

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

1 2020

gennaio

IN QUESTO NUMERO:

TUTELA DEL LAVORO E DISCIPLINA CONCURSUALE

LITISPENDENZA INTERNAZIONALE E SOSPENSIONE NECESSARIA

ATTENDIBILITÀ DEL REGISTRO INI - PEC

NULLITÀ E INESISTENZA DELLA NOTIFICA

SMS ED EFFICACIA PROBATORIA

ARBITRATO E IFLAS RULES

FORUM *NON CONVENIENS*

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

1 2020

gennaio

IN QUESTO NUMERO:

TUTELA DEL LAVORO E DISCIPLINA CONCURSUALE

LITISPENDENZA INTERNAZIONALE E SOSPENSIONE NECESSARIA

ATTENDIBILITÀ DEL REGISTRO INI - PEC

NULLITÀ E INESISTENZA DELLA NOTIFICA

SMS ED EFFICACIA PROBATORIA

ARBITRATO E IFLAS RULES

FORUM *NON CONVENIENS*

**MAGGIOLI
EDITORE**

Comitato Scientifico

DIREZIONE:

Prof. Lupoi Michele Angelo

COMITATO DI DIREZIONE:

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

COMITATO DI REDAZIONE:

Alemanno Roberto
Ansanelli Vincenzo

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

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

ISSN 2612-8047

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

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

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

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

Sommario

OPPOSIZIONE A PRECETTO, OPPOSIZIONE ALL'ESECUZIONE E POTERI SOSPENSIVI DEI GIUDICI

- 5** Rapporti tra opposizione a precetto, opposizione all'esecuzione e poteri sospensivi dei giudici (a proposito di Cass. civ., Sez. unite, 23 luglio 2019, n. 19889; Cass. civ., Sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26285)
di Carlo Vellani

MANCATA COMPARIZIONE NEL GIUDIZIO DI IMPUGNAZIONE PROVVEDIMENTI OMOLOGAZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO

- 11** Il giudizio di impugnazione dei provvedimenti di omologazione del concordato preventivo: quali sono le conseguenze della mancata comparizione delle parti?
di Francesco Martire

TUTELA DEL LAVORO E DISCIPLINA CONCURSALE

- 16** Godot è infine arrivato? Alcune note in tema di tutela del lavoro tra presente e futuro della disciplina concorsuale
di Mattia Polizzi

SPESE LEGALI

- 23** Tre recenti provvedimenti “in pillole” della Corte di Cassazione del mese di settembre 2019 sulle spese legali: l'ordinanza n. 21975 del 3.09.2019 e l'ATP, la sentenza n. 22462 del 9.09.2019 ed il valore della domanda, l'ordinanza n. 23123 del 17.09.2019 e la chiamata in garanzia.
di Elisa Giardini

LITISPENDENZA INTERNAZIONALE E SOSPENSIONE NECESSARIA

- 28** Sospensione necessaria del giudizio a seguito di eccezione di litispendenza internazionale ex art. 29 Regolamento Europeo n. 1215/2012
di Stefano Barbiani

ATTENDIBILITÀ DEL REGISTRO INI - PEC

- 33** Commento alla recente ordinanza della Corte di Cassazione, Sezione Sesta Civile, n. 29749 del 15 novembre 2019 in ordine all'attendibilità del Registro INI – PEC
di Alessio Antonelli

NULLITÀ E INESISTENZA DELLA NOTIFICA

- 38** Sulla nullità e inesistenza della notifica, con particolare riferimento al caso di inesistenza o nullità della notifica del decreto ingiuntivo
di Maria Rosaria Manselli

DIVIETO DI ISTITUZIONE DI GIUDICI SPECIALI

- 44** Alcune parole in merito al divieto di istituzione di giudici speciali: un principio “storico”, ma sempre attuale
di Mattia Polizzi

RESPONSABILITÀ GENITORIALE E GIURISDIZIONE

- 50** La rifusione del regolamento Bruxelles II bis in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: le norme sulla giurisdizione
di Michele Angelo Lupoi

SMS ED EFFICACIA PROBATORIA

- 61** L'efficacia probatoria di un SMS
di Roberto Bonatti

CONTRORICORSO IN CASSAZIONE

- 65** L'attività del controricorrente nel giudizio civile di cassazione in alcune recenti decisioni
di Mirco Minardi

EVOLUZIONI NORMATIVE

- 68** Verso un diritto processuale civile pan-europeo?
di Elisabetta Silvestri

ARBITRATO E IFLAS RULES

- 70** La questione di giurisdizione nelle liti familiari transnazionali: la nuova frontiera dell'arbitrato secondo le IFLAS Rules
di Angela Maria Felicetti

FRAZIONAMENTO DEL CREDITO

- 77** Il frazionamento del credito: una recente pronuncia (Cassazione civile, sez. II, ordinanza 20 agosto 2019 n. 21521)
di Martina Mazzei

FORUM *NON CONVENIENS*

- 82** Il forum *non conveniens* e il giudice italiano, giudice dell'Unione europea
di Caterina Silvestri

Opposizione a precetto, opposizione all'esecuzione e poteri sospensivi dei giudici

Rapporti tra opposizione a precetto, opposizione all'esecuzione e poteri sospensivi dei giudici (a proposito di Cass. civ., Sez. unite, 23 luglio 2019, n. 19889; Cass. civ., Sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26285)

di Carlo Vellani

DEL 7 GENNAIO 2020

Sommario

1. Indicazione sintetica delle questioni trattate
2. Opposizione a precetto e opposizione all'esecuzione. Alcuni spunti generali
3. L'opposizione a precetto e l'opposizione all'esecuzione successivamente proposta avverso il medesimo titolo esecutivo
4. Rapporto tra i poteri sospensivi del giudice dell'opposizione a precetto e quelli del giudice dell'esecuzione
5. Riflessioni conclusive

1. Indicazione sintetica delle questioni trattate

Il contributo si occupa, nell'ambito del processo esecutivo, della problematica relativa ai rapporti tra opposizione a precetto e opposizione all'esecuzione. Si tratta di due giudizi che possono essere proposti avverso il medesimo titolo esecutivo e fondati su identici fatti costitutivi, con i relativi problemi di identità delle azioni. Oltre ai rapporti tra i due giudizi, tema centrale è quello del rapporto tra i poteri sospensivi del giudice dell'opposizione a precetto e quelli del giudice dell'esecuzione. Il lavoro si incentra sugli artt. [615](#), [623](#) e [624](#) c.p.c., anche alla luce delle recenti Cass. civ., sez. un., [23 luglio 2019, n. 19889](#) e Cass. civ., sez. III, [17 ottobre 2019, n. 26285](#), che si sono diffusamente occupate del tema.

2. Opposizione a precetto e opposizione all'esecuzione. Alcuni spunti generali

L'[art. 615 c.p.c.](#) si fa carico del fatto che il processo esecutivo sia retto da un titolo esecutivo che consente di procedere alla soddisfazione del creditore senza accertamenti di cognizione. Per evitare che si proceda esecutivamente in assenza del diritto di farlo la norma disciplina sotto varie forme l'opposizione all'esecuzione, strumento attraverso il quale può riemergere il diritto sostanziale^[1]. L'[art. 615 c.p.c.](#) ammette la possibilità di un'opposizione a precetto, chiamata anche «preventiva», che si caratterizza per il fatto di essere proposta prima dell'inizio dell'esecuzione, nascendo come reazione alla notifica dell'atto di precetto che preannuncia l'azione esecutiva. Si ha poi l'opposizione all'esecuzione in quanto tale, definita sem-

[1] Non nel senso che si possano far valere fatti anteriori alla formazione di un titolo esecutivo giudiziale, deducibili esclusivamente con i mezzi di impugnazione. Ci si potrà opporre unicamente in relazione a fatti posteriori alla definitività del titolo esecutivo, l'opposizione non si configura come un'impugnazione del titolo esecutivo per un suo vizio che lo rende invalido. Nel caso di opposizione su un titolo stragiudiziale il debitore può invece eccepire anche l'invalidità del titolo (es. assegno con firma falsa), data l'origine privata del titolo.

plicemente opposizione o opposizione «successiva», proposta quando l'esecuzione sia già iniziata[2].

L'aspetto da sottolineare è che l'oggetto di entrambe queste forme di opposizione è lo stesso, ossia il diritto di procedere ad esecuzione forzata[3]. Sono opposizioni che si distinguono per il profilo temporale[4], in quanto l'opposizione a precetto, o preventiva, prescinde dall'avvio dell'esecuzione, ne basta la minaccia, mentre l'opposizione successiva si svolge dopo il pignoramento e quindi dopo l'avvio dell'esecuzione[5].

Le due opposizioni sono distinte, e la norma non pone alcun esplicito divieto al debitore di utilizzare entrambi gli strumenti ora descritti, ossia di agire in opposizione sia prima che dopo il pignoramento. Non è difficile argomentare in ordine all'opportunità che il debitore possa introdurre entrambe le opposizioni, perché si può così assicurare l'effettività della tutela della sua posizione. Bisogna por mente al fatto che un rilevante profilo pratico di tutela della posizione del debitore è legato alla sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo e/o del processo esecuti-

vo; in assenza di sospensione il processo esecutivo prosegue legittimamente e il debitore deve subire gli atti esecutivi e i loro effetti anche materiali. Sviluppando ed esemplificando questi profili, si può ipotizzare che a seguito dell'opposizione a precetto il giudice, *ex art. 615, comma 1, c.p.c.*, abbia sospeso, su istanza di parte, l'efficacia esecutiva del titolo[6]. Il creditore non può allora procedere al pignoramento, mancando il titolo esecutivo, ossia la condizione necessaria per agire. Può però accadere che il creditore proceda ugualmente, e effettui il pignoramento. In questo caso è utile per il debitore poter proporre opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'*art. 615, comma 2, c.p.c.*, motivandola appunto con la mancanza del titolo esecutivo. Oltre questa prima ipotesi, può accadere che il creditore dia corso all'esecuzione, procedendo al pignoramento, mentre si è ancora nell'attesa della pronuncia dell'inibitoria *ex art. 615, comma 1, c.p.c.*, ossia nonostante la proposizione dell'opposizione preventiva. In tale caso il titolo esecutivo è pienamente efficace e l'opponente potrebbe proporre l'opposizione *ex art. 615, com-*

[2] L'*art. 615, comma 2, c.p.c.* prevede anche l'opposizione che riguarda la pignorabilità dei beni, dove non si contesta l'azione esecutiva, ma appunto l'impignorabilità dei cespiti in concreto aggrediti esecutivamente. Questa forma di opposizione non sarà oggetto del presente contributo.

[3] Lo si ricava dallo stesso testo dei due commi dell'*art. 615 c.p.c.* che fonda entrambe le opposizioni sul fatto che «si contesta il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata».

[4] Onniboni, *Opposizione a precetto e opposizione a pignoramento: relazioni strutturali*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2002, pag. 455.

[5] Da qui le differenze dell'atto introduttivo, che nell'opposizione a precetto è una citazione davanti al giudice competente per materia o valore e per territorio a norma dell'*articolo 27 c.p.c.*, mentre nell'opposizione successiva è un ricorso al giudice dell'esecuzione in essere.

[6] Il tema della effettiva tutela del debitore è in realtà più complesso. Si pone il problema di una tutela *ante causam*, ossia che preceda il giudizio di opposizione preventiva, infatti la lettera dell'*art. 615, comma 1, c.p.c.* presuppone la pendenza del giudizio e l'istanza del debitore di ottenere la sospensione dal giudice davanti al quale appunto il creditore procedente è citato a comparire. La dottrina da tempo ipotizza azioni, che però sfuggono alla presente trattazione, come la possibilità di proporre una normale azione di accertamento negativo dopo la sola notificazione del titolo, Furno, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, pagg. 252 ss.; Mandrioli, voce *Opposizione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, pag. 438, che specifica come la notificazione del titolo esecutivo non faccia sorgere in capo al debitore l'interesse ad agire in opposizione ma consenta un'azione di accertamento. Più recentemente ne dubita Onniboni, *op. cit.*, pagg. 456 ss., ove altri riferimenti alle note 7 e 8. Si può ipotizzare una tutela cautelare atipica, quando non essendo stato ancora notificato il precetto non sia neppure prospettabile l'opposizione all'esecuzione. La tutela cautelare chiesta ancor prima della notifica del precetto opererebbe, ricorrendone le condizioni, in quanto tale, ossia come azione cautelare autonoma rispetto all'opposizione. Mi permetto di rinviare al mio, *La sospensione dell'esecuzione*, II, Torino, 2017, pagg. 57 ss. *Contra* Longo, *Contributo allo studio della sospensione nel processo esecutivo*, I, Ospedaletto, 2018, pagg. 590 s. In argomento Cass. civ., sez. III, 4 agosto 2016, n. 16281, in *Banca dati De Jure*. Prima della novella del 2005-2006, che ha riconosciuto al giudice dell'opposizione a precetto questo potere sospensivo, l'interpretazione letterale degli artt. 615 e 623 c.p.c. aveva portato, soprattutto la giurisprudenza della Suprema corte, a negare che tale giudice avesse un qualche potere sospensivo, situazione che era giustamente denunciata dalla dottrina come fonte di ingiustizia, particolarmente evidente laddove si procedesse ad esecuzione sulla base di un titolo stragiudiziale, perché in tali casi non poteva entrare in gioco neppure il potere di inibitoria, ovviamente limitato all'impugnazione di un titolo giudiziale, possibilità peraltro non più attiva dopo il giudicato. Una visione più generale del fenomeno, legata alla tutela di chi, asserendo l'infondatezza dell'esecuzione, volesse evitare di subire il primo atto esecutivo, portò dottrina e giurisprudenza ad utilizzare per tale scopo lo strumento dell'*art. 700 c.p.c.* L'attuale disposto dell'*art. 615, comma 1, c.p.c.* risolve più coerentemente il problema, ma come sopra ricordato, il provvedimento previsto dall'ultimo inciso dell'*art. 615 c.p.c., comma 1, c.p.c.*, presuppone l'instaurazione del giudizio di opposizione. L'*art. 615 c.p.c., comma 1, c.p.c.* è stato poi modificato dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, che si è però limitato ad aggiungere l'inciso che ammette la possibilità di sospendere anche solo parzialmente l'efficacia esecutiva del titolo. L'ultimo intervento legislativo sull'*art. 615 c.p.c.* è venuto con il d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni dalla l. 30 giugno 2016, n. 119, che ha posto un termine di decadenza alla possibilità di proporre l'opposizione successiva del comma 2.

ma 2, c.p.c. fondandola sugli stessi motivi dell'opposizione a precetto[7].

3. L'opposizione a precetto e l'opposizione all'esecuzione successivamente proposta avverso il medesimo titolo esecutivo

Interessa l'esempio da ultimo proposto in conclusione del precedente paragrafo, laddove l'opponente fonda la seconda opposizione sugli stessi motivi dell'opposizione a precetto. All'atto pratico cercherà di ottenere dal giudice dell'opposizione successiva la sospensione dell'esecuzione, non essendosi ancora pronunciato sull'inibitoria il giudice dell'opposizione a precetto. Dal punto di vista processuale l'opponente introduce un giudizio che riproduce quello instaurato davanti al giudice dell'opposizione a precetto e questo solleva problemi per la possibile identità delle azioni. In realtà i provvedimenti ottenibili sono diversi, nell'opposizione a precetto il giudice, ex [art. 615, comma 1, c.p.c.](#), «concorrendo gravi motivi, sospende su istanza di parte l'efficacia esecutiva del titolo», mentre, quando è iniziata l'esecuzione, l'opposizione dell'[art. 615, comma 2, c.p.c.](#), ex [art. 624, comma 1, c.p.c.](#), prevede un potere solo sospensivo, per arrestare la specifica procedura in attesa della decisione sull'incidente cognitivo. Chi scrive, dalla necessità di rendere più coerente la tutela offerta all'esecutato, ritiene corretta la soluzione di quella dottrina propensa ad ammettere che alla sospensione

dell'esecuzione debba accompagnarsi una vera e propria privazione dell'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado, impostazione che dovrebbe essere sistematizzata nel senso che le norme del codice di rito che parlano di mera sospensione dell'esecuzione dovrebbero interpretarsi in senso favorevole alla sospensione dell'esecutività[8]. Non è però vero il contrario, ossia il potere di sospendere l'esecuzione spetta unicamente al giudice dell'esecuzione stessa e il giudice dell'opposizione a precetto, anche quando sia iniziata l'esecuzione, non può sospenderla.

La Suprema corte, nelle decisioni indicate nel primo paragrafo, si spinge oltre quanto ora esposto. Ragionando in ordine alla coincidenza tra il *petitum* e la *causa petendi* la Corte la identifica nella domanda principale volta ad accertare l'insussistenza del diritto del creditore a procedere esecutivamente, riferendosi al merito delle due opposizioni, ma aggiunge che una diversità di *petitum* non è ravvisabile neppure sul piano dei provvedimenti sospensivi, in quanto entrambi producono, in ogni caso, una paralisi dell'azione espropriativa[9].

Vi sarebbe dunque litispendenza tra l'opposizione a precetto e la successiva opposizione all'esecuzione, proposte, innanzi a giudici diversi, avverso il medesimo titolo esecutivo, laddove le due azioni siano fondate su identici fatti costitutivi, concernenti l'inesistenza del diritto di procedere all'esecuzione forzata. Nel caso invece in cui le due opposizioni risultino pendenti innanzi al medesimo uffi-

[7] Vedi Consolo in *Nota a Trib. Vicenza, 5 aprile 2010*, in *Riv. esec. forz.*, 2010, pag. 729 e mi permetto di rinviare nuovamente al mio, *La sospensione dell'esecuzione*, II, cit., pagg. 69 ss. Ne dubita Longo, *Contributo allo studio della sospensione nel processo esecutivo*, cit., pagg. 564 ss.

[8] Mi permetto di rinviare al mio, *La sospensione dell'esecuzione*, I, Milano, 2012, pagg. 44 s., e i rinvii alla dottrina, spec. nota 121. Si può individuare nell'[art. 283 c.p.c.](#) il modello di riferimento per la tutela del debitore, con i poteri appunto inibitorio e sospensivo.

[9] Cass. civ., sez. III, [17 ottobre 2019, n. 26285](#), prendendo le mosse da Cass. civ., sez. un., [23 luglio 2019, n. 19889](#) (di cui riprende i punti 29 ss.), rileva come l'opposizione a precetto, ex [art. 615, comma 1, c.p.c.](#), sia volta a contestare, al pari dell'opposizione all'esecuzione già iniziata, il diritto del creditore ad agire *in executivis*, il *petitum* dell'opposizione pre-esecutiva, pertanto, coincide con quello dell'opposizione all'esecuzione già iniziata, in quanto in entrambi i casi la domanda principale è volta ad accertare l'insussistenza, in tutto o in parte, del diritto del creditore a procedere esecutivamente (vedi punto 5.2). Una diversità di *petitum* non si dovrebbe cogliere neppure sul piano «cautelare», ossia della tutela che l'opponente può conseguire con il provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, disposta ai sensi dell'[art. 615, comma 1, c.p.c.](#), ovvero mediante la sospensione del processo esecutivo ex [art. 624 c.p.c.](#) Ciò in quanto i provvedimenti sospensivi producono, in ogni caso, una paralisi dell'azione espropriativa. La diversa «ampiezza» delle due tutele non dipende da una sostanziale divergenza del *petitum*, bensì costituisce effetto naturale della maggiore tempestività dell'opposizione proposta a precetto, rispetto all'opposizione all'esecuzione (vedi punto 5.3). Per quanto invece concerne la *causa petendi*, le ragioni poste a fondamento dell'opposizione pre-esecutiva e dell'opposizione all'esecuzione sono potenzialmente coincidenti e quindi sovrapponibili (vedi punto 5.4). A conclusione del ragionamento vengono enunciati due principi di diritto: «Sussiste litispendenza fra l'opposizione a precetto e l'opposizione all'esecuzione successivamente proposta avverso il medesimo titolo esecutivo, quando le due azioni sono fondate su fatti costitutivi identici, concernenti l'inesistenza del diritto di procedere all'esecuzione forzata, e sempreché le cause pendano innanzi a giudici diversi. Invece, nell'ipotesi — più probabile — in cui le due opposizioni, riassunta la seconda nel merito, risultino pendenti innanzi al medesimo ufficio giudiziario, delle stesse se ne dovrà disporre la riunione, ai sensi dell'[art. 273 c.p.c.](#); ovvero, qualora ciò non sia possibile per impedimenti di carattere processuale, bisognerà sospendere pregiudizialmente la seconda causa, ai sensi dell'[art. 295 c.p.c.](#)». E «L'opposizione a precetto e l'opposizione all'esecuzione successivamente proposta avverso il medesimo titolo esecutivo, fondate su identici fatti costitutivi e pendenti, nel merito, innanzi al medesimo ufficio giudiziario, vanno riunite d'ufficio, ai sensi dell'[art. 273 c.p.c.](#), ferme restando le decadenze già maturate nella causa iniziata per prima» (vedi punto 7).

cio giudiziario, dovrà esserne disposta la riunione ai sensi dell'[art. 273 c.p.c.](#) Qualora ciò non sia possibile per impedimenti di carattere processuale, la seconda causa dovrà essere sospesa pregiudizialmente ai sensi dell'[art. 295 c.p.c.](#) Quindi, secondo la Corte, l'opposizione all'esecuzione proposta sulla base degli stessi motivi dell'opposizione a precetto è superflua e se i giudizi pendono davanti a giudici diversi l'opposizione all'esecuzione dovrà essere definita in rito, mediante la declaratoria di litispendenza e la cancellazione dal ruolo, mentre se pendono innanzi al medesimo ufficio giudiziario, il giudice dovrà trattare solo la prima delle due opposizioni^[10]. Questa impostazione conduce quindi la Corte ad enunciare un ulteriore principio di diritto secondo cui la proposizione al giudice dell'opposizione a precetto dell'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo *ex* [art. 615, comma 1, c.p.c.](#), preclude all'opponente di domandare al giudice dell'esecuzione, per le medesime ragioni, la sospensione della procedura esecutiva *ex* [art. 624 c.p.c.](#), ancorché il giudice dell'opposizione a precetto non si sia ancora pronunciato, per consumazione del potere processuale^[11]. La ricostruzione offerta non convince, in particolare l'ultima affermazione secondo cui l'aver già chiesto, e neppure ottenuto, dal giudice dell'opposizione a precetto la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo comporta la consumazione del potere di chiedere la sospensione dell'esecuzione al giudice della stessa. Non vi è alcun riscontro di diritto positivo e questa limitazione dell'efficacia di tutela del debitore è immotivata anche sul piano generale. I due provvedimenti, inhibitorio e sospensivo, sono inoltre diversi ed è molto controverso il concetto di continenza o litispendenza cautelare. Non pare che l'[art. 39 c.p.c.](#) possa escludere la contemporanea pendenza di opposizione a precetto e opposizione all'esecuzione, data anche la presenza dell'[art. 616 c.p.c.](#), di cui la Suprema corte fornisce una lettura assai particolare ^[12].

La soluzione preferibile è quella che ammette l'introduzione anche del secondo giudizio di opposizione, consentendo l'esercizio dei due diversi poteri dell'opposizione pre-esecutiva e dell'opposizione esecutiva, poi, di fronte alla contemporanea pendenza dei due giudizi di opposizione, la soluzione pratica sarà quella di riservare al giudice dell'esecuzione la pronuncia sulla sospensione del processo esecutivo, quindi, se ne ricorrono le condizioni, riunire i due processi. Si potrebbe anche prospettare la possibilità che il debitore si rivolga direttamente al giudice dell'esecuzione per ottenere il provvedimento sospensivo, senza introdurre l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'[art. 615, comma 2, c.p.c.](#) Questo non pare in contrasto con l'[art. 623 c.p.c.](#), dove il potere sospensivo del giudice dell'esecuzione è discrezionale e ha come limiti l'istanza di parte e la sussistenza di gravi motivi^[13].

4. Rapporto tra i poteri sospensivi del giudice dell'opposizione a precetto e quelli del giudice dell'esecuzione

Il tema è già stato parzialmente toccato, in quanto, come sopra ricordato, un rilevante profilo pratico di tutela della posizione del debitore è legato all'istituto della sospensione, che si intreccia con quello dei rapporti tra opposizione a precetto e opposizione all'esecuzione. In merito alcuni punti fermi paiono ormai acquisiti. In primo luogo l'avvio dell'esecuzione non fa venire meno, nel giudice dell'opposizione a precetto, il potere di sospendere l'efficacia esecutiva del titolo. In secondo luogo, la pronuncia dell'ordinanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo da parte del giudice dell'opposizione a precetto comporta la totale nullità del pignoramento compiuto dopo tale decisione^[14].

A parere di chi scrive la pronuncia dell'ordinanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo da parte del giudice dell'opposizione a precetto priverà appunto di ef-

[10] Vedi Cass. civ., sez. III, [17 ottobre 2019, n. 26285](#), punto 8.

[11] Vedi Cass. civ., sez. III, [17 ottobre 2019, n. 26285](#), punto 10.

[12] Così su questi punti Capponi, *Inibitorie e sospensioni nell'esecuzione forzata: istruzioni per l'uso nell'interesse della legge*, cit.

[13] Sembra che questa sia l'unica soluzione possibile per Cass. civ., sez. III, [17 ottobre 2019, n. 26285](#), cit., punto 9.1 «Il debitore che deduca innanzi al giudice dell'esecuzione l'intervenuta sospensione esterna del processo esecutivo, non introduce una nuova causa di opposizione all'esecuzione. Il giudice dell'esecuzione non deve adottare un provvedimento di sospensione *ex* [art. 624 c.p.c.](#), ma limitarsi a prendere atto di quanto già disposto dal giudice innanzi al quale è stato impugnato il titolo esecutivo. Conseguentemente, in caso di sospensione esterna, il debitore non deve proporre un ricorso ai sensi dell'[art. 615 c.p.c., comma 2](#), per contestare la proseguibilità dell'azione esecutiva e il giudice dell'esecuzione, dopo aver dichiarato la sospensione dell'espropriazione ai sensi dell'[art. 623 c.p.c.](#), non deve fissare un termine per l'introduzione del giudizio nel merito *ex* [art. 616 c.p.c.](#)».

[14] Nuovamente Capponi, *Inibitorie e sospensioni nell'esecuzione forzata: istruzioni per l'uso nell'interesse della legge*, cit.; il mio, *La sospensione dell'esecuzione*, II, cit., pagg. 68 ss.; Longo, *Contributo allo studio della sospensione nel processo esecutivo*, cit., pagg. 565 e 577 s.; Cass. civ., sez. III, [17 ottobre 2019, n. 26285](#), cit., punto 10.

ficacia il titolo esecutivo e il giudice dell'esecuzione dovrà prendere atto di tale decisione, recependola con una pronuncia di sospensione esterna ex [art. 623 c.p.c.](#), in quanto il giudice dell'opposizione a precetto non può sospendere l'esecuzione.

La Suprema corte pare invece oggi orientata a negare la necessità di un provvedimento sospensivo da parte del giudice dell'esecuzione, pur se meramente ricognitivo, perché: «il provvedimento di sospensione disposto ex [art. 615, primo comma, c.p.c.](#) comprende in sé anche gli effetti della sospensione che il giudice dell'esecuzione potrebbe pronunciare ex [art. 624 c.p.c.](#)» [15]. La Suprema corte aggiunge, nel caso in cui si ravvisi la litispendenza, come sopra delineata, tra la causa di opposizione a precetto e quella di opposizione all'esecuzione già iniziata, che il giudice dell'esecuzione, all'esito della fase sommaria, ai sensi dell'[art. 616 c.p.c.](#), non deve assegnare alle parti un termine per introdurre il giudizio nel merito, giacché il giudizio che le parti hanno l'onere di proseguire è la sola opposizione a precetto. Pertanto, nel caso in cui il giudice dell'esecuzione la sospenda per gli

stessi motivi dell'opposizione a precetto, e fissi il termine di cui all'[art. 616 c.p.c.](#), le parti non sono tenute ad introdurre il giudizio di merito e questo non produce gli effetti estintivi dell'[art. 624, comma 3, c.p.c.](#) Se le parti volessero contestare il sussistere della litispendenza dovranno introdurre il giudizio di merito, nel termine di cui all'[art. 289 c.p.c.](#)[16].

Stabilito che l'avvio dell'esecuzione non fa venire meno il potere sospensivo del giudice dell'opposizione a precetto, potere che egli esercita sul titolo esecutivo, non si può essere d'accordo con una ricostruzione che estende tale potere alla sospensione dell'esecuzione in essere, manca il dato testuale, anzi l'[art. 623 c.p.c.](#), normando le fonti della sospensione dell'esecuzione, prevede che siano tali la legge, il giudice davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo e infine il giudice dell'esecuzione. Non pare legittimo svuotare di potere il giudice dell'esecuzione, anche qualora dovesse compiere attività ricognitiva. In effetti le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno recentemente ricostruito in maniera simile il fenomeno, ma senza giungere a tali estremi[17].

[15] Cfr. Cass. civ., sez. III, [17 ottobre 2019, n. 26285](#), cit., punto 9.1, riportato *supra* a nota 14, e quanto affermato al punto 9.3 «Qualora, invece, la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo sia stata disposta, dal giudice dell'opposizione a precetto, anteriormente all'attuazione del pignoramento, questo è colpito da radicale invalidità in quanto compiuto in difetto di titolo esecutivo. Tale invalidità deve essere rilevata d'ufficio dal giudice dell'esecuzione, dando luogo ad un caso di «estinzione atipica». Conseguenza che la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo avrà un effetto protettivo dall'azione esecutiva per i beni dell'opponente non ancora aggrediti dal creditore, ma relativamente a quelli già pignorati i suoi effetti non differiranno, nella sostanza, dalla sospensione ex [art. 624 c.p.c.](#): i beni staggiati resteranno soggetti al vincolo di indisponibilità, ma non potranno compiersi ulteriori atti esecutivi». Il concetto è poi ribadito al punto 9.4: «il provvedimento di sospensione disposto ex [art. 615, primo comma, c.p.c.](#) comprende in sé anche gli effetti della sospensione che il giudice dell'esecuzione potrebbe pronunciare ex [art. 624 c.p.c.](#): ed allora, l'opponente che abbia già richiesto la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo al giudice dell'opposizione pre-esecutiva non può rivolgersi per le medesime ragioni anche al giudice dell'esecuzione». Come sopra detto si afferma la consumazione del potere processuale e si richiamano anche i principi del «giusto processo» e della «ragionevole durata».

[16] Riporto ulteriori tre principi di diritto enunciati da Cass. civ., sez. III, [17 ottobre 2019, n. 26285](#), cit., al punto 10 della sentenza: «Qualora sussista litispendenza fra la causa di opposizione a precetto (c.d. opposizione pre-esecutiva) e la causa di opposizione all'esecuzione già iniziata, il giudice dell'esecuzione, all'esito della fase sommaria, non deve assegnare alle parti, ai sensi dell'[art. 616 c.p.c.](#), un termine per introdurre il giudizio nel merito, giacché un simile giudizio sarebbe immediatamente cancellato dal ruolo ai sensi dell'[art. 39 c.p.c., comma 1](#). Il giudizio che le parti hanno l'onere di proseguire si identifica, infatti, con la causa iscritta a ruolo per prima, ossia l'opposizione a precetto». «Qualora, pendendo una causa di opposizione a precetto, il giudice dell'esecuzione – o il collegio adito in sede di reclamo ex [art. 624 c.p.c., comma 2](#) e [art. 669-terdecies c.p.c.](#) – sospenda l'esecuzione per i medesimi motivi prospettati nell'opposizione pre-esecutiva, le parti non sono tenute ad introdurre il giudizio di merito nel termine di cui all'[art. 616 c.p.c.](#) che sia stato loro eventualmente assegnato, senza che tale omissione determini il prodursi degli effetti estintivi del processo esecutivo previsti dall'[art. 624 c.p.c., comma 3](#), in quanto l'unico giudizio che le parti sono tenute a coltivare è quello, già introdotto, di opposizione a precetto, rispetto al quale una nuova causa si porrebbe in relazione di litispendenza». «Qualora il giudice dell'esecuzione, ravvisando identità di petitum e la causa petendi fra l'opposizione a precetto e l'opposizione all'esecuzione innanzi a lui pendente, dopo aver provveduto sulla richiesta di sospensiva, non assegni alle parti il termine di cui all'[art. 616 c.p.c.](#) per l'introduzione nel merito della seconda causa, la parte interessata a sostenere che le domande svolte nelle due opposizioni non siano del tutto coincidenti, dovrà introdurre egualmente il giudizio di merito, nel termine di cui [art. 289 c.p.c.](#), chiedendo che in quella sede sia accertata l'insussistenza della litispendenza o, comunque, un rapporto di mera continenza. Infatti, avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione, avente natura meramente ordinatoria, non possono essere esperiti né l'opposizione agli atti esecutivi, né il ricorso straordinario per cassazione ex [art. 111 Cost., comma 7](#), né il regolamento di competenza».

[17] Vedi Cass. civ., sez. un., [23 luglio 2019, n. 19889](#), cit., al punto 52: «la sospensione pre-esecutiva concorre e coesiste con quella dell'esecuzione una volta che questa sia iniziata, ma restando i relativi analoghi poteri, purché le causae petendi delle due azioni siano identiche, mutuamente esclusivi in forza delle regole sulla litispendenza: così, fino all'inizio dell'esecuzione il potere di sospensione spetta al giudice dell'opposizione pre-esecutiva e, dopo, al giudice dell'ese-

5. Riflessioni conclusive

In conclusione mi si consenta di non avere la pretesa di dare risposte definitive ai temi trattati, controversi e controvertibili, ma di limitarmi alle riflessioni sopra esposte. Dato il tenore delle sentenze esaminate, piuttosto sembra opportuno cogliere l'occasione per segnalare che in dottrina si è avviato un dibattito sul ruolo istituzionale della Suprema corte e sulla sua funzione nomofilattica, dove si esprimono dubbi in ordine all'attuale modalità di esercizio delle sue funzioni. Le sentenze citate fanno riferimento a quanto previsto dall'[art. 363 c.p.c.](#), non quindi a giudizi di cassazione in senso proprio, ma a provvedimenti resi per un interesse più generale, nell'esercizio della nomofilachia[18]. La certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni giudiziarie sono un valore, ma nella dottrina, non so-

lo processualciviltistica, si prende atto con preoccupazione di un attivismo che porta la Corte di cassazione a dare nelle sue pronunce soluzioni generali ed astratte piuttosto che orientate alla soluzione dei casi portati al suo giudizio, più di matrice dottrinale che giurisprudenziale[19]. Non è questa la sede per ragionare su quale sia o debba essere la funzione principale della Corte di cassazione. Nel nostro sistema la rilettura giurisprudenziale del diritto è meno agevole rispetto alle spinte europee, non foss'altro per l'enorme numero di provvedimenti resi annualmente dalla Suprema corte, che allo stato rendono di fatto poco autorevoli e spesso disattesi i principi o le ricostruzioni contenuti nelle pronunce. Rischia di diventare arduo individuare che cosa si debba intendere e quale possa essere il ruolo del principio di diritto, della massima e del precedente.

cuzione, il quale pure deve dare atto, ai sensi dell'[art. 623 c.p.c.](#), dell'eventuale sospensione esterna disposta dall'altro». Le conclusioni cui giunge la sentenza, ossia che il provvedimento con il quale il giudice dell'opposizione a precetto, ai sensi dell'[art. 615, comma 1, c.p.c.](#), decide sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo è impugnabile col rimedio del reclamo ai sensi dell'[art. 669 terdecies c.p.c.](#), sono condivisibili (il mio, *La sospensione dell'esecuzione*, II, cit., pag. 99), ma la ricostruzione del fenomeno non convince, vedi Cirulli, *L'ircocervo*, in [www.judicium.it](#), 31 luglio 2019. Contrario anche nelle conclusioni Capponi, *Per le Sezioni Unite la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, pronunciata dal giudice dell'opposizione a precetto, è reclamabile ... perché così pensano le Sezioni Unite*, in [www.judicium.it](#), 26 luglio 2019.

[18] Cass. civ., sez. un., [23 luglio 2019, n. 19889](#), ha enunciato un principio di diritto, relativo alla reclamabilità del provvedimento sospensivo del giudice dell'opposizione a precetto ai sensi dell'[art. 615, comma 1, c.p.c.](#), su richiesta del Procuratore generale ex [art. 363, comma 1, c.p.c.](#) La ancora più articolata Cass. civ., sez. III, [17 ottobre 2019, n. 26285](#), invece, nel dichiarare inammissibile il ricorso presentato, ha affermato, nell'interesse della legge, ex [art. 363, comma 3, c.p.c.](#) otto principi di diritto: nel punto 7 due principi sulla contemporanea pendenza delle opposizioni a precetto e all'esecuzione e al punto 10 altri sei principi sui rapporti tra l'inibitoria pronunciata dal giudice dell'opposizione a precetto e la sospensione pronunciata dal giudice dell'esecuzione. Sull'[art. 363 c.p.c.](#), recentemente Salvaneschi, *L'iniziativa nomofilattica del Procuratore generale della Corte di cassazione nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, pagg. 65 ss.

[19] Si deve ricordare Sassani, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, pagg. 43 ss., e in [www.judicium.it](#), 3 giugno 2019, che ricostruisce l'evoluzione dell'esperienza della Corte e per l'attuale situazione, al par. 8, lamenta «una sorta di deriva “dottrinalistica”» e la «tecnica delle sentenze-trattato, lunghe ed elaborate sentenze per cui il caso da decidere è più l'occasione per fare “scienza” che per ricavare dal caso sottoposto il principio di diritto che esso caso impone. ... Fiorisce così una “dottrina giudiziaria” che, formandosi in sede impropria e senza le costrizioni proprie della letteratura scientifica, dà luogo ad una “paradottrina” tendenzialmente creatrice non di un precedente di giudizio ma di un precedente di sistema latore spesso di esiti negativi per la razionale organizzazione degli istituti e, in definitiva, per la certezza del diritto (che dovrebbe invece essere l'obiettivo perseguito)». In relazione a Cass. civ., sez. III, [17 ottobre 2019, n. 26285](#), recentemente Capponi, *Inibitorie e sospensioni nell'esecuzione forzata: istruzioni per l'uso nell'interesse della legge*, in [www.judicium.it](#), 24 ottobre 2019 e Id., *Postilla*, ivi, 5 novembre 2019, dove lamenta che oggi ci si trovi di fronte ad una «Corte ... assai poco interessata al processo e alle ragioni delle parti ... molto più interessata, invece, all'affermazione di principi astratti, ricostruzioni dogmatiche di istituti specie processuali, terze e impreviste soluzioni di casi discussi, regole di comportamento indirizzate ai pratici, norme che integrano o addirittura si sostituiscono alla disciplina del codice di procedura». Sull'attivismo della stessa III sezione civile della Cassazione Comandé, *Sulla responsabilità la Cassazione lancia il guanto di sfida*, in *Giuda dir.*, 2019, fasc. 49-50, pagg. 10 ss., che si riferisce a un «diluvio, evidentemente programmato,» di sentenze depositate simultaneamente l'11 novembre 2019 con cui la Corte riscrive regole, pone accenti e scandisce obiettivi in campo di colpa medica e di risarcimento del danno, annunciando tra le righe un'agenda per gli anni a venire.

Mancata comparizione nel giudizio di impugnazione provvedimenti omologazione del concordato preventivo

Il giudizio di impugnazione dei provvedimenti di omologazione del concordato preventivo: quali sono le conseguenze della mancata comparizione delle parti?

di Francesco Martire

DELL'8 GENNAIO 2020

Sommario

1. La disciplina delle impugnazioni nell'ambito del giudizio di omologazione del concordato preventivo
2. Cosa accade in caso di mancata comparizione delle parti nel giudizio ex art. 183 l. fall.
3. Riflessioni conclusive anche alla luce delle novità introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.lgs. n. 14/2019)

1. La disciplina delle impugnazioni nell'ambito del giudizio di omologazione del concordato preventivo

L'[art. 183 della legge fallimentare](#), nel disciplinare l'impugnazione dei provvedimenti giudiziali emessi nell'ambito del giudizio di omologazione del concordato preventivo, originariamente stabiliva che «contro la sentenza che omologa o respinge il concordato possono appellare gli opposenti e il debitore entro quindici giorni dall'affissione»^[1]. Successivamente, l'[art. 16, comma secondo d.lgs. 169/2007](#)^[2] ha integralmente sostituito la disposizione in esame, la quale attualmente prevede, al comma primo, che avverso il decreto di omologazione del Tribunale può essere proposto reclamo alla Corte d'Appello, la quale pronuncia in camera di consiglio. Contestualmente, il comma secondo, anch'esso modificato, stabilisce che con lo stesso reclamo è impugnabile la sentenza dichiarativa del fallimento, emessa dalla medesima Autorità giudiziaria ai sensi dell'[art. 180, comma settimo l. fall.](#), nell'ipotesi in cui il Giudice decida di respingere la richiesta di omologazione.

Il legislatore delegato, dunque, ha modificato la disciplina del giudizio di omologazione optando, sotto tale profilo, per lo strumento di impugnazione tipicamente utilizzato nell'ambito del procedimento camerale. La Relazione illustrativa del decreto citato giustifica tale innovazione affermando testualmente che «l'inserimento della previsione del reclamo alla Corte d'Appello per l'impugnazione sia del decreto, che dell'eventuale sentenza di fallimento emessi all'esito del giudizio di omologazione, serve a chiarire e razionalizzare il regime di impugnativa dei provvedimenti emessi all'esito del giudizio di omologazione, nel rispetto dei principi del "giusto processo"».

A seguito delle modifiche normative illustrate, si è posto un primo problema ermeneutico in relazione alle concrete modalità di svolgimento del procedimento camerale in esame, in assenza di specifiche indicazioni o rinvii da parte dell'[art. 183 l. fall.](#) Sotto tale profilo, è apparso necessario agli interpreti il riferimento all'[art. 18 l. fall.](#), il quale disciplina in modo puntuale il reclamo proponibile avverso la sentenza che dichiara il fallimento, in quanto tale mezzo di impugnazione, al pari di quello ex [art. 183 l.](#)

[1] Cfr. [art. 183, comma 1 r.d. 267/1942](#).

[2] Si tratta del Decreto Legislativo contenente «Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della legge 14 maggio 2005, n. 80».

[fall.](#), ha natura camerale. Ciononostante, ci si è ulteriormente chiesti se, in assenza di espresso rinvio legislativo, le regole procedurali contenute nell'[art. 18 l. fall.](#) possano essere applicate senza limiti di sorta oppure se, data la ontologica eterogeneità dei giudizi disciplinati dalle disposizioni in esame, esse risultino utilizzabili solo nel peculiare caso di cui all'[art. 183, comma 2 l.f.](#), poiché in tale ipotesi il rigetto della richiesta di omologazione ha come fisiologica conseguenza l'emissione della sentenza dichiarativa di fallimento.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità, nell'occuparsi del differente problema concernente l'individuazione del termine entro il quale il reclamo debba essere proposto, ha più volte ribadito che il procedimento di impugnazione disciplinato dagli artt. [18](#) e [183 l. fall.](#) debba essere considerato come unitario, con la conseguenza che il paradigma processuale di riferimento risulta in ogni caso identificabile in quello descritto dall'[art. 18 l. fall.](#), a prescindere dal fatto che il ricorrente contesti il decreto di omologazione ovvero quello di rigetto della richiesta e la contestuale sentenza dichiarativa del fallimento, non residuando alcuno spazio per l'applicazione della disciplina generale dei procedimenti camerali contenuta nel codice di procedura civile^[3].

Alla luce delle suesposte considerazioni, appare evidente come il problema delle conseguenze della mancata comparizione delle parti nel giudizio di reclamo avverso il decreto di omologazione del concordato preventivo passi inevitabilmente per la soluzione delle questioni aventi ad oggetto la reale natura giuridica dell'impugnazione prevista dalle disposizioni della [legge fallimentare](#) e la coerenza sistematica della soluzione ermeneutica che non individua nell'[art. 183](#) alcun implicito riferimento alla disciplina generale dei procedimenti in camera di consiglio, ritenendo integralmente applicabile la disciplina speciale di cui all'[art. 18](#). Tuttavia, come si vedrà, la giurisprudenza e la dottrina che si sono occupate di tali problematiche appaiono tutt'oggi molto variegiate, risentendo specialmente della copiosa e disarticolata produzione legislativa che da sempre caratterizza la materia fallimentare.

2. Cosa accade in caso di mancata comparizione delle parti nel giudizio ex [art. 183 l. fall.](#)

La giurisprudenza di legittimità, nel tentare di sciogliere il nodo interpretativo oggetto d'esame, ha focalizzato l'attenzione sulla natura giuridica del reclamo, assestandosi su posizioni apparentemente differenti.

Infatti, secondo alcune pronunce^[4], il legislatore delegato, sostituendo l'appello con il reclamo, avrebbe intro-

^[3] *Ex multis* cfr. Cass. civ., Sez. 1, [20.9.2013 n. 21606](#): «L'unitario reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento conseguente al diniego di omologazione del concordato preventivo e avverso il contestuale decreto di diniego dell'omologazione va proposto nel termine di trenta giorni, decorrenti per il debitore dalla notificazione della sentenza, e non in quello più breve di dieci giorni, in quanto il reclamo cui fa riferimento l'[art. 183, secondo comma l. fall.](#) è quello previsto dall'[art. 18](#) della medesima legge, e non può reputarsi che il termine muti a seconda che la sentenza sia o meno pronunciata all'esito del decreto di diniego dell'omologazione del concordato, non residuando dunque alcuno spazio per l'applicazione della disciplina generale dei procedimenti camerali, prevista dal codice di procedura civile»; Cass. civ., Sez. 1, [9.2.2017 n. 3463](#): «La circostanza che con il medesimo atto possano essere impugnati due distinti provvedimenti – di cui uno entro il termine specificato dall'[art. 18 l. fall.](#) – impone, per un'evidente lettura costituzionalmente orientata della disciplina, di ritenere applicabile tale termine anche all'impugnazione del solo decreto di omologazione, o di diniego di omologazione: non potendo esso mutare a seconda del contenuto del provvedimento impugnato e dell'eventualità che, contestualmente al diniego di omologazione, venga pronunciata, o no, una separata sentenza di fallimento»; ancora, più di recente si è pronunciata negli stessi termini Cass. civ., Sez. 1, [3.10.2019 n. 24797](#). Tale impostazione, tuttavia, non risulta unanimemente condivisa. In particolare, nella Relazione n. 27 del 6.3.2019 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, utilizzata come principale riferimento ai fini della ricostruzione della disciplina oggetto d'esame, si sottolinea come specialmente in dottrina vi sia la tendenza ad affermare che «il rapporto tra i due commi dell'[art. 183 l. fall.](#) andrebbe diversamente interpretato, riservando l'assimilazione al procedimento di cui all'[art. 28 l. fall.](#) esclusivamente al caso in cui il reclamo venga proposto avverso il diniego di omologazione e contestualmente avverso la sentenza di fallimento (e dunque al caso previsto dal secondo comma) ed individuando invece, ai sensi dell'[art. 742 bis c.p.c.](#), nel modello di cui all'[art. 739 c.p.c.](#) quello da seguire nei casi in cui il giudizio di omologazione venga definito senza dichiarare contestualmente il fallimento». Un approfondimento dell'evoluzione normativa che ha interessato l'[art. 183 l. fall.](#) e dei problemi interpretativi da essa derivanti è contenuto in Fabbrizzi, *Concordato preventivo: impugnazione del provvedimento conclusivo del giudizio di omologazione*, 2019.

