

Anno VIII (2019)
Settembre – Dicembre
Fascicolo 3

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI



DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO SCIENTIFICO

Enrico Al Mureden, Paola Bilancia, Vincenzo Franceschelli, Francesco Antonio Genovese, Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Daniela Memmo, Gabriele Racugno, Carlo Rimini, Laura Salvaneschi, Giuseppe Sbisà, Maria Cristina Vanz

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

Érico Andrade, Laura Baccaglini, Francesca Benatti, Maria Novella Bugetti, Elena Depetris, Vittorio De Sensi, Beatrice Ficarelli, Alessio Filippo Di Girolamo, Mariangela Ferrari, Elena Gabellini, Albert Henke, Michela Bailo Leucari, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Leonardo Netto Parentoni, Giacomo Pirotta, Stefano Pellegatta, Valentina Piccinini, Vincenzo Ruggiero, Alberto Villa, Michelle Vanzetti, Diego Volpino, Martino Zulberti

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

Laura Baccaglini, Francesca Benatti, Federico Ferraris, Giusella Finocchiaro, Lucio Imberti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muroi, Giacomo Pongelli, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Michelle Vanzetti, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Livia Marcinkiewicz

PROCEDURA DI REFERAGGIO

I contributi pubblicati nella Rivista sono sottoposti ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione da parte di due membri del Comitato per la Valutazione Scientifica.

I contributi sono sottoposti in forma anonima al revisore, il quale entro quindici giorni comunica se il contributo è meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione o se è meritevole subordinatamente a modifiche. Nel primo caso il revisore non esprime alcuna motivazione, nel secondo fornisce le ragioni ostative alla pubblicazione, nel terzo indica le modifiche che ritiene necessarie affinché il contributo possa essere pubblicato.

In caso di parere negativo dei Revisori il contributo non verrà pubblicato.

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (VIII) 2019 – N. 3 – Settembre - Dicembre

ARTICOLI

- BRUNO INZITARI, *Misure per il sostegno del sistema creditizio del Mezzogiorno, d.l. 16 dicembre 2019, n. 142: Banca Popolare di Bari e disciplina degli aiuti di Stato* 313
- GIUSEPPE BOZZA, *Protezione del patrimonio negli accordi e nei concordati nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza d. lgs. 12 gennaio 2014, n. 14*..... 320
- BEATRICE FICCARELLI, *I poteri del giudice di accertamento e di indagine sui redditi dei coniugi nei procedimenti familiari ed i limiti imposti dall'ordinamento: il problema dell'esibizione documentale* 368
- MICHELLE VANZETTI, *Sezioni specializzate in materia di impresa e sezioni ordinarie: la sospensione scongiurata*..... 384
- MARTINO ZULBERTI, *Novità in tema di accertamento del passivo nella liquidazione giudiziale: riflessioni a prima lettura*..... 401
- LAURA DURELLO, *Appunti sulla regola dell'onere della prova nel diritto processuale civile inglese* 420
- JACOPO INVERNIZZI, *Rivisitazioni in tema di managerialità del giudice civile. Per una configurazione tentata del fenomeno anche in prospettiva italiana* 444

DIBATTITI

- MARCELLO MINENNA, *Il sistema finanziario del futuro: a chi servono le valute digitali di Stato?*..... 465

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a sentenza

RAFFAELLA MURONI, <i>Nel caso Parmalat-Citibank la Cassazione ridimensiona la vis attrattiva del tribunale fallimentare italiano nell'accertamento di crediti concorsuali soggetti a giurisdizione straniera</i>	478
MARIANGELA FERRARI, <i>Le Sezioni Unite alla ricerca del bilanciamento fra l'interesse del minore straniero e la sicurezza nazionale</i>	507
RITA MARUFFI, <i>Brevi osservazioni su acquisto di bene ipotecato e prescrizione</i>	530
ALESSIO FILIPPO DI GIROLAMO, <i>I limiti oggettivi della convenzione di arbitrato (anche per arbitrato irrituale) con riferimento alle controversie di natura extracontrattuale</i>	539

Sez. II – Osservatorio

<i>Sull'applicabilità dell'art. 614-bis c.p.c. in appello, Corte di cassazione, Sez. I, 9 dicembre 2019, n. 32023</i>	565
<i>La rappresentanza in giudizio dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione, Corte di cassazione, Sez. Un., 19 novembre 2019, n. 30008</i> ..	567
<i>La Cassazione si pronuncia ancora sulla non ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di esecuzione provvisoria del provvedimento monitorio, Corte di cassazione, Sez. VI, ord. 3 ottobre 2019, n. 24658</i>	569
<i>Sulla reclamabilità del provvedimento di diniego di consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c., Corte di cassazione, Sez. III, 26 settembre 2019, n. 23976</i>	571
<i>Responsabilità aggravata e abuso del processo, Corte di cassazione, Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22405</i>	573
<i>Pubblicazione di immagini di minori sui social network e poteri del giudice civile: Tribunale di Ravenna, 15 ottobre 2019, n. 1038</i> ..	575
<i>Confisca per equivalente ed amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, Tribunale di Potenza, decr. 18 aprile 2019</i>	578
<i>Il diritto degli affari, n. 3/19</i>	312

SEGNALAZIONI

- Flavia Marisi, *Enviromental Interests in Investment Arbitration. Challanges and Directions*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019 (Martino Zulberti)..... 580

MATERIALI

Sez. I – Legislazione e prassi

- Regole tecniche in materia di procedure e metodologia di analisi e valutazione del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, di controlli interni, di adeguata verifica, anche semplificata, della clientela e di conservazione..... 583

Sez. II – Giurisprudenza

- Liquidazione coatta amministrativa bancaria – domande – anche di non condanna – improcedibilità: Tribunale di Vicenza, 30 aprile 2019, n. 951..... 584
- Liquidazione coatta amministrativa bancaria – domande di accertamento e costitutive – improcedibilità: Tribunale di Vicenza, 9 maggio 2019, n. 1066..... 584
- Litisconsorzio necessario – procedimento arbitrale – possibilità per gli arbitri di decidere nel merito a litisconsorzio non integro – sussistenza Corte d’Appello di Campobasso, 7 novembre 2019, n. 367..... 583
- Lodo rituale – pretermissione di un litisconsorte – nullità del lodo – insussistenza: Corte d’Appello di Campobasso, 7 novembre 2019, n. 367..... 583
- Lodo rituale – litisconsorzio necessario – onere di sollevare l’eccezione nella prima difesa – sussistenza: Corte d’Appello di Campobasso, 7 novembre 2019, n. 367 583
- Sequestro preventivo ai fini di confisca – curatore fallimentare – legittimazione alla revoca del sequestro ed all’impugnazione

dei provvedimenti cautelari – sussistenza – momento di
apposizione del vincolo penale rispetto alla dichiarazione di
fallimento – rilevanza – esclusione: Corte di cassazione, Sez. Un.
penali, 13 novembre 2019, n. 45936 583

**MISURE PER IL SOSTEGNO DEL SISTEMA CREDITIZIO
DEL MEZZOGIORNO, D.L. 16 DICEMBRE 2019, N. 142:
BANCA POPOLARE DI BARI E DISCIPLINA DEGLI AIUTI DI STATO**

BRUNO INZITARI

Professore nell'Università Bocconi

e già professore ordinario nell'Università Milano-Bicocca

Con decisione del 13 dicembre 2019 la Banca d'Italia ha disposto lo scioglimento degli organi di amministrazione e controllo della Banca Popolare di Bari (BPB) e la sottoposizione della stessa alla procedura di amministrazione straordinaria, ai sensi degli artt. 70 e 98 TUB.

Le ragioni risiedono nelle perdite patrimoniali conseguenti al graduale peggioramento del portafoglio creditizio che, unito alla progressiva stasi operativa, hanno portato ad una perdita consolidata valutata, alla chiusura dell'esercizio 2018, di euro 460 milioni. Nello stesso tempo il manifestarsi di forti conflittualità all'interno dell'organo amministrativo ha determinato lo stallo istituzionale, mentre i coefficienti patrimoniali hanno subito ulteriori diminuzioni sino ad attestarsi al di sotto della riserva di conservazione del capitale. Procedure sanzionatorie sono state comminate nel corso dei diversi esercizi da Consob e Banca d'Italia, la quale nel giugno del 2019 ha sanzionato le carenze del processo creditizio.

In questo contesto le possibilità di risolvere la crisi della BPB attraverso *aggregazioni*¹, è stata ritenuta (almeno allo stato) non percorribile per il livello di onerosità che sarebbe derivato dalla acquisizione della banca in qualunque forma effettuata.

La liquidazione, d'altro canto, avrebbe colpito integralmente i creditori chirografari ed i depositi eccedenti 100.000 euro non riconducibili a famiglie e piccole imprese, con il rischio di pregiudicare, in quota parte, anche quelli superiori a 100.000 euro facenti capo a questi ultimi soggetti.

Sul Fondo interbancario di tutela dei depositi (FITD) sarebbe ricaduto l'onere dei rimborsi ai depositanti per 4,5 miliardi, somma eccedente la dotazione finanziaria di 1,7 miliardi e conseguentemente il FITD sarebbe

¹A differenza della quasi totalità delle banche popolari, la BPB non ha effettuato la trasformazione in società per azioni, con conseguente maggiore difficoltà alla raccolta di capitale di rischio, ostacolata dallo status di società cooperativa e dal principio del voto capitaro. Sulla riforma del settore delle banche popolari, d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, v. B. INZITARI, *La misura precauzionale della limitazione del rimborso della quota nella trasformazione delle banche popolari*, in *Riv. dir. comm.* 2018, I, 385

stato costretto ad attivare integralmente il finanziamento di 2,75 miliardi sottoscritto nell'agosto 2019 con un *pool* di banche e finalizzato a fornire prontamente le risorse per i rimborsi. Per la restituzione di tale finanziamento sarebbero state quindi necessarie ulteriori contribuzioni a carico del sistema bancario con conseguenti significative perdite per il sistema.

A ciò si sarebbero aggiunte le conseguenze del blocco della operatività con pregiudizio per la continuità di finanziamento delle famiglie e delle imprese, con impatto sul territorio e sull'occupazione dei circa 2.700 dipendenti, in un contesto di debolezza della economia locale, con rischio di contagio per altre piccole banche locali, che avrebbero visto incrinata la fiducia dei depositanti.

In una siffatta situazione, la misura adottata della amministrazione straordinaria consente l'integrale sostituzione della *governance*, che passa agli organi della procedura ed in particolare ai commissari straordinari nominati dalla Banca d'Italia, i quali sotto il controllo di quest'ultima, assolvono al compito di accertare e rimuovere le irregolarità per restituire la banca o l'azienda o parti di essa al mercato.

Si tratta di un intervento che evita o comunque argina i rischi di una brusca rottura della continuità aziendale, consente, nell'interesse dei clienti e dei terzi, la prosecuzione della attività secondo criteri di normalità, rende possibile approfondire la verifica dello stato patrimoniale e delle componenti contabili della banca, in un contesto di indipendenza e professionalità non condizionato dalla precedente gestione, consente, in applicazione dell'art. 75, secondo comma, TUB (come già è avvenuto per BANCA CARIGE), la non pubblicazione del bilancio 2019, in quanto l'intero periodo della procedura di amministrazione straordinaria viene rappresentato da un unico bilancio alla chiusura della procedura stessa.

La Banca d'Italia ha così adottato, al tempo stesso, una misura idonea a costituire la prima indispensabile fase di un processo di *risanamento* oppure alla più efficiente conservazione del patrimonio, dei valori di funzionamento per la migliore allocazione dell'azienda o delle sue componenti, attraverso una ordinata liquidazione o efficiente risoluzione.

Al provvedimento di amministrazione straordinaria, ha fatto seguito, in data immediatamente successiva, il Decreto legge 16 dicembre 2019, n. 142, *Misure urgenti per il sostegno al sistema creditizio del Mezzogiorno e per la realizzazione di una banca d'investimento*, volto a consentire il potenziamento delle capacità patrimoniali e finanziarie della Banca del Mezzogiorno - Mediocredito Centrale (MCC), fino ad un massimo di 900 milioni di euro.

Come dichiarato nel Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 18 del 15 dicembre 2019, sulla base del Decreto adottato verrà disposto un

aumento di capitale che consentirà a MCC, insieme al FIDT ed ad altri eventuali investitori, di partecipare al rilancio di BPB. A tal fine, continua il Comunicato, gli amministratori straordinari della BPB proseguono le negoziazioni con il MCC ed il FIDT per la stipula di un *Accordo Quadro* contenente le linee strategiche del piano industriale per il rilancio della banca, il recupero dell'equilibrio economico e patrimoniale e l'assunzione da parte di essa di un ruolo centrale nel finanziamento dell'economia del Mezzogiorno.

Pur essendo il d.l. n. 142/2019 coevo al provvedimento di amministrazione straordinaria della BPB, il collegamento è solo prospettico e basato sul carattere funzionale della ricapitalizzazione di MCC alla promozione e sostegno del Mezzogiorno, anche attraverso la realizzazione di una banca di investimento.

Il d.l. n. 142/2019 individua le linee operative dell'intervento di sostegno del sistema creditizio nel Mezzogiorno ma non contiene alcun riferimento alla BPB coerentemente con la struttura del provvedimento.

Il primo comma dell'art. 1, che comprende nella sostanza l'intera disciplina della misura urgente per il sostegno del sistema creditizio del Mezzogiorno, tratteggia le linee di un possibile intervento dello Stato, prevedendo che con uno o più decreti siano assegnati ad Invitalia-Agenzia nazionale per l'attrazione e lo sviluppo d'impresa s.p.a., di proprietà del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), finanziamenti per un importo massimo di 900 milioni di euro finalizzati al rafforzamento patrimoniale di MCC.

Tale provvista è destinata a consentire a MCC la promozione, secondo logiche, criteri e condizioni di mercato, di attività finanziarie e di investimento, anche a sostegno del Mezzogiorno nonché l'acquisizione - nell'ambito della suddetta attività di promozione e sostegno al sistema del Mezzogiorno - di partecipazioni al capitale di società bancarie o società finanziarie *nella prospettiva di ulteriori possibili operazioni di razionalizzazione delle stesse.*

Il passaggio successivo è contenuto al secondo comma dell'art. 1, con la previsione che, a seguito delle operazioni realizzate da MCC, venga disposta, con decreto ministeriale del MEF, la scissione dello stesso MCC e la costituzione di una nuova società, alle quale verranno *assegnate le attività e partecipazioni acquisite ai sensi del comma 1* e che le azioni rappresentative dell'intero capitale sociale della società così costituita vengano attribuite senza corrispettivo al Ministero della economia e delle finanze.

