragione del fatto che la natura cautelare del provvedimento sospensivo reso dal giudice dell'opposizione all'esecuzione c.d. preventiva giustificerebbe, comunque, la diretta applicazione del reclamo (cautelare) di cui all'[art. 669-terdecies c.p.c.](#)

Su tale istanza, rimessa dal Primo presidente alle sezioni unite in ragione della particolare importanza della questione ai sensi di quanto previsto dal [secondo comma dell'art. 363 c.p.c.](#), la Corte ha infine emesso il 23 luglio 2019 la [sentenza n. 19889](#) con la quale ha enunciato il seguente principio di diritto: "il provvedimento con il quale il giudice dell'opposizione all'esecuzione, proposta prima che questa sia iniziata ed ai sensi del [primo comma dell'art. 615 cod. proc. civ.](#), decide sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo è impugnabile col rimedio del reclamo ai sensi dell'[art. 669-terdecies cod. proc. civ.](#) al Collegio del tribunale cui appartiene il giudice monocratico - o nel cui circondario ha sede il giudice di pace - che ha emesso il provvedimento».

Le Sezioni Unite, dopo aver rilevato l'ammissibilità della richiesta del P.G., hanno ritenuto che l'impugnabilità con il reclamo ex [art. 669-terdecies c.p.c.](#) del provvedimento (positivo o negativo) reso dal giudice dell'opposizione all'esecuzione c.d. preventiva sull'istanza di sospensione sia conclusione imposta sia dalla natura latamente cautelare di ta-

le provvedimento, sia dal fatto che, pur a dispetto della sua non perfetta e per certi versi equivoca formulazione letterale dell'[art. 624 c.p.c.](#), detta norma esprimerebbe, comunque, un principio generale di reclamabilità dei provvedimenti del giudice che incidano sull'ordinario corso dell'esecuzione forzata già intrapresa o anche solo minacciata.

2. I termini della questione

Come noto, a seguito delle modifiche del codice di rito introdotte nel 2005, l'[articolo 615, primo comma, penultimo periodo](#)^[1], [c.p.c.](#) prevede che *“il giudice concorrendo gravi motivi, sospende su istanza di parte l'efficacia esecutiva del titolo”*^[2].

Il legislatore, dunque, non solo non disciplina in alcun modo la forma del provvedimento con cui il giudice della opposizione preventiva è chiamato a decidere sulla istanza di sospensione, ma neppure specifica quali siano le regole procedurali applicabili ad esso e, dunque, il suo regime di impugnabilità, revocabilità o modificabilità.

Diversamente, l'[articolo 624 c.p.c.](#) - contenuto nel capo I del Titolo VI del libro terzo del codice dedicato alla *“sospensione del processo”* - dopo aver previsto, al primo comma, che *“se è proposta opposizione all'esecuzione a norma degli articoli 615 e 619, il giudice dell'esecuzione, concorrendo gravi motivi, sospende, su istanza di parte, il processo con cauzione o senza”*, dispone, al secondo comma, che *“contro l'ordinanza che provvede sull'istanza di sospensione è ammesso reclamo ai sensi dell'art. 669-terdecies”*.

Poiché il [primo comma dell'art. 624 c.p.c.](#), pur richiamando genericamente l'opposizione all'esecuzione, fa poi, però, ri-

ferimento al giudice dell'esecuzione^[3], non sembra possibile riferire direttamente la previsione contenuta nel [secondo comma del medesimo articolo 624 c.p.c.](#) in punto di reclamabilità *ex art. 669-terdecies c.p.c.* pure al caso del provvedimento reso sull'istanza di sospensione (non del processo esecutivo ma della efficacia esecutiva del titolo) da parte del giudice dell'opposizione preventiva proposta ai sensi del [primo comma dell'art. 615 c.p.c.](#)

In ragione di ciò, è sorto nella giurisprudenza di merito un contrasto relativo al se il rimedio del reclamo cautelare di cui all'[art. 669-terdecies c.p.c.](#) (che pareva) letteralmente previsto per il caso di provvedimento di sospensione (del processo esecutivo) pronunciato dal giudice dell'esecuzione una volta proposta opposizione all'esecuzione c.d. successiva ai sensi del [secondo comma dell'art. 615 c.p.c.](#) potesse, nondimeno, estendersi, in via diretta^[4] o, comunque, per analogia^[5] anche alla contigua ipotesi del provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva pronunciato dal giudice dell'opposizione all'esecuzione preventiva.

Per alcuni giudici di merito^[6] tale estensione era da negare sia in ragione della impossibilità di riferire direttamente la disposizione di cui al [secondo comma dell'art. 624 c.p.c.](#) anche al caso del provvedimento reso sulla istanza di sospensione (dell'efficacia esecutiva del titolo) da parte del giudice dell'opposizione all'esecuzione *ex art. 615, primo comma, c.p.c.*, sia in ragione della impossibilità di ritenere applicabile il rimedio del reclamo cautelare *ex art. 669-terdecies c.p.c.* ad ipotesi di provvedimenti in senso lato cautelari previsti e disciplinati, peraltro, dal codice di rito (e non anche, invece, dal codice civile o da leggi speciali)^[7].

[1] L'ultimo periodo del [primo comma dell'art. 615 c.p.c.](#) è stato inserito nel 2015 per specificare che *«se il diritto [a procedere ad esecuzione forzata] è contestato solo parzialmente, il giudice provvede alla sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo esclusivamente in relazione alla parte contestata»*.

[2] Prima della modifica dell'[art. 615, primo comma, c.p.c.](#) introdotta con il [D.L. 35/2005](#), si riteneva che il giudice della opposizione preventiva potesse inibire l'inizio dell'esecuzione forzata nell'attesa della definizione del giudizio di merito mediante la pronuncia di un provvedimento cautelare di urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, nei casi, però, in cui l'inizio della esecuzione potesse arrecare un pregiudizio irreparabile al debitore.

[3] Al quale, come tutti sanno, è inizialmente proposta l'opposizione all'esecuzione c.d. successiva, ossia proposta ai sensi del [secondo comma dell'art. 615 c.p.c.](#) dopo che l'esecuzione sia iniziata.

[4] Per effetto di una lettura autonoma del [secondo comma dell'art. 624](#), siccome cioè volto a disciplinare forma e regime di impugnabilità del provvedimento che decida, in genere, sulla istanza di sospensione (dell'efficacia esecutiva del titolo ai sensi del [primo comma dell'art. 615](#), o del processo esecutivo ai sensi dell'[art. 624, primo comma, c.p.c.](#)).

[5] Per effetto della *eadem ratio* che sarebbe possibile individuare al fondo delle due pur distinte ipotesi e che dovrebbe individuarsi nella natura latamente cautelare di entrambi i provvedimenti sospensivi che ne giustificerebbe, appunto, la comune disciplina in punto di reclamabilità con l'apposito strumento di contestazione dei provvedimenti cautelari somministrato dall'[art. 669-terdecies c.p.c.](#)

[6] Oltre alla decisione del tribunale di Latina del 9 ottobre 2018 cui si riferiva la richiesta del P.G., si sono pronunciati nel senso della inammissibilità del reclamo, tra gli altri, Trib. Fermo, [28 gennaio 2019](#), Trib. Milano 10 novembre 2015, Trib. Napoli 7 aprile 2015, Trib. Savona 16 ottobre 2012, Trib. Lamezia Terme 26 marzo 2009, Trib. Milano 28 maggio 2008, Trib. Venezia 31 ottobre 2006.

[7] Secondo tale lettura, quindi, esclusa la diretta applicazione del [secondo comma dell'art. 624 c.p.c.](#) anche al caso del provvedimento reso sulla istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo ai sensi del [primo comma, penultimo periodo, dell'art. 615 c.p.c.](#), l'inammissibilità del reclamo *ex art. 669-terdecies* do-

La non impugnabilità con il reclamo ex [art. 669-terdecies c.p.c.](#) del provvedimento reso dal giudice dell'opposizione all'esecuzione c.d. preventiva, secondo questo primo orientamento dei giudici di merito, doveva reputarsi del tutto conforme a quanto previsto, più o meno espressamente, con riferimento a quei provvedimenti inibitori resi dal giudice innanzi al quale sia proposta impugnazione avverso un provvedimento dotato di provvisoria efficacia esecutiva: in tali casi, tanto l'[art. 351 c.p.c.](#) con riferimento alla inibitoria della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado, quanto l'[art. 373 c.p.c.](#) in punto di sospensione dell'esecuzione della sentenza d'appello impugnata per cassazione - così come gli articoli [648](#) e [649 c.p.c.](#) - prevedono espressamente che il provvedimento venga reso dal giudice con ordinanza non impugnabile e tale regime, in mancanza di apposita e divergente disciplina, avrebbe dovuto dirsi applicabili anche alla sospensione dell'efficacia esecutiva del documento azionato come titolo esecutivo ai sensi del [primo comma dell'art. 615 c.p.c.](#)

Per altra giurisprudenza di merito^[8], al contrario, l'esclusione del rimedio del reclamo ex art. 669-terdecies avverso il provvedimento reso dal giudice della opposizione all'esecuzione preventiva sulla istanza di sospensione proposta ai sensi del [primo comma dell'art. 615 c.p.c.](#) non poteva in alcun modo giustificarsi al lume, se non altro, della evidente ed ingiustificata asimmetria che si sarebbe così venuta a verificare: pur in ipotesi di assoluta coincidenza di ragioni fondanti l'opposizione e, quindi, in presenza di un giudizio funzionale al provvedimento inibitorio/sospensivo del tutto identico che potrebbe essere formulato sia dal giudice della opposizione a precetto che dal giudice dell'esecuzione cui sia proposta opposizione all'esecuzione ai sensi del [secondo comma dell'art. 615 c.p.c.](#), solo nel secondo caso le parti avrebbero a disposizione una possibilità di contestazione innanzi ad un diverso giudice.

3. La soluzione della Sezioni Unite

Le Sezioni Unite ritengono di dover aderire alla tesi che ammette la reclamabilità ex [art. 669-terdecies c.p.c.](#) del provvedimento che accolga o rigetti l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva reso dal giudice dell'opposizione all'esecu-

zione proposta ai sensi dell'[art. 615, primo comma, c.p.c.](#), ossia prima che l'esecuzione sia iniziata.

Tale conclusione viene fatta derivare (i) dalla osservazione per cui il tenore testuale dell'[art. 624](#) non è di ostacolo alla diretta applicabilità del suo secondo comma anche all'ipotesi del provvedimento inibitorio reso dal giudice della opposizione all'esecuzione c.d. preventiva, (ii) dal rilievo da assegnare, in ogni caso, alla funzione cautelare in senso proprio, ancorché connotata dalla peculiarità dell'azione di cognizione cui accede e, quindi, *sui generis* che deve riconoscersi al provvedimento inibitorio ex [art. 615, primo comma, penultimo periodo, c.p.c.](#) con conseguente applicabilità del rimedio del reclamo cautelare ex [art. 669-terdecies c.p.c.](#) in difetto di norma derogatoria esplicita che ne impedisca, cioè, in modo espresso la impugnabilità.

Quanto al primo aspetto, nella pronuncia si fa notare come dall'originaria versione del [primo comma dell'art. 624 c.p.c.](#) sia stato espunto il riferimento al solo secondo comma dell'art. 615 che prima vi compariva, sicché il senso di tale modifica starebbe proprio nel rendere chiaro che l'istanza di sospensione cui allude il [secondo comma dell'art. 624 c.p.c.](#) non è solo quella su cui decide il giudice dell'esecuzione cui sia proposta opposizione all'esecuzione ex [art. 615, secondo comma, c.p.c.](#) ma anche quella su cui decide qualsiasi giudice cui sia proposta una opposizione all'esecuzione, preventiva o successiva.

Nè, a parere della Corte, potrebbe essere di ostacolo ad una applicazione diretta del [secondo comma dell'art. 624 c.p.c.](#) alla ipotesi della sospensione disposta dal giudice della opposizione a precetto il fatto che la norma sia inserita nel Titolo VI del libro III dedicato alla sospensione (e alla estinzione) del processo (esecutivo); l'articolo 624, infatti, esprimerebbe la codificazione di un «*principio generale di immediata controllabilità dei provvedimenti di alterazione della normale consecuzione delle fasi del processo esecutivo, tra cui considerare quella, ad esso prodromica ma immancabile, tra notificazione del precetto ed inizio del processo esecutivo in senso stretto*».

In definitiva, l'inibitoria dell'inizio dell'esecuzione forzata minacciata con il precetto interverrebbe in una fase che, in senso lato, può considerarsi facente parte del processo esecutivo complessivamente inteso, con conseguente inesisten-

veva predicarsi *in casu* sia perché la sospensione non possiede natura, funzione e struttura cautelare, sia perché l'[art. 669-quaterdecies c.p.c.](#) estende, con il limite della compatibilità, le norme del procedimento cautelare uniforme - anche quella sul reclamo - ai provvedimenti cautelari tipici (sequestri, denunce e provvedimenti di urgenza) e a tutti gli «*altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali*» e, dunque, non può servire per individuare la disciplina applicabile ad un provvedimento che, seppur latamente cautelare, è disciplinato dal codice di rito.

[8] Trib. Vallo della Lucania [11 luglio 2017](#), Trib. Latina 2 novembre 2016, Trib. Castrovillari 4 novembre 2014, Trib. Torino 31 agosto 2012, Trib. Catanzaro 17 maggio 2011, Trib. Nola 18 dicembre 2008, Trib. Genova 5 aprile 2007, Trib. Bologna 13 giugno 2006, Trib. Roma 2 novembre 2006.

za dell'ostacolo frapposto dalla collocazione della norma nel capo che contiene disposizioni relative alla sospensione del processo esecutivo già iniziato

Quanto al secondo argomento, diciamo così, funzionale, nella pronuncia si rileva che la sospensione pronunciata dal giudice dell'opposizione all'esecuzione c.d. preventiva mira ad anticipare l'effetto finale proprio dell'azione di cognizione cui accede quale misura interinale - ossia la declaratoria di inesistenza (in tutto o in parte) del dritto di procedere ad esecuzione forzata - sicché a detto provvedimento deve riconoscersi natura cautelare con conseguente applicabilità in via immediata dell'[art. 669-terdecies c.p.c.](#)^[9].

Da tale conclusione, tuttavia, la Corte non fa discendere una applicazione generalizzata, seppur con il limite della compatibilità, dell'intero rito cautelare uniforme, ritenendo al contrario che la sola norma applicabile di questo rito uniforme è proprio quella in tema di reclamabilità *"essendo la sospensione anche pre-esecutiva compiutamente regolata in ogni altro aspetto"* dalle norme speciali applicabili nell'ambito del microsistema o sottosistema del rito processuale dell'esecuzione civile.

Le peculiarità del provvedimento inibitorio reso dal giudice dell'opposizione pre-esecutiva - che imporrebbero, cioè, di coniugare la sua natura cautelare con il sottosistema del processo esecutivo in cui esso si inserisce - dovrebbero, poi, anche giustificare la conclusione per cui i *"gravi motivi"* a cui il [primo comma dell'art. 615 c.p.c.](#) ricollega la possibilità di concedere il provvedimento di sospensione si identifichino (i) con la verosimile e/o plausibile fondatezza dell'opposizione (*fumus boni iuris*), e (ii) con il rischio di un pregiudizio per il debitore che *"ecceda quello normalmente indotto dall'esecuzione"*. Da ultimo, le sezioni unite si preoccupano di precisare che la riconosciuta natura cautelare del provvedimento inibitorio non è di ostacolo a che su di esso possa pronunciarsi il giudice di pace nei casi in cui sussista la sua competenza (per valore) a conoscere di una opposizione all'esecuzione ai sensi del [primo comma dell'art. 615 c.p.c.](#): l'indistinta previsione che campeggia in tale norma con riferimento al giudice *tout court* - da intendersi proprio come il giudice competente per materia e valore cui allude il precedente periodo del medesimo [primo comma dell'art. 615 c.p.c.](#) - deve considerarsi norma derogatoria e prevalente su quella, per ciò incompatibile, dettata dall'[art. 669-quater, terzo comma, c.p.c.](#) in punto di carenza di potestà cautelare, appunto, in capo al giudice di pace.

Precisano, allora, ulteriormente le Sezioni Unite che nel caso di provvedimento (positivo o negativo) reso dal giudice di pace ai sensi dell'[art. 615, primo comma, penultimo periodo, c.p.c.](#), il reclamo dovrà proporsi al collegio del tribunale del circondario in cui ha sede il giudice di pace adito, in base ad una interpretazione di sistema, per l'assenza istituzionale di un collegio nell'ufficio di quel giudice.

La pronuncia delle Sezioni Unite, al contrario, non scioglie i dubbi che si sono creati nella pratica quotidiana circa il corretto modo di operare del provvedimento inibitorio *ex art. 615, primo comma, c.p.c.* nei casi in cui - a seguito della proposizione della opposizione e della istanza di sospensione ma prima che su di essa il giudice abbia deciso - l'esecuzione forzata abbia comunque inizio.

Nella pratica, infatti, si discute sia in ordine al se in tali casi il giudice dell'opposizione a precetto conservi o meno il potere di emettere il provvedimento inibitorio richiestogli, sia in ordine al se, ammesso che il giudice dell'opposizione conservi questo potere, il suo (positivo) esercizio possa avere o meno l'effetto di caducare *ex tunc* l'esecuzione nel frattempo intrapresa incidendo il provvedimento di sospensione, appunto, sulla efficacia esecutiva *tout court* del documento azionato come titolo esecutivo.

Su tali questioni, invero, nella pronuncia delle sezioni unite si rinvengono indicazioni contrastanti anche se, in ultima analisi, l'affermazione per cui i poteri del giudice dell'opposizione pre-esecutiva e quelli del giudice dell'esecuzione iniziata sono *"mutuamente esclusivi"* di modo che *"il giudice adito in tempo successivo deve ritenersi privo di potestà giudicanti anche sulle relative misure cautelari di competenza"* e l'osservazione in virtù della quale *"la sospensione pre-esecutiva si atteggia quale causa di sospensione esterna per la singola esecuzione comunque intrapresa, da riconoscersi senza formalità dal giudice dell'esecuzione (ai sensi dell'[art. 623](#) e non pure - a meno che non la disponga anche per altri motivi a lui solo sottoposti - dell'[art. 624 cod. proc. civ.](#))"*, indurrebbero a credere che la Corte reputi corretta la conclusione (di buon senso, ma non solo) per cui, proposta opposizione ai sensi del [primo comma dell'art. 615 c.p.c.](#), il giudice di tale giudizio non perde il potere di pronunciarsi sulla istanza di sospensione anche se nel frattempo sia iniziata l'esecuzione ma il suo provvedimento avrà, in questo caso, il più limitato effetto di sospendere il processo esecutivo comunque iniziato e non quello di caducarlo *ex nunc*.

[9] Occorrerebbe precisare, peraltro, che non si tratta di una applicazione immediata dell'art. 669-terdecies ma, diversamente, di una applicazione mediata dal disposto dell'[art. 669-quaterdecies c.p.c.](#) che, come visto in esordio però, reputa applicabili, con il limite della compatibilità, le norme del procedimento cautelare uniforme *"agli altri provvedimenti cautelari previsti dal codice civile e dalle leggi speciali"*.

COMPETENZA DEL TRIBUNALE DELLE IMPRESE

Competenza del tribunale delle imprese prima e dopo la legge di riforma sugli appalti

di Maria Rosaria Manselli

18 settembre 2019

Sommario

1. Sulla natura delle sezioni specializzate del Tribunale delle imprese: competenza o ripartizione interna
2. Sulla competenza delle sezioni specializzate
3. Appalti ante codice sottratti alla competenza delle sezioni specializzate: esame di un caso pratico
4. Tesi contraria: possibile revirement?

1. Sulla natura delle sezioni specializzate del Tribunale delle imprese: competenza o ripartizione interna

Il [D.L. 24 gennaio 2012 n. 1](#), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 24 marzo 2012 n. 27, ha trasformato le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale appunto in sezioni specializzate in materia d'impresa. In questo contesto normativo, il legislatore ha omesso di chiarire se le stesse costituiscano mere suddivisioni interne al medesimo ufficio giudiziario, al pari delle sezioni lavoro, ovvero configurino uffici giudiziari separati. Nella prima ipotesi è noto che il riparto tra sezioni, specializzate e non, all'interno dello stesso ufficio giudiziario rappresenti una mera questione di ripartizione degli affari all'interno di detto ufficio; nella seconda ipotesi, il rapporto tra dette sezioni risulta certamente da qualificare in termini di competenza. Il Tribunale di Napoli, quale sezione specializzata in materia d'impresa, ha espresso in vari testi il convincimento che il suo rapporto con le altre sezioni dello stesso ufficio giudiziario, così come ovviamente quello con altro Tribunale, sia da qualificare in termini di competenza. A fondamento delle pronunzie ha anzitutto invocato il dato testuale della norma istitutiva: ed invero il legislatore, nell'intitolare le rubriche degli artt. 3 e 4 del D.Lgs. n. 168/2003, come modificati dal [D.L. n. 1/2012](#), conv. con mod. in [L. n. 27/2012](#), rispettivamente competenza per materia delle sezioni e competenza territoriale delle sezioni, e nel precisare nel successivo [art. 5](#) le competenze del presidente della sezione (nelle materie di cui all'[art. 3](#), le competenze riservate dalla legge al Presidente del tribunale e al Presidente della Corte di Appello spettano al Presidente delle rispettive sezioni specializzate), ha inteso, sia pure implicitamente, sottolineare l'auto-

nomia della sezione. In precedenza, del resto, con riferimento alle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale, parte della dottrina e della giurisprudenza avevano equiparato dette sezioni alle sezioni specializzate agrarie, rilevando l'ammissibilità del ricorso per regolamento di competenza anche in ipotesi di contrasto tra sezione specializzata e tribunale presso il quale la stessa era costituita.

In particolare, Cass. n. 20690/2009 aveva fondato detta equiparazione sui seguenti rilievi: a) le rubriche degli artt. 3, 4 e 5 citati parlano espressamente di competenza; b) le sezioni specializzate sono istituite non in tutti i distretti di corte di appello, con conseguente competenza ultra distrettuale (a seguito della riforma del 2012, la competenza è in ambito regionale, fatta eccezione per la Valle d'Aosta, Lombardia, Trentino Alto Adige e Sicilia (in cui sono presenti due sedi); c) diversa è la ratio ispiratrice rispetto all'istituzione delle sezioni lavoro.