^[4] In particolare, si veda Cass. civ., Sez. 1, [24.05.2012 n. 8227](#): «Nei giudizi in cui trova applicazione la riforma di cui al [d.lgs. 169/2007](#), che ha modificato l'[art. 18 l. fall.](#) denominando l'impugnazione avverso la sentenza dichiarativa di fallimento come «reclamo», in luogo del precedente appello, questo mezzo, in coerenza con la natura camerale dell'intero procedimento, è caratterizzato, per la sua specialità, da un effetto devolutivo pieno, non soggetto ai limiti previsti, in tema di appello, dagli artt. [342](#) e [345](#) cod. proc. civ., pur attenendo a un provvedimento decisorio, emesso all'esito di un procedimento contenzioso svoltosi in contraddittorio e suscettibile di acquistare autorità di cosa giudicata. Ne consegue che, dovendosi applicare le norme sul reclamo, in quanto non derogate dall'[art. 18 legge fall.](#), vale il principio per cui, in caso di difetto di comparizione del reclamante all'udienza di trattazione, il giudice, verificata la regolarità della notificazione del ricorso e del decreto, deve decidere il reclamo nel merito, esclusa la possibilità di una decisione di rinvio della trattazione o di improcedibilità per disinteresse alla defini-

dotto nell'ambito del giudizio di omologazione uno strumento di impugnazione avente effetto devolutivo pieno, in coerenza con la natura camerale del corrispondente paradigma procedimentale. Per tali ragioni, esso non sarebbe soggetto ai limiti fissati per l'appello dagli artt. [342](#) e [345](#) c.p.c., derivando da tale circostanza che, in caso di mancata comparizione del reclamante all'udienza di trattazione, il giudice, una volta verificata la regolare instaurazione del contraddittorio in forza della prova della notifica del ricorso e del decreto, avrebbe comunque il potere di decidere nel merito della controversia. In sostanza, in forza di tale impostazione ermeneutica, dal tipico effetto pienamente devolutivo del reclamo deriverebbe l'inapplicabilità al relativo giudizio della disciplina codicistica ed in particolare dell'[art. 348, comma secondo c.p.c.](#), in base al quale «Se l'appellante non compare alla prima udienza benché si sia anteriormente costituito, il collegio, con ordinanza non impugnabile, rinviava la causa ad una prossima udienza, della quale il cancelliere dà comunicazione all'appellante. Se anche alla nuova udienza l'appellante non compare, l'appello è dichiarato improcedibile anche d'ufficio».

Altri arresti, al contrario, affermano un principio di diritto differente, negando l'effetto pienamente devolutivo del reclamo: nello specifico, in tali pronunce si precisa che l'ambito dell'impugnazione resterebbe comunque circoscritto a quanto dedotto dal ricorrente, senza che la Corte d'Appello abbia il potere di riesaminare in modo completo l'oggetto della controversia^[5].

A ben vedere, tuttavia, le conclusioni cui giunge tale filone interpretativo sono coerenti con quelle precedentemente illustrate. Sotto tale profilo, assumono rilevanza le argomentazioni contenute in Cass. civ., Sez. 1, [19.03.2014 n. 6306](#): in tale occasione la Corte ha chiarito che «Il reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento, limitatamente ai procedimenti in cui trovi applicazione la riforma di cui al [d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169](#), è caratterizzato da un effetto devolutivo pieno, con conseguente inapplicabilità dei limiti previsti dagli artt. [342](#) e [345](#) cod.

proc. civ., sicché le parti sono abilitate a proporre anche questioni non affrontate nel giudizio innanzi al tribunale, fermo restando che, se il devolvibile non incontra i limiti previsti dalle predette norme, il devoluto resta pur sempre soltanto quello definito dal reclamo». Tale ultima precisazione risulta di particolare importanza, poiché mette a sistema l'idea dell'effetto pienamente devolutivo del reclamo, coerente con la funzione che tale mezzo assume nell'ambito del procedimento camerale, con il disposto dell'[art. 18, comma secondo n. 3 l. fall.](#), in base al quale il ricorso deve contenere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione. Infatti, ad avviso della pronuncia in questione, la proposizione del reclamo non incontra i limiti insiti nella disciplina dei *nova* espressamente dettata per l'appello, permettendo all'istante di sollevare questioni o chiedere l'assunzione di prove pur in assenza di specifiche deduzioni nei precedenti gradi giudizio; allo stesso tempo, tuttavia, l'oggetto della cognizione del giudice dell'impugnazione rimane comunque circoscritto nel perimetro di quanto espressamente devoluto. Tale impostazione, dunque, facendo propria la tesi dell'effetto pienamente devolutivo, sebbene rivisitata alla luce della distinzione tra il devoluto ed il devolvibile, giunge anch'essa ad affermare l'inapplicabilità dell'[art. 348, comma secondo c.p.c.](#) nel caso in cui le parti non compaiano all'udienza di trattazione, in forza dell'attribuzione al reclamo di cui agli artt. [183](#) e [18 l. fall.](#) di una natura ontologicamente diversa rispetto a quella dell'appello disciplinato dal codice di rito. In conclusione, sul versante giurisprudenziale, si coglie chiaramente una tendenza che, sebbene per il tramite di percorsi argomentativi differenti, risulta di fatto omogenea e finalizzata ad un'interpretazione equilibrata delle disposizioni di riferimento, oltre che maggiormente rispettosa della volontà del legislatore delegato, chiaramente evincibile dalla Relazione di accompagnamento alla Novella del 2007.

Peraltro, siffatta ricostruzione ben si coniuga con la *ratio* di fondo della disciplina fallimentare, la quale predilige la risoluzione della crisi d'impresa per il tramite di

zione o — come nella specie — di non luogo a provvedere». Inoltre, è possibile rinvenire il medesimo orientamento anche in Cass. civ., Sez. 1, [24.03.2014 n. 6835](#); Cass. civ., Sez. 1, [6.03.2017 n. 5520](#).

[5] In tal senso si esprime Cass. civ., Sez. 1, [5.06.2014 n. 12706](#): «Il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento ex [art. 18 legge fall.](#) (nella formulazione vigente «*ratione temporis*», conseguente alla modifica introdotta con il [d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169](#)) deve contenere l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione e le relative conclusioni, ancorché non sia richiesta l'indicazione degli «specifici motivi» di cui all'art. [342](#) e [345](#) cod. proc. civ. Ne consegue che tale mezzo non ha carattere pienamente devolutivo poiché l'ambito dell'impugnazione resta circoscritto alle sole questioni tempestivamente dedotte dal reclamante, in ciò differenziandosi dal reclamo avverso il decreto di rigetto di cui all'[art. 22 legge fall.](#), che non richiede particolari forme volte a delinearne il contenuto ed ha piena natura devolutiva, attribuendo alla corte d'appello il riesame completo della «*res iudicanda*», senza che l'ambito della sua cognizione sia limitato alla valutazione della fondatezza delle ragioni fatte valere dalla parte reclamante».

soluzioni concordate. Infatti, importante corollario dei principi di diritto illustrati consiste nel fatto che, nel caso in cui venga impugnata la sentenza di fallimento emessa ai sensi dell'[art. 183, comma 2 l. fall.](#), «ove il debitore abbia impugnato la declaratoria fallimentare, censurando, altresì, la sua mancata ammissione al concordato, il giudice adito ai sensi degli artt. [18](#) e [162 l. fall.](#), che dichiara la nullità della dichiarazione di fallimento, è tenuto a riesaminare le questioni concernenti l'ammissibilità della procedura concorsuale minore, avuto riguardo alla preferenza manifestata dall'ordinamento per le soluzioni concordate della crisi d'impresa e al coincidente interesse del reclamante a perseguirle»[6].

Si ricorda, tuttavia, che parte della dottrina si pone su un versante ideologico nettamente opposto, prediligendo un'interpretazione più rigida che valorizza il dettato dell'[art. 18, comma secondo n. 3 l. fall.](#) In particolare, secondo tale impostazione, la necessità di indicazione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si basa l'impugnazione rappresenterebbe un elemento dal quale inferire la non omogeneità del reclamo *ex art. 183 l. fall.* rispetto a quello di cui all'art. 18 della medesima legge, con conseguente applicabilità della disciplina codicistica e degli stessi limiti cui è soggetto l'appello. Logico corollario, dunque, sarebbe l'applicabilità dell'[art. 348, comma secondo c.p.c.](#): il giudice, a fronte della mancata comparizione delle parti, avrebbe l'obbligo legale di disporre il rinvio dell'udienza di trattazione e, nel caso di reiterata assenza, chiudere in rito il giudizio emettendo una sentenza di improcedibilità del gravame[7].

3. Riflessioni conclusive anche alla luce delle novità introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.lgs. n. 14/2019)

A seguito della [legge 155/2017](#), concernente la «Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza», il legislatore delegato ha emanato il [d. lgs. 14/2019](#), il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, nell'ottica di una completa riforma della

disciplina della crisi d'impresa. Tale provvedimento rappresenta un tentativo di sistemazione integrale della normativa fallimentare, frutto di numerosi ma disorganici interventi legislativi succedutisi nel tempo.

Con specifico riferimento alle questioni oggetto d'interesse, è opportuno precisare che il Codice disciplina l'accesso alle procedure di regolazione della crisi agli artt. [40](#) e ss.: tali disposizioni prevedono che qualunque domanda diretta alla regolazione della crisi debba essere presentata nel rispetto dei medesimi requisiti formali e contenutistici. Tuttavia, il legislatore delegato non si è spinto, a differenza di quanto inizialmente prospettato, fino alla creazione di un procedimento realmente unitario. Infatti, l'[art. 7, comma primo del medesimo decreto](#) prevede che «Le domande dirette alla regolazione della crisi o dell'insolvenza sono trattate in via d'urgenza e in un unico procedimento; a tal fine ogni domanda sopravvenuta va riunita a quella già pendente». Da tale enunciato è possibile evincere che la trattazione congiunta delle possibili estrinsecazioni della procedura di regolazione non si realizza attraverso l'applicazione omogenea di un unico paradigma procedimentale, ma piuttosto attraverso il meccanismo del *simultaneus processus*, riunendo le domande sopravvenute a quelle già pendenti a prescindere dal fatto che esse siano volte alla liquidazione ovvero alla realizzazione di una soluzione concordata.

Tanto premesso, non può non notarsi come la recente Novella esprima in modo ancora più chiaro la tendenza del legislatore, già emersa in passato, all'omogeneizzazione delle procedure concorsuali, quantomeno sotto il profilo schiettamente procedimentale, alla luce della necessità di elaborare un sistema normativo in grado di assicurare la celere definizione della crisi d'impresa specialmente per il tramite di soluzioni concordate, quali il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione del debito. A conferma di ciò, basti pensare che l'[art. 48](#), comma settimo del Codice stabilisce che «Se il tribunale non omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione, dichiara con sentenza, su ricorso di uno dei sog-

[6] Tiscini, *L'effetto devolutivo del reclamo contro la sentenza di fallimento e i rapporti concordato preventivo-fallimento*, 2018. L'Autrice sottolinea come «È questa una soluzione che correttamente coniuga plurime esigenze e perciò da condividere: da un lato, la necessità di porre fine alla crisi, se non attraverso la revoca del fallimento quanto meno per la "riesumazione" della via concordataria. Da un altro, la preferenza del concordato sul fallimento, opzione che – anche nella logica della continuità tra l'uno e l'altro – la giurisprudenza di legittimità insiste nel confermare sotto diversi profili. Da un altro ancora, proprio la funzione pienamente devolutiva del reclamo che consente di unificare la gestione di plurime procedure avviate intorno alla medesima decozione attribuendo al giudice del reclamo pieni poteri di accertamento e cognitivi, pure in deroga alla logica delle funzioni devolutive del reclamo».

[7] Sul punto cfr. De Santis, *Per un tentativo di chiarezza di idee attorno al preteso effetto devolutivo "pieno" del reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento*, 2012.

getti legittimati, l'apertura della liquidazione giudiziale»; allo stesso tempo, l'[art. 51](#) dispone che «Contro la sentenza del tribunale che pronuncia sull'omologazione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione oppure dispone l'apertura della liquidazione giudiziale le parti possono proporre reclamo. La sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale può essere impugnata anche da qualunque interessato. Il reclamo è proposto con ricorso da depositare nella cancelleria della corte di appello nel termine di trenta giorni». Le modifiche apportate risultano di particolare importanza ai fini della presente trattazione, in quanto non solo la decisione del Tribunale ha assunto la forma della sentenza indipendentemente dal fatto che omologhi il concordato o l'accordo di ristrutturazione o, ancora, dichiarare l'apertura del-

la liquidazione, ma la fase di impugnazione delle suddette decisioni diviene effettivamente unitaria, essendo regolata da regole procedurali che ricalcano quelle del giudizio *ex* [art. 18 l. fall.](#)

Conclusivamente, si ritiene che l'evoluzione pretoria concernente il problema della mancata comparizione delle parti nel giudizio di impugnazione dei provvedimenti relativi all'omologazione del concordato preventivo possa a maggior ragione ritenersi condivisibile, poiché coerente con la volontà legislativa, definitivamente espressa nel nuovo Codice del fallimento. Suddetta impostazione ermeneutica, infatti, ben si armonizza con quanto emerge dal dato positivo, confermando l'idea della identità del reclamo di cui agli artt. [18](#) e [183 l. fall.](#), con conseguente inapplicabilità della disciplina codicistica^[8].

[8] Per la ricostruzione della disciplina del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza si è fatto riferimento a Pagni, *Codice della crisi e dell'insolvenza: il procedimento unitario*, 2019.

Tutela del lavoro e disciplina concorsuale

Godot è infine arrivato? Alcune note in tema di tutela del lavoro tra presente e futuro della disciplina concorsuale

di Mattia Polizzi

DEL 9 GENNAIO 2020

Sommario

1. Introduzione
2. L'assenza di una disciplina specifica nella legge fallimentare
3. Le risposte della giurisprudenza
4. Le soluzioni accolte dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza
5. Riflessioni conclusive

1. Introduzione

Il tema della tutela del lavoro nel fallimento costituisce un argomento “caldo” alla luce dei recenti eventi che hanno caratterizzato la congiuntura economica nostrana (e mondiale), pur non trattandosi di una tematica estranea ad epoche meno recenti.

Oltre alle dinamiche socio-economiche sottese alla questione la materia è stata interessata – per lungo tempo – da notevoli incertezze ermeneutiche, legate (anche) al sostanziale silenzio serbato dal dettato normativo.

È stato efficacemente messo in luce che il sistema delle norme giuslavoristiche e quello concorsuale-fallimentare costituiscono “due microcosmi in endemico contrasto”^[1]. Difatti, se quest'ultimo risulta orientato alla salvaguardia

degli interessi della massa fallimentare e del principio della *par condicio creditorum*, il primo modello risulta invece fortemente influenzato dalla tutela del soggetto storicamente e tradizionalmente considerato parte debole del rapporto, ossia il lavoratore.

Un punto di equilibrio è effettivamente difficile da perseguire, alla luce di plurimi fattori. Ad esempio, la circostanza che i due modelli normativi di riferimento sono “tendenzialmente autoreferenziali ed abituati ad affrontare e risolvere le questioni giuridiche secondo le proprie norme ed i propri principi”^[2]. Inoltre – se non, soprattutto – l'assenza di una disciplina normativa *in subiecta materia*. Peraltro, è stato sottolineato che il tema dei rapporti tra tutela del ceto creditorio e degli interessi dei lavoratori è

[1] L'espressione è di Perrino, *Contratto di lavoro in corso e fallimento: strumenti antichi e questioni nuove*, in *Foro it.*, 2012, I, pag. 2357. Oltre a questo contributo si v. sul tema, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, Alleva, *Fallimento e tutela del lavoratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, pagg. 210 e ss.; Id., *La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2001, I, pagg. 671 e ss.; Aniballi, *Crisi di impresa e sospensione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, pagg. 29 e ss.; Baranca, *Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti (artt. 172-192)*, in Giorgetti (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 2019, Pisa, pagg. 168 e ss.; Caiata, *Licenziamento ad opera del curatore e conseguenze*, in *Dir. fall.*, 2013, II, pagg. 344 e ss.; Cosattini, *Tutela del rapporto di lavoro nel fallimento fra disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *www.osservatorio-oci.org*, settembre 2018, pagg. 1 e ss.; De Angelis, *Fallimento e rapporti di lavoro: brevi considerazioni dopo la riforma del 2006*, in *Foro it.*, 2007, V, pagg. 86 e ss.; Geria, *Il rapporto di lavoro subordinato nel nuovo Codice della crisi d'impresa*, in *ilFallimentarista*, 11 aprile 2019, pagg. 1 e ss.; Lassandari, *I licenziamenti e le procedure concorsuali*, in *Variazioni sui temi di diritto del lavoro*, 2018, pagg. 45 e ss.; Magnani, *Crisi d'impresa tra diritto del lavoro e mercato*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, I, pagg. 1359 e ss.; Nardecchia, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Disciplina, novità e problemi applicativi*, 2019, Molfetta, pagg. 111 e ss.; Nicolussi Principe, *Giudice del lavoro o giudice fallimentare? La Suprema Corte estende la cognizione del giudice del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, pagg. 125 e ss.; Tullini, *Retrocessione al fallimento dell'azienda in affitto e licenziamento dei lavoratori*, in *Giur. comm.*, 2016, II, pagg. 418 e ss.; Id., *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, pagg. 199 e ss.

[2] Cosattini, *op. cit.*, pag. 2.

rimasto “sostanzialmente sopito”[3] finché è rimasta in vigore la c.d. CIGS concorsuale, ci cui all’[art. 3, 1° comma, l. 23 luglio 1991, n. 223](#)[4], a norma del quale “il trattamento straordinario di integrazione salariale è concesso, con decreto del Ministro del lavoro e della prevenzione sociale, ai lavoratori delle imprese soggette alla disciplina dell’intervento straordinario di integrazione salariale, nei casi di dichiarazione di fallimento, di emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all’amministrazione straordinaria, quando sussistano prospettive di continuazione o di ripresa dell’attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione, da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali”. L’istituto *de quo*, dunque, approntava una sorta di “scudo” previdenziale in grado da un lato di garantire un reddito ai dipendenti anche durante il periodo di sospensione e dall’altro di lenire le criticità derivanti dalla lacuna normativa anzidetta. L’abrogazione, a partire dal 1° gennaio 2016[5], di tale ammortizzatore sociale ha colorato di (ancora) maggiori criticità il silenzio della legge.

È al contempo vero, come osservato dalla dottrina, che il sistema concorsuale ha assunto come una sorta implicito presupposto, improntato alla predilezione per (ed alla ricerca di) forme di conservazione o di riorganizzazione dei mezzi produttivi nonché di modalità di soluzione della crisi d’impresa di natura consensuale[6]. Vi è stato, in altri termini, una sorta di “innesto d’un fine propriamente conservativo dell’impresa in crisi [...] alla tutela del lavoro e di interessi socio-economici più ampi rispetto a quelli dei creditori” già a partire dalla riforma del diritto fallimentare di cui al [d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5](#), finalizzato alla “rivisitazione di istituti destinati ad attivare una sorta di commercializzazione dell’impresa insolvente, come l’affitto, la vendita o la cessione anche parziale [...] istituti che, non a caso, prevedono in modo esplicito la salvaguardia dell’occupazione e l’intervento delle rappresentanze sindacali”. Tuttavia, ferma la validità di quanto or ora esposto, la medesima dottrina sottolinea come “l’aggancio con le regole lavoristiche funziona solo a metà e lascia ampie zone d’incertezza”[7]: in altri termini, la preoccupazione per il mantenimento dei li-

velli occupazionali resta un proposito affermato con riferimento a singoli istituti previdenziali o fallimentari, ma non cristallizzato in norme di portata generale.

2. L’assenza di una disciplina specifica nella legge fallimentare

Per quanto riguarda il sistema retto dalla [legge fallimentare](#), l’analisi del quale appare di interesse sia per scopi ricostruttivi sia perché è questa la principale fonte normativa della materia in attesa dell’entrata in vigore del codice della crisi di impresa, il punto di partenza è rappresentato indubbiamente dall’[art. 2119 c.c.](#): in particolare, il comma 2 della norma dispone che il fallimento del datore di lavoro (al pari della liquidazione coatta amministrativa) non integra, di per sé considerato, una giusta causa di risoluzione del contratto. La norma, tuttavia, da un lato non esclude che il fallimento possa consentire il recesso dal rapporto di lavoro integrando una motivazione differente dalla giusta causa (ad esempio, il giustificato motivo oggettivo); dall’altro – e per ciò che più da vicino interessa – non esplicita alcunché in merito alla prosecuzione o meno del rapporto di lavoro in seguito alla dichiarazione di fallimento.

Una carenza siffatta si registra anche nell’ambito della [legge fallimentare](#), ove manca una norma espressamente riferita alla disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti di lavoro subordinato. Sicché, non si potrà che far riferimento all’[art. 72, comma 1, l. fall.](#) a norma del quale «se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l’esecuzione del contratto [...] rimane sospesa fino a quando il curatore, con l’autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo [...]»; il capoverso dell’articolo citato, inoltre, afferma che «il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a sessanta giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto”.

Pertanto, trova applicazione nella disciplina *de qua* la regola per così dire «classica» dettata con riferimento ai cc.dd. contratti pendenti, incentrata sulla fase di quie-

[3] Cosattini, *op. cit.*, pag. 3.

[4] Così come risultante dalle modifiche apportate dall’[art. 2, comma 70, l. 28 giugno 2012, n. 92](#) e dall’[art. 46-bis, comma 1, lett. h\), d.l. 22 giugno 2012, n. 83](#), conv. con modificazioni dalla [l. 7 agosto 2012, n. 134](#).

[5] [Ex art. 2, comma 70, l. 92/2012](#).

[6] Cfr. Tullini, *op. ult. cit.*, pagg. 200 e ss.

[7] Tullini, *op. ult. cit.*, pagg. 201-202, alla quale è sono da riferirsi anche i precedenti virgolettati.

scenza (con contestuale sospensione delle obbligazioni in capo alle parti) e sulla successiva scelta ad opera del curatore in merito alla possibilità di subentro nel rapporto. Il problema degli effetti della dichiarazione di fallimento non si pone (o meglio: si pone con minori profili di criticità) qualora venga disposto (d'ufficio o su richiesta del curatore) l'esercizio provvisorio: troverà applicazione l'[art. 104 l. fall.](#) e non vi saranno modifiche sostanziali alla situazione del lavoratore. Del pari, problemi particolari non appaiono verificarsi nel caso in cui il curatore decida, ai sensi dell'[art. 72, comma 1, l. fall.](#), di subentrare nel rapporto di lavoro, senza che sia stato disposto l'esercizio provvisorio: in tale evenienza il curatore diverrà parte del rapporto medesimo e quest'ultimo continuerà a produrre validamente i propri effetti.

Questioni indubbiamente più rilevanti si presentano nel caso in cui non venga disposto l'esercizio provvisorio: chiaramente, in tale circostanza l'attività di impresa cessa e rende "inutile", ai fini della procedura, la prestazione lavorativa ed il curatore sarà indotto a non esercitare il potere di subentro. Il lavoratore, dunque, si trova in un regime di sospensione, privo di qualsivoglia trattamento retributivo (si ricordi l'abrogazione dell'istituto della CIGS concorsuale) e contributivo. Una situazione di precarietà, questa, destinata a durare in ipotesi anche molto a lungo – considerata l'assenza di limitazioni temporali che emerge dall'[art. 72 l. fall.](#) – e che è destinata a mutare solo nel caso cui il curatore eserciti il potere di sciogliersi dal contratto. Chiaramente, il lavoratore può attivare il meccanismo di messa in mora di cui al secondo allinea della disposizione citata: tuttavia, appare chiaro che così facendo correrà il rischio di subire la risoluzione del contratto derivante dal mancato esercizio della facoltà di subentro ad opera del curatore entro il termine assegnatogli.

Non solo. Numerosi altri argomenti restano privi di una risposta normativa. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il curatore eserciti il recesso: è tenuto a rispettare l'obbligo di preavviso? E, in caso di risposta affermativa, qualora detto obbligo non venga adempiuto, spetta al lavoratore la relativa indennità sostitutiva? Ed ancora, venendo al punto centrale della questione nella dinamica concorsua-

le, tale indennità deve essere intesa come credito concorsuale privilegiato ai sensi dell'[art. 2751-bis, n. 1, c.c.](#), ovvero come credito sorto in occasione della procedura fallimentare e dunque prededucibile ai sensi dell'[art. 111 l. fall.](#)? Nel caso in cui il rapporto si sciogla alla luce del disposto dell'[art. 72 l. fall.](#), il lavoratore ha diritto al beneficio della NASpI? E tale istituto, spetta anche nel caso in cui la risoluzione del rapporto sia dovuta in virtù della messa in mora di cui al [comma 2 dell'art. 72 l. fall.](#)?

La [legge fallimentare](#) risulta invece maggiormente esaustiva per ciò che riguarda gli effetti sui rapporti di lavoro derivanti dal trasferimento di azienda operata dagli organi della procedura. Si pensi all'[art. 105](#), commi [3](#) e [4](#), l. fall., il quale disciplina la sorte dei rapporti di lavoro in siffatta evenienza, disponendo che "*nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti*" e che "*salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento*"; si pensi, altresì, all'[art. 104-bis, comma 6, l. fall.](#), a norma del quale "*la retrocessione al fallimento di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto dagli articoli [2112](#) e [2560](#) del codice civile. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla Sezione IV del Capo III del titolo II*", ossia gli artt. [72](#) ss. l. fall.[\[8\]](#).

3. Le risposte della giurisprudenza

Ai quesiti anzidetti, fermo il silenzio del legislatore, ha cercato di dare risposte l'opera ermeneutica della giurisprudenza.

In primo luogo è possibile ricordare che il *trend* giurisprudenziale è piuttosto univoco nell'affermare l'applicabilità dell'[art. 72 l. fall.](#) anche ai contratti di lavoro subordinato[\[9\]](#).

Piuttosto pacifico risulta anche l'opinione pretoria in merito alle modalità di risoluzione del rapporto. Non sussi-

[\[8\]](#) Sul tema si v., *ex pluris*, Cosattini, *Retrocessione al fallimento dell'azienda affittata e licenziamento: il difficile equilibrio fra esigenze della massa e tutela del lavoratore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, pagg. 952 e ss.; Tullini, *Retrocessione al fallimento dell'azienda in affitto e licenziamento dei lavoratori*, in *Giur. comm.*, 2016, II, pagg. 418 e ss.; Id. *Tutela del lavoro*, cit., pagg. 227 ss.

[\[9\]](#) Sin da Cass. Civ., Sez. Lav., [14 maggio 2012, n. 7473](#), in *Foro it.*, 2012, I, pagg. 2357 e ss., con nota di Perrino, *op. cit.* Più di recente cfr., a mero titolo di esempio, Cass. Civ., Sez. Lav., [11 gennaio 2018, n. 522](#); Cass. Civ., Sez. Lav., 23 marzo 2018, n. 7308; Cass. Civ., Sez. I, [30 maggio 2018, n. 13693](#); Trib. Santa Maria Capua Vetere 21 febbraio 2013, in *Dir. fall.*, 2013, II, pagg. 344 e ss., con nota di Caiata, *op. cit.*; Trib. Milano 5 maggio 2015, n. 5571, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, pagg. 941 ss., con nota di Cosattini, *op. ult. cit.*

stono particolari dubbi per ciò che riguarda il caso in cui il curatore sia subentrato nel contratto: in tale evenienza, il successivo recesso non potrà che soggiacere alla “comune” disciplina lavoristica. Maggiori incertezze si presentano, per converso, nell’ipotesi in cui il curatore eserciti la facoltà di resiliazione senza essere subentrato nel rapporto, dopo il periodo di sospensione di cui al [primo comma dell’art. 72 l. fall.](#): anche in questo caso gli Ermellini hanno affermato che il recesso debba essere esercitato nel rispetto delle norme dettate in tema di licenziamento individuale e collettivo, sottolineando che le ragioni di tutela della massa fallimentare non si pongono in contrasto con quelle poste a tutela della situazione del lavoratore^[10]. Non risultano, invece, almeno a consta, pronunce che si occupino delle modalità di risoluzione del rapporto del lavoro in seguito all’*actio interrogatoria* di cui all’[art. 72, comma 2, l. fall.](#)

La ritenuta operatività della disciplina lavoristica in punto di risoluzione del rapporto di lavoro implica l’obbligo per il curatore di rispettare il termine di preavviso applicabile al rapporto di lavoro ed il pagamento, in caso di omissione della indennità sostitutiva: da considerarsi – secondo l’orientamento che appare maggioritario – quale credito privilegiato ai sensi dell’[art. 2751-bis, n. 1, c.c.](#) (e non come credito prededucibile)^[11].

Nessuna indicazione proviene dalla giurisprudenza esaminata sul tema della possibilità per il lavoratore di ottenere, a seguito della cessazione del rapporto di lavoro, la NASpI di cui all’[art. 3 d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22](#), a norma del quale la misura in parola spetta «ai lavoratori che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione» e che siano titolari dei requisiti previsti dalla medesima normativa.

4. Le soluzioni accolte dal codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza

Su di tale incerto sostrato giuridico si innestano le novità introdotte dal [d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14](#) (c.d. codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, o anche, per comodità espositiva, c.c.i.) conseguente alla [legge-delega 19](#)

[ottobre 2017, n. 155](#). Il codice ha portato una decisa innovazione nell’ambito di studio che ci interessa, dedicando alla tutela del lavoro nel fallimento gli artt. da 189 a 191^[12], rubricati rispettivamente “*rapporti di lavoro subordinato*”, “*trattamento NASpI*” ed “*effetti del trasferimento di azienda sui rapporti di lavoro*”. L’attuale articolato normativo è, peraltro, differente rispetto a quello inizialmente sottoposto all’approvazione del Governo da parte della commissione Rordorf^[13].

Preliminarmente è opportuno osservare che il [d.lgs. 14/2019](#) ha innovato anche il codice civile: l’art. 2219, comma 2, c.c. dispone ora infatti che non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto la liquidazione coatta amministrativa e che “*gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro sono regolati dal codice della crisi e dell’insolvenza*” (modifica operata dall’[art. 376 c.c.i.](#)). La precedente regola posta dalla disciplina codicistica viene oggi ripresa dal [comma 1 dell’art. 189 c.c.i.](#), a norma del quale “*l’apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del datore di lavoro non costituisce motivo di licenziamento*”. Nonostante il riferimento non sia più alla “giusta causa” di cui alla versione originaria dell’[art. 2119, comma 2, c.c.](#), la dottrina evidenzia al riguardo che non pare vi siano particolari mutamenti rispetto alla disciplina previgente^[14].

Il secondo periodo dell’[art. 189, comma 1, c.c.i.](#) pone quella che appare essere la regola fondamentale della materia, mutuata dall’orientamento pretorio che – come si è detto – ha affermato la piena operatività dell’[art. 72 l. fall.](#) anche con riferimento ai contratti di lavoro. Difatti, il codice dispone oggi che “*i rapporti di lavoro subordinato in atto alla data della sentenza dichiarativa restano sospesi fino a quando il curatore, con l’autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, comunica ai lavoratori di subentrarvi assumendo i relativi obblighi, ovvero il recesso*”. L’apertura della liquidazione giudiziale, dunque, comporta la sospensione automatica dei rapporti di lavoro in essere: il curatore potrà decidere se subentrarvi ovvero se operare il recesso, previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori.

^[10] Cfr. al riguardo Cass. 522/2018, cit.; Cass. 7308/2018, cit.; Cass. Civ., Sez. Lav., [2 marzo 2009, n. 5032](#), in *Fall.*, 2009, pagg. 1154 ss., con nota di Roton-di, *Licenziamenti collettivi: obbligo di applicazione della procedura di cui alla legge n. 223/1991 anche all’impresa fallita*; Cass. Civ., Sez. Lav., 11 novembre 2011, n. 23665; Cass. Civ., Sez. Lav., [23 settembre 2011, n. 19405](#).

^[11] Cfr. Trib. Milano 5571/20155, cit. *Contra*, in dottrina, L.A. COSATTINI, *Tutela del rapporto di lavoro*, cit., 9, sub nota 16.

^[12] Contenuti nel Capo I («imprenditori individuali e società»), del Titolo V («liquidazione giudiziale») della Parte I del codice.

^[13] Sul punto cfr. Cosattini, *Tutela del rapporto di lavoro*, cit., pagg. 11 ss.

^[14] Cfr. Geria, *op. cit.*, pag. 4.

Il [comma 2 dell'art. 189](#) c.c.i. si preoccupa di fornire a questo stato di incertezza una puntuale delimitazione temporale. Nello specifico il recesso avrà effetto dalla data di apertura della liquidazione giudiziale, mentre il subentro dalla data della comunicazione che il curatore deve rivolgere ai lavoratori. La norma prosegue disponendo nei confronti del curatore un obbligo di comunicare all'ispettorato territoriale del lavoro (*rectius*: alla sede dell'i.t.l. del luogo ove si è aperta la liquidazione giudiziale) “*l'elenco dei dipendenti in forza al momento della liquidazione giudiziale stessa*”. Detta incombenza deve essere portata a termine entro trenta giorni dall'avvio della procedura, prorogabili per ulteriori trenta ad opera del giudice delegato e su istanza del curatore, qualora l'impresa occupi più di cinquanta dipendenti.

Il [terzo comma](#) della disposizione in esame dispone che il curatore provveda “*senza indugio*” al recesso dai rapporti di lavoro subordinato “*qualora non sia possibile la continuazione o il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo o comunque sussistano manifeste ragioni economiche inerenti l'assetto dell'organizzazione del lavoro*”. La risoluzione deve essere comunicata per iscritto.

Il [medesimo comma](#) torna ad occuparsi della regola generale prevista nel comma 1, affermando che l'inattività del curatore che si sia protratta per quattro mesi dalla data di apertura della liquidazione giudiziale implica la “*risoluzione di diritto con decorrenza dalla data di apertura della liquidazione giudiziale*”, salvo quanto disposto dai commi [4](#) e [6](#). Secondo l'opinione della dottrina si tratta di una delle pochissime forme di risoluzione automatica del rapporto di lavoro, ispirata da esigenze di celerità della procedura e di certezza dei rapporti giuridici^[15]. Inoltre, il meccanismo anzidetto pare incompatibile, in quanto *lex specialis*, con la regola dettata dall'[art. 172 c.c.i.](#), il quale detta la regola generale per i contratti pendenti: pertanto l'[art. 189, comma 3, II periodo](#), c.c.i. pare destinato a prevalere – alla luce dei tradizionali criteri ermeneutici – sull'[art. 172 c.c.i.](#) e dovrebbe comportare la non applicabilità alla disciplina dei rapporti di lavoro pendenti del meccanismo della messa in mora del curatore, previsto (e riproposto) nel comma 2 della disposizione da ultimo citata^[16]. Al fine di incentivare i tentativi di salvaguardia dei livelli occupazionali, il [comma 4 dell'art. 189](#) c.c.i. consente una proroga del termine di cui al [comma](#)

[3](#), da richiedersi al giudice delegato ad opera del curatore ovvero del direttore dell'I.t.l. competente, qualora sussista la possibilità di ripresa dell'attività di impresa ovvero di trasferimento dell'azienda (o di un suo ramo) a soggetti terzi. L'istanza deve essere depositata presso la cancelleria del tribunale almeno quindici giorni prima della scadenza del termine di cui al [comma 3](#), a pena di inammissibilità. Una istanza analoga può essere presentata personalmente (ovvero tramite difensore munito di procura autenticata) anche dai singoli lavoratori; questa dovrà contenere a pena di inammissibilità l'elezione di domicilio ovvero l'indicazione dell'indirizzo di p.e.c. ove ricevere le comunicazioni. In caso di accoglimento dell'istanza promossa dal lavoratore, tuttavia, gli effetti della proroga si produrranno solo con riguardo al soggetto istante. Qualora il curatore non provveda al subentro ovvero al recesso entro il termine di cui al [comma 3](#), il giudice delegato può assegnargli (entro trenta giorni dal deposito dell'istanza ovvero, in caso di pluralità di richieste, dal deposito dell'ultima) un ulteriore termine non superiore ad otto mesi per provvedere ai sensi del primo comma: per la concreta modulazione di questo termine, che decorre dal deposito in cancelleria del provvedimento del giudice delegato (il quale viene immediatamente comunicato al curatore ed agli eventuali altri istanti), il giudice deve tener conto delle prospettive di ripresa dell'attività o di trasferimento dell'azienda. L'inerzia del curatore protratta anche dopo questo lasso di tempo, comporta la risoluzione di diritto dei rapporti di lavoro ancora pendenti, con decorrenza dalla data di apertura della liquidazione giudiziale (e salvo quanto previsto dal [comma 6](#) in tema di licenziamenti collettivi). In tale ipotesi è prevista dalla disposizione in esame la corrispondenza, a favore di ciascun lavoratore interessato dalla proroga, una indennità, non assoggettata ad oneri contributivi, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del t.f.r., per ogni anno di servizio; l'indennità è comunque contenuta entro il limite minimo di due mensilità e quello massimo di otto ed è ammessa al passivo come credito successivo all'apertura della liquidazione giudiziale (e, dunque, in prededuzione).

Nulla è stato precisato rispetto ai recessi successivi al subentro del curatore nei contratti di lavoro, sicché il tal caso è necessario applicare la disciplina ordinaria sui licenziamenti e quella in tema di eventuale illegittimità degli stessi^[17]

[15] Nardecchia, *op. cit.*, pag. 112.

[16] Così Geria, *op. cit.*, pag. 5, il quale sottolinea che, diversamente opinando, «ci si troverebbe dinanzi ad una possibile inapplicazione del principio della *par condicio creditorum* violando, altresì, quello *spatium deliberandi* previsto dall'art. 189, co. 3 e 4, CCl».

[17] Nardecchia, *op. cit.*, pag. 112.

L'art. 189, comma 5, c.c.i. prevede che, decorsi quattro mesi dell'apertura della liquidazione giudiziale, le eventuali dimissioni del lavoratore si intendono rassegnate per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. (con decorrenza, ancora una volta, dalla data di apertura della liquidazione giudiziale), con riconoscimento dell'indennità di preavviso. La norma non ha trovato il consenso di parte della dottrina, la quale ha stigmatizzato (principalmente) la circostanza per cui dalla formulazione letterale della norma debba concludersi da un lato che *“tale facoltà di recesso possa essere esercitata dai lavoratori alla sola condizione che siano decorsi 4 mesi dall'apertura della liquidazione giudiziale, indipendentemente dal fatto che il loro rapporto di lavoro sia stato sospeso ovvero che il curatore abbia deciso di subentrarvi”*; dall'altro che la presunzione si scontrerebbe con la previsione del comma 3 in quanto *“se la sospensione del rapporto di lavoro si protrae per oltre 4 mesi dall'avvio della procedura liquidatoria il contratto risulta venir meno già per previsione di legge”*[18].

Come si accennava, il comma 6 dell'art. 189 c.c.i. contiene la disciplina – derogatoria rispetto a quella generale contenuta di cui all'art. 4, da 2° ad 8° comma, l. 223/1991 – dei licenziamenti collettivi (non applicabile, alla luce del successivo comma 7, alle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese). La norma detta una precisa procedura operativa, che costituisce una semplificazione salutata con favore da una parte della dottrina[19].

L'art. 189, comma 8, c.c.i. rappresenta una norma a portata generale, mediante la quale il Legislatore ha riconosciuto i dovuti indennizzi a favore dei lavoratori in un contesto concorsuale. In particolare, in caso di recesso del curatore, licenziamento, dimissioni per giusta causa, risoluzione di diritto ex art. 189 c.c.i., al lavoratore titolare di un rapporto di impiego a tempo indeterminato deve essere riconosciuta la relativa indennità di mancato preavviso nonché il contributo di cui all'art. 2, comma 31, l. 92/2012 (c.d. *ticket* licenziamento). Entrambe le misure, unitamente al t.f.r., sono poi ammessi al passivo come crediti anteriori all'apertura della liquidazione giudiziale. Secondo parte della dottrina, la disciplina di cui al comma 8 trova applicazione anche con riguardo a rapporti di lavoro diversi da quello a tempo indeterminato[20].

L'ultimo comma dell'art. 189 c.c.i. prevede infine che nel caso in cui il curatore ritenga di proseguire l'esercizio dell'impresa (ovvia provveda con ciò che la disciplina della legge fallimentare conosce con il nome di “esercizio provvisorio”) i rapporti di lavoro subordinato in essere proseguono: il curatore, tuttavia, può sospenderli ovvero esercitare la facoltà di recesso «ai sensi della disciplina lavoristica vigente». Trovano applicazione, per espresso richiamo, i commi dal 2° al 6° e 8° dell'art. 189 c.c.i.

Come si è detto, la legge fallimentare non dettava previsioni in merito alla possibilità o meno per i lavoratori di usufruire della NASpI. A tale carenza ha ovviato il Legislatore del codice, con l'art. 190. A norma di tale disposizione la cessazione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 189 c.c.i. costituisce perdita involontaria dell'occupazione, ai fini e per gli effetti di cui all'art. 3 d.lgs. 22/2015: al lavoratore è pertanto riconosciuta la misura di sostegno del reddito, fermo il necessario rispetto degli altri requisiti richiesti dalla normativa di riferimento. Di fatto, pertanto, si è riconosciuto che la cessazione del rapporto di lavoro per intervenuta liquidazione giudiziale rappresenta una situazione di “perdita incolpevole” del posto di lavoro. Il Legislatore ha, con l'adozione del testo vigente del codice, eliminato la c.d. NaspiLG[21], la quale rappresentava una forma di sostegno del reddito cui il lavoratore avrebbe potuto accedere per il periodo intercorrente tra la sospensione della propria attività lavorativa e la cessazione del rapporto di lavoro.

L'art. 191 c.c.i., infine, dispone che al trasferimento di azienda effettuato nell'ambito delle procedure di liquidazione giudiziale, concordato preventivo e nel caso di accordi di ristrutturazione si applicano gli artt. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428 ed 11 d.l. 23 dicembre 2013, conv. dalla l. 21 febbraio 2014, n. 9, nonché *“le altre disposizioni vigenti in materia”*.

5. Riflessioni conclusive

Gli ulteriori studi sulla materia e, soprattutto, l'esperienza pratica saranno in grado di dimostrare se gli artt. 189 ss. c.c.i. sapranno dare buona prova di sé sul piano della effettività delle tutele dei lavoratori in caso di crisi d'im-

[18] Così Geria, *op. cit.*, pag. 6 secondo cui, dunque, *“non sembrerebbe ammissibile configurare una “giusta causa” per le dimissioni presentate durante il decorso del termine di 4 mesi”*.

[19] Nardecchia, *op. loc. cit.*

[20] Nardecchia, *op. loc. cit.*

[21] Originariamente prevista dall'art. 190: cfr. Baranca, *op. cit.*, pag. 171.

presa ed insolvenza, nonché su di quello del contemperamento delle (spesso contrapposte) istanze provenienti dalla disciplina lavoristica e da quella concorsuale.

Tuttavia non si può che concordare, già con queste sintetiche righe preliminari, con quanto autorevolmente affermato in dottrina: al Legislatore deve essere riconosciuto quantomeno il merito di aver elaborato un sistema di regole atte a colmare un silenzio protrattosi per molto (forse troppo) tempo. Un silenzio, questo, divenuto particolarmente assordante anche in ragione delle drammatiche

vicissitudini economiche degli ultimi anni ed ai risvolti sociali che queste hanno avuto. Ciò, chiaramente, al netto delle criticità che pur esistono nella normativa in esame e di una certa farraginosità del sistema adottato.

Peraltro, non appare *peregrino* intravedere nel novum legislativo una possibilità in grado di costituire uno spunto per un rinnovato rapporto tra la materia concorsuale e quella lavoristica, se non in termini di interazione, quanto meno in termini di aperto confronto tra questi due “microcosmi”.

Spese legali

Tre recenti provvedimenti “in pillole” della Corte di Cassazione del mese di settembre 2019 sulle spese legali: l'ordinanza n. 21975 del 3.09.2019 e l'ATP, la sentenza n. 22462 del 9.09.2019 ed il valore della domanda, l'ordinanza n. 23123 del 17.09.2019 e la chiamata in garanzia.

di Elisa Giardini

DEL 13 GENNAIO 2020

Sommario

1. Premessa e prime considerazioni di carattere generale.
2. Ordinanza n. 21975/2019: natura dell'ATP rispetto alle spese legali e/o del giudizio e alla liquidazione degli oneri stragiudiziali
3. Sentenza n. 22462/2019: la controversia tra disputatum e decisum rispetto alle spese del giudizio.
4. Ordinanza n. 23123/2019: chiamata in garanzia e spese giudiziali. Il principio di causalità dell'art. 91 c.p.c.

1. Premessa e prime considerazioni di carattere generale

Il Codice di Rito contiene, al capo IV del titolo III del libro I, rubricato “Delle responsabilità delle parti per le spese e per i danni processuali” la disposizione normativa dell'[art. 91, comma 1 c.p.c.](#), relativa alla condanna alle spese ed al principio della soccombenza (*victus victori*), distinguendo, sotto il profilo definitorio, le spese di giudizio o di lite dagli onorari di difesa^[1] in giudizio.