Come detto, secondo quanto dichiarato nel Comunicato stampa del 15 dicembre, il d.l. n. 142/2019, attraverso la disposta ricapitalizzazione, dovrebbe consentire a MCC di partecipare al piano di rilancio di BPB,

secondo una strategia in corso di definizione con gli stessi commissari di BPB e del FIDT.

Allo stato la BPB, sulla base dei provvedimenti già adottati, può ragionevolmente vedere conseguita la prima fase di messa in sicurezza basato su diversi ed anche eterogenei elementi: a) radicale cambiamento della *governance*; b) applicazione della amministrazione straordinaria per la salvaguardia dei rapporti in corso, della raccolta, dei depositanti, dei rapporti di finanziamento alle famiglie ed alle imprese; c) ricorso ad operazioni di sostegno della liquidità anche attraverso il FIDT; d) dotazione di MCC delle risorse necessarie a realizzare una banca d'investimento che coinvolga (anche) BPB.

Si noti che per agevolare la soluzione delle rilevanti criticità presenti nel Mezzogiorno, erano stati introdotti di recente nuovi incentivi fiscali applicabili a società aventi la sede nelle regioni meridionali. Il decreto legge 30 aprile 2019 n. 34 nel caso di aggregazioni di società con sede legale, alla data del 1° gennaio 2019, nelle regioni del Sud: Campania, Puglia, Basilicata, Molise, Calabria, Sicilia e Sardegna, ha previsto all'art. 44 bis, un regime fiscale agevolato per la fusione, scissione o conferimento di azienda o di rami di azienda. Queste sono considerate operazioni agevolabili, che godono del beneficio della trasformazione delle attività per imposte anticipate (DTA) in crediti di imposta. I connessi profili di compatibilità con la disciplina dell'Unione in materia di aiuti di Stato sono tuttavia tuttora al vaglio della Commissione Europea.

A questo riguardo, non solo in relazione alla tematica degli incentivi fiscali già disposti con il Decreto Crescita ma più in generale in relazione alle possibili modalità di attuazione dell'intervento di sostegno del MCC a favore della BPB, va tenuto presente che la Comunicazione sugli aiuti di Stato del 30.7.2013 condiziona l'aiuto pubblico al rispetto del principio secondo cui: le misure di ricapitalizzazione o di tutela degli attivi necessitano dell'autorizzazione preliminare da parte della Commissione Europea di un piano di ristrutturazione; azionisti e creditori subordinati sono tenuti a condividere gli oneri della crisi prima di qualsiasi erogazione di danaro pubblico (*burden sharing*); severe politiche di remunerazioni debbono essere applicate agli organi apicali.

Lo Stato membro che intende ricorrere al sostegno finanziario pubblico deve notificare un piano di ristrutturazione alla Commissione e ottenerne l'approvazione prima di attuare qualsiasi misura di ricapitalizzazione o di

sostegno delle attività deteriorate. Gli Stati membri sono inoltre invitati ad avviare contatti con la Commissione prima della notifica².

Il d.l. n. 142/2019 non contiene riferimenti ai principi dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, né la relazione illustrativa al Disegno di legge per la conversione in legge, né il relativo comunicato stampa contengono indicazioni al riguardo o specificano l'avvio di interlocuzioni con la Commissione Europea.

Il decreto legge n. 142/2019 si limita a stabilire all'art. 2 la corresponsione delle risorse dello Stato e le modalità di prelievo delle stesse. L'attuazione delle misure per il sostegno del sistema creditizio del Mezzogiorno è poi affidata a successivi decreti ministeriali, i quali, sembra potersi dedurre, in deroga alla disciplina di diritto comune, regoleranno la corresponsione delle risorse, le trasformazioni societarie, l'attribuzione senza corrispettivo delle azioni al Ministero delle finanze.

La natura straordinaria dell'operazione trova evidente e significativa conferma nella espressa esclusione, prevista al terzo comma dell'art. 1, della applicazione alla società che risulterà all'esito dell'intera operazione, del D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*. Dal che sembra potersi desumere che l'assunzione da parte dello Stato della titolarità delle azioni della società che risulterà dall'operazione non corrisponda alle finalità o ai principi che sovrintendono la partecipazione pubblica.

Le modalità con le quali verranno ad essere attuate, attraverso il MCC ed il FIDT, gli interventi di sostegno di BPB non potranno non essere influenzate da precedenti esperienze, caratterizzate da una disciplina fortemente analitica, in grado di chiamare gli organi della procedura sostanzialmente nel ruolo di commissari *ad acta* nella esecuzione di determinate e specifiche previsioni.

Ci si riferisce alle diverse esperienze che hanno caratterizzato gli ultimi quattro anni con modalità anche profondamente diverse quali: *a*) la risoluzione delle *quattro banche* (Etruria, Ferrara, Chieti, Marche) del 2015, scaturita dalla applicazione del D. Lgs. 16 novembre 2015, n. 180, che costituisce la più articolata e sistematica disciplina della crisi bancaria in applicazione della direttiva 2014/59/UE, allora appena entrato in vigore³; *b*) gli interventi di rafforzamento patrimoniale di MPS-Monte dei Paschi di

² Cfr. B. INZITARI, *Crediti deteriorati (NPL), aiuti di Stato nella BRRD e nella comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della Commissione Europea*, in *Banca, borsa, tit. cred.* 2016, p. 642

³ Cfr. B. INZITARI, *BRRD, BAIL IN, Risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (D. LGS. 180 del 2015, in Dir. fall , 2016, p. 629.*

Siena, previsti dal decreto legge n. 237 del 2016 con misure di ricapitalizzazione precauzionale adottate sulla base di un programma di rafforzamento patrimoniale sottoposto alla Autorità di vigilanza europea; c) il decreto legge n. 99/2017, che ha regolato analiticamente le misure volte ad assicurare la continuità del sostegno del credito alle famiglie ed alle imprese, consentendo, nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa disposta per la Banca Popolare di Vicenza e di Veneto Banca, la vendita di parte delle attività all'acquirente Intesa San Paolo con il trasferimento del relativo personale; d) e da ultimo il decreto legge n. 1 del 2019, che ha introdotto misure di sostegno pubblico in favore della Banca CARIGE già posta in amministrazione straordinaria, attraverso la garanzia sulle passività di nuova emissione e sui finanziamenti ELA, *emergency liquidity assistance*, necessari per fronteggiare gravi crisi di liquidità al fine di consentire il recente aumento di capitale a seguito del quale azionista di controllo è divenuto il FIDT, mentre il secondo azionista è risultato CCB con il 9%.

Come detto le fasi successive sono soltanto delineate nel d.l. n. 142/2019 e dovranno essere ulteriormente sviluppate per definire la dotazione di risorse ma anche per misurarne la compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato.

L'intervento di MCC in BPB potrà trovare ragione, contemporaneamente, sulla insostenibilità di uno scenario di liquidazione, tenuto conto delle difficili condizioni economiche dell'area di insediamento nonché sulla impossibilità della cessione del complesso aziendale nell'attuale mercato caratterizzato dalla carenza di controparti disponibili.

In tale contesto eventuali profili di criticità, in relazione alle valutazioni della Commissione Europea, potrebbero essere evocati, come già avvenuto in occasione della citata previsione nel c.d. decreto crescita, in materia di trasformazione delle DTA in crediti d'imposta.

Nello stesso tempo va tenuto conto che la ricapitalizzazione avvenuta in Germania e autorizzata da ultimo dalla Commissione Europea della NORD/LB, effettuata dai principali azionisti pubblici (i due *Land Niedersachsen* e *Sachsen Anhalt*) e da casse locali con risorse pubbliche, non potrà che valere come precedente, anche se in quel caso alla ricapitalizzazione hanno provveduto gli stessi soci, i quali peraltro avevano natura di soggetti pubblici.

In relazione ad una banca *less significant*, quale la BPB, potrà anche essere fatta valere la natura necessitata delle misure di sostegno che verranno disposte all'interno di un piano, che prevede la partecipazione del FIDT e probabilmente anche di altri soggetti e che ha, nello stesso tempo, la finalità di restituire la banca al mercato, auspicabilmente all'interno di un

processo di consolidamento con altre realtà bancarie del Sud, e di favorire la ripresa del credito in una area geografica depressa come il Mezzogiorno.

Abstract

Nel dicembre 2019 la Banca d'Italia ha posto la Banca Popolare di Bari in amministrazione straordinaria.

Questa misura di gestione della crisi assicura il cambiamento della struttura di *governance* dell'ente, la continuità delle funzioni essenziali, evita effetti negativi sulla stabilità finanziaria, protegge i depositanti, gli investitori, i fondi e le attività dei clienti coperti e rimuove le irregolarità al fine di ricollocare l'ente sul mercato.

Il contestuale il d.l. n. 142/2019 prevede di iniettare fino a 900 milioni di euro nella Banca del Mezzogiorno-Mediocredito Centrale, o MCC, affinché essa prenda parte alla ristrutturazione e al rilancio dell'economia dell'intero Sud.

Secondo il d.l. n. 142/2019, che non fa menzione esplicita della Popolare di Bari, così rafforzato, MCC avrà il compito di sviluppare finanziamenti e investimenti nel sud Italia seguendo i criteri di mercato.

In December 2019 the Bank of Italy put Banca Popolare di Bari under special administration.

That crisis management measure ensure the change of the governance structure of the institution e the continuity of critical functions, avoid adverse effects on financial stability, protect covered depositors, investors, client funds and client assets, remove irregularities in order to put back the institution on the market.

The contextual d.l. n. 142/2019 plan to inject as much as 900 million euros into state-owned entity Banca del Mezzogiorno-Mediocredito Centrale, or MCC, for it to take part in the restructuring and revitalization of the economy of the entire South.

According to the legislative decree n. 142/2019, which makes no explicit mention of the Banca Popolare di Bari, thus strengthened MCC will have the task of developing financing and investments in southern Italy following market criteria.

**PROTEZIONE DEL PATRIMONIO NEGLI ACCORDI E NEI
CONCORDATI NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E
DELL'INSOLVENZA D.LGS. N. 12 GENNAIO 2019, N. 14**

GIUSEPPE BOZZA

Già Presidente del Tribunale di Vicenza

SOMMARIO: 1. Le misure protettive e cautelari nell'attuale sistema. – 2. Le misure protettive e cautelari nel CCI. Principi generali. – 3. Le misure cautelari. Il primo comma dell'art. 54. – 4. Le misure protettive. – 4.1. Il secondo comma dell'art. 54. – 4.2. Il quinto comma dell'art. 54. – 4.3. Il sesto comma dell'art. 54. – 4.4. L'ultimo comma dell'art. 54. – 5. Il procedimento. – 5.1. Principi generali. Il primo e l'ultimo comma dell'art. 55. – 5.2. La concessione delle misure cautelari. Art. 55 comma. – 5.3. Le misure protettive. Il terzo comma dell'art. 55. – 6. La revoca di cui al quarto comma dell'art. 55. – 7. Le ipoteche giudiziarie iscritte di recente.

1. – Gli effetti protettivi del patrimonio del debitore che accede al concordato, sia esso con riserva che pieno, ed anche alla ristrutturazione dei debiti derivano da varie disposizioni, tra le quali vanno comprese la normativa richiamata dall'art. 169 e la disciplina collegata all'introduzione del concordato con riserva e di continuità, ma l'effetto protettivo principale è quello che discende dall'art. 168.

Tale norma dispone al primo comma che “Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore”.

Questo effetto protettivo per il patrimonio del debitore scatta sia che il debitore chieda il termine di cui al sesto comma dell'art. 161 che un concordato pieno perché, per un verso, la norma di cui all'art. 168, nel parlare di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese non distingue tra ricorso col quale si chiede la concessione di un termine per presentare la proposta, il piano e la documentazione e quello con cui si propone un concordato ai creditori, e, per altro verso, il concordato con riserva è, ad ogni effetto, parte integrante della procedura di concordato preventivo, che inizia, come emerge dal tenore letterale dell'art. 161, comma 6, l.fall., con la presentazione del “ricorso contenente la domanda di concordato”, ma non

anche la proposta, il piano e altra documentazione. E non potrebbe che essere così perché questo effetto- finora ritenuto tipico della concorsualità che non consente, a tutela dell'interesse comune da perseguire, che ciascun creditore possa conservare l'iniziativa di agire sui beni del debitore- costituisce la ragion d'essere della previsione legislativa dell'anticipazione della domanda di concordato, la cui finalità è proprio quella di impedire, attraverso l'*automatic stay*, la disgregazione del patrimonio del debitore in attesa che questi predisponga la proposta, il piano e raccolga la documentazione necessaria.

Sia nel preconcordato che nel concordato pieno, quindi, vige il divieto delle azioni esecutive; in entrambi i concordati il divieto incomincia a decorrere dalla pubblicazione del ricorso che contiene la domanda nel registro delle imprese (e non più dalla data di presentazione) senza necessità di una specifica richiesta di parte; in entrambi il divieto ora colpisce, oltre alle azioni esecutive, anche le azioni cautelari, in conformità a quanto era già previsto nel fallimento dall'art. 51 e nella ristrutturazione dei debiti dall'art. 182-bis, con la conseguenza di impedire non solo l'esecuzione ma anche la proposizione della misura cautelare; in entrambi il divieto coinvolge anche l'acquisto di diritti di prelazione, in modo da attuare un *automatic stay* completo, allo scopo di cristallizzare la garanzia patrimoniale del debitore e assicurare la realizzazione del piano futuro o già presentato.

Stando al dato letterale della norma di cui all'art. 168, il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive nel concordato dovrebbe cessare nel momento in cui diventa definitivo il decreto di omologazione, ma, pur nel contrasto di opinioni vigenti, si può considerare prevalente l'opinione che l'esercizio delle azioni esecutive da parte dei creditori anteriori alla procedura non è realizzabile fino all'esecuzione del concordato, giacché, in ipotesi di concordato liquidatorio, il patrimonio del debitore non può essere aggredito essendo destinato alla vendita e nel concordato con continuità i creditori sono tenuti, per effetto dell'omologazione, ad accertare i tempi e le modalità di soddisfacimento previste dal piano¹.

¹ S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali* diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, IV Torino, 2014, 307; M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio – B. Sassani, IV, Milano, 2016, 625; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, III, Milano, 2016, 3397; M. MONTANARI, *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 457; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, Milano, 2015, 328, nt. 2; M. SANDULLI - G. D'ATTORRE, *Manuale delle procedure concorsuali*, Torino, 2016, 236; nt. 29. In giurisprudenza, Trib. Prato 25 luglio 2018, in *Materiali corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare"*, Firenze 27/2-14/3/2019, vol. II, 267; Trib. Milano, 17 dicembre 2012, in www.ilfallimentarista.it; *contra*: Trib. Reggio

Analogo sistema vige nella ristrutturazione dei debiti, ove il terzo comma dell'art. 182-*bis* pone il divieto automatico, a far data dalla pubblicazione dell'accordo, di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari e di acquisire titoli di prelazione se non concordati, ma li limita a sessanta giorni e non indica la sanzione per il caso dell'inosservanza. Anche qui tale divieto può essere anticipato nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo qualora l'imprenditore ne faccia richiesta seguendo la procedura, abbastanza farragিনosa, di cui al sesto comma dell'art. 182-*bis*, posto che la pubblicazione della relativa istanza determina il prodursi di tali effetti; il tribunale, a norma del settimo comma dell'art. 182-*bis*, effettuate le necessarie verifiche, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e acquisire prelazione nei successivi sessanta giorni, entro i quali va depositato l'accordo definitivo corredato della relazione redatta dal professionista².