Anche [Cass. n. 14251/2010](#) aveva operato l'equiparazione di cui sopra, affermando che «la giurisprudenza, occupandosi dei casi analoghi attinenti alla ripartizione degli affari tra le sezioni lavoro o societarie e sezioni ordinarie e tra queste e le sezioni specializzate agrarie, ha ritenuto ravvisabile un profilo attinente alla competenza solo laddove la diversità della regolamentazione del processo non attiene solo al rito, sussistendo in tal caso una mera questione interna all'ufficio di suddivisione del lavoro in base ai criteri tabellari (così, quanto al processo del lavoro e societario), ma a caratteristiche particolari della sezione che, per le sezioni specializzate agrarie sono state individuate, oltre che nei riferimenti testuali alla competenza nella normativa istitutiva, nell'essere

la composizione delle medesime del tutto peculiare in quanto scaturente dall'apporto di magistrati ordinari togati in servizio presso il tribunale e di magistrati onorari, i c. d. esperti, altrimenti estranei al normale apparato organizzativo del tribunale. Tale essendo il criterio distintivo, deve allora qualificarsi come attinente alla competenza la questione relativa all'attribuzione dei giudizi al tribunale ordinario, o alle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale, dal momento che queste sono investite di una peculiare competenza territoriale che non si limita a quella del tribunale nel quale sono incardinate, ma che viene espressamente indicata dalla legge, e che si identifica con quella di una o più corti di appello, escludendosi così una mera ripartizione interna ad uno specifico ufficio giudiziario; ovviamente, poiché la natura della controversia in tema di ripartizione in subiecta materia è unica, deve essere anche indipendente dal rapporto tra gli uffici interessati, per cui sussiste una questione di competenza non solo quando si controverte in ordine all'attribuzione alla sezione specializzata o a quelle ordinarie di tribunali diversi, ma anche quando competente per territorio, in base alle norme comuni, sarebbe il tribunale presso il quale è istituita la sezione specializzata. Detta interpretazione è stata, certamente, avversata da altre pronunzie dei Supremi Giudici: è il caso della successiva ordinanza della Suprema Corte [n. 24656/2011](#) secondo cui, a norma dell'[art. 2, comma 2, del D.Lgs. 168/2003](#), al giudici delle sezioni specializzate può essere assegnata anche la trattazione di processi diversi, purché ciò non comporti ritardo nella trattazione e decisione dei giudizi in materia di proprietà industriale e intellettuale (a seguito delle modifica apportata della riforma del 2012, in materia di impresa), con la conseguenza che, a detta della Corte, le sezioni specializzate possono essere delle sezioni miste, in cui possono essere trattate sia materie riguardanti la competenza esclusiva in materia di proprietà industriale e intellettuale, (dopo la riforma, in materia di impresa) che cause ordinarie rientranti nella normale sfera di competenza del tribunale. Sta di fatto che la norma di legge di cui all'[art. 2](#) citato non prevede affatto l'attribuzione alla sezione specializzata di ulteriori materie; prevede, invece, che ai giudici della sezione il Presidente del tribunale possa assegnare ulteriori procedimenti: infatti, i criteri tabellari dell'ufficio giudiziario possono ben prevedere che i magistrati addetti alla sezione specializzata in materia di impresa, possono essere assegnatari di cause non contemplate dal [D.Lgs. n. 168/2003](#), ma sicuramente gli esperti (magistrati onorari) che integrano la sezione specializzata agraria possono soltanto comporre i collegi agrari, tant'è che la distribuzione dei carichi di lavoro all'interno del medesimo ufficio giudiziario è regolato da una plura-

lità di fonti di rango differente quali disposizioni legislative, ordinamento giudiziario che richiama, per l'appunto, i criteri tabellari. L'ordinanza [n. 24656/2011](#) sembra, per vero, pronunciata senza piena consapevolezza della pregressa ordinanza [n. 14251/2010](#), perché è un fatto che essa non solo ha dichiarato compensate le spese sul presupposto della "novità" della questione, ma non ha neppure citato il precedente per farsi carico della già ritenuta opposta soluzione. Nel prosieguo dell'analisi non si può non tenere conto della ordinanza [n. 14369/2015](#) della Corte di Cassazione con la quale si sostiene che il legislatore, nel delineare i compiti assegnati delle sezioni specializzate, espressamente si riferisce a quelli attribuiti sotto il profilo della competenza, diversamente da quanto stabilito, in ambito terminologico, con riferimento al giudice del lavoro, al quale viene riconosciuta un'autonoma funzione nell'ambito della competenza del tribunale ([art. 413 c.p.c.](#): competenza del Tribunale, in funzione di giudice del lavoro), in seguito all'istituzione del giudice unico di prima grado. Per altro verso, secondo la Corte, la circostanza che le sezioni specializzate non siano dislocate presso ogni distretto, ma solo presso alcuni di essi, rende palese che il rapporto fra le sezioni specializzate e le altre non sia configurabile come rilevante - in quanto regolante le modalità di ripartizione di affari - all'interno del medesimo ufficio. Sotto tale aspetto, potrebbe, invero, determinarsi, con inammissibile asimmetria del sistema, che la natura del rimedio muterebbe a seconda che la pronuncia di declinatoria di competenza sia emessa dal giudice del lavoro, o da altro giudice ordinario, a favore della sezione specializzata in materia di impresa, nell'ambito di un Tribunale nel cui distretto non è dislocata alcuna sezione specializzata, ovvero in un Tribunale nel cui distretto tale sezione sia invece istituita, con la conseguenza che, in tale secondo caso, si verterebbe in un'ipotesi di ripartizione di affari all'interno di un unico ufficio e nell'altro di questione proponibile con il rimedio del regolamento di competenza. Ciò condurrebbe a privare le parti ed il giudice degli strumenti di cui agli artt. [42](#) e ss. c.p.c. soltanto in alcuni casi, e non in altri sostanzialmente equiparabili, con palese violazione dei principi di cui agli artt. [3](#) e [24](#) Cost. Infine, evidenzia la Corte, deve osservarsi anche che lo stesso legislatore qualifica come "specializzate" le sezioni che compongono il Tribunale delle imprese, con un aggettivo che, significativamente, è quello utilizzato dall'[art. 102, 2° comma, Cost.](#), e che connota anche le sezioni cui sono affidate le controversie agrarie, le cui attribuzioni nel senso di competenza per materia in senso proprio sono pacifiche. Il richiamato [art. 102, comma 2, Cost.](#), d'altro canto, prevede, poi, espressamente che le "sezioni specializzate", che possono essere istituite presso gli organi ordinari, possano essere

composte “anche” con la partecipazione di cittadini idonei, estranei alla magistratura e non certo “solo” con tale partecipazione, il che vale ad escludere che le sezioni specializzate in materia di impresa possano essere differenziate da quelle agrarie-solo perché composte solo da giudici togati. Ed invece, si tratta, in entrambi i casi, di sezioni costituite per legge, per far fronte alla complessità e difficoltà di determinate materie, e per soddisfare l'esigenza di una spedita trattazione dei procedimenti affidati a tali sezioni. Proprio in ragione di ciò, tali sezioni devono essere composte da “magistrati dotati di specifiche competenze” ([art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 168/2003](#)). In altri termini, a fronte di una giurisprudenza che appare tuttora controversa (anche in sede di legittimità), la giurisprudenza di merito maggioritaria ritiene di aderire al convincimento secondo cui, quella del rapporto tra sezione specializzata in materia d'impresa e sezioni ordinarie dello stesso ufficio, al pari di ciò che avviene nel rapporto tra dette sezioni ed altri Tribunali, integri questione involgente la “competenza” e non il mero riparto interno degli affari. A sostegno di tale tesi in conclusione depongono (come sostenuto da autorevole dottrina):

1. il riferimento al termine competenza da parte del legislatore, nel momento in cui delinea l'ambito dei poteri attribuiti alle sezioni specializzate ed al suo presidente;
2. l'utilizzo da parte dello stesso legislatore di un'espressione (quello di sezioni “specializzate”) rinvenibile nel dettato dell'[art. 102 Cost.](#) («Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura») e riferito alle sezioni cui è affidata la competenza a trattare le controversie in materia agraria;
3. la fonte istitutiva delle sezioni specializzate (la legge) e di quelle costituenti pacificamente articolazioni di uno stesso tribunale (provvedimenti organizzativi relativi alla creazione di sezioni fallimentari o di sezioni lavoro all'interno dell'ufficio);
4. la normale e possibile attribuzione anche a giudici specializzati anche di controversie ordinarie;
5. la chiara volontà del legislatore di affidare a magistrati dotati di particolare competenze le controversie previste dall'[art. 3 cit.](#), facilmente eludibili nell'ipotesi di configurare i rapporti tra le sezioni specializzate e quelle ordinarie in termini di mere articolazioni interne

Pertanto, ove si dubiti della cognizione per materia delle sezioni specializzate in Materia d'Impresa, sia rispetto a quella di altra sezione dello stesso Tribunale in cui le prime sono istituite, sia riguardo a quella di altro Tribunale (individuata

to secondo gli ordinari criteri per materia e territorio) ricorre sempre una questione di vera e propria competenza, in cui la prima compare come autonomo ufficio.

La Suprema Corte, però di recente, accogliendo un fine orientamento dottrinario, secondo il quale, invece, “...nell'ambito di uno stesso ufficio giudiziario non possono certamente darsi rapporti di competenza in senso proprio tra i diversi giudici (bensì soltanto ripartizione tabellare con rilevanza meramente “interna” - concetto all'epoca per vero mai radicatosi nella giurisprudenza pratica - (v. d ultimo, Finocchiaro, G., Sulla competenza “interna” nella giurisprudenza della corte di cassazione, in Riv. dir. proc., 1997, 930 ss.)), ha stabilito che il principio di diritto cui richiamarsi, nei casi discussi, è che “Il rapporto tra sezione ordinaria e sezione specializzata in materia di impresa, nello specifico caso in cui entrambe le sezioni facciano parte del medesimo ufficio giudiziario, non attiene alla competenza ma rientra nella mera ripartizione degli affari interni dell'ufficio giudiziario...” (cfr. Cassazione sentenza [n. 19882/2019](#) pubblicata 23 luglio 2019)

2. Sulla competenza delle sezioni specializzate

Sgombrato il campo dalla prima incertezza, il secondo tema di indagine si concentrerà sull'ambito di competenza, e in particolare sulle materie che refluiscano nell'ambito della sua competenza.

Le materie che orbitano all'interno di detto perimetro, come sancito dall'[art. 3 del D.L. n. 1/2012](#) sono le

- a) controversie di cui all'[articolo 134 del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30](#), e successive modificazioni, ad esclusione delle azioni di merito e cautelari per le quali l'Accordo su un tribunale unificato dei brevetti, fatto a Bruxelles il 19 febbraio 2013, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea C 175 del 20 giugno 2013, prevede la competenza esclusiva del tribunale unificato dei brevetti, fatto salvo il regime transitorio di cui all'articolo 83 del medesimo Accordo;
- b) controversie in materia di diritto d'autore ((e di diritti connessi al diritto d'autore));
- c) controversie di cui all'[articolo 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287](#);
- d) controversie relative alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea.

2) Le sezioni specializzate sono altresì competenti, relativamente alle società di cui al libro V° titolo V°, capi V°, VI° e VII°, e titolo VI°, del codice civile, alle società di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 del Consiglio, dell'8 ottobre 2001, e di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, nonché alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società costituite all'estero,

ovvero alle società che rispetto alle stesse esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento, per le cause e i procedimenti: [...] f) relativi a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria dei quali sia parte una delle società di cui al presente comma, ovvero quando una delle stesse partecipa al consorzio al raggruppamento temporaneo cui i contratti siano stati affidati, ove comunque sussista la giurisdizione del giudice ordinario..

Le sezioni specializzate sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2. Ai fini del codice sugli appalti, specificamente [art. 39 D.L. n. 50/2016](#), così come riconfermato dal [D.L. n. 32/2019](#) si applicano le definizioni che seguono.

I contratti “di rilevanza comunitaria” sono i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell’imposta sul valore aggiunto (i.v.a.) è pari o superiore alle soglie di cui agli articoli [28](#), [32, comma 1, lettera e\)](#), [91](#), [99](#), [196](#), [215](#), [235](#), e che non rientrino nel novero dei contratti esclusi. I contratti “sotto soglia” sono i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell’imposta sul valore aggiunto (i.v.a.) è inferiore alle soglie di cui agli articoli [28](#), [32, comma 1, lettera e\)](#), [91](#), [99](#), [196](#), [215](#), [235](#), e che non rientrino nel novero dei contratti esclusi. I “contratti esclusi” sono i contratti pubblici di cui alla parte I, titolo 11, sottratti in tutto o in parte alla disciplina del presente [decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50](#), e quelli non contemplati dallo stesso.

Invero la legge istitutiva del tribunale delle imprese (che ha portato all’[art. 3 del D.lgs. 168/2003](#) nel testo appena riportato) nell’operare rinvio ad una nozione contenuta in altro settore dell’ordinamento, non poteva che riferirsi - in ordine al concetto di contratti di appalto rilevanza comunitaria - a quanto stabilito al riguardo dalla legislazione all’epoca vigente. Il riferimento è, nello specifico, al cd. codice degli appalti ([D.lgs. n. 163/2006](#)), che ai sensi dell’[art. 3, comma 16](#), stabilisce ancor oggi che «i contratti “di rilevanza comunitaria” sono i contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell’imposta sul valore aggiunto (i.v.a.) è pari o superiore alle soglie di cui agli articoli [28](#), [32, comma 1, lettera e\)](#), [91](#), [99](#), [196](#), [215](#), [235](#), e che non rientrino nel novero dei contratti esclusi»; al successivo [comma 18](#), l’articolo specifica altresì che «i “contratti esclusi” sono i contratti pubblici di cui alla parte I, titolo 11, sottratti in tutto o in parte alla disciplina del presente codice, e quelli non contemplati dal presente codice»; di poi, ai sensi dell’[art. 253, comma 1](#), che «fermo quanto stabilito ai commi [1-bis](#), [1-ter](#), [1-quater](#) e [1-quinques](#), le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazioni di bandi o avvisi, alle

procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte». Il legislatore di settore offre quindi due elementi per individuare i contratti che qui interessano: (i) un criterio quantitativo, in termini di valore dell’appalto (quale suo importo netto a base d’asta), mediante la fissazione soglie, periodicamente aggiornate dalla normativa di carattere secondario, prevista dall’[art. 248](#) del codice, di recepimento delle disposizioni comunitarie adottate volta per volta in proposito; (ii) un criterio qualitativo negativo, in termini di non appartenenza all’ambito dei cd. contratti esclusi.

Relativamente al secondo di tali requisiti, il codice citato chiarisce che contratti esclusi sono appunto quelli che non sono regolati totalmente dalle sue disposizioni, che viceversa si applicano -nella relativa interezza - alle fattispecie previste dal riferito [art. 253, comma 1](#). Fatte queste precisazioni, ad avviso del Tribunale poco conta se a sua volta la nozione dei contratti di appalto di rilevanza comunitaria preesistesse al [D.lgs. n. 163/2006](#). In buona sostanza pur volendo rilevare che detto articolato abbia svolto a risistemazione della disciplina operante in materia di contratti pubblici, nondimeno - ai fini della verifica della competenza giudiziale prevista successivamente dal testo riformato del [D.lgs. n. 168/2003](#) - non pare che possa prescindersi dall’operare rinvio solo alle sue definizioni che, peraltro, in maniera articolata individuano i cd. appalti di rilevanza comunitaria.

Al ragionamento sistematico compiuto segue, in definitiva, che - ove in base al predetto codice ad un contratto non possa applicarsi, in tutto o in parte, la sua disciplina, e quindi esso non possa essere qualificato appalto di rilevanza comunitaria (quanto, piuttosto, contratto escluso) ogni domanda che su di esso fondi non possa essere di competenza della sezione specializzata in materia d’imprese. Nel caso di specie il codice non risulta appunto applicabile, essendo il contratto riferito pacificamente anteriori all’entrata in vigore del [D.lgs. n. 163/2006](#) (avvenuta, ai sensi dell’[art. 257](#) del decreto legislativo, al sessantesimo giorno successivo alla sua pubblicazione nella G.U. del 2.5.2006).

3. Appalti ante codice sottratti alla competenza delle Sezioni specializzate: esame di un caso pratico

Ai fini dell’applicazione della normativa istitutiva delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale ([D.lgs. 27 giugno 2003, n. 168](#)), nella parte in cui definisce le materie di competenza di queste ultime, sono da intendersi “contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria”, quelli sottoposti al “Codice degli Appalti” ([D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50](#) così come modificato dal [D.L. n. 32/2019](#)), nell’arco temporale di

vigenza di quest'ultimo, e, dunque, non lo sono quei contratti ad esso antecedenti.

Con l'affermazione di tale principio di diritto, la Corte di Cassazione (Sesta Sez. Civ., Pres. D'Ascola, Rel. Palaschi, ordinanza [n. 31134 del 3 dicembre 2018](#)) ha risolto il conflitto di competenza incorso tra il Tribunale di Benevento e la Sezione Specializzata in materia di Impresa del Tribunale di Napoli, accogliendo il regolamento di competenza sollevato d'ufficio da quest'ultima con ordinanza del 22 settembre 2017 (Pres. Raffone Rel.-Est. Rustichelli).

La decisione della Suprema Corte trae origine dalla intricata vicenda processuale cui aveva dato impulso una Azienda Sanitaria Locale, convenendo in giudizio un'Associazione temporanea di imprese, sul presupposto del (dedotto) inadempimento di quest'ultima alle obbligazioni nascenti da un contratto di appalto bandito dalla prima ed affidato alla seconda in data 4 giugno 1998, per l'esecuzione dei lavori di un "Pronto Soccorso".

Il giudizio veniva originariamente iscritto innanzi al Tribunale di Benevento in composizione ordinaria, che declinava la propria competenza in favore del "Tribunale delle Imprese di Napoli, sul presupposto che la normativa istitutiva delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale ([D. Lgs. 27 giugno 2003, n. 168](#)), riservasse a queste ultime le cause e i procedimenti relativi a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di "rilevanza comunitaria" e che in tale nozione rientrasse il contratto controverso.

Il Tribunale di Napoli, sezione specializzata in materia di Impresa, dinanzi al quale la causa era stata riassunta, con ordinanza già richiamata ha sollevato dinanzi alla Corte di Cassazione, ex officio, il regolamento di competenza, fornendo una differente ricognizione della normativa di settore - sia sotto il profilo sistematico che teleologico - poi accolta, in toto, dai giudici di legittimità.

Si valorizzava, nell'ordinanza del giudice sannita, la disposizione di cui all'art. 3, comma 2 lett. f) del decreto istitutivo delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale ([D. Lgs. 27 giugno 2003, n. 168](#), come modificato dalla [legge n. 27/2012](#), che ha convertito il [D.L. n. 1/2012](#)), il quale riserva a dette sezioni la competenza "*per le cause e i procedimenti: [...] relativi a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria [...]*".

A fronte di tale lettura, il Tribunale delle Imprese di Napoli ha fornito una differente prospettiva interpretativa, affiancando al dato meramente letterale della citata disposizione la valutazione di ulteriori elementi ermeneutici, dai quali ha dedotto, a sua volta, la propria incompetenza in favore del Tri-

bunale di Benevento, sollevando il regolamento di competenza d'ufficio.

Si evidenziano di seguito gli interessanti argomenti spesi in parte motiva.

Secondo il Collegio partenopeo, la disposizione in esame rinvia espressamente ad una nozione, quella di contratto pubblico di appalto di rilevanza comunitaria, contenuta in altro settore dell'ordinamento e che non può che riferirsi - in ordine all'esatto contenuto di tale nozione - a quanto previsto al riguardo dalla legislazione vigente al momento dell'entrata in vigore [della citata legge 24 marzo 2012, n. 27](#).

Si tratterebbe di una sorta di "norma civile in bianco", a fronte della quale, tuttavia, l'interprete non può essere chiamato ad un accertamento, in ogni singolo caso che gli si prospetti, della sussistenza di elementi che radichino e riempiano di contenuto il concetto di rilevanza comunitaria, "*in assenza di definizioni legislative chiare, precise e puntuali alle quali poter fare richiamo*", pena una inaccettabile deriva giurisprudenziale del tutto lesiva del principio della certezza del diritto.

Qui, il passaggio fondamentale dell'ordinanza in commento: soltanto con l'entrata in vigore del codice degli appalti il legislatore ha fornito una definizione di "rilevanza comunitaria" tradottasi in una vera e propria norma dal contenuto determinato. Due i criteri contenuti in detto codice: (i) un criterio quantitativo, in termini di valore dell'appalto (quale suo importo netto a base d'asta), mediante la fissazione di soglie, periodicamente aggiornate dalla normativa di carattere secondario, prevista dall'art. 248 del codice, di recepimento delle disposizioni comunitarie adottate volta per volta in proposito; (ii) un criterio qualitativo negativo, in termini di non appartenenza all'ambito dei cd. contratti esclusi.

Relativamente al secondo di tali requisiti, il codice chiarisce che contratti esclusi sono appunto quelli che non sono regolati totalmente dalle sue disposizioni, che viceversa si applicano, nella relativa interezza, alle fattispecie previste dal riferito [art. 253, comma 1](#); ad avviso del Tribunale di Napoli, prima della concreta definizione della nozione dei contratti pubblici di appalto di rilevanza comunitaria esisteva una pura e semplice "clausola generale" che faceva riferimento soltanto ad una soglia (che l'[articolo 1 della legge n. 584/1977](#) stabiliva in 1.000.000 di European Currency Unit - ECU) al di sopra della quale scattavano alcuni obblighi informativi e dei particolari criteri di scelta del contraente, ma non esisteva alcuna norma che facesse espresso riferimento alla nozione ed al contenuto dei contratti di appalto di rilevanza comunitaria. Anche nella disciplina nazionale di attuazione delle direttive C.E.E. in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici emesse prima delle "direttive gemelle" del 2004 (cfr. [legge n. 584/1977](#), abro-

gata per l'appunto dai [D.Lgs. n. 163/2006](#)), mancava la nozione di appalto di "rilevanza comunitaria", limitandosi [detta legge n. 584/77](#) a prevedere soltanto alcuni adempimenti a carico della stazione appaltante. Né, detta norma conteneva l'individuazione delle varie soglie di rilevanza comunitaria in riferimento a ciascuna delle tipologie di appalto.

Proseguendo nella lettura del provvedimento in esame, il tribunale delle imprese ha quindi evidenziato che "è oggettivamente impossibile non fare riferimento alla nozione di appalto di rilevanza comunitaria in tutti suoi profili soggettivi, qualitativi e quantitativi previsti dalla normativa in vigore al momento della determinazione legislativa delle competenze per materia di questa Sezione Specializzata, come delineate dall'[articolo 3 comma 2, lett. f del D.Lgs. n. 168/2003](#), (così come modificato dalla [legge n. 27/2012](#))"; una diversa interpretazione renderebbe "indeterminabile" il giudice competente, in violazione del principio fondamentale del giudice naturale precostituito per legge di cui all'[articolo 25, comma 1, Cost.](#) oltre che all'[articolo 6, par. 1, C.E.D.U.](#), che si sostanzia nella predeterminabilità, secondo legge, del giudice competente prima che venga instaurato il giudizio.

Ove così non fosse, difetterebbe la certezza della tutela giurisdizionale, in quanto risulterebbe del tutto arbitraria la designazione dell'organo giudicante.

Chiarissima la motivazione sul punto: "se si ritenesse sussistente la competenza di questa Sezione Specializzata per appalti i cui bandi o gare sono stati pubblicati precedentemente alla entrata in vigore del [D.Lgs. 163/2006](#), risulterebbe evidentemente in contrasto con i suddetti principi costituzionali e comunitari che impongono che vi sia sempre un Giudice, ma solo un Giudice, competente per materia a giudicare e che lo stesso sia precostituito per legge"; ad avviso del Collegio napoletano, ragionando diversamente, si finirebbe o per individuare nel Tribunale delle Imprese il giudice competente anche in relazione a cause di appalto stipulati in epoca ove la nozione di "rilevanza comunitaria" non esisteva anche perché non esisteva una normativa neppure europea in materia di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici o, addirittura, a non poter individuare un criterio dirimente in ordine alla individuazione del Giudice competente. Tant'è che, quando la Sezione specializzata è stata chiamata a decidere controversie relative a contratti di appalto stipulati anche nei primi anni settanta, non è stato possibile radicare la propria competenza, proprio per la non individuabilità della "rilevanza comunitaria".

Il terzo, ed ultimo, argomento utilizzato dal Tribunale delle Imprese di Napoli è quello della considerazione della natura eccezionale, derogatoria e residuale dell'[articolo 3, comma 2, lett. f del D.Lgs. n. 168/2003](#), così come modificato dalla [legge n. 27/2012](#), che non ne consente l'interpretazione analogi-

ca: testualmente: "[...] anche a voler ammettere una similarità tra gli ambiti di applicazione individuati, rispettivamente, dall'[articolo 1 della legge n. 584/1977](#) e dagli articoli [3](#), [comma 16](#), [28](#) e [32](#) D.Lgs. n. 163/2006, è evidente la loro non perfetta coincidenza, la quale esclude in radice la possibilità di applicazione della normativa che individua la competenza per materia della sezione specializzata in materia di impresa ai casi disciplinati dalla [legge n. 584/1977](#)"; anche sotto tale dirimente profilo, quindi, il Collegio ha ritenuto non applicabile il codice degli appalti alla fattispecie dedotta in giudizio, essendo stato il contratto controverso stipulato nel 1998 e, quindi, anteriormente all'entrata in vigore del [D.Lgs. 163/2006](#).

Sulla scorta di tutti gli elementi sopra evidenziati, il Tribunale delle Imprese di Napoli ha ritenuto che, ove in base al codice degli appalti ad un contratto non possa applicarsi, in tutto o in parte, la sua disciplina, e quindi esso non possa essere qualificato appalto di rilevanza comunitaria (quanto, piuttosto, contratto escluso) "ogni domanda che su di esso si fondi non possa essere di competenza della Sezione Specializzata in materia di impresa", ne è conseguita, non condividendosi la statuizione di incompetenza del Tribunale di Benevento, la formulazione del regolamento di competenza d'ufficio, che ha originato la decisione che di seguito si viene ad analizzare.

Si viene quindi all'esame dell'ordinanza con cui la Corte di Cassazione (Sesta Sez. Civ., Pres. D'Ascola - Rel. Palaschi, [n. 31134 del 3 dicembre 2018](#)) ha composto il conflitto di competenza, in accoglimento del regolamento sollevato dalla Sezione specializzata del Tribunale di Napoli; è da premettere che il vaglio di ammissibilità del regolamento di competenza è stato condotto, ad opera della Suprema Corte, facendo richiamo a quell'orientamento, invero da considerarsi maggioritario nella giurisprudenza di legittimità, per il quale il rapporto tra Sezioni specializzate e Tribunale ordinario si atteggia a relazione di "competenza" e non di mera "distribuzione interna degli affari"; richiamando in particolare la recente Cass. Civ. [n. 4706 del 2018](#), il Supremo Collegio ha ribadito che "le sezioni specializzate non sono dislocate presso ogni tribunale e corte d'appello, ma solo presso alcuni di essi, sicché tali sezioni specializzate sono investite di una peculiare competenza per materia e per territorio, che si estende ad un bacino ben più ampio di quello del tribunale o della corte d'appello presso cui sono istituite: esse, cioè, dispongono così di una propria autonoma competenza, quale misura della giurisdizione, diversa e più ampia da quella dell'ufficio giudiziario presso cui sono istituite, e sono cioè competenti, in parte, riguardo a controversie (quelle che, sulla base dei criteri di cui agli artt. [18](#) e [20](#) c.p.c., nonché delle altre disposizioni in tema di competenza eventual-

mente applicabili, si radicherebbero in altro circondario o distretto) per le quali il tribunale e la corte d'appello di appartenenza non lo sarebbero"; d'altronde - proseguendo - nel caso di specie, a fronte di una controversia instaurata presso il Tribunale di Napoli e che, ove sottratta alla competenza della sezione specializzata, avrebbe dovuto essere instaurata presso il Tribunale di Benevento, per gli Ermellini è persino sufficiente fare applicazione del principio, affermato da Cass. [23 ottobre 2017, n. 25059](#), secondo cui "se una controversia assegnata alle sezioni specializzate delle imprese sia promossa dinanzi a tribunali diversi da quelli in cui sono presenti dette sezioni, la pronuncia non può essere che di incompetenza perché si è adito l'ufficio giudiziario anche territorialmente sbagliato".