Le prime, che costituiscono i c.d. esborsi ed i costi legati all'attivazione della “macchina giudiziaria”, sono di regola pubbliche e prefissate dalla legge (è, ad es., il caso dei costi per le marche da bollo per la richiesta di copie autentiche, del contributo unificato per l'iscrizione a ruolo, delle anticipazioni forfettarie, dell'imposta di registro dovuta su decreti, sentenze, ordinanze e delle spe-

se per la notifica degli atti giudiziari^[2]); i secondi, invece, privati e che possono essere pattuiti, rappresentano i compensi professionali ed i costi che colui che richiede assistenza per promuovere o per resistere ad una azione giudiziale deve sopportare per farsi difendere e assistere in giudizio da un avvocato (oltre a quelli per CTU, CTP, ecc.).

La legge, in questo caso, predetermina i c.d. parametri forensi, cioè l'importo per voci e fasi di attività, entro il quale la nota dell'avvocato deve contenersi, nel caso in cui manchi un accordo scritto col cliente^[3], prevenendo oscillazioni da un minimo ad un massimo, in ragione del valore della controversia e di altri indicatori prestabiliti (come la presenza di più avvocati difensori, la particolare complessità del caso, ecc.)^[4].

[1] Il [comma 1 dell'art. 91 c.p.c.](#) prevede — nella sua prima parte — che «il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa».

[2] Rif. normativo: [D.P.R. n. 115 del 30.05.2002](#), aggiornato con modifiche dal [D.lgs. n. 120 del 2.10.2018](#), dal [D.L. n. 113 del 4.10.2018](#) e dalla [L. n. 4 dell'11.01.2018](#).

[3] Rif. normativo: [D.M. n. 55/2014](#) aggiornato dal [D.M. n. 37/2018](#).

[4] Si ricorda, come anche oltre si dirà, che gli onorari del difensore vanno liquidati in armonia con il principio generale di proporzionalità ed adeguatezza delle competenze di avvocato all'opera professionale effettivamente prestata. Cass. Civ., S.U., [n. 19014 dell'11.09.2007](#), in Ced, Cassazione, 2007.

Il [D.M. n. 55/2014](#) conosce anche gli oneri per le prestazioni di natura stragiudiziale che riguardano la fase antecedente il giudizio e che non sono assimilabili alle spese giudiziali, rappresentando però una componente del danno (accessorio) da liquidare[5], “secondo le tariffe forensi” e che restano soggette agli oneri di domanda, allegazione e prova secondo le ordinarie scansioni processuali. Tralasciando qui l’ampio dibattito sulla soccombenza in giudizio, ovvero le ipotesi di compensazione delle spese[6], di soccombenza reciproca o le ragioni che possono portare il giudice, all’esito della causa, a seguire un riparto di costi e oneri difforme da quello dell’[art. 91 c.p.c.](#)[7], con la motivazione esplicita delle “gravi ed eccezionali ragioni” ovvero il dato fattuale che – accertata la soccombenza di una parte – il giudice sia comunque tenuto a liquidare le spese di giudizio insieme agli onorari, in favore dell’altra parte[8], non si può non rilevare come la questione di costi e spese sia sempre di grande interesse e attualità nelle pronunce giudiziali[9] e sia stata più volte affrontata dalla giurisprudenza, ed – in particolare – da tre recenti interventi della Corte di Cassazione, datati tutti al mese di settembre 2019.

2. Ordinanza n. 21975/2019: natura dell’ATP rispetto alle spese legali e/o del giudizio e alla liquidazione degli oneri stragiudiziali

La prima di queste, in ordine di tempo, è l’ordinanza [n. 21975/2019](#)[10] del 3 settembre.

Nella fattispecie la Suprema Corte ha stabilito che “le spese per la consulenza tecnica preventiva disposta *ex art. 696 bis c.p.c.* - cioè anche a fini conciliativi – contrariamente a quanto aveva indicato e chiesto il ricorrente – non hanno natura giudiziale.

Secondo il ragionamento della Corte di Cassazione, “l’ATP preventiva di cui al novellato *art. 696 bis c.p.c.*, per quanto in parte “giurisdizionalizzata”, è pur sempre finalizzata al componimento della lite e, non potendosi intendere come una fase giudiziale, non dà nemmeno luogo a un’autonoma liquidazione delle spese processuali da parte del giudice che l’ha disposta, rientrando esse nel complesso delle spese stragiudiziali sopportate dalla parte prima della lite”[11]. Di conseguenza, le spese richieste in ATP, che attengono tutte alla fase stragiudiziale, sono state valutate, dai Giudici di merito[12] chiamati a conoscere della vicenda, prima, e dalla Corte di Cassazione, poi, per quello che intrinseca-

[5] Cass. Civ., sez. 3, [n. 997 del 21.01.2010](#), in Ced, Cassazione, 2010; Cass. Civ., sez. 6 3, ord. [n. 6422 del 13.03.2017](#), in Ced, Cassazione, 2017 e in particolare Cass. Civ., S.U., [n. 16990 del 10.07.2017](#), in Ced, Cassazione, 2017: “Il rimborso delle spese di assistenza stragiudiziale ha natura di danno emergente, consiste nel costo sostenuto per l’attività svolta da un legale in detta fase pre-contenziosa; l’utilità di tale esborso, ai fini della possibilità di porlo a carico del danneggiante, deve essere valutata *ex ante*, cioè in vista di quello che poteva ragionevolmente presumersi essere l’esito futuro del giudizio; da ciò consegue il rilievo che l’attività stragiudiziale anche se svolta da un avvocato, è comunque qualcosa di intrinsecamente diverso rispetto alle spese processuali vere e proprie”. Ma anche Cass. Civ., sez. 1, ord. [n. 19613 del 4.08.2017](#), in Ced, Cassazione, 2017; Cass. Civ., sez. 3, n. 17685 del 2.07.2019, in SmartLex, Il Sole24Ore. In parte *contra*: Cass. Cass. Civ., sez. 3, [n. 14594 del 12.07.2005](#), in Ced, Cassazione, 2005 per cui: “Le spese legali corrisposte dal cliente al proprio avvocato in relazione ad attività stragiudiziale seguita da attività giudiziale devono formare oggetto di liquidazione con la nota di cui all’*art. 75 disp. att. c.p.c.* se trovino adeguato compenso nella tariffa per le prestazioni giudiziali, potendo altrimenti formare oggetto di domanda di risarcimento del danno nei confronti dell’altra parte, purché siano necessarie e giustificate, condizioni, queste che si desumono dal potere del giudice di escludere dalla ripetizione le spese ritenute eccessive o superflue, applicabile anche agli effetti della liquidazione del danno in questione”. Risalente, ma anche Cass. Civ., sez. 2, [n. 2034 del 1.03.1994](#), in Ced, Cassazione, 1994.

[6] [Art. 92, comma 2 c.p.c.](#) Si leggano Cass. Civ., S.U., [n. 20598](#) e [20599 del 30.07.2008](#), in Ced, Cassazione, 2008 e poi Cass. Civ., sez. 2, n. 9886 del 27.04.2004, in Ced, Cassazione, 2009.

[7] Nonché i casi in cui la parte può stare in giudizio personalmente e senza l’assistenza di un avvocato.

[8] *Ex multis*, Trib. Firenze, sez. 2, sent. 20.05.2016, in [www.altalex.com](#).

[9] Anche per il Legislatore: si pensi all’introduzione degli istituti della mediazione obbligatoria e della negoziazione assistita, per ovviare e per limitare i costi della giustizia, strettamente connessi anche a tempi e durata dei processi.

[10] In SmartLex24, Il Sole24Ore.

[11] In questo senso si legga anche Cass. Civ., sez. 6 3, [n. 26573 del 22.10.2018](#), in Ced, Cassazione, 2018: “In tema di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, per effetto del combinato disposto degli artt. [669 septies](#), comma 2, e art. [669 quaterdecies c.p.c.](#), il giudice può procedere alla liquidazione delle spese processuali (a carico della parte ricorrente) solamente nei casi in cui dichiari la propria incompetenza o l’inammissibilità del ricorso oppure lo rigetti senza procedere all’espletamento del mezzo istruttorio richiesto; tuttavia, il provvedimento di liquidazione emesso nel caso in cui si dia corso alla consulenza preventiva, pur essendo abnorme, non è comunque impugnabile *ex art. 111, comma 7, Cost.*, in quanto privo dei caratteri della definitività e della decisorietà, essendo, peraltro, sindacabile nel caso in cui venga iniziato il relativo giudizio di merito, nonché, se azionato come titolo esecutivo e data la sua natura sommaria, opponibile *ex art. 615 c.p.c.*, come se fosse un titolo esecutivo stragiudiziale, assumendo l’opposizione il valore della *querela nullitatis*”.

[12] Trattatasi, come detto, nella fattispecie, di un procedimento promosso davanti al Giudice di Pace di Taranto, prima, e appellato al Tribunale di Taranto, proprio sul punto del mancato pagamento, a detta dell’attore, delle spese legali dell’ATP e di quelle stragiudiziali, nella fase antecedente al promuovendo ATP, relativo ad un sinistro stradale che aveva coinvolto una macchina agricola ed una autovettura, nella misura integrale in cui richieste.

mente valgono in funzione al valore della pretesa azionata, senza alcuna illegittima elisione di parte dell'attività professionale espletata, bensì attraverso una valutazione complessiva dell'attività di assistenza antecedente la lite, tenendo conto dello stretto nesso causale e di inscindibilità che può sussistere tra le diverse prestazioni^[13].

Tali spese, nel caso esaminato, sono state liquidate una sola volta, senza dare seguito ad una ritenuta non corretta duplicazione dell'attività di studio della fase stragiudiziale, inglobata nell'attività di studio propedeutica al promuovendo (poi promosso) procedimento di ATP, ad avvalorare come non si tratti di una fase autonoma, ma di un complesso di attività tutte stragiudiziali o pre-giudiziali tra loro intimamente connesse e complementari.

Si può concludere, pertanto, e con questo primo intervento, che l'ambito delle spese legali ovvero stragiudiziali ne resta amplificato: infatti l'ATP, pur essendo a pieno titolo un procedimento giurisdizionale (peraltro speciale, inserito nel Codice di Rito tra i procedimenti sommari) viene liquidato – rispetto alle spese – come un danno patrimoniale conseguente all'illecito (un danno emergente *ex art. 1223 c.c.*), piuttosto che come spesa di tipo giudiziale, con tutte le conseguenze rispetto agli oneri di allegazione e di prova, nel rispetto delle preclusioni di legge.

3. Sentenza n. 22462/2019: la controversia tra *disputatum* e *decisum* rispetto alle spese del giudizio.

Depositata il 9 settembre 2019 è, invece, la sentenza della Corte di Cassazione [n. 22462/2019](#), attinente alle spese e al valore della controversia^[14], sentenza che ha risposto al quesito se, “nella liquidazione delle spese di lite, il giudice debba tenere conto del *decisum* (ossia della sua decisione) o del *petitum/disputatum* (vale a dire di quanto richiesto nell'atto introduttivo), nel caso in cui la domanda iniziale subisca una riduzione [di valore] per fatti sopravvenuti (come, nella fattispecie, l'adempimento del debitore)», arrivando a

concludere che se la pretesa del creditore è fondata, il giudice deve liquidare le spese con riferimento alla richiesta iniziale, anche se il debitore paga nelle more del giudizio.

Un cenno alla vicenda per inquadrare meglio le specificità del caso: una società agiva in giudizio per ottenere il corrispettivo di una fornitura di merce. Nessuna delle parti si costituiva ed il processo veniva riassunto in tempo.

L'attrice in riassunzione dava atto del pagamento, da parte della convenuta, dell'intero importo capitale “accettato in conto del maggiore avere” ma non degli interessi. Il convenuto si costituiva in giudizio contestando parte del credito vantato. Il Tribunale, in prima istanza, condannava il debitore al pagamento della somma residua e delle spese processuali, che venivano liquidate, però, con riferimento all'importo indicato nell'atto di riassunzione del giudizio e non in relazione alla domanda originariamente proposta e poi ridotta per il tardivo pagamento intervenuto *medio tempore*. La società promuoveva – sul punto – appello, che veniva respinto. Da cui il ricorso in Cassazione.

Il valore di una controversia, ai fini della liquidazione delle spese, è stato considerato dalla giurisprudenza^[15] e dottrina^[16] attraverso diversi criteri, applicabili anche in sede di impugnazione: 1) con riguardo al *disputatum*, ovvero sia a quanto chiesto nell'atto introduttivo del giudizio, in ipotesi di accoglimento integrale della domanda attorea (con coincidenza tra *disputatum* e *decisum*); 2) con riguardo al *decisum*, ossia al contenuto effettivo della decisione del giudice (rappresentato dalla somma attribuita e liquidata alla parte vittoriosa), in caso di accoglimento solo parziale della domanda attorea (criterio del *disputatum* integrato e mitigato dal criterio del *decisum*); 3) con riguardo al *disputatum*, nel caso in cui la riduzione della somma richiesta dall'attore dipenda dall'adempimento parziale del convenuto, nel corso del processo, ed ove il giudice riconosce la fondatezza dell'intera pretesa. E ciò, per la necessità di limitare il rimborso delle spese, da par-

[13] Si legga anche Cass. Civ., sez. 3, [n. 2275 del 2.02.2006](#), in La Tribuna, Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali, 2007, 2, p. 188: “In tema di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, nella speciale procedura per il risarcimento del danno da circolazione stradale, introdotta con [L. n. 990/1969](#) e s.m.i., il danneggiato ha facoltà, in ragione del suo diritto di difesa, costituzionalmente garantito, di farsi assistere da un legale di fiducia e, in ipotesi di composizione bonaria della vertenza, di farsi riconoscere il rimborso delle relative spese legali; se invece la pretesa risarcitoria sfocia in n giudizio nel quale il richiedente si vittorioso, le spese legali sostenute nella fase precedente all'instaurazione del giudizio divengono una componente del danno da liquidare e, come tali devono essere chieste e liquidate sotto forma di spese vive o spese giudiziali”.

[14] Problema non secondario, solo che si consideri che dal valore della controversia discendono non solo aspetti processuali relativi all'individuazione del Giudice competente, ma anche quelli relativi al valore delle anticipazioni da corrispondere quali costi del processo e, naturalmente, quello degli onorari e dello scaglionamento tariffario di riferimento da riconoscere a chi offre assistenza legale.

[15] Cass. Civ., S.U. [n. 19014/2007](#) cit. *supra* in nota 4, ma anche Cass. Civ., sez. 3, [n. 25553 del 30.11.2011](#), in Il Sole24Ore, Mass. Rep. Lex24 e conf. Cass. Civ., sez. 2, [n. 28417 del 7.11.2018](#) in Ced, Cassazione, 2018.

[16] *Ex multis*, V. Amendolagine, Il Corriere giuridico, 1, 2017.

te del soccombente, entro i limiti del valore accertato giudizialmente (*decisum*[17]), ed evitare che domande eccessive (*disputatum*) attribuiscono alla causa un valore diverso da quello effettivo[18].

La Corte d'Appello, adita in secondo grado e dunque in sede di gravame, nella fattispecie, non ha applicato i principi di cui sopra, errando nel ricostruire il dato fattuale e circostanziale di partenza del pagamento, avvenuto – secondo la ricostruzione della Corte – non nel corso del giudizio ma dopo la sua cancellazione dal ruolo[19]. Nel caso *de quo*, però, il pagamento non si era affatto verificato fuori dal giudizio, né vi era stata alcuna cancellazione della causa dal ruolo, poiché il pagamento della somma capitale era stato fatto dal convenuto tra la notificazione dell'atto di citazione e la riassunzione del giudizio[20], quando il procedimento risultava pendente, ma in stato di quiescenza, per la mancata costituzione delle parti[21]. L'attore aveva pertanto titolo per ottenere la rifusione delle spese processuali, anche il relazione alla domanda introduttiva.

La Corte di Cassazione – nel cassare la sentenza – ha, pertanto, così concluso: “Ai fini del rimborso delle spese di lite a carico della parte soccombente, il valore della controversia va fissato, in armonia con il principio generale di proporzionalità ed adeguatezza degli onorari di avvocato nell'opera professionale effettivamente prestata, sulla base del criterio del *disputatum*, ossia di quanto richiesto nell'atto introduttivo del giudizio, tenendo però conto che, in caso di accoglimento solo in parte della domanda, il giudice deve considerare il contenuto effettivo della sua decisione, ossia il criterio del *decisum*, salvo che la riduzione della somma attribuita non consegua ad un adempimento intervenuto, nel corso del processo, ad opera della parte debitrice, convenuta in giudizio, nel qual caso il giudice, richiestone dalla parte interessata, terrà conto nondimeno del *disputatum*, ove riconosca fondatezza dell'intera pretesa[22]”.

4. Ordinanza n. 23123/2019: chiamata in garanzia e spese giudiziali. Il principio di causalità dell'art. 91 c.p.c.

L'ultimo provvedimento in ordine di tempo del mese di settembre (del giorno 17) cui si fa richiamo in questa breve disamina “in pillole” è l'ordinanza della Corte di Cassazione [n. 23123/2019](#) che ha statuito come «le spese di giudizio sostenute dal terzo chiamato in garanzia, una volta che sia stata rigettata la domanda principale, vanno poste a carico della parte che, rimasta soccombente, abbia provocato e giustificato la chiamata in garanzia, trovando tale statuizione adeguata giustificazione nel principio di causalità, che governa la regolamentazione delle spese di lite, anche se l'attore soccombente non abbia formulato alcuna domanda nei confronti del terzo, salvo che l'iniziativa del chiamante si riveli palesemente arbitraria». Così i fatti. Un cliente proponeva opposizione al decreto ingiuntivo con cui il Tribunale di Milano, su ricorso del proprio avvocato, aveva ingiunto il pagamento di una somma per compensi professionali per prestazioni svolte a suo favore dal legale, lamentandone l'eccessività e la parziale duplicazione e chiedendo in via riconvenzionale il risarcimento per colpa professionale dell'avvocato, cui imputava il rigetto di un domanda giudiziale. Il professionista resisteva in giudizio, chiamando in garanzia – per l'ipotesi di accoglimento della domanda riconvenzionale – la propria compagnia assicuratrice.

Il giudice di prime cure accoglieva solo in parte l'opposizione e, revocato il decreto ingiuntivo, condannava il cliente al pagamento di una minore somma a favore dell'avvocato (risultando *in acta* alcuni parziali pagamenti). Rigettava anche la domanda riconvenzionale, ponendo a carico del cliente sia le spese di lite della parte opposta, sia quelle della terza chiamata in garanzia. In sede d'appello, la decisione veniva parzialmente riformata, con l'ulteriore riduzione della somma, con la condanna dell'avvocato a rifondere alla terza chiamata le spese del giudizio di primo

[17] Il criterio del *decisum* si trova espresso anche nell'[art. 5 del D.M. 55/2014](#), recante il “Regolamento per la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense”, laddove si prevede che “nella liquidazione dei compensi a carico del soccombente, il valore della causa è determinato a norma del Codice di procedura civile [...] nei giudizi per pagamento somme o liquidazione dei danni, si ha riguardo di norma alla somma attribuita alla parte vincitrice piuttosto che a quella domandata [...]”. Si legga anche Cass. Civ., sez. 3, [n. 3903 del 29.02.2016](#) in Ced, Cassazione, 2016.

[18] In questo senso M. Ferrari, “Spese processuali: come calcolarle se il debitore adempie in corso di causa”, in [www.altalex.com](#).

[19] Il provvedimento di cancellazione non si occupa della liquidazione delle spese ed in sede di riassunzione l'attore non può chiedere la rifusione degli esborsi processuali attinenti alla fase pregressa.

[20] L'atto di riassunzione, da effettuare entro tre mesi dalla scadenza del termine per la costituzione del convenuto – impedisce l'estinzione del giudizio che, in caso di inattività delle parti, rimane nelle more pendente [ex art. 125 disp. att. c.p.c.](#)

[21] [Art. 171, comma 1, c.p.c.](#) e [art. 307, comma 1, c.p.c.](#) L'estinzione si verifica nel caso in cui il giudizio non venga riassunto tempestivamente o quando, una volta riassunto, nessuna delle parti si costituisca, o il giudice ne ordini la cancellazione dal ruolo, nei casi previsti dalla legge.

[22] Cass. Civ., S.U., [n. 19014/2007](#) cit. *supra* in nota 4.

grado e con compensazione delle spese dell'appello, motivando la Corte meneghina, in linea con il costante orientamento dei giudici di legittimità, che le spese sostenute dal terzo chiamato sono poste a carico del chiamante solo se la chiamata in causa è palesemente arbitraria[23].

La sentenza veniva impugnata in Cassazione sia in via principale sia in via incidentale e per diversi motivi di ricorso. Proprio esaminando il ricorso incidentale – e per quanto qui interessa – la Corte di Cassazione ha affermato due principi di diritto in materia di chiamata in garanzia cui occorre fare richiamo.

Il primo, ricorda la Corte, è che la domanda di garanzia “è funzionale a deviare sul terzo le conseguenze economiche della soccombenza del chiamante e presuppone necessariamente che sia stata accolta la domanda proposta contro di lui[24]”. In difetto, infatti, l'esame della domanda di garanzia resta assorbito.

Il secondo, e solo una volta superato con esito positivo il vaglio di ammissibilità della domanda riconvenzionale, è che le spese di giudizio sostenute dal terzo chiamato in garanzia, vanno poste a carico della parte che, risultata soccombente, abbia provocato e giustificato la chiamata in garanzia trovando tale statuizione adeguata giustificazione nel principio generale dell'ordinamento, quello di causalità che governa la regolamentazione delle spese di lite[25] ex art. 91 c.p.c.[26], anche se l'attore soccombente non abbia formulato alcuna domanda nei confronti del terzo[27], e salvo che l'iniziativa del chiamante si riveli palesemente arbitraria[28].

Dal coordinamento di questi principi si ottiene che, se la domanda di garanzia è assorbita, per il rigetto della prete-

sa azionata verso il chiamante, è il giudice a dovere operare una valutazione virtuale della palese arbitrarietà o meno della domanda di garanzia, ai fini dell'imputazione (al chiamante o al soccombente) delle spese sostenute dal terzo chiamato e, ovviamente, sulla sola base degli atti e senza ulteriore istruzione probatoria.

Nel caso di specie la Corte di Cassazione – nel censurare e cassare la sentenza del Giudice d'Appello e nel rinviare ad altra sezione della Corte d'Appello di Milano per decidere sulla controversia e provvedere anche in ordine alle spese in Cassazione, ha osservato che pur nel corretto richiamo del secondo dei principi di diritto affermati, vi è stata da parte della Corte territoriale una non coerente applicazione dello stesso, laddove anziché rilevare la palese (o meno) arbitrarietà della chiamata in garanzia, si è basata su circostanze fattuali[29] da cui ha fatto discendere l'assenza di copertura assicurativa del professionista e la conseguente declaratoria di infondatezza della domanda di garanzia proposta. Valutazione questa cui la Corte d'appello milanese è pervenuta con un automatismo non consentito dalla legge e nonostante avesse precedentemente rilevato che la compagnia assicurativa non aveva soddisfatto l'onere probatorio ex art. 2697 c.c., omettendo di produrre in giudizio le condizioni generali di polizza poste alla base dell'eccezione sollevata e dando per ammesso un fatto storico (il tardivo pagamento del premio) ma anche il successivo giudizio critico (il difetto di copertura assicurativa), valutando la domanda di garanzia in base a norme non correttamente applicabili[30] e incompatibili con quanto le era stato chiesto ai fini della regolamentazione delle spese.

[23] Nella fattispecie riteneva che la mancata replica dell'avvocato assicurato all'eccezione di mancato pagamento del premio sollevata dalla compagnia, per rendere non operativa la copertura a garanzia, fosse circostanza sufficiente a confermare l'arbitrarietà della chiamata in causa del terzo e dunque l'impossibilità di porre le relative spese a carico dell'opponente comunque soccombente.

[24] Cass. civ., S.U., n. 7700 del 19.04.2016, in Ced, Cassazione, 2016 e Cass. Civ., sez. 6, ord. n. 832 del 16.01.2017, in Ced, Cassazione, 2017, ma anche e di solo poche settimane successivamente alla sentenza in commento, Cass. Civ., sez. 2, n. 23948 del 25.09.2019, in Ced, Cassazione, 2019: “Attesa la lata accezione con cui il termine “soccombenza” è assunto nell'art. 91 c.p.c., il rimborso delle spese processuali sostenute dal terzo chiamato in garanzia dal convenuto deve essere posto a carico dell'attore, ove la chiamata si sia resa necessaria in relazione alle tesi sostenute dall'attore stesso e queste siano risultate infondate, a nulla rilevando che l'attore non abbia proposto nei confronti del terzo alcuna domanda, mentre il rimborso rimane a carico della parte che abbia chiamato o abbia fatto chiamare in causa il terzo, qualora l'iniziativa del chiamante si riveli palesemente arbitraria”.

[25] Cass. Civ., sez. 2, n. 23552 del 10.11.2011, in *ISole24Ore*, Mass. Rep. Lex24.

[26] Non è esente dal sopportare l'onere delle spese di lite la parte che col suo comportamento abbia provocato la necessità del processo, prescindendo dalle ragioni – di merito o processuali – che l'abbia determinata.

[27] Cass. Civ., sez. 6, n. 2492 dell'8.02.2016 in Ced, Cassazione, 2016 e Cass. Civ., sez. 3, n. 19181 del 15.12.2003, in Ced, Cassazione, 2003.

[28] Cass. Civ., sez. 1, n. 7431 del 14.05.2012 in Ced, Cassazione, 2012; Cass. Civ., sez. 3, n. 8363 dell'8.05.2010 in Ced, Cassazione, 2010 e Cass. Civ., sez. 3, n. 6514 del 2.04.2004 in Ced, Cassazione, 2004.

[29] Come il difetto di contestazione dell'eccezione da parte della chiamante e mancata comunicazione all'assicurazione del fatturato conseguito dall'anno precedente, in base al quale sarebbe stato determinato il premio.

[30] Artt. 115, comma 1 c.p.c. e art. 2697 c.c.

Litispendenza internazionale e sospensione necessaria

Sospensione necessaria del giudizio a seguito di eccezione di litispendenza internazionale ex art. 29 Regolamento Europeo n. 1215/2012

di Stefano Barbiani

DEL 14 GENNAIO 2020

Sommario

1. La vicenda.
2. Il decreto ingiuntivo europeo e la litispendenza internazionale.
3. La pendenza della lite secondo la litispendenza comunitaria.
4. L'identità oggettiva della causa e rapporti con la continenza.
5. La sospensione d'ufficio.
6. Riflessioni conclusive.

1. La vicenda

Il caso sottoposto alla decisione del Tribunale di Rimini afferisce ad un rapporto commerciale intercorso tra una società italiana ed un'impresa tedesca in forza del quale quest'ultima richiedeva ed otteneva dal Tribunale Monitorio Europeo di Berlino un'ingiunzione di pagamento nei confronti della società italiana.

La ingiunta, a sua volta, dopo aver radicato presso l'Autorità giudiziaria tedesca la causa di opposizione a decreto ingiuntivo, procedeva successivamente con un'azione autonoma innanzi al Giudice italiano per la restituzione del deposito di una somma ricollegata al medesimo rapporto commerciale, già azionato dalla controparte con il procedimento monitorio.

In sede di prima udienza la convenuta sollevava eccezione di litispendenza internazionale, ai sensi e per gli effetti

di dell'[art. 29 del Regolamento Europeo n. 1215/2012](#), ed il Tribunale nazionale sospendeva il giudizio in attesa che il Giudice tedesco accertasse la propria competenza sulla prevenuta domanda monitoria esperita dalla convenuta nei confronti della società italiana.

2. Il decreto ingiuntivo europeo e la litispendenza internazionale

L'ordinanza in commento offre interessanti spunti di riflessione su due istituti processuali, quali il procedimento monitorio europeo (IPE)[1] e la litispendenza internazionale, che si stanno affacciando nei nostri Tribunali e che necessitano di essere conosciuti attraverso la disamina del diritto interno e delle fonti comunitarie.

L'antefatto giuridico che ha originato il provvedimento di sospensione è la pendenza di un procedimento monitorio europeo (opposto).

[1] In generale, sull'IPE, si richiama la seguente letteratura giuridica: l'opera monografica di Romano, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento*, [Regolamento \(CE\) n. 1896/2006 del 12 dicembre 2006](#), Milano, 2009; *Commentario* a cura di Biavati, in *Leggi Civ. Comm.*, 2010, 387 e segg.; Biavati, *Il regolamento (CE) n. 1896/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento d'ingiunzione europeo*, in *Manuale di diritto processuale civile europeo* a cura di Taruffo, Varano, Torino, 2011, 311 e segg.; Cataldi, *Il Regolamento n. 1896/2006 sul decreto ingiuntivo europeo in Il processo civile e la normativa comunitaria* a cura di Scarafoni, Torino 2012, 527 e segg.; Farina, *Titoli esecutivi europei ed esecuzione forzata in Italia*, Roma, 2012, 209 e segg.; M.A. Lupoi, *Crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, V. Torino, 2008, 411 e segg.; Porcelli, *I regolamenti Ce n. 805 del 2004 sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e n. 1896 del 2006 sul procedimento di ingiunzione europeo*, in *Regole europee e giustizia civile* a cura di Biavati, M.A. Lupoi, Bologna, 2013, 2° ed., 131 e segg.; Lupoi, *Di crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 171 e segg.

Trattasi di uno strumento istituito con il [Regolamento n. 1896/2006](#) entrato in vigore il 12 dicembre 2008[2] che consente di recuperare, con forma agevole e tempistica celere, crediti pecuniari non contestati, che derivino da rapporti transfrontalieri di natura civile e commerciale, alle condizioni che la somma da ingiungersi sia liquida ed esigibile, che una delle parti abbia domicilio o residenza in uno Stato membro diverso da quello del Giudice adito e che la vertenza riguardi rapporti tra imprese, ovvero tra imprese e consumatori.

Tale istituto anticipa una procedura di tipo opzionale che gli Stati di ciascun ordinamento sono obbligati a gestire su istanza della parte ricorrente, la quale, viceversa, resta libera di adire le corti secondo le forme del diritto processuale nazionale e, così, dunque, nel caso nostro, con il rito monitorio di cui agli articoli dell'[art. 633 c.p.c.](#) Si dovrà comunque fare riferimento alla *lex fori* qualora il debitore proponga opposizione al decreto instaurando un ordinario processo di cognizione sulla pretesa creditoria.

La presentazione della domanda è particolarmente semplificata perché avviene mediante l'utilizzo di moduli prestampati, fatto salvo l'obbligo del ricorrente di dichiarare la natura transfrontaliera della lite, di giustificare la competenza giurisdizionale della corte adita, di indicare le prove a supporto della domanda nonché di fornire informazioni idonee ad identificare in forma chiara la richiesta ed il suo fondamento in maniera da consentire al convenuto di scegliere con cognizione di causa tra le due opzioni possibili: quella della presentazione della opposizione ovvero la non contestazione del credito.

L'emissione del provvedimento è di norma celere e l'opposizione che l'ingiunto ha l'onere di promuovere innanzi al Giudice del monitorio per contestare l'ingiunzione di pagamento è piuttosto sollecita dovendo essere formalizzata entro il termine di giorni 30 dalla notifica del decreto ingiuntivo europeo.

Al concretizzarsi di tale ipotesi il procedimento seguirà il proprio corso ordinario secondo la legislazione del foro competente e non sarà più soggetto alla legislazione europea. Viceversa, qualora la parte ingiunta decida

di non opporsi nel termine il giudice dichiarerà esecutiva l'ingiunzione di pagamento europea adottando un provvedimento simile al decreto di esecutorietà disciplinato dall'[art. 647 c.p.c.](#)

Ora, la questione giuridica affrontata nel caso in esame concerne la verifica della sussistenza o meno di litispendenza e, con essa, la possibilità per il giudice italiano di pronunciarsi su di una domanda correlata ad altra preventivamente incardinata innanzi all'autorità di uno Stato membro dell'Unione Europea.

Muovendo dalla nozione tecnica di litispendenza intesa come la contemporanea pendenza della stessa causa innanzi a due giudici diversi, è possibile rappresentare la tematica sia come l'effetto che la proposizione di una domanda giudiziale produce nel procedimento al quale essa stessa dà l'avvio, sia, al contempo, come la conseguenza che essa determina nel diverso giudizio in cui venga successivamente proposta, finché il primo giudizio non venga definito con sentenza passata in giudicato.

Nel primo caso, la proposizione della domanda fa sorgere il dovere decisorio del giudice sul merito, salvo che non sussistano altre ragioni di rigetto in rito, nel secondo caso, specularmente, il procedimento è destinato a concludersi con una pronuncia di rito che, ove il giudice adito sia lo stesso, sarà di riunione dei due procedimenti.

L'effetto preclusivo della litispendenza, inteso nella sua seconda accezione, concorre, con quello del giudicato sostanziale, all'attuazione del principio del *ne bis in idem*, è posto a presidio di interessi pubblicistici volti ad evitare lo spreco di risorse giurisdizionali ed il formarsi di possibili contrasti tra giudicati, è perciò rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, si applica ai procedimenti di cognizione e regola esclusivamente i rapporti intercorrenti tra giudici e non anche tra giudici ed arbitri.

L'istituto in esame ha una portata generale che supera i confini nazionali in quanto assume rilevanza anche in pendenza della lite presso una giurisdizione straniera ed in base all'ambito territoriale di detta giurisdizione ci si potrà imbattere in una litispendenza comunitaria, ovvero, ampliando ulteriormente lo spazio giuridico, in una litispendenza internazionale[3].

[2] Vedi sul punto la rassegna di Porcelli (2006: 1268 s.s.), in *Riv. dir. Proc. civ.* ed ulteriori rif. Garratta-Chizzini-Consolo-DeCristofaro, *Risposte al libro verde sul procedimento ingiuntivo europeo*, in *Int'l Lis*, 2003, 145 ss.

[3] In tema di litispendenza internazionale si segnala Marongiu Buonaiuti, *Litispendenza internazionale*, in Baratta, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, 208; Marongiu-Bonaiuti, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008; Lupoi, *La "nuova" litispendenza comunitaria: aspetti procedurali*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2004, 1285; Persano, *Il rilievo della litispendenza internazionale nella convenzione di Bruxelles del 1968: La nozione di "stesse parti"*, in *Riv. Dir. Intern. Priv. e Process.*, 2000, 713; Marengo, *La litispendenza internazionale*, in *Biblioteca*

La normativa di riferimento, stando all'ambito europeo al quale si limiterà il presente contributo, è rappresentata dal [Regolamento n. 1215/2012](#) che contiene disposizioni sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. L'impianto della disciplina della litispendenza europea ricalca fedelmente quello della fonte comunitaria precedente ([Regolamento Bruxelles I](#)), fatta salva l'introduzione di un canale di scambio informativo tra le Autorità degli Stati membri sollecitati a dialogare tra loro al fine di comunicare "senza indugio" la pendenza delle cause di cui sono stati reciprocamente investiti. L'inserimento dell'inciso, di cui al [paragrafo 2 dell'art. 29](#) del reg. Eur. n. 1215/2012, seppur non dotato di una disciplina operativa di dettaglio, impone ad ogni autorità giurisdizionale appartenente allo spazio giuridico europeo, di rispondere con sollecitudine all'istanza che venga rivolta da altra autorità giurisdizionale preventivamente adita comunicando la data della pendenza della propria causa, e ciò con l'evidente obiettivo di risolvere ogni conflitto e ritardo circa la determinazione della data di pendenza tra giudizi concorrenti.

3. La pendenza della lite secondo la litispendenza comunitaria

L'unico aspetto pratico che la fonte comunitaria ha ritenuto di dover disciplinare nel flusso informativo tra le Autorità appartenenti ai diversi Stati membri circa la determinazione della pendenza della lite concerne l'applicazione, a tale scopo, delle regole contenute nell'[art. 32 del reg. Eur. n. 1215/12](#) tutelando l'esigenza di garantire omogeneità di valutazione su di un punto cardine della litispendenza, qual è il criterio di prevenzione, superando le possibili differenze nazionali.

Secondo l'[art. 32, comma 1](#), del regolamento europeo il momento della proposizione della domanda si determina in base al deposito del ricorso presso l'autorità giurisdizionale, ovvero, se trattasi di atto che necessita di essere notificato o comunicato prima del suo deposito, nel momento in cui l'autorità competente per la notificazione e/o comunicazione lo riceve, con la precisazione che l'effetto è risolutivamente condizionato alla diligente coltivazione della introduzione della causa.

Diverge sul punto, il diritto nazionale in quanto, se con riferimento alle domande che si introducono con ricorso si ha riguardo al momento del deposito dell'atto, e ciò anche per il procedimento monitorio, nonostante l'[art. 643, comma 3, c.p.c.](#) preveda che la pendenza della lite sia determinata dalla notificazione del pedissequo decreto, potendosi retrodatare la pendenza al momento della presentazione alla condizione che segua tempestiva la notifica^[4], si registrano, invece, differenze per la proposizione della domanda che si radichi con atto di citazione. Con riferimento a tali casi la giurisprudenza ha negato che rilevi il mero assolvimento degli oneri di impulso ad opera del notificante, occorrendo avere riguardo alla data in cui l'atto viene consegnato al destinatario ed in caso di nullità della notifica, la sua tempestiva rinnovazione, può produrre effetto sanante retroattivo^[5].

Ebbene, tornando alla disciplina della litispendenza comunitaria, la regola fatta propria dal [Regolamento 1215/2012](#) è quella tradizionale senza alcuna innovazione per quanto concerne i suoi presupposti né in merito agli effetti, eccettuata soltanto la previsione di un'eccezione al criterio della priorità temporale per l'ipotesi in cui il giudice adito per secondo sia quello scelto dalle parti in una valida clausola di proroga del foro.

Da ultimo, in tema di litispendenza, vi è da segnalare la sentenza [n. 2840 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 31.01.2019](#).

Secondo la Suprema Corte i giudici di merito (Tribunale di Torino e Corte d'Appello di Torino che ha confermato la decisione di primo grado) hanno errato nel ritenere che a seguito dell'opposizione all'IPE, salvo che il creditore non abbia espresso volontà contraria, l'azione deve proseguire secondo quanto disposto dall'[art. 645 c.p.c.](#) e cioè secondo le regole della procedura civile ordinaria del diritto interno di esso. Questo è il motivo per cui il legislatore europeo aveva rinviato agli Stati membri la predisposizione di un'apposita disciplina per regolare il passaggio al procedimento civile ordinario; normativa che l'Italia non ha provveduto ad emanare.

Le Sezioni Unite, pertanto, in assenza di tale legislazione interna, rinviavano la soluzione del problema nello stesso Regolamento ([art. 17](#)) ed alla luce del [Considerando n. 24](#) di esso.

di diritto processuale civile, collana a cura di Chiarloni, Consolo, Giorgio, Luiso, Sassani, Torino, 2000.

[4] Cassazione civ., [26 aprile 2012, n. 6511](#) - Cassazione civ, S.U., [6 novembre 2014, n. 23675](#).

[5] Cassazione civ., [21 maggio 2015, n. 10509](#).

Quest'ultimo prevede che l'ufficio giudiziario che ha emesso l'IPE sia lo stesso cui compete ricevere l'eventuale opposizione; infatti, lo stesso [art. 17, comma 3](#), espressa-mente dispone che il ricorrente è informato dell'eventuale opposizione presentata dal convenuto e dell'eventuale passaggio al procedimento civile ordinario.

Il Giudice dell'IPE, poi, fisserà (solo) un termine al medesimo creditore invitandolo ad esercitare l'azione secondo la disciplina processuale civile ordinaria con la forma che egli (creditore) individuerà in base alla disciplina processuale civile italiana ed in relazione alla natura della situazione giuridica creditoria azionata con la domanda ingiuntiva, restando escluso il potere del Giudice di procedere a tale individuazione. L'inosservanza di tale termine determina a norma dell'[art. 307, comma 3, c.p.c.](#) l'estinzione del giudizio.

Per effetto della prosecuzione del giudizio, invece, con la forma di introduzione della tutela di cui il creditore è onerato, la litispendenza si determinerà con riferimento al deposito della domanda di ingiunzione Europea.

4. L'identità oggettiva della causa e rapporti con la continenza

Quanto ai presupposti, si richiede la identità soggettiva delle parti processuali, anche ovviamente a posizioni invertite, e l'identità dell'oggetto della causa così che può definirsi litispendenza internazionale la contemporanea pendenza tra le stesse parti di due o più processi aventi ad oggetto la medesima causa innanzi a Giudici di Stati differenti. La decisione in commento ripercorre l'iter valutativo di accertamento della litispendenza così come tracciato dalla fonte comunitaria, muovendo dalla disamina, risolta positivamente, della sussistenza dei presupposti di natura soggettiva ed oggettiva.

Quanto all'uno, evidenzia il [Tribunale di Rimini](#) come il giudizio pendente presso il Tribunale tedesco fosse radicato tra le stesse parti e, quanto al secondo presupposto, dà conto, attraverso la minuziosa disamina di tutta la documentazione versata in atti, della riconducibilità allo stesso rapporto commerciale intercorso tra le parti della richiesta di restituzione della somma in deposito azionata innanzi al Giudice italiano.

Nello specifico, l'esito di questo secondo accertamento, laddove conduce il Giudice a ritenere che la domanda di ripetizione successivamente proposta fosse contenuta, per titolo ed oggetto, nelle pretese azionate in via monitoria, sebbene riecheggi la nozione di continenza caratterizzata, come è noto, diversamente dalla litispendenza, da una variazione quantitativa del *petitum*, non si sottrae, tuttavia, alla disciplina prevista dall'[art. 29 del Regolamento n. 1215/2012](#).

Poiché l'istituto della continenza non è contemplato dalla [legge n. 218/1995](#) e neppure dal [Reg. UE n. 1215/2012](#) la giurisprudenza comunitaria[6] ha da tempo chiarito che la nozione della litispendenza, ai fini dell'applicazione della normativa di riferimento, deve ritenersi comprensiva delle ipotesi di continenza e nella stessa direzione si è orientata la giurisprudenza di legittimità ai fini dell'applicazione della norma di diritto interno[7].

Non si può, quindi, che convenire con la decisione assunta dal [Tribunale di Rimini](#) sia per l'identità degli effetti che si producono in ambito internazionale ove la contemporanea pendenza delle liti riguardi cause identiche ma anche cause includenti e contenute, sia in quanto la stessa nozione di identità della causa, secondo pronunce della nostra giurisprudenza di legittimità, va interpretata nell'accezione che sono fondate sul medesimo titolo ed hanno il medesimo oggetto le domande che riguardano lo stesso rapporto giuridico[8].

5. La sospensione d'ufficio

Merita un ultimo cenno la previsione, che potrebbe apparire apparentemente confliggente, di un provvedimento con il quale il Tribunale, pur a fronte della dichiarata disamina di un'eccezione di parte di litispendenza internazionale, dispone d'ufficio la sospensione del giudizio. La questione della rilevanza d'ufficio della litispendenza comunitaria, oggi espressamente sancita dall'[art. 29 Reg. Eur. n. 1215/2012](#), si era posta con riferimento all'[art. 7 della legge n. 218/1995](#) di Riforma del Sistema italiano di Diritto internazionale privato in ragione della formulazione letterale della disposizione che richiamando espressamente la formalizzazione nel corso del giudizio, di un'eccezione di previa pendenza di un processo straniero, poteva adombrare la necessità di un atto di impulso della parte affinché il Giudice potesse pronunciarsi sull'eccezione.

[6] Corte giust., 8 dicembre 1987, C.-144/1986, *Gubisch Maschinenfabrik Ag c. Giulio Palumbo*; Corte giust., 6 dicembre 1994, *The Owners of the Cargo Lately laden on Board the ship Tatry c. The Owners of the Ship Maciej Ratraj*, Corte giust., 27 febbraio 2014, cartier

[7] Cassazione civ., S.U., 28 novembre 2012, n. 218.

[8] Cassazione civ., [15 maggio 2007, n. 11185](#) - Cassazione civ., S.U., [17 maggio 2002, n. 7299](#).

I dubbi interpretativi sono stati risolti dalla Suprema Corte a Sezioni Unite [9] per la quale «*la litispendenza internazionale può essere dichiarata d'ufficio, atteso che la ratio dell'art. 7, comma 1, l. n. 218/1995, diretta a favorire l'economia dei giudizi e ad evitare conflitti tra giudicati, non consente di subordinare all'eccezione di parte l'intervento sospensivo del giudice. Ne consegue che la formulazione letterale della menzionata norma (quando nel corso del giudizio sia eccepita la previa pendenza) va intesa nel senso che la litispendenza deve essere dichiarata dal giudice quando l'esistenza dei relativi presupposti emerga dagli elementi offerti dalle parti.*

6. Riflessioni conclusive

Nel segnalare, quanto alla prevenzione, come la verifica sia stata condotta applicando i criteri previsti dall'[art.](#)

[32 del reg. Eur. n. 1215/12](#) e come la scansione temporale delle attività giudiziali espletate dalle parti innanzi alle diverse autorità giurisdizionali sia stata puntualmente ricostruita dal Tribunale di Rimini in ogni suo passaggio, anche con richiami alla normativa processuale tedesca, si apprezza la decisione del giudice italiano il quale, verificata la previa pendenza tra le stesse parti della causa comunitaria includente quella di ripetizione successivamente incardinata, nonché l'assenza di una clausola di proroga del foro con la quale le parti avessero eletto nell'autorità giurisdizionale italiana quella competente, in via esclusiva, a dirimere la controversia, non poteva che sospendere d'ufficio il giudizio in attesa delle determinazioni del Tribunale tedesco in merito alla propria competenza.

[9] Cassazione civ., S.U., [28 novembre 2012, n. 21108](#).

Attendibilità del registro INI - PEC

Commento alla recente ordinanza della Corte di Cassazione, Sezione Sesta Civile, n. 29749 del 15 novembre 2019 in ordine all'attendibilità del Registro INI – PEC

di Alessio Antonelli

DEL 15 GENNAIO 2020

Sommario

1. Introduzione
2. Inquadramento normativo
3. Le problematiche sollevate dalla pronuncia della Cassazione n. 3709 dell'8 febbraio 2019
4. La successiva ordinanza n. 24160 del 27 settembre 2019
5. I chiarimenti resi dalla Cassazione con l'ordinanza di correzione di errore materiale n. 29749 del 15 novembre 2019
6. Conclusioni

1. Introduzione

Nel corso del 2019 gli avvocati si sono visti “colpire” da un arresto della Suprema Corte, segnatamente la pronuncia [n. 3709/2019](#)^[1], mediante la quale è stato rilevato che – ai fini delle notifiche telematiche – il domicilio digitale di ciascun avvocato corrisponde all'indirizzo PEC che il legale ha comunicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza e che è inserito nel Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE) gestito dal Ministero della Giustizia.