Dopo il perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione e la pubblicazione nel registro delle imprese, la protezione del patrimonio del debitore è assicurata per sessanta giorni, per cui, alla scadenza di tale termine, i creditori anteriori non aderenti all'accordo, atteso il loro diritto al regolare pagamento, potrebbero prendere o riprendere iniziative per il soddisfacimento dei propri crediti, ma il pericolo è stato scongiurato con il riscadenziamento *ex lege* di 120 giorni dall'omologa o dalla scadenza originaria se successiva di tali crediti, sicchè sino a tale nuova scadenza i creditori non aderenti all'accordo non possono procedere con tali iniziative.

Il divieto delle azioni esecutive e cautelari esiste anche nel fallimento (art. 51) ove, però iniziano a decorrere dal giorno della dichiarazione di fallimento, per cui è sorta la necessità, in quest'ultima procedura, di attuare una forma di protezione anche nella fase prefallimentare; questa è stata realizzata con la riforma del 2006, dando la possibilità al tribunale di disporre, unicamente su istanza di parte, misure cautelari o conservative contro eventuali atti dispositivi del debitore, con efficacia limitata alla durata del procedimento prefallimentare in quanto destinate ad essere "assorbite" nella sentenza di fallimento, ovvero ad essere revocate nel caso di rigetto della relativa istanza (comma ottavo, art. 15)³.

Emilia, 24 giugno 2015, in *Fallimento*, 2015, 1329; Trib. Sulmona, 11 novembre 2012, in *Fallimento*, 2012, 477; Trib. Prato 19 settembre 2017, n.757 in www.ilcaso.it; Trib. Prato 20 luglio 2016 in *Fallimento*, 2017, 65.

² Disposizioni queste in gran parte vanificate dalla introduzione del concordato con riserva che, con modalità molto più semplificate, permette di accedere immediatamente all'*automatic stay* e poi, alla scadenza del termine, di chiedere l'accesso alla ristrutturazione dei debiti.

³ Sul possibile contenuto delle misure cautelari, cfr. I. PAGNI, *La tutela cautelare del patrimonio e dell'impresa nell'art. 15 l. fall. alla luce delle novità della l. 7 agosto 2012*, n. 134, in *Diritto delle imprese in crisi e tutela cautelare*, a cura di F. Fimmano, Milano,

Il nostro sistema attuale quindi, pur se non ne dà una definizione, conosce le misure protettive e quelle cautelari. Le prime sono quelle tese a proteggere il complesso dei beni del debitore dall'aggressione esterna dei creditori, in modo da evitare la disgregazione del patrimonio nell'ottica della destinazione dello stesso alla soluzione concordata della crisi o alla liquidazione del patrimonio. Le seconde sono meno definibili in quanto includono tutta quella tutela atipica, non catalogabile, strumentale alla decisione di merito, rappresentata dalla sentenza dichiarativa di fallimento, e agli effetti che conseguono a tale sentenza, e, quindi, per quanto qui interessa, comprendono quelle finalizzate a limitare i poteri dispositivi del debitore in previsione di una declaratoria di insolvenza che sottrae a costui la disponibilità del suo patrimonio.

Ne segue che il campo di elezione delle prime è costituito dal concordato e dagli accordi di ristrutturazione, dettate dalla esigenza di attuare, fin dall'inizio, una protezione del patrimonio del debitore e dell'impresa dalle aggressioni dei creditori, in modo da consentire il buon esito delle stesse e la realizzazione della "causa concreta" di ciascuna, oltre che naturalmente dal fallimento dichiarato al fine di consentire l'esecuzione collettiva. Quello delle seconde è il fallimento, o meglio la fase istruttoria prefallimentare in quanto la loro efficacia è limitata alla durata di tale procedimento dato che la sentenza che dichiara il fallimento deve confermarle o revocarle in modo esplicito ed il decreto di rigetto, ovviamente, revocarle.

Non vi è, mio avviso, possibilità di commistione tra le due misure, nel senso che quelle cautelari di cui al comma ottavo dell'art. 15, non possono essere trasposte nel concordato o negli accordi di ristrutturazione, sebbene istanze di accesso a queste procedure possano essere presentate anche nella fase prefallimentare, dal momento che i provvedimenti previsti dall'art. 15, comma 8, avendo la funzione di assicurare la temporanea conservazione del patrimonio dell'impresa in vista del fallimento o del rigetto della relativa istanza, non possono essere utilizzati per anticipare gli effetti connessi alla instaurazione di procedure concorsuali diverse come quella di concordato preventivo⁴. Peraltro, se si considera che la decisione sulla richiesta di fallimento, secondo l'attuale indirizzo delle Sezioni unite⁵, va posposta alla domanda di concordato, è da escludere che il giudice possa adottare nella istruttoria preconcordataria i provvedimenti conservativi a tutela

2012, 79 e segg.; G. FINOCCHIARO, *I provvedimenti cautelari nel giudizio pre fallimentare*, in *Fallimento*, 2018, 934 e segg.

⁴ Trib. Monza, 20 novembre 2009, in *www.ilcaso.it*

⁵ Cass. sez. un. 15 maggio 2015, n.9935, in *www.ilfallimentarista.it*

dell'impresa di cui all'ottavo comma dell'art. 15, posto che le misure protettive discendono, già, dai riflessi di cui agli artt. 168 e 169.

Della inefficacia delle ipoteche di cui al terzo comma dell'art. 168, se ne parlerà in seguito.

2. – La legge 19 ottobre 2017, n. 155 dedica ampio spazio alle misure protettive. Invero nell'art. 6, comma 1 lett. b), riguardante il concordato preventivo, delega il legislatore a “procedere alla revisione della disciplina delle misure protettive, specialmente quanto alla durata e agli effetti, prevedendone la revocabilità, su ricorso degli interessati, ove non arrechino beneficio al buon esito della procedura”, secondo un modello da estendere anche alla ristrutturazione dei debiti (art. 5, co. 1 lett. c), che chiede di “assimilare la disciplina delle misure protettive degli accordi di ristrutturazione dei debiti a quella prevista per la procedura di concordato preventivo, in quanto compatibile”).

Inoltre, di misure protettive la legge delega parla nell'art. 4, comma 1 lett. g) con riferimento alla procedura di allerta (“consentire al debitore che abbia presentato l'istanza di cui alla lettera b) o che sia stato convocato ai sensi della lettera e) di chiedere alla sezione specializzata in materia di impresa l'adozione, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, delle misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso, disciplinandone durata, effetti, regime di pubblicità, competenza a emetterle e revocabilità, anche d'ufficio in caso di atti in frode ai creditori o quando il collegio di esperti di cui alla lettera b) riferisce che non vi è possibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure idonee a superare la crisi medesima) e nell'art. 9, co. 1 lett. g) in tema di sovraindebitamento (“introdurre misure protettive simili a quelle previste nel concordato preventivo, revocabili su istanza dei creditori, o anche d'ufficio in caso di atti in frode ai creditori).

Delle misure cautelari (civilistiche) se ne parla solo nell'art. 2, comma 1, lett. d) che nel prevedere l'adozione di un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, tra le caratteristiche di questo indica di specificare “la disciplina delle misure cautelari, con attribuzione della relativa competenza anche alla Corte di appello”.

Il legislatore delegato ha dato diligente attuazione a queste indicazioni.

In primo luogo il CCI fornisce le definizioni delle misure protettive e di quelle cautelari, che corrispondono, in linea di massima, alla ricostruzione di cui si è dato conto.

Invero, a norma della lett. p) dell'art. 2 CCI, le misure protettive sono "le misure temporanee disposte dal giudice competente per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza"⁶. La lett. q) dello stesso art. 2 individua quali cautelari "i provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza".

Il primo dato che emerge da queste definizioni – che poi trovano la loro regolamentazione nelle apposite sedi – è che è venuta meno quella distinzione cui si è fatto cenno parlando della situazione odierna, tra il campo di operatività delle misure protettive, tipiche del concordato e degli accordi ristrutturazione, e quello delle misure cautelari, riservate alla fase prefallimentare, giacché entrambe le misure sono applicabili in tutte le procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza; e la conferma viene dall'art. 54 che contiene una unica disciplina delle misure cautelari e protettive applicabile alle procedure di concordato preventivo, di liquidazione giudiziale e di omologazione degli accordi di ristrutturazione, in perfetta coerenza con l'adozione di un procedimento uniforme di accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, comprensive sia della liquidazione giudiziale che del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Questo teoricamente, perché, come si vedrà meglio in prosieguo, le misure protettive necessitano della richiesta del debitore nella domanda iniziale, per cui è evidente che queste possono agire solo nelle procedure che muovono dall'iniziativa del debitore, e, quindi, nel concordato, nella ristrutturazione dei debiti e nella liquidazione giudiziale quando l'apertura di questa sia chiesta dal debitore. Di contro, le misure cautelari trovano poco spazio nella procedura concordataria perché queste possono essere concesse solo su istanza di parte; parti che in tale procedura non sono ravvisabili e non è recuperabile allo scopo la posizione del creditore che abbia presentato domanda di apertura della liquidazione giudiziale nella contemporanea

⁶ Nella prima versione del CCI si precisava che queste misure "consistono, in particolare: a) nella inammissibilità di azioni esecutive o cautelari individuali sul patrimonio o l'impresa del debitore; b) nella sospensione dei processi esecutivi o cautelari pendenti; c) nel divieto per i creditori di acquisire titoli di prelazione se non concordati; in tali casi, le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le decadenze non si verificano". Il fatto che questa elencazione non sia stata riproposta non è significativa di un cambiamento di rotta, ma soltanto della superfluità della esposizione rientrando le singole previsioni enumerate nel concetto generale espresso nella parte che è rimasta.

pendenza del procedimento avviato dal debitore per l'accesso al concordato o all'omologa degli accordi, per la priorità della trattazione delle seconde. Inoltre, le misure cautelari si rendono necessarie quando il debitore, come nella fase prefallimentare, ha la piena disponibilità del proprio patrimonio; allorquando, invece, come nel concordato, fin dall'inizio viene nominato un commissario che esercita una vigilanza sull'amministrazione dei beni del debitore e sull'esercizio della sua impresa e gli atti di maggiore importanza sono soggetti dell'autorizzazione giudiziaria, ecc., il ricorso a misure cautelari per impedire eventuali iniziative del debitore appare del tutto superfluo.

Su questi aspetti si tornerà in seguito, ma già da questi accenni emerge come, al di là dei proclami della realizzazione di un procedimento unitario ed uniforme, quanto ai campi di operatività delle misure cautelari e protettive, si continua nel solco della tradizione, con qualche concessione.

L'articolo 8 CCI pone un'altra regola di carattere generale- questa davvero di portata dirompente- disponendo che "La durata complessiva delle misure protettive non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe", in conformità dell'art. 6, par. 7, della Direttiva europea⁷ del 17 dicembre 2018 che, nel consentire al debitore di beneficiare della sospensione delle azioni esecutive individuali in modo da favorire lo svolgimento delle trattative nelle procedure di ristrutturazione, indica, nel par. 4, la durata massima di quattro mesi della sospensione delle azioni esecutive individuali, poi elenca, le condizioni per ottenere una o più proroghe e, conclude, nel par. 7, precisando che "la durata totale della sospensione delle azioni esecutive individuali, incluse le proroghe e i rinnovi, non supera i dodici mesi", onde evitare che la sospensione leda eccessivamente i diritti dei creditori.

Durata annuale che è dimezzata nel corso della procedura di composizione concordata della crisi, ove l'art. 20, co. 3, prevede che "La durata iniziale delle misure protettive non può essere superiore a tre mesi e può essere prorogata anche più volte, su istanza del debitore, fino al termine

⁷ Per la verità, al momento in cui questa scritto viene redatto, non esiste ancora una Direttiva approvata dai due organi competenti: il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea (composto dai rappresentanti dei ministeri della giustizia dei paesi membri), per cui tecnicamente si dovrebbe parlare ancora di Proposta di direttiva, e, per la precisione, di quella resa pubblica il 22 novembre 2016. Quest'ultima, come è noto, è stata sottoposta a discussione all'interno di ciascun organo, i quali solo nel dicembre 2018 hanno raggiunto un accordo che si è tradotto in un testo concordato, che molto verosimilmente sarà definitivamente approvato a breve. Pertanto, anticipando i tempi, parlo di Direttiva dato che a questo testo- che si può consultare, nella versione in inglese, all'indirizzo: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15556-2018-INIT/en/pdf>- io faccio riferimento.

massimo di cui all'articolo 19, comma 1, a condizione che siano stati compiuti progressi significativi nelle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo, su conforme attestazione resa dal collegio di cui all'articolo 17" e il termine massimo di cui all'art. 19, co. 1 è di tre mesi prorogabile fino ad un massimo di ulteriori tre mesi, ossia sei mesi complessivi.

Poiché il debitore, nella fase della composizione concordata della crisi, può dichiarare che intende presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo (nel qual caso il collegio procede, su richiesta del debitore, ad attestare la veridicità dei dati aziendali), questa possibilità- che presumibilmente in futuro diventerà uno dei percorsi più frequenti di accesso a queste procedure- fa nascere il dubbio della decorrenza massima del termine della sospensione delle azioni esecutive e cautelari e della eventuale cumulabilità dei due termini. A mio avviso, i due termini dovrebbero essere cumulabili considerato che la durata massima della sospensione è separatamente individuata nell'ambito della procedura di composizione concordata della crisi (art. 20) rispetto alla previsione generale di cui all'art. 8, per cui, utilizzato, in tutto o in parte, il termine di sospensione nella fase della composizione concordata della crisi, il passaggio al concordato fa scattare, ove richiesto, il decorso del nuovo termine dettato per questa procedura⁸.

Il dato della temporaneità delle misure protettive (quelle cautelari non hanno limiti di durata prefissata) non ammette discussioni sotto il profilo interpretativo perché chiaro e inequivoco nella durata, che è di dodici mesi e non ammette deroghe, neanche per la sospensione feriale⁹. Altrettanto chiaro è che, alla scadenza annuale (quale termine massimo), la cessazione degli effetti delle misure protettive è automatica, nel senso che da quel momento i creditori, senza bisogno di un intervento del giudice, riprendono la loro libertà di promuovere o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore, sebbene questi non sia *in bonis*.