Fatta tale premessa, i Giudici di Piazza Cavour hanno recepito con linearità le argomentazioni spese dal Tribunale delle Imprese di Napoli, dichiarando la competenza del Tribunale di Benevento, "giacché la controversia senz'altro esorbita dall'ambito circoscritto dal [D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168, art. 3, comma 2](#), lett. t), *ratione temporis* applicabile".

La Cassazione ha richiamato, peraltro, la stessa disciplina transitoria contenuta nel Codice degli Appalti, per la quale "le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte".

Per i giudici di legittimità, in breve, sono contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria, per i fini dell'applicazione del [D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168, art. 3](#), nel testo vigente, quelli sottoposti al codice degli appalti (nell'arco temporale di vigenza di quest'ultimo) e, dunque, non lo sono quei contratti ad esso antecedenti; nel caso in esame, la circostanza che la convenzione risalisse al 4 giugno 1998, è stata ritenuta sufficiente ad escludere che la controversia avesse ad oggetto un appalto di lavori di rilevanza comunitaria devoluto alla competenza del tribunale delle imprese..

4. Tesi contraria: possibile revirement?

L'orientamento secondo il quale tutti i contratti pubblici di appalto dei lavori, servizi e forniture di rilevanza comunitaria insorti fra il 2003 anno di istituzione delle sezioni specializzate ed il 2006 data di entrata in vigore del codice degli appalti, sono sottratti alla competenza delle sezioni specializzate, non è condivisa da tutti.

Invero l'esclusione ipotizzata dalla Suprema Corte non tro-

va conferma nel testo originario del [D. lgs n. 168/03](#) né nella riscritturazione dell'art. 3, II° co. lett. "P" del [D.lgs n. 168/2003](#) ad opera della normativa del 2012 ai sensi dell'[art. 2 del D.L. n. 1/2012](#) conv. in [L. n. 27/2012](#) che devolve alla competenza delle neo istituite sezioni specializzate in materia di impresa, già previste come sezioni specializzate in materia di proprietà industriale, ed intellettuale del [medesimo D. L. gs n. 168/2003](#) tutte le controversie relative ai contratti pubblici di appalto di lavori, servizi forniture di rilevanza comunitaria in cui sia parte una società di cui al libro V°, titolo V, capi V, e VI del codice civile quando sussiste la giurisdizione del giudice ordinario senza individuare ulteriori limitazioni. A sua volta la precedente regolamentazione prevedeva una competenza per materia delle sezioni specializzate a fare tempo dal 1.7.2003 (v. artt. 3 e 6 quest'ultimo quale disposizione transitoria). Inoltre anche a non voler considerare l'evidente ratio sottesa alla disciplina indicata di offrire uno strumento di maggiore efficienza dell'apparato giurisdizionale in ipotesi di controversie di ambito maggiore di quello nazionale e specificamente comunitario o euro unitario che impedisce interpretazioni riduttive dell'ambito di competenza introdotto, comunque va tenuto presente che la norma sulla competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa è ancorata a definizioni che devono ritenersi derivate dalla normativa comunitaria o meglio euro comunitaria avente efficacia pervasiva. Un appalto pubblico di servizi, una volta affermata la qualificazione del contratto come appalto, impone, in successione, la sola verifica della sua rilevanza comunitaria idonea a determinarne la devoluzione alla competenza della sezione specializzata: tant'è che la normativa specifica del codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE di cui al [D.lgs n. 163/2006](#) è stimata rilevare al momento della individuazione del giudice competente ai fini meramente definitivi; deve escludersi, pertanto, una diversa e più ampia incidenza della normativa interna sugli appalti per di più in termini limitativi della peculiare e specialistica competenza introdotta nel 2003 trattandosi di disciplina richiamata con finalità esclusivamente definitive e vincolate alla normativa eurocomunitaria e non potendosi ritenere consentite alcuna incidenza all'invocato criterio qualitativo negativo nell'attività di individuazione della materia della sezione imprese.

Sarebbe auspicabile una rivisitazione da parte della Suprema Corte del principio espresso in chiave comunitaria, e non strettamente collegata ad un'interpretazione astretta nella cornice legislativa nazionale, proprio e soprattutto alla luce della tipologia dei contratti di cui si dovrebbe giudicare da parte di soggetti fortemente specializzati.

CENTRO DEGLI INTERESSI PRINCIPALI DEL DEBITORE

Il centro degli interessi principali del debitore: dai regolamenti europei al nuovo Codice della crisi d'impresa

di Gianni Ghinelli

19 settembre 2019

Sommario

1. Introduzione: perché il c.o.m.i.?
2. Centro degli interessi principali e dipendenza; procedura principale e procedure secondarie
3. La nozione di c.o.m.i. ex art. 3, reg. CE 1346/2000
4. La presunzione di coincidenza tra c.o.m.i. e sede statutaria: i casi Eurofood ed Interedil
5. Il c.o.m.i. nel reg. UE n. 848/2015: quali istanze emerse dalla prassi applicativa sono state accolte dal legislatore europeo e quali problemi rimangono invece ancora irrisolti?
6. Il c.o.m.i. nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

1. Introduzione: perché il c.o.m.i.?

Le libertà fondamentali riconosciute dai Trattati hanno reso l'Unione europea uno spazio economico e giuridico unitario, privo di limiti di movimento per persone, merci e capitali: ogni cittadino Ue può vivere, studiare e lavorare in ogni altro Stato membro e le imprese possono liberamente investire ed operare oltre i propri confini nazionali. In questo contesto normativo ed economico, le occasioni di insolvenza transfrontaliera sono frequenti: basta, infatti, che il debitore presenti un qualsiasi collegamento con un altro ordinamento europeo, che automaticamente si pongono tre questioni: dove viene aperta la procedura d'insolvenza? Quale legge la regola? Qual è il regime della decisione di apertura?[1]

Il legislatore europeo ha dato risposta a questi interrogativi col reg. CE 1346/2000, poi abrogato dal regolamento di rifusione UE n. 848/2015, ed ha individuato nel centro degli interessi principali (*centre of main interests* - c.o.m.i.) il criterio per l'attribuzione della competenza internazionale ad aprire

una procedura di insolvenza transfrontaliera. L'istituto qui in commento ha dunque una triplice funzione: là dove si colloca il centro degli interessi principali si incardina la competenza internazionale ad aprire la procedura d'insolvenza, ad essa si applica la legge dello Stato di apertura ed, infine, la decisione di apertura viene automaticamente riconosciuta in tutti gli Stati membri, determinando la litispendenza internazionale e quindi l'impossibilità di aprire altrove un'altra procedura nei confronti del medesimo debitore[2].

Le conseguenze di fatto e di diritto sono rilevanti sia per il debitore, sia per i creditori. Si pensi ai costi che comporta una procedura d'insolvenza in un altro Stato membro ed, ancora, alle conseguenze sulla concreta possibilità di realizzare il credito determinate dal diverso regime dei privilegi eventualmente previsto dalla normativa estera.

In considerazione di questi elementi, ben si comprende come ci sia, da un lato, il rischio di una concorrenza tra i giudici nazionali volta ad ancorare il c.o.m.i. al proprio ordinamen-

[1] Il problema, peraltro, ha portata internazionale ben oltre i confini europei, tant'è che la *United Nations Commission on International Trade Law* ha elaborato una legge modello, la cd. *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*. L'auspicio è quello di avvicinare, con uno strumento non vincolante, le legislazioni degli ordinamenti nazionali in tema di insolvenza transfrontaliera.

[2] Per una ricostruzione dell'istituto, Cfr. LUPOLI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2012, p. 2092 ss.; inoltre, cfr. DE CESARI-MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, Torino, 2017. Ancora, del funzionamento del regolamento dà immagine nitida Cass. civ. Sez. Un., 17 novembre 2017, n. 27280.

to[3] e, dall'altro, l'esigenza di una disciplina che dia certezza agli operatori economici.

Nelle pagine che seguono viene analizzato l'istituto del centro degli interessi principali nella disciplina regolamentare europea, la sua evoluzione interpretativa e normativa per poi, infine, considerare in che termini il nostro nuovo Codice della crisi d'impresa lo abbia recepito.

2. Centro degli interessi principali e dipendenza; procedura principale e procedure secondarie

La funzione principale del c.o.m.i. - lo abbiamo detto - è quella di fungere da criterio per incardinare l'apertura di una procedura d'insolvenza transfrontaliera. È ora necessaria una precisazione: là dove si individua il centro degli interessi principali del debitore, sussiste la competenza internazionale ad aprire una procedura che il regolamento chiama "principale". Queste procedure, dette principali, si contrappongono alle procedure secondarie, o territoriali disciplinate dal secondo paragrafo dell'art. 3, reg. Sono secondarie le procedure aperte negli Stati membri nei quali vi è una mera dipendenza[4]. In sostanza, quindi, dov'è localizzato il c.o.m.i. si insatura la procedura principale; dove si trova una dipendenza, invece, si apre una procedura secondaria. Il rapporto tra le due è di subordinazione in favore della procedura principale, la quale ha carattere di universalità: se non è aperta una procedura secondaria, la procedura principale estende i suoi effetti a tutti i beni del debitore, ovunque si trovino; se invece si apre una procedura secondaria, i beni situati nel territorio dello Stato in cui è presente una dipendenza sono sottratti a quella principale. In definitiva, la procedura principale ha ad oggetto tutti i beni, ovunque collocati e fintantoché non sia aperta una procedura secondaria; quella secondaria, detta anche "territoriale", comprende solo i beni presenti nello Stato ove si trova la dipendenza[5].

Venendo ora alla nozione di dipendenza, dalla quale dipende la possibilità di aprire una procedura secondaria, si deve an-

zitutto evidenziare che con questo termine il legislatore europeo fa riferimento ad un'entità meramente economica, priva di autonomia giuridica. Gli elementi caratterizzanti la dipendenza sono: l'effettivo svolgimento di attività di rilevanza economica, la presenza di risorse umane e beni, l'abitudine, la non transitorietà e - come ha precisato la Corte di giustizia nella [sentenza Eurofood](#) - l'assenza di personalità giuridica. In sostanza, la dipendenza, presuppone l'esistenza di un rapporto di direzione tra la sede della persona giuridica ed il centro operativo collocato all'estero.

Un'ulteriore peculiarità delle procedure secondarie è data dal fatto che queste hanno obbligatoriamente natura liquidatoria[6]. È in questi termini che si realizza la sintesi tra il modello universale e quello territoriale: il primo di detti modelli prevede una sola procedura concorsuale, nella quale ricade tutto il patrimonio e sul quale concorrono tutti i creditori; in base al secondo, invece, vengono aperte più procedure contemporaneamente, ciascuna delle quali ha ad oggetto i beni collocati nello Stato di riferimento[7].

In definitiva, il c.o.m.i. è il criterio per l'attribuzione della competenza territoriale ad aprire una procedura principale - negli altri Stati membri possono essere aperte solo procedure "secondarie" (o "territoriali"); le procedure principali coinvolgono tutti i creditori e tutti i beni, mentre quelle secondarie solo i beni presenti nel territorio ove è situata la dipendenza; ancora, le procedure secondarie sono subordinate rispetto a quelle principali: salvo i casi eccezionali tassativamente previsti, la procedura secondaria può infatti essere aperta solo successivamente a quella principale.

3. La nozione di c.o.m.i. ex art. 3, reg. CE 1346/2000

Dopo aver analizzato la funzione dell'istituto, si proverà ora a fornire una definizione di c.o.m.i., facendo riferimento all'art. 3, par. 1, dell'abrogato reg. CE 1346/2000. Il primo periodo della disposizione stabilisce che la competenza internazionale è attribuita ai giudici dello Stato membro nel

[3] La CGE nella sentenza *Eurofood* ha riconosciuto che: «i giudici non hanno esitato ad assestarsi su posizioni reciprocamente incompatibili, anche all'interno del sistema di cooperazione intracomunitario, quando è in gioco la distribuzione degli immensi patrimoni di imprese multinazionali»: cfr. Corte di giustizia, [2 maggio 2006, C-341/04](#), *Eurofood IFSC Ltd*.

[4] La definizione di dipendenza viene fornita dal legislatore europeo stesso all'art. 2 lett. h): "Dipendenza", qualsiasi luogo in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e beni". Sul significato concreto di questa nozione interviene la Corte di giustizia nella [sentenza Interedil](#) al punto 62, chiarendo che non è sufficiente la mera presenza di beni o conti correnti bancari, sono infatti necessari un «minimo di organizzazione» ed una «certa stabilità ai fini dell'esercizio dell'attività economica».

[5] V. [Corte giust., 21 gennaio 2010, M.G. Prubud, C-444/07](#), con nota di QUEIROLO, in *Il Fall.*, 2010, p. 911.

[6] Art. 3 par. 3: "Se è aperta una procedura di insolvenza ai sensi del paragrafo 1, le procedure d'insolvenza aperte successivamente sono procedure secondarie. Tale procedura è obbligatoriamente una procedura di liquidazione." La nozione di "procedura di liquidazione" è fornita dal legislatore all'art. 2 lett. c)

[7] Cfr. DE CESARI, *Il rapporto tra procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento n. 1346/2000: un aiuto dalla Cassazione, ma molti sono i problemi ancora aperti*, in *Il Fall.*, 2016, 7, p. 836.

quale è situato il c.o.m.i.; il secondo, invece, introduce una presunzione di corrispondenza tra il c.o.m.i. e la sede statutaria. L'art. 3, par. 1, primo periodo, prevede una norma molto chiara: dove c'è il c.o.m.i. c'è competenza internazionale; tuttavia, non viene fornita una definizione di centro degli interessi principali del debitore, rendendo così necessario leggere l'articolo in combinato disposto con il Considerando n. 13, dove si definisce il c.o.m.i. come: "il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi". Questa definizione è composta dai seguenti elementi, ognuno dei quali va separatamente considerato: il luogo della gestione di interessi; l'abitudine; la riconoscibilità ai terzi; la principalità (degli interessi). Per "gestione degli interessi" s'intende qualsiasi attività, svolta da qualsiasi creditore - non importa se persona fisica o persona giuridica. Ciò è dovuto alla necessità di applicare il regolamento ad un novero di debitori più ampio possibile. Circa il luogo di detta gestione, due sono le possibili interpretazioni: lo si può individuare nel luogo del centro decisionale e strategico dell'impresa (*mind of management theory*), oppure nel luogo della gestione quotidiana dell'impresa (*business activity theory*)[8]. Questi criteri sono tra loro in potenziale conflitto, poiché la dove si svolge il *daily business* non necessariamente si prendono anche le decisioni strategiche: in caso di discrasia tra luogo delle scelte gestionali e luogo dove queste vengono eseguite, è necessario scegliere quale dei due criteri debba prevalere. Sul punto si tornerà, prendendo in considerazione la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Con abitudine s'intende la ripetizione nel tempo dell'attività d'impresa nello in uno Stato membro.

Il terzo elemento costitutivo della definizione di c.o.m.i. è quello della riconoscibilità ai terzi: per terzi s'intendono tutti

i soggetti che a vario titolo entrano in contatto con il debitore: è ai loro occhi che deve essere riconoscibile il luogo della gestione degli interessi. La riconoscibilità presuppone, in sostanza, che l'attività d'impresa si manifestata esteriormente e sia destinata al mercato[9].

Il quarto ed ultimo elemento è costituito dalla principalità degli interessi. Senza di esso, nel caso di un creditore che gestisca in diversi Stati diversi interessi, potrebbero esserci c.o.m.i. e cadrebbe, dunque, tutto il costruito del regolamento, volto a favorire l'insaturazione di un'unica procedura d'insolvenza.

Peraltro, ed onde evitare equivoci, va ricordato che l'istituto in commento non si applica solo alle persone giuridiche, ma anche alle persone fisiche. Su questo punto, come poi si vedrà di seguito, è intervenuto il legislatore europeo col reg. UE n. 848/2015, introducendo una presunzione di corrispondenza tra il c.o.m.i. delle persone fisiche ed il luogo in cui si trova la sede principale dell'attività svolta.

4. La presunzione di coincidenza tra c.o.m.i. e sede statutaria: i casi Eurofood ed Interedil

Il secondo periodo dell'art. 3, par. 1, reg. 1346/2000, stabilisce una presunzione di coincidenza tra la sede legale del debitore ed il centro degli interessi principali. I temi da affrontare sono due: il primo è quello della natura della presunzione, il secondo invece riguarda i fatti da provare per superarla. Sul versante della tipologia di presunzione introdotta, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel sostenere che si tratti di una presunzione semplice[10]. Appurato il tenore della presunzione, va affrontato il tema più controverso, ossia quello della prova contraria che deve essere fornita per superarla. In definitiva: quali elementi devono essere provati da chi voglia superare la presunzione di coincidenza

[8] Utilizzando una metafora formulata dal Prof. Virgos, redattore del *Report Virgos-Schmit*, si possono contrapporre la mente pensante (*head*) dell'impresa ai suoi muscoli (*muscles*).

[9] La *ratio* del requisito della riconoscibilità è spiegata dal *Report Virgos-Schmit*, al paragrafo 75: "*The rational of this rule is not difficult to explain. Insolvency is a foreseeable risk, it is therefore important that International jurisdiction be based on a place known to the debtor's potential creditors*". La Corte di giustizia, nella [sentenza Eurofood](#), dà una ulteriore indicazione relativamente all'aggettivo "riconoscibile": il giudizio non ha ad oggetto il punto di vista soggettivo del creditore circa il luogo della gestione degli interessi principali, ma in astratto la possibilità di conoscere dove questo si trovi. In definitiva, non è un giudizio in concreto sulla conoscenza, ma un giudizio, astratto, sulla conoscibilità. Ne segue che se il luogo della gestione era astrattamente conoscibile, il debitore non può provare che, in concreto, egli non lo conosceva. Questa presa di posizione da parte della Corte di giustizia, se da un lato garantisce meno i singoli creditori, dall'altro tutela il valore della certezza del diritto.

[10] Cfr. la citata [sentenza Eurofood](#) IFSC Ltd, il cui punto 34 stabilisce che: «Ne consegue che, per determinare il centro degli interessi principali di una società debitrice, la presunzione semplice prevista dal legislatore comunitario a favore della sede statutaria di tale società può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione nella detta sede statutaria»; ancora, cfr. MONTELLA, *Normativa sostanziale europea e processuale italiana nella determinazione del C.O.M.I.*, in *Il fall.*, 2014, 1, p. 91. Confermano il carattere *iuris tantum* della presunzione ex art 3, par. 1, reg. Cass., Sez. un., [16 maggio 2014, n. 10823](#) e Cass., Sez. un., 20 marzo 2015, n. 5688 con nota di GRIFFINI., *Centro degli interessi principali - trasferimento della sede e giurisdizione italiana alla vigilia del Reg. UE n. 848/2015*, in *Giuri t.*, 2015, 10, 2114.

tra centro degli interessi principali e sede? Sul punto, la Corte di giustizia è intervenuta con le sentenze [Eurofood](#) ed [Interedil](#)[11].

Il [caso Eurofood](#) si colloca nella nota vicenda del fallimento Parmalat S.p.a. Una delle società del gruppo era l'irlandese Eurofood IFSC Ltd, interamente controllata da Parmalat e con sede a Dublino. La strettissima connessione tra le due società, fa sì che la crisi di Parmalat S.p.a. contagi immediatamente anche Eurofood Ltd IFSC. Accade a questo punto che sia in Italia, che in Irlanda, vengono aperte due procedure di insolvenza nei confronti della società Eurofood[12]. La *High Court* irlandese, quale giudice di ultima istanza, propone una serie di questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia europea.

Per i giudici del Lussemburgo, questa sentenza è stata l'occasione per ricostruire l'istituto del c.o.m.i. ed, inoltre, per definire i casi nei quali è possibile superare la presunzione di coincidenza tra centro degli interessi principali e sede statutaria. Viene anzitutto chiarito che il c.o.m.i. è un concetto autonomo e che va interpretato indipendentemente dalle normative nazionali, ossia esclusivamente in base al diritto europeo[13].

La Corte passa quindi alla questione dell'onere probatorio che dev'esser sostenuto per superare la presunzione di coincidenza tra sede statutaria e centro degli interessi principali: a tal fine, si dice nella sentenza, è necessario dare prova

di elementi obiettivi e verificabili da terzi dai quali si evinca che il centro degli interessi principali è collocato altrove rispetto alla sede. Tale circostanza, secondo la Corte, si verifica solo in ipotesi di cd. "società fantasma". Se, al contrario, la società controllata svolge una qualche attività sul territorio dello Stato in cui si trova la sede statutaria, non rileva il fatto che sua la gestione sia esercitata dalla controllante in un altro Stato membro e la presunzione continua ad operare. In sostanza, se una società non è qualificabile come "società fantasma", ossia come società che non svolge alcuna attività, la presunzione non può essere superata[14]. La società Eurofood IFSC Ltd non presentava - ha affermato la Corte di giustizia - i caratteri della società fantasma, poiché aveva un'autonoma vita operativa. Di qui deriva l'impossibilità di superare la presunzione *ex art. 3 par. 1* secondo periodo e, conseguentemente, la competenza internazionale della *High Court* irlandese. Questa decisione è stata molto criticata dalla dottrina, per la sua rigidità che ha portato nella prassi ad una difficoltà applicativa. La conseguenza paradossale è che questa sentenza, seppur storica, è rimasta parzialmente disapplicata[15]. I giudici di merito infatti, hanno consentito alle parti di superare la presunzione anche oltre al ristretto novero di casi in cui la società sia qualificabile come "fantasma", dando luogo ad un filone giurisprudenziale denominato *anglo-saxon approach*. [16] La conseguenza ultima della [sentenza Eurofood](#) è ancora più paradossale: non solo è stata disat-

[11] Per un'approfondita analisi della [sentenza Eurofood](#), cfr. LUPOLI, *Conflitti di giurisdizione e di decisioni nel regolamento sulle procedure d'insolvenza: il caso Eurofood e non solo*, in Riv. trim. dir. proc. civ., fasc.4, 2005, p. 1393

[12] Nel gennaio 2004, Bank of America per evitare che Parmalat sposti in Italia il c.o.m.i. della controllata, chiede l'apertura di una procedura di liquidazione coatta ("*Compulsory winding up by the Court*") alla *High Court* irlandese e, nella stessa data, viene nominato un liquidatore provvisorio. In data 10 febbraio 2004, di fronte al Tribunale di Parma, viene depositata l'istanza di fallimento di Eurofood; il 24 febbraio, con sentenza, il Tribunale dichiara insolvente la società irlandese. Il 23 marzo la *High Court* dichiara l'insolvenza di Eurofood e ordina la liquidazione della società. Con questa pronuncia la *High Court* afferma la propria giurisdizione, sostenendo che il c.o.m.i. si trovasse in Irlanda, non essendoci prova di una diversa localizzazione. Inoltre, statuisce la priorità temporale della procedura irlandese, dovendo farsi retroagire l'inizio della stessa alla data del deposito della richiesta (10 febbraio 2004). La sentenza della *High Court* viene impugnata dall'amministratore straordinario di Parmalat avanti alla Supreme Court; quest'ultima, adisce in via pregiudiziale la Corte di giustizia europea

[13] DE CESARI, *Procedura principale e procedure territoriali. Nuovi spunti interpretativi forniti dalla Corte di Giustizia*, in *Il Fall.*, 2012, 5, p.547.

[14] Sulla nozione di società fantasma Cfr. KINDLER, *L'amministrazione centrale come criterio di collegamento del diritto internazionale privato delle società*, in Riv. Dir. int. priv. e proc., cit., p. 897; sul tema della società fantasma in ambito europeo v. SANTA MARIA, in *Diritto commerciale europeo*, 2008, pp.104-105. Sul menzionato passaggio della [sentenza Eurofood](#), cfr. MONTELLA, *Normativa sostanziale europea e processuale italiana nella determinazione del C.O.M.I.*, in *Il Fall.*, 2014, 1, p. 92.

[15] Per una critica circa la rigidità della [sentenza Eurofood](#) v. MONTELLA, *Il fallimento del c.o.m.i.?*, in *Il Fall.*, 2010, 1, p. 59.