Nel provvedimento in questione, la Suprema Corte si limita solamente ad aggiungere che solo la notifica all'indirizzo risultante dal ReGIndE sarebbe corretta.

La decisione ha destato non poche perplessità, da un lato perché esclude il registro INI-PEC dal novero di quelli utilizzabili per le notifiche (registro invece che gli articoli [16 ter](#) e [sexies](#) del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 includono tra gli elenchi validi per le notifiche telematiche al

pari del ReGIndE), dall'altro perché il provvedimento in realtà cita senza motivo il registro INI-PEC in una fattispecie nella quale avrebbe dovuto essere tutt'al più valutata la validità dell'indice delle Pubbliche Amministrazioni (IPA) dato che si parlava di notifiche all'Avvocatura dello Stato.

Perplessità che il Consiglio Nazionale Forense ha avuto modo di compendiare in una lettera inviata il 5 marzo 2019 al Primo Presidente della Corte di Cassazione^[2].

L'orientamento assunto dalla Cassazione, nonostante le preoccupazioni esternate dal Consiglio Nazionale Forense, è stato successivamente dalla stessa confermato nell'ordinanza [n. 24160/2019](#)^[3], la quale ha generato un nuovo intervento da parte del Consiglio Nazionale Forense.

Si è quindi arrivati alla recente ordinanza di correzione di errore materiale [n. 29749 del 15 novembre 2019](#) che ha, fortunatamente, «corretto il tiro».

^[1] Corte di Cassazione, Sezione 3^a Civile, [n. 3709 dell'8 febbraio 2019](#).

^[2] Nella citata missiva il Presidente del CNF ha portato all'attenzione del Primo Presidente della Suprema Corte la circostanza per cui la citata sentenza [n. 3709/2019](#) “pare contenere un errore materiale, laddove si sostiene la nullità delle notifiche effettuate ad un indirizzo estratto da INI-PEC”, laddove invece la pronuncia intendeva far riferimento al diverso registro Indici P.A.

^[3] Corte di Cassazione, Sezione 6^a Civile, [n. 24160 del 27 settembre 2019](#).

2. Inquadramento normativo

Una delle novità introdotte dal menzionato [D.L. 18 ottobre 2012, n. 179](#) è costituita dalla possibilità per l'avvocato di effettuare la notifica degli atti processuali tramite posta elettronica certificata (PEC).

L'[articolo 16 quater, comma 1, lettera a\), del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179](#), come introdotto dalla relativa legge di conversione [[articolo 1, comma 19, punto 2, Legge 24 dicembre 2012, n. 228](#)] è infatti intervenuto inserendo, nel testo della [Legge 21 gennaio 1994, n. 53](#) in tema "Facoltà di notificazioni di atti civili, amministrativi e stragiudiziali per gli avvocati", l'art. 3 bis^[4] in tema di notificazione con modalità telematiche.

Per quanto in questa sede di interesse, va evidenziato come sia l'indirizzo PEC del notificante che quello del destinatario debbano essere quelli risultanti da pubblici elenchi.

Per capire quali siano questi "pubblici elenchi" occorre fare riferimento all'[art. 16 ter della Legge 17 dicembre 2012, n. 221](#)^[5] di conversione, con modificazioni, del [D.L. 18 ottobre 2012, n. 179](#), così come a sua volta modificato dall'[art. 45 bis, comma 2, del D.L. 24 giugno 2014, n. 90](#) convertito con la [Legge 11 agosto 2014, n. 114](#) pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 18 agosto 2014 ed in vigore dal 19 agosto 2014.

La lettura della predetta norma consente di sintetizzare, di seguito, l'elenco dei pubblici elenchi (tralasciando il Domicilio Digitale del Cittadino, non ancora una effettiva realtà):

- Registro Generale degli Indirizzi Elettronici: RE.G.IND.E.
Gestito dal Ministero della Giustizia, è il registro dei c.d. soggetti abilitati esterni.
- Registro delle imprese delle CC.I.AA.

Gestito dalle Camere di Commercio, è il registro in cui le imprese devono obbligatoriamente indicare la PEC.

- Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata di professionisti e imprese: INI-PEC
Gestito dal Ministero dello Sviluppo Economico, accorpa i dati del ReGIndE e del registro delle imprese.

- Registro delle Pubbliche Amministrazioni: Registro PP.AA.

Gestito dal Governo, è il registro in cui devono essere inseriti tutti gli indirizzi delle PP.AA., che sostituisce l'Indice PP.AA.

Nessun dubbio può esservi (sarebbe forse meglio dire "poteva"), quindi, in ordine al fatto che l'Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata di professionisti e imprese INI-PEC sia uno dei "pubblici elenchi" previsti proprio all'[art. 16 ter della Legge 17 dicembre 2012, n. 221](#).

3. Le problematiche sollevate dalla pronuncia della Cassazione n. 3709 dell'8 febbraio 2019

Con la sentenza [n. 3709/2019](#), tuttavia, gli Ermellini sembrano dimenticare totalmente l'esistenza del summenzionato [art. 16 ter della Legge 17 dicembre 2012, n. 221](#).

Sembrano, in realtà, in quanto appare evidente come detto arresto sia viziato da un mero errore materiale (il quale, è bene in ogni caso precisarlo, ha causato non pochi problemi agli avvocati).

Tra le varie questioni trattate nella pronuncia *de qua* vi è anche quella attinente al decorso del termine per impugnare ed alla tempestività dell'impugnazione^[6].

Ha sostenuto l'Avvocatura dello Stato che la notificazione a mezzo PEC sarebbe inefficace in quanto spedita ad un indirizzo elettronico inidoneo a ricevere le notifiche telematiche.

^[4] L'[art. 3 bis della Legge 21 gennaio 1994, n. 53](#) prevede, al primo comma, che « **La notificazione con modalità telematica si esegue a mezzo di posta elettronica certificata all'indirizzo risultante da pubblici elenchi, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. La notificazione può essere eseguita esclusivamente utilizzando un indirizzo di posta elettronica certificata del notificante risultante da pubblici elenchi** ».

^[5] Detta disposizione di legge sancisce che "A decorrere dal 15 dicembre 2013, ai fini della notificazione e comunicazione degli atti in materia civile, penale, amministrativa e stragiudiziale si intendono per pubblici elenchi quelli previsti dagli articoli 4 e 16, comma 12, del presente decreto; dall'[articolo 16 del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185](#), convertito con modificazioni dalla [legge 28 gennaio 2009, n. 2](#), dall'[articolo 6-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82](#), nonché il registro generale degli indirizzi elettronici, gestito dal Ministero della giustizia".

^[6] Il problema si è posto in quanto la sentenza impugnata è stata pubblicata il 26 ottobre 2016 e notificata a mezzo PEC il 28 ottobre 2016, mentre il ricorso è stato consegnato all'ufficiale giudiziario per la notificazione il 26 aprile 2017, quindi nel rispetto del termine di decadenza di cui all'[art. 327 c.p.c.](#) ma ben oltre la scadenza del termine c.d. «breve» di cui agli artt. [325](#) e [326 c.p.c.](#)

Trattasi, infatti, di un indirizzo risultante dall'Indice Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata (INI-PEC), ma non registrato al Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE) gestito dal Ministero della Giustizia.

In particolare, l'indirizzo elettronico in questione viene utilizzato dall'Avvocatura dello Stato per scopi amministrativi e non giudiziali.

La Suprema Corte ha dato atto di aver affrontato la questione in altri precedenti arresti, pervenendo alla conclusione che, a seguito dell'introduzione del "domicilio digitale", corrispondente all'indirizzo PEC che ciascun avvocato ha indicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza, la notificazione dell'impugnazione va eseguita all'indirizzo PEC del difensore costituito risultante dal ReGIndE.

Solo quest'ultimo, a detta degli Ermellini, sarebbe qualificato ai fini processuali ed idoneo a garantire l'organizzazione preordinata all'effettiva difesa, non essendo idonea a determinare la decorrenza del termine breve di cui all'[art. 325 c.p.c.](#) la notificazione della sentenza effettuata ad un indirizzo di PEC diverso da quello inserito nel ReGIndE (Sez. 6-3, Ordinanza n. 30139 del 14 dicembre 2017, [Rv. 647189](#); Sez. 6 – L, Ordinanza n. 13224 del 25 maggio 2018, [Rv. 648685](#)).

In continuità con detto orientamento, la Suprema Corte ha pertanto affermato il seguente principio di diritto:

"Il domicilio digitale previsto dall'[art. 16-sexies del d.l. n. 179 del 2012](#), conv. con modif. in [l. n. 221 del 2012](#), come modificato dal [d.l. n. 90 del 2014](#), conv., con modif., in [l. n. 114 del 2014](#), corrisponde all'indirizzo PEC che ciascun avvocato ha indicato al Consiglio dell'Ordine di appartenenza e che, per il tramite di quest'ultimo, è inserito nel Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE) gestito dal Ministero della giustizia. Solo questo indirizzo è qualificato ai fini processuali ed idoneo a garantire l'effettiva difesa, sicché la notificazione di un atto giudiziario ad un indirizzo PEC riferibile – a seconda dei casi – alla parte personalmente o al difensore, ma diverso da quello inserito nel ReGIndE, è nulla, restando del tutto irrilevante la circostanza

che detto indirizzo risulti dall'Indice Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata (INI-PEC)".

4. La successiva ordinanza n. 24160 del 27 settembre 2019

Con l'ordinanza [n. 24160 del 27 settembre 2019](#) la Corte di Cassazione, richiamando la propria precedente sentenza [n. 3709/2019](#), ha ribadito il principio secondo cui in tema di notifiche telematiche sarebbe idoneo alla produzione di effetti soltanto il ReGIndE (Registro generale degli Indirizzi Elettronici), escludendo che si possa fare ricorso agli indirizzi tratti da INI-PEC (Indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata).

Nel caso sottoposto al vaglio degli Ermellini, come si avrà modo di chiarire meglio anche nel corso del successivo paragrafo, è stata dichiarata l'inammissibilità di un regolamento di competenza in ragione del fatto che, tra l'altro, il relativo ricorso veniva notificato ad un indirizzo di posta elettronica (cancelleria dell'immigrazione del Tribunale di Firenze, ed anche all'indirizzo di posta elettronica del Protocollo del Tribunale di Firenze), estratto dall'indice nazionale degli indirizzi INI PEC, indice ritenuto inattendibile, appunto, dalla precedente pronuncia [n. 3709/2019](#).

L'adozione di tale indirizzo giurisprudenziale ha provocato, anche in questo caso, la reazione del Presidente del Consiglio Nazionale Forense, il quale ha inviato una nuova lettera il 9 ottobre 2019 al Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione, volta a spingere all'adozione di un unico indirizzo^[7].

Il Presidente del Consiglio Nazionale Forense ha altresì esposto preoccupazione *"dal momento che, ove il principio rimanesse fermo, verrebbero messe in discussione centinaia di migliaia di notifiche già effettuate, e con esse i diritti dei cittadini, nonché l'affidamento sulle enormi potenzialità che l'innovazione apporta e potrà apportare a beneficio del processo civile: è infatti di poco fa la notizia che il Tribunale di Cosenza ha applicato il principio di diritto della sentenza, dichiarando la nullità della notifica di un decreto ingiuntivo effettuata ad una società il cui indirizzo PEC era stato estratto da INI-PEC"*.

[7] Si legge nel testo di tale missiva: *"il registro INI-PEC è stato istituito dall'[art. 5 del D.L. 179/2012](#) ed è regolato dall'[art. 6-bis del Codice dell'Amministrazione Digitale](#) che lo qualifica espressamente come pubblico elenco. Tale qualificazione gli è attribuita anche dall'[art. 16-ter D.L. 179/2012](#), agli specifici fini della "notificazione e comunicazione degli atti in materiale civile, penale, amministrativa e stragiudiziale". Da tale elenco è pertanto possibile estrarre l'indirizzo PEC ai sensi dell'[art. 3-bis della L. 53/1994](#), ed è peraltro l'unico elenco pubblico dal quale è possibile estrarre gli indirizzi di Posta Certificata delle Imprese e degli Enti Pubblici, non inseriti nel Re.G.In.D.E. Il RegInde non gestisce informazioni già presenti in registri disponibili alle PPAA., nell'ambito dei quali sono recuperati, ad esempio ai fini di eseguire notifiche ex [art. 149 bis c.p.c.](#), gli indirizzi di PEC delle imprese o le CEC-PAC dei cittadini"*.

5. I chiarimenti resi dalla Cassazione con l'ordinanza di correzione di errore materiale n. 29749 del 15 novembre 2019

All'esito delle suddette sollecitazioni del Consiglio Nazionale Forense la Suprema Corte ha fortunatamente adottato gli opportuni provvedimenti, emettendo lo scorso 15 novembre 2019 l'ordinanza di correzione di errore materiale [n. 29749](#).

La vicenda da cui scaturisce il provvedimento in analisi, come precedentemente accennato, prende le mosse da un ricorso per regolamento di competenza con cui veniva impugnata l'ordinanza del Tribunale di Genova mediante la quale quest'ultimo – investito di una controversia di querela di falso ai sensi dell'[articolo 221 c.p.c.](#) proposta nei confronti di un magistrato del Tribunale di Firenze, in riferimento a provvedimenti da questo emessi nell'ambito di un giudizio civile – aveva d'ufficio rilevato l'incompetenza territoriale ai sensi dell'[articolo 18 c.p.c.](#) in favore del Tribunale di Firenze e rinviato la causa per consentire all'attrice di munirsi di nuovo difensore e per l'eventuale deposito di memorie. Il ricorso per regolamento veniva avviato a trattazione con il procedimento di cui all'[art. 380 ter c.p.c.](#) ed all'esito del deposito delle conclusioni del Pubblico Ministero, deciso con l'ordinanza [n. 24160/2019](#) la quale dichiarava il regolamento di competenza inammissibile.

L'inammissibilità veniva dichiarata in quanto tale regolamento veniva proposto nei confronti di una ordinanza priva del carattere di provvedimento impugnabile con il regolamento di competenza, in quanto carente del carattere di definitività ai fini della risoluzione della questione di competenza.

In via gradata veniva altresì ravvisata anche un'ulteriore causa di inammissibilità per inosservanza del requisito dell'[art. 366 n. 3 c.p.c.](#)

La Corte, inoltre, nell'affermare l'inammissibilità del regolamento per le ragioni indicate, precisava che *“questo a prescindere dal fatto che il ricorso è stato notificato a mezzo PEC al [o] ‘con elezione di domicilio presso l'avvocato Tribunale di Firenze’ a un indirizzo di posta elettronica che è quello della cancelleria dell'immigrazione del Tribunale di Firenze, ovvero anche all'indirizzo di posta elettronica del Protocollo del Tribunale di Firenze, estratto dall'indice nazionale degli indirizzi INIPEC, elenco che, oltre a non essere riferibile alla posizione del [o] è stato dichiarato non attendibile da Cass. n. 3709 del giorno 8 febbraio 2019, secondo cui ‘per una valida notifi-*

ca tramite PEC si deve estrarre l'indirizzo del destinatario solo dal pubblico registro ReGIndE e non dal pubblico registro INIPEC’). Questo indipendentemente dal fatto che la notifica ad un magistrato non può essere validamente effettuata presso l'indirizzo di posta elettronica della Cancelleria dell'immigrazione o del protocollo del Tribunale di appartenenza”.

Avvedutasi dell'errore, la Cassazione è tornata sui propri passi e ha modificato parzialmente il testo del precedente provvedimento [n. 24160/2019](#) nella parte in cui aveva negato attendibilità al registro INI-PEC.

Gli Ermellini precisano che l'errore materiale si annida nella parte della motivazione dell'ordinanza in cui si è affermata l'inidoneità del registro INI-PEC nella sua oggettività, indicandolo espressamente come “dichiarato non attendibile” da altro provvedimento precedente della Corte ([n. 3709/2019](#)).

E, anticipa la Cassazione, anche su tale ordinanza (la citata [n. 3709/2019](#), per l'appunto) risulta in corso di pubblicazione un'ordinanza di correzione d'ufficio.

In realtà, chiarisce la Suprema Corte, l'ordinanza “corretta” intendeva solo assumere una condivisibile “inidoneità soggettiva” del registro INI-PEC con esclusivo riferimento alla qualità del soggetto destinatario della notifica (un magistrato del Tribunale di Firenze).

In pratica, nell'ordinanza correggenda la Corte voleva soltanto evidenziare che le due notifiche del ricorso indirizzate al magistrato destinatario (sia come domiciliato presso un indirizzo INI-PEC riferito al Tribunale di Firenze, sia come domiciliato presso un indirizzo estratto dal ReGIndE e riferito allo stesso Tribunale) riguardavano indirizzi soggettivamente non riferibili quali pretesi luoghi di elezione di domicilio del magistrato.

Pertanto, al di là delle espressioni usate, la Corte avrebbe voluto alludere, con riferimento al caso di quello estratto dall'INI-PEC (ma non diversamente per quello estratto dal ReGIndE) ad una mera inidoneità sul piano soggettivo, cioè per non essere presenti nel registro INI-PEC (e nel ReGIndE) indirizzi di domiciliazione elettiva del magistrato in servizio presso un tribunale in plessi organizzatori come quelli dei due indirizzi utilizzati.

L'affermazione generica della inattendibilità di quello che si definì “elenco INI-PEC”, che si ribadisce, voleva essere giustificata in realtà dalla rilevata non riferibilità soggettiva, non mette in discussione il principio, enunciato dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 23620/2018^[8].

[8] Cassazione Civile, SS.UU., sentenza [n. 23620 del 28 settembre 2018](#), la quale ha avuto modo di chiarire che in caso di nullità della notifica eseguita con modalità telematiche la stessa deve comunque ritenersi valida in caso di raggiungimento dello scopo.

Pertanto, in materia di notificazioni al difensore, in seguito all'introduzione del "domicilio digitale", ex [art. 16-sexies del D.L. n. 179/2012](#), è valida la notificazione al difensore eseguita presso l'indirizzo PEC risultante dall'Albo professionale di appartenenza in quanto corrispondente a quello inserito nel pubblico elenco di cui all'[art. 6-bis del D.Lgs. n. 82/2005](#) (Codice Amministrazione Digitale), atteso che il difensore è obbligato, ai sensi di quest'ultima disposizione, a darne comunicazione al proprio ordine e quest'ultimo è obbligato ad inserirlo sia nei registri INI-PEC, sia nel ReGindE, di cui al [D.M. 21 febbraio 2011 n. 44](#), gestito dal Ministero della Giustizia.

Dunque, poiché è il Codice dell'Amministrazione Digitale a disciplinare proprio il registro INI-PEC, questo deve

ritenersi costituire senza dubbio un elenco valido e utilizzabile per le notificazioni ex [art. 3-bis della Legge 21 gennaio 1994, n. 53](#).

6. Conclusioni

Tutto quanto sin qui esposto e considerato conferma l'evidente errore commesso dalla Suprema Corte, quasi sicuramente frutto di una non chiara enunciazione delle ragioni di diritto poste alla base delle citate decisioni [n. 24160/2019](#) e [n. 3709/2019](#).

Si auspica, quindi, che spiegato l'equivoco ed affermata, conseguentemente, la validità dell'elenco INI-PEC ai fini delle notificazioni, non vi sia più bisogno di interventi chiarificatori e/o correzioni da parte della Corte di Cassazione.

Nullità e inesistenza della notifica

Sulla nullità e inesistenza della notifica, con particolare riferimento al caso di inesistenza o nullità della notifica del decreto ingiuntivo

di Maria Rosaria Manselli

DEL 16 GENNAIO 2020

Sommario

1. Inesistenza della notifica solo se mancano gli elementi costitutivi essenziali. Commento a Cassazione Sezioni Unite nn. 14916 e 14917 del 20/07/2016
2. Il criterio distintivo tra nullità ed inesistenza della notifica
3. Nullità/inesistenza nelle notifiche a mezzo pec
4. Un caso specifico: nullità inesistenza della notifica del decreto ingiuntivo – la scelta del rimedio

1. Inesistenza della notifica solo se mancano gli elementi costitutivi essenziali. Commento a Cassazione Sezioni Unite nn. 14916 e 14917 del 20/07/2016

Il 2016 segna un traguardo interpretativo importante in tema di notificazione degli atti giudiziari, grazie al duplice intervento delle SS UU. (nn. [14916](#) e [14917](#) del 20/07/2016) che ha fugato ogni dubbio sulla distinzione tra nullità e inesistenza della notifica; ci si riferisce alle sentenze gemelle di cui in epigrafe con le quali il Supremo Consesso ha avuto modo di chiarire che il luogo in cui la notificazione viene eseguita non costituisce elemento costitutivo essenziale dell'atto; da tanto consegue che i vizi relativi alla individuazione di detto luogo, anche qualora esso si riveli privo di alcun collegamento col destinatario, non causano l'inesistenza della notifica, ma ricadono sempre nell'ambito della nullità sanabile con efficacia ex tunc per raggiungimento dello scopo, a seguito della costituzione della parte intimata anche se compiuta al solo fine di eccepire la nullità, oppure in conseguenza della rinnovazione della notificazione effettuata spontaneamente dalla parte stessa o su ordine del giudice ai sensi dell'[art. 291 c.p.c.](#)

È, invece, configurabile l'inesistenza della notifica, solo se vi è la totale mancanza materiale dell'atto e se viene posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a qualificare un atto come notificazione. Tali elementi costitutivi essenziali consistono: **a)** nell'attività di trasmissione, che deve essere eseguita da un sog-

getto al quale la legge conferisce la possibilità giuridica di compiere detta attività, in modo da poter ritenere esistente e individuabile il potere esercitato; **b)** nella fase di consegna, intesa in senso lato come raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento in virtù dei quali la stessa debba comunque considerarsi ex lege eseguita, restando, pertanto, esclusi soltanto i casi in cui l'atto venga restituito puramente e semplicemente al mittente, sì da dover reputare la notificazione meramente tentata ma non compiuta; la presenza di detti requisiti strutturali, va ritenuta idonea ai fini della riconoscibilità dell'atto come notificazione: essi, cioè, sono sufficienti a integrare la fattispecie legale minima della notificazione, rendendo qualificabile l'attività svolta come atto appartenente al tipo previsto dalla legge; viene, quindi, sottratta dall'inesistenza, l'assenza di collegamento tra luogo della notifica e persona del destinatario, che ha costituito per quarant'anni, senza non pochi contrasti, la tradizionale individuazione del discrimen tra le due forme di invalidità della notifica, anche se si è pur sempre trattato di un criterio distintivo poco sicuro: distinzione, quella tra inesistenza e nullità, di non poco conto, avuto riguardo all'insanabilità della prima rispetto alla possibilità di sanatoria con efficacia ex tunc della seconda nel caso di costituzione del destinatario della notifica o di sua rinnovazione.

È pur vero, comunque, che la tradizionale distinzione tra nullità e inesistenza, fondata sul collegamento tra luogo

della notifica e destinatario della stessa, è stata da sempre foriera di vivaci contrasti nella giurisprudenza di legittimità, soprattutto con riguardo alla notificazione del ricorso per cassazione eseguita nel domicilio eletto per il primo grado di giudizio, non più valido all'atto dell'esecuzione della notifica in quanto variato in grado di appello con la nomina di un diverso procuratore; in particolare, a fronte di un primo orientamento favorevole alla declaratoria di inesistenza della notifica dell'impugnazione eseguita presso il procuratore cui sia stato revocato il mandato e sostituito da altro procuratore, in quanto eseguita presso una persona e luogo non aventi alcun riferimento con il destinatario dell'atto^[1] se ne contrappone un altro che, invece, ritiene nulla (e quindi sanabile) la notifica eseguita presso un domicilio o un avvocato che non abbia più rapporti con la parte.

2. Il criterio distintivo tra nullità ed inesistenza della notifica.

Le Sezioni Unite investite per dirimere il contrasto, vanno al di là del caso sottoposto al loro esame, individuando un criterio distintivo più chiaro, univoco e sicuro tra le tradizionali nozioni di inesistenza e di nullità della notificazione; nell'individuare tale criterio discrezionale, il Supremo Consesso richiama l'unica norma che si occupa dell'invalidità della notificazione, contenuta nell'[art. 160 c.p.c.](#), a mente del quale *“la notificazione è nulla se non sono osservate le disposizioni circa la persona alla quale deve essere consegnata la copia o se vi è incertezza assoluta sulla persona a cui è fatta o sulla data, salva l'applicazione degli artt. 156 e 157”*; il riferimento all'[art. 156 c.p.c.](#), contenuto nella norma citata, assume per le Sezioni Unite centrale rilievo in quanto in base a tale disposizione *“non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge; può tuttavia essere pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo. La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato”*.

Assume, altresì, rilievo troncante, la presa d'atto che il codice non contempla la categoria dell'inesistenza in tema di notificazione, e in genere degli atti processuali, nemmeno con riguardo alla sentenza priva della sottoscrizione del giudice, qualificata come affetta da nullità insanabile, ai sensi dell'[art. 161 c.p.c.](#), [comma 2](#) ^[2] che la dottrina

e la giurisprudenza maggioritaria riconducono alla figura della inesistenza; per le Sezioni Unite, invece, tale assimilazione della nullità insanabile all'inesistenza non coglie nel segno, in quanto il legislatore non ha motivo di disciplinare gli effetti di ciò che non esiste.

L'inesistenza non è, dunque, un vizio dell'atto più grave della nullità, poiché la dicotomia nullità/inesistenza va, alla fine, ricondotta alla bipartizione tra l'atto e il non atto.

A sostegno, la Corte richiama il principio della strumentalità delle forme degli atti processuali, che permea l'intero codice di procedura civile e al quale l'interprete deve costantemente ispirarsi: principio sancito dall'[art. 156 c.p.c.](#) sopra richiamato, nonché dagli artt. [121 c.p.c.](#) per il quale *“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”* e [131, comma 1 c.p.c.](#), a mente del quale, quando la legge non prescrive che il giudice pronunci sentenza, ordinanza o decreto, *“i provvedimenti sono dati in qualsiasi forma idonea al raggiungimento del loro scopo”*.

Le forme degli atti, quindi, sono prescritte al fine esclusivo di conseguire un determinato scopo, coincidente con la funzione che il singolo atto è destinato ad assolvere nell'ambito del processo.

A conferma del dedotto, il [terzo comma dell'art. 156 c.p.c.](#) stabilisce che la nullità *“non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato”*.

Lo scopo della notificazione è, infatti, quello di provocare la presa di conoscenza di un atto da parte del destinatario, attraverso la certezza legale che esso sia entrato nella sua sfera di conoscibilità, con gli effetti che ne conseguono. Esaminando, quindi, nello specifico, la notifica di un atto è **nulla** quando vengono violate le **regole** relative alla persona alla quale deve essere consegnata la copia, e più in generale le regole del procedimento di notificazione, o quando vi è **incertezza assoluta** sulla persona che ha preso la copia o sulla data; diversa dalla nullità è l'**'inesistenza della notifica'**; si tratta di un vizio non disciplinato dalla legge ma individuato dalla dottrina e giurisprudenza nelle ipotesi più gravi in cui non è possibile individuare **alcun collegamento** tra il destinatario dell'atto e il soggetto o luogo presso il quale esso è notificato.

Si conferma, dunque, dal punto di vista pratico, che la principale differenza tra nullità e inesistenza risiede nel fatto che solo la prima può essere **sanata**. La notifica non

^[1] (cfr. Cass., sez. un., [n. 3947 del 1987](#); Cass. nn. [9147 del 2007](#), [3964 del 2008](#), [3338 del 2009](#), [13477 del 2012](#)

^[2] (Cass., sez. un., [n. 11021 del 2014](#))

può infatti essere dichiarata nulla quando ha comunque raggiunto il suo **scopo**, cioè quando la copia è giunta lo stesso al destinatario effettivo dell'atto.

La notifica è nulla perché non avvenuta secondo modalità di legge, ma la dimostrazione del fatto che ha raggiunto comunque il suo scopo (far conoscere l'atto al destinatario effettivo) sana la nullità. La notifica inesistente, invece, non può mai essere sanata perché non essendoci alcun collegamento tra il soggetto/luogo della notifica e il destinatario, quest'ultimo non può mai venire a conoscenza dell'atto notificato.

3. Nullità/Inesistenza nelle notifiche a mezzo pec

Le notifiche in proprio degli avvocati e, tra queste, le notifiche a mezzo posta elettronica certificata, sono state, al pari di tutti gli Istituti toccati dalla “telemattizzazione”, oggetto di numerose riforme che ne hanno mutato in parte la struttura. Era dunque naturale il proliferare di interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali sui motivi di nullità e/o inesistenza; le notifiche cd “telematiche” vengono per la prima volta disciplinate dalla [L. n. 228/2012](#) che ha introdotto l'[art. 3-bis alla Legge 53/1994](#) che già disciplinava le notifiche in proprio eseguite dagli avvocati; prima però il [DM 44/2011](#) ([art. 18](#)) già regolamentava le notificazioni per via telematica tra avvocati, mentre il provvedimento DGSIA 16/4/2014 ha introdotto l'[art. 19-bis](#) che è rubricato “Notificazioni per via telematica eseguite dagli avvocati – art. 18 del regolamento”. Il D.p.c.m. del 13.11.2014 ed in vigore dal giorno 11 febbraio 2015, ha poi dettato le regole tecniche in materia di formazione, trasmissione, copia, duplicazione, riproduzione e validazione temporale dei documenti informatici nonché di formazione e conservazione dei documenti informatici delle pubbliche amministrazioni ai sensi degli articoli [20](#), [22](#), [23-bis](#), [23-ter](#), [40](#), comma [1](#), [41](#), e [71](#), comma [1](#), del Codice dell'amministrazione digitale di cui al [decreto legislativo n. 82 del 2005](#) e sembrava aver posto un punto conclusivo alle discussioni in merito alle modalità di attestazione di conformità dei documenti scansionati con i loro originali; di lì a poco è stato approvato definitivamente il ddl n. 2021 di conversione, con modd. del [decreto-legge 27 giugno 2015, n. 83](#), che ancora una volta ha messo mano al [D.L. n. 179/2012](#) e persino all'[art. 3 bis L. 53/94](#) introducendo con le successive specifiche tecniche: le modalità di attestazione di conformità delle copie informatiche e delle copie informatiche per immagine da inserirsi nella relata di notificazione.

In questo articolato quadro normativo bisogna partire dal dato testuale al fine di individuare i motivi di nullità della notificazione ai sensi dell'[art. 3 bis L. 53/94](#). L'articolo 11 espressamente prevede: “Le notificazioni di cui alla presente legge sono nulle e la nullità è rilevabile d'ufficio, se mancano i requisiti soggettivi ed oggettivi ivi previsti, se non sono osservate le disposizioni di cui agli articoli precedenti e, comunque, se vi è incertezza sulla persona cui è stata consegnata la copia dell'atto o sulla data della notifica.”; per quanto attiene i requisiti oggettivi necessari alla notifica bisogna esaminare l'[art. 3 bis](#) e quindi i requisiti di composizione del messaggio di posta certificata: sarà quindi nulla una notifica effettuata se manca ad esempio **1)** il nome, cognome ed il codice fiscale dell'avvocato notificante; **2)** estremi del provvedimento autorizzativo del consiglio dell'ordine nel cui albo è iscritto anche se poi è stato abrogato; **3)** il nome e cognome o la denominazione e ragione sociale ed il codice fiscale della parte che ha conferito la procura alle liti; **4)** il nome e cognome o la denominazione e ragione sociale del destinatario; **5)** l'indirizzo di posta elettronica certificata a cui l'atto viene notificato; **5)** l'indicazione dell'elenco da cui il predetto indirizzo è stato estratto; **6)** l'attestazione di conformità di cui al comma 2.

Per le notificazioni effettuate in corso di procedimento deve, inoltre, essere indicato l'ufficio giudiziario, la sezione, il numero e l'anno di ruolo; vanno poi aggiunti all'elenco alcuni requisiti connessi con l'utilizzo del *mezzo* notificatorio; si può tranquillamente parlare di nullità di un atto laddove manchi assolutamente la relata di notifica tra i file presenti in allegato o quando non venga riportata la firma (digitale) dell'avvocato; con riguardo all'utilizzo di una email in luogo della pec, appare più opportuno parlare di inesistenza per assoluta incapacità del mezzo di raggiungere lo scopo; con riguardo alla procura l'[art. 1 della L. 53/94](#) parla di *avvocato* munito di procura, da qui la prassi generale di notificare la procura unitamente all'atto ed alla relata. Va ribadito che notificare la procura è un onere e non un obbligo, e detto onere è ad probationem rispetto alla preesistenza della procura con riferimento al momento notificatorio e notificare la procura è il modo migliore per provare il conferimento del mandato prima della notifica. Meritevole di segnalazione tra i requisiti soggettivi, anche per le sue implicazioni in tema di inesistenza della notifica, è la qualifica di mero domiciliatario del notificante. Di recente, la Corte di Cassazione,^[3] ha affermato il principio secondo cui la notifica eseguita in proprio dall'avvo-

[3] Corte di Cassazione, sez. III° civile, con sentenza [8 luglio – 10 ottobre 2014, n. 21414](#)

cato mero domiciliatario è inesistente e non semplicemente nulla: *“Il procuratore che sia semplice domiciliatario è infatti abilitato alla sola ricezione, per conto del difensore, delle notificazioni e comunicazioni degli atti del processo e non anche al compimento di atti di impulso processuale, quale, nella specie, la notifica del controricorso”*; pertanto, poiché, a norma dell'[art. 1 della legge 21 gennaio 1994, n. 53](#), solo l'avvocato munito di procura alle liti può eseguire direttamente le notifiche, la notifica eseguita dal procuratore semplice domiciliatario è da ritenere inesistente anziché nulla, con conseguente impossibilità di applicare l'istituto della sanatoria per raggiungimento dello scopo, prevista dall'[art. 156 c.p.c.](#) per i soli casi di nullità[4]. Sempre in tema di inesistenza, istituto val bene ricordarlo, di creazione giurisprudenziale e quindi come tale non vincolato a requisiti precisi, si può disquisire su una notifica a soggetto diverso dal reale accipiens ma sempre tenendo conto del limite tra nullità ed inesistenza che la S.C. pare stabilire nella assoluta mancanza di un criterio di collegamento con l'effettivo destinatario dell'atto[5] e che *“la legittimazione di chi vi provvede alle notificazioni è condizione essenziale perché la notificazione espliciti almeno in parte gli effetti che le sono propri”*, per cui *“la notificazione eseguita a mezzo di soggetto assolutamente incompetente a compiere notifiche di atti processuali civili ... non consente di ravvisare una ipotesi di nullità ... perché non provendo l'atto da persona investita del potere di certificazione, non assume rilievo né quanto la “relata” attesta, né il fatto che l'atto scritto sia materialmente pervenuto nella sfera del destinatario”* [6].

In definitiva anche per le notifiche effettuate a mezzo pec opera, per quanto di ragione, l'insegnamento, condiviso e consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui *“il principio, sancito in via generale dall'[art. 156 c.p.c.](#), secondo cui la nullità non può essere mai pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato, vale anche per le notificazioni, anche in relazione alle quali – pertanto la nullità non può essere dichiarata tutte le volte che l'atto, malgrado l'irritualità della notificazione, sia venuto a conoscenza del destinatario”* [7].

Infatti, la denuncia di vizi fondati sulla pretesa violazione di norme di rito non tutela l'interesse all'astratta regolarità del processo, ma garantisce solo l'eliminazione del pre-

giudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della denunciata violazione con salvaguardia del processo.

4. Un caso specifico: nullità inesistenza della notifica del decreto ingiuntivo – la scelta del rimedio

Per ciò che riguarda, in particolare, lo specifico focus circa la nullità e/inesistenza della notifica propria del decreto ingiuntivo, è noto a tutti che il decreto ingiuntivo è un mezzo processuale talmente efficiente che sono previste anche delle forme specifiche di decreto ingiuntivo, ciò non esclude che possono verificarsi degli intoppi durante la procedura quali l'errata notifica, oppure la notifica dopo i tempi previsti che possono determinare l'inesistenza del decreto ingiuntivo.

Quale rimedio, quindi, usare per poter contestare l'inefficacia o l'invalidità del decreto ingiuntivo? Volendo soffermarsi ai vizi della notifica del decreto ingiuntivo, risulta evidente che la possibilità di contestazione sorge nel momento in cui il debitore ha notizia del decreto ingiuntivo ed i rimedi sono essenzialmente tre:

- l'opposizione normale al decreto ingiuntivo ex [art. 640 cpc](#),
- l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo ex [art. 650 cpc](#),
- l'opposizione al precetto o all'esecuzione ex [art. 615 cpc](#).

In presenza di un vizio della notifica, il problema consiste se si tratta di una notifica inesistente o di una notifica nulla, sul punto si precisa che l'inesistenza della notifica si ha solo quando la notifica venga effettuata in luogo o a mani di persona privi di ogni tipo di relazione con l'ingiunto, anche nella necessità di identificare le modalità con le quali contestare la notifica ossia le dichiarazioni effettuate dall'ufficiale giudiziario che ha eseguito la notifica e riportate nella notifica stessa, quando il vizio della notifica dipende da questo tipo di contestazione: infatti, in alcune ipotesi è sufficiente una qualsiasi prova, in altre è necessaria la querela di falso.

Occorre scegliere il tipo di opposizione da effettuare per contestare il decreto ingiuntivo: la questione nasce dal fatto che il decreto ingiuntivo potrebbe essere diventato titolo esecutivo e, quindi, il debitore, almeno in teoria, potrebbe trovarsi ad avere in notifica sia il decreto ingiun-

[4] (Cass [n. 357/2011](#))

[5] Cass.civ. [14 dicembre 1999 n. 14068](#); conf. Cass.civ. [13 febbraio 1996, n. 1084](#)

[6] Cass.civ. [17 marzo 2004, n. 5392](#); conf. Cass.civ. [13 febbraio 1999 n. 1195](#))

[7] Cass., sez. lav., [n. 13857 del 2014](#); conf., sez. trib., [n. 1184 del 2001](#) e n. [1548 del 2002](#).

tivo, sia il decreto ingiuntivo esecutivo, con il pedissequo precetto che minaccia l'esecuzione forzata, considerando che il venir meno del titolo esecutivo, rilevabile d'ufficio, determina la fine dell'esecuzione risulta evidente l'interesse del debitore a contestare il vizio della notifica, che potrebbe travolgere tutta la procedura.

In caso di esecuzione forzata intrapresa in forza di un decreto ingiuntivo, si distingue tra l'inesistenza della notificazione del titolo, che legittima il ricorso al rimedio dell'opposizione all'esecuzione ex [art. 615 cod. proc. civ.](#), e quella invece in cui se ne deduca la nullità, in relazione alla quale il mezzo di tutela azionabile è l'opposizione tardiva, ex [art. 650 cod. proc. civ.](#), da proporsi entro il termine di cui al comma 3 della medesima norma; la nullità della notificazione del decreto ingiuntivo, anche se causata di inefficacia del decreto quale titolo esecutivo, può essere eccepita dall'intimato solo nel giudizio di cognizione instaurato con la opposizione al decreto, ai sensi dell'[art. 645 cod. proc. civ.](#), o con la opposizione tardiva, ai sensi dell'[art. 650 cod. proc. civ.](#), se la nullità ha impedito all'opponente di avere tempestiva conoscenza del decreto stesso, e non anche, successivamente alla notificazione del precetto, con opposizione ex artt. [615](#) o [617](#) cod. proc. civ. dinanzi ad un giudice diverso da quello funzionalmente competente a giudicare sulla opposizione al provvedimento monitorio.

Occorre rammentare che^[8] la Suprema Corte affronta un tema complesso in grado di investire questioni di natura sostanziale e questioni di natura strettamente processuale: la specifica struttura del procedimento mette in risalto l'importanza della notificazione del decreto ingiuntivo, poiché è attraverso quest'atto che l'ingiunto viene a conoscenza di quanto è stato contestato nei suoi confronti e senza il suo contraddittorio e soprattutto è da questo momento che è posto nella condizione di esercitare il suo diritto alla difesa, sancito costituzionalmente, attraverso l'opposizione.

La questione concernente la notificazione del decreto ingiuntivo caratterizza la controversia oggetto dell'esame della Suprema corte: il destinatario di un decreto ingiuntivo si oppone tardivamente, ex [art. 650 c.p.c.](#), al medesimo poiché la notificazione era pervenuta ad un omonimo, nato nel medesimo luogo dell'effettivo destinatario

ma che risultava esser titolare di un'impresa che svolgeva attività completamente differente rispetto a quella del soggetto effettivamente ingiunto.

L'ampia e consolidata giurisprudenza della Cassazione sul punto ha risolto nel senso che "la notificazione del decreto ingiuntivo anche se nulla, è indice della volontà del creditore di avvalersi del decreto e conseguentemente esclude la presunzione di abbandono del titolo che costituisce il fondamento della previsione di inefficacia di cui all'[art. 644 c.p.c.](#), applicabile esclusivamente in caso di omissione della notificazione o di notificazione inesistente"^[9]

Occupandosi, poi, trasversalmente anche del rapporto e del reciproco condizionamento tra nullità ed inesistenza della notificazione del decreto ingiuntivo e del relativo regime di opposizione da parte dell'intimato, ha disposto che "nel caso di nullità della notificazione del decreto ingiuntivo – diversamente dall'ipotesi di inesistenza che sussiste quando la notifica sia stata eseguita in luoghi o nei confronti di persone non aventi alcuna relazione con il destinatario perché a lui totalmente estranei – è esperibile l'opposizione tardiva ai sensi dell'[art. 650 c.p.c.](#) La notificazione è nulla o semplicemente irregolare quando sia stata effettuata in luogo o a persona che, pur diversi da quelli indicati dalla legge ([art. 139 c.p.c.](#)), abbiano comunque con il destinatario un collegamento"^[10].

La Cassazione inoltre affronta le problematiche concernenti i rapporti tra l'opposizione a decreto ingiuntivo ex [art. 645 c.p.c.](#) e l'opposizione ad esecuzione ex [art. 615 c.p.c.](#), concordando sul fatto che "la mera nullità della notificazione del decreto ingiuntivo, a differenza di quanto si verifica in caso di sua inesistenza, può essere eccepita dall'intimato solo nel giudizio di cognizione instaurato con l'opposizione ai sensi dell'[art. 645 c.p.c.](#), ovvero, se la nullità ha impedito all'opponente di avere tempestiva conoscenza del decreto stesso, con l'opposizione tardiva, ai sensi dell'[art. 650 c.p.c.](#) e non anche successivamente alla notificazione del precetto con opposizione di cui agli artt. [615](#) e [617](#) c.p.c. dinanzi ad un giudice diverso da quello funzionalmente competente a giudicare sull'opposizione a decreto ingiuntivo"^[11].

Pertanto i vizi di nullità del decreto non fatti valere con l'opposizione, eventualmente tardiva, al medesimo non

[8] Cassazione civile, sez. II, 07 giugno 2013, n. 14444

[9] Cass., sez. I, 31 ottobre 2007, n. 22959

[10] Cass., Sez. III, 24 ottobre 2008, n. 25737

[11] Cass., Sez. I, 07 dicembre 2012, n. 22261

possono più esser fatti valere neppure con l'opposizione all'esecuzione, implicando con ciò una sanatoria del vizio che non potrà più essere oggetto di impugnazione.

Tuttavia qualora risulti la radicale inesistenza, la problematica muta con la conseguenza che la decadenza dal mezzo di impugnazione non determina il perfezionamento e la definizione di una sanatoria del vizio, il quale risulta tanto grave da privare il passaggio in giudicato della sua efficacia sanante.

Dal momento che la norma è ritenuta applicabile anche a quei provvedimenti che, pur non avendo la forma della sentenza, hanno natura sostanzialmente decisoria e sono suscettibili di divenire incontrovertibili, quali appunto il decreto ingiuntivo, “nell'ipotesi in cui l'intimato denunci la radicale inesistenza della notifica del decreto ingiuntivo, deve riconoscersi allo stesso la possibilità di agire direttamente per conseguire la dichiarazione di inefficacia ex art. 188 disp. att. c.p.c o di opporsi all'esecuzione intrapresa con i rimedi di cui agli artt. [615](#) e [617](#) c.p.c[12].

Viceversa i vizi della notifica di un decreto ingiuntivo non sostanzianti ipotesi di inesistenza della stessa si convertono necessariamente, a seconda dei motivi di opposizione ex artt. [645](#) o [650](#) c.p.c.

Altrettanto comprensibili appaiono le ragioni della diversa disciplina delle due ipotesi, ben delineate: in pratica, la notificazione esistente, anche se nulla o irregolare, e indice della volontà del creditore di avvalersi del decreto ed esclude conseguentemente la presunzione di abbandono

del titolo che costituisce il fondamento della procedura prevista dall'art. 188 citato. Per questo, decorso il termine di cui all'[art. 644 c.p.c.](#) in presenza di notifica non qualificabile come inesistente, permane il diritto del creditore di riproporre in sede di opposizione la verifica del proprio credito senza dover necessariamente chiedere, come nel caso della inesistenza, un nuovo decreto.

È' al tempo stesso spiegata la ragione per cui il debitore, se vuole evitare la sanatoria per acquiescenza del vizio non comportante inesistenza, deve proporre necessaria opposizione: la questione involge le contrapposte esigenze di tutela del creditore e del debitore, se e vero che l'omessa notifica evidenzia un disinteresse del creditore all'utilizzo del titolo, con la conseguente “sanzione” dell'inefficacia, appare altrettanto pacifico che un'inesistenza c.d. ‘giuridica derivante da una notifica effettiva ma oggettivamente errata perché compiuta con modalità assolutamente non previste o in luoghi o a persone privi di alcuna relazione con il destinatario, non è indice di disinteresse ma di semplice “scarsa attenzione” da parte del creditore; si può dire che lo strumento del ricorso per declaratoria di inefficacia del decreto previsto dall'[art. 188 disp. att. c.p.c.](#) riguarda i casi in cui il vizio notificatorio non appaia minimamente scusabile per il creditore; qualora il vizio, invece, non appaia talmente grave da far qualificare come inesistente la notifica, l'esigenza di tutela del debitore e temperata dal rispetto dell'interesse del creditore ed il primo è onerato della proposizione di formale opposizione avverso il decreto.