Proprio questa situazione pone il problema di verificare come si innestano nel nostro sistema misure protettive del patrimonio del debitore che abbia chiesto l'accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, i cui effetti cessano alla scadenza di un anno, quando quelle procedure sono o possono essere ancora in corso.

⁸ Peraltro, mentre nell'art. 20 è stata fissata una durata breve, prorogabile in presenza di specifiche condizioni, nelle altre procedure è fissato soltanto il termine massimo, entro il quale è il giudice a stabilirne la durata nel caso concreto.

⁹ Il primo comma dell'art. 9 CCI, stabilisce, infatti, che "La sospensione feriale dei termini di cui all'articolo 1 della legge 7 ottobre 1969, n.742 non si applica ai procedimenti disciplinati dal presente codice, salvo che esso non disponga diversamente".

Questo problema non si pone tanto per la liquidazione giudiziale perché qui, una volta aperta tale procedura, trova applicazione l'art. 150, che, riprendendo letteralmente l'attuale art. 51 l. fall. dispone che "Salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura". Pertanto, soltanto ove l'istruttoria prefallimentare duri inverosimilmente più di un anno, si può avere un periodo scoperto.

Bisogna dedurre che l'estensione delle misure protettive anche alla liquidazione giudiziale serve a proteggere il patrimonio del debitore solo nella fase dell'istruttoria fino alla apertura della procedura stessa. In tal modo, il divieto successivo posto dall'art. 150 non si pone in contrasto con la previsione comunitaria della durata annuale della sospensione delle azioni esecutive perché queste disposizioni sono dirette a "sostenere i negoziati di un piano di ristrutturazione in un quadro di ristrutturazione preventiva" (art. 6, par. 1 Direttiva), ove la ristrutturazione è comprensiva di quegli strumenti processuali in grado di evitare, quantomeno astrattamente, l'assoggettamento a una procedura di carattere liquidatorio e, perciò tesi alla prosecuzione diretta o parzialmente indiretta dell'attività imprenditoriale da parte del debitore della proposta. Del resto, come è specificato nel memorandum 19-ter, gli Stati possono prevedere una permanenza indefinita una volta che il debitore diventi insolvente ai sensi della legislazione nazionale.

Neanche negli accordi di ristrutturazione il tema della temporaneità delle misure protettive non pone particolari problematiche in quanto l'art. 57, comma 3, CCI (che riprende il primo comma dell'attuale art. 182-bis l.fall.) sposta a 120 giorni dall'omologa o dalla scadenza del credito se questa è successiva, il pagamento integrale dei creditori estranei all'accordo, impedendone, quindi, nel frattempo l'esecuzione, sicché il pagamento di costoro dovrebbe verosimilmente avvenire in tali termini posto che la norma contestualmente richiede una attestazione che specifichi "l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo, nel rispetto dei termini di cui al comma 3". Pertanto, in questa procedura il termine massimo di un anno del divieto delle azioni esecutive e cautelari dovrebbe essere sufficiente a realizzare l'accordo, anche nel caso in cui sia stata anticipata la richiesta a norma dell'art. 44.

Il problema esiste, invece, nel concordato, perché qui l'anno di sospensione delle azioni esecutive e cautelari inizia a decorrere fin dalla data di pubblicazione del ricorso per ottenere il termine per predisporre la proposta, il piano e la documentazione. Poiché questo termine può essere di

60 giorni, prorogabile fino ad un massimo di altri 60 giorni, (art. 44, co. 1, lett. a), i primi 120 giorni potrebbero essere assorbiti dalla fase del concordato con riserva, per cui l'omologa dovrebbe intervenire negli otto mesi successivi perché l'intero periodo concordatario sia coperto dalla sospensione¹⁰. Tuttavia già oggi è frequente, o comunque sicuramente non raro, che si arrivi alla omologa dopo oltre un anno dall'iniziale presentazione del ricorso per concordato in bianco, sebbene l'art. 181 l.fall. disponga che l'omologazione del concordato deve intervenire nel termine di nove mesi, prorogabile di massimo sessanta giorni, dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'articolo 161; lo sfioramento del termine annuale si verificherà, a maggior ragione, in futuro non essendo il limite dei nove mesi per la omologazione riproposto dal CCI, né dall'art. 113, corrispondente all'attuale art. 181, né da altra norma.

Esiste, quindi il rischio, abbastanza concreto, che un periodo della procedura concordataria (fino alla omologa) non sia protetto dal blocco delle azioni esecutive e cautelari. Rimane poi il problema di capire cosa accade dopo l'omologa, dato che nessuna norma se ne occupa.

E la questione va vista con occhi nuovi rispetto al passato perché la previsione di un termine annuale fa venir meno tutti quegli argomenti che si richiamano alla concorsualità della procedura concordataria che vedrebbe come una contraddizione di sistema il contemporaneo esercizio di azioni esecutive o cautelari, in quanto il legislatore, se ha stabilito la temporaneità e non ha contestualmente ritenuto di riproporre, con le opportune modifiche, una norma simile a quella dell'art. 150, ha ritenuto evidentemente compatibile con il concordato che le azioni esecutive e cautelari possano essere iniziate o proseguite alla scadenza del termine fissato, sia che tale scadenza si verifichi prima dell'omologa che dopo.

La ovvia obiezione è che il concordato, una volta omologato, è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese (art. 117 CCI, corrispondente all'attuale art. 184 l.fall.), ma è da chiedersi se questo vincolo può costituire un freno alla libertà dei creditori di tutelarsi.

La risposta più semplice è quella affermativa, tanto più che non vi è più una norma che, come quella dell'attuale art. 168, ponga un limite espresso al divieto "fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato

¹⁰ Qualora non si accetti la tesi della cumulabilità dei periodi sospensivi nella procedura di composizione concordata della crisi con quello annuale fissato per le altre procedure (che ho prospettato in precedenza accennando all'art. 20) ritenendo che quest'ultimo sia comunque il termine massimo di blocco sopportabile, nel passaggio dalla composizione concordata al concordato, i primi sei mesi potrebbero essere consumati nella iniziale procedura.

preventivo diventa definitivo”, tuttavia questa risposta dà per scontato che il termine annuale posto dall’art. 8 CCI valga solo per la fase fino all’omologa e non per la fase successiva, di modo che i creditori, dopo l’omologa, non potrebbero agire *in executivis* dovendosi adeguare al piano concordatario.

Alla luce della attuale legislazione può ben affermarsi che l’art. 168 non aveva bisogno di disporre per la fase successiva all’omologa perché l’accordo concordatario, una volta intervenuta l’omologa, vincola i contraenti, ma nel nuovo diritto questa soluzione non è più tanto scontata perché il presupposto da cui questa muove costituisce il tema da accertare; ossia è necessario stabilire se il vincolo creato dall’art. 117 prevale sulla scadenza annuale del divieto delle azioni esecutive (che nell’attuale diritto non esiste) o sia quest’ultimo termine a prevalere sulla obbligatorietà del concordato omologato per tutti i creditori.

Quando dicevo che il problema va guardato con occhi nuovi intendevo dire proprio che bisogna fare i conti con la nuova realtà giuridica che, rispetto al passato, pone una norma, non limitata ad una procedura e alla durata della stessa, tanto che è collocata tra i principi di carattere processuale, ma di carattere generale e formulata in termini assolutistici, secondo cui “la durata complessiva delle misure protettive non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe”, che sembra prescindere dall’omologa come dall’apertura della liquidazione giudiziale per affermare che, nell’interesse della certezza del diritto, la protezione del patrimonio del debitore dalle aggressioni dei creditori può durare al massimo un anno; e, non a caso, nella liquidazione giudiziale, come già detto, è stata dettata una norma espressa per sancire il divieto delle azioni esecutive e cautelari dopo l’apertura della procedura, che sarebbe inutile se fosse implicito nel sistema che il blocco di tali azioni vale solo per la fase istruttoria o delle trattative¹¹.

Questa considerazione mi induce a ritenere che la regola della durata annuale sia di carattere generale e insuperabile se non da espressa norma di contrario senso, per cui, decorso questo spazio temporale e in mancanza di una disposizione specifica che disponga nel concordato, come l’art. 150 nella liquidazione giudiziale, il divieto delle azioni esecutive dalla omologa in poi, i creditori dovrebbero riprendere la loro libertà di agire in via esecutiva, sia che la scadenza sia anteriore che successiva all’omologa.

¹¹ Del resto, solo se si interpreta l’art. 150 come dettato allo scopo di contenere il limite annuale si può evitare di dire che la salvezza di diverse disposizioni di legge, in esso contenuta, con contempli anche la norma dell’art. 8 della durata annuale delle misure protettive, che porterebbe alla situazione per cui si avrebbe una liquidazione giudiziale in cui, decorso un anno dalla proposizione della domanda iniziale, i creditori sarebbero liberi di aggredire il patrimonio del debitore anche se è stata aperta la procedura.

È stato anticipato da qualche Autore¹² che, in futuro, per sopperire al limite della durata annuale del blocco delle azioni esecutive, si dovrà fare ricorso agli strumenti cautelari più di quanto si possa immaginare, in modo da bloccare in qualche modo la disgregazione del patrimonio del debitore in attesa dell'omologa o della esecuzione. Io non credo che tali strumenti siano efficienti. Invero, seppur tra le misure cautelari si possono includere interventi che in qualche modo servono a bloccare iniziative esecutive di creditori, è chiaro che queste non possono essere utilizzati una volta scaduto l'anno, in quanto in violazione del termine improrogabile fissato dalla legge. Sarebbero possibili altri strumenti limitativi del patrimonio del debitore, ma, qualunque intervento si immagini, non credo che questo potrebbe essere opposto ad un pignoramento precedentemente eseguito, eventualmente trascritto, a cui il creditore non ha potuto dare seguito per la durata di un anno a seguito della domanda concordataria, ma che permane e riprende a produrre tutti i suoi effetti quando il divieto viene meno.

Per evitare il rischio che, una volta scaduti gli effetti delle misure protettive al termine dell'anno, neanche la omologazione possa costituire un freno alla libertà dei creditori di reagire come credono, a mio avviso l'unica via è quella di un intervento legislativo, se non altro per eliminare incertezze in una materia come questa che ha bisogno di chiarezza; il debitore come i creditori devono avere la ragionevole sicurezza che dopo l'omologa opera ancora o non opera più il divieto delle azioni esecutive. Una norma, quindi, che, ferma restando la limitazione annuale della durata delle misure protettive, disponga che dal momento in cui la sentenza (perché in futuro l'omologa sarà data con sentenza) di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo nessuna azione individuale esecutiva o cautelare può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura, a somiglianza di quanto disposto dall'art. 150 CCI per la liquidazione giudiziale.

Come in quest'ultimo caso la norma sfugge al limite della durata massima posta dalla Direttiva europea per la necessità di limitare la libertà di azione dei terzi solo nella fase antecedente alla decisione che apre la procedura, dovendo poi la fase esecutiva essere retta dalle regole del concorso, eguale discorso potrebbe farsi anche per il concordato, che fino all'omologa ha consumato il tempo per assumere il parere dei creditori e per appurare la ricorrenza delle condizioni di legge da parte del giudice, passa, dopo l'omologa, nella fase esecutiva. È vero che dalla Direttiva emerge l'indicazione che gli Stati membri potrebbero prevedere una permanenza

¹² M. FABIANI, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in corso di pubblicazione su *Foro it.* 2019; V. LENOCI, *Le misure cautelari e protettive nella riforma concorsuale*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2018.

indefinita una volta che il debitore diventi insolvente ai sensi della legislazione nazionale, ma è altrettanto vero che non è necessaria una espressa statuizione di accertamento dell'insolvenza essendo sufficiente che la procedura abbia quale scopo istituzionale anche la regolamentazione dell'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale, come sarà per il futuro concordato

Inoltre, una specifica soluzione normativa del genere servirebbe anche a meglio coordinare gli effetti dell'inadempimento del debitore in corso di esecuzione, indirizzando l'azione dei creditori colpiti verso la risoluzione del concordato o, comunque verso l'apertura della liquidazione giudiziale, piuttosto che verso l'esecuzione individuale.

Come è noto, oggi, all'inadempimento del debitore concordatario consegue il diritto del creditore di agire in via coattiva per il recupero del credito rimasto insoddisfatto o per la risoluzione. La tesi secondo cui i creditori concorsuali, a fronte dell'inadempimento, avrebbero potuto chiedere solo la risoluzione *ex art. 186 l.fall.*, è stata superata dagli interventi della Suprema Corte che, nel 2017, hanno statuito che non vi sono preclusioni alla dichiarazione di fallimento di imprenditori con concordato preventivo omologato in caso di inadempimento di debiti già sussistenti alla data del ricorso per concordato, senza necessariamente passare per la risoluzione concordataria¹³; l'argomentazione di fondo della Corte è che, in tal caso, l'azione esperita dal creditore costituisce legittimo esercizio della propria autonoma iniziativa *ex art. 6 l.fall.*, non condizionata dal precetto di cui all'art. 184 l.fall. e dunque a prescindere dalla risoluzione del concordato preventivo; la tesi contraria - spiega la Corte - appare priva di ogni supporto normativo in quanto poggia sull'equivoco per cui alla scadenza annuale di cui all'art. 186 si associerebbe l'estinzione di ogni debito concordatario, quale effetto implicito del voto ratificato dall'omologazione da equipararsi ad una rinuncia ad ogni tutela giudiziale del credito stesso; "nè miglior sorte-aggiunge- può conseguire la tesi mediana che assegni ai creditori insoddisfatti la facoltà di promuovere azioni esecutive ma senza poter chiedere il fallimento, che delle prime è la naturale evoluzione concorsuale, potendosi osservare al riguardo che in tanto da tali soggetti è mantenuta un'azione esecutiva in quanto non è venuta meno innanzitutto la qualità di creditore".

¹³ Cass. 11 dicembre 2017, n. 29632, in *www.fallimentiesocieta.it*; Cass. 17 luglio 2017, n.17703, in *www.ilcaso.it*.

Si possono o non condividere queste considerazioni¹⁴, ma il messaggio che viene da queste decisioni è che, se è vero che con l'omologa si determina una modifica irreversibile dell'originario credito, che equivale all'obbligo per i creditori di dover accettare ciò che era stato loro promesso, e alle scadenze promesse, nell'impegno concordatario e come validato nel decreto di omologa, è anche vero che tale rideterminazione del credito non implica che l'inadempimento, che ciononostante si verifichi alla scadenza concordataria, faccia venire meno per tali soggetti la qualità di creditori, ridefinita in siffatto modo; qualità che, scissa dal condizionamento del precetto di cui all'art. 184 attuale, autorizza i creditori al legittimo esercizio delle proprie iniziative per il recupero del credito falciato, in via esecutiva individuale o collettiva, chiedendo la dichiarazione di fallimento.