[16] MONTELLA, *La Corte di Giustizia ed il C.O.M.I.: eppur (forse) si muove*, in *ilfallimentarista.it*. L'autore cita alcuni casi di sostanziale disapplicazione della [sentenza Eurofood](#), tra questi uno dei più noti è sicuramente il caso Eurotunnel, con riferimento al quale egli afferma che: "emblematico è il caso Eurotunnel, nel quale il Tribunale di commercio di Parigi ha assoggettato a procedura francese diciassette società del gruppo Eurotunnel, tra le quali dieci disseminate in altri Paesi dell'Unione, in sostanza motivando che queste, di fatto, erano gestite, appunto, da Parigi. Ed è curioso ricordare che i giudici francesi nella loro decisione si sono espressamente richiamati a Eurofood (pronunciata quindici giorni prima), ma applicando poi in concreto una massima opposta". Ancora, cfr. MONTELLA, *Normativa sostanziale e processuale italiana nella determinazione del c.o.m.i.*, in *Il Fall.*, 2014, 1, p. 92. Per un caso di applicazione da parte della giurisprudenza di merito della [sentenza Eurofood](#) si veda PETRONIO, *Centro di interessi del debitore: applicazione della disciplina comunitaria*, in *Dir. e pratica del fall.*, 2008, 1, p. 39. La sentenza in commento, emessa dal Tribunale di Monza, è la prima dopo la [pronuncia Eurofood](#) ed applica il principio di diritto da essa espresso; nel caso concre-

sa dai giudici di merito, ma, da alcuni autori, è stata ritenuta «colpevole» di agevolare il *forum shopping*, contraddicendo così la stessa funzione di fondo del regolamento^[17]. Questa situazione non poteva durare a lungo, infatti nel 2011 la Corte di giustizia ritorna sul punto con la [sentenza Interedil](#)^[18], confermata dalla successiva pronuncia Rastelli^[19]. Prima di considerare il principio di diritto espresso, vanno anche qui brevemente ripercorsi i fatti. Interedil S.r.l. era una società di diritto italiano; nel luglio 2001 la sede viene trasferita a Londra e la società entra in un gruppo societario britannico al quale cede in affitto l'azienda ed alcuni immobili posseduti in Italia; dopodiché, Interedil si cancella anche dal registro delle imprese del Regno Unito. Nell'ottobre 2003, viene presentata un'istanza di fallimento al Tribunale di Bari, il quale dichiara il fallimento della società. La giurisdizione italiana viene confermata dalla Corte di cassazione, adita con regolamento di giurisdizione, con ordinanza del 20 maggio 2005. A questo punto, accade che il Tribunale, nutrendo forti dubbi circa la propria competenza internazionale alla luce della sopraggiunta [sentenza Eurofood](#), solleva una questione pregiudiziale europea avanti alla Corte di giustizia. Il tema è ancora una volta quello di stabilire in quali casi la presunzione è superabile, ma in questa sentenza la Corte di giustizia afferma che la presunzione va letta alla luce della volontà del legislatore europeo di privilegiare, quale criterio per incardinare la competenza internazionale, il luogo dell'amministrazione principale della società. Il principio di diritto espresso nella [sentenza Interedil](#) porta ad un totale capovolgimento rispetto alla [pronuncia Eurofood](#): la presunzione diventa superabile non solo in caso di "società fantasma", ma anche quando l'amministrazione principale della società non si trovi presso la sede statutaria e tale fatto sia riconoscibile dai terzi in base a circostanze obiettive. Detti elementi oggettivi sono riconducibili alla presenza, in uno Stato membro diverso da quello della sede, di attivi sociali e di rapporti con-

trattuali relativi alla gestione della società. Tuttavia, il superamento della presunzione necessita di una loro valutazione globale, dalla quale sia possibile evidenziare che il centro effettivo di direzione e controllo sia situato in un altro Stato membro rispetto a quello della sede. Peraltro, oltre a chiarire i casi in cui è possibile superare la presunzione *ex art. 3*, par. 1, secondo periodo, la Corte interviene anche sul rapporto tra la presunzione ed il trasferimento della sede; il problema, già analizzato dalla sentenza *Susanne Staubitz-Schreiber*^[20], viene qui riaffrontato perché l'istanza di fallimento di Interedil era stata proposta in data successiva al trasferimento nel Regno Unito della sede sociale. Il problema affrontato dalla Corte è il seguente: se la sede è stata trasferita prima della istanza di fallimento e dell'apertura della procedura, dove si presume che sia collocato il c.o.m.i.? Presso la nuova sede o presso quella precedente? La Corte risponde all'interrogativo affermando che, in tal caso, la presunzione cade sul luogo della nuova sede. Anche questa decisione non è andata esente da rilievi critici. L'importanza attribuita alla riconoscibilità del luogo di gestione degli interessi è da alcuni ritenuta eccessiva, poiché ne risulterebbe sacrificato l'elemento dell'abitudine, anch'esso utilizzato dal Considerando n. 13. L'eccessiva rilevanza attribuita alla riconoscibilità determina il pericolo di agevolare il *forum shopping*, poiché il debitore potrebbe far apparire agli occhi dei terzi una situazione che non coincide con la realtà. Questo è ancor più vero in caso di trasferimento della sede: lo spostamento della sede potrebbe essere infatti solamente fittizio, ma ciò è irrilevante per la [sentenza Interedil](#), la quale stabilisce che, se il trasferimento della sede è anteriore alla domanda di apertura della procedura, la presunzione opera con riferimento alla nuova sede. Una società debitrice in crisi, quindi, potrebbe scegliere il foro più conveniente in due passaggi: per prima cosa, trasferendo la sede statutaria nello Stato prescelto, poi creando l'apparenza (agli occhi dei terzi) di un effettivo

to, infatti, il Trib. di Monza ritiene che la controllante (di diritto olandese) non fosse che una «società fantasma» e che il suo c.o.m.i. si trovasse presso la sede della società (italiana) controllata, della quale la società «madre» era socio unico. L'autore, inoltre, ricorda che il tribunale di Monza ha considerato una serie di elementi prima di qualificare la società olandese come «società fantasma»: mancanza di dipendenti e di sede operativa in Olanda, svolgimento in Italia delle riunioni del consiglio di amministrazione, rapporti dei revisori indirizzati alla controllata italiana, l'esercizio dell'attività tipica presso la società italiana, anziché presso la controllante olandese; gli stessi parametri applicati dal Tribunale di Parma nella sentenza del 4 febbraio 2004, riguardante sempre una società di diritto olandese, la Pa. Fin. Corp. BV, ritenuta anch'essa «solo formalmente domiciliata in olanda».

[17] Cfr. WINKLER, *Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di giustizia si pronuncia sul caso Eurofood*, in *Int'l Lis*, 2007, 1, p. 15.

[18] Corte giust., 20 ottobre 2011, *Interedil* C-396/09.

[19] Corte giust., 15 dicembre 2011, *Rastelli*, C-191/10.

[20] Corte giust., 17 gennaio 2006, *Susanne Staubitz-Schreiber*, C-1/04. Il caso riguardava una debitrice persona fisica tedesca che, dopo aver presentato domanda di fallimento in Germania, aveva trasferito la propria residenza ed attività in Spagna. La Corte ha affermato la competenza del giudice del luogo ove si trova il contro degli interessi principali del debitore al momento della proposizione della domanda, quando il debitore trasferisca il c.o.m.i. successivamente alla domanda, ma anteriormente alla decisione di apertura della procedura.

vo trasferimento della amministrazione centrale della società. Così facendo, in base a quanto stabilito dalla [sentenza Interedil](#), sarebbe assai difficile per un creditore provare quegli elementi obiettivi che consentono di superare la presunzione. Si renderebbe infatti necessario provare l'esistenza di una certa stabilità e continuità temporale nella gestione dei propri interessi presso la nuova sede.

5. Il c.o.m.i. nel reg. UE n. 848/2015: quali istanze emerse dalla prassi applicativa sono state accolte dal legislatore europeo e quali problemi rimangono invece ancora irrisolti?

Si è inizialmente evidenziata la funzione del c.o.m.i., mettendone in luce la struttura; in particolare, è emerso che il c.o.m.i. è il criterio scelto dal legislatore europeo per attribuire la competenza internazionale ad aprire una procedura d'insolvenza principale; che negli Stati membri diversi da quello ove è localizzato e nei quali si trova una dipendenza, possono essere aperte solamente procedure secondarie; che l'art. 3, reg. CE 1346/2000, non definisce cosa s'intenda per c.o.m.i. e che una definizione è ricavabile dal Considerando n. 13, in base al quale si tratta del luogo in cui il debitore esercita in modo abituale e riconoscibile da terzi la gestione dei suoi interessi. Dalla mancanza di una esplicita definizione dell'istituto, sono derivate interpretazioni contrastanti ed i giudici nazionali si sono divisi accogliendo a volte la *mind of management theory* ed, in altre occasioni, la *daily business theory*. Si è poi visto che l'art. 3 par. 1, secondo periodo, introduce una presunzione semplice di coincidenza tra c.o.m.i. e sede statutaria - punto sul quale è intervenuta la Corte di giustizia con le sentenze [Eurofood](#) ed [Interedil](#). I principali problemi posti dalla disposizione dell'art 3., reg. CE n. 1346/2000 che la prassi applicativa ha fatto emergere, sono i seguenti: l'assenza di una definizione pregnante del c.o.m.i.; la mancanza di una disciplina circa il momento storico rilevante per la sua localizzazione; l'incertezza circa il superamento della presunzione di coincidenza tra c.o.m.i. e sede statutaria; la mancanza di una disciplina presuntiva applicabile agli imprenditori persone fisiche^[21] ed, infine, l'assenza di disciplina per il gruppo di imprese^[22].

Vanno a questo punto prese in considerazione le novità introdotte dal legislatore europeo col reg. UE n. 848/2015, per poi infine verificare quali dei nodi problematici appena menzionati siano stati sciolti e quali problemi, invece, permangono. L'art. 3 del regolamento di rifusione si suddivide in quattro paragrafi: il primo è dedicato al c.o.m.i.; gli altri, invece, riguardano il rapporto tra procedure principali e quelle secondarie - tema che non verrà qui approfondito. Il primo paragrafo si apre ribadendo che sono competenti ad aprire una procedura d'insolvenza i giudici dello Stato nel quale si trova il centro degli interessi principali del debitore. La novità è data dal secondo periodo, che definisce il centro degli interessi principali del debitore come il luogo ove egli esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile da terzi. In sostanza non si fa altro che inserire nel nuovo art. 3 la disposizione precedentemente contenuta nel tredicesimo Considerando. Il legislatore europeo, quindi, non si sbilancia e continua a lasciare alla giurisprudenza il compito di stabilire se vada privilegiato il luogo in cui è svolta l'attività di quotidiana "gestione materiale" dell'impresa (*daily business activity theory* - [sentenza Eurofood](#)), oppure quello dell'amministrazione principale e di direzione (*mind of management theory* - [sentenza Interedil](#)). La nuova norma, poi, ribadisce la regola presuntiva già commentata, ma con una precisazione: la presunzione opera solo qualora la sede non sia stata trasferita in un altro Stato membro nei tre mesi precedenti la domanda di apertura della procedura d'insolvenza. Tramite l'introduzione di un cd. "periodo sospetto" è stata fornita una soluzione alla questione del trasferimento fraudolento della sede legale. Il punto, come già anticipato, è particolarmente rilevante nel contesto dell'ordinamento europeo, ove devono essere bilanciati due opposte esigenze: da un lato, deve essere garantito il diritto alla libertà di stabilimento, caposaldo del mercato unico europeo; dall'altro, però, il legislatore si premura di prevenire il *forum and law shopping* ed i fenomeni distorsivi del mercato che questo comporta. Un'altra importante novità del primo paragrafo concerne il c.o.m.i. delle persone fisiche, distinguendo tra le persone fisiche esercenti un'attività imprenditoriale o professionale, e le «altre per-

[21] Il Regolamento del 2000 parla infatti di debitore, senza escludere il debitore persona fisica; il Considerando n. 9, peraltro, è esplicito nell'includere anche le persone fisiche nell'ambito d'applicazione della disciplina del c.o.m.i. Il testo del reg. CE 1346/2000, tuttavia, non pone alcuna regola presuntiva con riferimento alle persone fisiche.

[22] Il tema non viene trattato qui. Sul punto, cfr. LATELLA, *Ue E Disciplina Dell'insolvenza (II Parte) - La crisi dei gruppi di società nella riforma dell'insolvenza transfrontaliera: Profili Generali*, in *Giur. It.*, 2018, 2, p. 480; DOMINELLI-I-QUEIROLO, *Obblighi di cooperazione e comunicazione tra autorità e parti del procedimento fallimentare nel nuovo regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera n. 2015/848: aspettative e possibili realtà applicative*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 3, 2018, p. 719. Ancora, cfr. DE CESARI-MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, cit. Ci si permette, infine, di segnalare il proprio contributo su questa rivista, cfr. GHINELLI, *L'insolvenza transfrontaliera del "gruppo" nel reg. UE n. 848/2015: i nuovi obblighi di cooperazione e informazione e la facoltà di coordinamento*, *L'Aulacivile.it*, 31 gennaio 2019.

sone fisiche». Per entrambe le categorie si introduce una presunzione, analogamente a quanto avviene per le persone giuridiche e le società. Per la prima categoria di persone fisiche, ossia quelle che esercitano attività d'impresa o una libera professione, si presume che il loro centro degli interessi principali si collochi presso il luogo della sede principale dell'attività d'impresa. Anche qui viene introdotto un «periodo sospetto» di tre mesi antecedenti all'apertura della procedura, durante i quali la presunzione non opera. Per quelle persone fisiche che, invece, non esercitano né attività imprenditoriale, né una «professione indipendente», si presume che il centro degli interessi principali coincida con la residenza abituale. Anche in questo caso è prevista un'eccezione alla regola presuntiva: la presunzione opera solo se la residenza abituale non è stata spostata nei sei mesi antecedenti la domanda di apertura. Il legislatore evidentemente ritiene di dover tutelare i creditori con un più lungo periodo «sospetto», stante la maggiore facilità nel trasferire la residenza abituale rispetto alla sede di un'impresa.

Venendo ora a valutare quali nodi interpretativi siano stati sciolti, si noti anzitutto che quello della definizione del centro degli interessi principali è un problema risolto solo in apparenza. Rimane quindi compito della giurisprudenza definire, in concreto, cosa s'intenda per c.o.m.i., scegliendo tra la teoria del *daily business activity* e quella del *head of management*.

Il secondo nodo problematico, è quello del trasferimento della sede in un altro Stato membro. Come già s'è detto, il legislatore europeo ha introdotto un cd. «periodo sospetto» di tre mesi precedenti la domanda di apertura delle procedure concorsuali, durante i quali la presunzione di coincidenza tra c.o.m.i. e sede statutaria non opera. Il medesimo periodo è previsto per le persone fisiche che esercitano un'attività d'impresa; per il debitore non imprenditore, tale periodo è aumentato a sei mesi. Cambia inoltre il parametro di riferimento per l'operare della presunzione: nel primo caso, la presunzione ha ad oggetto la sede principale; nel secondo, la residenza abituale. In definitiva questo problema ha trovato una soluzione efficace nel nuovo testo regolamentare, capace di trovare un equilibrato compromesso tra la libertà di stabilimento ed il tentativo di contrastare il *forum and law shopping*.

È poi da registrare la mancanza di disciplina dei casi nei quali le presunzioni introdotte possono essere superate: ta-

le carenze, come già avviene per la vigente normativa, si accompagna all'assenza di una definizione concreta di c.o.m.i. Com'è emerso, la definizione del centro degli interessi principale ed il tema del superamento della presunzione costituiscono temi in stretta connessione. Per quanto concerne il c.o.m.i. delle persone fisiche, infine, una soluzione è stata data: certo anche per esse manca una definizione in concreto, ma si prevede per la prima volta una regola presuntiva, al pari di quanto già avviene per società e persone giuridiche ed, ancora, si prevede un periodo sospetto.

6. Il c.o.m.i. nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Il regolamento di rifusione UE n. 848/2015, lo si è detto, accoglie solo alcune delle istanze emerse dalla prassi applicativa. In particolare, rimane compito dell'interprete quello di definire il significato concreto della nozione di centro degli interessi principali. A seguito della [sentenza Interedil](#), sembra tuttavia che la linea interpretativa da prediligere sia quella di identificare il centro degli interessi principali con il luogo in cui si attua la direzione ed il controllo dell'impresa: tra i muscoli e la testa dell'impresa - per riprendere una metafora ricorrente in dottrina - sembra che sia da prediligere quest'ultima. Prevale, quindi, la teoria del *head of management*. Le difficoltà interpretative a cui si è appena accennato - e che hanno impegnato la Corte di giustizia nelle sentenze [Eurofood](#) ed [Interedil](#) - presentano, oggi, una valenza anche sul piano del diritto interno. Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, introdotto dal [d.lgs. del 12 gennaio 2019, n. 14](#)^[23], ha infatti recepito l'istituto del c.o.m.i. esattamente così come formulato dal reg. UE n. 848/2015^[24]. Al centro degli interessi principali, il legislatore della riforma attribuisce una duplice funzione: anzitutto quella di delimitare la giurisdizione italiana; in secondo luogo, l'individuazione della competenza territoriale.

Limitandoci alla disciplina della giurisdizione, va anzitutto evidenziato come la definizione dell'istituto contenuta dal CCI, che ricalca quella europea, non aiuti di certo a dare maggiore chiarezza al significato concreto che il c.o.m.i. assume nel nostro ordinamento. Tuttavia, data l'immediata coerenza dei regolamenti, pare che la via interpretativa da prediligere sia quella di ritenere il centro degli interessi principali un istituto non estraneo e non nuovo alla disciplina interna dell'insolvenza, con la conseguenza che la sua interpreta-

[23] Il citato decreto legislativo ha dato attuazione alla [l. 19 ottobre 2017, n. 155](#), con la quale il Parlamento ha conferito una «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza».

[24] L'art. 2, comma 2, lett. m), definisce il c.o.m.i. come il luogo in cui il debitore gestisce i suoi interessi, in modo abituale e riconoscibile da terzi.

zione debba necessariamente seguire le linee tracciate dalla Corte di giustizia. Infatti, se un istituto già vive in un ordinamento giuridico, il fatto che un'altra fonte normativa lo preveda, impone, a rigor di logica, di non mutarne l'interpretazione. Scegliendo questo approccio, l'interprete interno non dovrebbe sforzarsi a trovare per il c.o.m.i., così come previsto dagli artt. 2, 26 e 27 CCI, un significato proprio del solo diritto italiano; peraltro, si eviterebbe così anche il rischio di un'inammissibile contrasto tra la disciplina nazionale e quella europea.

Sotto un secondo profilo, e con specifico riguardo all'[art. 26](#) CCI regolante la giurisdizione, pare necessario sottolineare due questioni che potrebbero, quando il codice entrerà in vigore, creare attrito tra la disciplina interna e l'attuale assetto europeo.

L'[art. 26](#) CCI stabilisce che, anche nell'ipotesi in cui il debitore abbia all'estero il proprio centro degli interessi principali, è sufficiente la presenza in Italia di una dipendenza per attribuire la giurisdizione al giudice italiano. L'ipotesi a cui fa riferimento la disposizione in commento è evidentemente quella dell'insolvenza transfrontaliera. È però necessario specificare a quale frontiera ci si riferisce: si deve cioè distinguere l'ipotesi di centro degli interessi principali collocato in altro Paese Ue, dal diverso caso in cui questo si trovi fuori dall'Unione. In quest'ultima eventualità pare che non si pongano problemi di contrasto col regolamento: in presenza di una dipendenza in Italia e del centro degli interessi principali fuori dall'Ue, la giurisdizione è sempre (anche) del giudice italiano. Sebbene nel nostro territorio si trovi solo una dipendenza, potrà essere aperta in Italia una procedura com-

prensiva di tutti i beni del debitore, ammesso che le eventuali convenzioni con il Paese extraeuropeo di riferimento non lo impediscono.

Tutt'altro scenario è quello in cui il centro degli interessi del debitore, avente in Italia una dipendenza, si trovi in un altro Stato membro. Nel silenzio del legislatore, la norma potrebbe essere suscettibile di una duplice interpretazione: in una prima prospettiva, basata su una lettura letterale, si potrebbe ritenere sufficiente la presenza di una dipendenza in Italia per aprire una procedura principale; una seconda e diversa prospettiva, invece, imporrebbe in tal caso di interpretare la norma in senso logico-sistematico, per cui la giurisdizione italiana sarebbe limitata all'apertura di una sola procedura secondaria. In questo senso si pongono il terzo ed il quarto comma dell'[art. 26](#), i quali fanno salva la disciplina dell'Unione europea ed, ancora, impongono al giudice di stabilire se la procedura è principale, secondaria o territoriale.

Pare quindi doversi concludere che, quantomeno in riferimento alle ipotesi di collegamento del debitore con un altro Stato Ue, nulla sia cambiato in punto di giurisdizione rispetto al precedente assetto normativo. Se il centro degli interessi principali è situato in Italia, il giudice italiano avrà giurisdizione - competenza internazionale, nel linguaggio del regolamento - per aprire una procedura principale; se, invece, nel nostro territorio vi è una mera dipendenza, di fronte al giudice italiano si potrà solo chiedere l'apertura di una procedura secondaria. Sarà interessante, nei prossimi mesi, monitorare lo sviluppo del dibattito in letteratura e verificare come, nelle prime pronunce, la giurisprudenza applicherà il c.o.m.i. disciplinato dal CCI.

RETTIFICAZIONE DEL SESSO

Il procedimento di rettificazione del sesso

di Beatrice Irene Tonelli

23 settembre 2019

Sommario

1. Inquadramento storico normativo
2. Il procedimento
3. In particolare il caso del richiedente minorenni
4. Conclusioni

1. Inquadramento storico normativo

Come noto nel nostro sistema giuridico gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume, in base a quanto disposto dall'[art. 5 c.c.](#) Prima dell'entrata in vigore della Legge n. 164/1982, pubblicata su GU n.106 del 19 aprile 1982, non era quindi lecito eseguire interventi chirurgici di riassegnazione di sesso diverso da quello di nascita^[1].

Nei fatti, chi intendeva accedere a tali trattamenti si rivolgeva a cliniche estere per eseguire l'intervento chirurgico negli Stati che ammettevano tale pratica per poi fare rientro in Ita-

lia e presentare una domanda di rettificazione del dato anagrafico di genere ai sensi dell'artt. [165](#) e [167](#) del r.d.l. 9 luglio 1939, n. 1238 (ordinamento dello stato civile all'epoca vigente) e [art. 454 c.c.](#)

Tali disposizioni, tuttavia, erano limitate ai casi di emenda di errori materiali commessi al momento della formazione dell'atto di nascita, come nelle fattispecie, rare ma pur sempre possibili, di ambiguità dei genitali esterni o di sviluppo naturale tardivo del soggetto verso il sesso opposto a quello inizialmente accertato o ancora di contemporanea presenza nello stesso individuo dei caratteri sessuali di entrambi i sessi.

La stessa Corte Costituzionale^[2] era stata investita della

[1] In quanto intervento demolitivo degli organi genitali, la riassegnazione chirurgica di sesso è una procedura tale da determinare la perdita permanente della funzione riproduttiva e come tale non è lecitamente effettuata se non previa espressa autorizzazione della autorità giudiziaria. Sono invece legittimi e liberamente accessibili, sulla base del consenso dell'avente diritto, i trattamenti, anche chirurgici, di tipo estetico e le terapie endocrinologiche.

[2] Corte Costituzionale sentenza [26/07/1979 n. 98](#) su [www.giurcost.org](#). La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dal Tribunale di Livorno, presso il quale il richiedente aveva presentato domanda di rettifica dell'atto di nascita con attribuzione del sesso femminile allegando che, pur essendo nato con caratteri sessuali maschili, si era sempre identificato nel genere femminile, si era sottoposto ad intervento demolitivo ricostruttivo a Casablanca ed era socialmente integrato ed accettato nel proprio contesto di riferimento come persona di sesso femminile.

Con esito conforme si pronunciò l'anno seguente anche la Corte di Cassazione, sezione prima, sentenza del 3/4/1980 n. 2161: "*L'accertamento e la documentazione del sesso della persona, effettuate in sede di atto di nascita, ai sensi degli artt. [67](#), [70](#) e [71](#) dell'ordinamento dello stato civile ([R.D. 9 luglio 1939 n. 1238](#)), con esclusivo riguardo agli organi genitali esterni, sono suscettibili di successiva rettificazione, a norma degli artt. [165](#) e seguenti del predetto ordinamento, manifestamente non in contrasto con gli artt. [2](#) e [24](#) della Costituzione (sentenza della Corte Costituzionale [n. 98 del 1979](#)), solo in conseguenza di sopravvenute modificazioni dei caratteri sessuali, per una evoluzione naturale ed obiettiva di una situazione originariamente non ben definita o solo apparentemente definita, ancorché ricollegata all'orientamento psichico della persona medesima, o coadiuvata da interventi chirurgici diretti ad evidenziare organi già esistenti, e non anche, pertanto, per il mero riscontro di una psicosessualità contrastante con i chiari caratteri degli organi sessuali, ovvero per interventi chirurgici di tipo manipolatorio o demolitorio, rivolti a mutare la realtà anatomica naturale*" (in termini v. [1236/75](#), [mass. N. 374696](#); v. [3948/74](#), [mass n. 372518](#)).

Nel panorama europeo, un caso del tutto analogo fu portato alla attenzione della Commissione della Corte Europea dei Diritti dell'uomo ([decisione 9 maggio 1978](#), nel caso Daniel Oosterwijck contro governo belga). Si trattava di una cittadina belga che, dopo essersi sottoposta a terapia ormonale e vari interventi chirurgici, aveva assunto aspetto esteriore ed identità di genere maschile e aveva chiesto la rettifica del dato anagrafico, negata in primo grado e in appello. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ([decisione 6 novembre 1980 caso n. 7654/76](#)) che lo rigettò per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, edite su [www.hudoc.echr.coe.int/](#).

questione di legittimità in merito a tali disposizioni proprio per la parte in cui il diritto vivente non le riteneva applicabili a casi di volontario mutamento dei caratteri sessuali dell'individuo, ma la questione fu rigettata.

Con la promulgazione della Legge n. 164/1982, venne dunque riconosciuto il diritto dell'individuo alla rettificazione di attribuzione di sesso e venne introdotto e disciplinato un procedimento speciale *ad hoc*.