[12] Cass., Sez II, 6 dicembre 2006, n. 2721

Divieto di istituzione di giudici speciali

Alcune parole in merito al divieto di istituzione di giudici speciali: un principio “storico”, ma sempre attuale

di Mattia Polizzi

20 gennaio 2020

Sommario

Introduzione

Il dettato costituzionale ed il principio di unità della giurisdizione

La “costituzionalizzazione imperfetta” del principio di unità della giurisdizione

Le (principali) posizioni dottrinali sul tema...

(Segue) ... e la posizione della Consulta

Riflessioni conclusive

Introduzione

Con l'ordinanza interlocutoria del [30 gennaio 2019](#)^[1], la Prima sezione civile della Suprema Corte rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite ai fini della questione, oggetto di contrasto, se il rapporto tra le sezioni ordinarie e la sezione specializzata per l'impresa del medesimo ufficio giudiziario si configuri come una questione di competenza in senso tecnico, o, invece, di mera ripartizione interna degli affari.

Si tratta, come noto, di una questione di indubbia attualità e dai risvolti operativi notevolmente importanti. A prescindere dalla risoluzione del “caso concreto”, tuttavia, la questione consente di trarre l'abbrivio per trattare, pur sinteticamente, di un tema altrettanto importante e, se si vuole, propedeutico a quello dell'esatta identificazione della natura delle sezioni specializzate: ci si riferisce al divieto di istituzione di giudici speciali di cui all'[art. 102, comma 2, Cost.](#) Difatti, in tanto può parlarsi di costituzione di sezioni specializzate, in quanto l'organo giurisdizionale possa essere qualificato, *ab origine*, come giudice ordinario: diversamente, ossia nel caso in cui siano ravvisabili gli estremi di un organo giudiziario speciale (nel senso indicato dal dettato costituzionale), ogni ulteriore discussione perderebbe di significato, trattandosi di un

struttura giudiziaria vietata da un principio fondamentale del nostro ordinamento.

È chiaro allora che il divieto di istituzione di giudici speciali certo rappresenta un dato di fondo dell'ordinamento processuale italiano, un *prius* logico ad ogni ulteriore valutazione: al contempo, si tratta di un principio non privo (sin dalla sua costituzionalizzazione) di vibranti profili di criticità e denso di rilievi operativi anche nella contemporaneità delle vicende processuali nostrane. Le prossime righe si propongono dunque l'obiettivo di illustrare i tratti salienti del dettato costituzionale e normativo *in subiecta materia*.

Il dettato costituzionale ed il principio di unità della giurisdizione

Ciò premesso, il tema della magistratura e della giurisdizione trovano la propria disciplina costituzionale, come noto, all'interno del Titolo IV della Parte II della Costituzione, rubricato “*la magistratura*” e a sua volta distinto in due sezioni: la prima, contenente le norme in merito all’*ordinamento giurisdizionale*” e la seconda recante “*norme sulla giurisdizione*”.

Al riguardo, risulta di certo interesse il già menzionato [art. 102 Cost.](#), in forza del quale “*la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regola-*

[1] Cass. Civ., Sez. I, [30 gennaio 2019, n. 2723](#), in questa *Rivista*, 4 marzo 2019, con nota di Ferrari, *Alle sezioni unite l'ultima parola sulla qualificazione delle sezioni specializzate in materia di impresa*.

ti dalle norme sull'ordinamento giudiziario"; in particolare, è necessario soffermarsi, per i fini che qui interessano, sul secondo allinea della disposizione citata, il quale prevede che "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". In tema, peraltro, è possibile richiamare anche l'art. 1 c.p.c., a norma del quale "la giurisdizione, salvo speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice". Tralasciando, nell'economia della presente trattazione, il tema del giudice straordinario, può qui osservarsi che la Costituzione pone un espresso divieto di istituire giudici speciali. Con tale termine si intendono quegli "organi competenti a giudicare esclusivamente controversie che sorgano in determinate 'materie'". Il divieto *de quo* trova la propria ratio, secondo la migliore dottrina, in una duplice esigenza: quella di "garantire un'applicazione uniforme della legge e della funzione giudiziaria" e quella di tutelare "l'indipendenza stessa della magistratura"[2].

Nell'istituzione del divieto di cui al [secondo comma dell'art. 102 Cost.](#) viene individuata, sul piano storico-politico, la risposta all'esperienza precedente (sia quella ottocentesca post-unitaria sia quella autoritaria fascista), che aveva abusato della figura dei giudici speciali[3]. Il sistema costituzionale vigente, per converso, sembrerebbe ispirato al principio della unità (o unicità) della giurisdizione[4]. Il condizionale, tuttavia, è d'obbligo. Difatti, come sarà possibile osservare più compiutamente a breve, nonostante la portata letterale della norma costituzionale appaia di piana evidenza, il sistema concreto risulta decisamente più sfaccettato, tanto che autorevole dottrina ha parlato, con riferimento al principio di unità della giuri-

sdizione di un "proposito [...] rimasto incompiuto"[5] ovvero di una sua «costituzionalizzazione imperfetta»[6]. Per comprendere appieno questa criticità ci si muoverà prima sul piano storico, con precipuo riferimento all'attività dell'Assemblea costituente, per poi analizzare il profilo *de iure condito*.

/it/documentazione/stato/costituzione/dispttrans/art1

La "costituzionalizzazione imperfetta" del principio di unità della giurisdizione

Sotto il primo angolo visuale, l'artefice primo del dibattito fu Piero Calamandrei, il quale presentò un progetto di sistema giurisdizionale "tutto avviluppato intorno alla Magistratura ordinaria, in un disegno che, senza soluzione di continuità, si snodava armonicamente attraverso passaggi chiave quali la statualità della giurisdizione, la sua unicità, il suo autogoverno"[7]: detta centralità postulava la creazione di un unico apparato di giudici, dotati del medesimo status e garantiti, quanto alla propria indipendenza esterna, da un apposito organo di autogoverno. Il progetto in parola non passò indenne dalla successiva fase dibattimentale, né nella Commissione preposta né nell'Assemblea costituente. Con riferimento alla prima Sede venne, difatti, rifiutato il presupposto teorico dell'unicità intesa come permanenza nel nuovo sistema della sola magistratura ordinaria che avrebbe implicato *naturaliter* la scomparsa della giurisdizione del Consiglio di Stato e di quella della Corte dei conti. Nel corso dei lavori vennero proposte due diverse alternative, per così dire mediane. Il progetto elaborato da Gennaro Patricolo sosteneva sì l'unicità della giurisdizione, ma solo *pro futuro*, con espressa salvezza delle giurisdizioni speciali già esistenti. Il progetto ideato da Giovanni Leone, invece, era maggiormente articolato e muoveva nel senso della abo-

[2] Zanon, Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 2014, Bologna, pag. 13.

[3] Luiso, *Diritto processuale civile*, I, 2013, Milano, pagg. 40-41; Senese, voce *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, in *Dig. pubbl.*, VII, 1991, Torino, pag. 218, il quale sottolinea che "negli anni successivi alla prima guerra mondiale, tali giurisdizioni speciali superavano il numero di 300".

[4] Si v., *ex pluris*, Liebman, *Manuale di diritto processuale. Principi* (a cura di Colesanti, Merlin), 2012, Milano, pagg. 10 e ss.; Poggi, *Art. 102*, in Bifulco, Celotto, Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, 2006, Torino, 1972 ss.; Zanon, Biondi, *op. loc. ult. cit. Contra* Spagna Musso, voce *Giudice I – Nozione e profili costituzionali*, in *Enc. dir.*, XVIII, 1969, Milano, pag. 942, secondo cui "la Costituzione italiana ad un sistema giudiziario ispirato al principio della «unità della giurisdizione» cioè del concentramento di tutte le attribuzioni giurisdizionali in un solo ordine giurisdizionale, ha preferito l'adozione di un sistema ispirato all'opposto principio della «pluralità delle giurisdizioni»": secondo tale Autore nel nostro ordinamento costituzionale è riscontrabile una essenziale tripartizione della giurisdizione, da distinguersi in costituzionale, ordinaria e speciale (quest'ultima a sua volta costituita da varie sottocategorie, quali quella amministrativa, quella contabile e quella militare).

[5] Liebman, *op. loc. ult. cit.*

[6] Poggi, *op. cit.*, 1971. Si v. anche Pizzorusso, *Art. 102*, in Branca, Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione – Gli organi ausiliari*, I, 1994, Bologna, pagg. 208 e ss.

[7] Così Poggi, *op. cit.*, pag. 1970.

lizione di tutte le giurisdizioni speciali, escluse solo quelle del Consiglio di Stato e della Corte dei conti: ciò in ragione delle perplessità in merito ad un sistema in cui la Pubblica Amministrazione fosse sottoposta alla giurisdizione ordinaria. Come sottolineato da parte della dottrina, nel dibattito dinanzi all'Assemblea furono di peso una serie di elementi di natura più politica che tecnica in quanto “l'ostilità alle giurisdizioni speciali venne motivata sostanzialmente sulla carenza di indipendenza dei giudici, sul loro eccessivo sviluppo quantitativo e sull'uso strumentale che di alcune aveva effettuato il Regime [fascista]»[8].

Il risultato finale di tale dibattito rappresenta, come autorevolmente affermato, una soluzione di compromesso[9]. Da un lato, infatti, vi è il divieto di istituzione di (nuovi) giudici speciali di cui al citato [art. 102, co. 2, Cost.](#) Dall'altro, tuttavia, la Carta fondamentale non solo menziona espressamente alcune categorie di giudici speciali (peraltro alla stessa preesistenti), ma li disciplina con apposite previsioni. Al riguardo pare sufficiente ricordare quanto disposto dall'[art. 103 Cost.](#) che, come noto, al primo comma afferma che il Consiglio di Stato e gli altri organi della giustizia amministrativa “hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi” (c.d. giurisdizione esclusiva); al secondo, con riferimento alla giurisdizione contabile, dispone che la Corte dei conti “ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge”; al terzo, con riguardo alla giurisdizione militare, afferma che “i tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempi di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate”[10]. Peraltro, tale elenco non viene considerato tassativo, sicché ai giudici speciali cc.dd. nominati se ne affiancano altri cc.dd. innominati[11]. In tal senso milita anche il dettato costituzionale che, all'[art. VI disp. trans. fin.](#) Cost. dispone che “entro cinque anni dall'entrata in vigore della Co-

stituzione si procede alla revisione degli organi speciali di giurisdizione attualmente esistenti, salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei tribunali militari. Entro un anno dalla stessa data si provvede con legge al riordinamento del Tribunale supremo militare in relazione all'[articolo 111](#)”[12]. A ciò si aggiunga la lettura data a tale articolo da parte della Corte costituzionale: ci si riferisce, tra le altre, alla sent. [41/1957](#), resa con riferimento alle Commissioni distrettuali delle imposte dirette ed indirette[13]. Con questa pronuncia la Consulta ha in primo luogo riconosciuto la natura meramente ordinatoria (e non perentoria) del termine di cinque anni previsto dall'[art. VI disp. trans. fin.](#) Cost. per procedere alla revisione delle giurisdizioni speciali innominate: tale conclusione viene argomentata, in particolare, sulla base della considerazione per cui “al differimento dell'entrata in vigore del principio della unità della giurisdizione, rispetto alle giurisdizioni speciali, non ha corrisposto, nella Costituzione, un'espressa comminatoria di cessazione del funzionamento delle giurisdizioni speciali”. Inoltre, la Corte costituzionale ha altresì affermato che l'opera di revisione di cui all'[art. VI disp. trans. fin.](#) Cost. non implica, *ex se* ed ineluttabilmente, la mera soppressione degli organi giurisdizionali speciali lì contemplati: è, infatti, frutto di una valutazione di carattere marcatamente politico, rimessa al Governo ed al Parlamento, la decisione “se sia più opportuno rimettere le controversie tributarie alla giurisdizione ordinaria secondo le regole del processo comune; oppure, in aderenza al principio dell'unità della giurisdizione, introdurre un regime differenziato, istituendo apposite sezioni specializzate; o, piuttosto, conservare le Commissioni, in base al disposto di una legge costituzionale che deroghi al principio dell'[art. 102](#), disciplinando *ex novo* la materia del contenzioso tributario”. Sicché, come osservato in letteratura, i giudici speciali innominati istituiti prima dell'entrata in vigore della Costituzione ben possono sopravvivere, purché siano dotati delle garanzie di indipendenza di cui all'[art. 108 Cost.](#)[14].

[8] Poggi, *op. cit.*, pag. 1971. V. altresì Senese, *op. cit.*, pagg. 203 e ss.

[9] Senese, *op. cit.*, pag. 218.

[10] Ma il *genus* dei giudici speciali ad oggi esistenti non si limita a quelli ora indicati: in tema si v. Pizzorusso, *op. cit.*, pagg. 216 e ss.

[11] Tale distinzione è elaborata da Senese, *op. loc. ult. cit.*; sul carattere non tassativo dell'elencazione v. anche Zanon, Biondi, *op. cit.*, pagg. 15-16.

[12] Secondo Andrioli, *Rilevanza costituzionale della nozione di sezione specializzata*, in *Giur. cost.*, 1961, pag. 1539, la disposizione in parola avrebbe implicato per il Parlamento una vera e propria “opera davvero giustiniana di bonificare la selva selvaggia delle giurisdizioni speciali”.

[13] Corte cost., [11 marzo 1957, n. 41](#), consultabile in [www.giurcost.org](#).

[14] Zanon, Biondi, *op. cit.*, pag. 15.

Le (principali) posizioni dottrinali sul tema...

La “imperfetta costituzionalizzazione” del principio di unicità della giurisdizione ha avuto ripercussioni anche sul piano dottrinale, che si presenta decisamente frastagliato^[15], escluse quelle teoriche che in termini assoluti affermano e negano l'esistenza del principio *de quo*. Sul tema, difatti, si sono sviluppate diverse opinioni – spesso piuttosto articolate – che qui si intende, pur sinteticamente, ripercorrere.

Una prima tesi propone il recupero del progetto originariamente presentato dal Calamandrei: in altri termini, il legislatore ordinario dovrebbe assicurare ad ogni ramo della magistratura condizioni e garanzie di indipendenza analoghe, così da pervenire ad una unicità, organica e funzionale, di tutti i soggetti incaricati della funzione giurisdizionale.

Un'altra impostazione attribuisce all'unità della giurisdizione valore di principio costituzionale desumibile dal combinato disposto di diversi articoli della Carta fondamentale, quali gli artt. 24, 101, 102, 103, 111 e 113 Cost.

Una terza ricostruzione, invece, riconosce nel principio in discorso una soluzione intermedia, nel senso che i Costituenti non avrebbero optato per una soluzione “rigida”, ma per un bilanciamento tra la regola generale dell'unità e le eccezioni dettate da esigenze di specializzazione: nel dettato costituzionale avrebbero trovato spazio sia il principio dell'unicità sia l'opposto principio della pluralità, da considerarsi come un “*correttivo alle inefficienze della giurisdizione ordinaria nell'affrontare adeguatamente gli aspetti multiformi ed eterogenei di una realtà che, nel momento dell'entrata in vigore della Costituzione, si presentava assai conflittuale*”^[16].

Altra dottrina rinviene l'esistenza del principio di unità nella posizione istituzionale rivestita dalla Corte di Cassazione all'interno dell'ordinamento, in ragione delle competenze ad essa attribuite: il sistema giurisdizionale si potrebbe ridurre ad unità nel proprio vertice, perché attraverso il ruolo e le funzioni della Cassazione tutte le giurisdizioni (ordinarie e speciali) verrebbero ad essere ricomprese nel *genus* di quella ordinaria. Si pensi, al riguardo, all'ultimo comma dell'art. 111 Cost., a norma del quale anche contro le decisioni del Consiglio di Stato

e della Corte dei conti è ammesso il ricorso in Cassazione, sebbene limitato ai soli motivi inerenti alla giurisdizione. Ancora, un'altra tesi dottrinale, partendo dalla constatazione per cui l'esistenza di una pluralità di ordini giurisdizionali è una realtà in un certo senso ineliminabile, attribuisce il fondamento del principio di unicità sulla funzione giurisdizionale in quanto tale.

Una ulteriore teorica premette una distinzione tra l'esercizio ordinario della funzione giurisdizionale ed il suo esercizio atipico o eccezionale: la Costituzione non chiamerebbe a svolgere ordinariamente la funzione giurisdizionale i soli giudici ordinari (così come intesi tradizionalmente), ma anche i giudici di cui all'art. 103 Cost., ossia – come visto – il Consiglio di Stato e gli altri organi della giustizia amministrativa, la Corte dei conti ed i tribunali militari: sicché “*la nozione di giudice speciale [...] conserverebbe un suo preciso significato in un contesto in cui si convenisse sulla marginalità ed atipicità delle attività giudiziarie svolte da questo tipo di giudici, mentre la stessa nozione si smarrirebbe inevitabilmente a fronte di una estensione delle giurisdizioni speciali tale da non consentire la loro collocazione nei fenomeni marginali del sistema giudiziario*”^[17].

Secondo altri il principio di unicità dovrebbe essere inteso nel senso della previsione, ad opera della Costituzione, di un unico tipo di magistrato.

Un'ultima interpretazione reputa che il principio di unità debba essere inteso come unicità della fonte di legittimazione e di derivazione della potestà giurisdizionale, nonché come necessità di una stretta connessione tra le giurisdizioni, ma non nel senso di unicità dell'organo giurisdizionale.

(Segue) ... e la posizione della Consulta

A fronte di questo eterogeneo panorama dottrinale, la giurisprudenza della Corte costituzionale è caratterizzata da un percorso che, pur non essendo sempre lineare, presenta alcuni punti fermi, oltre a quelli *supra* evidenziati. In primo luogo la Consulta ha sempre dichiarato la propria incompetenza in materia, individuando per converso la Sede più qualificata in quella legislativa. La Corte ha operato un bilanciamento tra esigenze differenti: da un lato quella del necessario rispetto dei nuovi principi costituzionali e dall'altro la necessità di evitare “vuoti” nel siste-

[15] Ben illustrato da Poggi, *op. cit.*, pagg. 1974 e ss., a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

[16] Poggi, *op. cit.*, 1975.

[17] Poggi, *op. cit.*, 1976.

ma giurisdizionale. Ci si può riferire, sotto tale angolo visuale, alla già esaminata sent. [41/1957](#)[18]: come si ricorderà, con tale pronuncia il Giudice delle leggi ha affermato, in uno con la natura meramente ordinatoria del termine di cui all'[art. VI disp. trans. fin.](#) Cost., anche il principio in forza del quale il legislatore, unico organo deputato alla revisione delle giurisdizioni speciali innominate, non sia necessariamente tenuto a procedere alla eliminazione di queste ultime. Ciò che si può aggiungere a quanto affermato a suo tempo è che nell'opinione della Consulta il [secondo comma dell'art. 102 Cost.](#) può (e deve) considerarsi violato unicamente nel caso di introduzione *ex novo* di ulteriori giurisdizioni speciali. La seconda costante che emerge dalla giurisprudenza costituzionale *in subiecta materia* ha per oggetto l'affermazione delle differenziazioni che emergono dall'impianto costituzionale tra le varie figure di giurisdizione: sia sotto il profilo oggettivo, ossia quello della delimitazione delle varie sfere di giurisdizione, sia sotto l'aspetto soggettivo, relativo ai diversi *status* applicabili ai giudici appartenenti ai diversi ordini. Ciò che emerge dalle pronunce esaminate, in altri termini, è la concezione dei giudici (amministrativi, contabili e militari) di cui all'[art. 103 Cost.](#) come appartenenti ad una categoria per così dire intermedia tra la magistratura ordinaria e quella innominata in relazione alla quale l'[art. VI disp. trans. fin.](#) Cost. impone la revisione e l'[art. 102, co. 2, Cost.](#) vieta la nuova istituzione[19]. Come autorevolmente affermato in dottrina la Corte ha sostenuto in diverse pronunce che nell'impianto della Costituzione i magistrati ordinari e quelli speciali (nominati o innominati) “hanno, e non potrebbero che avere, discipline organizzatorie distinte presidiate da principi differenti poiché, la garanzia degli status nei vari tipi di giudice risponde a ratio diverse”[20]. E così, a mero titolo esemplificativo, con la sent. [1/1967](#) cit. è stato affermato che il sistema del concorso previsto *ex art. 106 Cost.* riguarda la sola magistratura ordinaria, sicché non viola la Carta fondamentale la nomina governativa di consiglieri del-

la Corte dei conti, senza che da ciò derivi un nocumento alla indipendenza della magistratura contabile, dovendo quest'ultima essere ricercata nelle modalità di svolgimento della propria funzione e non nei criteri di nomina dei propri membri; con la sent. [79/1967](#)[21] è stata sancita l'applicabilità dell'[art. 104 Cost.](#) alla sola magistratura ordinaria; l'ord. [292/1990](#)[22] ha declinato il medesimo principio con riferimento alle Commissioni tributarie, sostenendo che “l'indipendenza del Collegio e dei suoi componenti va individuata, comunque, solo attraverso i modi con i quali è svolta la funzione, nel senso della inesistenza di vincoli che possano comportare una soggezione formale o sostanziale da altri”. Di tenore difforme – pur all'interno di un *trend* giurisprudenziale piuttosto consolidato – la sent. [230/1987](#)[23], con la quale il Giudice costituzionale, dopo aver comunque affermato l'infondatezza di alcune questioni di legittimità costituzionale inerenti lo *status* dei magistrati contabili, ha sostenuto che l'indipendenza di tali giudici “non è sotto alcun aspetto garantita” ed ha invitato il legislatore a provvedere a tale riguardo.

Riflessioni conclusive

Il sintetico *excursus* appena svolto consente di affermare l'esistenza di un panorama *in subiecta materia* caratterizzato da plurimi profili di criticità. Ciò non può che avere risvolti negativi, sotto diversi angoli visuali. Basterà qui ricordare che, come sottolineato in dottrina, la pluralità delle giurisdizioni speciali ancora esistenti nell'ordinamento e l'indeterminatezza dei loro connotati hanno posto diversi problemi non solo in merito alla definizione stessa del concetto di giudice speciale, ma anche avuto riguardo alla distinzione di tale nozione da quella di giudice ordinario “tanto da suggerire la soluzione, di ripiego, per cui giudice speciale è il giudice che non fa parte della magistratura ordinaria” sicché “per distinguere la magistratura ordinaria da quelle speciali, si ricorre al criterio “legale”: ordinari sono i giudici regolati dalla legge sull'or-

[18] Per ulteriori pronunce di contenuto analogo si v. Corte cost., [23 dicembre 1986, n. 284](#); Corte cost., ord. [22 gennaio 1976, n. 21](#); Corte cost., [22 novembre 1962, n. 92](#). Per la consultazione dei provvedimenti in parola si v. www.giurcost.org.

[19] Cfr., a titolo di esempio, Corte cost., [11 giugno 1975, n. 135](#); Corte cost., [4 luglio 1974, n. 205](#); Corte cost., [30 dicembre 1972, n. 211](#); Corte cost., [5 aprile 1971, n. 68](#); Corte cost., [26 giugno 1970, n. 110](#); Corte cost., [21 gennaio 1967, n. 1](#). Tutte le pronunce qui citate sono consultabili in www.giurcost.org.

[20] Poggi, *op. cit.*, pag. 1981.

[21] Corte cost., [3 luglio 1967, n. 79](#), in www.giurcost.org.

[22] Corte cost., ord. [14 giugno 1990, n. 292](#), in www.giurcost.org.

[23] Corte cost., [17 giugno 1987, n. 230](#), in www.giurcost.org.

dinamento giudiziario (r.d. 12 del 1941), speciali tutti gli altri”[24]. Un problema non solo tassonomico, in quanto destinato a spiegare i propri effetti sia in termini di certezza del diritto per la cittadinanza in generale sia con precipuo riferimento alle garanzie del giudice e della sua indipendenza. Con riguardo a tale ultimo aspetto è stato difatti affermato che, fermi alcuni generali principi costituzionali (come quelli dell’indipendenza e della imparzialità), “*mentre quanto ai giudici «speciali» la Costituzione rinvia alla legge per la definizione del rispettivo ordinamen-*

to (art. 108), riguardo alla magistratura ordinaria, dotata delle generale competenza in materia civile e penale, essa si preoccupa di dettare una serie di regole precise a garanzia di quei principi”[25].

Riflessioni, queste, che appaiono di (forse ancora maggiore) rilievo se parametrize al concetto (ed all’esigenza, da più parti avvertita[26]) di un giudice sempre più specializzato: una nozione, questa, che prima di poter essere auspicabile o meno sul piano dell’opportunità della politica del diritto deve essere rispettosa della cornice costituzionale.

[24] Zanon, Biondi, *op. cit.*, pagg. 15-16. Le criticità derivanti dall’impianto costituzionale, peraltro, erano già state evidenziate poco tempo dopo l’entrata in vigore della Carta fondamentale: a titolo di esempio si v. diffusamente Sandulli, *Sulla costituzionalità delle «sezioni specializzate per gli equi fitti»*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, pagg. 110 e ss.

[25] Così Onida, *La Costituzione*, 2003, Bologna, pagg. 107-108. *Contra* Spagna Musso, *op. cit.*, specimen pag. 944.

[26] Cfr., solo a titolo di esempio, Carpi, *La specializzazione del giudice come fattore di efficienza della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, III, pagg. 1009 e ss.

Responsabilità genitoriale e giurisdizione

La rifusione del regolamento Bruxelles II bis in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: le norme sulla giurisdizione ^[1]

di Michele Angelo Lupoi

DEL 21 GENNAIO 2020

Sommario

1. Introduzione: il regolamento UE 2019/1111
2. Ambito applicativo e definizioni
3. Le norme sulla giurisdizione
4. Trasferimenti di competenza per ragioni di maggiore idoneità del foro
5. I provvedimenti provvisori e cautelari
6. Questioni incidentali e altre disposizioni in materia di competenza
7. Conclusione "a prima lettura"

1. Introduzione: il regolamento UE 2019/1111

La stagione delle rifusioni dei regolamenti europei in ambito processuale si è di recente arricchita di un ulteriore tassello. Il riferimento è alla recente approvazione, da parte del Consiglio, del [regolamento \(UE\) 2019/1111](#), di rifusione del [regolamento \(UE\) n. 2201 del 2003](#), in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale ([Bruxelles II bis](#)).

Il [regolamento Bruxelles II bis](#) a sua volta rappresentava l'evoluzione di un primo intervento eurounitario in materia di diritto di famiglia (il regolamento n. 1347/2000) e la sua applicazione pratica è andata crescendo nel tempo, a conferma della aumentata rilevanza delle famiglie transfrontaliere nell'ambito dell'Unione. Il [regolamento 2201/2003](#) è considerato, globalmente, uno strumento efficace, avendo contribuito a garantire certezza e prevedibilità del diritto in un contesto delicato quanto importante nell'ambito dello spazio di giustizia europeo^[2].

Sul piano applicativo, i principali problemi riscontrati riguardano, sul piano giurisdizionale, la possibilità che il contenzioso relativo alla medesima crisi familiare si "frizioni" in più Stati membri diversi, in ragione della diversità dei criteri di collegamento previsti, rispettivamente, per le controversie matrimoniali e per quelle in materia di potestà genitoriale, in mancanza di una norma generale sulla giurisdizione per motivi di connessione. Terreno ancora più delicato è quello dell'esecuzione *cross-border* dei provvedimenti in materia di responsabilità genitoriale, in particolare quelli relativi al ritorno nello Stato di origine di minori sottratti illecitamente^[3]. Come dimostra la giurisprudenza degli Stati membri e della Corte di giustizia, in questo ambito, di là dalla enunciazione dei principi e dalla formulazione delle norme, si registra notevole resistenza da parte degli Stati membri a garantire l'effettività del sistema di circolazione delle decisioni all'interno dell'Unione, con procedimenti che si dilungano per anni

[1] Una versione più ampia di questo scritto, con titolo diverso, è destinata al volume in memoria di Franco Cipriani.

[2] Il considerando 1, afferma, al riguardo: "il [regolamento \(CE\) n. 2201/2003](#) è uno strumento che funziona in maniera corretta e ha offerto importanti vantaggi ai cittadini, ma che vi è la possibilità di migliorare le norme esistenti. Si rendono necessarie varie modifiche di tale regolamento. A fini di chiarezza, è opportuno procedere alla sua rifusione».

[3] V. anche Honorati, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis : più tutela per i minori e più efficacia nell'esecuzione delle decisioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 248.

e con risultati spesso ostativi all'attuazione del provvedimento straniero.

È dunque con riferimento alle problematiche insorte nel primo decennio di applicazione del [regolamento Bruxelles II bis](#), ed in particolare al fine di dare migliore protezione all'interesse superiore del minore^[4], che, nel giugno 2016, la Commissione ha formulato, dopo un intenso lavoro di raccolta ed elaborazione di dati e sondaggi, una proposta di rifusione del regolamento [2201/2003](#).

Nel documento del 30 giugno 2016 che accompagnava la proposta di rifusione del regolamento, la Commissione proponeva alcuni obiettivi generali, a loro volta articolati in obiettivi specifici.

E così, gli obiettivi di migliorare l'accesso alle corti e la corretta ed efficiente amministrazione della giustizia nonché di garantire parità di accesso alla giustizia nell'Unione per entrambi i coniugi, si declinavano nella proposta di aumentare l'autonomia delle parti, al fine di incrementare la prevedibilità nel contenzioso matrimoniale, di facilitare la riunione di diversi procedimenti in materia familiare, di limitare la "corsa al foro" e conseguentemente ridurre i costi correlati, di semplificare lo schema normativo della giurisdizione nelle cause matrimoniali e di introdurre flessibilità rispetto ai poteri delle corti di tenere in considerazione i procedimenti pendenti in Stati terzi. In materia di responsabilità genitoriale, poi, si prospettava l'obiettivo generale di scoraggiare la sottrazione dei minori, proteggere la relazione genitori-figli e conseguentemente preservare il prevalente interesse dei minori; obiettivo che veniva poi "specificato" con la garanzia del rapido e sicuro ritorno del minore nello Stato di origine, semplificando la relativa procedura. La Commissione faceva pure riferimento all'obiettivo di proteggere l'interesse prevalente del minore assicurando che i bambini in stato di bisogno potessero essere collocati in un altro Stato membro, semplificando e rendendo più veloci le relative procedure. L'obiettivo di proteggere il prevalente interesse del minore veniva in rilievo anche in materia di circolazione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriali, rispetto alla quale si prospettavano la semplificazione delle procedure di riconoscimento e di esecuzione, riducendone i

tempi e i costi e il rafforzamento della fiducia reciproca tra gli Stati membri, con particolare riferimento all'ascolto del minore e ai prevalenti interessi del minore stesso. Infine, la Commissione prendeva in considerazione la cooperazione tra autorità nazionali, indicando come obiettivo generale il miglioramento di tale cooperazione e la semplificazione della cooperazione transfrontaliera tra le autorità centrali, e, come obiettivi specifici, la riduzione dei ritardi nei casi transfrontalieri relativi a minori e il miglioramento della fiducia reciproca tra autorità nazionali e in particolare tra autorità centrali.

Sulla proposta della Commissione si è pronunciato il Parlamento, con un intervento di "compromesso" politico da parte del Consiglio. Al termine del percorso normativo, ha infine visto la luce il [regolamento \(Ue\) n. 2019/1111](#) del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori. Esso è entrato in vigore il ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, ma la sua applicazione è rinviata al 1° agosto 2022^[5], ad eccezione degli art. [92](#), [93](#) e [103](#) che si applicano dal 22 luglio 2019. Non tutte le proposte della Commissione sono poi confluite nel testo finale approvato dal Consiglio, ma le esigenze evidenziate nella proposta originale sono state valorizzate. In effetti, il nuovo [regolamento Bruxelles II ter](#) introduce importanti innovazioni rispetto al sistema previgente, in un delicato gioco di equilibri tra tutela del minore, interessi nazionali, coordinamento con altri strumenti internazionali, nel prisma del rafforzamento della fiducia reciproca tra i sistemi giudiziari degli Stati membri (considerando n. 3).

2. Ambito applicativo e definizioni

Il nuovo regolamento conserva la struttura e l'ambito applicativo di quello precedente, rispetto al quale si pone in continuità: esso si occupa infatti, della giurisdizione, della circolazione e dell'esecuzione delle decisioni, della sottrazione internazionale di minori, della cooperazione giudiziaria transfrontaliera nelle materie considerate. Conti-

[4] Carpaneto, *La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore "in astratto" e "in concreto" nella riforma del regolamento Bruxelles II-bis*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, p. 974.

[5] Dalla medesima data, l'[art. 104](#) prevede l'abrogazione del regolamento [n. 2201 del 2003](#). Il nuovo regolamento si applicherà solo alle azioni proposte, agli atti pubblici formalmente redatti o registrati e agli accordi registrati il o posteriormente al 1° agosto 2022. Il regolamento [n. 2201/2003](#), per contro, continuerà ad applicarsi alle decisioni rese nelle azioni proposte, agli atti pubblici formalmente redatti o registrati e agli accordi che sono divenuti esecutivi nello Stato membro in cui sono stati conclusi anteriormente al 1° agosto 2022 e che rientrano nel suo ambito di applicazione ([art. 100](#)).

nua a restare fuori dall'ambito del [regolamento Bruxelles II ter](#) la disciplina sulla legge applicabile: per il divorzio, dunque, si dovrà fare riferimento al regolamento 1259 del 2010 mentre, per la responsabilità genitoriale, in mancanza di normative armonizzate eurounitarie, il considerando n. 92[6] rinvia alle disposizioni del capitolo III della convenzione dell'Aia del 1996[7]. Nel testo del nuovo regolamento, peraltro, aumentano le norme di diritto uniforme, che si innestano sulle normative procedurali della *lex fori*, prevalendo sulle disposizioni nazionali incompatibili.

Il regolamento si applica, come già il regolamento [2201/2003](#), da un lato, alle materie civili relative al divorzio, alla separazione personale e all'annullamento del matrimonio e, dall'altro, all'attribuzione, all'esercizio, alla delega, alla revoca totale o parziale della responsabilità genitoriale. Rispetto alle materie incluse in tale secondo ambito, l'[art. 1, para. 2](#) elenca, come già nel regolamento [n. 2201](#), il diritto di affidamento e il diritto di visita; la tutela, la curatela ed altri istituti analoghi; la designazione e le funzioni di qualsiasi persona o ente aventi la responsabilità della persona o dei beni del minore o che lo rappresentino o assistano; i provvedimenti di protezione del minore legati all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore; il collocamento del minore in affidamento presso una famiglia o un istituto. Rispetto a tale ultimo ambito, il considerando 11 chiarisce che, nella nozione di "collocamento", dovrebbe rientrare qualsiasi tipo di collocamento di un minore in affidamento presso una famiglia, ossia, conformemente al diritto e alle procedure nazionali, presso una o più persone fisiche, o in un istituto, ad esempio in un orfanotrofio o in una comunità per minori, in un altro Stato membro. Resta comunque escluso il collocamento in vista dell'adozione, il collocamento presso un genitore o, se del caso, presso un altro prossimo congiunto dichiarato dallo Stato membro di accoglienza. Di conseguenza, si legge nel considerando 11, dovrebbero essere inclusi anche i «collocamenti a fini educativi» disposti da un'autorità giurisdizionale o organizzati da un'autorità competente con il consenso dei genitori o del minore o su loro richiesta a segui-

to di comportamenti devianti del minore, dovendo essere escluso solo un collocamento -di carattere educativo o punitivo – disposto o organizzato a seguito di un atto del minore che, se commesso da un adulto, potrebbe costituire un fatto punibile ai sensi del diritto penale nazionale, indipendentemente dal fatto che nel caso di specie ciò possa condurre o meno a una condanna[8].

Il [para. 3 dell'art. 1](#) precisa che i capi III e VI del regolamento si applicano ai casi di trasferimento illecito o di mancato ritorno di un minore concernenti più di uno Stato membro, a integrazione della convenzione dell'Aia del 1980, mentre il capo IV del regolamento stesso si applica all'esecuzione transfrontaliera delle decisioni che dispongono il ritorno del minore in un altro Stato membro ai sensi di tale convenzione. Non si tratta di una novità sostanziale, dal momento che anche nel regolamento [n. 2201](#) erano affrontati i medesimi temi. Nel nuovo regolamento, peraltro, la materia è affrontata in modo più organico e sistematico. Il maggior rilievo attribuito dal legislatore europeo a questo tema è dimostrato anche dal fatto che la sottrazione internazionale dei minori è stata inserita nello stesso «titolo» del regolamento [n. 1111](#).

Nell'ambito di applicazione del regolamento non rientrano solo procedimenti giurisdizionali in senso proprio. Come precisa l'[art. 2, para. 2](#), quando il regolamento usa il termine "autorità giurisdizionale", infatti, si fa riferimento all'autorità di qualsiasi Stato membro avente competenza giurisdizionale per le materie rientranti nell'ambito di applicazione del regolamento; al riguardo, il considerando 14 precisa che, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, al termine «autorità giurisdizionale» occorre attribuire un significato ampio, comprendente anche autorità amministrative o altre autorità, quali i notai, che talvolta esercitano funzioni giudiziarie in materia matrimoniale o di responsabilità genitoriale.

Sul piano soggettivo, inoltre, l'[art. 2, para. 2](#) propone per la prima volta la definizione di «minore», intesa come persona di età inferiore agli anni 18, sulla falsariga di quanto previsto al riguardo dalla convenzione dell'Aia del 19 ottobre 1996 sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazio-

[6] Al riguardo, v. Carpaneto, *La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore*, cit., p. 954, che avrebbe preferito la previsione nel regolamento di un titolo dedicato alla legge applicabile e, al suo interno, di una norma contenente il richiamo alle norme di conflitto della convenzione del 1996.

[7] Precisando che, nell'applicare detta convenzione in un procedimento dinanzi a un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro in cui si applica il regolamento n. 1111, il riferimento di cui all'[articolo 15, para. 1](#), di tale convenzione alle «disposizioni del capitolo II» della medesima convenzione si intende fatto alle «disposizioni del presente regolamento».

[8] Per Carpaneto, *op. cit.*, p. 955, si tratta di una interpretazione restrittiva e formalistica.

ne in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori; tale limite di età, come specifica il considerando 17, vale anche nei casi in cui i minori abbiano acquisito la capacità di agire, prima di compiere 18 anni, in virtù della legge che disciplina il loro stato personale, ad esempio tramite emancipazione per matrimonio, in modo da evitare una sovrapposizione con l'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aia del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti, che si applica alle persone a partire dall'età di 18 anni, e al contempo scongiurare vuoti tra i due strumenti. Con la precisazione che tale definizione non interferisce con l'ambito applicativo della convenzione dell'Aia del 1980 (e, di conseguenza, del capo III del regolamento, che integra l'applicazione della convenzione del 1980 nei rapporti tra gli Stati membri che ne sono parti) che, come noto riguarda i minori fino al raggiungimento dell'età di 16 anni.

Le norme del regolamento in materia di responsabilità genitoriale evocano a più riprese e vanno comunque interpretate alla luce del c.d. "best interest of the child" (interesse prevalente del minore)[9]. Di tale "interesse" il regolamento non propone una definizione in via diretta. Nel considerando 19, peraltro, si legge che ogni riferimento all'interesse superiore del minore dovrebbe essere interpretato alla luce dell'[articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea](#) e della [Convenzione delle Nazioni Unite del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo](#) come recepiti nell'ordinamento e nelle procedure nazionali.

Fatte queste doverose premesse, in questo scritto, mi concentrerò sulle novità introdotte dal regolamento [n. 1111 del 2019](#) in materia di giurisdizione.

3. Le norme sulla giurisdizione

In materia di giurisdizione, il regolamento non propone novità per le controversie matrimoniali[10]. Contro la proposta "restrittiva" della Commissione, resta, dunque, la "giurisdizione diffusa" basata su una molteplicità di criteri di collegamento alternativi tra loro, per favorire l'accesso alle corti in questo ambito.

Il nuovo [art. 6](#), d'altro canto, "fonde" le previsioni degli [art. 6 e 7](#) del regolamento n. 2201, confermando, da un

lato, la natura esclusiva dei criteri di collegamento posti dagli artt. [3](#), [4](#) e [5](#) rispetto al coniuge che risieda abitualmente nel territorio di uno Stato membro o abbia la cittadinanza di uno Stato membro, e, dall'altro, la competenza residua, esercitabile in base alla *lex fori*, qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente ai sensi degli artt. [3](#), [4](#) e [5](#). Si registra, peraltro, rispetto a tale competenza "residua" una novità: il [para. 1 del nuovo art. 6](#), infatti, fa "salvo" il para. 2: con la conseguenza che la *lex fori* non possa essere comunque applicata rispetto a un coniuge che risieda abitualmente nel territorio di uno Stato membro ovvero che abbia la cittadinanza di uno Stato membro, a prescindere dal fatto che la sua residenza abituale sia collocata in uno Stato membro o non. Anche in mancanza di una residenza all'interno dell'Unione, dunque, nei confronti di tale coniuge la giurisdizione di uno Stato membro potrà essere esercitata solo in base agli artt. [3](#), [4](#) e [5](#), senza possibilità di fare ricorso alle disposizioni della *lex fori*.

In materia di responsabilità genitoriale, il criterio di collegamento principale resta la residenza abituale del minore, in attuazione del principio di prossimità (considerando 20). Esso, peraltro, trova oggi sede nell'[art. 7](#) e, dello stesso, il regolamento continua (giustamente) a non fornire una definizione[11]. Il considerando 19, peraltro, indica che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale si informano all'interesse superiore del minore e dovrebbero essere applicate in sua conformità. L'interesse del minore, in altre parole, è elevato a canone ermeneutico dei criteri di collegamento giurisdizionale in questo ambito.

La residenza abituale deve sussistere al momento della domanda: in caso di trasferimento legittimo in un altro Stato membro dopo l'inizio del procedimento, d'altro canto, la certezza giuridica e l'efficienza della giustizia giustificano il mantenimento di tale competenza fintantoché detti procedimenti non abbiano condotto a una decisione definitiva o siano altrimenti conclusi (salva la possibilità per l'autorità giurisdizionale dinanzi alla quale pende un procedimento, in talune circostanze, di trasferire la competenza allo Stato membro in cui il mino-

[9] In arg., di recente, Carpaneto, *op. cit.*, p. 944 ss.

[10] Per un'analisi delle "scelte politiche" compiute a questo riguardo, Honorati, *La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-bis*, cit., p. 249.

[11] V. anche Carpaneto, *op. cit.*, p. 958.

re vive a seguito di un trasferimento legittimo) (considerando 21)[12].

Quello della residenza abituale resta un criterio non esclusivo. Anzi, almeno sul piano della formulazione delle norme, le deroghe ad esso previste, nel regolamento [n. 1111](#), sono aumentate.

L'[art. 8](#) del nuovo regolamento sostituisce il precedente [art. 9](#), con l'unica novità contenuta nella rubrica della norma: dove l'[art. 9](#) del regolamento n. 2201 si riferiva alla ultrattività della «competenza della precedente residenza abituale del minore», la nuova disposizione utilizza una formulazione più precisa, ovvero «Ultrattività della competenza in relazione al diritto di visita». In effetti, la norma, in caso di lecito trasferimento della residenza di un minore da uno Stato membro a un altro che diventa la sua residenza abituale, «proroga», per un periodo di tre mesi dal trasferimento, la competenza delle autorità giurisdizionali dello Stato membro della precedente residenza abituale del minore appunto per modificare una decisione sul diritto di visita resa in detto Stato membro prima del trasferimento del minore, se la persona cui la decisione ha accordato il diritto di visita continua a risiedere abitualmente nello Stato membro della precedente residenza abituale del minore.

In caso di «trasferimento illecito o mancato ritorno di un minore» (anche in questo caso la norma ha una nuova rubrica più precisa rispetto alla precedente, che parlava di «competenza in caso di sottrazione di minori»), l'[art. 9](#) (corrispondente al precedente [art. 10](#)), continua a prevedere che resti ferma la competenza dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento illecito o del mancato ritorno. Viene però fatto salvo l'[art. 10](#), ovvero la norma di nuova introduzione in materia di scelta del foro in materia di responsabilità genitoriale. La competenza dello Stato d'origine del minore continua d'altro canto, ad essere «limitata», sul piano temporale: essa, in effetti, come già nel regime previgente, permane «fino a che il minore non abbia acquisito la residenza abituale in un altro

Stato membro», a determinate condizioni. L'ipotesi *sub a*) («se ciascuna persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha accettato il trasferimento o mancato ritorno») resta identica rispetto alla norma precedente. L'ipotesi *sub b*), invece («se il minore ha soggiornato in quell'altro Stato membro almeno per un anno da quando la persona, istituzione o altro ente titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava e il minore si è integrato nel nuovo ambiente e sia soddisfatta almeno una delle condizioni seguenti») prevede oggi 5 condizioni (in precedenza erano 4). Le condizioni *sub i*)[13] e *ii*)[14] restano invariate. La condizione *sub v*) («l'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima dell'illecito trasferimento o del mancato ritorno ha reso una decisione sul diritto di affidamento che non comporta il ritorno del minore») corrisponde alla condizione *sub iv*) dell'[art. 10](#) del regolamento n. 2201. La nuova condizione *sub iii*) («una domanda di ritorno presentata dal titolare del diritto di affidamento è stata respinta da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro per motivi diversi da quelli di cui all'articolo 13, primo comma, lettera b), o all'articolo 13, secondo comma, della convenzione dell'Aia del 1980 e tale decisione non è più soggetta a impugnazione ordinaria») sostituisce quella in precedenza elencata *sub iii*) («un procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento o del mancato rientro è stato definito a norma dell'articolo 11, paragrafo 7») ed è complementare alla successiva condizione *iv*); ove, infatti, il giudice dello Stato «di rifugio» abbia negato il ritorno per motivi diversi da quelli per cui è previsto il nuovo meccanismo di «coordinamento» dell'[art. 29](#), la relativa decisione implica il venir meno della giurisdizione dello Stato d'origine[15]. La nuova condizione *sub iv*) («non è stata adita alcuna autorità giurisdizionale a norma dell'[articolo 29, paragrafi 3 e 5](#), nello Stato membro

[12] Non è stata in effetti accolta la proposta della Commissione di prevedere, in caso di trasferimento legittimo del minore in un altro Stato membro, lo spostamento della giurisdizione avanti a tale Stato: v. Carpaneto, *op. cit.*, p. 961.