Una norma del tipo di quella proposta consentirebbe di escludere, anche nel caso di inadempimento del debitore, l'azione esecutiva dei singoli creditori che, in futuro potranno rivolgersi al commissario per sollecitare la risoluzione del concordato o, se sopravvive l'indirizzo giurisprudenziale accennato, potranno chiedere direttamente l'apertura della procedura collettiva di liquidazione giudiziale; ossia consentirebbe di mantenere la patologia della procedura nell'ambito collettivo, come lo stesso nuovo legislatore dimostra di voler fare quando, al quarto comma dell'art. 118, dispone che il tribunale, qualora il commissario giudiziale rilevi che il debitore non sta provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta o ne sta ritardando il compimento, "può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti", allo scopo appunto di salvare la procedura dalla inerzia del debitore.

Se una norma del genere non interverrà, sono ben conscio che la lettura da me fatta in precedenza è dirompente perché finisce per eliminare l'istituto concordatario, specialmente quello con continuità su cui punta tanto l'attuale riforma, non essendo possibile immaginare un concordato in cui i creditori siano liberi di aggredire il patrimonio del debitore concordatario, sia prima dell'omologa (ove questa non arrivi entro l'anno dalla pubblicazione del ricorso introduttivo) sia nella fase esecutiva. Questo indurrà evidentemente a trovare qualche altra soluzione interpretativa che arrivi al blocco delle azioni esecutive e cautelari anche dopo l'omologa e, pur nella convinzione della bontà della conclusione raggiunta, mi sembrerebbe allo scopo più percorribile, piuttosto che la strada della difesa ad oltranza della vincolatività della omologa, quella dell'applicazione analogica al

¹⁴ Contrari all'indirizzo della Cassazione, Trib. Pistoia 21 dicembre 2017 e Trib. Rovigo 7 dicembre 2017, in *www.ilfallimentarista.it*, 2017; Trib. Padova 30 marzo 2017, *ivi*; Trib. Ancona 25 febbraio 2015, in *Fallimento*, 2015.

concordato dell'art. 150 per la multiforme utilizzabilità che la legge consente dello strumento concordatario, nonostante le difficoltà che proprio tale varietà di situazioni di fondo propone.

L'introduzione da parte del legislatore di una disposizione analoga a quella di cui all'art. 150 a partire dalla omologazione, servirebbe, quanto meno, ad eliminare dubbi interpretativi che si riversano su snodi determinanti della procedura concordataria, senza attendere i tempi del consolidamento di una interpretazione giurisprudenziale, che probabilmente porterà alla stessa conclusione per la necessità mantenere in vita l'istituto concordatario.

3. - Il primo comma dell'art. 54 stabilisce che "Nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti".

Le misure cautelari contemplate da questa norma sono analoghe a quelle già previste dal comma ottavo dell'art.15 dell'attuale legge fall., con la rilevante differenza che esse - ora previste solo nella istruttoria prefallimentare - possono, in linea con l'unitarietà del procedimento per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, essere disposte, oltre che nella fase istruttoria per l'apertura della liquidazione giudiziale, anche nel corso della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione.

Tali provvedimenti - dice infatti la norma - sono diretti ad assicurare provvisoriamente gli effetti, non della apertura della procedura di concordato, ma della sentenza che "omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti" o che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale, ossia gli effetti di tutte le decisioni conclusive dei procedimenti aperti con il ricorso *ex art. 40*, per cui possono essere emessi non solo nella fase istruttoria per l'apertura di un concordato, ma per l'intera durata dello stesso, fino all'omologa, sebbene, come già accennato, le esigenze conservative del patrimonio aziendale in vista dell'attuazione effettiva del programma concordatario sono già assicurate dallo spossessamento attenuato che subisce il debitore fin dalla proposizione della domanda.

Questo spiega perché, a differenza di quanto previsto dall'attuale comma ottavo dell'art. 15 l.fall., non vi sia alcuna norma di collegamento tra la durata delle misure cautelari e la procedura sottostante; evidentemente il legislatore ha ritenuto che, essendo le prime dirette ad "assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti", le misure cautelari esauriscano la loro funzione con l'emanazione di detti provvedimenti cui erano strumentalmente collegati.

Questa ansia di armonia sistematica, come l'ha chiamata Ambrosini¹⁵, se da un lato risponde ad utili e apprezzabili esigenze di semplificazione normativa, dall'altro frammenta la disciplina processuale degli istituti rendendone complessa la ricostruzione; ed un esempio è dato proprio nella materia in esame, ove l'applicazione di rimedi identici a situazioni diverse non poteva che sfociare in una normativa confusa.

Invero, quanto alla durata, ha un senso che le misure cautelari non possano essere richieste e quelle date vengano meno con l'apertura della liquidazione giudiziale perché da quel momento il patrimonio del debitore passa nella disponibilità del curatore; nel concordato, invece, le stesse misure possono essere chieste nel corso della procedura fino all'omologa, quando comunque vi è un controllo sull'attività del debitore, e cessano dopo tale evento che apre una fase in cui la vigilanza, specie in un concordato in continuità, è sicuramente meno intensa.

Più in generale, nella fase dell'istruttoria per l'apertura della liquidazione giudiziale si può giustificare, come oggi nella fase prefallimentare, l'ampiezza dei poteri dati al giudice di "emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale" giacché, in questo caso, se l'istanza è stata presentata da un creditore (o da altri soggetti legittimati), il debitore può trovarsi in una posizione di contrapposizione che rende opportuno, nell'attesa che si arrivi ad una decisione, l'intervento del giudice allo scopo di tutelare, con i mezzi più appropriati alla fattispecie e non catalogabili, l'integrità del patrimonio del debitore.

Già quando l'istanza di apertura della liquidazione è presentata dallo stesso debitore tale esigenza è meno percepibile, ma ci può ugualmente stare

¹⁵ S. AMBROSINI, *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, in www.osservatorio-oci.org, settembre 2018, pag. 11.

per far fronte a situazioni di pericolo non diversamente eliminabili o per garantire un transito più sicuro verso la dichiarazione di insolvenza.

Questa norma diventa, invece carica di pericolose implicazioni quando il debitore presenta una domanda di concordato, con riserva o pieno, in particolare se in continuità, o di omologa di ristrutturazione dei debiti perché, qui, vi è un soggetto che se aveva da fare atti dispositivi del suo patrimonio in danno dei creditori o comunque operazioni pregiudizievoli per costoro, le ha già poste in essere prima di rivolgersi al giudice; in questo momento il debitore ha già elaborato, o sta elaborando, un piano da proporre ai creditori di regolamentazione della sua crisi che può essere accolto o non, ma se questo piano prevede la gestione della sua azienda quale strumento per realizzare l'accordo concordatario, non si può consentire al giudice, in primo luogo, di intervenire sulle scelte strategiche dell'imprenditore e, tanto meno, di emettere misure che possono portare anche alla estraneazione del debitore dalla conduzione dell'impresa, ma, principalmente, non si può consentire che egli decida secondo criteri così vaghi e indeterminati, che gli permettono di adottare qualsiasi misura cautelare senza che sia stabilito quando un comportamento del debitore sia censurabile, quando incida sulla realizzazione del piano, ecc.; il tutto su istanza di parte, non meglio definita.

Precisazione, quest'ultima che tradisce l'intento di fondo del legislatore di relegare le misure cautelari nell'ambito della istruttoria per l'apertura della liquidazione giudiziale, dato che in quella concordataria, escluso che sia il debitore che ha presentato domanda di concordato a chiedere una misura cautelare contro se stesso, dovrebbero essere il P.M. o i creditori o lo stesso commissario ad essere legittimati a chiedere tali misure, ma costoro non sono parti.

Di conseguenza – eliminati dal novero dei legittimati il P.M. e il commissario – una domanda di misure cautelari potrebbe provenire dai creditori, ma solo quando essi siano già parti per aver presentato, nel procedimento avviato dal debitore per l'accesso al concordato o all'omologa degli accordi, domanda di apertura della liquidazione giudiziale; tuttavia, la priorità fortemente ribadita nel nuovo testo della trattazione delle procedure di regolamentazione della crisi dovrebbe escludere anche una tale evenienza. Il secondo comma dell'art. 7, infatti, stabilisce che "Nel caso di proposizione di più domande, il tribunale tratta in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata,...", sicchè, va prima esaminata la domanda di concordato e nello svolgimento di tale attività non si possono emettere misure cautelari su richiesta del creditore istante della

liquidazione giudiziale, che può essere esaminata solo nel caso di esito negativo del giudizio sulla domanda di concordato.

Non può, inoltre, tacersi del pericolo del meccanismo introdotto, che sta nel fatto che il debitore, a fronte di una prospettiva di una invasione del giudice, tanto pervasiva negli effetti quanto indefinita nei contenuti, che potrebbe arrivare fino alla sua estromissione dalla gestione dell'azienda, è sicuramente scoraggiato ad accedere agli strumenti concordati di soluzione della crisi, che invece si vogliono privilegiare.

Un intervento così invasivo è concepibile nel corso della esecuzione del concordato proposto dal debitore, cui sembra applicabile il quarto comma dell'art. 118 CCI (ipotesi non contemplata dall'art. 185 attuale) in quanto si tratta di sopperire all'inerzia del debitore attraverso la sostituzione a lui del commissario per il compimento degli atti a questo richiesti, salvaguardando così il concordato ed evitando che l'inadempienza si traduca in una causa di risoluzione; si giustifica, altresì, nel caso delle proposte alternative per fronteggiare l'inerzia o addirittura l'ostruzionismo del debitore alla attuazione della proposta altrui (art. 118, comma quinto, che amplia la portata dell'attuale art. 185 l. fall.), ma non può essere permesso in via interinale in vista dell'apertura della procedura o nel corso della stessa, quando l'attività del debitore si svolge già sotto la vigilanza del commissario ed è sancita la inefficacia degli atti di maggior rilievo non debitamente autorizzati.

Quanto al contenuto, la formulazione della norma, che evoca il disposto dell'art. 700 c.p.c., consente, ovviamente, l'emissione di misure "tipiche", come il sequestro conservativo o giudiziario, tanto più che la stessa norma espressamente cita quella di nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio del debitore, sulla falsariga, appunto, del sequestro giudiziario di cui all'art. 670 c.p.c., ma anche misure atipiche; pertanto, nonostante la eliminazione dell'alternativa conservativa (come nell'attuale art. 15, co. 8, l. fall.), la protezione cautelare comprende anche misure conservative, posto che queste costituiscono una *species* rispetto al *genus* cautelare. Comprende, cioè tutte quelle misure cautelari caratterizzate dalla strumentalità rispetto alla sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione dei debiti essendo finalizzate ad "assicurare provvisoriamente gli effetti di tali sentenze".

La norma è, quindi, espressione di un potere generale di cautela, connotato da atipicità quanto ai contenuti, conservativi o anticipatori o inibitori, che la misura può assumere allo scopo di impedire l'infruttuosità o la tardività della futura sentenza, il che giustifica l'estrema genericità, che legittima il giudice ad adottare i provvedimenti "che appaiano, secondo le

circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza...".

Non è questa la sede per entrare nel merito della relazione di strumentalità che deve legare la misura cautelare alla successiva sentenza, ma a me pare che all'ampiezza del potere del giudice di congegnare la misura più adatta alle esigenze del caso debba essere posto il limite che la cautela innominata non può travalicare lo scopo dettato dalla norma di "assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti", in modo da impedire una potenziale disgregazione aziendale o patrimoniale dell'imprenditore. Non dovrebbero, quindi, essere compresi quei provvedimenti estranei a questo scopo – quali quelli diretti ad ottenere un rimedio cautelare per anticipare gli effetti di un'eventuale azione revocatoria fallimentare per pagamenti con mezzi anormali, o quelli diretti ad anticipare gli effetti connessi alla instaurazione di procedure concorsuali diverse come quella di concordato preventivo – nè quelli che possono determinare una regolamentazione di interessi in via definitiva ed irreversibile, come tali non modificabili né revocabili successivamente dal giudice del processo a cognizione piena. Confermerei, invece, come già oggi è riconosciuto¹⁶, l'ammissione di provvedimenti tesi a sterilizzare gli effetti di azioni esecutive in corso, limitatamente però alla procedura diretta all'apertura della liquidazione giudiziale su istanza di un creditore o del P.M. o di altri legittimati perché, come si dirà, nel concordato, nella ristrutturazione dei debiti e nella liquidazione su iniziativa del debitore queste misure protettive sono previste e regolamentate dal secondo comma dello stesso art. 54 in modo parzialmente diverso da quelle cautelari.

L'espressa previsione della nomina di un custode dell'azienda e del patrimonio del debitore, porta ad escludere, anche perché non strumentale alla procedura, la nomina di un amministratore giudiziario vero e proprio, il quale sostituisca in tutto e per tutto l'organo amministrativo, diversamente da quanto prevede l'articolo 2409 c.c., come spiegato dalla nostra coordinatrice nelle note introduttive.

Da questo primo approccio al tema si possono così riassumere le caratteristiche delle misure cautelari di cui al primo comma dell'art. 54:

a-sono improntate alla più ampia atipicità e comprendono anche l'inibizione al proseguimento delle azioni esecutive e cautelari;

b-possono essere emesse in qualunque procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, con l'unico limite che non può essere disposta

¹⁶ Cfr. Trib. Terni 3 marzo 2011 in *Fallimento*, 2011, 852.

l'inibizione al proseguimento delle azioni esecutive e cautelari allorquando la liquidazione è chiesta dallo stesso debitore, dovendo, in tal caso, questi chiedere direttamente il blocco di tali azioni;

c-vanno disposte dal giudice su istanza di parte;

d-possono essere disposte nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale (fino, quindi, alla sentenza dichiarativa) o nell'intero corso della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, fino all'omologa;

e-non hanno limitazione di durata, ma comunque dovrebbero cessare con l'apertura della liquidazione giudiziale e con l'omologa del concordato o degli accordi di ristrutturazione.

4.1. – Il secondo comma dell'art. 54 prevede che "Se il debitore ne ha fatto richiesta nella domanda di cui all'articolo 40, dalla data della pubblicazione della medesima domanda nel registro delle imprese, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio. Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le scadenze non si verificano".

Come si vede il blocco delle azioni esecutive e cautelari discende ancora dalla pubblicazione della domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza (a queste si riferisce il richiamato art. 40), ma, a differenza di quanto accade oggi, non è sufficiente per la produzione di tale effetto la pubblicazione della domanda essendo necessaria l'apposita richiesta del debitore in tal senso; è stato, cioè introdotto un meccanismo non più automatico, bensì semi o quasi automatico in quanto la pubblicazione della domanda che contiene la richiesta del blocco delle azioni esecutive e cautelari produce questo effetto, senza la necessità di un provvedimento del giudice che interviene solo successivamente.