Nella formulazione originaria, si prevedeva che la domanda giudiziale, per ottenere la rettificazione del sesso enunciato nell'atto di nascita, fosse introdotta nella forma del ricorso al tribunale del luogo di residenza dell'attore; il presidente del tribunale avrebbe nominato il giudice istruttore e fissato con decreto la data di trattazione e il termine per la notifica al coniuge e ai figli della parte istante. Il procedimento si sarebbe svolto con la partecipazione necessaria del Pubblico Ministero ai sensi dell'[art. 70 c.p.c.](#) (art. 2). Ove fosse risultato necessario eseguire l'adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali, il Tribunale lo avrebbe autorizzato con sentenza. Si sarebbe poi svolta una seconda fase, in camera di consiglio, per l'accertamento della effettuazione del trattamento autorizzato, e la conseguente emanazione del provvedimento di rettifica della attribuzione di sesso nell'atto di nascita (art. 3). Nei casi in cui la riassegnazione chirurgica con modificazioni dei caratteri sessuali fosse già avvenuta, all'estero o comunque senza la formale autorizzazione giudiziaria^[3], si prevedeva che il Tribunale disponesse la rettificazione ai sensi dell'[articolo 454 c.c.](#) con sentenza, passata in giudicato, attributiva di un sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita (art. 1)^[4].

La nuova disciplina fu subito portata al vaglio della Consulta^[5], superato positivamente con il definitivo ricono-

scimento del rango costituzionale del diritto all'effettiva identità sessuale come diritto fondamentale ai sensi dell'art. 2, 3 e 32 Costituzione e [art. 8 Convenzione Europea Diritti Uomo](#).

Dopo 29 anni, la disciplina del procedimento è stata novellata dall'[art. 31 D. Lgs. 150/2011](#) che, in attuazione della delega per la semplificazione dei riti speciali civili, ha abrogato gli artt. 2 e 3 e l'art. 6, comma 2 della L. 164/1982, prevedendo l'applicazione del rito ordinario di cognizione.

Le due domande giudiziarie, l'una avente ad oggetto la autorizzazione al trattamento chirurgico demolitivo, l'altra avente ad oggetto la rettificazione degli atti di stato civile in cui recepire l'intervenuta riassegnazione del genere, sono sorrette dalla medesima *causa petendi*, ovvero la condizione personale di disforia di genere, e quindi cumulabili ex art. 103 e 104 c.p.c.

Una prima questione che era già stata posta al vaglio della giurisprudenza sin dall'entrata in vigore della L. 164/1982 era se, per ottenere la rettifica del genere attribuito nell'atto di nascita, dovesse essere necessario aver preliminarmente ottenuto l'autorizzazione giudiziaria all'intervento chirurgico di riassegnazione del sesso e averlo eseguito, e quindi se oggetto dell'indagine istruttoria dovesse essere, o meno, l'effettiva esecuzione della modificazione anatomica. Sul punto si crearono due orientamenti opposti, l'uno che negava l'accoglimento della richiesta di rettificazione degli atti di stato civile se non a seguito dell'accertata modificazione anatomica, qualificando quindi l'esecuzione dell'intervento quale fatto costitutivo per la proposizione della domanda^[6], l'altro che, viceversa, riteneva necessario accertare la serietà del percorso individuale di transizione, indipendentemente dall'avvenuta esecuzione dell'intervento chirurgico^[7].

[3] Al fine di regolarizzare le situazioni pregresse, l'art. 7 stabiliva che l'accoglimento della domanda di rettificazione estingue i reati cui abbia eventualmente dato luogo il trattamento medico chirurgico effettuato prima dell'entrata in vigore della legge stessa, e quindi *contra legem*.

[4] L'art. 1 è stato modificato ad opera dell'[art. 110 D.P.R. 3 novembre 2000 n. 396](#), nuovo ordinamento dello stato civile, prevedendo semplicemente che la rettificazione si esegue sempre in forza di sentenza passata in giudicato che attribuisca alla persona il sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali.

[5] Corte Costituzionale sentenza [24/05/1985 n. 161](#) su [www.giurcost.org](#); in *Foro It.*, 1985, 1, 2162; Cacace S. *Il genere: identità, filiazione, - genitorialità* in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* n. 7-8/2018

[6] «Il Tribunale non può autorizzare la richiesta di rettificazione del sesso se non dopo aver accertato l'avvenuta modificazione della struttura anatomica del soggetto» Trib. Cagliari 25/10/1982; Trib. Milano 02/11/1982; Trib. Sanremo 07/10/1991; Trib. Vicenza 02/08/2000. Trib. Prato 02/05/2008 (inedita) ha ritenuto la necessità di accertare l'esecuzione dell'intervento demolitivo mentre l'esecuzione dell'intervento ricostruttivo additivo sarebbe meramente facoltativo e quindi non rilevante ai fini della rettificazione degli atti di stato civile. Ciliberti R. «La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici» in *Dir. famiglia*, fasc. 1, 2001, pag. 346; Stanzione P. *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/82* in *Dir. famiglia*, fasc. 2, 2009, pag. 713; Galluzzo S. «Tutela della persona - Protezione della persona - Rettificazione di attribuzione di sesso» in *Percorsi Giurisprudenza Guida al Diritto 2018* e giurisprudenza ivi richiamata; Cardaci G. «Per un "giusto processo" di mutamento di sesso» in *Diritto di Famiglia e delle Persone* (II), fasc. 4, 2015, pag. 1459; Posteraro, «Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari» in *Riv. It. Medicina Legale* 2017 p. 1349

[7] Corte di Appello di Genova 23/04/1990; Trib. Benevento 10/01/1986 su [www.articolo29.it](#).

La novella del 2011 avrebbe dovuto risolvere il contrasto in quanto ha abrogato l'art. 3 L. 164/1982 ed ha espressamente previsto che il tribunale autorizzi l'intervento di mutamento di sesso "solo ove necessario", ammettendo quindi che l'accoglimento della domanda di rettificazione del genere assegnato all'atto di nascita prescinda dalla trasformazione fisica dell'individuo, e si fondi piuttosto sull'accertamento della condizione personale del richiedente, sulla serietà ed univocità del percorso di transizione e sulla compiutezza dell'approdo finale.

Alcune corti di merito, tuttavia, hanno continuato ad aderire al precedente orientamento nonostante l'intervenuta novella legislativa. Esempio a tal proposito il caso affrontato da Tribunale di Piacenza nel 2012, che aveva respinto la domanda dell'attore per difetto di esecuzione dell'intervento chirurgico demolitivo pur a suo tempo autorizzato, decisione confermata da Corte di Appello di Bologna nel 2013, ma riformata dalla decisione della Corte di Cassazione del luglio 2015[8].

A distanza di pochi mesi, tale orientamento ha trovato autorevole conferma dalla Consulta, che si è espressa affermando che il trattamento chirurgico modificativo dei caratteri sessuali primari non costituisce prerequisite per accedere al procedimento di rettificazione, ma è solo un possibile mezzo, rimesso alla scelta del soggetto che chiede la rettificazione, funzionale al conseguimento di un pieno benessere psicofisico[9].

Questa interpretazione del resto è in perfetta aderenza con quanto statuito in merito a livello sovranazionale dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con una decisione del marzo 2015[10] in cui è stato accertato che imporre un intervento chirurgico per accedere alla rettifica del genere risultante negli atti di stato civile costituisce violazione dell'art. 8 CEDU. Le successive pronunce nazionali di merito hanno quindi recepito in modo uniforme tale insegnamento[11].

2. Il procedimento

Come accennato, il procedimento oggi disciplinato dall'art. 31 D. Lgs. 150/2011 in combinato disposto con le norme della L. 164/1982, è un procedimento ordinario di cognizione di competenza del Tribunale in composizione collegiale.

La domanda è proposta con atto di citazione all'autorità giudiziaria del luogo di residenza della parte attrice. L'art. 31 comma 3 D.Lgs. 150/2011 prescrive che l'atto di citazione sia notificato anche al coniuge e ai figli della parte attrice, ed al pubblico ministero presso il tribunale adito, che partecipa al giudizio ai sensi dell'art. 70 del c.p.c.; questi sarà pertanto l'unico contraddittore a cui notificare l'atto introduttivo in assenza di coniuge o di prole.

Dal punto di vista del contributo unificato, si rileva una prassi disomogenea dei vari uffici giudiziari. Alcuni considerano tale procedimento assimilabile al procedimenti non contenziosi o di volontaria giurisdizione[12], altri, viceversa, ai giu-

[8] Corte di Cassazione sezione I, 20 luglio 2015, n.15138 ha infatti sancito «L'interesse pubblico alla definizione certa dei generi, anche considerando le implicazioni che ne possono conseguire in ordine alle relazioni familiari e filiali, non richiede il sacrificio del diritto alla conservazione della propria integrità psico fisica sotto lo specifico profilo dell'obbligo dell'intervento chirurgico inteso come segmento non eludibile dell'avvicinamento del soma alla psiche. L'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non ne postula la necessità, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale sia accertata, ove necessario, mediante rigorosi accertamenti tecnici in sede giudiziale» in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* n. 11/2015 con nota adesiva Patti S. «Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale a proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138»; Bartolini F. «Rettificazione del sesso e intervento chirurgico: la soluzione - in un'interpretazione "costituzionalmente orientata"» in *Il Corriere Giuridico* n. 11/2015; Cicero C. «Il ruolo del giudice nella società che cambia: transessualismo e vincolo matrimoniale» in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, fasc.1, 2016, pag. 87.

[9] Corte Cost. 5/11/2015 n. 221 su www.giurcost.org in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 4/2016 con nota Caricato C. «Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all'esame della Corte costituzionale»; D'Andrea P.I. «La sentenza della Corte costituzionale sulla rettificazione anagrafica del sesso: una risposta e tanti nuovi interrogativi» in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.1, 2016, pag. 263; Spangaro A. «Anche la consulta ammette il mutamento di sesso - senza il previo trattamento chirurgico» in *Famiglia e Diritto* n. 7/2016; Greco V. «Mutamento di sesso senza costringimento ai bisturi» in *Studium Iuris* n. 4/2016; Patti S. «Il transessualismo tra legge e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (e delle Corti costituzionali)» in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* n. 1/2016; principio ribadito in seguito anche da Corte Cost. 13/07/2017 n. 185 su www.giurcost.org.

[10] CEDU 10/03/2015 Y.Y. c/ Governo Turco violazione art. 8 Convenzione EDU in www.echr.coe.int. Ancora più recentemente, la CEDU si è espressa nei confronti dello Stato Italiano nella causa S.V. c. Italia, [decisione dell'11 ottobre 2018](http://www.echr.coe.int), statuendo che «Viola il diritto al rispetto della vita privata (art. 8 della Convenzione) il rifiuto delle autorità nazionali (Prefetto) di consentire ad una persona di cambiare per via amministrativa il nome, e così di farlo corrispondere alla propria identità di genere, prima dell'operazione chirurgica di conversione sessuale e della successiva rettificazione di attribuzione di sesso, non avendo le autorità tenuto in considerazione il fatto che la ricorrente aveva intrapreso da anni un processo di transizione sessuale e che il suo aspetto fisico, così come la sua identità sociale, era già femminile da molto tempo» in www.echr.coe.int.

[11] Tribunale Trani 06/12/2018 n. 2461; Tribunale Frosinone 19/07/2018 n. 666; Tribunale Milano 2/03/2018 n. 2491; Tribunale Palermo 30/01/2018 n. 466; Tribunale Genova 23/05/2016 n. 1827; Tribunale Savona 30/03/2016 n. 357 reperibili su *Guida al Diritto, Jurisdata* e altre banche dati.

[12] Tribunale di Messina - sito ufficiale www.tribunale.messina.it

dizi ordinari di cognizione di valore indeterminabile^[13], altri infine applicano l'esenzione dell'[art. 10 comma 1 D.P.R. 30/05/2002 n. 115](#) (Testo unico delle spese di giustizia) che tuttavia dovrebbe riferirsi esclusivamente al diverso procedimento di mera emenda dell'errore materiale negli atti di stato civile, oggi disciplinato dal [D.P.R. 3/11/2000 n. 396, titolo IX art. 95](#) e ss.

Sussiste giurisdizione italiana anche nel caso del richiedente straniero residente in Italia. Riguardo alla legge applicabile, troverà attuazione la normativa straniera, che autorizzi la rettificazione del sesso, ai sensi dell'[art. 24 L. 218/1995](#)^[14], oppure essa verrà disapplicata in favore di quella italiana. Si è ritenuto, infatti, che la normativa straniera che non ammetta l'adeguamento dei propri caratteri sessuali al fine di assicurare i valori di dignità e libertà della personalità umana che superano i confini della territorialità sia contraria all'ordine pubblico internazionale, ai sensi dell'[art. 16 della L. n. 218/1995](#)^[15].

Per quanto attiene alla fase istruttoria, oggetto dell'indagine giudiziale è l'accertamento della condizione personale di disforia di genere, l'individuazione dell'identità di genere della parte richiedente e della irrevocabilità della scelta compiuta, nonché, ai fini del rilascio della autorizzazione ad eseguire l'intervento chirurgico di riassegnazione del sesso, l'accertamento della effettiva necessità e della esclusiva finalità terapeutica. È quindi sempre disposta la audizione personale della parte e la disamina della documentazione medica relativa alla valutazione psichiatrica o psicologica clinica, ai trattamenti endocrinologici eseguiti, nonché agli eventuali interventi chirurgici che non richiedano autorizzazione giudiziaria (es. chirurgia estetica). Esaminando le pronunce più recenti, emerge una progressiva tendenza a valutare come suf-

ficientemente esaustive e probanti le produzioni documentali della parte, senza la necessità quindi di disporre accertamenti tecnici d'ufficio^[16].

Nella fase decisoria, infine, il Tribunale determina il sesso della parte attrice con pronuncia di natura costitutiva e autorizza il trattamento di riassegnazione chirurgica del sesso, ove necessario, ordinando all'ufficiale di stato civile del Comune dove è stato compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro ([art. 31 comma 5 D.Lgs 150/2011](#)).

In merito al cambiamento di nome si erano contrapposti due diversi orientamenti di merito, l'uno più restrittivo, che riteneva ammissibile solo il cambiamento del genere del nome, l'altro che invece predicava la libera scelta del nuovo nome da parte del richiedente, con finale prevalenza di questo ultimo^[17].

Le attestazioni di stato civile, riferite a persona della quale sia stata giudizialmente rettificata l'attribuzione di sesso, sono rilasciate con la sola indicazione del nuovo sesso e nome e conseguentemente i documenti relativi al soggetto, quali carta di identità, patente di guida, passaporto, ma anche titoli di studio, diplomi, devono essere aggiornati su richiesta dell'interessato^[18].

Secondo l'[art. 4 L. 164/1982](#), la sentenza di rettificazione avrebbe avuto l'effetto di provocare lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili dell'unione religiosa, ma tale norma è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, benché con una sentenza additiva di principio, nell'ipotesi in cui né il medesimo soggetto né il coniuge abbiano intenzione di sciogliere il rapporto coniugale^[19]. La lacuna normativa è stata parzialmente colmata dalla legge sulle unioni civili che prevede la possibilità per i coniug-

[13] Tribunale di Milano - sito ufficiale www.tribunale.milano.it

[14] Tribunale di Treviso [12/04/2017 n° 860](#) relativa al caso di un richiedente di nazionalità argentina, su www.altalex.it nota Chiacchio; ed in www.articolo29.it con nota Schuster A. "La rettificazione di sesso: criticità persistenti".

[15] Tribunale Milano 17/07/2000 relativa al caso di un richiedente di nazionalità peruviana su www.articolo29.it.

[16] Tribunale Genova 08/11/2018, Tribunale Santa Maria Capua Vetere 19/01/2012; Tribunale Roma [11/03/2011](#) in www.articolo29.it. Sul punto della necessità di un supporto conoscitivo per il giudice attraverso la consulenza tecnica v. Ferraro L. "Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?" in *Questione Giustizia* 2/2016.

[17] "La sentenza che riconosce i presupposti per la rettifica del sesso può ordinare all'ufficiale dello stato civile non solo di disporre tale modifica ma anche di attribuire all'interessato il nuovo nome da quest'ultimo scelto liberamente" Tribunale di Napoli Nord sentenza 17/11/2016 in *Giuda al Diritto*; Corte di Appello di Firenze 23/11/2007 in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 10, 1, 1188 nota di DE LISA; Luchini, "Rettificazione di sesso e diritto al cambiamento del prenome: riflessioni in merito alla l. 164/82", in *Dir. famiglia*, fasc.2, 1997, pag. 773 per la ricerca giurisprudenziale, v. altresì il sito www.articolo29.it

[18] Il diritto di ottenere l'aggiornamento dei dati personali è anche garantito dall'[art. 16 GDPR UE 2016/679](#).

[19] Corte Costituzionale sent. [11 giugno 2017 n. 170](#) su www.giurcost.org; Patti *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve in problema*, in *Foro Italiano*, 2014, 10, 2685; Marcenò *Quando da un dispositivo d'incostituzionalità possono derivare incertezze*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata* 2014, 4, 279; Brunelli G. *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"* in www.articolo29.it

gi di manifestare la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, cui consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso ([Art. 1, comma 27, L. 76/2016](#), [Art. 5 del DPCM n. 144/2016](#), D.M. del 28 luglio 2016 formula 5)[20].

3. In particolare il caso del richiedente minorenni

La giurisprudenza nazionale si è trovata a dover esaminare l'ammissibilità della domanda in caso di richiedente minorenne[21]. I precedenti editi ad oggi sono molto scarsi, ma estremamente significativi.

Il primo caso, affrontato dal Tribunale di Catania nel 2004, fu deciso con la declaratoria di inammissibilità della domanda proposta dal genitore poiché il giudice ritenne che, rientrando il diritto all'identità sessuale nel novero dei diritti personalissimi, non potesse essere esercitato attraverso la rappresentanza dei genitori e che, in difetto di un'espressa previsione legislativa di speciale capacità di agire del minore, l'esercizio del diritto in questione gli fosse precluso già in astratto ed in modo radicale[22].

Sette anni dopo, ponendosi in consapevole contrasto con il precedente di Catania, il Tribunale di Roma[23] ha invece riconosciuto la possibilità di una rappresentanza del genitore esercente la responsabilità genitoriale. Secondo il giudice capitolino, la persona minore di età con disforia di genere deve essere ammessa all'azione di rettificazione tramite rappresentante, pur trattandosi di atto personalissimo, poiché la rappresentanza legale implica un dovere di agire nell'esclusivo interesse del minore. La manifestazione della volontà in questi casi è quindi configurabile come atto complesso, costituito dalla espressione della volontà del minore e dei genitori. Si tratta come evidente, di procedimenti in cui è prescritto l'ascolto del minore stesso a pena di nullità ai sensi dell'[art. 12](#) Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e dell'[art. 24](#) Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

L'espressione della volontà del minore, anche in merito al consenso all'intervento chirurgico, è diritto riconosciuto dall'[art. 6 della convenzione di Oviedo 1997](#) e, per quanto

oggi disposto dal diritto interno, secondo l'[art. 1](#), comma [1](#), e [art. 3](#) L. 22/12/2017 n. 219 (norme in materia di consenso informato)[24].

Trattandosi di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, prima di introdurre la domanda giudiziale in rappresentanza del minore, i genitori o gli esercenti la responsabilità genitoriale dovranno presentare ricorso al giudice tutelare, nella forma della volontari giurisdizione con rito camerale ai sensi dell'[art. 320 c.c.](#)[25] per ottenere l'autorizzazione per il compimento dell'intervento chirurgico, e per la rettificazione del sesso anagrafico.

Non sono editi ad oggi provvedimenti che abbiano affrontato il caso del conflitto di interesse tra minore e genitore in merito alla rettificazione del sesso, ma andrebbero risolti in base ai principi della [Convenzione di Strasburgo del 1996](#), sull'esercizio dei diritti dei minori ([Legge ratifica n. 77/2003](#)), ed in particolare con applicazione degli [art. 4](#) e [9](#) che riconoscono al minore il diritto di richiedere, personalmente o tramite altre persone od organi, la designazione di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria, in combinato disposto con l'[art. 321 c.c.](#) per il quale in tutti i casi in cui i genitori congiuntamente o quello di essi che esercita in via esclusiva la responsabilità genitoriale, non possono o non vogliono compiere uno o più atti di interesse del figlio, eccedenti l'ordinaria amministrazione, il giudice, su richiesta del figlio stesso, del pubblico ministero o di uno dei parenti che vi abbia interesse, e sentiti i genitori, può nominare al figlio un curatore speciale autorizzandolo al compimento di tali atti. Il risvolto processuale di tale disciplina è contenuto nell'[art. 78 c.p.c.](#), per il quale, in caso di conflitto di interessi tra rappresentate e rappresentato, si provvede alla nomina del curatore speciale d'ufficio dal tribunale o su richiesta del pubblico ministero.

Nella prassi, nei casi di conflitto con i genitori, viene solitamente nominato quale curatore speciale del minore un avvocato che, quindi, può costituirsi nel procedimento cumulando le funzioni di rappresentanza sostanziale e processuale ai sensi dell'[art. 86 c.p.c.](#) Ove ne ricorrano i presup-

[20] Rimane invece ancora privo di tutela e di disciplina il caso opposto, ovvero quello della rettificazione del sesso della persona unita civilmente.

[21] Va evidenziato che in tutto i casi esaminati si trattava di minori ultrasedicenni.

[22] Tribunale di Catania 17 marzo 2004 in *Dir. fam.*, 2004, 455 ss.

[23] Tribunale di Roma [11 marzo 2011](#), *Foro it.*, Rep. 2011, voce cit., n. 119, per esteso, *Nuova giur. civ.*, 2012, 1, 253, e *Famiglia e dir.*, 2012, 499, con osservazioni di Ruò; in *Famiglia e minori* con osservazioni Sangalli.

[24] Tribunale di Frosinone 25 luglio 2017 in rep. *Jurisdata*; Tribunale di Genova 17 gennaio 2019 inedita.

[25] L'assistenza legale in tal caso è meramente facoltativa, il procedimento è esente ed essendo tipico procedimento camerale di volontaria giurisdizione, il decreto adottato dal Giudice Tutelare è reclamabile dinanzi al Tribunale in camera di consiglio ([art. 749 c.p.c.](#) e [art. 45 disp. att. c.p.c.](#)).

posti, il minore potrà essere ammesso al patrocinio a spese dello stato.

4. Conclusioni

Dagli inizi degli anni 80 ad oggi si è assistito ad una notevole evoluzione della normativa sostanziale sul diritto alla identità personale e della disciplina processuale per l'attuazione e la tutela. Il procedimento giudiziario è rimasto di competenza collegiale e con la partecipazione necessaria del pubblico

ministero, scelta inevitabile trattandosi di giudizio sullo *status*, ma è stato oggetto di semplificazione, eliminando la superfetazione di un procedimento bifasico e riconducendolo nell'alveo del rito ordinario di cognizione. Pur essendo stata adottata in altri paesi europei la scelta della degiurisdizionalizzazione, nel nostro ordinamento non pare predicabile la rinuncia al controllo giurisdizionale, a presidio dei diritti e dei principi costituzionali ad esso sottesi[26].

[26] Ferraro L. *“Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?”* Questione Giustizia 2/2016 p. 220 e ss.. Nel Regno Unito, il legislatore ha adottato, in tema di transessualismo, un approccio fortemente “innovativo”, prevedendo la possibilità di ottenere la rettifica del nome e del sesso anagrafico, pur in assenza dell'intervento di riassegnazione chirurgica, essendo sufficiente che il “richiedente” ottenga una diagnosi di “disturbo dell'identità di genere”. Il procedimento di rettificazione anagrafica di sesso ha natura amministrativa e non giudiziale, non prevedendo quindi l'intervento del giudice. Tale soluzione si rinviene anche in Spagna, Portogallo, Belgio, Argentina, dove l'istanza di correzione del prenome e del sesso indicati alla nascita viene proposta direttamente all'ufficiale di stato civile, il quale vi provvede sulla base della documentazione clinica allegata, comprovante l'identità di genere dell'individuo; solo in ipotesi di rigetto dell'istanza, il soggetto può presentare ricorso all'autorità giudiziaria. Lo Stato di Malta, nel 2015, ha adottato una specifica legge, in base alla quale un soggetto maggiorenne può cambiare sesso senza necessità di ricorrere all'intervento chirurgico, mediante la presentazione di una semplice dichiarazione nella forma dell'atto notarile. Fontanarosa F. *“il diritto all'identità di genere nel procedimento di rettificazione dell'attribuzione di sesso: cenni comparatistici”* in Europa e Diritto Privato, fasc.2, 1 giugno 2018, pag. 709 ss.

CONTENZIOSO APPALTI

Illegittimità del bando indetto dal Comune per l'affidamento di servizi legali che non chiarisce l'attività in concreto da espletare. Commento alla recente sentenza del TAR Lazio, Sez. II Bis, sentenza 3 luglio 2019 n. 8730/2019

di Alessio Antonelli

24 settembre 2019

Sommario

1. La sentenza del TAR Lazio, Sez. II Bis, sentenza 3 luglio 2019 n. 8730/2019 e il principio di diritto affermato
2. Vicenda fattuale posta all'attenzione del TAR Lazio
3. Contenuto della decisione assunta dal TAR Lazio
4. Lettura della richiamata pronuncia in combinato disposto con le Linee Guida ANAC n. 12
5. Conclusioni

1. 1. La sentenza del TAR Lazio, Sez. II Bis, sentenza 3 luglio 2019 n. 8730/2019 e il principio di diritto affermato

Con la recente [pronuncia del 3 luglio 2019](#), la Seconda Sezione Bis del TAR Lazio ha avuto modo di chiarire che “*il bando comunale per l'affidamento dei servizi legali è illegittimo se non accompagnato dalla pubblicazione del capitolato d'oneri nel quale sono illustrate le modalità attraverso le quali il servizio deve essere prestato*”.