[13] «Entro un anno da quando il titolare del diritto di affidamento ha avuto conoscenza, o avrebbe dovuto avere conoscenza, del luogo in cui il minore si trovava non è stata presentata alcuna domanda di ritorno del minore dinanzi alle autorità competenti dello Stato membro nel quale il minore è stato trasferito o dal quale non ha fatto rientro».

[14] «Una domanda di ritorno presentata dal titolare del diritto di affidamento è stata ritirata e non è stata presentata una nuova domanda entro il termine di cui al punto i».

[15] V. Honorati, *op. cit.*, p. 253.

nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento illecito o del mancato ritorno”) si è resa necessaria a seguito delle modifiche apportate alla procedura successiva al diniego del ritorno da parte delle autorità dello Stato membro “di rifugio” del minore. Oggi, infatti, come si vedrà, l'[art. 29](#) prevede un diverso meccanismo più articolato per il coordinamento dell'attività che si svolge, rispettivamente, nello Stato di rifugio e nello Stato d'origine rispetto a quanto previsto dall'[art. 11](#) del regolamento n. 2201. La nuova condizione *sub iv*), in sostanza, a completamento delle ipotesi configurabili, implica che, qualora l'autorità dello Stato di rifugio abbia negato il ritorno del minore “sottratto” e nessuna delle parti interessate si sia attivata per chiedere l'intervento delle autorità dello Stato d'origine, venga meno la competenza di queste ultime e si consolidi quella delle corti dello Stato in cui il minore.

La principale novità in materia di giurisdizione nel regolamento [n. 1111](#) è probabilmente contenuta nell'[art. 10](#), che ha introdotto una (limitata) possibilità per le parti di “scegliere” il foro in materia di responsabilità genitoriale, in modo da rendere possibile, ad esempio, il radicamento della competenza per le controversie in tale ambito nello Stato membro in cui tra i genitori è pendente un procedimento di divorzio o di separazione personale. La Commissione, in effetti, nel presentare la sua proposta, aveva evidenziato l'opportunità di introdurre tale possibilità, nell'ottica di scoraggiare il *forum shopping* e di rendere più prevedibile la giurisdizione in un'area del diritto tanto delicata. Nel testo infine approvato, peraltro, la possibilità di proroga è stata (forse incongruamente) esclusa per la materia matrimoniale e, per la responsabilità genitoriale, è stata circondata da una articolata serie di condizioni e requisiti.

In effetti, l'[art. 10](#) conferisce una giurisdizione esclusiva in materia di responsabilità genitoriale alle autorità giurisdizionali di uno Stato membro a condizione che il minore abbia un legame sostanziale con quello Stato membro (lett. *a*), con la precisazione che tale legame sussiste in quanto almeno uno dei titolari della responsabilità genitoriale vi risiede abitualmente (*i*), in tale Stato membro si trovava la precedente residenza abituale del minore (*ii*) o il minore è cittadino di quello Stato (*iii*). Inoltre, la norma richiede (*b*) che le parti e qualsiasi altro titolare della responsabilità genitoriale abbiano liberamente convenuto la competenza giurisdizionale al più tardi alla data in cui è adita l'autorità giurisdizionale (*i*) o accettato espressamente la competenza giurisdizionale nel corso del procedimento e l'autorità giurisdizionale si sia assicurata che

tutte le parti siano informate del loro diritto di non accettare la competenza (*ii*) e che l'esercizio della competenza giurisdizionale sia conforme all'interesse superiore del minore.

In altre parole, la proroga della giurisdizione può derivare da un accordo precedente o contestuale alla data di inizio del procedimento oppure da una accettazione nel corso del procedimento stesso. Nel primo caso, ai sensi del para. 2, l'accordo di scelta del foro deve avere forma scritta e deve essere datato e firmato dalle parti oppure messo agli atti dell'autorità giurisdizionale conformemente al diritto e alle procedure nazionali, con la precisazione (ormai di prassi in questi ambiti) che qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'accordo sia da considerare equivalente alla forma scritta. Il para. 2 precisa, altresì, che i soggetti che diventino eventualmente parte del procedimento dopo che è stata adita l'autorità giurisdizionale possono esprimere il loro accordo dopo l'inizio del procedimento stesso, anche in forma tacita: in mancanza di una loro contestazione, infatti, il loro accordo è considerato implicito. L'accettazione delle parti nel corso del procedimento, per contro, non può essere tacita.

In caso di accordo o di accettazione, inoltre, la norma richiede al giudice di verificare che tale accettazione avvenga nella consapevolezza che le parti potrebbero contestare la competenza della corte adita. In sostanza, il meccanismo è analogo a quello previsto dall'[art. 26, para. 2](#) del regolamento n. 1215/2012, il quale, rispetto alle materie oggetto di giurisdizione para-esclusiva (contratti di assicurazione, contratti conclusi dai consumatori, contratti di lavoro), richiede al giudice di verificare che l'eventuale accettazione della giurisdizione da parte del soggetto «debole» del rapporto sostanziale avvenga nella consapevolezza di rinunciare al diritto di eccepire l'incompetenza dell'autorità giurisdizionale adita. Anche qui, dunque, si introduce una norma di diritto sostanziale uniforme che impone al giudice un ruolo «informativo» rispetto alle prerogative delle parti, di particolare importanza qualora la *lex fori* consenta alla parte di partecipare al processo senza difensore tecnico. Come chiarisce il considerando 23, compito dell'autorità giurisdizionale è esaminare se tale accordo o accettazione si basi su una scelta libera e informata delle parti interessate e non sia dovuto al fatto che una parte sfrutti la situazione difficile o la posizione di debolezza dell'altra parte.

Il para. 4 precisa che la competenza così conferita ha natura esclusiva. In effetti, come si è visto, il nuovo [art. 9](#),

sulla competenza in caso di sottrazione di minore, fa appunto salvo l'[art. 10](#) qui in esame.

L'importanza teorica della nuova disposizione appare fortemente ridimensionata sul profilo pratico, dal momento che l'accordo o l'accettazione delle parti è comunque limitato ad ipotesi molto circoscritte. In sostanza, la scelta può essere effettuata rispetto al giudice dello Stato di cui il minore sia cittadino o nel quale fosse residente prima di un trasferimento lecito in uno Stato diverso) e che, in tale Stato, continui a risiedere almeno uno dei titolari della responsabilità genitoriale. Si può fare l'esempio della clausola di scelta del foro italiano inserita in un accordo di separazione tra due genitori abitualmente residenti in Italia, azionata dopo che uno dei due sia stato autorizzato a trasferirsi con il figlio minore in un altro Stato membro.

Un tale accordo, peraltro, non ha efficacia automatica, dal momento che il giudice adito (in ipotesi anche quello scelto dalle parti) è comunque chiamato a valutare che l'esercizio della competenza così prorogata sia conforme all'interesse superiore del minore. Si prevede, in altre parole, un potere discrezionale del giudice, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto: anche in questo ambito, il legislatore eurounitario dimostra di avere recepito la dottrina sul *forum (non) conveniens* di *common law*, tradizionalmente applicata, come noto, anche ai fini dell'efficacia di clausole di scelta del foro.

Non basta: ai sensi del para. 3, salvo diverso accordo tra le parti, la competenza esercitata conformemente al para. 1 cessa non appena la decisione emessa nel quadro del relativo procedimento non sia più soggetta a impugnazione ordinaria (a) o il procedimento sia terminato per un'altra ragione (b). È evidente, in effetti, che l'accettazione alla giurisdizione espressa "a procedimento iniziato" sia limitata alla durata di tale procedimento. Rispetto ad un'eventuale clausola di scelta del foro, invece, la norma non implica il venir meno della relativa efficacia: la clausola, in effetti, resterà operativa ma, in un eventuale successivo procedimento, dovrà essere riconsiderato *ex novo* il requisito di cui all'[art. 10, para. 1, lett. c](#)), ovvero che l'esercizio della competenza sia conforme all'interesse superiore del minore.

4. Trasferimenti di competenza per ragioni di maggiore idoneità del foro

Nel regolamento [n. 1111](#), è stata drasticamente ridisegnata la disciplina della giurisdizione per motivi di connessione tra cause. L'[art. 12](#) del regolamento 2201, che prevedeva (limitate) ipotesi di «attrazione» delle domande

in materia di responsabilità genitore avanti al foro in cui pendeva una controversia matrimoniale, è stato eliminato. In effetti, il regolamento [n. 1111](#) non prevede un «tradizionale» criterio di collegamento basato sulla connessione in quanto tale ma prevede due ipotesi particolari di deroga «discrezionale» al foro della residenza abituale del minore, utilizzabili (anche) per consentire il «consolidamento» tra domande relative alla prole minore e controversie matrimoniali.

Ciò è avvenuto, in sostanza, riscrivendo ed estendendo l'ambito dell'[art. 15](#) del regolamento n. 2201, che prevedeva la possibilità di trasferire la competenza a una autorità giurisdizionale più adatta a trattare il caso. Le norme che vengono in rilievo, nel regolamento n. 1111, sono l'[art. 12](#) e l'[art. 13](#).

La prima di tali disposizioni, con la rubrica "Trasferimento della competenza all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro" rappresenta la diretta evoluzione dell'[art. 15](#) di Bruxelles II *bis*. Anche qui, in effetti, si prevede che, in circostanze eccezionali, l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro competente a conoscere del merito possa, in sostanza, "trasferire" la controversia all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro, sulla base di valutazioni discrezionali circa la maggiore idoneità di tale altra autorità di pronunciarsi sulla materia. Si tratta, come noto, di una forma di esercizio discrezionale della giurisdizione che il legislatore europeo ha delineato ispirandosi alla dottrina anglosassone del *forum non conveniens*. Nel "vecchio" [art. 15](#), il foro straniero doveva essere "più adatto a trattare il caso o una sua parte specifica" e il trasferimento doveva corrispondere "all'interesse superiore del minore". Nel para. 1 del nuovo [art. 12](#), si richiede, invece, in modo più generico che l'autorità straniera sia "più indicata a valutare l'interesse superiore del minore nel caso specifico". In ogni caso, ciò che si richiede è una maggiore "appropriatezza" del foro alternativo per la decisione della controversia di riferimento.

Il meccanismo per il trasferimento di competenza può essere avviato (come già nell'[art. 15](#) del regolamento n. 2201) sia su istanza di parte che d'ufficio. In tale seconda ipotesi, peraltro, non si richiede più che il trasferimento sia accettato da almeno una delle parti.

Il presupposto per il trasferimento resta il medesimo, ovvero la sussistenza di un legame particolare tra l'autorità giurisdizionale "alternativa" e il minore. I "parametri" su cui valutare la sussistenza di tale legame particolare sono elencati, in modo esaustivo (considerando 26), nel para. 4

e sono rimasti invariati^[16]. Ciò che è cambiato è invece il meccanismo processuale del trasferimento.

Nell'[art. 15](#) del regolamento n. 2201, infatti, si prevedeva che l'autorità giurisdizionale inizialmente adita potesse: «a) interrompere l'esame del caso o della parte in questione e invitare le parti a presentare domanda all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro conformemente al paragrafo 4 oppure b) chiedere all'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro di assumere la competenza ai sensi del paragrafo 5.» Nel primo caso, ai sensi del para. 4: «L'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente a conoscere del merito fissa un termine entro il quale le autorità giurisdizionali dell'altro Stato membro devono essere adite conformemente al paragrafo 1. Decorso inutilmente tale termine, la competenza continua ad essere esercitata dall'autorità giurisdizionale preventivamente adita ai sensi degli articoli da 8 a 14.» Il [para. 5 dell'art. 15](#) di Bruxelles II *bis* stabiliva poi: «Le autorità giurisdizionali di quest'altro Stato membro possono accettare la competenza, ove ciò corrisponda, a motivo delle particolari circostanze del caso, all'interesse superiore del minore, entro 6 settimane dal momento in cui sono adite in base al paragrafo 1, lettere a) o b). In questo caso, l'autorità giurisdizionale preventivamente adita declina la propria competenza. In caso contrario, la competenza continua ad essere esercitata dall'autorità giurisdizionale preventivamente adito ai sensi degli articoli da 8 a 14.» Nel nuovo [art. 12](#), il meccanismo è disciplinato in modo più preciso sul piano terminologico e specifico quanto alle dinamiche e alle tempistiche.

Qualora, dunque, il giudice adito ritenga vi sia un'altra autorità giudiziaria più indicata a valutare l'interesse superiore del minore nel caso concreto, disporrà la sospensione del procedimento (o di parte di esso), potendo poi, alternativamente:

a) stabilire un termine entro il quale una o più parti possono informare l'autorità giurisdizionale del foro alternativo del procedimento pendente e della possibilità di un trasferimento di competenza nonché presentare un'istanza a detta autorità giurisdizionale;

b) chiedere a un'autorità giurisdizionale dell'altro Stato membro di assumere la competenza.

Il considerando 26 aggiunge che l'autorità giurisdizionale competente dovrebbe presentare la richiesta all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro solo qualora la sua precedente decisione di sospendere il procedimen-

to e richiedere un trasferimento di competenza sia passata in giudicato, laddove detta decisione sia impugnabile ai sensi del diritto nazionale. In altre parole, si configura un meccanismo bifasico, che presuppone prima il confronto dialettico, eventualmente anche in sede di impugnazione, sulla decisione del giudice di sospendere il procedimento ai fini del trasferimento della competenza, con la possibilità di formulare la richiesta all'altro giudice solo dopo che la relativa decisione sia divenuta definitiva. In Italia, si potrebbe prospettare la proposizione, contro il provvedimento di sospensione, del regolamento di competenza. Le tempistiche di questo meccanismo possono, peraltro, scoraggiare il ricorso all'istituto qualora vi sia contrasto in merito all'opportunità del trasferimento.

L'autorità giurisdizionale "alternativa", a quel punto, può accettare la competenza, ove ciò corrisponda, a motivo delle particolari circostanze del caso, all'interesse superiore del minore, entro sei settimane: a) dal momento in cui è adita da almeno uno delle parti interessate (lett. a); o b) dal momento del ricevimento della richiesta del giudice inizialmente adito (lett. b).

Qualora la corte "alternativa" accetti il trasferimento di competenza a proprio favore, il giudice preventivamente adito può declinare la propria competenza. Al contrario, esso continua a esercitare tale competenza qualora non abbia ricevuto dal giudice dell'altro Stato membro l'accettazione della competenza entro sette settimane da quando: a) è scaduto il termine entro il quale le parti possono presentare un'istanza all'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro a norma del para. 1, lett. a); o b) l'autorità giurisdizionale ha ricevuto la richiesta a norma del para. 1, lett. b). In sostanza, nell'attuale formulazione, le dinamiche per disporre o negare il trasferimento di competenza si esauriscono nell'arco di sette settimane, rendendo certi i relativi tempi.

Il para. 5 della norma in esame chiarisce che, qualora la competenza esclusiva dell'autorità giurisdizionale sia stata stabilita a norma dell'[art. 10](#) (sulla proroga di competenza), essa non potrà trasferire la competenza al giudice di un altro Stato membro. Si tratta, in effetti, di un ovvio corollario dell'esclusività della giurisdizione conferita ai sensi del nuovo [art. 10](#).

Il nuovo [art. 13](#) completa lo scenario, disciplinando la «Richiesta di trasferimento di competenza da parte di un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro non competente», sviluppando l'ipotesi prevista dalla lett. c)

^[16] «Ai fini del paragrafo 1, si ritiene che il minore abbia un legame particolare con uno Stato membro se tale Stato membro:

dell'[art. 15, para. 2](#) del regolamento n. 2201. Con la specificazione che tale richiesta non può essere avanzata dal giudice dello Stato in cui si trovi un minore sottratto illecitamente dalla propria residenza abituale (il para. 1 della norma fa, infatti, salvo l'[art. 9](#)).

Anche qui, la richiesta di trasferimento può essere effettuata solo “in circostanze eccezionali”. Il presupposto è che l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, non competente ai sensi del regolamento, ritenga comunque, alla luce del legame particolare con cui il minore (nel senso già visto nel contesto dell'[art. 12](#)), di essere più indicata a valutare l'interesse superiore del minore stesso nel caso specifico. In tal caso, essa può richiedere un trasferimento di competenza al giudice dello Stato membro di residenza abituale del minore (a prescindere dal fatto che in tale Stato sia già pendente un procedimento relativo alla responsabilità genitoriale su quel minore). Entro sei settimane dal ricevimento di tale richiesta, l'autorità giurisdizionale destinataria della stessa può accettare di trasferire la sua competenza. Ciò avverrà qualora, per via delle specifiche circostanze del caso, essa ritenga tale trasferimento corrispondente all'interesse superiore del minore. In questo caso, il giudice destinatario della richiesta deve informare senza ritardo l'autorità giurisdizionale richiedente della propria accettazione. In assenza di una tale accettazione entro il termine di sei settimane, l'autorità giurisdizionale richiedente non può esercitare la competenza. Anche in questo contesto è venuto meno il requisito dell'accettazione del trasferimento da parte di almeno una delle parti. Seppure la norma non lo espliciti, mi sembra peraltro che l'autorità giudiziaria destinataria della richiesta non possa provvedere al riguardo senza avere prima stimolato il contraddittorio con i soggetti esercenti la responsabilità genitoriale sul minore.

Un trasferimento di competenza, sia esso richiesto da un'autorità giurisdizionale che intenda trasferire la propria competenza o da un'autorità giurisdizionale che intenda ottenere la competenza, produce effetti solo per il caso specifico per il quale è effettuato. Una volta terminato il procedimento per il quale è stato richiesto e concesso tale trasferimento, quest'ultimo non produce effetti per procedimenti futuri (considerando 28).

a) è divenuto la residenza abituale del minore dopo che l'autorità giurisdizionale di cui al paragrafo 1 è stato adito;

b) è la precedente residenza abituale del minore;

c) è lo Stato di cui il minore è cittadino;

d) è la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale; o

e) è il luogo in cui sono situati i beni del minore e la causa riguarda i provvedimenti di protezione del minore legati all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione di tali beni”.

5. I provvedimenti provvisori e cautelari

Più articolata rispetto al regolamento [n. 2201](#) è anche la disciplina prevista dal nuovo [art. 15](#), in materia di “Provvedimenti provvisori, inclusi i provvedimenti cautelari, in casi d'urgenza”.

Il precedente [art. 20](#) stabiliva che «1. In casi d'urgenza, le disposizioni del presente regolamento non ostano a che le autorità giurisdizionali di uno Stato membro adottino i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge interna, relativamente alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati, anche se, a norma del presente regolamento, è competente a conoscere nel merito l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro. 2. I provvedimenti adottati in esecuzione del paragrafo 1 cessano di essere applicabili quando l'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente in virtù del presente regolamento a conoscere del merito abbia adottato i provvedimenti ritenuti appropriati.»

Per contro, il [para. 1 dell'art. 15](#) del regolamento n. 1111 fa espresso riferimento alla «competenza» dell'autorità giurisdizionale non competente per il merito ad emettere «i provvedimenti provvisori, inclusi i provvedimenti cautelari» previsti dalla legge di tale Stato membro, precisando che tali provvedimenti debbono riguardare non «persone» in generale, bensì «un minore presente in quello Stato membro» o «beni di un minore che si trovano in quello Stato membro».

Il nuovo para. 2, poi, introduce un meccanismo di “dialogo” tra corti, prevedendo che, qualora lo renda necessario la tutela dell'interesse superiore del minore, l'autorità giurisdizionale non competente per il merito che ha disposto provvedimenti provvisori ne informa senza ritardo l'autorità giurisdizionale o l'autorità competente dello Stato membro competente ai sensi dell'[art. 7](#) oppure, se del caso, un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro che eserciti la competenza ai sensi del regolamento a conoscere del merito, direttamente (ai sensi dell'[art. 86](#)) o tramite le autorità centrali designate a norma dell'[art. 76](#). Tale comunicazione appare funzionale a mettere il giudice competente per il merito in condizione di adottare i provvedimenti appropriati che, a quel punto, si sostituiranno a quelli emessi, in via provvisoria dal giudice “cautelare”. Ai sensi del considerando 30, i provvedimenti emessi ai sensi dell'[art. 15](#) non dovrebbero essere riconosciuti

ti né eseguiti in alcun altro Stato membro ai sensi del regolamento, ad eccezione di quelli adottati per proteggere il minore dal grave rischio di cui all'art. 13, comma 1°, lett. b), della convenzione dell'Aia del 1980 (e dunque in materia di sottrazione di minori)[17]. Il considerando 30 chiarisce altresì che, la mancata comunicazione dei provvedimenti adottati all'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente a conoscere del merito ai sensi del regolamento non dovrebbe tuttavia costituire di per sé un motivo di non riconoscimento dei provvedimenti stessi.

6. Questioni incidentali e altre disposizioni in materia di competenza

Il regolamento n. 1111 contiene un nuovo [art. 16](#), rubricato "Questioni incidentali": esso, in sostanza, esplicita che, qualora l'esito di un procedimento pendente davanti a un giudice di uno Stato membro in una materia che non rientra nell'ambito di applicazione del [regolamento n. 1111](#) dipenda dalla risoluzione di una questione incidentale riguardante la responsabilità genitoriale, un giudice di quello Stato può risolvere tale questione ai fini del procedimento in questione anche se quello Stato non è competente ai sensi del regolamento in esame. Il para. 2 della norma chiarisce che tale pronuncia sulla questione incidentale produce effetti solo nel procedimento per cui è stata resa (*incidenter tantum*).

Il para. 3 precisa che, qualora la validità di un atto giuridico compiuto o da compiere per conto di un minore nel quadro di un procedimento successorio dinanzi a un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro richieda l'autorizzazione o l'approvazione di un'autorità giurisdizionale, un'autorità giurisdizionale di quello Stato membro può decidere di autorizzare o approvare tale atto giuridico anche se non è competente ai sensi del [regolamento n. 1111](#)[18].

Il para. 4, un po' laconicamente, afferma, infine, che "l'[articolo 15, paragrafo 2](#), si applica di conseguenza". In altre parole, si prevede che il giudice che abbia deciso questioni incidentali ai sensi della norma in esame ne informi senza ritardo l'autorità giurisdizionale competente in materia di responsabilità genitoriale. Non è peraltro chiaro se e cosa debba a quel punto fare quest'ultima autorità.

La sezione dedicata alle disposizioni comuni in materia di giurisdizione, per contro, non propone particolare novità. Il nuovo [art. 17](#), in materia di "Adizione di un'autorità giurisdizionale", si limita ad aggiungere, ai fini della determinazione della pendenza della lite, l'ipotesi in cui il procedimento sia avviato d'ufficio: facendo riferimento, in tal caso, alla data in cui l'autorità giurisdizionale adotta la decisione di avviare il procedimento o, qualora tale decisione non sia richiesta, alla data in cui la causa è registrata dall'autorità giurisdizionale. Non si tratta, peraltro, di una novità assoluta nella normativa uniforme dello spazio europeo di giustizia. Un'analoga previsione è, infatti, contenuta nell'[art. 14, lett. c\)](#) del regolamento n. 650 del 2012, in materia di successioni e nell'[art. 14, lett. c\)](#) dei regolamenti n. 1103 e 1004 del 2016.

Vale la pena menzionare, in questo contesto, il considerando 35, nel quale si afferma che, data l'importanza crescente della mediazione e di altri metodi di risoluzione alternativa delle controversie, anche durante il procedimento giudiziario, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, un'autorità giurisdizionale deve considerarsi adita alla data in cui la domanda giudiziale o un atto equivalente sono depositati presso l'autorità giurisdizionale nei casi in cui il procedimento sia stato nel frattempo sospeso allo scopo di trovare una composizione amichevole, su richiesta della parte che ha promosso il procedimento, senza che la domanda giudiziale sia ancora stata notificata o comunicata al convenuto e senza che quest'ultimo sia stato messo a conoscenza del procedimento o vi abbia partecipato in qualsiasi modo, purché successivamente la parte che ha promosso il procedimento non abbia omissso di prendere tutte le misure cui era tenuto affinché fosse effettuata la notificazione o la comunicazione al convenuto. Il considerando 35 evidenzia, al riguardo, che, per la giurisprudenza della Corte di giustizia, in caso di litispendenza, la data di avvio di una procedura obbligatoria di conciliazione dinanzi a un'autorità di conciliazione nazionale dovrebbe essere ritenuta la data in cui un'autorità giurisdizionale è considerata adita. Il riferimento è alla recente decisione della Corte di giustizia nel caso *Brigitte Schlömp* (relativa all'interpretazione delle norme sulla litispendenza della convenzione di Lugano)[19], con riferimento alla data di

[17] Il concetto è ribadito dal considerando 59.

[18] Il considerando n. 32 fa l'esempio di una controversia relativa a una successione in cui è coinvolto un minore ed è necessario nominare un tutore *ad litem* che rappresenti il minore nel procedimento: in tal caso, lo Stato membro competente per la controversia relativa alla successione dovrebbe poter nominare il tutore per il procedimento pendente, indipendentemente dal fatto che abbia competenza in materia di responsabilità genitoriale ai sensi del presente regolamento.

[19] Corte giust., 20 dicembre 2017, c. *Brigitte Schlömp c. Landratsamt Schwäbisch Hall*.

avvio della procedura obbligatoria di conciliazione dinanzi all'autorità di conciliazione di diritto svizzero. La decisione in questione, peraltro, riguarda un contesto procedimentale invero un po' particolare. Ai sensi dell'art. 209 del c.p.c. svizzero, rubricato «Autorizzazione ad agire», infatti, la conciliazione obbligatoria non costituisce una semplice condizione di procedibilità (come per l'Italia): in caso di esito negativo della conciliazione, infatti, l'autorità di conciliazione “verbalizza la mancata conciliazione e rilascia l'autorizzazione ad agire”. Tale autorizzazione, ai sensi della medesima norma, permette di inoltrare la causa al tribunale entro tre mesi dalla notificazione: in mancanza di autorizzazione, la domanda è ritenuta inammissibile, il che vuol dire che vi è uno stretto nesso di “strumentalità necessaria” tra fase conciliativa e fase di merito. Come la Corte, inoltre, osserva, d'altro canto, in base alle regole del c. p. c. svizzero il deposito dell'istanza di conciliazione determina la pendenza della causa. La procedura, poi, può sfociare o in una decisione vincolante per le parti (per le controversie il cui valore non superi i 2000 franchi), o in una proposta di giudizio che può acquisire autorità di giudicato in assenza di contestazione (controversie il cui valore non superi i 5000 franchi). Alla luce di queste peculiarità, trasferire il principio di diritto enunciato dalla decisione *Brigitte Schlömp* a contesti in cui la mediazione, ancorché obbligatoria, presenti connotazioni diverse non appare scontato, come il considerando n. 35 fa, invece, pensare.

In materia di “Litispendenza e connessione”, infine, il nuovo [art. 20, al para. 2](#), precisa (ove la cosa potesse essere revocata in dubbio) che non sussiste litispendenza tra un procedimento instaurato ai sensi dell'[art. 15](#), per l'emissione di provvedimenti provvisori, ed uno pendente avanti al giudice competente per il merito.

Di maggiore rilevanza appare la previsione dei [para. 4 e 5 dell'art. 20](#) che, in sostanza, introducono un meccanismo analogo a quello previsto, in materia civile e commerciale, dall'[art. 31](#) del regolamento n. 1215 del 2012. Anche qui, infatti, la prevenzione temporale non opera a scapito del giudice la cui competenza esclusiva sia stata oggetto di accordo o di accettazione ai sensi dell'[art. 10](#), anche qualora tale giudice sia adito per secondo. In tale ipotesi, qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro sospende il procedimento fino a quando l'autorità giurisdizionale adita sulla base dell'accordo o dell'accettazione dichiara di non essere competente ai sensi dell'accordo o dell'accettazione. Se e nella misura in cui l'autorità giurisdizionale accettata abbia accertato la propria competenza esclusiva in base all'accettazione della competenza di cui all'art. 10, qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro dichiara la propria incompetenza a favore della prima.

7. Conclusione “a prima lettura”

A conclusione di questa disamina “a prima lettura”, sembra che, in materia di giurisdizione, a parte alcuni “ritocchi” di non particolare rilevanza, le principali novità siano poco incisive sul piano concreto.

In particolare, i nuovi meccanismi per il trasferimento della competenza da uno Stato all'altro appaiono più interessanti sul piano sistematico-intellettuale che su quello dell'applicazione pratica, tanti sono i requisiti e i presupposti per la relativa applicazione. Lo stesso dicasi per l'accordo sulla proroga di giurisdizione.

Con riserva di verificare come la prassi recepirà i nuovi istituti, il rischio è che la montagna abbia partorito un topolino, non riuscendo, in particolare, ad evitare la frammentazione del contenzioso in materia familiare.

SMS ed efficacia probatoria

L'efficacia probatoria di un SMS

di Roberto Bonatti

DEL 22 GENNAIO 2020

Sommario

1. L'efficacia probatoria dell'SMS approda in Cassazione: l'applicabilità dell'art. 2712 c.c. secondo le ordinanze n. 5141/19 e n. 19155/19
2. Il rapporto tra art. 2712 c.c. e art. 20 codice amministrazione digitale e l'importanza interpretativa di quest'ultimo
3. Il disconoscimento del documento informatico privo di sottoscrizione e i suoi effetti
4. Anche il documento informatico non sottoscritto può essere prova scritta nel procedimento monitorio

1. L'efficacia probatoria dell'SMS approda in Cassazione: l'applicabilità dell'art. 2712 c.c. secondo le ordinanze n. 5141/19 e n. 19155/19

Era inevitabile che, prima o poi, anche la Cassazione si trovasse a che fare con le nuove tecnologie: rimasta immune al processo telematico, ancora di fatto inattivo davanti al giudice di legittimità, è tuttavia sempre più frequente che essa si trovi a dover prendere posizione su questioni sostanziali o processuali che abbiano attinenza con l'uso di nuove tecnologie. Anzi, può addirittura apparire strano che si sia dovuto attendere fino al 2019 per le prime pronunce ([n. 5141/19](#) e [n. 19155/19](#)), a quanto consta, che abbiano affrontato il tema dell'efficacia probatoria dell'SMS, uno dei più datati strumenti offerti dai nuovi mezzi di comunicazione, oggi forse anche superato dall'immediatezza di una e-mail o da applicazioni più efficaci dello stesso SMS.

Che un SMS sia dotato di efficacia probatoria nel processo civile pare osservazione ovvia: la capacità di un SMS di dimostrare fatti e comportamenti non è certo diminuita dalla natura tecnologica dello strumento. Il punto è piuttosto dare risposta al quesito strettamente connesso con quell'ovvietà, e cioè quale sia la disciplina processuale dell'SMS come mezzo di prova e, correlativamente, quale sia l'efficacia probatoria da attribuire ad esso.

Questa domanda è obiettivamente molto meno semplice da affrontare. La ragione è principalmente dovuta al fatto che le norme del codice sono state pensate per i mezzi di prova per così dire tradizionali e che anzi sono rimasti gli unici mezzi di prova disponibili per molti decenni. È dunque indispensabile compiere un'operazione interpretativa delle norme che si profila talvolta abbastanza complica-

ta, al fine di adattare la *ratio* delle stesse a mezzi di prova che presentano profili obiettivamente nuovi e non sempre compatibili con il testo letterale delle norme stesse.

La via interpretativa ritenuta legittima dalla Cassazione è stata indicata in due recenti ordinanze, pronunciate a pochi mesi di distanza l'una dall'altra. Questa, in sintesi, la posizione della Suprema Corte: un SMS è una riproduzione meccanica, nella specie delle riproduzioni informatiche, che ricade nel disposto dell'[art. 2712 c.c.](#); essa pertanto fa prova dei fatti e delle cose che vi sono rappresentati, salvo il disconoscimento ad opera della parte contro cui esso è prodotto. Tale disconoscimento, peraltro, non può avvenire né con formule di stile né in modo generico, perché in questi casi il mezzo di prova mantiene la sua capacità dimostrativa e il giudice può porlo alla base della propria decisione. Infine, anche nel caso di una contestazione chiara, circostanziata ed esplicita, che consista cioè nell'allegazione di elementi attestanti la non corrispondenza tra realtà fattuale e realtà riprodotta, il giudice può comunque trarre elementi di convincimento dalla riproduzione contestata, dal momento che tale contestazione non produce gli effetti del disconoscimento di una scrittura privata (a norma dell'[art. 215, comma 2, c.p.c.](#)); cosicché, la riproduzione informatica contestata può essere accertata come conforme all'originale dal giudice, anche attraverso altri mezzi di prova comprese le presunzioni.

2. Il rapporto tra art. 2712 c.c. e art. 20 codice amministrazione digitale e l'importanza interpretativa di quest'ultimo

Questa interpretazione pare a mio avviso obbligata ed ha l'indubbio merito di offrire una risposta chiara e univoca

al problema posto, ed inoltre di attribuire un effetto utile all'SMS ai fini del raggiungimento della prova nel processo. Essa presenta nondimeno qualche perplessità nell'individuazione delle norme applicabili alla fattispecie.

In effetti, nel contesto normativo attuale, a mio parere appare riduttivo avere fondato il ragionamento interpretativo esclusivamente su di una norma, l'[art. 2712 c.c.](#), che si occupa delle riproduzioni (meccaniche o informatiche non importa), anziché richiamare anche le norme specifiche relative al documento informatico contenute nel codice dell'amministrazione digitale (c.a.d., [d.lgs. n. 82 del 7 marzo 2005](#)). Quest'ultimo contiene infatti una definizione precisa di documento informatico, individuato come il documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti (art. 1, comma 1, lett. p). L'omissione appare rilevante perché è oggi attraverso questa disposizione che il documento informatico può essere senza dubbio considerato una riproduzione anche a norma dell'[art. 2712 c.c.](#)^[1]: la definizione offerta dal c.a.d., infatti, è la medesima contenuta nella norma del codice civile (ora appositamente estesa anche alle riproduzioni informatiche).

Tuttavia, l'[art. 2712 c.c.](#) è applicabile all'SMS e ad ogni altro documento elettronico (privo di sottoscrizione informatica) soltanto attraverso il richiamo contenuto nell'[art. 1, comma 1, lett. p](#) del c.a.d.; diversamente, infatti, sarebbe lecito dubitare che della sua natura di "riproduzione". La riproduzione è per sua definizione una rappresentazione di fatti o atti, compiuti nella realtà materiale con altra forma (verbale, visiva, documentale). Essa, in sostanza, presuppone la diversità tra la fonte (verbale, visiva, documentale appunto) e il mezzo di prova (la sua riproduzione)^[2].

Nel caso del documento informatico ed ovviamente anche dell'SMS, invece, non vi è alcuna distinzione tra fonte e mezzo di prova perché il fatto o l'atto da provare è incorporato nel documento informatico e ne rappresenta il suo contenuto oggettivo. Di conseguenza, non ha molto senso parlare di riproduzione informatica di atti o fatti, dato che il mezzo di prova è in questo caso un documento informatico privo di sottoscrizione digitale ed il suo contenuto non è la riproduzione di fatti o atti, bensì il testo scritto dal suo autore (ancorché non vi abbia apposto alcuna firma, neppure digitale)^[3].

Ecco allora che il corretto ragionamento interpretativo deve necessariamente muovere dall'[art. 1, comma 1, lett. p](#) del c.a.d. ed affermarne in via preliminare l'identità con il contenuto dell'[art. 2712 c.c.](#): senonché, questa necessaria premessa rimane implicita in entrambe le pronunce in commento, nessuna delle quali si cura di un ancorché rapido riferimento alle norme del c.a.d.

Prima della posizione della Cassazione, una parte della dottrina aveva in effetti addirittura dubitato dell'applicazione dell'[art. 2712 c.c.](#) al documento informatico privo di sottoscrizione digitale, ancorché fin dalla versione originale dell'[art. 1](#) del c.a.d. esso era comunque definito come rappresentazione di fatti e atti giuridicamente rilevanti e nonostante proprio il c.a.d. avesse modificato l'[art. 2712 c.c.](#) al fine di includere nel suo campo di applicazione le riproduzioni informatiche^[4].

L'interpretazione dubitativa aveva fatto leva sulla diversa disciplina riservata al documento informatico non sottoscritto dall'[art. 20, comma 1 bis](#), del c.a.d.^[5] in base al quale il valore probatorio del documento informatico privo di sottoscrizione di qualsiasi tipo può essere valutato liberamente dal giudice in relazione alle caratteristiche di sicu-

[1] La norma ha in sostanza avuto il merito di codificare le tesi della migliore dottrina, che si erano formate prima dell'introduzione del [d.P.R. n. 513/97](#): v. MONTESANO, *Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile*, in *Dir. Informaz. e informatica*, 1987, p. 23 ss.; VERDE, *Per la chiarezza di idee in tema di documentazione informatica*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, p. 715 ss.; FRANCESCHELLI, *Computer, documento elettronico e prova civile*, in *Giur. It.*, 1988, IV, p. 314 ss.; G.F. RICCI, *Aspetti processuali della documentazione informatica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 863 ss.

[2] Ad esempio: la riproduzione audio di una conversazione tra due soggetti è il mezzo di prova di ciò che essi si sono detti ma la fonte resta il dialogo orale in quel dato contesto di luogo e di tempo (tanto che l'esistenza ed il contenuto della conversazione possono essere provati anche per testimoni). Oppure: la riproduzione fotografica di un luogo è il mezzo con il quale è possibile dimostrare lo stato esistente in un dato momento ma la fonte della prova resta il luogo (tanto che lo stato dei luoghi può essere dimostrato anche con altri mezzi di prova, come ad esempio l'ispezione). Il vantaggio delle riproduzioni è sostanzialmente duplice: quello di consentire la rappresentazione fedele di fatti e atti (nel senso che non è mediata dall'interpretazione o dalla descrizione fatta da un altro soggetto) e quello di permettere la duplicazione di tale rappresentazione, nel caso in cui sia utile la ripetizione di essa in più contesti di tempo e di luogo.

[3] MERONE, *Il disconoscimento delle prove documentali*, Torino, 2018, p. 202

[4] FINOCCHIARO, *Ancora novità legislative in materia di documento informatico: le recenti modifiche al Codice dell'amministrazione digitale*, in *Contr. e impresa*, 2011, p. 495 ss., spec. p. 500.

[5] Nel testo introdotto dal [d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159](#), successivamente sostituito dall'[art. 13, comma 1, lettera b\)](#), del [d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235](#), dall'[art. 17, comma 1, lettera c\)](#), del [d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179](#) e dall'[art. 20, comma 1, lettera a\)](#), del [d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217](#).

rezza, integrità e immodificabilità^[6]. Questa disposizione è chiaramente più favorevole all'uso anche processuale del documento informatico, dal momento che l'efficacia probatoria è sempre rimessa al giudice, a prescindere dall'eventuale disconoscimento opposto dalla parte contro cui è prodotto come invece indicato dall'[art. 2712 c.c.](#)

Si tratta peraltro di interpretazione fatta propria anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione stessa, la quale – proprio utilizzando gli artt. 20 e 21 del c.a.d. – ha distinto l'efficacia probatoria del documento informatico sottoscritto con firma c.d. forte (ossia con firma elettronica avanzata, firma elettronica qualificata o con firma digitale) da quella del documento informatico privo di sottoscrizione: nel primo caso, l'efficacia probatoria è quella della scrittura privata a firma autografa ex [art. 2702 c.c.](#), in base alla quale essi fanno piena prova fino a querela di falso della provenienza e delle dichiarazioni di chi li ha sottoscritti. Ai documenti informatici privi di sottoscrizione, invece, non può essere riconosciuto lo stesso valore legale dei primi, dal momento che ad essi può riconoscersi esclusivamente una funzione identificativa ma senza possibilità di attribuire efficacia di prova legale né alla provenienza (l'SMS, come una mera e-mail, può essere stato inviato da un soggetto diverso del titolare dell'utenza) né al suo contenuto (che potrebbe essere stato modificato da terzi durante il procedimento di trasmissione del messaggio) e neppure alla sua ricezione da parte del destinatario^[7].

3. Il disconoscimento del documento informatico privo di sottoscrizione e i suoi effetti

La posizione della Cassazione assunta con le ordinanze in commento è comunque corretta nel suo risultato interpretativo. Lo conferma la correttezza della conclusione relativa alle conseguenze del disconoscimento: anche secondo il c.a.d., infatti, il disconoscimento di un documento informatico non sottoscritto non equivale, negli effetti, al disconoscimento di un documento (informatico) sotto-

scritto ed in particolare non risulta applicabile il meccanismo previsto dall'[art. 215, comma 2, c.p.c.](#)

Il disconoscimento di un documento informatico non sottoscritto produce semplicemente l'onere per il giudice di verificare l'attendibilità del suo contenuto, impedendo comunque gli effetti previsti dalla non contestazione ex [art. 115 c.p.c.](#); in altri termini, in presenza di un documento informatico privo di sottoscrizione è sempre necessario che il giudice compia un'operazione, anche soltanto in via presuntiva, volta a verificare l'attendibilità dello stesso, sotto il profilo della provenienza, del suo contenuto e di ogni altro elemento utile alla decisione. Il risultato positivo di questa verifica è ovviamente agevolato nel caso in cui la parte contro cui la prova è prodotta disconosca l'SMS: in questo caso, la presunzione non può fondarsi sul comportamento processuale dell'altra parte, ma deve necessariamente basarsi sulle caratteristiche intrinseche del documento informatico, specialmente quelle relative alla sicurezza, all'immodificabilità e alla integrità ([art. 20 c.a.d.](#)).

Ancorché il disconoscimento non privi di efficacia probatoria il documento informatico non sottoscritto (come invece accade per la scrittura privata scritta o per il documento informatico sottoscritto), se la parte contro cui è prodotto intende disconoscere la capacità probatoria del documento informatico stesso deve tuttavia seguire le regole, anche giurisprudenziali, previste per il disconoscimento. Anche questa parte della motivazione è condivisibile, non foss'altro perché non sarebbe ragionevole prevedere regole per il disconoscimento differenziate tra documento sottoscritto e documento non sottoscritto. Ecco spiegato, allora, perché il disconoscimento non può essere generico, non può avvenire mediante formule di stile contenute nelle conclusioni degli atti di parte, non può limitarsi all'allegazione della falsità o della manomissione del documento stesso; deve, invece, includere elementi di fatto specifici che inducano il giudice, anche solo in via presuntiva, a negare attitudine dimostrativa ad un docu-

[6] MERONE, *op. loc. cit.*, secondo il quale le scritture informatiche prive di sottoscrizione non abbiano la natura delle riproduzioni meccaniche e pertanto non possano essere ricondotte all'interno dell'[art. 2712 c.c.](#) e ricadono dunque esclusivamente all'interno dell'[art. 116 c.p.c.](#) come prove liberamente apprezzabili dal giudice; v. sul punto anche SILVESTRE, *L'inattendibilità della "e-mail" tradizionale come documento informatico attestante la paternità del testo*, nota a Cass. sez. lav. 8 marzo 2018, n. 5523, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, 2, p. 590 ss.

[7] GRAZIOSI, *Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico*, *Riv. Trim. dir. Proc. civ.*, 1998, p. 514 ss.; FINOCCHIARO, *Documento informatico, firma digitale e firme elettroniche*, in ROSSELLO-FINOCCHIARO-TOSI (a cura di), *Commercio elettronico*, Torino, 2007, 982, ss.; GENTILI, *Documento informatico e tutela dell'affidamento*, *Riv. Dir. Civ.*, 1998, II, 163 ss.; DE SANTIS, *La disciplina normativa del documento informatico*, in *Corr. Giur.*, 1998, p. 392 ss.; PATTI, *L'efficacia probatoria del documento informatico*, *Riv. Dir. Proc.*, 2000, p. 73 ss.

mento obiettivamente inaffidabile o comunque non sufficientemente certo.

4. Anche il documento informatico non sottoscritto può essere prova scritta nel procedimento monitorio

Le posizioni espresse dalla Cassazione appaiono anche in grado di risolvere in senso positivo l'ulteriore, connesso e conseguente problema circa l'idoneità di un SMS, una e-mail, un messaggio WhatsApp e in generale di ogni documento informatico privo di sottoscrizione digitale a rappresentare prova scritta ex [art. 634 c.p.c.](#) nella fase monitoria del procedimento per ingiunzione di pagamento.

La giurisprudenza di merito si è già da qualche tempo interrogata sul problema, giungendo nella maggior parte dei casi a qualificare l'SMS come documento informatico privo di sottoscrizione ai sensi dell'[art. 20 c.a.d.](#); di conseguenza, all'applicabilità di questa norma consegue anche la regola per la quale il giudice può ritenere che questo mezzo di prova integri il requisito della prova scritta, sempre valutando (anche in via presuntiva) le caratteristiche di sicurezza, integrità e non modificabilità dello stesso^[8]. I maggiori disallineamenti giurisprudenziali, tuttavia, riguardavano la qualifica delle e-mail come documento in-

formatico privo di sottoscrizione oppure come documento informatico munito di firma elettronica c.d. leggera (mediante la combinazione di username e password riconducibili esclusivamente ad un solo soggetto). Tanto che alcune sentenze di merito avevano motivato la natura di prova scritta ex [art. 634 c.p.c.](#) alle e-mail soltanto qualificando le stesse come documento informatico con sottoscrizione elettronica, e non invece come documento non sottoscritto^[9]. Questa impostazione però avrebbe però complicato la valorizzazione come prova scritta per molti altri documenti informatici per i quali la corrispondenza tra username e password, o comunque una firma elettronica c.d. leggera, non è facilmente ipotizzabili come, appunto, gli SMS.

Ecco allora evidente l'importanza dei provvedimenti in commento e della corretta valorizzazione dell'[art. 20 c.a.d.](#): la qualificazione di prova scritta, anche ex [art. 634 c.p.c.](#), non è riservata soltanto al documento informatico munito di sottoscrizione (anche c.d. leggera) ma è proprio anche del documento informatico privo di sottoscrizione, sebbene in questo caso questa qualifica non sia automaticamente riconosciuta dalla legge ma avvenga soltanto per via mediata nel libero apprezzamento del giudice.

^[8] Corte App. Roma, sez. III, n. 1278 del 21 febbraio 2019. Per parte sua, la Cassazione ha avuto modo di precisare che la valenza di prova scritta, ed addirittura di prova legale, non può invece essere negata se il documento informatico rispetta le regole tecniche di produzione e conservazione e che la sfera discrezionale di libero apprezzamento del giudice si espande soltanto quando il documento informatico prodotto non rispetta tali regole tecniche (Cass. lav., n. 3912 del 11 febbraio 2019).

^[9] Trib. Milano, sez. V, n. 11402 del 18 ottobre 2016.