Questa affermazione si pone in immediato contrasto con la già ricordata previsione di cui alla lett. p) dell'art. 2 che, nel dare la definizione delle misure protettive le individua in quelle "misure temporanee disposte dal giudice competente per evitare"; in realtà le misure protettive, o almeno quelle di maggiore importanza consistenti nel divieto delle azioni esecutive e cautelari, non sono disposte dal giudice, ma, come precisa l'art. 54, derivano dalla data della pubblicazione della domanda per l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui all'art. 40, sempre che in tale domanda il debitore ne abbia fatta richiesta. Ed infatti, il terzo comma dell'art. 40, nel trattare della iscrizione della domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza

nel registro delle imprese, specifica che “quando la domanda contiene la richiesta di misure protettive il conservatore, nell’eseguire l’iscrizione, ne fa espressa menzione”, proprio perché dalla data di tale pubblicazione esse producono i loro effetti.

Di contro, il nuovo legislatore, quando ha ritenuto necessario una preventiva valutazione del giudice, lo ha detto espressamente, come nel primo comma dell’art. 54, per il quale “... su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari”, nel mentre, quanto alle misure protettive manca qualsiasi riferimento al giudice o al procedimento che questi dovrebbe seguire per decidere su tali misure; peraltro, qualora fosse necessario un provvedimento giudiziale iniziale, un autonomo procedimento di conferma o revoca delle stesse misure sarebbe giustificato solo ove la prima decisione fosse emessa in via di urgenza, come appunto è stabilito dall’art. 55 per le misure cautelari, e non avrebbe una valenza generalizzata, come invece è congegnato dall’art. 55¹⁷.

Differenza tra funzionamento delle misure cautelari e quelle protettive ben evidenziato nella Relazione accompagnatoria lì dove si afferma che “Gli effetti protettivi, diversamente da quanto avviene per le misure cautelari, si producono, sempre che il debitore ne abbia fatto richiesta, dalla data della pubblicazione della domanda di accesso nel registro delle imprese. Tuttavia, è escluso ogni automatismo prolungato, giacché, come previsto dall’art. 55, le misure protettive dovranno essere espressamente confermate dal tribunale con proprio decreto, nel termine di trenta giorni dall’iscrizione della domanda nel registro delle imprese”. Ossia la stessa relazione esclude soltanto l’automatismo prolungato, essendo richiesto un procedimento di conferma o revoca delle misure protettive che, a differenza di quelle cautelari di cui al primo comma dell’art. 54, si sottolinea, “si producono, sempre che il debitore ne abbia fatto richiesta, dalla data della pubblicazione della domanda di accesso nel registro delle imprese”.

È chiaro che vi è un contrasto tra la norma definitoria di cui alla lett. p) dell’art. 2, che richiede un provvedimento del giudice e quella di cui al secondo comma dell’art. 54, che fa scattare il divieto dalla pubblicazione della domanda, probabilmente dovuto, questa come altre disarmonie che

¹⁷ Egualmente nella procedura di composizione assistita della crisi, l’art. 20, comma1, dispone che “il debitore che ha presentato istanza per la soluzione concordata della crisi può chiedere alla sezione specializzata in materia di imprese le misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso” e il tribunale, a norma del comma 2, prima di decidere “può sentire i soggetti che abbiano effettuato la segnalazione o il presidente del collegio di cui all’articolo 17”; indicazioni molto chiare nell’attribuire al tribunale delle imprese il compito di emettere le misure protettive per la soluzione concordata della crisi, ma che mancano nelle altre procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza di cui all’art. 40, in cui, anzi, vi sono disposizioni di segno diverso.

vedremo, al fatto che nell'originario testo del CCI, risalente al dicembre 2017, era effettivamente previsto dall'art. 58 (corrispondente al successivo art. 54 di cui si sta discutendo) che nei procedimenti di liquidazione giudiziale, di concordato e di ristrutturazione dei debiti fosse il tribunale a disporre il divieto di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e dell'impresa e ad indicarne contestualmente la durata. Quando è stato modificato questo sistema, evidentemente non sono state apportate tutte le modifiche necessarie alle varie norme che a quel sistema si richiamavano.

Rimane comunque il fatto che anche la Direttiva europea richiede che le misure protettive passino attraverso il vaglio del giudice, ma di questo aspetto si parlerà in seguito trattando della procedura; per ora, continuando l'esegesi del secondo comma dell'art. 54, dalla lettura della norma emerge:

a-che la richiesta di sospensione della azioni esecutive non può essere presentata in qualsiasi momento, ma deve essere contenuta nella domanda di cui all'art. 40, che è quella di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza; ed, infatti, è il ricorso che contiene questa domanda che - sia essa di accesso ad una delle procedure di concordato, con riserva o pieno, di omologa di accordi di ristrutturazione o di apertura della liquidazione giudiziale - va pubblicata nel registro delle imprese entro il giorno seguente alla comunicazione del cancelliere, con la menzione della richiesta di misure protettive;

b-che la richiesta del blocco delle azioni esecutive e cautelari deve provenire dal debitore e tanto dimostra, come già accennato, che queste misure – sebbene istituzionalmente ammesse in tutte le procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza – possono trovare applicazione nel concordato, con riserva o pieno, e nella ristrutturazione dei debiti in quanto procedure proponibili solo su domanda del debitore, ma non in tutte le liquidazioni giudiziali, bensì soltanto in quelle nate dall'iniziativa del debitore medesimo, essendo del tutto evidente che la domanda di apertura della liquidazione giudiziale proposta da un creditore, dal P.M. o da altri legittimati non può contenere una dichiarazione del debitore¹⁸.

¹⁸ E questa ovvia considerazione costituisce una (ulteriore) conferma che le misure cautelari di cui al primo comma dell'art. 54, allorché la liquidazione è chiesta da un creditore, dal PM o da altro legittimato possono includere anche l'inibizione al proseguimento delle azioni esecutive e cautelari ricorrendo, anche in questo caso, così come quando l'istruttoria per la procedura di liquidazione giudiziale segue all'iniziativa del debitore, l'esigenza di evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, nella fase dell'accertamento dell'insolvenza, il buon esito dell'apertura della procedura. In sostanza, avendo il legislatore inteso condizionare il blocco delle azioni esecutive, sia nel concordato che nella ristrutturazione dei debiti che nella liquidazione giudiziale, alla richiesta del debitore, poiché questa può essere contenuta solo nei ricorsi presentati dallo stesso debitore, nei casi in cui il ricorso può provenire da altri, il legislatore doveva

A questo punto c'è da chiedersi perché il legislatore abbia condizionando l'effetto sospensivo alla "richiesta nella domanda di cui all'articolo 40" da parte del debitore.

Invero, una domanda di parte tesa a produrre un effetto chiaramente a lei favorevole si può spiegare quando questa sia poi sottoposta al vaglio del giudice, come infatti prescriveva l'art. 58 CCI nella sua originaria versione del dicembre 2017, per il quale, appunto era il tribunale che disponeva il divieto di azioni esecutive e cautelari "su richiesta del debitore o di coloro che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa o dei creditori..."; ma, una volta optato per l'esclusione di un provvedimento del giudice che disponga la sospensione delle azioni esecutive e cautelari, una richiesta del debitore indirizzata a questo scopo diventa superflua, dato che, seguendo la sospensione automaticamente dalla pubblicazione della domanda senza, appunto, una valutazione da parte del giudice, non vi è ragione per cui il debitore non debba fare una richiesta del genere.

E' chiaro, pertanto, che la richiesta di sospensione delle azioni esecutive e cautelari finirà per diventare una clausola di stile nel concordato. E tanto evidenzia, almeno nel concordato, non solo la inutilità di una disposizione che imponga la richiesta del debitore per produrre l'effetto sospensivo, ma la dannosità della stessa perché, nell'ipotesi che il debitore concordatario si dimentichi di inserire la richiesta sospensiva nella domanda di concordato, è evidente che, non potendo questi ripetere una tale richiesta successivamente perché per il secondo comma dell'art. 54 questa deve essere contenuta "nella domanda di cui all'articolo 40" che è quella che va pubblicata, il concordato non potrà avere un futuro se vi sono dei creditori che possono continuare ad aggredire i beni destinati alla realizzazione dello causa concreta del concordato e si costringe il debitore a rinunciare alla domanda per formularne una nuova, completa della inutile richiesta di sospensione.

Negli accordi di ristrutturazione la richiesta del debitore assume, o meglio può assumere significato per la possibilità di accedere agli accordi agevolati ai sensi dell'art. 60, che, appunto, consente la riduzione della percentuale dell'accordo della metà "quando il debitore: a) non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi; b) non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive temporanee". Ma è evidente che questa ipotesi poteva essere risolta con una disposizione specifica alla fattispecie; posta, invece, la richiesta del debitore nella domanda iniziale come requisito indispensabile per la produzione del divieto delle azioni esecutive, si produce l'effetto di escludere dall'automatico blocco le procedure di

necessariamente dare ampio spazio alla cautela atipica per realizzare lo stesso effetto non essendo concepibile che domande di apertura della liquidazione giudiziale producano effetti diversi a seconda di chi la propone.

liquidazioni giudiziali che muovono dalla iniziativa dei creditori o del P.M. (costringendo in questi casi a far rientrare sotto forma di misure cautelari l'inibizione degli effetti delle iniziative esecutive in corso) e di rendere superflua la richiesta nel concordato.

4.2. – Presentata la domanda contenente la richiesta di sospensione delle azioni esecutive e cautelari, a norma del comma quinto dell'art. 54, "Il presidente del tribunale o il presidente della sezione cui è assegnata la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza fissa con decreto l'udienza entro un termine non superiore a trenta giorni dal deposito della domanda. Con provvedimento motivato il presidente del tribunale può fissare l'udienza di cui al primo periodo entro un termine non superiore a quarantacinque giorni dal deposito della domanda. All'esito dell'udienza, provvede, senza indugio, con decreto motivato, fissando la durata delle misure".

Questa disposizione genera più di qualche interrogativo, alimentati dall'approssimazione con cui la norma è scritta, e cioè:

a- Perché mentre l'udienza entro un termine non superiore a trenta giorni dal deposito della domanda è fissata dal presidente del tribunale o dal presidente della sezione cui è assegnata - secondo l'ordine interno a ciascun ufficio - la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, la facoltà di fissare la stessa udienza oltre il termine indicato e comunque entro il termine massimo di quarantacinque giorni è attribuita al solo presidente del tribunale?

Io non trovo alcuna ragione di questa differenziazione, se non una distrazione.

b- Qual è l'organo che decide? Nell'ultimo periodo del comma citato si dice solo che "All'esito dell'udienza, provvede, senza indugio, con decreto motivato, fissando la durata delle misure", ma manca il soggetto che regge il verbo "provvede". Il soggetto dovrebbe ricavarsi dai periodi precedenti e, quindi, dovrebbe essere il presidente del tribunale o il presidente della sezione cui è assegnata la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, che, sentite le parti, provvede, ma, poiché, a norma del primo comma dell'art. 40 (richiamato dall'art. 54) "il procedimento per l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza si svolge dinanzi al tribunale in composizione collegiale", potrebbe anche legittimamente opinarsi che il presidente (del tribunale o di sezione) debba fissare l'udienza avanti al collegio oppure avanti a sé per poi riferire al collegio che decide.

Certo questo passaggio non è esplicitato, ma non è detto neanche che il capo dell'ufficio giudiziario o della sezione possa delegare tale compito ad

un giudice che se ne occupi, come invece si prevede nell'art. 55, per cui si dovrebbe presumere, ad esempio, che il presidente del tribunale, anche di grandi dimensioni, sia l'unico soggetto che possa fissare l'udienza entro 45 giorni e provvedere nella materia de qua.

Il fatto è che l'approssimazione del testo normativo lascia aperta ogni ipotesi interpretativa.

c-Qual è lo scopo di detta udienza? La norma dispone semplicemente che il presidente del tribunale o il presedente di sezione fissa l'udienza, ma non è detto per fare cosa. Presumibilmente per sentire chi ha fatto la richiesta di misure protettive che, potendo essere, per quanto detto, solo il debitore che chiede di accedere ad una procedura di regolamentazione della crisi o dell'insolvenza, non si vede cosa abbia da dire; ad ogni modo, nulla è previsto a proposito di detta udienza, né sono indicate eventuali comunicazioni al debitore istante o ad eventuali altri interessati (tra i quali si potrebbe catalogare il P.M.), né il termine per effettuarle, per cui non si sa come costoro possano venire a conoscenza dell'udienza fissata.

Tanto fa dubitare che lo scopo di detta udienza sia quello di sentire le "parti", ma se non è così resta da capire perché la norma preveda la fissazione di una udienza.

d-Qual è il contenuto della decisione? Anche sul punto l'incertezza regna sovrana perché l'unico dato esplicitato è la fissazione della durata delle misure protettive. Per la verità, il fatto che la norma si esprima affermando che l'organo che decide provvede con decreto motivato, fissando la durata delle misure, potrebbe indurre a pensare che quello della determinazione della durata sia solo uno dei provvedimenti che può emettere il giudice, ma, se si esclude questo aspetto, non si vedono altri provvedimenti che, in questa fase, il giudice potrebbe emettere. Non può trattarsi, infatti, di un provvedimento che disponga la sospensione delle azioni esecutive o cautelari perché tale effetto, come visto, discende automaticamente dalla pubblicazione della domanda introduttiva, in forza della previsione del comma secondo dell'art. 54; nè può trattarsi di una conferma o revoca di tali misure perché allo scopo è predisposto un apposito procedimento di cui tratta l'art. 55; né, infine, può trattarsi di un intervento sulla valutazione nel merito delle misure protettive per la mancanza di qualsiasi sostegno normativo in tal senso e per la già accennata previsione di un apposito procedimento di conferma o revoca di dette misure, affidato ad altro giudice e regolamentato dal successivo art. 55, sul quale l'intervento di cui si discute verrebbe a sovrapporsi.

E' chiaro, quindi, che lo scopo di detto intervento è stabilire la durata degli effetti delle misure protettive, che si spiega con la temporaneità delle

stesse, di cui si è fatto cenno. Ma se è così, come tutto lascia intendere, sorge spontanea un'altra domanda.

e-Perché è richiesto questo intervento, finalizzato alla sola indicazione della durata delle misure protettive? Esaminando, infatti il successivo art. 55 sul procedimento, su cui si tornerà, si vede che il giudice incaricato dal presidente del tribunale o di sezione deve poi confermare o revocare con decreto "le misure protettive, stabilendone la durata, entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese".