Il suddetto principio è stato stabilito all'esito dell'accoglimento, da parte del Tribunale Amministrativo Regionale, del ricorso dell'Associazione Italiana Giovani Avvocati (AIGA).

2. Vicenda fattuale posta all'attenzione del TAR Lazio

L'AIGA, associazione forense articolata su base territoriale in sezioni corrispondenti ai circondari di Tribunale, evidenziando di avere tra le sue finalità statutarie la tutela degli interessi della giovane avvocatura italiana, e di essere, dunque, pienamente legittimata a ricorrere contro gli atti lesivi degli interessi dei giovani professionisti, ha agito tramite la sua Sezione di Rieti chiedendo al TAR Lazio l'annullamento

del Bando di Gara n. 7285526, CIG 77320208BF, Appalto n. 39-bis della Centrale Unica di Committenza del Montepiano Reatino, procedura per il Comune di Cittaducale, pubblicato sul sito del Montepiano Reatino in data 4 febbraio 2019 ed inviato via PEC al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Rieti in data 5 febbraio 2019, avente ad oggetto “*Affidamento servizio di patrocinio legale dell'ente relativamente al contenzioso civile, amministrativo, tributario, penale e stragiudiziale compreso le magistrature superiori in Comune di Cittaducale (RI)*” con procedura aperta ex [art. 60 D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50](#) con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa ex [art. 95 D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50](#) (c.d. «Codice dei Contratti Pubblici”).

Avverso tale atto, l'AIGA ha dedotto i seguenti motivi:

- 1) violazione di legge, carenza di elementi essenziali, insufficiente motivazione ed eccesso di potere con riferimento all'incompletezza della documentazione del bando, indeterminatezza dell'oggetto della prestazione oggetto di gara,
- 2) violazione di legge, in relazione al mancato rispetto della normativa sul cd «equo compenso» ([art. 13 bis Leg-](#)

ge 31 dicembre 2012, n. 247^[1] ed art. 19 *quaterdecies* D.L. 16 ottobre 2017, n. 148^[2]) falsa ed erronea interpretazione ed applicazione di legge, eccesso di potere,

- 3) in relazione alle prestazioni aggiuntive, violazione di legge, falsa ed erronea applicazione ed interpretazione di legge, eccesso di potere,
- 4) violazione di legge, falsa ed erronea applicazione ed interpretazione di legge, eccesso di potere con riferimento alla normativa dell'equo compenso,
- 5) violazione di legge, falsa ed erronea applicazione ed interpretazione di legge, eccesso di potere, manifesta illogicità con riferimento all'adozione e valutazione dell'elemento «caratteristiche metodologiche dell'offerta»,
- 6) violazione di legge e/o eccesso di potere con riferimento ai requisiti di ordine professionale richiesti dal bando, disparità di trattamento, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà degli elementi valutativi adottati e dei punteggi attribuibili a ciascuno, ingiustificata disparità di trattamento ed omessa motivazione con riferimento ai diversi criteri di valutazione e al punteggio conseguibile,
- 7) violazione e falsa applicazione di legge, eccesso di potere ed irragionevolezza della clausola del bando «stipula del contratto» e
- 8) violazione di legge e/o eccesso di potere con riferimento alla generica ed indeterminata descrizione delle prestazioni oggetto di appalto, violazione del principio di proporzionalità.

Volendo riassumere i punti salienti della vicenda, l'AIGA ha lamentato, in primo luogo, la mancata pubblicazione del capitolato d'oneri della gara che, pur citato dal disciplinare come atto nel quale erano illustrate le modalità attraverso le quali il servizio avrebbe dovuto essere prestato, «*non... (era) stato inviato al COA di Rieti né (soprattutto) pubblicato sul sito della Comunità Montana tra gli allegati a corredo del bando presenti nell'Albo Pretorio on line*».

Al riguardo, l'AIGA ha dedotto che tale mancanza avrebbe irrimediabilmente viziato tutti gli atti successivi e l'intera procedura, rendendo impossibile ai concorrenti che avessero avuto intenzione di partecipare di procurarsi gli elemen-

ti conoscitivi indispensabili sul servizio per formulare le loro offerte.

L'AIGA ha anche lamentato la violazione da parte dell'Amministrazione della normativa a garanzia dell'equo compenso per i professionisti, nonché la vessatorietà di numerose clausole e l'effetto distorsivo sulla concorrenza delle previsioni della *lex specialis* volte a richiedere ai concorrenti la produzione di un'attestazione da parte di un istituto di credito sulla loro capacità economico-finanziaria e di dotarsi di una copertura assicurativa.

L'AIGA ha, infine, affermato l'ingiusta disparità di trattamento determinata dall'inserimento, tra i requisiti di ordine professionale, dell'iscrizione all'albo per il patrocinio dinanzi alle Giurisdizioni Superiori, irragionevolmente penalizzante per i professionisti più giovani, la mancanza nella *lex specialis* di qualsiasi concreta indicazione dei servizi legali oggetto dell'appalto e l'inidoneità, in ogni caso, del bando a consentire ai partecipanti di orientarsi nella formulazione di offerte competitive, anche per l'impossibilità di formulare proposte «*migliorative rispetto ad uno standard ignoto (e ignorato dal bando)*».

Con ordinanza n. 4208 del 28 marzo 2019 il TAR Lazio, preso atto della rinuncia alla sospensiva da parte dell'AIGA, ha ordinato all'Amministrazione di produrre atti e documenti del procedimento, nonché documentati chiarimenti sulla procedura in questione e sull'esistenza del capitolato d'oneri che, pur richiamato nel bando, secondo l'AIGA non sarebbe stato pubblicato e reso disponibile.

In ottemperanza alla predetta ordinanza, il successivo 20 maggio 2019 la Centrale Unica di Committenza Comunità Montana V Zona Montepiano Reatino ha depositato in giudizio una relazione sui fatti di causa, nonché tutti gli atti della procedura.

All'udienza pubblica del 29 maggio 2019 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

3. Contenuto della decisione assunta dal TAR Lazio

Per il TAR Lazio le censure mosse dall'AIGA sono in parte fondate.

Fondata è, *in primis*, la censura preliminare relativa alla man-

[1] Ai sensi del primo e del secondo comma del citato articolo «*Il compenso degli avvocati iscritti all'albo, nei rapporti professionali regolati da convenzioni aventi ad oggetto lo svolgimento, anche in forma associata o societaria, delle attività di cui all'articolo 2, commi 5 e 6, primo periodo, in favore di imprese bancarie e assicurative, nonché di imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese, come definite nella raccomandazione 2003/361CE della Commissione, del 6 maggio 2003, è disciplinato dalle disposizioni del presente articolo, con riferimento ai casi in cui le convenzioni sono unilateralmente predisposte dalle predette imprese. Ai fini del presente articolo, si considera equo il compenso determinato nelle convenzioni di cui al comma 1 quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, tenuto conto dei parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6.*»

[2] Convertito, con modificazioni, in Legge 4 dicembre 2017, n. 172, il quale ha introdotto l'art. 13 bis alla Legge 31 dicembre 2012, n. 247.

cata pubblicazione del capitolato d'oneri che avrebbe dovuto contenere l'illustrazione delle modalità con le quali il servizio messo a gara avrebbe dovuto essere prestato.

“(...) Tale allegato al bando - si legge nella decisione - pur citato dal disciplinare, non risulta essere stato reso disponibile in tempo utile per la formulazione delle offerte e la suddetta mancanza, riguardando un atto essenziale della procedura, non può che minare alle fondamenta lo svolgimento dell'intera gara”.

L'omessa pubblicazione del capitolato d'oneri denunciata dall'AIGA e dimostrata in atti attraverso un principio di prova, non è stata efficacemente smentita neppure dalla Centrale Unica di Committenza che, nei chiarimenti resi in ottemperanza all'[ordinanza n. 4208/2019](#), si è limitata a precisare che *“nessuna normativa contempla l'invio del capitolato al COA che, comunque, per buona prassi è stato informato del sito ove reperire tutta la documentazione di gara (<http://www.5cm.rieti.it/>) (Amministrazione Trasparente - Bandi di gara e contratti - Informazioni sulle singole procedure in formato tabellare) con la richiamata nota prot. n. 372 del 5 febbraio 2019”*, senza in alcun modo dimostrare di aver reso tempestivamente disponibile sul sito stesso in allegato al bando anche l'atto in questione.

L'intera procedura, dunque, *“(...) per la mancanza di qualsiasi descrizione dei servizi legali oggetto dell'appalto e delle modalità attraverso cui il professionista vincitore avrebbe dovuto prestare la sua attività, deve essere annullata”.*

Il Tribunale, infine, ricorda per completezza che non sono meritevoli di accoglimento le doglianze, *“espresse in modo del tutto generico e astratto”*, relative alla pretesa violazione della disciplina sul giusto compenso e sul carattere *“(...) sproporzionato e vessatorio delle attestazioni richieste e delle clausole previste”*. Né tantomeno va condiviso il giudizio sulla natura *“(...) asseritamente discriminatoria del requisito dell'abilitazione al patrocinio dinanzi alle Giurisdizioni Superiori”*, dal momento che tale previsione corrispondeva *“(...) ad una comprensibile necessità dell'Ente e potendo i professionisti più giovani avviare eventualmente concorrendo in forma associata”*.

L'AIGA ha accolto con favore l'annullamento della procedura di gara *“(...) ritenendo il bando lesivo del decoro dei Professionisti”*.

Mentre riguardo all'obbligo di iscrizione alle Magistrature Superiori l'Associazione *“(...) prende atto dell'orientamento del Tribunale circa la possibilità di partecipazione in forma associata dei giovani Avvocati non abilitati all'esercizio innanzi alle Giurisdizioni Superiori, auspicandone una revisione”*.

E ribadisce la volontà di *“(...) vigilare affinché la normativa in materia di equo compenso sia rispettata”*.

Anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), afferma il Presidente AIGA *“(...) deve contribuire a garantire una concorrenza basata sul merito e la professionalità e non anche sui ribassi dei compensi da riconoscere ai Professionisti. I meccanismi concorrenziali tout court legati al solo utilizzo del criterio del prezzo più basso possono essere efficaci nei comparti con pochi operatori, ma certamente sono deleteri in un settore, com'è quello legale, che vanta ben 240.000 Professionisti”*.

4. Lettura della richiamata pronuncia in combinato disposto con le Linee Guida ANAC n. 12

La stessa ANAC citata dal Presidente dell'AIGA, in realtà, era stata già precedentemente sollecitata al fine di rendere i necessari chiarimenti in ordine alle procedure da seguire per l'affidamento dei servizi legali alla luce della nuova disciplina contenuta nel [D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50](#).

Proprio in questo contesto, l'ANAC ha pubblicato le Linee Guida n. 12 aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi legali^[3], nelle quali ha elaborato un atto di regolazione ai sensi dell'[articolo 213, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici](#), finalizzato a fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per l'esatta individuazione delle tipologie di servizi legali rientranti nell'elenco di cui all'[articolo 17](#) e di quelle rientranti nella categoria di cui all'[Allegato IX](#), e per le modalità di affidamento di tali servizi.

A tal riguardo, dall'esame di tali Linee Guida si evince come l'ANAC aderisca all'impostazione palesata dal Consiglio di Stato nel parere n. 2017 del 3 agosto 2018^[4].

L'affidamento dei servizi legali costituisce appalto, con conseguente applicabilità dell'[Allegato IX](#) e degli articoli [140](#) e seguenti del Codice dei Contratti Pubblici, qualora la stazione appaltante affidi la gestione del contenzioso in modo con-

^[3] Approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 907 del 24 ottobre 2018.

^[4] Con esso il Consiglio di Stato: ripropone, in chiave dirimente della disciplina applicabile, la distinzione fra incarico conferito ad hoc, per un fabbisogno specifico e puntuale dell'amministrazione, come tale rientrante nella fattispecie del contratto d'opera (artt. [2222](#) e seguenti c.c.), e gestione continuativa o periodica del servizio, con organizzazione di mezzi e assunzione autonoma del rischio, fattispecie del tutto omologa all'appalto di servizi; inquadra l'affidamento della singola prestazione professionale nell'ambito dell'[art. 17 del Codice dei Contratti Pubblici](#) (contratti esclusi dall'ambito di applicazione), mentre l'affidamento seriale viene fatto ricadere nello spettro applicativo dell'[Allegato IX](#), senza che rilevi, almeno per gli incarichi di patrocinio legale, alcuna distinzione di natura prestazionale.

tinuativo o periodico al fornitore nell'unità di tempo considerata (di regola il triennio); l'incarico conferito *ad hoc* costituisce, invece, un contratto d'opera professionale, consistendo nella trattazione della singola controversia o questione, ed è sottoposto al regime di cui all'[articolo 17](#) (contratti esclusi).

In ordine alla questione della pubblicità delle attività da espletare (con riferimento agli affidamenti di cui al citato [art. 17 del Codice dei Contratti Pubblici](#)), secondo l'ANAC ai soggetti interessati deve essere garantito un agevole accesso, in tempo utile, a tutte le informazioni necessarie relative alla procedura prima che essa sia aggiudicata, in modo da consentire l'eventuale manifestazione di interesse da parte dei professionisti interessati.

L'Amministrazione deve scegliere il mezzo più adeguato a garantire la pubblicità dei propri affidamenti avuto riguardo all'importanza dell'appalto per il mercato, tenuto conto in particolare del suo oggetto, del suo importo nonché delle pratiche abituali nel settore interessato.

Avuto invece riguardo agli affidamenti di cui all'[Allegato IX](#) ed agli articoli [140](#) e seguenti del Codice dei Contratti Pubblici essi, specifica l'ANAC, sono soggetti ad un particolare regime pubblicitario.

Il predetto [articolo 140](#), infatti, stabilisce espressamente che *“I bandi e gli avvisi di gara di cui al presente articolo contengono le informazioni di cui all'allegato XIV, parte III[5], conformemente ai modelli di formulari stabiliti dalla Commissione europea mediante atti di esecuzione. Gli avvisi di cui al presente articolo sono pubblicati conformemente all'articolo 130”*.

5. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni che precedono, appare evidente come il TAR Lazio, nel rendere la sentenza del [3 luglio 2019 n. 8730/2019](#) e nell'enunciare il principio di diritto secondo cui *«il bando comunale per l'affidamento dei servizi legali è illegittimo se non accompagnato dalla pubblicazione del capitolato d'oneri nel quale sono illustrate le modalità attraverso le quali il servizio deve essere prestato»*, abbia tenuto in debita considerazione le indicazioni ed i chiarimen-

ti forniti dall'ANAC nelle citate Linee Guida n. 12, quantomeno con espresso riferimento alla pubblicità, completezza e trasparenza degli atti di gara.

Tutto questo in un contesto in cui la categoria degli Avvocati aveva già espresso a più riprese le proprie rimozioni ed insoddisfazioni in ordine alla formulazione dei bandi di gara per l'affidamento dei servizi legali da parte della Pubblica Amministrazione, non solo avuto riguardo alla tematica della corretta individuazione delle attività da eseguire ma anche con riferimento alla remunerazione ivi prevista (tematica affrontata anche dal TAR Lazio nella sentenza [n. 8730/2019](#)).

Si pensi al caso del bando pubblicato dal Comune di Marano che prevedeva compensi gratuiti per gli Avvocati per giudizi di valore inferiore ad Euro 500,00.

Tale bando è stato impugnato davanti al TAR Napoli, contestandone in particolare la fissazione di compensi non in linea con i parametri professionali, quando non addirittura gratuiti, *“e comunque in contrasto con il principio di equo compenso”*, che il TAR Napoli ha precisato essere *“applicabile anche alla amministrazioni pubbliche”*.

L'appalto per servizi legali in questione è stato sospeso con ordinanza del 25 ottobre 2018 con ordine all'Amministrazione (Comune di Marano) di conformarsi alla legge entro 20 giorni dalla predetta data.

La citata pronuncia del TAR Napoli assume particolare rilevanza essendo stata la prima relativa all'applicazione del nuovo principio dell'equo compenso, come riformulato dalla [Legge 27 dicembre 2017, n. 205](#)[6] (Legge di Bilancio 2018), nel rapporto tra Avvocati e Pubblica Amministrazione, che di fatto vincola gli enti locali a riconoscere all'avvocato compensi rispettosi del decoro e della dignità professionale[7].

Lo stesso Presidente dell'AIGA, nel commentare l'esito positivo del giudizio svoltosi dinanzi al TAR Lazio - conclusosi come visto con l'emissione della sentenza n. 8730/2019 - ha affermato che l'Associazione continuerà a vigilare affinché la normativa in materia di equo compenso sia rispettata anche alla luce delle leggi regionali di recente promulgazione con le quali è stata ribadita la

[5] Ivi si prevede espressamente che debba essere fornita *“Descrizione dei servizi o loro categorie o, se del caso, forniture e lavori accessori oggetto dell'appalto, indicando quantità o valori coinvolti e codici CPV”*.

[6] Ai commi [487](#) e [488](#) dell'[unico](#) articolo di tale Legge è disciplinata la modifica dell'istituto dell'equo compenso, previsto dall'[art. 13 bis](#) della Legge Professionale Forense (inserito dall'[art. 19 quaterdecies](#) del D.L. [16 ottobre 2017, n. 148](#), come in [Legge 4 dicembre 2017, n. 172](#)).

[7] Il [secondo comma dell'art. 13 bis](#) della [Legge 31 dicembre 2012, n. 247](#) prevede infatti che *«si considera equo il compenso determinato nelle convenzioni di cui al comma 1 quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell'articolo 13, comma 6”*.

necessità di salvaguardare il decoro e la dignità dei liberi professionisti nei rapporti con la Pubblica Amministrazione, precisando ulteriormente che “*i meccanismi concorrenziali tout court legati al solo utilizzo del criterio del prezzo più basso possono essere efficaci nei confronti con pochi operatori, ma certamente sono deleteri in un*

settore, com'è quello legale, che vanta ben 240.000 Professionisti”.

Ci si augura, pertanto, che la recente pronuncia del TAR Lazio richiami l'attenzione delle Pubbliche Amministrazioni ad una più attenta formulazione dei bandi di gara per l'affidamento dei servizi legali.

ATTUAZIONE DELLE MISURE CAUTELARI

L'impugnazione dei provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 669 duodecies c.p.c. Nota a Cass. Civ., Sez. II, 17 aprile 2019 n. 10758

di Giorgio Mazzone

25 settembre 2019

Sommario

1. Rilievi introduttivi
2. Le modalità di attuazione dei provvedimenti cautelari
3. Il caso di specie e la soluzione della Corte di Cassazione
4. Considerazioni conclusive

1. Rilievi introduttivi

La recente sentenza della Corte di Cassazione Civile, Sez. II, [17 aprile 2019 n. 10758](#) consente di approfondire le tematiche relative all'attuazione delle misure cautelari ai sensi dell'[art. 669 duodecies c.p.c.](#) con particolare riferimento alla problematica dell'impugnazione dei relativi provvedimenti. L'[art. 669 duodecies c.p.c.](#), rubricato “Attuazione” dispone che “Salvo quanto disposto dagli articoli [677](#) e seguenti in ordine ai sequestri, l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro avviene nelle forme degli [articoli 491](#) e seguenti in quanto compatibili, mentre l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione e, ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni, sentite le parti. Ogni altra questione va proposta nel giudizio di merito”.

La norma introdotta nel codice di rito con la [Legge 26 novembre 1990 n. 353](#) recante «Provvedimenti urgenti per il processo civile» prevede ora una disciplina organica di attuazione di tutti i provvedimenti cautelari^[1], laddove in precedenza era regolamentata esclusivamente l'attuazione dei

provvedimenti di denuncia di nuova opera e di danno temuto (di cui all'abrogato [art. 689 c.p.c.](#)) e l'esecuzione dei sequestri di cui agli artt. [677](#) e ss c.p.c., disposizioni, queste ultime, che, invece, sono rimaste in vigore.

La novella legislativa di cui all'[art. 669 duodecies c.p.c.](#) si estende, quindi, a tutti i provvedimenti cautelari contemplati dal codice di rito, dal codice civile e dalle leggi speciali cui si applica il procedimento cautelare uniforme di cui agli artt. [669 bis](#) e ss c.p.c.^[2], con particolare riferimento ai provvedimenti d'urgenza (per effetto della contestuale abrogazione dell'[art. 702 c.p.c.](#)) ed a quelli possessori (in forza del richiamo operato dall'[art. 703, comma 2, c.p.c.](#)).

Per espressa esclusione legislativa, le descritte regole sull'attuazione non trovano applicazione con riferimento ai sequestri per i quali il legislatore ha ritenuto di non elidere la specifica disciplina speciale che si sostituisce, pertanto, a quella generale.

2. Le modalità di attuazione dei provvedimenti cautelari

La prima questione da analizzare riguarda i modi di attuazione delle misure cautelari.

Al riguardo la disposizione normativa in commento distingue due diverse ipotesi in ragione dell'oggetto della cautela;

^[1] In dottrina è stato osservato da Vullo, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, 19, che per “attuazione” si deve intendere “l'adeguamento di una concreta situazione di fatto al contenuto precettivo del provvedimento”.

^[2] Così in dottrina, Treglia-Tarzia-Saletti, *Il processo cautelare*, Padova, 2008.

più in particolare l'attuazione delle misure cautelari aventi ad oggetto somme di denaro avviene nelle forme dell'espropriazione forzata a norma degli artt. 491 e seguenti c.p.c. “*in quanto compatibili*”, mentre quella dei provvedimenti aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare “*avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione*”.

In relazione alla prima fattispecie, occorre rilevare che il richiamo normativo unicamente alla sezione seconda del titolo secondo del codice di rito, rubricata “*Del pignoramento*”, esclude l'applicazione alle misure cautelari in oggetto delle disposizioni relative alla fase preparatoria all'esecuzione, sicché non sarà necessaria la spedizione in forma esecutiva del provvedimento, né la notificazione del precetto[3]; si applicano, quindi, al caso di specie le sole norme relative al pignoramento, al concorso dei terzi, alla vendita, all'assegnazione e alla distribuzione.

La previsione normativa ha, dunque, l'evidente *ratio* di rispettare la *par condicio creditorum* rispetto agli altri creditori del debitore che subisce l'attuazione del provvedimento, nonché per tutelare il diritto di difesa dell'obbligato e dei terzi eventualmente coinvolti[4].

Ciò induce a ritenere che il richiamo normativo si debba estendere[5] anche alle norme in materia di intervento dei terzi, di opposizione all'esecuzione[6] ed agli atti esecutivi (naturalmente solo quelle successive e non quelle preven-

tive, mancando, come si è appena evidenziato, la fase prodromica e preparativa all'esecuzione) e del giudice dell'esecuzione.

Sotto quest'ultimo profilo, la conferma della competenza esclusiva di questo magistrato per l'attuazione della misura cautelare a contenuto pecuniario, si evince anche dalla lettura a contrario dell'[art. 669 decies c.p.c.](#), disposizione che - specificando che solamente l'esecuzione delle misure aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice della cautela - ribadisce la competenza del giudice dell'esecuzione per l'attuazione delle misure di condanna al pagamento di una somma di denaro[7].

Passando ora alla seconda fattispecie disciplinata dall'[art. 669 duodecies c.p.c.](#) si deve evidenziare che per la fase attuativa dei provvedimenti aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare, il legislatore ha stabilito di non avvalersi della relativa procedura esecutiva, ritenendo più opportuno affidare il controllo e le modalità di attuazione al giudice della cautela[8].

La norma conferisce al giudice che ha emanato il provvedimento cautelare un'ampia discrezionalità nell'individuare il *modus procedendi* per l'attuazione della misura, prevedendo una sorta di esecuzione in forma libera da eseguirsi nel rispetto del principio del contraddittorio e di difesa dell'intimato e dei terzi coinvolti nella fase di attuazione.

Il giudice[9], dunque, contestualmente alla concessio-

[3] Secondo parte della dottrina (Treglia-Tarzia-Saletti, *cit.*, 559; Merlin, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in Digesto civ., XIV, Torino, 1996, 428 ss.; Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 84; Carratta, *Procedimento cautelare uniforme*, Bologna, 2013), l'esclusione degli adempimenti preparatori al pignoramento deriva dalla negazione della natura di titolo esecutivo a formazione giudiziale dell'ordinanza cautelare. Secondo altra dottrina (Vullo, *cit.*, 151) ciò, invece, risponde all'esigenza di garantire maggiore celerità di attuazione rispetto ai tempi richiesti per l'esecuzione di una sentenza.

[4] Così, Carratta, *cit.*, 400; Verde, *L'attuazione della tutela d'urgenza*, in Riv. dir. processuale, 1985, 725; Olivieri, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in Riv. dir. processuale, 1991, 703; Tommaso, *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in Corr. giur., 1991, 106; Delle Donne, *L'attuazione delle misure cautelari*, Roma, 2012, 112.

[5] Così Montesano, *Attuazione delle cautele*, in Riv. dir. processuale, 1991, 940; Saletti, *Attuazione delle misure cautelari*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1992, 459.

[6] In dottrina (Andolina, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in Foro it. 1993, V, 65 e ss; Merlin, *cit.*, 426) si è sostenuto che è possibile proporre opposizione ai sensi dell'[art. 615, comma 2, c.p.c.](#) per far valere l'impignorabilità dei beni, per la già avvenuta attuazione soddisfattiva del credito, oppure per l'eccessività del cumulo dei mezzi di espropriazione, ma non per contestare l'ingiustizia del provvedimento che potrà essere censurata solamente tramite il reclamo cautelare ex [art. 669 terdecies c.p.c.](#)

[7] Così Montesano, *cit.*, 935; Capponi, *Sull'esecuzione-attuazione dei provvedimenti d'urgenza per condanna a pagamento di somme*, in Riv. dir. processuale, 1989, 116; Proto Pisani, *cit.*, 362; Vullo, *cit.*, 153; Carratta, *cit.*, 401; Balbi, *Provvedimenti d'urgenza*, in Digesto civ., XVI, Torino, 1997, 73 ss. In giurisprudenza vds. Cass. Civ., Sez. III, [15 gennaio 2003 n. 481](#).