Controricorso in cassazione

L'attività del controricorrente nel giudizio civile di cassazione in alcune recenti decisioni

di Mirco Minardi

DEL 23 GENNAIO 2020

Sommario

Introduzione
Il contenuto del controricorso
Il deposito diretto del controricorso

1. Introduzione

Nel giudizio di cassazione l'attività difensiva della parte intimata si realizza attraverso un atto denominato «controricorso», da notificarsi al ricorrente nel domicilio eletto entro venti giorni dalla scadenza del termine stabilito per il deposito del ricorso principale ([art. 370, 1° co., c.p.c.](#)) e quindi, in pratica, entro quaranta giorni dalla notificazione di quest'ultimo.

Nel caso di notifica reiterata nei confronti della medesima parte ricorrente, il termine di quaranta giorni decorre dalla data della prima notifica, a meno che questa non debba considerarsi viziata da nullità, nel qual caso il termine stesso decorrerà dalla data della seconda notifica[1]. Il controricorso può essere semplicemente diretto a contrastare il ricorso principale[2], oppure contenere, a sua volta, un'impugnazione incidentale (cfr. [art. 371 c.p.c.](#)).

2. Il contenuto del controricorso

Con riferimento al contenuto, il codice richiama in entrambi i casi gli artt. [365](#) e [366 c.p.c.](#), ma la Suprema Corte ha ribadito anche di recente che l'esposizione sommaria dei fatti di cui al n. 3) dell'[art. 366 c.p.c.](#) non rappresenta un requisito indispensabile del «mero controricorso», mancando un legame logico indispensabile tra que-

sto stesso requisito e la sua funzione di mezzo di contraddizione dell'altrui impugnazione[3]. Al contrario, nei casi in cui il controricorrente proponga un'impugnazione incidentale, il controricorso dovrà contenere, in ragione della sua autonomia rispetto al ricorso principale, l'esposizione sommaria dei fatti della causa. È pertanto inammissibile l'atto che si limiti ad un mero rinvio all'esposizione contenuta nel ricorso principale, qualora non sia possibile, nel contesto dell'impugnazione, rinvenire gli elementi indispensabili per una precisa cognizione dell'origine e dell'oggetto della controversia, dello svolgimento del processo e delle posizioni assunte dalle parti[4].

Sebbene il «mero controricorso» abbia una struttura semplice, consistendo in una risposta al ricorso principale, non si deve sottovalutarne la funzione, che non consiste nella mera «partecipazione al giudizio» della parte intimata, dovendo esso comunque contenere i contro-motivi *in iure* rispetto ai motivi di impugnazione formulati dal ricorrente. Per tale ragione la Suprema Corte ha dichiarato l'inammissibilità di un atto denominato «atto di costituzione», siccome ritenuto non qualificabile come controricorso, sostanziandosi il relativo contenuto nella semplice dichiarazione di costituirsi in giudizio «*al solo fine*

[1] Cass., [09/01/2019, n. 298](#). In questo senso già v. Cass., S.U., [04/02/1997, n. 1049](#). Da ultimo, v. Cass., [09/01/2019, n. 298](#).

[2] Per comodità in questo articolo lo indicheremo come «mero controricorso».

[3] In questo senso già v. Cass., S.U., [04/02/1997, n. 1049](#). Da ultimo, v. Cass., [09/01/2019, n. 298](#).

[4] Cass., [06/03/2019, n. 6550](#).

dell'eventuale partecipazione all'udienza di discussione della causa ai sensi dell'[art. 370 c.p.c., comma 1](#)'[5].

Occorre poi rammentare che anche per il «mero controricorso» valgono le regole sull'autosufficienza. È stato, infatti, affermato che qualora il controricorrente sollevi eccezioni sull'ammissibilità del ricorso che implicino una valutazione del materiale documentale delle fasi di merito, il controricorso dovrà contenere una sufficiente ed autonoma esposizione dei fatti di causa inerenti a dette eccezioni, in modo da consentire alla Corte di verificarne la portata dalla sola lettura dell'atto. Nella specie, in applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto inammissibile l'eccezione sollevata dal controricorrente che aveva a sua volta eccepito l'inammissibilità del ricorso in ragione dell'assunto passaggio in giudicato di alcuni capi della sentenza di primo grado, riportando però la motivazione solo per estratto, in modo ritenuto inidoneo ad apprezzare se le frasi trascritte integrassero vere e proprie *rationes decidendi*'[6].

Secondo la più recente giurisprudenza, la notifica di un valido controricorso costituisce poi la condizione indispensabile per poter depositare la memoria *ex* artt. [380 bis](#) e [380 bis.1](#) c.p.c. nei procedimenti camerali in cui il ricorso principale sia stato depositato dopo il 30 ottobre 2016, data in cui sono entrate in vigore le modifiche apportate dal [d.l. n. 168 del 2016](#), convertito con modificazioni dalla [l. n. 196 dello stesso anno](#). Difatti, alla parte intimata che non abbia depositato un controricorso, ovvero che abbia depositato un atto non qualificabile come tale, nel periodo che va dalla scadenza del termine per il deposito del controricorso alla data fissata per la discussione del ricorso è preclusa qualsiasi attività processuale, sia essa diretta alla costituzione in giudizio o alla produzione di documenti e memorie ai sensi degli artt. [372](#) e [378 c.p.c.](#)[7].

Al contrario, relativamente ai ricorsi già depositati alla data del 30 ottobre 2016 e per i quali venga successivamente fissata adunanza camerale, la parte intimata che non abbia provveduto a notificare e a depositare il controricorso nei termini di cui all'[art. 370 c.p.c.](#) ma che, in base alla pregressa normativa, avrebbe avuto la possibilità di partecipare alla discussione orale, per sopperire al venir meno di siffatta facoltà è consentita la presentazione

della memoria, previo rilascio di procura speciale, nei medesimi termini entro i quali può farlo il controricorrente, trovando in tali casi applicazione l'art. 1 del Protocollo di intesa sulla trattazione dei ricorsi presso le Sezioni civili della Corte di cassazione, intervenuto in data 15 dicembre 2016 tra il Consiglio Nazionale Forense, l'Avvocatura generale dello Stato e la Corte di cassazione[8]. A tale conclusione, la S.C. è giunta sulla scorta di una interpretazione dell'[articolo 1-bis, comma 2, del citato decreto legge n. 168/2016](#), conforme agli articoli [24](#) e [111](#) della Costituzione, privilegiando una soluzione volta a contemperare la diretta applicazione al giudizio di legittimità della nuova disciplina processuale dell'adunanza non partecipata, prevista dagli articoli [380 bis](#) e [380 bis.1](#) c.p.c. con l'esigenza di salvaguardia del diritto di difesa della parte che non aveva ritenuto opportuno notificare il controricorso, confidando – incolpevolmente – nella disciplina processuale, al tempo vigente, che consentiva di svolgere le proprie difese anche nella discussione della udienza pubblica. È apparso pertanto coerente con la salvaguardia del principio del contraddittorio mantenere alla parte processuale la preesistente opzione difensiva attraverso la facoltà di depositare – anche in assenza di controricorso – memoria illustrativa.

Nei casi in cui sia prevista l'udienza pubblica di discussione, il deposito delle memorie *ex* [art. 378 c.p.c.](#) nell'ipotesi in cui il controricorso sia stato depositato tardivamente, è sottoposto alla condizione che la parte intimata partecipi alla discussione orale[9]. Ad avviso della Corte, infatti, tale partecipazione costituisce condizione indefettibile ai fini della sanatoria dell'attività processuale irritualmente compiuta nel lasso di tempo intercorso tra la scadenza del termine per la proposizione del controricorso e l'udienza predetta.

3. Il deposito diretto del controricorso

Va poi nuovamente ricordato che il controricorso, prima di essere depositato, va notificato al ricorrente nei luoghi indicati dall'[art. 366 c.p.c.](#) È pertanto inammissibile il deposito diretto in cancelleria di una «memoria di costituzione» dopo la scadenza del termine di cui all'[art. 370 c.p.c.](#), poiché ciò non è sufficiente affinché l'atto pos-

[5] Cass., [10/04/2019, n. 9983](#).

[6] Cass., [17/01/2019, n. 1150](#).

[7] Cass., [18/04/2019, n. 10813](#).

[8] Cass., [14/05/2019, n. 12803](#).

[9] Cass., [28/02/2019, n. 5798](#); Cass., [27/5/2009, n. 12381](#); Cass., [30/9/2011, n. 20029](#).

sa svolgere la sua funzione di strumento di attivazione del contraddittorio rispetto alla parte ricorrente, la quale soltanto avendone acquisito legale conoscenza è in condizioni di presentare le sue osservazioni nelle forme previste dall'[art. 378 c.p.c.](#) Da ciò consegue, peraltro, che la

procura speciale rilasciata in calce all'anzidetta memoria non può ritenersi valida, restando priva di efficacia l'autenticazione del difensore, il cui potere certificativo è limitato agli atti specificamente indicati nell'[art. 83, comma 3, c.p.c.](#)^[10].

[10] Cass., [10/04/2019, n.10019](#).

Evoluzioni normative

Verso un diritto processuale civile pan-europeo?

di Elisabetta Silvestri

DEL 27 GENNAIO 2020

«Il diritto processuale civile è direttamente rilevante per milioni di cittadini ed imprese della Unione Europea. Regole di procedura semplici, trasparenti e chiare possono aiutare le persone e le società a tutelare meglio i propri diritti quando sono parti di una controversia»: è questo l'incipit di un recente documento che riassume i risultati di uno studio commissionato dal Parlamento Europeo, dal titolo «Common minimum standards of civil procedure»^[1]. Lo studio analizza quale «valore aggiunto» potrebbe derivare dalla elaborazione a livello europeo di standards minimi comuni nella disciplina del processo civile, standards destinati a costituire la base su cui sviluppare l'armonizzazione dei diritti processuali civili nazionali. Al di là dei vantaggi che lo studio quantifica attraverso complessi calcoli compiuti analizzando il costo globale delle cause civili e commerciali negli Stati Membri, quale è nel momento attuale e quale potrebbe essere se si adattassero standards minimi comuni applicati da tutti i sistemi giuridici interessati, lo studio enfatizza l'importanza di qualunque iniziativa volta a ridurre la frammentazione delle norme processuali di matrice europea, nella prospettiva di assicurare un più efficace accesso alla giustizia e di rafforzare la fiducia reciproca tra gli apparati giudiziari degli Stati dell'Unione.

Il documento in oggetto non è il primo pubblicato dal Parlamento Europeo sulle possibili forme di armonizzazione del diritto processuale civile come aspetto fonda-

mentale nel rafforzamento della cooperazione giudiziaria. In realtà, nel 2015 e nel 2016 altri studi avevano affrontato il medesimo problema^[2]. In tutti era presente un'analisi dell'acquis comunitario in materia di processo civile e delle forme attraverso le quali è stato realizzato: i cd. «strumenti opzionali», ossia i regolamenti che delineano procedure parallele e facoltative rispetto a quelle nazionali (ad esempio, il Regolamento n. 861/2007 istitutivo del procedimento europeo per le controversie di modesta entità); l'armonizzazione settoriale imposta da alcune direttive concernenti materie specifiche, come la [Direttiva 2013/11/UE](#) sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori o anche la [Direttiva 2004/48/CE](#) sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale; infine, i cd. «strumenti orizzontali», che contengono disposizioni riconducibili al diritto processuale civile in senso lato, ma hanno una portata trasversale, come la [Direttiva 2002/8/CE](#) contenente norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato nelle controversie transfrontaliere e la Direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione nelle controversie civili e commerciali. L'attivismo delle istituzioni europee nella produzione di norme processuali non sembra avere generato i risultati sperati: al contrario, il diritto processuale civile europeo continua a presentarsi come un puzzle i cui tasselli stentano a comporre un insieme coerente. Una studiosa ha plasticamente descritto questa situazione, parlando di «de-

^[1] Il documento, pubblicato nel novembre 2019 e disponibile soltanto in lingua inglese, è consultabile all'indirizzo [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/642804/EPRS_STU\(2019\)642804_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/642804/EPRS_STU(2019)642804_EN.pdf).

^[2] Cfr., in particolare, European Parliament, Common minimum standards of civil procedure. European Added Value Assessment Annex I (2016), consultabile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/105660/EPRS_CIVIL_PROCEDURE.pdf; European Parliament, Working Document on establishing common minimum standards for civil procedure in the European Union – The legal basis (21.12.2015), consultabile all'indirizzo http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/JURI-DT-572853_EN.pdf?redirect.

costruttivismo procedurale»[3]: se in architettura il decostruttivismo ha un significato di destabilizzazione della geometria convenzionale, che può anche essere apprezzato come specchio di una società in cui le regole tradizionali sembrano aver perso valore ed il disordine non ha più una connotazione necessariamente negativa, nel diritto processuale il decostruttivismo è quanto mai dannoso, perché favorisce la moltiplicazione dei modelli procedurali e mette a rischio l'accesso alla giustizia. È necessario, quindi, che le istituzioni europee compiano un'inversione di rotta ed inizino ad occuparsi del processo civile secondo un progetto ordinato, quale può essere – appunto – un progetto che abbia come obiettivo l'individuazione di standards minimi relativi alla disciplina del processo civile, dal suo inizio fino alla sua conclusione, quanto meno dinanzi al giudice di primo grado.

Nella prospettiva di giungere all'armonizzazione della disciplina del processo civile dei diversi Stati Membri, le proposte formulate sono molteplici: tutte passano attraverso l'individuazione di un gruppo di principi basilari (o standards minimi) ai quali il diritto processuale civile nazionale dovrebbe adeguarsi. Su come questo adeguamento potrebbe essere ottenuto, le alternative possibili, di fatto, sono solo due: escluso il ricorso ad uno strumento di «soft law», che difficilmente sarebbe idoneo a persuadere i legislatori nazionali ad intraprendere riforme nel senso voluto dalle istituzioni comunitarie, la scelta è tra un regolamento ed una direttiva. Non è questa la sede per

analizzare i pro ed i contro del ricorso all'uno o all'altra. Va segnalato, tuttavia, che il Parlamento europeo sembra avere una netta preferenza per lo strumento della direttiva. In effetti, nel 2017 una risoluzione del Parlamento aveva sollecitato la Commissione a proporre una direttiva proprio sugli standard minimi comuni nella disciplina del processo civile, formulando una proposta dettagliata, il cui obiettivo era indicato dall'art. 1 della futura direttiva nel «ravvicinamento dei sistemi di procedura civile, al fine di garantire il pieno rispetto del diritto ad un ricorso effettivo e a un equo processo, come riconosciuto dall'[articolo 47](#) della Carta e dall'[articolo 6 della CEDU](#), attraverso la definizione di norme minime sull'avvio, lo svolgimento e la conclusione del procedimento civile dinanzi agli organi giurisdizionali degli Stati membri»[4].

Ad oggi, però, la Commissione non ha dato seguito alle sollecitazioni formulate dal Parlamento e ciò forse giustifica la pubblicazione del nuovo studio promosso sui vantaggi che l'Unione potrebbe trarre da un maggiore coordinamento tra le norme processuali degli Stati membri. Va detto, comunque, che non appaiono infondati i rilievi formulati dalla Commissione a proposito della necessità di tenere comunque in conto le peculiarità dei diritti nazionali, in considerazione delle diverse tradizioni giuridiche di cui tali diritti sono espressione[5] e – sembra opportuno aggiungere – del contesto culturale nel quale ipotetiche norme processuali armonizzate dovrebbero operare.

[3] Si tratta di Xandra Kramer, *Procedure Matters: Construction and Deconstructivism in European Civil Procedure* (Erasmus Law Lectures 33, Eleven International Publishing 2013), consultabile all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2372713.

[4] Cfr. Norme minime comuni di procedura civile – Risoluzione del Parlamento europeo del 4 luglio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme minime comuni di procedura civile nell'Unione europea (2015/2084(INL)), in G.U.C.E., 19 settembre 2018, C 334/39.

[5] Cfr. il documento indicato alla nota 1, contenente il link (a p. 23, nota 82) ad un altro documento che costituisce la risposta della Commissione alla Risoluzione del Parlamento.

Arbitrato e Iflas Rules

La questione di giurisdizione nelle liti familiari transnazionali: la nuova frontiera dell'arbitrato secondo le IFLAS Rules

di Angela Maria Felicetti

DEL 28 GENNAIO 2020

Sommario

La giurisdizione nelle liti familiari: un breve accenno all'approccio europeo

La giurisdizione sulla controversia familiare in common law

La soluzione innovativa: l'arbitrato come strumento per "prevenire" la controversia sulla giurisdizione

Conclusioni: quale spazio in Italia per il lodo IFLAS?

Questo breve contributo si propone di presentare l'*International Family Law Arbitration Scheme* (IFLAS), un regolamento arbitrale creato per le controversie familiari transnazionali con l'obiettivo di mettere a disposizione delle parti uno strumento per la risoluzione "de-giurisdizionalizzata", rapida e (relativamente) economica, di uno dei problemi più spinosi nelle cause familiari transnazionali: l'individuazione della giurisdizione competente.

È noto come il fenomeno della globalizzazione abbia portato alla formazione di realtà familiari che hanno collegamenti con più ordinamenti giuridici, sia, ad esempio, sotto il profilo della nazionalità dei coniugi, sia per quanto riguarda gli spostamenti della coppia durante la vita comune. Nel momento della crisi familiare il potenziale coinvolgimento di una pluralità di ordinamenti diviene un elemento di complessità, nella misura in cui ciascuna normativa nazionale tende, solitamente, a favorire il radicamento della controversia presso il proprio giudice. Lo strumento dell'arbitrato, storicamente, si propone di superare questa tendenza accentratrice, offrendo un meccanismo di risoluzione della lite che può essere costruito di modo da garantire una certa equidistanza dagli ordinamenti nazionali dei soggetti coinvolti nella disputa e, quindi, viene percepito come maggiormente neutrale dalle parti.

Da questa premessa prende le mosse la proposta di IFLAS, presentata nel 2017 da un gruppo di *family law practitioners* inglesi e australiani. Sottoscrivendo un

compromesso, le parti di una lite transnazionale in materia familiare demandano ad un arbitro il compito di individuare la giurisdizione presso cui radicare la propria controversia. In tal modo ci si propone di evitare le lungaggini della trattazione di una simile questione, spesso altamente complessa e articolata, dinnanzi a uno o, nel caso di procedimenti paralleli, più giudici nazionali.

In applicazione delle regole previste da IFLAS, l'arbitro nominato dovrà fare ricorso ad un criterio appositamente elaborato, il c.d. "*closest connection test*", al fine individuare la giurisdizione competente. Il lodo contenente una simile determinazione, secondo i promotori del Regolamento, dovrebbe risultare meritevole di riconoscimento al pari di un altro lodo internazionale e dovrebbe pertanto, se necessario, essere opponibile alla parte inadempiente che decida di cominciare un procedimento presso un giudice diverso da quello individuato dall'arbitro.

Appare evidente come un simile "esperimento" giuridico sollevi una serie di questioni che di seguito ci si propone, se non di risolvere, perlomeno di individuare.

La giurisdizione nelle liti familiari: un breve accenno all'approccio europeo

Per quanto riguarda il problema del radicamento della giurisdizione sulle controversie in materia familiare, il legislatore europeo, com'è noto, ha provveduto alla promulgazione di regole comuni a tutti gli Stati Membri.

La principale tra le fonti in materia è il [Regolamento n. 2201 del 2003](#) (Bruxelles II bis), destinato ad essere sostituito dal nuovo [Regolamento n. 1111 del 2019](#) a partire dall'agosto 2022. La suddetta normativa, i cui principi fondamentali rimarranno sostanzialmente invariati con la riforma, pone una serie di criteri tra loro alternativi che permettono di radicare in un determinato Stato Membro le controversie in materia di separazione personale, divorzio e annullamento del matrimonio^[1]. Alcuni degli elementi a cui si può avere riguardo per individuare lo Stato Membro del giudice competente sono, secondo il disposto dell'[art. 3 lettera a\)](#): la residenza abituale^[2] dei coniugi, l'ultima residenza abituale della coppia (se uno dei coniugi vi è ancora residente) e la residenza abituale del coniuge convenuto. L'[art. 3 lettera b\)](#) conferisce, altresì, allo Stato Membro di cui entrambe i coniugi sono cittadini la giurisdizione sulle controversie familiari tra gli stessi^[3]. Il Regolamento detta, inoltre, una disciplina specifica per le controversie che coinvolgono i minori. La Sezione II, rubricata "Responsabilità genitoriale", predilige la trattazione unitaria della crisi familiare dinnanzi al giudice competente per la causa di separazione e divorzio ([art. 12](#)) e sancisce il criterio residuale della residenza abituale del minore ([art. 13](#)). A tale regola sono previste una serie di eccezioni, tra le quali è particolarmente di interesse per la presente analisi il caso del "trasferimento delle competenze a un'autorità giudiziale più adatta a trattare il caso" ([art. 15](#)). La dottrina ha avuto modo di sottolineare come questa previsione, che riduce fortemente l'autonomia di scelta delle parti tra fori alternativi di cui all'[art. 3](#), sembri adottare un approccio al problema della giurisdizione analogo a quello dei paesi di *common law*^[4], di cui si dirà a breve.

Un'altra fonte legislativa rilevante è rappresentata dal [Regolamento n. 4 del 2009](#), che disciplina le controversie in materia di obbligazioni alimentari^[5]. L'individuazione del foro competente ([art. 3](#)) può avvenire attraverso i criteri alternativi della residenza abituale del convenuto o di quella del creditore, facendo salvi i casi in cui la domanda sugli alimenti sia accessoria rispetto a quelle disciplinate dal Regolamento di Bruxelles II bis.

I Regolamenti citati, che insieme ad altri compongono la normativa europea in materia familiare^[6], adottano un approccio unitario al problema del radicamento della giurisdizione. Instaurata la causa presso uno dei giudici individuati dalle norme come alternativamente competenti, in applicazione della regola generale della litispendenza, non sarà più possibile radicare la stessa controversia innanzi al tribunale di un altro Stato Membro (cfr. [art. 19](#) del Regolamento Bruxelles II bis e [art. 10](#) del Regolamento n. 4 del 2019). Così, ad esempio, la corte tedesca, adita sulla domanda di divorzio proposta precedentemente dalle stesse parti in Italia, dovrà sospendere d'ufficio il procedimento, finché non sia stata accertata la competenza del giudice italiano.

Il legislatore europeo, in sintesi, attribuisce rilevanza al profilo dell'antioriorità del radicamento della causa nel tempo, così evitando la possibilità che le parti portino avanti dei procedimenti paralleli in più Stati Membri e che ottengano giudicati confliggenti. La regola della litispendenza elimina la possibilità di un "corto circuito", ponendo un criterio generale che permette di superare i conflitti di giurisdizione, sia positivi (*i.e.* quando due Stati Membri reclamano la giurisdizione sulla stessa disputa), sia negativi (*i.e.* quando i giudici di stati diversi ritengono entrambe di non poter giudicare sulla lite).

[1] Per una trattazione approfondita del tema si rimanda a: Lupoi, *La giurisdizione internazionale sulle cause matrimoniali* in Id (a cura di), *Le tutele legali nella crisi di famiglia*, tomo II, 2018, Maggioli Editore, p. 67-127. Per un'analisi del regolamento nella prospettiva inglese: Trimmings, *Matrimonial and related causes in Torremans* (a cura di), *Cheshire, North & Fawcett on Private International Law*, Oxford University Press, 2017, pp. 951-1048.

[2] Sul concetto di "residenza abituale" cfr. Lupoi, op. cit., p. 75.

[3] I criteri adottati dall'[art. 3](#), sottolinea l'*Explanatory Report* che accompagna il Regolamento Bruxelles II bis, sono frutto di un compromesso politico: «*The grounds adopted are based on the principle of a genuine connection between the person and a Member State. The decision to include particular grounds reflects their existence in various national legal systems and their acceptance by the other Member States or the effort to find points of agreement acceptable to all*» (par. 30).

[4] Lupoi, op. cit., pp. 103-110. Si veda anche Biagioni, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori* in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, vol. 4, pp. 991-1035.

[5] Per un'analisi della normativa: Lupoi, op. cit., p. 116-126. Anche: Querzola, *Il regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari*, in Taruffo-Varano (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile europeo*, 2011, Giappichelli, pp. 143-170.

[6] Tra le ulteriori fonti più rilevanti si segnala: il Regolamento n. 1103 del 2016 in materia di regime patrimoniale scelto dai coniugi e il Regolamento n. 1104 del 2016 sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

La giurisdizione sulla controversia familiare in common law

In opposizione al principio della “corte prima adita” adottato dal legislatore europeo, nella tradizione giuridica di *common law* si fa riferimento, invece, alla dottrina del *forum non conveniens*.

In sintesi, il fondamento teorico dell’approccio al problema del radicamento della giurisdizione nelle cause transnazionali è da ricercare nell’idea che esista un foro “più opportuno” per ogni disputa (un *forum conveniens*, appunto) e che spetti a ciascun giudice adito il potere di verificare se la controversia possa trovare una soluzione migliore in una giurisdizione diversa dalla propria.

Questo è, ad esempio, il criterio utilizzato nelle controversie familiari dal sistema anglosassone. Per regola generale, secondo la *Section 5(2)* del *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*, il giudice inglese ha giurisdizione sulla separazione o il divorzio (fuori dai casi di applicazione del Regolamento Bruxelles II bis^[7]) se almeno uno dei coniugi è domiciliato in Inghilterra alla data di inizio della controversia. Nel caso in cui, durante la trattazione, si ponga il problema di un procedimento parallelo sulla stessa lite (*parallel proceeding*) pendente in una giurisdizione *extra-europea*, la corte inglese ha la facoltà di garantire una sospensione del procedimento (*discretionary stay*)^[8]. Tale sospensione, tuttavia, è condizionata all’accertamento da parte del giudice inglese di quale sia il foro più “idoneo” per decidere la lite. L’esperienza dei *practitioner* britannici insegna che la trattazione di una simile questione nella prassi tende a rivelarsi complessa e incerta negli esiti. Solo recentemente la giurisprudenza è ar-

rivata ad elaborare per le liti familiari degli «indici» per la verifica del *forum non conveniens*, ispirandosi agli elementi oggetto di valutazione nelle controversie commerciali^[9]. Per concedere la sospensione, il giudice dovrà operare un bilanciamento tra “*fairness and convenience between the parties*”, arrivando a prendere in considerazione una pluralità di elementi, tra cui: «*convenience of witnesses and any delay or expense which may result from the proceedings being stayed, or not being stayed*»^[10]. È facile intuire come tale decisione sia fortemente legata al caso concreto e come gli esiti della stessa siano imprevedibili, anche a causa della continua evoluzione della giurisprudenza^[11]. Si deve inoltre tenere conto della circostanza, di grande rilevanza pratica, per cui la trattazione di una questione di giurisdizione davanti a una corte inglese generalmente richiede l’assistenza che le parti siano assistite, oltre che dal proprio legale, anche da *barrister* specializzati in materia, con un notevole esborso economico.

Lo stesso meccanismo di sospensione discrezionale brevemente descritto con riferimento all’ordinamento inglese è in uso in altre giurisdizioni di *common law*. Tra queste, ad esempio, gli Stati Uniti, l’India e l’Australia. Tuttavia, ciascun ordinamento adotta criteri sostanziali differenti riguardo a quali elementi il giudice debba prendere in considerazione per arrivare alla determinazione del foro più idoneo. Non si può pertanto escludere che, adito per la stessa separazione sia il giudice indiano che quello inglese, entrambe le Corti portino avanti la propria analisi sul foro naturale della controversia, giungendo a conclusioni diametralmente opposte. È evidente come que-

[7] Per gli sviluppi a seguito della “Brexit” si rimanda allo studio commissionato dal Parlamento Europeo: “*The Future Relationship between the UK and the EU following the UK’s withdrawal from the EU in the field of family law*”, 2018, disponibile su [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU\(2018\)608834](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU(2018)608834)

[8] Paragrafo 9 della Schedule 1 del *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* del 1973.

[9] Il *landmark case* sul punto è *Spillada Maritime v Casulex Ltd* [1987] AC 460, che ha inaugurato una costante giurisprudenza secondo cui la sospensione può essere garantita quando «*the court is satisfied that there is some other available forum [...] which is the appropriate forum for the trial of the action*». In una prima fase l’onere della prova sull’esistenza di un foro più adatto per la disputa spetta al convenuto nel giudizio inglese, che sta facendo richiesta per lo *stay* in favore del procedimento estero. Successivamente «*if the court is satisfied that there is another available forum which is prima facie the appropriate forum for the trial of the action, the burden will then shift to the plaintiff to show that there are special circumstances by reason of which justice requires that the trial should nevertheless take place in this country*» (par. 6). Si assiste, quindi, ad un’inversione dell’onere della prova tale per cui l’attore del procedimento inglese (*i.e.* la parte processuale che si oppone allo *stay*) sarà ammesso a far valere alcune eccezioni. Tra queste questioni di *public policy* o l’impossibilità di ottenere giustizia nella giurisdizione straniera. Per un’analisi completa dei meccanismi processuali stabiliti in *Spillada* e la loro evoluzione nella giurisprudenza britannica: cfr. Hartley, *International Commercial Litigation – Text Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, 2015, p. 231.

[10] Paragrafo 9(2) della Schedule 1 del *Domicile and Matrimonial Proceedings Act* del 1973.

[11] Un primo tentativo di stabilizzazione della giurisprudenza si è avuto con la decisione *De Dampierre v. De Dampierre* [1988] AC 92, in cui la House of Lords ha proposto un assetto sistematico per i criteri della decisione sul *forum non conveniens* su cause di separazione e divorzio. Per le successive evoluzioni cfr. *Armb>* [2003] 2 FLR 375; *O v. O (Appeal against Stay: Dovic petition)* [2002] EWCA Civ 949. Per un’analisi accurata della *case law* si rimanda a *Trimings*, *op. cit.*, pp. 972-978.

sto tipo di contrasti possa recare un grave pregiudizio alle parti coinvolte, soprattutto in mancanza di strumenti ulteriori di tutela, quali trattati bilaterali che disciplinano il riparto tra le giurisdizioni dei due stati “in conflitto” o, per quanto attiene alla tutela dei minori, in caso di mancata adesione alla Convenzione dell’Aja del 1980.

La soluzione innovativa: l'arbitrato come strumento per “prevenire” la controversia sulla giurisdizione

In questo quadro normativo e giurisprudenziale si inserisce la proposta dell’*International Family Law Arbitration Scheme* (IFLAS)[12], nata nel contesto di *Alternative Court Room*, un ente australiano specializzato in metodi di risoluzione alternativa delle controversie in ambito familiare. Il regolamento arbitrale fornisce alle parti uno strumento per ottenere un lodo finalizzato a risolvere esclusivamente l’aspetto della controversia relativo alla scelta del giudice che si dovrà adire, qualora più di una giurisdizione possa potenzialmente risultare idonea (art. 1 IFLAS).

A tal fine, le parti sottoscrivono un compromesso arbitrale, attraverso la compilazione di una domanda online, a mezzo del quale si impegnano a ritenere vincolante la decisione dell’arbitro. Dispone l’art. 6 delle IFLAS Rules:

«*Each party by entering into arbitration under the Scheme agrees to be estopped from proceeding in any jurisdiction other than that determined by the arbitrator, and furthermore undertakes not to commence proceedings in any jurisdiction other than as determined as the closest connection by the arbitrator in accordance with this Scheme. Insofar as there are any existing forum or other family proceedings, it will be a term of the arbitration that these proceedings are stayed pending the outcome of the arbitration.*»

Il Regolamento si connota per una serie di aspetti peculiari. Innanzitutto, non individua la *lex cause*, ossia il diritto che dovrà essere utilizzato per decidere nel merito, ma stabilisce direttamente una regola di giudizio, che po-

tremmo definire “equitativa”[13]. Per determinare il foro competente l’arbitro utilizzerà, infatti, il criterio della “*closest connection*” (art. 26 IFLAS Rules), ossia andrà a valutare con quale giurisdizione la coppia abbia il maggior grado di vicinanza. L’accertamento avverrà secondo criteri che sono comunemente applicati dalla giurisprudenza nelle decisioni sul *forum non conveniens* in molti paesi di *common law*, inclusa l’Inghilterra. Si avrà riguardo, tra gli altri elementi[14], alla storia personale dei coniugi e allo sviluppo della loro relazione sotto il profilo geografico. In particolare: la loro residenza, il domicilio, la nazionalità di origine e i loro movimenti transfrontalieri. Per ottenere le informazioni necessarie ad emettere la pronuncia, l’arbitro si affiderà principalmente a un questionario *online* che ciascuna parte si impegna a compilare, con l’assistenza dei propri legali, e a trasmettere entro tre settimane dall’inizio dell’arbitrato (art. 20 IFLAS Rules). Come nei regolamenti di altri enti arbitrali internazionali, IFLAS richiede che l’arbitro abbia una provenienza geografica neutrale, in particolare «*[t]he arbitrator should be from a country with which neither party asserts they have a close connection*» (art. 10 IFLAS Rules). Nel rispetto di tale prescrizione, le parti possono nominare direttamente il proprio arbitro, scegliendo tra i professionisti inclusi nell’apposito *panel* di IFLAS. In alternativa, o nell’impossibilità di raggiungere un accordo sulla persona dell’arbitro, le parti potranno richiedere che la nomina avvenga direttamente a cura dell’ente stesso.

Al momento della richiesta di nomina, l’ente, o direttamente il professionista selezionato, è chiamato a svolgere una valutazione preliminare sull’opportunità di aprire il procedimento (art. 16 IFLAS Rules), avendo riguardo alle circostanze riferite dalle parti nella domanda di arbitrato. Tale verifica può concludersi con il rifiuto da parte dell’ente di instaurare il procedimento arbitrale ogni qual volta la lite non appaia “*suitable for arbitration*”. La formulazione di questa disposizione riflette l’incertezza do-

[12] Per ogni riferimento si rimanda al sito web dell’ente: <https://internationalfamilyarbitration.com/>.

[13] Sul piano prettamente teorico, nella prospettiva del diritto italiano l’arbitrato amministrato da IFLAS potrebbe essere qualificato come arbitrato secondo equità (art. 822 c.p.c.), nell’accezione aristotelica di equità come “giustizia del caso concreto”. Allo stesso modo l’*Arbitration Act* inglese che prevede che le parti possano individuare il diritto applicabile dagli arbitri in una normativa nazionale o in insiemi di regole diversi, c.d. “*other considerations*” (s. 46). In questa dicitura generica si fanno rientrare, ad esempio, le norme religiose o gli usi.

[14] Altri elementi che dovranno essere considerati dall’arbitro sono: le tipologie di tutele di cui ciascuna parte potrà beneficiare in una determinata giurisdizione (inclusando l’ammissibilità per l’ordinamento dello scioglimento del vincolo matrimoniale); la normativa in materia di custodia della prole e le tutele economiche; il background culturale delle parti; il background religioso delle parti (se questo può avere una rilevanza nelle legislazioni nazionali che verrebbero applicate alla controversia); la durata dei periodi trascorsi dalle parti in ciascuna giurisdizione; la collocazione geografica dei beni comuni della coppia e quella delle proprietà dei singoli coniugi; la titolarità di pensioni pubbliche in una certa giurisdizione; la familiarità delle parti con una certa giurisdizione; la lingua delle parti; i potenziali esisti nella prospettiva di dover eseguire il provvedimento di un determinato giudice nazionale in più giurisdizioni.

vuta all'utilizzo dello strumento arbitrale per risolvere controversie che attengono al diritto di famiglia. L'arbitrato familiare, infatti, pur vantando una prassi ultra-decennale in molte giurisdizioni (e.g. Inghilterra, Canada, Australia e la quasi totalità degli stati nel Stati Uniti), è soggetto a limiti differenti in ciascuna di esse. Pertanto, il Regolamento rimette all'arbitro la scelta di impedire che le parti diano l'avvio ad un procedimento da cui non potrebbero trarre l'effettivo beneficio di vedere riconosciuto il lodo come una determinazione vincolante.

Sotto il profilo della regolamentazione di un'eventuale istruzione probatoria, le IFLAS Rules presentano significativi limiti. Non è, infatti, prevista alcuna disciplina per l'assunzione di prove qualora la trattazione *on paper*, ossia sulla base del questionario compilato da ciascuna parte, non risulti sufficiente. In tali casi, la gestione della valutazione sulla rilevanza e sulle modalità di assunzione di ulteriori mezzi probatori è rimessa alla discrezionalità dell'arbitro. È, tuttavia, lasciata all'accordo delle parti la possibilità di assoggettare l'arbitrato IFLAS alle regole procedurali in materia di assunzione delle prove di un determinato ordinamento giuridico (art. 41 IFLAS Rules). Un'ulteriore, significativa, aporia del Regolamento riguarda l'ascolto del minore. L'assenza di una disposizione specifica fa supporre che gli ideatori di IFLAS abbiano ritenuto che, di regola, l'ascolto di eventuali figli della coppia non possa fornire elementi utili alla ricostruzione della *closest connection* o che, in ogni caso, le informazioni necessarie non debbano essere acquisite attraverso il contatto diretto, o mediato da un esperto, tra l'arbitro e il minore. Il benessere del minore viene, tuttavia, preso in particolare considerazione nell'individuazione dell'ordinamento in cui radicare la lite, in quanto l'arbitro è chiamato a valutare, tra gli altri elementi, le norme applicabili in ciascuna delle possibili giurisdizioni in materia di affidamento, avendo quindi riguardo all'impatto sul minore della scelta della giurisdizione competente.

Infine, stante un generale dovere di riservatezza gravante sui soggetti coinvolti nel procedimento arbitrale, è prevista una deroga espressa qualora la richiesta di informazioni provenga da un'autorità pubblica e riguardi «infor-

mation relating to the safety or wellbeing of the child» (art. 54 (b) IFLAS Rules).

Per assicurare una certa attrattività al procedimento arbitrale IFLAS, pur con tutti i limiti dovuti ad un così specifico ambito applicativo, l'ente si è preoccupato di assicurare al massimo la certezza dei costi, attraverso tariffario fisso^[15] a cui la maggior parte degli arbitri ha aderito. Vengono altresì previste tempistiche serrate, con una durata complessiva di 28 giorni dall'inizio della procedura alla pronuncia del lodo.

Il criterio della *closest connection*, nella sua affinità con l'approccio dei giuristi di *common law*, sembra poter svolgere efficacemente il proprio ruolo di parametro "di buon senso". Vi sono elementi per sostenere che la determinazione degli arbitri possa essere recepita come vincolante dalle corti di *common law*. In quelle giurisdizioni che hanno sviluppato prassi di arbitrato di famiglia, come l'Inghilterra, o che hanno persino normative specifiche in materia, come l'Australia, non vi è dubbio che il giudice potrebbe riconoscere validità al lodo, equiparandolo ad un accordo tra le parti. L'evoluzione di queste giurisdizioni, infatti, è stata tale da arrivare a considerare ampi spazi della materia familiare come pienamente soggetti al potere negoziale delle parti, che può legittimamente manifestarsi anche attraverso il compromesso arbitrale. «*There is no conceptual difference* - ha sostenuto recentemente ha High Court britannica, proprio in materia di arbitrato su questioni di diritto di famiglia - *between the parties making an agreement and agreeing to give and arbitrator the power to make the decision for them*»^[16]. Non a caso l'iniziativa IFLAS, che appare così singolare agli occhi del giurista europeo, è frutto del lavoro di *common lawyers* esperti nel campo dell'arbitrato e del diritto di famiglia internazionale^[17] e ha ricevuto il *placet* della *Law Society* inglese.

Gli esiti applicativi dell'arbitrato IFLAS rimangono, per adesso, totalmente sconosciuti al pubblico, ma un tale esperimento desta comunque un certo interesse nella misura in cui propone un approccio innovativo per garantire una giustizia più efficiente e rapida in un settore del diritto ad alto livello di complessità come quello dell'aggiudicazione della crisi familiare transnazionale.

[15] Si parte da un fisso di \$8.000, da ripartire tra le parti, a cui si aggiungono \$350 di spese amministrative. Qualora la trattazione della causa non possa svolgersi meramente *on paper* ma richieda delle udienze, queste avranno un costo di circa \$3.500 al giorno.

[16] Il principio è stato espresso nella sentenza *S v S* [2014] EWHC 7 (Fam), par. 19, in occasione della prima decisione delle corti britanniche sul recepimento di un lodo a seguito di un procedimento di *family arbitration* in applicazione del regolamento promosso dall'*Institute for Family Law Arbitration* (IFLA Scheme).

[17] In particolare, i fondatori di IFLAS sono: David Hodson, arbitro inglese e promotore del primo regolamento per l'arbitrato familiare in Inghilterra, e Patrick Parkinson, professore della facoltà di legge dell'Università di Sidney, noto per le sue attività di ricerca in nel campo delle *a.d.r.* familiari.

Conclusioni: quale spazio in Italia per il lodo IFLAS?

Per concludere può essere interessante interrogarsi sull'ammissibilità per il diritto italiano ed europeo di un arbitrato finalizzato a decidere quale sia la giurisdizione più idonea a decidere una controversia familiare. Nell'opinione di chi scrive si deve dare, da subito, una risposta tendenzialmente negativa, in quanto le norme in vigore in materia nel nostro sistema – anche quelle di matrice europea – sembrano escludere che le parti possano esercitare la propria autonomia contrattuale sulla scelta del foro. In generale, per quanto attiene alla normativa italiana, l'autonomia dei contraenti nella selezione del foro è prevista *ex lege* dall'[art. 4, c. 2](#) della legge sul diritto internazionale privato ([l. n. 218 del 1995](#), di seguito, d.i.p.) in base al quale: «*La giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili*». Questa norma trova un proprio corrispettivo a livello europeo, dove nelle materie civili e commerciali per come definite dal [Regolamento n. 1215 del 2012](#) (c.d. Bruxelles I bis), la conclusione di una convenzione arbitrale comporta l'inoperatività della legislazione europea in favore delle norme nazionali sull'arbitrato di ciascuno Stato Membro[18].

Per quanto attiene nello specifico alle controversie familiari, invece, sembra opportuno distinguere due ipotesi, a seconda del carattere europeo o internazionale della disputa.

Sulla possibilità di deferire ad arbitri la questione del radicamento della giurisdizione tra vari Stati Membri dell'Unione Europea si è visto che il Regolamento Bruxelles II bis attribuisce all'attore la facoltà di scelta tra diversi fori alternativi. Tuttavia, la normativa sembra escludere che le parti, anche in caso di domanda congiunta di separazione o divorzio, possano designare consensual-

mente il giudice che verrà adito, selezionando un foro diverso dalle alternative legislativamente previste[19]. Se si esclude a monte la validità di una determinazione pattizia che deroghi alle disposizioni in materia di giurisdizione, a maggior ragione non sembrerebbe di poter ritenere ammissibile l'accordo per devolvere la questione ad un arbitro.

Ad esiti analoghi, quantomeno stando al dato testuale, dovrebbe condurre l'applicazione delle nuove norme contenute nel [Regolamento n. 1111 del 2019](#). Tuttavia, è opportuno sottolineare che una delle principali direttrici seguite dal legislatore europeo in questa riforma riguarda proprio la valorizzazione dell'uso di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie in campo familiare, soprattutto nella forma della mediazione. Un simile approccio sembrerebbe dover coerentemente comportare maggior un *favor* anche nei confronti dell'arbitrato, quale strumento alternativo al ricorso al giudice nazionale basato sull'accordo delle parti[20]. In quest'ottica non può escludersi a priori che la giurisprudenza della Corte di Giustizia decida di interpretare le norme nel senso di garantire una forma di riconoscimento alla volontà delle parti di deferire ad un arbitro la scelta dello Stato Membro presso cui radicare la propria controversia.

Sempre per quanto attiene al diritto di derivazione europea, una riflessione a parte è necessaria per le controversie sulle obbligazioni alimentari. L'[art. 4](#) del Regolamento n. 4 del 2009 prevede, infatti, che le parti possano validamente pattuire per iscritto di attribuire la competenza esclusiva a un determinato foro[21]. La stessa norma, tuttavia, enumera una serie di criteri che devono essere rispettati nell'individuazione pattizia dell'autorità giurisdizionale competente, al fine garantire un minimo livello di connessione tra le parti e la giurisdizione adita. Tanto considerato si potrebbe avanzare l'ipotesi, di scarsissima

[18] Il considerando n. 12 del [Regolamento di Bruxelles I bis](#) recita: «*Il presente regolamento non dovrebbe applicarsi all'arbitrato. Nessuna disposizione del presente regolamento dovrebbe impedire alle autorità giurisdizionali di uno Stato membro investite di un'azione in una materia per la quale le parti hanno stipulato una convenzione arbitrale, di rinviare le parti all'arbitrato o di sospendere il procedimento o dichiarare irricevibile la domanda e di esaminare l'eventuale nullità, inoperatività o inapplicabilità della convenzione arbitrale, conformemente al proprio diritto nazionale*».

[19] La dottrina ha avuto modo di affermare che «*[l]a scelta del criterio di giurisdizione resta così sottratta alla disponibilità delle parti, alla cui volontà non viene riconosciuto alcun rilievo nelle cause matrimoniali, neppure mediante la possibilità di una proroga tacita della giurisdizione (come conseguenza della mancata proposizione dell'eccezione da parte del convenuto). I criteri di competenza giurisdizionale stabiliti dal [Regolamento n. 2201 del 2003](#) - seppure tra loro alternativi - sono dunque assolutamente oggettivi ed inderogabili*» cfr. Giacomelli, *La giurisdizione nelle controversie matrimoniali* in Lupoi (a cura di), *Trattato della separazione e del divorzio*, tomo II, 2015, Maggioli Editore, p. 32.

[20] Per una trattazione più ampia sull'arbitrabilità delle controversie familiari per il diritto italiano si rinvia a: Zucconi Galli Fonseca, *Diritto dell'Arbitrato*, 2016, Bologna University Press, p. 97.

[21] Cfr. sul punto Ziino, *La giurisdizione nelle cause tra coniugi secondo la normativa europea* in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2014, p. 536.

rilevanza applicativa, di un arbitraggio^[22] in cui le parti si affidano a un terzo affinché questi selezioni una giurisdizione presso cui radicare la propria controversia, nel rispetto dei criteri legislativamente previsti (e non quindi applicando regole di giudizio alternative, come il “*close connection test*”). La determinazione del terzo dovrebbe essere un accordo valido ai sensi dell’art. 4 e, quindi, risulterebbe vincolante nei confronti dei giudici degli Stati Membri.