Pertanto, a norma del quinto comma dell'art. 54, il presidente del tribunale o di sezione "fissa con decreto l'udienza entro un termine non superiore a trenta giorni dal deposito della domanda", all'esito della quale, provvede, senza indugio, con decreto motivato, a fissare la durata delle misure, in attesa, presumibilmente che le stesse vengano confermate o revocate; tuttavia, a norma del terzo comma dell'art. 55, la conferma o la revoca deve intervenire sempre "entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese" (che dovrebbe avvenire il giorno successivo al deposito). Anzi, poiché l'udienza di cui al quinto comma dell'art. 54 potrebbe essere fissata anche nel termine di 45 giorni dal deposito della domanda, il provvedimento di conferma o revoca potrebbe, o meglio, dovrebbe intervenire prima di tale termine.

In sostanza, una volta disposto che la conferma o la revoca delle misure protettive deve intervenire nel breve tempo di 30 giorni dalla pubblicazione della domanda e che con questo provvedimento, ovviamente in caso di conferma, il giudice fissa la durata delle misure stesse, diventa del tutto superflua la previsione che attribuisce al presidente del tribunale o di sezione di fissare, entro lo stesso periodo, una udienza per stabilire la durata delle misure protettive.

f-Quali sono le conseguenze se il giudice all'esito dell'udienza, non provvede "senza indugio"? Questa precisazione sul tempo della decisione è intervenuta nell'ultima stesura della norma in quanto nelle prime due versioni non era previsto alcun termine e in quella del novembre del 2018 era detto che il decreto doveva essere depositato entro i dieci giorni successivi all'udienza, cui seguiva la sanzione secondo cui "Se l'udienza e il deposito del decreto non intervengono nei termini prescritti cessano gli effetti protettivi prodottisi a norma del comma 2."

Nella versione definitiva attuale, il termine fisso per il deposito del decreto è stato sostituito con un termine che, seppur fa capire che il provvedimento debba essere emesso in tempi brevi, dà al giudice un margine di flessibilità, che indubbiamente introduce un elemento ulteriore di incertezza. Inoltre è sparita la parte sanzionatoria, per cui non è più precisato cosa accade se il presidente del tribunale o di sezione non fissa

l'udienza o non emette il decreto senza indugio. Probabilmente nulla per quanto si è detto in precedenza circa la sostanziale inutilità della disposizione in esame, ma rimane il fatto che la norma esiste e la soppressione delle parte di essa che sanciva la cessazione degli effetti protettivi qualora l'udienza e il deposito del decreto non fossero intervenuti nei termini prescritti induce a ritenere che le misure protettive, in quanto operanti automaticamente se il debitore ne ha fatta richiesta, continuino a produrre i loro effetti fino alla revoca, di cui parla l'art. 55, o fino alla scadenza annuale; opinione espressa anche dalla Commissione Senato che aveva suggerito la eliminazione di detta disposizione perché "senza tale soppressione si reputa che il creditore rimanga senza protezione e il magistrato non può essere passibile di alcuna procedura di responsabilità per non aver fissato nei termini l'udienza".

Al di là di queste incongruenze, rimane da chiedersi per quale ragione il legislatore abbia lasciato questa norma di cui al quinto comma dell'art. 54, del tutto superflua.

Io non riesco a trovarla, né è di aiuto la Relazione accompagnatoria al Codice che implicitamente condivide la irrilevanza di questo intervento interlocutorio del presidente del tribunale o di sezione, tanto che sul punto si limita a riportare il testo normativo, nel mentre dà il dovuto rilievo al procedimento di conferma o revoca, lì dove si chiarisce che il protrarsi degli effetti delle misure protettive "è condizionato alla loro conferma entro trenta giorni di tempo dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese".

Peraltro, ad ulteriore riscontro della importanza data al procedimento di conferma o revoca delle misure protettive a scapito di questo intervento interlocutorio del presidente del tribunale o di sezione, sta anche il fatto che nell'ultima versione del CCI la frase, che nella precedente versione del novembre 2018, a chiusura del quinto comma dell'art. 54 stabiliva che "Se l'udienza e il deposito del decreto non intervengono nei termini prescritti cessano gli effetti protettivi prodottisi a norma del comma 2", è stata spostata, con qualche adattamento, alla fine del terzo comma dell'art. 55 e riferita, quindi, alla mancato deposito in termini del decreto di conferma o revoca delle misure protettive all'esito dell'apposito procedimento (e di questo si parlerà trattando del procedimento).

Volendo azzardare una ipotesi sulla presenza di questo inutile quinto comma dell'art. 54, credo che il legislatore sia incorso in un infortunio, nato dall'originario testo del CCI. Qui, come già detto, il secondo comma dell'art. 58 prevedeva che nei procedimenti di liquidazione giudiziale, di concordato e di ristrutturazione dei debiti fosse il tribunale a disporre il divieto di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e dell'impresa e ad

indicarne contestualmente la durata. Probabilmente, anche qui, eliminato il potere iniziale del tribunale di intervenire sulla concessione del divieto delle azioni esecutive nelle procedure di composizione della crisi e dell'insolvenza, il legislatore ha ritenuto opportuno mantenere l'intervento del presidente del tribunale, di sezione o dello stesso tribunale per fissarne la durata, senza rendersi conto delle implicazioni che una formula del genere, trasposta in un comma autonomo e inserita nel modificato sistema di semi automatismo che contempla un procedimento di conferma o revoca, avrebbe comportato.

Altra spiegazione della presenza della norma di cui al quinto comma dell'art. 54 potrebbe essere quella attribuire al legislatore l'intenzione di generalizzare il sistema attualmente vigente per gli accordi di ristrutturazione anticipati, ove, seppur l'effetto della sospensione si verifica immediatamente dal momento della pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese, è poi richiesto un provvedimento del tribunale che, sentito i creditori e verificata l'esistenza dei presupposti per pervenire all'accordo di ristrutturazione, "dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive", assegnando un termine non superiore a sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione del professionista.

Potrebbe essere, ma se così fosse vorrebbe dire che il legislatore ha dimenticato, da un lato, che la moratoria di cui al sesto comma dell'art. 182-bis richiede un accordo già in fase di definizione¹⁹, nel mentre la disposizione di cui al quinto comma dell'art. 54 riguarda tutte le procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, compreso il concordato con riserva che, per definizione, non contiene ancora la proposta e il piano, e dall'altro, che ha contestualmente predisposto un procedimento per la conferma e revoca delle misure protettive inconciliabile con questo sub procedimento.

Infine ultima ipotesi che mi viene in mente è che il legislatore abbia inteso confinare la fattispecie di cui al quinto comma dell'art. 54 nell'ambito

¹⁹ B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *Riv. dottori comm.*, 2011, 815, ove l'Autore, dopo ampia disamina, conclude che "l'utilità del ricorso ad una siffatta procedura di moratoria preventiva non può essere riferita alla fase di trattative, in cui il debitore sta elaborando o sta costruendo oppure sta discutendo un testo di proposta sul quale ottenere l'adesione dei creditori.... Il ricorso alla moratoria preventiva appare praticabile nel momento in cui: a) il debitore si trova in una fase di trattative con i creditori che rappresentano il sessanta per cento dei crediti, nella quale il testo della proposta deve essere considerato definitivo; b) il debitore abbia fondate ragioni per ritenere che tali trattative si concludano positivamente con la conclusione dell'accordo, attraverso l'adesione alla proposta di creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti ed il professionista rilasci nello stesso termine, la relazione di cui al primo comma dell'articolo in parola".

della procedura di composizione assistita della crisi, posto che il comma in esame segue il quarto, ove si dice che quando le misure protettive sono richieste ai sensi dell'articolo 20 dal debitore che ha presentato l'istanza di composizione assistita della crisi o sia stato convocato dall'OCRI, la domanda, su istanza del debitore, può essere pubblicata nel registro delle imprese. Tuttavia, proprio la collocazione della norma in esame in apposito comma, senza alcun collegamento lessicale con il precedente, induce a ritenere che questa fase interinale non può che essere riferita alle procedure di cui all'art. 40, espressamente richiamato dal secondo comma dell'art. 54, che sono appunto quelle della liquidazione giudiziale o di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione.

Ma, al di là della collocazione della norma in esame, è significativo il fatto che essa attribuisca il potere di fissare l'udienza e di emettere il decreto al presidente del tribunale o al presidente della sezione cui è assegnata la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza; indicazione questa che fa intendere che sia stato preso in considerazione il tribunale ordinario, eventualmente diviso in sezioni, nel mentre, a norma dell'art. 20, il debitore, che chiede l'assistenza dell'OCRI per le trattative con i creditori, può richiedere misure protettive al tribunale individuato nella sezione specializzata in materia di crisi di impresa competente per territorio in ragione della sede dell'impresa, che provvede dopo aver eventualmente sentito a chiarimenti i soggetti che hanno effettuato la segnalazione e il presidente del collegio avanti al quale pende la procedura di composizione assistita; di conseguenza, la norma di cui al quinto comma dell'art. 54, se avesse preso in considerazione le misure di protezione richieste nella procedura di composizione assistita della crisi, avrebbe dovuto attribuire il potere di cui si discute al presidente della sezione specializzata e non al presidente del tribunale o al presidente di sezione.

Né è possibile una equiparazione tra questi organi giacché le sezioni specializzate in materia di impresa sono investite di una peculiare competenza per materia e per territorio che si estende ad un bacino ben più ampio di quello del tribunale o della corte d'appello presso cui sono istituite; "esse, come ha ribadito anche di recente la S. Corte²⁰, pertanto, dispongono di una propria autonoma competenza, quale misura della giurisdizione, diversa e più ampia da quella dell'ufficio giudiziario presso cui sono istituite, essendo competenti, in parte, riguardo a controversie per le quali il tribunale e la corte d'appello di appartenenza non lo sarebbero".

²⁰ Cass. 28 febbraio 2018, n. 4706, in *Foro it.*, 2018, I, 2770.

4.3. – Nell’ultima versione del CCI è stato inserito, su suggerimento della Commissione Giustizia della Camera, un nuovo comma, il sesto, del seguente tenore: “Le misure protettive disposte conservano efficacia anche se il debitore, prima della scadenza fissata dal giudice ai sensi dell’articolo 44, comma 1, lettera a) per il deposito degli accordi di ristrutturazione, deposita domanda di apertura del concordato preventivo”.

L’intento dichiarato dalla Commissione suggeritrice era quello di attribuire effetti conservativi alle misure protettive anche nel caso in cui il debitore, “che aveva originariamente intrapreso la strada dell’omologazione di accordi di ristrutturazione, decida di presentare una proposta di concordato preventivo”, e nella relazione accompagnatoria si dice che tale suggerimento è stato accolto perché “coerente con la possibilità, prevista dal comma 3, di ottenere misure protettive anche a seguito della presentazione di un ricorso in bianco”.

Orbene, al di là dell’improprietà della lessico normativo che qualifica come “disposte” misure protettive che operano automaticamente su richiesta di parte, dice bene la relazione quando afferma che la disposizione di cui al comma sesto è coerente con la previsione di cui al comma 3, giacché questo comma ripropone la fattispecie di cui all’attuale sesto comma dell’art. 182-*bis* l.fall., per il quale il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive, che scatta con il deposito nel registro delle imprese dell’accordo di ristrutturazione, può essere richiesto dall’imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell’accordo allegando la documentazione richiesta dalla norma. E, seppur manca nel nuovo codice una norma simile a quella di cui al comma ottavo dell’art. 182-*bis*²¹, si può dire che, con la disposizione di cui al sesto comma dell’art. 54, è stata implicitamente riconosciuta la possibilità che il debitore, ottenuto il termine per il deposito di una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione, presenti, alla scadenza, una domanda di concordato, essendo evidente che se la norma dispone che, in tal caso, le misure protettive della prima procedura conservano efficacia nella seconda si dà per ammesso che possa avvenire il passaggio dall’una all’altra.

Detta norma, tuttavia, prevede solo il mantenimento delle misure protettive nel passaggio dagli accordi di ristrutturazione in bianco al concordato e non il passaggio inverso, né vi è nel Codice una norma simile a quella di cui all’attuale sesto comma dell’art. 161 l.fall. nella parte in cui

²¹ Per il quale “A seguito del deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti nei termini assegnati dal tribunale trovano applicazione le disposizioni di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma. Se nel medesimo termine è depositata una domanda di concordato preventivo, si conservano gli effetti di cui ai commi sesto e settimo”.

dispone che il debitore che ha presentato domanda di concordato con riserva, nel termine concesso per presentare la proposta, il piano e la documentazione, possa, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, "depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma".

Di conseguenza, mancando una norma che, a somiglianza dell'attuale comma sesto dell'art. 161, preveda che, alla scadenza del termine concesso su una domanda di concordato in bianco, il debitore possa presentare una domanda di omologa di accordo di ristrutturazione e mancando anche una norma che, a somiglianza di quella in esame di cui al sesto comma dell'art. 54, disponga che gli effetti delle misure protettive emesse nel corso del concordato in bianco si conservino anche nella procedura di ristrutturazione, bisogna dedurne che non è ammessa la sequenza preconcordato accordi di ristrutturazione e, quand'anche la si ammetta, non vi è una norma che conservi gli effetti protettivi prodotti nella prima procedura anche nella seconda.

Né questa carenza normativa può dirsi superata dalla disciplina unitaria dettata per l'accesso al concordato e all'omologa degli accordi di ristrutturazione. E' vero, infatti, che il giudice, ai sensi dell'art. 44 ultima versione CCI, può concedere un termine, compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile in presenza di alcune condizioni di non oltre sessanta giorni, "entro il quale il debitore deposita la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art. 39, comma 1, oppure gli accordi di ristrutturazione dei debiti", ma questo non può essere interpretato nel senso che l'imprenditore possa presentare una domanda di concessione di termine in bianco, senza alcuna indicazione della procedura cui intende accedere, avendo poi la libertà, alla scadenza, di formulare sia una domanda di concordato pieno che di omologa di accordi di ristrutturazione. In primo luogo perché, se così fosse, sarebbe superflua la norma in esame di cui al sesto comma dell'art. 54, ma principalmente perché alla domanda di concessione del termine deve necessariamente accompagnarsi la qualificazione della procedura cui la richiesta è finalizzata, se non altro perché il secondo comma dell'art. 40 prevede che il ricorso per l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza "deve indicare l'ufficio giudiziario, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni ed è sottoscritto dal difensore munito di procura". Peraltro diversi sono gli effetti; se lo scopo del debitore è presentare una proposta di concordato è sempre obbligatoria la nomina del commissario e un deposito quale fondo spese, nel mentre tale nomina è obbligatoria solo in presenza di istanze per la apertura della procedura di liquidazione giudiziale qualora il

debitore intenda accedere alla ristrutturazione; diversi sono i documenti che il debitore deve presentare a seconda della procedura cui intende accedere, diversi gli obblighi derivanti, i poteri degli organi, e così via.