[8] In dottrina è stato osservato come questa scelta legislativa si giustifica per il fatto che l'attuazione in forma specifica è più semplice rispetto a quella dei provvedimenti aventi ad oggetto una somma di denaro e che, in ogni caso, la deformalizzazione della procedura di attuazione in forma specifica è volta a soddisfare esigenze di informalità e celerità della tutela cautelare (al riguardo si veda, Vullo, *cit.*, 182).

[9] Al riguardo dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che con l'espressione “*giudice che ha emesso il provvedimento cautelare*” contenuta nell'[art. 669 duodecies c.p.c.](#) non si intende il giudice persona fisica che ha pronunciato la misura cautelare, bensì l'ufficio giudiziario di cui egli fa parte. Così, in giurisprudenza, Cass. Civ., Sez. III, [26 febbraio 2008 n. 5010](#); Cass. Civ., Sez. III, [12 gennaio 2005 n. 443](#); in dottrina, Vullo, *cit.*, 188; Carratta, *cit.*, 409.

ne della misura^[10] o in un momento successivo, determina liberamente le forme dell'attuazione ai sensi degli artt. 121 e 131 c.p.c.^[11], che siano idonee a rendere celere la procedura cautelare.

Con riferimento ai controlli, diversamente da quanto si è sopra evidenziato in relazione alle misure a contenuto pecuniario, si deve escludere che nell'attuazione dei provvedimenti aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare possano trovare applicazione le norme sulle opposizioni, tanto quelle di opposizione all'esecuzione che agli atti esecutivi^[12].

Il concetto di difficoltà che costituisce il presupposto per la tutela di cui all'art. 669 *duodecies* c.p.c. è del tutto affine al significato che esso assume negli artt. 610 e 613 c.p.c. (rispettivamente nei procedimenti di espropriazione per consegna e rilascio ed esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare) ed attiene ad impedimenti insorti sull'uso dei poteri propri dell'ufficio esecutivo, i quali possono essere sia di natura puramente materiale, sia giuridica relativi all'interpretazione del titolo, alla sua portata soggettiva e all'identificazione dei beni oggetto dell'esecuzione^[13].

Le "contestazioni" riguardano, invece, i vizi afferenti alla regolarità formale della procedura e alla validità degli atti (ossia quelle irregolarità che, di regola, si fanno valere con lo strumento delle opposizioni agli atti esecutivi), che - per tale ragione - possono essere decise in modo sommario e "deformatizzato" nell'ambito del procedimento cautelare^[14].

Infine "le questioni" di cui all'ultimo inciso dell'art. 669 *duodecies* c.p.c. sono rappresentate da quei punti controversi che devono necessariamente decidersi con un giudizio a cognizione piena, come le censure inerenti all'esistenza/inesistenza del diritto alla cautela^[15].

3. Il caso di specie e la soluzione della Corte di Cassazione

Caio e Caia avevano proposto una domanda di reintegra nel possesso al fine di conseguire l'eliminazione di talune opere che il Tribunale di La Spezia aveva accolto, disponendo l'immediato ripristino dello stato dei luoghi.

Dopo l'emissione del provvedimento possessorio interdittale - parzialmente modificato in sede di reclamo - nessuna delle parti ha chiesto la prosecuzione del giudizio possessorio ai sensi dell'art. 703 quarto comma c.p.c.

Tizio, Mevia e Sempronia, destinatari dell'interdetto possessorio, hanno, invece, agito in via petitoria per far dichiarare la legittimità delle opere oggetto del provvedimento di reintegra, domanda che è stata respinta dal medesimo Tribunale con sentenza depositata in data 14 ottobre 2014, con la condanna di Tizio, Mevia e Sempronia alla riduzione in pristino. Successivamente Caio e Caia hanno chiesto al Tribunale di La Spezia di adottare le misure necessarie per l'attuazione del provvedimento di reintegra nel possesso ai sensi dell'art. 669 *duodecies* c.p.c., ma il giudice adito - preso atto della sentenza emessa nella controversia petitoria - ha dichiarato la cessazione della materia del contendere ed ha condannato Tizio, Mevia e Sempronia al pagamento delle spese di lite, rilevando che la richiesta di attuazione si era resa necessaria a causa dell'inottemperanza, da parte di questi ultimi, al provvedimento possessorio interdittale e che gli stessi erano risultati soccombenti in base all'esito finale del giudizio.

Il Tribunale di La Spezia ha, quindi, ritenuto definitivo il provvedimento possessorio ed ha escluso che fosse ammissibile la proposizione di un'autonoma lite al solo fine di ottenere il rimborso degli oneri processuali, essendo altrimenti lesa il principio di ragionevole durata del processo.

Tizio, Mevia e Sempronia hanno proposto ricorso per cassazione avverso il richiamato provvedimento del Tribunale di La Spezia del 27 gennaio 2015, affidato a cinque motivi tutti

[10] Al riguardo si veda Trib. Roma, 20 dicembre 1999.

[11] L'art. 121 c.p.c. rubricato «Libertà di forme» dispone «Gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo», mentre il successivo art. 131 c.p.c. rubricato «Forma dei provvedimenti in generale» stabilisce ai commi 1 e 2 che «1. La legge prescrive in quali casi il giudice pronuncia sentenza, ordinanza, o decreto. 2. In mancanza di tali prescrizioni, i provvedimenti sono dati in qualsiasi forma idonea al raggiungimento del loro scopo».

[12] Questa opzione interpretativa è rafforzata dalla mancanza del rinvio alle norme sul processo esecutivo (a differenza dell'attuazione delle misure aventi ad oggetto somme di denaro) e dall'inciso di cui all'art. 669 *duodecies* c.p.c. secondo il quale il giudice «ove sorgano difficoltà o contestazioni, dà con ordinanza i provvedimenti opportuni. Ogni altra questione va proposta nel giudizio di merito»; così in dottrina, Tarzia-Saletti, *Processo cautelare*, in Enc. dir., Milano, 2001, 859; Carratta, *cit.*, 414; Proto Pisani, *cit.*, 365; Scarselli, *La tutela del terzo avverso l'esecuzione per consegna e rilascio*, in Foro it., 1997, I, 2119. In giurisprudenza, Cass. Civ., Sez. III, 12 dicembre 2003 n. 19101.

[13] In dottrina, vds., Mandrioli, *Esecuzione per consegna o rilascio*, in Digesto civ., VII, Torino, 1991, 616 ss; Luiso, *Esecuzione forzata in forma specifica*, in Enc. giur., II, Roma, 1989.

[14] Si veda, Cass. Civ., Sez. III, 26 agosto 2014 n. 18257; in dottrina, Vullo, *cit.*, 186.

[15] Così, Carratta, *cit.*, 416 ss.

incentrati sulla violazione dell'[art. 669 duodecies c.p.c.](#), anche con riferimento alla pronuncia sulle spese di lite.

Con la sentenza in commento^[16] la Corte di Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso atteso che i provvedimenti emessi dal giudice ai sensi dell'[art. 669 duodecies c.p.c.](#) «sono impugnabili con i rimedi contemplati dalla disciplina del procedimento cautelare uniforme, che trova applicazione anche alle azioni possessorie, nei limiti di compatibilità, ai sensi dell'[art. 703, comma terzo c.p.c.](#)».

Secondo «l'insegnamento di questa Corte, nei provvedimenti emessi dal giudice, in forma diversa dalla sentenza, per regolare l'attuazione delle misure cautelari (ai sensi dell'[art. 669, duodecies c.p.c.](#)) non è ravvisabile il carattere della decisorietà, poiché detti provvedimenti hanno natura strumentale e non sono idonei al giudicato, sia dal punto di vista formale che da quello sostanziale».

Il provvedimento di attuazione di misure cautelari ex [art. 669 duodecies c.p.c.](#), dunque, non poteva essere oggetto di un ricorso in cassazione, ma «era suscettibile di reclamo al collegio, al pari della pronuncia sulle spese in esso contenuta».

4. Considerazioni conclusive

La Corte di Cassazione ribadisce un orientamento ormai consolidato in *subiecta materia* in forza del quale i provvedimenti emessi dal giudice della cautela per determinare l'attuazione delle misure cautelari ai sensi dell'[art. 669 duodecies c.p.c.](#) sono privi del carattere della decisorietà e, avendo natura strumentale, sono inidonei ad assumere l'efficacia di cosa giudicata sia dal punto di vista formale, che da

quello sostanziale, con conseguente inammissibilità del ricorso per cassazione proposto avverso i medesimi ex [art. 111 Cost.](#)^[17].

Secondo la Corte Suprema, dunque, questi provvedimenti sono impugnabili con i rimedi tipici previsti dalla disciplina del procedimento cautelare uniforme, applicabile anche alle azioni possessorie, nei limiti di compatibilità ai sensi dell'[art. 703, comma 3, c.p.c.](#) e dunque, esclusivamente con il reclamo al collegio ex [art. 669 terdecies c.p.c.](#)

Anche sotto il profilo della pronuncia sulle spese, la Corte di Cassazione richiama un altro orientamento consolidato^[18] e ribadisce che «già con riferimento alla disciplina precedente all'entrata in vigore dell'[art. 50, L. 69/2009](#) (che ha abrogato, per i giudizi proposti dal 4 luglio 2009, l'opposizione prevista dall'[art. 669 septies](#), comma terzo, c.p.c.), questa Corte, sulla base di una lettura coordinata degli [artt. 669 septies](#), comma terzo e [669 terdecies c.p.c.](#) con i principi introdotti dalla Corte costituzionale con la sentenza [n. 253/1994](#), aveva stabilito che avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza cautelare, con pronuncia sulle spese, fosse ammissibile il reclamo ai sensi dell'[art. 669 terdecies c.p.c.](#) ... Le modifiche introdotte dalla [L. 69/2009](#) non hanno inciso sull'esperibilità del reclamo anche per contestare la statuizione sulle spese assunta in prima istanza».

In conclusione, dunque, il provvedimento di attuazione di misure cautelari ex [art. 669 duodecies c.p.c.](#) non è ricorribile per cassazione ex [art. 111 Cost.](#), ma deve essere impugnato esclusivamente con il reclamo al collegio, ai sensi e nei termini di cui all'[art. 669 terdecies c.p.c.](#), al pari della pronuncia sulle spese in esso contenuta.

[16] Cass. Civ., Sez. II, [17 aprile 2019 n. 10758](#).

[17] *Ex multis*, Cass. Civ., Sez. I, [2 febbraio 1998 n. 1028](#); Cass. Civ., Sez. I, [26 luglio 2000 n. 9808](#); Cass. Civ., Sez. III, [8 agosto 2002 n. 12014](#); Cass. Civ., Sez. III, [20 novembre 2009 n. 24543](#); Cass. Civ., Sez. I, [13 settembre 2013 n. 21034](#).

[18] Si veda, al riguardo, Cass. Civ., Sez. Un. [28 dicembre 2001 n. 16214](#); Cass. Civ., Sez. I, [10 gennaio 2003 n. 151](#); Cass. Civ., Sez. III, [26 febbraio 2009 n. 4497](#).

PRESUNZIONI E RAGIONAMENTO INFERENZIALE

Presunzioni: il ragionamento inferenziale segue il procedere della regolarità causale

di Mattia Polizzi

26 settembre 2019

Sommario

Massima
Vicenda e contenuto della decisione
Questioni.
Note generali in tema di presunzioni

Massima

Cassazione civile, Sez. 3, ordinanza 26 febbraio 2019 n. 14762

Ove sussistano i presupposti per ricorrere alle presunzioni, il giudice, nel risalire dal fatto noto a quello ignoto deve evidenziare i passaggi logici posti a base del proprio convincimento. Al riguardo, non occorre che tra i due fatti sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, essendo per converso sufficiente che il fatto da provare sia desumibile da quello noto come sua conseguenza ragionevolmente possibile alla luce delle massime di esperienza, mediante un procedimento inferenziale basato su canoni di probabilità e verosimiglianza che colleghi il fatto ignoto a quello noto secondo la regola dell'*id quod plerumque accidit*.

Vicenda e contenuto della decisione

I parenti di una persona deceduta in seguito ad un incidente stradale agiscono in giudizio contro il conducente dell'autovettura (e la compagnia assicuratrice del veicolo) al fine di ottenere il risarcimento del danno patrimoniale da costoro patito: i congiunti, tutti conviventi con il *de cuius*, denunciano in particolare la riduzione reddituale costituita dalla differenza fra lo stipendio percepito dal defunto e la pensione di reversibilità loro corrisposta in ragione del decesso.

Il Tribunale afferma la sussistenza del concorso di colpa (nella misura del 30%), in quanto l'investito stava - al momento del sinistro - camminando sulla strada nello stesso senso di marcia del veicolo (in violazione dell'[art. 190 c.d.s.](#)) e respinge la domanda inerente al danno patrimoniale.

La Corte d'Appello rigetta il gravame proposto dai parenti

avverso la sentenza di prime cure, confermando la decisione. Viene, pertanto, proposto ricorso per cassazione. Per ciò che più da vicino interessa, i ricorrenti lamentano la violazione, ai sensi dell'[art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.](#), dell'[art. 924 d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66](#) (recante il «*codice dell'ordinamento militare*») nonché degli artt. [1226](#) e [2967](#) c.c., per non aver i giudici di merito riconosciuto il danno patrimoniale patito dai parenti, in qualità di congiunti conviventi con il *de cuius*, alla luce del confronto tra il reddito percepito al momento della morte di quest'ultimo e quello loro erogato con la pensione di reversibilità; in particolare, i ricorrenti affermano che la Corte d'Appello abbia ritenuto ingiustamente che la domanda non fosse provata, pur in presenza di puntuale riscontro documentale.

Difatti, la censura parte dalla premessa di cui all'[art. 924 d.lgs. 66/2010](#), il quale dispone che il militare che abbia raggiunto il sessantesimo anno di età debba cessare dal servizio permanente ed essere collocato in congedo (con la corresponsione del relativo trattamento pensionistico). Sulla scorta di ciò, affermano i ricorrenti che i giudici dei precedenti gradi di giudizio abbiano violato le norme preposte a regolare l'onere della prova e la valutazione equitativa del danno: da un lato era stata omessa in quei giudizi la valutazione della documentazione raccolta e tempestivamente versata in atti, sulla base della quale era possibile giungere alla prova della diminuzione reddituale; dall'altro, nell'opinione dei ricorrenti, i precedenti giudizi di merito avevano erroneamente affermato che non era stata data adeguata dimostrazione dell'intenzione del defunto che aveva cinquantasette anni al momento del decesso, di rimanere in servizio sino al rag-

giungimento del limite anagrafico per il congedo, nonostante il carattere di stabilità dell'attività svolta consentisse di ricorrere alla prova presuntiva, al fine di individuare il tempo il relazione al quale riferire le pretese differenze reddituali. La Corte di Cassazione, dopo aver riqualificato il motivo di censura ai sensi del n. 4 dell'[art. 360, comma 1, c.p.c.](#), accoglie il ricorso, con rinvio a diversa composizione della Corte d'Appello *a quo*. La Suprema Corte censura la pronuncia impugnata affermando che il giudice dell'appello si sia limitato, erroneamente, a condividere assertivamente la complessiva statuizione del primo giudicante rendendo in tal modo una motivazione apparente con la quale non ha dato conto sia delle produzioni documentali in atti sia del possibile utilizzo delle presunzioni al fine di individuare il periodo temporale al quale riferire la differenza di reddito per i ricorrenti che dalla documentazione anzidetta risultavano familiari a carico della vittima dell'incidente stradale.

Questioni

L'ordinanza della Cassazione fornisce utili delucidazioni in merito all'esatto meccanismo operativo sotteso al ragionamento presuntivo. La Corte ricorda infatti che, ricorrendo i presupposti per utilizzare le presunzioni, il giudice del merito deve rendere apprezzabili i passaggi logici che gli hanno consentito di giungere dal fatto noto a quello ignorato. Nel fare ciò non è necessario che tra i due fatti sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, simile a quello che regola l'eziologia processual-penalistica. È, invece, sufficiente che il fatto da provare possa essere desunto da quello noto come conseguenza «ragionevolmente possibile» (p. 7 della decisione), secondo un criterio di «normalità» o di regolarità causale, accertato alla stregua di canoni di probabilità che, fondandosi su massime di esperienza, rispondano alla regola del «più probabile che non» o, se si preferisce, dell'*id quod plerumque accidit*.

Note generali in tema di presunzioni

La vicenda processuale esaminata consente di spendere alcune parole sul tema delle presunzioni, istituto utilizzo presso-

ché quotidiano nella pratica, ma adombrato di notevoli criticità sia sul piano operativo sia su di quello dogmatico^[1]; ciò con la doverosa avvertenza che l'ampiezza e la complessità della materia in esame implica necessariamente che le righe che seguiranno non potranno che costituire delle sintetiche osservazioni di massima.

Il meccanismo presuntivo affonda le proprie radici in epoche decisamente antiche ed è oggi disciplinato, nei suoi tratti essenziali, dagli artt. [2727](#) ss. c.c. Ai sensi dell'[art. 2722 c.c.](#) «le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire ad un fatto ignorato»: come autorevolmente osservato in dottrina, il meccanismo sotteso a tale operazione «rientra nell'esperienza quotidiana di ognuno» e consiste nel «ricavare dalla conoscenza acquisita di un fatto la convinzione dell'esistenza di un altro fatto, risalire cioè, per via induttiva, dalla conoscenza di qualcosa a qualcos'altro non direttamente conosciuto»^[2]. Per quanto riguarda l'efficacia probatoria ed il modo con il quale viene a determinarsi il convincimento del giudice le presunzioni vengono ascritte al *genus* delle prove indirette (o critiche) in contrapposizione a quello delle prove dirette, le quali risultano invece - come noto - idonee a fornire una conoscenza immediata del fatto da provarsi^[3].

In via di prima approssimazione e ferme le osservazioni che saranno svolte *infra* è possibile osservare che le presunzioni costituiscono un istituto strettamente connesso al principio di cui all'[art. 2697 c.c.](#); come noto, questa fondamentale disposizione fissa la regola generale del (riparto dell') onere della prova ed afferma che chi vuol far valere un diritto in giudizio deve fornire la prova dei relativi fatti costitutivi; per converso, chi intende contestarne la sussistenza deve provare i fatti impeditivi, modificativi o estintivi della fattispecie. Le presunzioni operano proprio in tale contesto, interferendo con il principio generale e modificando la regola anzidetta: per mezzo di esse si ha infatti una modifica della regola del generale riparto dell'onere probatorio, tesa a facilitare la prova di determinate situazioni giuridiche, ritenute dal legislatore come maggiormente meritevoli di tutela rispet-

[1] La bibliografia sul tema è a dir poco sterminata. Ad ogni buono conto ed al fine di fornire alcune indicazioni di massima si v., pur senza pretesa di esaustività, Bocchini, Quadri, *Diritto privato*, 2016, Torino, pag. 227; Chinè, Fratini, Zoppini, *Manuale di diritto civile*, 2015, Roma, pagg. 51 e ss.; Cordopatri, *Presunzione (teoria gen. e dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, Milano, pagg. 274 e ss.; Fabbrini, *Presunzioni*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, XIV, 1996, Torino, pagg. 279 e ss.; Fabbrini Tombari, *Note in tema di presunzioni legali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, pagg. 917 e ss.; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 2015, Napoli, pagg. 102 e ss.; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 2012, Milano, pagg. 323 e ss.; Luiso, *Diritto processuale civile*, II, 2019, Milano, pagg. 82 e ss.; Mandrioli, Carratta, *Diritto processuale civile*, II, 2017, Torino, pagg. 184 e ss.; Patti, *Artt. 2727 ss.*, in *Cian (a cura di), Commentario breve al codice civile*, 2016, Padova, pagg. 3530 e ss.; Taruffo (a cura di), *La prova nel processo civile*, in *Cicu, Messineo, Mengoni (dir. da), Trattato di diritto civile e commerciale*, 2012, Milano, pagg. 1101 e ss.; Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, 2007, Milano, pagg. 541 e ss.

[2] Fabbrini, *op. cit.*, pag. 279.

[3] Fabbrini, *op. loc. ult. cit.*; Mandrioli, Carratta, *op. cit.*, pag. 186.

to a quelle ad esse contrapposte ovvero come particolarmente difficili (se non addirittura impossibili) da provare^[4]. Tuttavia, ogni tentativo legislativo di ricondurre ad unità le varie tipologie di presunzioni sulla base del denominatore comune rappresentato dalla esaltazione del meccanismo logico-inferenziale di cui si è detto è risultato a parere della dottrina insoddisfacente, in ragione delle diversità che saranno a breve esposte^[5].

Per quanto attiene al profilo tassonomico, una prima differenziazione è operata dal citato [art. 2727 c.c.](#) La norma *de qua* distingue a seconda che le conclusioni derivanti dal fatto noto siano tratte dal giudice ovvero dalla legge stessa: la prima ipotesi comprende il novero delle presunzioni semplici (o *hominis* o *iudicis*) mentre la seconda fonda la nozione di presunzioni legali.

Queste ultime sono a loro volta distinte in assolute (o *iuris et de iure*) e relative (o *iuris tantum*). Le presunzioni assolute sono disciplinate dal [secondo comma dell'art. 2728 c.c.](#) il quale dispone che «contro le presunzioni sul fondamento delle quali la legge dichiara nulli certi atti o non ammette l'azione in giudizio non può essere data prova contraria, salvo che questa sia consentita dalla legge stessa»: tratto fondamentale dell'istituto è dunque quello di escludere in radice la possibilità di ricorrere ad una prova contraria. Tale caratteristica ha consentito alla dottrina prevalente di osservare come questa forma di presunzione esuli dal fronte strettamente probatorio e processuale operando invece «sul piano sostanziale, nel senso di fissare una equipollenza tra fatto produttivo di un dato effetto ed altro fatto dalla legge equiparato»^[6]. Una parte della letteratura individua nelle pieghe normative una specie particolare di presunzioni legali, la quale differirebbe da quella or ora esaminata (definita da alcuni come presunzione legale assoluta «pura») per il fatto che la legge ne consente il superamento: ciò, tuttavia, mediante l'esclusivo tramite del ricorso a determinate tipologie di prove ovvero l'esperimento di apposite azioni giudiziarie^[7].

Le presunzioni legali relative sono invece disciplinate dall'[art. 2728, comma 1, c.c.](#): la norma dispone che tali tipologie di presunzioni «dispensano da qualunque prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite». Esse operano pertanto mediante una inversione dell'onere della prova: a differenza delle presunzioni legali assolute, quelle relative riguardano più da vicino il profilo processuale. Difatti - e come si è accennato - al fine di facilitare la tutela di alcune situazioni giuridiche il legislatore ripartisce il rischio della mancata prova (e la conseguente soccombenza) in maniera differente rispetto a quanto avviene secondo la regola generale dell'[art. 2697 c.c.](#)^[8].

L'[art. 2729 c.c.](#) costituisce il fondamento di quelle che si è visto essere classificate da parte della dottrina come presunzioni cc.dd. semplici (o *hominis* o *iudicis*): si tratta di presunzioni che non sono state aprioristicamente stabilite dalla legge, ma che sono invece lasciate al prudente apprezzamento del giudice. La natura delle presunzioni *hominis* è dibattuta: si contendono il campo, principalmente, due tesi. Secondo la prima, le presunzioni in parola sarebbero vere e proprie prove^[9]. Altra impostazione, invece, nega la natura di mezzo istruttorio reputando che la figura in esame sia «una operazione di elaborazione delle prove raggiunte con altri mezzi»^[10].

Tramite le presunzioni semplici il giudice opera dunque un ragionamento inferenziale, che gli consente di affermare l'esistenza di un fatto prima ignorato, partendo da un fatto noto. Nel corso di tale procedimento, come affermato (anche) dall'ordinanza in nota, il ragionamento anzidetto deve basarsi sulle massime di esperienza e deve seguire l'incedere della regolarità causale civilistica, basata sulla regola del «più probabile che non». In altri termini non è necessario che il fatto ignoto sia la certa e unica conseguenza di quelli (già) provati, ma è sufficiente che il primo risulti l'esito dei secondi secondo il principio dell'*id quod plerumque accidit*^[11].

Diversi i limiti posti dalla legge all'utilizzo delle presunzio-

[4] Cfr. Mandrioli, Carratta, *op. cit.*, pagg. 194 e ss.; Patti, *op. cit.*, pag. 3530.

[5] Fabbrini, *op. cit.*, pag. 280; Patti, *op. cit.*, pagg. 3530 e ss.; Taruffo, *op. cit.*, pagg. 1103 e ss.

[6] Così Gazzoni, *op. cit.*, pagg. 102-103. Cfr. altresì Bocchini, Quadri, *op. cit.*, pag. 201, *sub* nota 17; Fabbrini Tombari, *op. cit.*, pagg. 920 e ss.; Luiso, *op. cit.*, pag. 82.

[7] Definite da alcuni come presunzioni legali «miste»: cfr. Mandrioli, Carratta, *op. cit.*, pag. 195, *sub* nota 65.

[8] Luiso, *op. cit.*, pag. 86; Mandrioli, Carratta, *op. cit.*, 195.