Infine, guardando al diritto privato internazionale italiano, e quindi all’ipotesi di compromissione della questione della scelta del foro tra il giudice italiano e il giudice straniero, il riferimento normativo è rappresentato dall’[art. 32](#) della legge sul diritto internazionale privato. La disposizione pone, quali criteri alternativi per il radicamento della contro-

versia dinnanzi al giudice nazionale, la cittadinanza italiana di uno dei coniugi o la celebrazione del matrimonio in Italia, rimandando inoltre ai criteri generali di cui [art. 3 d.i.p.](#) (*i.e.* il caso in cui il convenuto domiciliato in Italia). Manca, tuttavia, nell’[art. 32](#) d.i.p. un richiamo espresso al citato [art. 4](#) d.i.p., che regola la possibilità di derogare patizientemente ai fori individuati per legge. Non sembra, quindi, che anche il legislatore nazionale intenda lasciare autonomia negoziale ai coniugi sulla scelta della giurisdizione. Pertanto, il giudice italiano che si vedesse investito della questione del riconoscimento di un lodo IFLAS potrebbe affermare l’indisponibilità dei diritti su cui verte la decisione dell’arbitro e, di conseguenza, l’impossibilità di compromettere validamente in arbitri la lite, arrivando a negare il riconoscimento di un simile lodo.

^[22] Si tratta del contratto che deferisce a un terzo arbitratore la determinazione dell’oggetto, qualora questo sia non determinato ma determinabile cfr. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, 2004, CEDAM, p. 259.

Frazionamento del credito

Il frazionamento del credito: una recente pronuncia (Cassazione civile, sez. II, ordinanza 20 agosto 2019 n. 21521)

di Martina Mazzei

DEL 29 GENNAIO 2020

Sommario

1. Il caso
- 1.1. I motivi di ricorso
- 1.2. La decisione della Corte
2. Il frazionamento del credito

1. Il caso

La sentenza in commento ([Cassazione civile, sez. II, ordinanza 20 agosto 2019 n. 21521](#)) trae origine dalla pronuncia con cui il Tribunale di Taranto ha revocato il decreto ingiuntivo in favore di un avvocato a titolo di compenso professionale per l'attività da questi svolta. Il Tribunale aveva ritenuto, infatti, che l'attività difensiva fosse unica in relazione ad una pluralità di soggetti avendo questa redatto un unico ricorso con il quale erano stati impugnati davanti al giudice amministrativo alcuni provvedimenti compresa la redazione di un appello cautelare davanti al Consiglio di Stato. L'opposta, secondo il giudice di prime cure, non aveva fornito elementi probatori idonei al riscontro dell'importanza e della complessità delle questioni trattate e, in caso di assistenza di più parti aventi la stessa posizione processuale, doveva applicarsi un unico onorario aumentato, ai sensi dell'art. 5 comma 4 del D.M. n. 585 del 1994.

Avverso la suddetta sentenza l'avvocato interponeva appello. La Corte d'Appello di Lecce, tuttavia, rigettava il gravame, rilevando che, al di là del fatto che l'obbligazione a carico di plurimi clienti assistiti nel procedimento giurisdizionale amministrativo abbia natura solidale con la conseguenza del teorico frazionamento della pretesa nei confronti degli obbligati in solido, di fatto, il compenso era unico e la sua divisione attraverso distinte azioni giudiziarie violava il principio costituzionale del giusto processo. La parcellizzazione della domanda giudiziale

diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria si traduceva, secondo la Corte d'appello, in un abuso degli strumenti processuali.

L'avvocato, quindi, ricorreva in Cassazione affidandosi a tre motivi.

1.1. I motivi di ricorso

Per quanto di interesse con il primo motivo di ricorso rubricato «violazione e falsa applicazione, ex [art. 360 c.p.c.](#), n. 3, degli artt. [1314](#), [1292](#), [1311](#), [1175](#) e [1375 c.c.](#) e artt. [88](#) e [103 c.p.c.](#)» la ricorrente sostiene che l'obbligazione attivata attraverso il decreto ingiuntivo opposto non è un'obbligazione solidale bensì comune e naturalmente divisibile ex [art. 1314 c.c.](#) nella quale prevale la struttura parziaria della stessa. Infatti, l'art. 5 della tariffa professionale non rende solidale l'obbligazione dei vari clienti ma costituisce solo una modalità di determinazione del compenso dovuto da dividersi *pro quota*. Peraltro, anche se l'obbligazione fosse stata solidale, la legge espressamente consentiva al creditore di agire *pro quota* contro ciascuno dei debitori e ciò era sufficiente per escludere che potessero trovare applicazione i principi stabiliti dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza [n. 23726 del 2007](#).

La ricorrente ribadisce, inoltre, che il connotato essenziale delle obbligazioni solidali è la facoltà insindacabile del creditore di esigere l'intero da ciascun obbligato o di agire *pro quota* e separatamente contro ciascun di essi.

Peraltro, la corretta qualificazione del rapporto tra il difensore e più clienti congiuntamente assistiti è quella di obbligazione divisibile ai sensi dell'[art. 1314 c.c.](#) e, in ogni caso, l'art. 5, comma 4, della tariffa lungi dall'attribuire il carattere di solidarietà all'obbligazione si limita a stabilire un criterio aritmetico per determinare il compenso dovuto in relazione al numero delle parti assistite. Tale criterio costituisce indice inequivoco della divisibilità dell'obbligazione, determinata attraverso incrementi in ragione del numero delle parti. Dunque, ciascuna parte è obbligata *pro quota* e il creditore ha la facoltà di convenire gli obbligati in un unico ovvero in distinti giudizi mentre il principio dell'abusiva parcellizzazione del credito riguarda l'unico debitore nei confronti del quale è stato azionato un unico credito, determinando così un ingiustificato aggravio di spese con un abuso del processo.

1.2. La decisione della Corte

La Suprema Corte, con la sentenza in epigrafe, ha accolto il ricorso ritenendo il motivo di doglianza fondato rilevando come la Corte d'Appello non abbia fatto corretta applicazione dei principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di frazionamento del credito.

Il frazionamento della domanda giudiziale, nel quale la giurisprudenza di legittimità ha ravvisato un abuso degli strumenti processuali, che l'ordinamento pone a disposizione della parte, è configurabile allorché, in contrasto il principio di correttezza e buona fede che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase contenziosa, il creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, avanzi una pluralità di richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, la cui proposizione comporti una scissione del rapporto obbligatorio, operata dal creditore per sua esclusiva utilità e con inutile aggravamento della posizione del debitore, costretto a sopportare maggiori costi e difficoltà per la sua difesa in giudizio.^[1]

Il divieto di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, dunque, presuppone un unico rapporto obbligatorio con identità delle parti evocate in giudizio. In tal caso, infatti, si determina un aggravio del-

la posizione del debitore mediante la scissione del contenuto dell'obbligazione da parte del creditore in violazione dei principi di correttezza e buona fede.

Nel caso di specie, invece, la ricorrente aveva agito nei confronti di soggetti diversi nei confronti dei quali aveva espletato il mandato professionale e aveva richiesto il pagamento ad ognuno dei diversi clienti nei limiti di quanto riteneva che ognuno di essi le dovesse per la propria prestazione. La Corte d'appello avrebbe dovuto, quindi, dare il giusto peso a tale peculiarità della vicenda piuttosto che accertare semplicisticamente che l'aver agito nei confronti di ognuno dei debitori con un distinto decreto ingiuntivo costituisse un indebito frazionamento del credito da sanzionare mediante l'improcedibilità della domanda e ciò a prescindere dalla natura solidale o meno dell'obbligazione in oggetto. A ciò si aggiunge, secondo gli ermellini, anche l'ulteriore errore di diritto compiuto dal giudice d'appello che non ha tenuto conto del principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite con la sentenza [n. 4090 del 2017](#).

La seconda sezione, infatti, afferma che la Corte d'appello avrebbe dovuto applicare l'[art. 101 c.p.c.](#) per sollecitare il contraddittorio sull'interesse dell'avvocato ad agire nei confronti dei clienti con separati ricorsi, posto che non risultava dedotta dalla parte convenuta la necessità di siffatto interesse e la sua mancanza.

Il frazionamento del credito

La Corte di Cassazione si è occupata in più occasioni della condotta di chi frazioni artificiosamente la propria (unica) pretesa creditoria in più processi per far valere in giudizio il relativo diritto.

Si parla, in questi casi, di frazionamento del credito.

La giurisprudenza, a tal riguardo, si è chiesta se sia possibile formulare, in chiave processuale, un'eccezione di dolo o di un divieto dell'abuso del diritto nei confronti del creditore che, pur avendo un credito unitario, in quanto derivante da un'unica fonte, lo faccia valere in via frazionata. Un primo orientamento^[2] ha dato alla questione risposta negativa sulla base del rilievo che la clausola generale di buona fede e correttezza – operante anche nella fase patologica conseguente al mancato o inesatto adempimento – impedisce di considerare legittimo il comporta-

[1] Cfr. Cass., Sez. Un., [15 novembre 2007, n. 23726](#); Cass., Sez. VI, [9 marzo 2015, n. 4702](#).

[2] Cass. civ. sez. I 23 luglio 1997 n. 6700 in cui la Corte sostiene che "Deve ritenersi contrario a buona fede, e quindi inammissibile, siccome illegittimo per abuso del diritto, il comportamento del creditore il quale, potendo chiedere l'adempimento coattivo dell'intera obbligazione, frazioni, senza alcuna ragione evidente, la richiesta di adempimento in tutta una pluralità di giudizi di cognizione davanti a giudici competenti per le singole parti. Nè vale ad escludere questo giudizio di sfavore il fatto che nessun vantaggio economico si profili, in tal modo, per il creditore. Ciò che, infatti, unicamente rileva, ai fini di una corretta impostazione del problema entro i canoni ermeneutici del principio di buona fede, è l'esistenza di un qualsivoglia pregiudizio per il debitore, non giustificato da un corrispondente vantaggio – meritevole di tutela – per il creditore."; Cass. civ. sez. I [8 agosto 1997 n. 7400](#); Cass. civ. sez. I [14 novembre 1997 n. 11271](#).

mento del creditore che, attraverso un'anomala tecnica di frazionamento nel tempo delle azioni giudiziarie, prolunghi arbitrariamente, concretando un vero e proprio abuso del diritto, il vincolo coattivo cui deve sottostare il debitore, con pregiudizio per quest'ultimo, non giustificato da un interesse oggettivamente apprezzabile e meritevole di tutela del creditore.

Altra parte della giurisprudenza^[3], invece, ha affermato la legittimità di tale comportamento, osservando che la facoltà del creditore di chiedere un adempimento parziale è speculare all'identica facoltà di accettarlo, riconosciuta dall'[art. 1181 c.c.](#), e che il pericolo di un aggravio di spese per il debitore, esposto ad una pluralità di decreti ingiuntivi nel caso di parcellizzazione del credito, è ovviabile o mettendo in mora il creditore, offrendogli l'adempimento dell'intero, o chiedendo l'accertamento negativo di esso.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione^[4], componendo il contrasto giurisprudenziale riportato, hanno avallato la tesi della legittimità del frazionamento da parte dell'attore della pretesa creditoria rimasta inadempita ritenendo che *“è ammissibile la parcellizzazione dell'unico credito pecuniario in più domande proposte innanzi ad un giudice diverso, ed inferiore, rispetto a quello competente per l'intero credito, purché il creditore si riservi espressamente, nel primo giudizio, di agire per il residuo. Ricorrere ad un giudice inferiore, più celere nella decisione ed innanzi al quale la lite costa meno, anche se la sua conclusione non è interamente soddisfattoria della pretesa, risponde ad un interesse del creditore meritevole di tutela e costituisce potere non negato dall'ordinamento, non sacrificando in alcun modo il diritto del debitore alla difesa delle proprie ragioni.”*

In particolare la Corte di Cassazione, per giungere alla conclusione dell'ammissibilità della parcellizzazione di un'unica pretesa creditoria in più decreti ingiuntivi, ha addotto una serie di argomenti.

In primo luogo si è affermato che l'[art. 1181 c.c.](#) nel riconoscere il diritto del creditore di rifiutare un adempimento parziale (a meno che la legge o gli usi non stabiliscano diversamente) non esclude il potere dello stesso di accettarlo e, quindi, di richiederlo, anche giudizialmente. In altre parole se la suddetta norma riconosce al creditore il diritto ad esigere la prestazione unitaria è evidente che questo diritto non può essere rinunciato dal creditore: quest'ultimo può derogando alla garanzia che la legge riconosce nel suo interesse anche decidere di frazionare le azioni per ottenere il pagamento del *quantum debeatur*. In secondo luogo l'[art. 1453 c.c.](#) pur prevedendo la possibilità di opzione del creditore fra risoluzione e adempimento nulla dice sulla possibilità di quest'ultimo di richiedere un adempimento parziale.

Inoltre, sul piano processuale, gli artt. [277](#) co. [2](#) e [278](#) co. [2](#) c.p.c. – che per la tutela degli interessi del creditore consentono, in presenza di domande più ampie proposte, di limitare la pronuncia a parte delle stesse o di condannare il debitore al pagamento di una provvisoria – non trovano applicazione quando la domanda sia stata inizialmente proposta con contenuto più ridotto.

Sempre sul piano processuale, inoltre, le Sezioni Unite ritengono che la richiesta frazionata potrebbe soddisfare esigenze di celerità, atteso che l'attore potrebbe in un primo momento proporre domanda limitatamente alla parte del credito non contestata o di pronta soluzione e agire, successivamente, per l'accertamento della restante parte di credito che potrebbe necessitare di accertamenti più complessi e richiedere, pertanto, tempi più lunghi.

A distanza di pochi anni dalla pronuncia analizzata le Sezioni Unite^[5] sono intervenute nuovamente sulla questione ribaltando completamente il precedente orientamento e affermando, quindi, l'inammissibilità di una richiesta frazionata della tutela giudiziale del credito.

Rivedendo il proprio precedente orientamento, alla luce di una più accentuata valorizzazione del principio di buo-

[3] Cass. civ. sez. II [19 ottobre 1998 n. 10326](#).

[4] Cass. Sez. Un. civ. [10 aprile 2000 n. 108](#) con nota di MINETOLA S., *Nota sul frazionamento della pretesa relativa ad un unico diritto di credito pecuniario in una pluralità di giudizi*, in *Giur. It.*, 2001, 6 e RONCO A., *Nota sulla frazionabilità del petitum di condanna in plurimi giudizi di cognizione*, in *Giur. It.*, 2001, 6; DALLA MASSARA, *Tra res iudicata e bona fides: le sezioni unite accolgono la frazionabilità nel quantum della domanda di condanna pecuniaria*, in *Corr. giur.*, 2000, 1618 ss.

[5] Cass. Sez. Un. civ. [15 novembre 2007, n. 23726](#) con nota di GOZZI M., *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, 5, 1435; DALLA MASSARA T., *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il “ripensamento” delle sezioni unite*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 3, 20345; DE CRISTOFARO M., *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 3, 20335; DONATI A., *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito (ancora intorno a Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 3, 20347; COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, pp. 10458 ss.; FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) di un credito: il nuovo intervento delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, pp. 10458 ss.; RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.*, 2008, 745 ss.

na fede anche nella fase della tutela giudiziale del credito e dell'affermazione del canone del giusto processo, le Sezioni Unite affermano che non è consentita al creditore la parcellizzazione in plurime e distinte domande dell'azione giudiziaria per l'adempimento di una obbligazione pecuniaria.

Tale richiesta è, infatti, contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'[art. 2 Cost.](#) e per cui il frazionamento giudiziale di un credito unitario si risolve in abuso del processo.

Il divieto dell'abuso del diritto è, infatti, un principio generale dell'ordinamento giuridico che comporta il divieto di comportamenti ingiustificatamente vessatori nei confronti della controparte e non sorretti da un interesse che giustifichi l'esposizione della controparte al sacrificio stesso. Ne deriva che deve essere qualificato come abusivo il comportamento di chi, senza una ragione giustificativa e senza un interesse concreto, artatamente frazioni in giudizio la pretesa unitaria con il solo fine di rendere più complessa la difesa del convenuto.

Oltre a violare il generale dovere di correttezza e buona fede la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto viola il principio della ragionevole durata del processo di cui all'[art. 111 Cost.](#) per l'evidente antinomia che esiste tra la moltiplicazione dei processi e la possibilità di contenimento della correlativa durata.

Pertanto, come affermato anche successivamente dalla Corte, *“non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto dell'obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione peggiorativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei*

limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale; in conseguenza del suddetto principio, pertanto, tutte le domande giudiziali aventi ad oggetto una frazione di un unico credito sono da dichiararsi improponibili.”^[6]

Con la sentenza [n. 23726 del 2007](#) le Sezioni unite, in altre parole, mutando il precedente orientamento hanno affermato che non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di «un unico rapporto obbligatorio», frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo.

Tale scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale aggravamento della posizione del debitore, si pone, infatti, in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede sia con il principio costituzionale del giusto processo, in quanto la parcellizzazione della domanda diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria si traduce in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale.

Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono, invece, essere proposte in separati processi. Lo ha affermato, recentemente, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite^[7] affermando il principio di diritto secondo cui: *“Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi; se tuttavia i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque «fondati» sul medesimo fatto costitutivo – si da non poter essere accertati separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale – le relative domande possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata; ove la necessità di siffatto interesse (e la relativa mancanza) non siano state dedotte dal convenuto, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ai sensi dell'[art. 183 c.p.c.](#) e, se del caso, riser-*

[6] Cass. civ. sez. III [11 giugno 2008 n. 15476](#).

[7] Cass. Sez. Un. civ. [16 febbraio 2017 n. 4090](#) con nota di GALLETTI M., *Frazionamento abusivo del credito: i chiarimenti delle Sezioni Unite*, in Argomenti Dir. Lav., 2017, 4-5, 1252; GHIRGA M. F., *Frazionamento di crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, in Riv. Dir. Proc., 2017, 4-5, 1302; BARAFANI M., *Tutela processuale frazionata del credito – I fondamenti concettuali del dibattito sul frazionamento giudiziale del credito*, in Giur. It., 2017, 5, 1089.

vare la decisione assegnando alle parti termine per memorie ai sensi dell'[art. 101, 2° comma, c.p.c.](#)”

La Suprema Corte, in primo luogo, rileva che quando le Sezioni Unite, nel 2007, hanno discusso di infrazionabilità del credito si sono riferite sempre ad un singolo credito e non anche ad una pluralità di crediti facenti capo ad un unico rapporto complesso.

Ed, infatti, *«risulta evidente che l'infrazionabilità del singolo diritto di credito (decisamente divisibile, nella considerazione che la parte può disporre della situazione sostanziale ma non dell'oggetto del processo, da relazionarsi al diritto soggettivo del quale si lamenta la lesione, in tutta l'estensione considerata dall'ordinamento) non comporta inevitabilmente (tanto meno implicitamente) la necessità di agire nel medesimo, unico processo per diritti di credito diversi, distinti ed autonomi, anche se riferibili ad un medesimo rapporto complesso tra le stesse parti.»*.

Pertanto secondo le Sezioni Unite l'infrazionabilità del singolo diritto di credito non implica la necessità di agire nel medesimo processo per diritti di credito diversi, distinti ed autonomi, anche se riferibili ad un medesimo rapporto tra le parti.

Il Collegio osserva, inoltre, come tale approccio ermeneutico risulti coerente con il nostro sistema processuale.

Infatti, non è possibile rinvenire nell'ordinamento italiano un riferimento normativo da cui discenda un principio generale di necessaria azione congiunta per tutti i crediti nascenti da un medesimo rapporto di durata. Né è dato riscontrare una specifica norma che autorizzi a ritenere comminabile la grave sanzione della improponibilità della domanda per il creditore che abbia in precedenza agito per il recupero di diverso credito riguardante lo stesso rapporto. Esistono, al contrario, numerose disposizioni che autorizzano la proponibilità in tempi e processi diversi di domande intese al recupero di singoli crediti facenti capo ad un unico rapporto complesso esistente tra le parti come si desume dagli artt. [31](#), [40](#) e [104](#) c.p.c. in tema di domande accessorie, connessione, proponibilità nel medesimo processo di più domande nei confronti della stessa parte; nonché dall'[art. 34 c.p.c.](#) che contempla la necessità di esplicita domanda di parte perché l'accertamento su questione pregiudiziale abbia efficacia di giudicato.

La previsione dell'onere di agire contestualmente per crediti distinti risulterebbe, inoltre, *«ingiustamente gravato»*

ria della posizione del creditore» che si vedrebbe privato della *«possibilità di fruire di riti più snelli per recuperare i propri crediti traducendosi in un allungamento dei tempi del processo»*.

Negata la sussistenza di un principio generale di necessaria azione congiunta per tutti i diversi crediti nascenti da un medesimo rapporto di durata, la Suprema Corte, rileva, altresì, come la disciplina che autorizza la proponibilità delle suddette pretese creditorie in processi diversi incontri un limite nella sua stessa *ratio*.

La disciplina codicistica che contempla – e perciò autorizza – la trattazione separata di crediti afferenti ad un rapporto unitario appare volta a consentire la trattazione unitaria dei suddetti processi e comunque di attenuare o elidere gli inconvenienti della proposizione e trattazione separata dei medesimi.

Da ciò emerge che la proponibilità di domande diverse, per crediti distinti, incontri il suo limite nell'esigenza di evitare la duplicazione di attività istruttoria e decisoria, di prevenire il rischio di giudicati contrastanti e di contenere la dispersione dinanzi a giudici diversi della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale.

Pertanto, le domande relative a diritti di credito che siano riferibili al medesimo rapporto di durata e che risultino, altresì, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un ipotizzabile giudicato, ovvero fondati sul medesimo fatto costitutivo possono essere formulate in separati giudizi solo se l'attore risulti in ciò assistito da un oggettivo interesse al frazionamento. Tale assunto è una naturale manifestazione del canone costituzionale del giusto processo la cui concreta attuazione è affidata, non soltanto alle norme che lo regolano ma agli stessi protagonisti del processo. Da ciò discende che l'attore deve farsi carico di un esercizio consapevole e responsabile del diritto di azione.

In questa prospettiva, la nozione di interesse processuale di cui all'[art. 100 c.p.c.](#) si arricchisce, non limitandosi ad investire solo la domanda, ma anche la scelta delle relative modalità di proposizione.

La Suprema Corte precisa che, sul piano della dialettica processuale, in mancanza di contestazione da parte del convenuto, in ordine alla sussistenza di tale interesse, il giudice può rilevare *ex actis* la questione, assegnando alle parti termine per memorie, ai sensi dell'[art. 101 c.p.c.](#)

Forum non conveniens

Il forum *non conveniens* e il giudice italiano, giudice dell'Unione europea

di Caterina Silvestri

DEL 30 GENNAIO 2020

Sommario

1. Introduzione
2. Significato e tradizione della dottrina del forum non conveniens
3. Il forum non conveniens e l'ordinamento UE: la dismissione della competenza ai sensi dell'art. 15 del Reg. 2001 del 2003
4. Segue. La dismissione della competenza giurisdizionale ai sensi dell'art. 6 del Reg. 650 del 2012

1. Introduzione

L'Unione Europea non soltanto promuove direttamente l'avvicinamento delle legislazioni degli Stati membri mediante la normativa comune, ma si offre anche quale luogo di incontro culturale in grado di intensificare quello stesso processo di avvicinamento e la circolazione degli istituti attraverso meccanismi indiretti, quali l'imitazione delle idee, resi attivi dalla contiguità tra le diversità che l'Unione realizza.

Ormai risalenti sono gli studi che hanno segnalato l'avvio di questo fenomeno, avvenuto naturalmente e senza l'impulso istituzionale^[1].

Nell'ambito del diritto processuale civile questo fenomeno ha riguardato in maniera particolare e massiccia la giurisdizione, versante rimasto, invece, tradizionalmente più al riparo dalle contaminazioni culturali, volte più alla esportazione di schemi procedurali o di singoli istituti, piuttosto che a profili di sistema^[2].

La ricorrenza di un potere discrezionale del giudice concernente la valutazione della propria competenza sul pia-

no della sua «opportunità», e non soltanto dell'usuale profilo della ricorrenza dei criteri di collegamento giurisdizionale fissati dalla legge, costituisce un peculiare esempio di questa osmosi culturale e giuridica concernente la giurisdizione, che chiama il giudice italiano, quale giudice europeo, a misurarsi, perlomeno entro i limiti indicati nei paragrafi che seguono, con meccanismi a lui inusuali.

2. Significato e tradizione della dottrina del forum non conveniens

La dottrina del *forum non conveniens* costituisce un frutto tipico dei paesi di *common law*: la sua apparizione è tradizionalmente collocata nella Scozia del XVIII secolo^[3], da cui si sarebbe diffuso nel Regno Unito, sia pure con peculiarità proprie come si ricorderà di seguito^[4].

In applicazione della dottrina del *forum (non) conveniens* il giudice adito può declinare la propria competenza indicando che v'è un foro più «conveniente» per decidere la controversia.

[1] M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*, Bologna, 1994, p. 25 ss.; id., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962; V. Denti, *Diritto comparato e scienza del processo*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, p. 212 ss.

[2] Così osserva M. Taruffo, *Aspetti fondamentali del processo civile di Civil Law e di Common Law*, in *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 2001, p. 43. Sulla formazione del diritto processuale civile europeo e l'opera delle corti sovranazionali: N. Trocker, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011.

[3] A. Arzander, *Forum (non) conveniens in England. Past, Present, and Future*, London, 2018, p. 20 ss.; J. G. Starke, *The High Court and the doctrine of «forum non conveniens»*, in *Australian Law Journal*, 1988, p. 671; W. M. Finch, *Forum conveniens e forum non conveniens: judicial discretion and appropriate forum*, in *Queensland University of Technology Law Journal*, v. 6, 1990, p. 67 ss.; M. Lupoi, *Conflitti transnazionali di giurisdizione*, Milano, 2002, p. 146.

[4] Anche negli Stati Uniti v'è stata la diffusione della dottrina in questione, sviluppatasi con profili di originalità; sul tema P. Hay, R. J. Weintraub, P. J. Borchers, *Conflict of law*, New York, 2000, p. 172 ss.; Lupoi, *Conflitti transnazionali di giurisdizione*, cit., p. 187 ss.

Il criterio in questione è di conio giurisprudenziale ed esprime un potere eminentemente discrezionale del giudice di sospendere o di rifiutare l'esercizio del proprio potere giurisdizionale, altrimenti esistente in virtù dei criteri di collegamento normativamente previsti, sulla base di una valutazione circa l'appropriatezza della scelta effettuata dall'attore. La discrezionalità permane, dunque, sia quando questo potere è espresso in termini negativi, cioè quale declinazione della competenza giurisdizionale (*forum non conveniens*), sia quando lo stesso è espresso in termini positivi, cioè quale assunzione della competenza giurisdizionale (*forum conveniens*).

Esso risponde storicamente alla necessità di temperare la rigidità del criterio del *physical power*, anch'esso tipico dei sistemi di *common law*, basato sull'attribuzione della competenza giurisdizionale a un dato Stato in forza della (sola) presenza fisica della parte convenuta sul territorio dello Stato medesimo. La necessità di ridimensionare l'operatività di un siffatto criterio di attribuzione della giurisdizione, tradizionalmente annoverato tra i fori esorbitanti, si fa stringente con l'estensione dei traffici e l'accresciuta mobilità delle persone proprie dell'epoca moderna, la quale, per altro verso, richiede di estendere il potere dello Stato di affermare la propria *jurisdiction* anche in difetto della presenza fisica del convenuto sul territorio[5]. Benché la discrezionalità costituisca sempre il cuore dell'istituto e lo stesso sia oggetto di una continua elaborazione giurisprudenziale che mira a individuare criteri tali da condurre il giudizio del giudice in maniera da non creare disparità di trattamento tra le parti o da porre uno dei due contendenti in una posizione di svantaggio, vi sono rilevanti differenze tra la concezione sviluppatasi in Inghilterra e quella accolta negli Stati Uniti. In questi ultimi, il principio costituzionale del *due process* ha condotto allo sviluppo del canone del *minimum contacts* quale ga-

ranza di correttezza, *fairness*, dell'esercizio del potere del giudice nei confronti della parte convenuta.

Il potere discrezionale delle Corti inglesi di sospendere il procedimento per ragioni di giustizia è già presente nei *Judicature Acts* del 1873: si tratta di una facoltà indicata come *power to stay proceedings*, che le modifiche introdotte con il *Judicature (Consolidation) Act* del 1925, estendono ai casi in cui vi sia prova di «*vexation or oppression*» da parte dell'attore[6].

In particolare è con il caso *St Pierre v South American Stores*[7] che si delineano i criteri per la concessione dello *stay*. Il *balance of convenience*, elaborato dalle corti scozzesi, non è reputato sufficiente per ottenere lo spostamento della lite dinanzi a un altro foro per il quale, piuttosto, è reputato necessario che il convenuto richiedente tale provvedimento, provi che la prosecuzione dell'azione in Inghilterra «*would cause an injustice that was oppressive or vexatious to him, or would be an abuse of the process of court in some way*», e che lo *stay* non causerebbe un'ingiustizia all'attore.

Si tratta della regola nota come *the 1936 rule*, che rende molto difficile l'ottenimento dello spostamento della lite. È interessante ricordare che questa regola, nota anche quale *abuse of the process of the court*, comprende i casi di litispendenza, i quali costituiscono uno degli aspetti valutati per stabilire l'esistenza di un abuso da parte dell'attore perpetrata con la scelta di radicare la lite in Inghilterra[8]. È, tuttavia, il caso *The Atlantic Star* del 1973[9] che segna l'avvio dell'elaborazione della dottrina del *forum non conveniens* in Inghilterra, destinata a trovare la propria originale declinazione in due successivi pronunciamenti, il caso *MacShannon* del 1978[10] e il caso *The Abidin Daver* del 1984[11].

Con la sentenza *The Atlantic Star*, la *House of Lords* espunge la mala fede dell'attore dal concetto di

[5] In connessione con la dottrina del *forum non conveniens* si sviluppa la, così detta, *assumed jurisdiction*, concernente i casi in cui il convenuto non è sul territorio: in queste ipotesi, originariamente disciplinate nei par. 18 e 19 del *Common Law Procedure Act* del 1852 e poi nell'Order 11 delle *Rules of the Supreme Court* e oggi nelle *Civil Procedure Rules* integrate con le *Practice Direction*, l'attore deve ottenere un permesso (*permission*) da parte del giudice per notificare fuori dalla giurisdizione inglese (*service out the jurisdiction*), come previsto per esempio dalla *Rule 6.36*. Diffusamente Lupoi, *Conflitti transnazionali di giurisdizione*, cit., p. 187.

[6] A. Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law and Risk Management*, Londra, 2009 (per l'edizione qui consultata), p. 160 ss. Il leading case è *McCurry v Lewis* (1882) 21 Ch D 202, seguito nelle decisioni successive quali *Peruvian Guano v Bockwoldt and others* (1883) 23 Ch D 225; *Human v Helm* (1883) 24 Ch D 531; *Logan v Bank of Scotland* (1906) 1 Kb 141. Sul tema: N. Trocker, *Italian National Report*, in J.J. Fawcett, *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Oxford, 1995, p. 209 ss.; Mandaraka-Sheppard, *Maritime*, cit., p. 161 ss.

[7] (1936) 1 KB 382 (CA). Si vedano le osservazioni di D. McClean, *Jurisdiction and judicial discretion*, in *International Comparative Law Quarterly*, 1968, p. 939.

[8] J. J. Fawcett, *General Report*, in *Declining Jurisdiction in Private International Law*, cit. p. 3.

[9] (1973) 2 *Lloyd's Rep.*, 197, peraltro criticato da Lord Reid, (1972) *Lloyd's Rep.* 146.

[10] (1978) 1 All ER 625 (HL).

[11] (1984) 1 All ER 470.

azione oppressiva e vessatoria e indica quali elementi da valutare a tal fine l'avanzamento e la natura della causa, l'eventuale litispendenza e gli effettivi vantaggi di cui può beneficiare l'attore dalla giurisdizione inglese. Per tutti i contendenti giudiziari, Lord Denning non rinuncia a enfatizzare la qualità della giustizia delle corti inglesi, ricordando che «*No one who comes to these courts asking for justice should come in vain... This right to come here is not confined to Englishmen.*»[12].

In occasione della successiva pronuncia *McShannon*, Lord Diplock crea un test bifase per decidere sulla concessione dello *stay*, secondo il quale devono essere soddisfatte due condizioni, una positiva e l'altra negativa: a) il convenuto deve indicare alla corte l'esistenza di un altro foro giurisdizionale idoneo a offrire giustizia alle parti con minori inconvenienti o spese; b) lo *stay* non deve privare l'attore dei legittimi vantaggi personali o giuridici che l'hanno condotto a adire la giurisdizione inglese[13]. Lord Keith aggiunge che il convenuto dovrà mostrare l'esistenza a suo carico di «*very serious disadvantage*» che superano di gran lunga gli eventuali vantaggi dell'attore[14].

La valutazione comparativa delle posizioni dell'attore e del convenuto è ripresa nel caso *The Abidin Daver* nel quale, ancora Lord Diplock, nell'individuare quelle condizioni che permettono a un giudizio di procedere in Inghilterra, recupera quel «*balancing of advantage and disadvantage to plaintiff and defendant*», cioè il canone del bilanciamento già enucleato dalle corti scozzesi, affermando che l'ora è giunta di dire con franchezza che il criterio cui è pervenuta la *House of Lord* con la propria giurisprudenza «*is indistinguishable from the Scottish legal doctrine of forum non conveniens*»[15].

Nello stesso passo, Lord Diplock torna anche a porre l'accento sulla necessità che i vantaggi o gli svantaggi alla base del giudizio di bilanciamento debbano basarsi su «*objective standards supported by evidence*».

La chiave di volta di questa elaborazione è costituita dal caso *The Spiliada*[16], ancor oggi punto di riferimento per

la dottrina in questione, benché vi siano stati interventi giurisprudenziali successivi[17].

Protagonista del consolidamento e schematizzazione dei principi cardine è Lord Goff il quale: a) in via generale, Evidenzia come l'espressione *conveniens* sia da intendersi come foro «appropriato»; b) l'onere della prova che esiste un altro foro più appropriato rispetto a quello inglese, grava sul convenuto. Tuttavia, qualora l'attore intenda dimostrare che vi sono speciali circostanze per mantenere la lite dinanzi alle Corti inglesi, il relativo onere probatorio graverà su di lui; c) se la giurisdizione è fondata *as of right*, secondo la legge di Inghilterra e Galles e non vi sono altri fori naturali, sarà mantenuta la giurisdizione così stabilita; d) la considerazione dei maggiori fattori di connessione «reali e sostanziali» tra l'azione e il foro, quali quelli che riguardano profili di maggior convenienza o spese (come, per esempio, la presenza di testimoni), ma anche la legge applicabile al contratto, la residenza delle parti o il *place of business*; e) se la corte dovesse valutare in base a questi elementi che esiste un altro foro più appropriato per il processo, lo *stay* non sarebbe comunque garantito quando risulti stabilito da cogenti prove che, di fatto, l'attore non potrebbe ottenere giustizia dinanzi alla giurisdizione straniera; f) ulteriori fattori di vantaggio per l'attore, quali la possibilità di ottenere dinanzi a una certa giurisdizione un risarcimento danni più elevato, il potere della giurisdizione di concedere gli interessi, un più ampio termine di prescrizione[18].

3. Il forum non conveniens e l'ordinamento UE: la dismissione della competenza ai sensi dell'art. 15 del Reg. 2001 del 2003

La breve sintesi resa nel paragrafo che precede è sufficiente a esplicitare i profili di originalità della dottrina del *forum non conveniens* e la sua incompatibilità strutturale con le regole che presiedono all'individuazione della giurisdizione nella tradizione di *civil law*, generalmente fondata sul principio del giudice precostituito per legge, su un alto grado di prevedibilità delle norme sulla compe-

[12] (1972) 2 *Lloyd's Rep.* 446. Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law*, cit., p. 162 ss. e ivi ampi stralci delle *opinion* della pronuncia in esame.

[13] (1978) 1 All ER 625, p. 630.

[14] (1978) 1 All ER 625, p. 644 ss.

[15] (1978) 1 All ER 625, p. 476 ss.

[16] (1987) 1 AC 460 (HL).

[17] Come, per esempio, *Lubbe v Cape plc Africa and Others* (2000) 2 *Lloyd's Rep* 383 (HL) and (2000) 1 *Lloyd's Rep*, 139 (CA). Per gli sviluppi più recenti della dottrina in questione Arzander, *Forum (non) conveniens in England. Past, Present, and Future*, cit., p. 110 ss.

[18] Più diffusamente, Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law*, cit., p. 168 ss.

so «sia idoneo ad apportare un valore aggiunto reale e concreto al trattamento dello stesso, in particolare tenendo conto delle norme di procedura applicabili in detto altro Stato membro», mentre per stabilire se il trasferimento corrisponde «all'interesse superiore del minore», il giudice competente di uno Stato membro deve in particolare accertare «che tale trasferimento non rischi di ripercuotersi negativamente» sulla situazione del minore stesso. Specificamente la Corte indica anche circostanze che non devono interferire con tale processo valutativo, quali la «incidenza di un possibile trasferimento di detto caso a un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro sul diritto di libera circolazione delle persone interessate diverse dal minore interessato» e il «motivo per il quale la madre di tale minore si è avvalsa di tale diritto, prima che detto giudice fosse adito, salvo che considerazioni di questo tipo siano tali da ripercuotersi in modo negativo sulla situazione di tale minore.»

4. segue. La dismissione della competenza giurisdizionale ai sensi dell'art. 6 del Reg. 650 del 2012

A partire dal 7 agosto 2015 è entrato in vigore il [Reg. 650 del 2012](#), il quale, come noto, istituisce il certificato successorio europeo e contiene una disciplina tendenzialmente completa della materia sia sul piano della competenza giurisdizionale e della circolazione delle decisioni e degli atti pubblici, sia della legge applicabile^[25].

Il legislatore ha ben espresso nei considerando l'importanza riconosciuta alla legge applicabile *a tutta* la successione^[26], rilievo da cui è derivato un peculiare meccanismo di interrelazione tra la legge applicabile e la competenza giurisdizionale del foro dello Stato corrispondente. Questo rapporto si manifesta quando il *de cuius* ha scelto la legge applicabile alla successione, circostanza a cui è collegata la possibilità di una investitura del relativo foro a seguito di un meccanismo valutativo svolto dal giudice di un diverso Stato membro preventivamente adito. Il regolamento localizza il foro generale nella residenza abituale del defunto al momento della sua morte ([art. 4](#)),

previsione alla quale affianca una serie di casi in cui tale titolo di collegamento variamente cede.

Una di queste ipotesi è prevista dall'[art. 6, lett. a](#)), il quale, limitatamente alle successioni in cui il testatore ha scelto la legge applicabile alla propria successione, prevede la facoltà del giudice adito ai sensi dell'[art. 4](#) (ma anche ai sensi dell'[art. 10](#)), su richiesta di una delle parti del procedimento «di dichiarare la propria incompetenza se ritiene che gli organi giurisdizionali dello Stato membro della legge scelta siano più adatti a decidere sulla successione tenuto conto delle circostanze pratiche di quest'ultima, quali la residenza abituale delle parti e il luogo in cui sono situati i beni». Il successivo [art. 7, lett. a](#)) completa il meccanismo della traslazione del giudizio, sancendo la competenza giurisdizionale dello Stato membro la cui legge sia stata scelta dal defunto «se un organo giurisdizionale preventivamente adito ha dichiarato la propria incompetenza nella stessa causa ai sensi dell'articolo 6».

Si osservi che l'unica legge che il testatore può scegliere è, ai sensi dell'[art. 22](#), quella della sua cittadinanza. Ne deriva che il meccanismo di spostamento della lite previsto dall'[art. 6, lett. a](#)), è destinato a operare soltanto quando tale legge appartenga a quella di uno Stato dell'Unione e non anche quando la legge sia quella di uno Stato *extra* Ue: il regolamento sancisce, infatti, all'[art. 20](#), l'universalità della legge applicabile alla successione, consentendo la scelta della legge corrispondente alla cittadinanza anche quando essa appartenga a uno Stato terzo, mentre la competenza giurisdizionale, non avendo pari applicabilità universale, resta subordinata alla residenza del *de cuius* entro uno Stato membro, salva l'applicabilità del *forum necessitatis* di cui all'[art. 11](#).

Come poco sopra osservato, l'[art. 6, lett. a](#)), conferisce al giudice adito il *potere* di ritenere più adatto a decidere il giudice dello Stato membro della *lex successionis*, ma la coincidenza tra foro e legge non costituisce l'unico aspetto da soppesare, dovendo trovare valutazione anche la residenza delle parti e il luogo in cui si trovano i beni. La

[25] Sul [Reg. 650 del 2012](#) tra i molti contributi: L. Baroni, *La regolamentazione europea della circolazione delle "decisioni" e degli "atti pubblici" in materia successoria e il Certificato successorio europeo come strumenti di attuazione transnazionale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1, 2017, p. 37 ss.; M. Castellaneta, C. Ilicini, *Commissione Europea. Successioni, Osservatorio internazionale e comunitario*, in *Notariato*, 2017, p. 697; Z. Crespi Reghizzi, *Succession and property rights in EU Regulation No. 650/2012*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2017, p. 63 ss.; S. Patti, *Il certificato successorio europeo nell'ordinamento italiano*, in *Famiglia, Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa*, n. 1-2, 2016, pp. 9-19; I. Riva, *Internazionalità della successione e certificato successorio europeo*, in *Studium Iuris*, n. 12, 2016, p. 1476.

[26] La non parcellizzazione della legge applicabile alla successione è stata già confermata da Corte. giust., [12 ottobre 2017, Kubicka, C-218/16](#), EU:C:2017:755 e da C. giust., [21 giugno 2018, Oberle, C-20/17](#), ECLI:EU:C:2018:485.

disposizione non precisa il grado di rilevanza che questi ultimi elementi assumono rispetto al criterio legge-foro nella valutazione svolta dal giudice *a quo*, mentre il tenore dell'[art. 7, lett. a\)](#), consente di ritenere che per radi-

care la competenza dinanzi il giudice *ad quem* (pur sempre appartenente a uno Stato membro), sia sufficiente la declaratoria di incompetenza del giudice preventivamente adito^[27].

^[27] In senso sostanzialmente conforme al testo A. Bonomi, P. Wautelet, *Il regolamento europeo sulle successioni*, Milano, 2015, p. 144; A. Davì, a. Zanobetti, *Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea*, in *Cuadernos de Dereco Transnacional*, 2013, p. 117.

Le Pagine de



L'AULA CIVILE

Visita l'Aula Civile on line: www.aulacivile.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

Michele Angelo Lupoi

Avvocato del Foro di Bologna, si occupa di diritto civile, diritto di famiglia e controversie transnazionali. È professore associato di diritto processuale civile dell'Università di Bologna, insegna Diritto processuale civile e Diritto fallimentare. È coordinatore del Corso di studi magistrale della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Campus di Ravenna. Ha partecipato a numerosi convegni e seminari in Italia e all'estero in qualità di relatore. Fa parte del Comitato di redazione della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, è editor dell'International Journal of Procedural Law. Ha pubblicato articoli, saggi e volumi in materia di diritto di famiglia, diritto fallimentare, diritto processuale civile, diritto processuale internazionale.

Alessio Antonelli

È Senior Associate dello Studio Legale Lipani Catricalà & Partners, con sedi a Roma e Milano.

Si occupa di diritto civile, commerciale, societario, tributario, amministrativo e del lavoro.

Membro del Centro Studi istituito all'interno dello Studio, è altresì relatore nell'ambito del ciclo di eventi formativi organizzati annualmente dallo Studio Legale Lipani Catricalà & Partners, accreditati presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

Stefano Barbiani

È collaboratore delle cattedre di Diritto Processuale Civile, Diritto Fallimentare e Diritto Processuale Generale e dell'Ordinamento Giudiziario nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna.

Avvocato civilista del Foro di Rimini è patrocinante in Cassazione e Magistrature Superiori.

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

Roberto Bonatti

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

Angela Maria Felicetti

Dottoranda in Diritto Processuale Civile presso l'Università di Bologna e LL.M. in International Dispute Resolution presso il King's College di Londra.

Elisa Giardini

Laureata cum laude in giurisprudenza presso l'Alma Mater Studiorum – Università degli Studi di Bologna, con una tesi dal titolo "Legislazione ordinaria e statuto della con-

vivenza", è avvocato iscritto presso l'Albo degli Avvocati di Ravenna.

Ha conseguito un Master Universitario di 1° Livello in "Diritto dell'Ambiente – La gestione dell'ambiente" a.a. 2008/2009 presso Università Ca' Foscari di Venezia, Dipartimento di Scienze Giuridiche, con elaborato finale dal titolo: "L'art. 137 c. 5 e 6 del Codice dell'Ambiente: superamento valori – limite tabellari tra sanzione amministrativa e sanzione penale".

Michele Angelo Lupoi

È professore associato di diritto processuale civile presso l'Università di Bologna e avvocato civilista del foro di Bologna. Vanta molte pubblicazioni in materia di diritto processuale di famiglia, contenzioso transfrontaliero, procedimenti sommari.

Maria Rosaria Manselli

Avvocato, svolge la sua attività nei settori del contenzioso civile con particolare riferimento alla materia successoria, condominiale e dei diritti reali, diritto bancario, con approfondimento specifico delle tematiche afferenti il processo esecutivo.

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 e 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

Laureata in giurisprudenza con 110 e lode, con una tesi in Diritto Processuale civile dal titolo "Il potere del giudice di interpretazione della domanda giudiziale", risultata vincitrice del premio per la miglior tesi in Diritto processuale civile, conferito dalla Fondazione Internazionale per la famiglia Fracassi e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma Tre.

Attualmente svolge la pratica forense a Roma ed è tirocinante ex art. 73 l. 69/2013 presso la Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Roma.

Collabora con diverse riviste giuridiche occupandosi prevalentemente di Diritto civile e Diritto processuale civile.

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.

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.

Caterina Silvestri

È professore associato alla Scuola di Giurisprudenza di Firenze, settore scientifico-disciplinare Diritto processuale civile, dove insegna Sistemi processuali e tutela dei diritti, Teoria generale del processo e Diritto processuale civile europeo. È avvocato civilista dal 1993.

Elisabetta Silvestri

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

Carlo Vellani

È professore associato, titolare dei corsi di Diritto processuale civile e Diritto processuale del lavoro, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Fa parte del Comitato di redazione di questa Rivista.

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.