[9] Patti, *op. cit.*, pag. 3533.

[10] Così Liebman, *op. cit.*, pag. 323. Cfr. anche Mandrioli, Carratta, *op. loc. cit.*, pagg. 186-187, per i quali l'affermazione del Liebman è vera solo nel senso che «la presunzione postula un altro strumento di convincimento» da ravvisarsi in una prova o in un indizio. Secondo Luiso, *op. cit.*, pag. 85 la presunzione semplice rappresenta «il ponte logico, che il giudice istituisce tra il fatto provato, ma di per sé irrilevante, e il fatto non provato, ma rilevante».

[11] Cfr. Patti, *op. cit.*, pag. 3533; Luiso, *op. cit.*, pagg. 86-87. In giurisprudenza si v., tra le molte pronunce in tal senso, Cass. Civ., Sez. III, [13 marzo 2014, n. 5787](#); Cass. Civ., Sez. III, 4 giugno 2013, n. 14027; Cass. Civ., Sez. Trib., [6 giugno 2012, n. 9108](#); Cass. Civ., Sez. III, [13 maggio 2009, n. 11059](#); Cass. Civ., Sez. I, [20 feb-](#)

ni semplici. In primo luogo, l'[art. 2729, comma 1, c.c.](#) dispone che le presunzioni possano essere ammesse dal giudice solo ove siano gravi, precise e concordati: seguendo l'insegnamento della miglior dottrina può affermarsi che gravità e precisione stiano a significare che l'attività inferenziale del giudice debba essere guidata da un ragionevole collegamento probabilistico tra fatto noto e fatto ignorato; il concetto di concordanza pare invece dover significare che i fatti di partenza debbano convergere in maniera coerente verso una medesima conclusione^[12].

L'uso del plurale da parte dell'[art. 2729 c.c.](#) potrebbe rappresentare il secondo limite alla ammissibilità delle presunzioni semplici nel senso della insufficienza di una sola presunzione a fondare la decisione. In realtà nonostante questa sia la tesi sostenuta da una parte della dottrina la giurisprudenza è da tempo ferma nel ritenere che il giudice pos-

sa porre a fondamento della propria decisione anche una sola presunzione purché la stessa sia grave e precisa, essendo il requisito della concordanza dettato per il solo caso - auspicabile, ma non necessario - di una pluralità di elementi presuntivi^[13].

Ulteriore limite previsto dalla legge è quello di cui al [secondo comma dell'art. 2729 c.c.](#) che nega la possibilità di ammettere presunzioni qualora la legge escluda la prova per testimoni.

Infine si ritiene tradizionalmente - sebbene questo limite non sia codificato - che sia inammissibile la c.d. presunzione di secondo grado (*praesumptio de praesunto*): la ragione di tale regola riposa probabilmente nel fine di evitare che la prova del fatto ignoto derivi da una concatenazione eccessiva di inferenze che finisca per minare la solidità logica del ragionamento del giudice^[14].

[braio 2003, n. 2582](#); Trib. Milano, Sez. Imprese, 28 marzo 2018; Trib. Piacenza, 1° febbraio 2011. *Contra*, in passato, ossia nel senso che l'esistenza del fatto ignoto debba essere la sola, unica e necessaria conseguenza di quello ignoto si v. Cass. Civ., Sez. Lav., [27 maggio 1983, n. 3677](#); Cass. Civ., Sez. I, 16 dicembre 1981.

[12] Fabbrini, *op. cit.*, pag. 292. Si v. altresì Taruffo, *op. cit.*, pagg. 1106 e ss., il quale sottolinea che il termine "ammissibilità" risulta qui usato dalla legge in maniera impropria, non essendo le presunzioni semplici mezzi di prova e preferisce al concetto di condizioni di ammissibilità quello di «condizioni di efficacia probatoria delle presunzioni formulate dal giudice, o [...] requisiti che occorrono per la loro stessa esistenza».

[13] Cfr. Cass. Civ., Sez. I, [11 settembre 2007, n. 19088](#); Cass. Civ., Sez. I, [26 marzo 2003, n. 4472](#); Cass. Civ., Sez. Trib., [9 agosto 2002, n. 12060](#); Cass. Civ., Sez. II, [4 maggio 1999, n. 4406](#); Cass. Civ., Sez. Lav., [4 febbraio 1993, n. 1377](#). *Contra* Cass. Civ., Sez. II, [31 ottobre 2008, n. 26331](#).

[14] Taruffo, *op. cit.*, pagg. 1113 e ss. In giurisprudenza si v. Cass. Civ., Sez. III, [13 marzo 2014, n. 5787](#); Cass. Civ., Sez. III, 31 gennaio 2008, n. 2394.

MEDIAZIONE E OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO

Chi deve introdurre la mediazione nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo? La parola alle Sezioni Unite

di Martina Mazzei

30 settembre 2019

Sommario

Il caso

Il procedimento di mediazione: l'art. 5 D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28

Il contrasto giurisprudenziale alla base dell'ordinanza interlocutoria n. 18741 del 12 luglio 2019

Il caso

La vicenda da cui trae origine l'ordinanza interlocutoria [n. 18741 del 12 luglio 2019](#) riguarda l'opposizione, promossa da alcuni correntisti di una banca, avverso il decreto ingiuntivo ottenuto da quest'ultima a titolo di saldo debitore di conto corrente oltre a interessi.

Nel corso del giudizio di opposizione era stata concessa la provvisoria esecuzione del decreto - per un importo inferiore a quello ingiunto - ed era stato assegnato il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il Tribunale adito, tuttavia, dato atto che nessuna delle due parti aveva introdotto la mediazione e ritenendo che tale obbligo incombesse sull'opponente, aveva dichiarato l'opposizione improcedibile.

Avverso la sentenza di primo grado gli opposenti propone-

vano appello che veniva dichiarato inammissibile ai sensi dell'[art. 348 bis c.p.c.](#)

Gli stessi, quindi, si rivolgevano alla Corte di Cassazione dolendosi della violazione e falsa applicazione dell'[art. 5 D.Lgs. n. 28 del 2010](#) affermando, in particolare, che l'onere di presentare la domanda di mediazione è a carico del creditore opposto che ha proposto la domanda di ingiunzione, in quanto attore sostanziale, e non del debitore opponente.

Il procedimento di mediazione: l'art. 5 D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28

Il [D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28](#) disciplina, nel nostro ordinamento, l'istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali^[1].

In particolare ai sensi dell'[art. 5 co. 1 bis del D.Lgs. 4 marzo](#)

[1] In particolare in dottrina sul procedimento di mediazione cfr. AA.VV., *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. Besso, Torino, 2010; G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Le Società*, 2011, 333; M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 343 ss.; G. BUFFONE, *Mediazione e conciliazione*, in *Il civilista*, Numero speciale 4, aprile 2010; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 616 ss.; AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. Bove, Padova, 2011; D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016; A. G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in [www.judicium.it](#); E. FABIANI - M. DI LEO, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali" di cui al d.lgs. n. 28/2010*, in *Riv. not.*, n. 4/2010; F.P. LUISO, *Il modello italiano di mediazione. Il "giusto" procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta)*, in *Giur. it.*, 2012, 213; P. PORRECA, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti, La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento*, in *Le società*, 2010, 631 ss.; M. RUVOLO, *Mediazione obbligatoria. Casi e questioni*, in *Officina del diritto - Civile e processo*, 2011; B. SASSANI - F. SANTAGADA (a cura di), *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, Roma, 2010; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011; C. VACCÀ - M. MARTELLO, *La mediazione delle controversie. D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e D.M. 18 ottobre 2010, n. 180*, Milano, 2010.

[2010, n. 28](#) chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in una delle materie ivi indicate^[2] è tenuto, preliminarmente, a esperire il procedimento di mediazione. L'esperimento di tale procedimento è condizione di procedibilità della domanda giudiziale e l'eventuale improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Se, invece, la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di durata del procedimento di mediazione.

Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti^[3] il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda. Il comma 4 dell'art. 5 prevede, invece, che la suddetta disciplina non si applichi *"nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione"*.^[4]

Il tentativo obbligatorio di mediazione come condizione di procedibilità ex [art. 5 co. 1 bis](#) torna, invece, ad operare dopo la pronuncia ex artt. [648](#) e [649](#) c.p.c. sulla richiesta di esecuzione provvisoria del decreto o sulla sospensione dell'esecuzione provvisoria concessa ex [art. 642 c.p.c.](#)

Da ciò ne discende che, costituendo i provvedimenti di cui agli artt. [648](#) e [649](#) c.p.c. una mera eventualità nel processo, il procedimento di mediazione potrebbe non trovare per nulla applicazione nell'opposizione a decreto ingiuntivo.

Il procedimento monitorio e il procedimento di opposizione sono, quindi, sottratti all'obbligo di mediazione fino all'udienza del procedimento di opposizione nella quale il giudice si pronuncia sulle istanze o sulla sospensione dell'esecuzione provvisoria.

Il tentativo obbligatorio di mediazione e la conseguente improcedibilità, sempre in fase di opposizione a decreto ingiuntivo, potrebbe configurarsi, a seguito dell'introduzione della c.d. mediazione ordinata dal giudice ex [art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 28/2010](#) - così come modificato dal [D.L. 21 giugno 2013, n. 69](#) - ossia quando il giudice, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, disponga l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità del giudizio. In questo caso l'improcedibilità trova la sua origine nell'ordine del giudice piuttosto che nell'oggetto del giudizio per il quale l'[art. 5, comma 1 bis, D.Lgs. n. 28/2010](#) prescrive il tentativo di mediazione obbligatoria per una serie di materie.

Una volta eccepita e/o rilevata l'improcedibilità dell'azione il giudice, come accennato, adotta - ex art. [5, comma 1 bis, 6 e 7](#) D.Lgs. n. 28/2010 - un meccanismo di sanatoria con efficacia retroattiva *ex tunc* diverso a seconda che il tentativo di mediazione sia già stato iniziato dalle parti, senza essersi ancora concluso, ovvero che non sia stato per nulla introdotto. Nel primo caso il giudice si limita a fissare l'udienza successiva dopo i 3 mesi di tempo previsti dall'[art. 6, D.Lgs. n. 28/2010](#) come durata legale della mediazione.

Nel secondo caso, invece, fissa contestualmente anche un termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione e in tale evenienza l'udienza successiva viene fissata almeno dopo 3 mesi e 15 giorni.

Il contrasto giurisprudenziale alla base dell'ordinanza interlocutoria n. 18741 del 12 luglio 2019

Poste queste premesse di carattere generale ci si deve chiedere chi, fra l'opposto e l'opponente debba ritenersi onerato

[2] Ossia condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

[3] Tale termine è assegnato contestualmente alle parti ma è evidente come sia interesse della parte che ha proposto la domanda esperire il procedimento di mediazione, posto che ne va della procedibilità della domanda stessa.

[4] Come sottolinea G. MINELLI, *Permane il contrasto su chi sia onerato tra opponente ed opposto ad introdurre il tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Società* n. 10/2016, 1152: *"L'esclusione del tentativo obbligatorio di mediazione rispetto al procedimento d'ingiunzione ex artt. 633 ss. c.p.c. è stata una questione dibattuta e già affrontata in tutti i casi in cui la domanda giudiziale è sottoposta a condizione di procedibilità. Dopo un primo momento, in cui la dottrina sembrava divisa tra chi propendeva per l'applicabilità e chi per l'esclusione del tentativo obbligatorio di mediazione, è prevalsa quest'ultima posizione avallata anche dalla giurisprudenza in materia di lavoro e previdenza, di subfornitura, di telecomunicazioni, ed agraria. La disposizione in parola va interpretata quindi come un riconoscimento del secondo orientamento sopracitato. Ovviamente, seppur l'obbligo del tentativo obbligatorio di mediazione quale condizione di procedibilità non opera rispetto al procedimento d'ingiunzione, di certo le parti potranno, se lo vorranno, introdurre una mediazione c.d. volontaria prima o contemporaneamente al procedimento di ingiunzione."*

In dottrina sul punto v. C. CECHELLA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in *Mass. Giur. lav.*, 1999, 452; L. DE ANGELIS, *Riforme della giustizia del lavoro: condizionamento della giurisdizione e accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. Taruffo (a cura di), *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 2000, 666; F.L. LUISO, *Il tentativo di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Dir. proc. civ.*, Milano, 2000, IV, 16; G. TRISORIO LIUZZI, *Procedimenti conciliativi e tutela collettiva risarcitoria*, in *Il Gius. proc. civ.*, 2008, 987.

della proposizione dell'istanza di mediazione e, conseguentemente, accertarsi su quale soggetto ricadano le conseguenze negative dell'improcedibilità della domanda nel caso di mancata proposizione dell'istanza nonostante il termine assegnato dal giudice.

Infatti nel caso in cui si riconosca in capo all'opponente l'onere di introdurre il tentativo di mediazione obbligatorio quale condizione di procedibilità e qualora tale attività in sanatoria non venga introdotta allora il decreto ingiuntivo ex [art. 653 c.p.c.](#) si consolida acquistando efficacia esecutiva ed autorità di giudicato.

Nel caso in cui, invece, si riconosca in capo all'opposto l'onere di introdurre il tentativo di mediazione obbligatorio e qualora tale attività in sanatoria non venga introdotta il decreto ingiuntivo verrebbe travolto costringendo il creditore a ricorrere nuovamente al giudice per richiedere tutela del proprio credito.

In giurisprudenza si sono formati due orientamenti contrastanti^[5] circa l'individuazione del soggetto tenuto all'instaurazione del procedimento di mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, mentre fino ad oggi, si registra un solo intervento della Corte di Cassazione che, con la sentenza [n. 24629 del 3 dicembre 2015](#)^[6] ha affermato che l'onere di introdurre la mediazione obbligatoria grava sull'opponente.

Il primo orientamento^[7] formatosi all'interno della giurisprudenza di merito - e, attualmente, maggioritario - conformemente a quanto statuito dalla Cassazione con la citata sentenza del 2015, sostiene che nell'ambito del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, l'onere processuale ricada in capo al debitore opponente in quanto parte interessata all'instaurazione e alla prosecuzione del processo ordinario di cognizione posto che, in mancanza di opposizione o in caso di estinzione del processo, il decreto acquista esecutorietà e passa in giudicato.

Proprio perchè la parte interessata ad instaurare il giudizio

di cognizione, ed a coltivarlo affinché pervenga alla decisione di merito, è il debitore opponente, su di lui dovrebbero ricadere le conseguenze negative nel caso di mancato esperimento del procedimento di mediazione.

Tale posizione ermeneutica è espressione del principio - illustrato da Cass. civ. sez. III [3 dicembre 2015, n. 24629](#) - per cui *“attraverso il decreto ingiuntivo l'attore ha scelto la linea deflattiva coerente con la logica dell'efficienza processuale e della ragionevole durata del processo. È l'opponente che ha il potere e l'interesse ad introdurre il giudizio di merito, cioè la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore. È dunque sull'opponente che deve gravare l'onere della mediazione obbligatoria perchè è l'opponente che intende precludere la via breve per percorrere la via lunga. La diversa soluzione sarebbe palesemente irrazionale perchè premierebbe la passività dell'opponente e accrescerebbe gli oneri della parte creditrice”*.

Tale orientamento, quindi, fa riferimento, oltre che alle ragioni proprie del procedimento monitorio, ispirate ad efficienza ed economia processuale, al principio costituzionale di ragionevole durata del processo.

Il secondo orientamento^[8], invece, sostiene che l'onere processuale debba porsi a carico del creditore ingiungente ossia - nel giudizio di opposizione - l'opposto. Militerebbe in tal senso la circostanza che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale e che nel caso dell'opposizione a decreto ingiuntivo, attore in senso sostanziale è l'ingiunto che ha proposto la domanda di ingiunzione.

Con la proposizione dell'opposizione, infatti, la vertenza torna ad essere quella dell'accertamento dell'*an* e del *quantum* del credito in sede di cognizione piena e il [D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 5](#) onera dell'attivazione della condizione di procedibilità *“chi intende esercitare in giudizio un'azione”*. Secondo questa tesi l'esigenza che viene in rilievo è quella che l'accesso alla giurisdizione condizionata al previo adem-

[5] Sulla questione si veda per un approfondimento G. MINELLI, *Permane il contrasto su chi sia onerato tra opponente ed opposto ad introdurre il tentativo obbligatorio di mediazione*, in *Le Società* n. 10/2016, 1152.

[6] Per un commento della sentenza Cass. civ. sez. III, [3 dicembre 2015, n. 24629](#) si veda BENIGNI E., *Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo: onerato dell'avvio è l'opponente*, in *Giur. It.*, 2016, 1, 71.

[7] Trib. Prato, 18 luglio 2011; Trib. Siena, 25 giugno 2012; Trib. Firenze, sez. III, 30 gennaio 2014; Trib. Rimini 5 agosto 2104; Trib. Firenze 30 ottobre 2014; Trib. Bologna 20 gennaio 2015; Trib. Nola 24 febbraio 2015; Trib. Firenze, sez. III civ. 21 aprile 2015; Trib. Campobasso 20 maggio 2015; Trib. Genova 15 giugno 2015; Trib. Pavia 12 ottobre 2015; Trib. Milano, sez. XIII 9 dicembre 2015; Trib. Reggio Emilia, sez. II [21 gennaio 2016](#); Trib. Trento, 23 febbraio 2016; Trib. Nola 3 marzo 2016, n. 691; Trib. Verbania 22 marzo 2016.

[8] Trib. Lamezia Terme 19 aprile 2012; Trib. Varese, sez. I civ. 18 maggio 2012 Trib. Firenze sez. III 17 marzo 2014; Trib. Firenze 24 settembre 2014; Trib. Verona 28 ottobre 2014; Trib. Ferrara 7 gennaio 2015; Trib. Firenze 12 febbraio 2015; Trib. Cuneo 1° ottobre 2015; Trib. Firenze sez. III Civile 15 ottobre 2015; Trib. Ferrara 4 novembre 2015; Trib. Firenze 17 gennaio 2016; Trib. Busto Arsizio [3 febbraio 2016, n. 199](#); Trib. Benevento 23 gennaio 2016; Trib. Firenze sez. II [15 febbraio 2016](#) e Trib. Grosseto 7 giugno 2016.

pimento di oneri non possa tradursi nella perdita del diritto di agire in giudizio tutelato dall'[art. 24 Cost.](#)^[9]

Il diritto di agire in giudizio, in termini di diritto di accertamento negativo del credito, potrebbe essere compromesso dall'esecutività ed immutabilità del decreto ingiuntivo che conseguirebbe alla pronuncia di improcedibilità per non aver il debitore opponente assolto l'onere a suo carico, senza che tale ipotesi possa equipararsi a quella dell'acquisto dell'efficacia esecutiva da parte del decreto per effetto dell'estinzione del processo ([art. 653 c.p.c., comma 1](#)), la quale è conseguenza dell'inattività della parte all'interno del processo una volta che il diritto di azione sia stato esercitato (mentre nell'ipotesi in esame l'irretrattabilità del decreto ingiuntivo, e la relativa perdita del diritto di agire in giudizio, deriverebbero dall'inattività relativa ad un rimedio preventivo rispetto al processo).

Nel caso, invece, di onere incombente sul creditore opposto, alla pronuncia in rito di improcedibilità dovrebbe accompagnarsi la revoca del decreto ingiuntivo, ma resterebbe pur sempre ferma la possibilità per il creditore di riproporre la domanda (anche di semplice ingiunzione).

Con l'ordinanza [n. 18741 del 12 luglio 2019](#) la terza sezione civile, ritenendo che entrambe le posizioni sostenute dalla giurisprudenza di merito siano assistite da valide ragioni tecniche e appaiono proiezione di diversi principi costituzionali, ha ritenuto sussistente il presupposto della questione di

massima di particolare importanza che giustifica la rimessione alle Sezioni Unite.

La questione, infatti, tocca un tema sul quale “*si registra non solo un ampio dibattito in dottrina ma anche un tuttora non sopito contrasto nella giurisprudenza di merito, reso più acuto dalla frequenza delle questioni che in siffatta materia vengono sottoposte a giudizio*”^[10].

Oltretutto la vastità del contenzioso interessato dalla mediazione ed il diffuso ricorso al procedimento monitorio, richiedono in considerazione dei presupposti evidenziati l'intervento delle Sezioni Unite.

Per tali ragioni la Corte, con l'ordinanza in commento, ha rimesso gli atti al Primo presidente per consentirgli di valutare l'opportunità che il ricorso sia sottoposto all'esame delle Sezioni Unite della questione di massima di particolare importanza “*se, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, l'onere di esperire il tentativo obbligatorio di mediazione ricada sul debitore opponente, in quanto parte interessata all'instaurazione e alla prosecuzione del processo ordinario di cognizione, posto che, in difetto, il decreto acquista esecutorietà e passa in giudicato, ovvero sulla parte opposta, che ha proposto la domanda di ingiunzione ed è attore in senso sostanziale, tenuto conto che l'art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010 onera dell'attivazione della condizione di procedibilità della domanda giudiziale chi intende esercitare in giudizio un'azione.*”

[9] Come affermato da Corte Cost. [16 aprile 2014, n. 98](#).

[10] Queste le parole di Cass. 15 dicembre 2011 n. 27063 con cui fu chiesta la valutazione di opportunità della rimessione alle Sezioni Unite in ordine alla questione della fattibilità del concordato preventivo.

Le Pagine de AC | 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.

Alessio Antonelli

Avvocato. 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.

Giulia Baruffaldi

Avvocato del Foro di Lecco

Marco Farina

Avvocato in Roma. Professore a contratto di diritto processuale civile presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università LUISS Guido Carli di Roma. È autore di una monografia e di numerosi articoli pubblicati in varie riviste scientifiche nelle materie del diritto processuale civile, nazionale ed internazionale, e del diritto fallimentare e partecipa, regolarmente, come relatore, a convegni scientifici e di aggiornamento professionale.

Lucilla Galanti

Avvocato. Dottore di ricerca in *Istituzioni e mercati, diritti e tutele* presso l'Università di Bologna, è attualmente assegnista di ricerca presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

Luca Galli

Dottore di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca (marzo 2018) e attualmente assegnista di ricerca presso la medesima università nell'ambito del Dipartimento di Eccellenza "Law and Pluralism".

Gianni Ghinelli

Laurea con lode nel 2016 (Università di Bologna). Dopo alcune esperienze professionali presso Derra, Meyer und Partner (Bologna) e Dezan Shira & Associates (Shanghai), svolge oggi la pratica forense negli studi Schultze & Braun (Bologna) e Ghinelli (Rimini). Collabora con la Cattedra di Diritto Processuale Civile del Prof. Michele Angelo Lupoi (Università di Bologna).

Ermelinda Hepaj

Laureatasi in giurisprudenza nel 2018 presso l'Alma Mater Studiorum, Università di Bologna, con una tesi dal titolo "L'arbitrato nel trust", la dott.ssa Ermelinda Hepaj è stata assegnataria del tirocinio formativo indetto presso la sede di Bologna dell'Arbitro Bancario Finanziario. Il suo settore di approfondimento è quello della risoluzione stragiudiziale delle controversie e del diritto bancario.

Maria Rosaria Manselli

Avvocato civilista del foro di Napoli, svolge la sua attività nei settori del contenzioso civile con particolare riferimento alla materia successoria, condominiale e dei diritti reali, nonché del diritto bancario.

Francesco Martire

Laureato con lode in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Roma 3, con una tesi in diritto amministrativo dal titolo "Gli obblighi di efficienza energetica delle Pubbliche Amministrazioni". Ha redatto una serie di approfondimenti sul tema dell'efficienza

energetica pubblicati sul sito de "Laboratorio per L'Innovazione Pubblica". Fa parte dello staff editoriale del periodico semestrale dal titolo "Roma Tre Law Review" edita da Roma TrE-press. Svolge la pratica forense in Roma ed il tirocinio ai sensi dell'art. 73 l. 69/2013 presso la Procura Generale della Corte di Cassazione.

Martina Mazzei

Si è laureata in giurisprudenza con lode e una tesi in diritto processuale civile dal titolo "Il potere del giudice di interpretazione della domanda giudiziale". È risultata vincitrice del premio di laurea per la miglior tesi in Diritto processuale civile, conferito dalla Fondazione Internazionale per la famiglia Clemente Fracassi e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma Tre.

Attualmente svolge la pratica forense a Roma ed è tirocinante ex art. 73 l. 69/2013 presso la Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Roma.

Collabora con diverse riviste giuridiche occupandosi prevalentemente di Diritto civile e Diritto processuale civile.

Giorgio Mazzone

Avvocato, abilitato al patrocinio innanzi alle Magistrature superiori.

Partner dello Studio Legale "Lipani Catricalà & Partners" si occupa di diritto civile, societario e d'impresa in ambito giudiziale e stragiudiziale.

Mirco Minardi

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

Jacopo Polinari

Dottore di ricerca in diritto dell'arbitrato interno e internazionale presso l'Università LUISS di Roma. Svolge la professione di avvocato in Roma, occupandosi principalmente di consulenza e contenzioso, anche arbitrale, in materia di diritto amministrativo e contrattualistica pubblica e privata.

Mattia Polizzi

Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi dell'Insubria (Varese e Como), cultore delle materie di diritto processuale civile presso il Di.D.E.C. e di diritto fallimentare presso il Di.ECO del medesimo Ateneo. I suoi ambiti di ricerca e studio sono il processo civile ordinario, i processi cautelari e sommari, l'esecuzione forzata, il diritto fallimentare.

Beatrice Irene Tonelli

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

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.