Se è così, la possibilità di passare da una procedura all'altra deve necessariamente essere prevista e disciplinata dalla legge (come attualmente fanno il sesto comma dell'art. 161 e l'ottavo comma dell'art. 182-bis); in mancanza, il debitore può proseguire soltanto lungo la strada inizialmente intrapresa, a meno che una norma, come quella del sesto comma dell'art. 54, disponendo che gli effetti delle misure protettive emesse nel corso della procedura di ristrutturazione in bianco si conservino anche nella procedura di concordato, non riconosca implicitamente questo passaggio.

4.4. – L'ultimo comma dell'art. 54, raccordando la disciplina interna con quella dell'Unione Europea, riconosce la legittimazione dell'amministratore delle procedure di insolvenza nominato dal giudice competente ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2015/848 a richiedere le misure cautelari di cui al comma 1 e quelle protettive di cui al comma 2 quando nel territorio dello Stato sia stata presentata la domanda di accesso e o anche nel caso in cui essa manchi, e dunque non venga aperta alcuna procedura concorsuale. Per questa seconda eventualità l'amministratore richiedente dovrà indicare nella richiesta le condizioni di effettivo e imminente soddisfacimento non discriminatorio di tutti i creditori secondo la procedura concorsuale aperta presso lo Stato.

5.1. – La disciplina procedurale delle misure cautelari e protettive è contenuta nell'art. 55 ed essa è necessariamente diversa per ciascuna tipologia perché:

a-le misure cautelari sono disposte dal giudice e quelle protettive operano automaticamente su richiesta del debitore;

b-le prime, nelle procedure di concordato e ristrutturazione dei debiti possono essere chieste fino all'omologa e nella liquidazione fino all'apertura della stessa, nel mentre le seconde soltanto con la domanda di accesso;

c-le prime non hanno limiti di durata nel mentre le seconde hanno una durata massima prefissata.

In comune esse hanno la fase introduttiva, che è quella prevista dal primo comma dell'art. 55, per il quale "Nei casi previsti dall'articolo 54, il presidente del tribunale o della sezione cui è assegnata la trattazione delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza designa il magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento, cui procede direttamente il giudice relatore, se già delegato dal tribunale per l'audizione delle parti"; previsione quest'ultima che riguarda l'ipotesi in cui, a seguito di una istanza

di apertura del procedimento di liquidazione giudiziale, sia stato già nominato, a norma del comma sesto dell'art. 41, un giudice istruttore, delegato, tra l'altro, a sentire le parti.

Già da tale prima disposizione, ma se ne ha conferma nei commi successivi, si capisce che a decidere sulle misure cautelari e protettive è un giudice monocratico, posto che il giudice unico designato è l'organo che poi svolge le attività previste dalla legge e decide, giacché non vi è una norma che disponga che questi riferisca poi al collegio né una norma che riservi al tribunale in composizione collegiale la decisione sulla conferma o revoca delle misure protettive e cautelari.

A questo primo comma si collega l'ultimo, per il quale "I provvedimenti di cui all'articolo 54, commi 1 e 2 possono essere emessi anche dalla corte di appello nel giudizio di reclamo previsto dall'articolo 50".

Il richiamo a tale norma fa capire che la possibilità per la corte di appello di emettere misure cautelari o protettive sussiste soltanto in caso di reclamo contro il provvedimento che rigetta la domanda di apertura della liquidazione giudiziale, nella cui fase istruttoria siano state "emesse" delle misure di tutela dei creditori, perché a questa specifica fattispecie si riferisce la norma richiamata. Poiché in questa fase, che oggi chiameremmo prefallimentare, le uniche misure che sono "emesse" dal giudice sono quelle cautelari, nella fase del reclamo avanti alla corte del decreto di rigetto della istanza di apertura di liquidazione giudiziale, soltanto le stesse misure possono essere emesse da tale organo.

Se ne deve dedurre che la previsione che anche i provvedimenti di cui al secondo comma dell'art. 54 (che, si ricorda, tratta delle misure protettive) possano essere "emessi" dalla corte di appello è chiaramente impropria perché, come si è detto più volte, le misure protettive di cui all'art. 54, comma 2, operano automaticamente, a seguito della semplice richiesta dell'interessato, per cui manca un provvedimento "di cui all'art. 54 comma 2" che possa essere emesso in primo o in secondo grado.

Peraltro, il blocco delle azioni esecutive e cautelare può scattare in questa fase prefallimentare solo se l'istanza di apertura risale alla iniziativa del debitore (dato che tale blocco, seppur automatico richiede l'istanza del debitore contenuta nella domanda iniziale) e sulla legittimazione del debitore all'impugnazione del decreto di rigetto permangono le vecchie perplessità perché, se è vero che l'art. 50 parla di reclamo proposto dal ricorrente - e non più dal creditore ricorrente, come l'attuale art. 22 - è altrettanto vero che è rimasto il divieto per il debitore di chiedere in separato giudizio la condanna del creditore istante alla rifusione delle spese ovvero al risarcimento del danno, da cui si deduceva, pur dopo alcuni interventi della

Corte Costituzionale, la facoltà del debitore di impugnare il decreto di rigetto del tribunale solo relativamente alla parte in cui decideva di condanna del creditore alla rifusione delle spese e al risarcimento del danno. Ma a parte questi dubbi, rimane il fatto che l'ipotesi in cui venga rigettata la domanda di apertura della liquidazione giudiziale presentata dallo stesso debitore è abbastanza marginale, ed ancor più lo è l'ipotesi che il debitore istante impugni il relativo decreto, insistendo per l'operatività delle misure protettive, quando è più semplice presentare una nuova istanza di apertura della liquidazione giudiziale.

Ad ogni modo il richiamo fatto dall'ultimo comma dell'art. 55 all'art. 50, che riguarda il solo caso della impugnazione del provvedimento che respinge la domanda di apertura della liquidazione giudiziale, crea un vuoto che riguarda (non l'ipotesi inversa in cui sia accolta la domanda di apertura della liquidazione giudiziale, dato che, in tal caso, trova applicazione l'art. 150 che pone il divieto delle azioni esecutive e cautelari dal giorno della sentenza, che non perde la sua provvisoria esecutorietà a causa del reclamo-art. 51, comma 4, ma) il caso di dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato, che non sia accompagnata da dichiarazione di fallimento.

Questo provvedimento è, nell'attuale legge fallimentare, definito "non soggetto a reclamo" dal secondo comma dell'art. 162 e conosciamo il contrasto giurisprudenziale sulla possibilità di impugnare tale decreto ai sensi del settimo comma dell'art. 111 Cost, risolto dall'intervento delle Sezioni unite del 2016²² nel senso della non impugnabilità, ma l'art. 47, co. 4, CCI, prevede che "Il decreto di cui al comma 3 (quello con cui il tribunale dichiara inammissibile la proposta) è reclamabile dinanzi alla corte di appello nel termine di quindici giorni dalla comunicazione.....", ed è evidente che, anche in questo caso, potrebbe emergere l'opportunità di "emettere" misure protettive da parte della Corte o che, comunque, queste possano operare.

Al di fuori di questi casi in cui l'impugnazione del provvedimento di inammissibilità della domanda concordataria o della domanda di apertura della liquidazione giudiziale assorbe quella sulle misure protettive e cautelari, i provvedimenti che a queste si riferiscono- sia essa l'ordinanza che concede le misure cautelari sia esso il decreto che conferma o revoca le misure protettive- dovrebbero, nel silenzio della legge, essere impugnabili ai sensi dell'art. 124, che regola (come l'attuale art. 26 l. fall.) il reclamo avverso i decreti del giudice delegato e del tribunale nella liquidazione giudiziale, ma applicabile analogicamente a tutti i provvedimenti indicati, anche se

²² Cass. sez. un. 28 dicembre 2016, n. 27073, in *Foro it.* 2017, I, 1338.

emessi in altre procedure, dato che, se non vado errato, non è stato riprodotto l'attuale art. 164 l.fall. che prevede il reclamo avverso i provvedimenti del giudice delegato emessi nel concordato.

5.2. – Il procedimento per la concessione delle misure cautelari è mutuato dalla disciplina del codice processuale. Dispone, infatti, il secondo comma dell'art. 55 che "Il giudice, nei casi di cui all'articolo 54, comma 1, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione alla misura richiesta e, quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé, ove già non disposta ai sensi dell'articolo 41, assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notifica del ricorso e del decreto alle altre parti. All'udienza il giudice con ordinanza conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto".

Come si vede, la prima parte della norma riprende testualmente il primo comma dell'art. 669-sexies, c.p.c., solo che quest'ultimo, dopo aver affermato il principio di libertà delle forme - che si estrinseca sia nelle non vincolate modalità di convocazione delle parti (sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio) sia nell'assenza di preclusioni in ordine alla allegazione dei fatti ed alle deduzioni probatorie (procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione..) - conclude il concetto disponendo che il giudice "provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda"; la norma del CCI, invece, dopo l'affermazione degli stessi principi, non pone una conclusione perché non dice cosa debba fare il giudice, nè con quale strumento debba provvedere nel caso in cui abbia sentito le parti, passando alla diversa fattispecie in cui "la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento". In questo caso, riprendendo testualmente il secondo comma dell'art. 669-sexies c.p.c., dispone che il giudice "provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni" e poi fissa l'udienza per la comparizione delle parti, alla quale "con ordinanza modifica o revoca i provvedimenti emessi con decreto".

La norma del codice di rito, quindi, correttamente tiene distinte le due ipotesi: quella della avvenuta audizione delle parti, in cui il giudice decide con ordinanza e non deve più ritornare sul provvedimento preso (primo comma art. 669-sexies) e quella della impossibilità di sentire le parti, in cui il giudice decide in via di urgenza con decreto, assunte ove occorra sommarie informazioni, ma poi deve attivare l'attuazione del contraddittorio (comma

secondo). La nuova norma del CCI si preoccupa, invece, soltanto di questa seconda ipotesi in cui il giudice provvede con decreto per non aver potuto convocare le parti dal momento che solo "in tal caso - precisa la norma - il giudice fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé,", alla quale "con ordinanza conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto", in una logica in cui la misura cautelare, emessa in via di urgenza senza sentire le parti, viene sottoposta ad un ulteriore vaglio alla luce delle prospettazioni difensive del resistente, all'esito del quale può essere confermata, revocata o sostituita da un nuovo provvedimento.

Rimane il fatto che quando la convocazione delle parti non pregiudica l'attuazione del provvedimento, la norma prevede che il giudice senta le parti, svolga attività istruttoria, ma omette di dire cosa possa fare e con quale strumento debba provvedere. È chiaro che, in tal caso, il giudice accoglie o rigetta la domanda cautelare, presumibilmente con ordinanza, ma è altrettanto evidente che è il legislatore che dovrebbe dire quale possa o debba essere il comportamento del giudice.

Eppure, come detto, esisteva un modello dal quale il nuovo legislatore ha attinto a piene mani, per cui c'è solo da chiedersi perché non sia stata fatta una copia integrale dei primi due commi dell'art. 669-sexies, c.p.c..

Altra carenza della nuova norma è, in ipotesi di concessione del provvedimento d'urgenza con decreto, la mancata indicazione di un termine entro cui fissare l'udienza per il riesame; l'art. 669-sexies, comma 2, c.p.c., dispone che il giudice, con il decreto che concede il provvedimento, fissa "l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto"; l'art. 55, comma 2 CCI, invece, prevede che il giudice fissi "l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé, ove già non disposta ai sensi dell'articolo 41, assegnando all'istante un termine perentorio non superiore a otto giorni per la notifica del ricorso e del decreto alle altre parti".

Anche questa carenza non è spiegabile perché in un procedimento segnato dall'urgenza è logico prevedere che sia stabilito anche il termine massimo entro cui fissare l'udienza per il riesame dei provvedimenti di urgenza emessi, piuttosto che lasciare tale scelta alla discrezionalità del giudice.

Per il resto la norma in esame pone le stesse problematiche che si presentano e si dibattono nell'interpretazione della norma del codice di rito, in ordine, ad esempio, al *dies a quo* della decorrenza del termine per la notifica, agli effetti della mancata notifica nel termine indicato, alle conseguenze in tal caso sul provvedimento cautelare emesso, ecc., per cui

non è il caso di occuparsene in questa sede. Va, comunque, ricordato che secondo il prevalente orientamento, la mancata o tardiva notifica del decreto cautelare emesso inaudita altera parte ex art. 669-*sexies* comporta l'inefficacia della cautela, che può essere dichiarata anche d'ufficio, senza possibilità di concedere un termine per la rinnovazione della notifica; non vi è motivo per non estendere lo stesso principio nel campo concorsuale ove, peraltro, l'impatto è molto meno violento perché le misure emesse erano strumentali all'apertura di una procedura, nella quale, una volta aperta, la limitazione dei poteri del debitore e la presenza degli organi nominati rendono superflui i provvedimenti interinali.

5.3. – Si è già detto che alla quasi automaticità della produzione dell'effetto del blocco delle azioni esecutive e cautelari in conseguenza della pubblicazione della domanda (che contenga una richiesta del genere) nel registro delle imprese, non segue più l'automatica protrazione dello *stay*, occorrendo un'espressa conferma di esso da parte del giudice, a pena di decadenza, entro 30 giorni dalla suddetta pubblicazione. Dispone, infatti il comma terzo dell'art. 55 che "Nel caso previsto all'articolo 54, comma 2, il giudice, assunte, ove necessario, sommarie informazioni, conferma o revoca con decreto le misure protettive, stabilendone la durata, entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese. Il decreto è trasmesso al registro delle imprese per l'iscrizione ed è reclamabile ai sensi dell'articolo 124. Se il deposito del decreto non interviene nel termine prescritto cessano gli effetti protettivi prodottisi ai sensi dell'articolo 54, comma 2".

Come si vede, il nuovo legislatore, che nella prima versione del CCI (cfr. art. 58 testo dicembre 2017) si era adeguato alla Direttiva comunitaria che subordina la produzione degli effetti protettivi ad una valutazione preventiva dell'autorità giudiziaria o amministrativa (art. 6), ha ritenuto di allontanarsi da questo schema eliminando il controllo preventivo e introducendo un procedimento di conferma o revoca delle misure protettive che operano (quasi) automaticamente.

Questa posticipazione della valutazione del giudice non creerebbe, a mio avviso, una difformità dalla disposizione comunitaria se la verifica del giudice, così come richiesta dall'art. 55, fosse corrispondente nei contenuti a quella voluta dalla Direttiva. Ma così non è.

Invero, la preventiva valutazione da parte dell'organo giudiziario (o amministrativo) ipotizzata dalla Direttiva è destinata ad operare in un quadro in cui la compressione, seppur temporanea, degli strumenti di autotutela a disposizione del creditore che discende dalla sospensione delle azioni esecutive viene compensata da un controllo di meritevolezza

demandato all'organo giudiziario (o amministrativo) chiamato in causa che, appunto, deve valutare se la sospensione sia necessaria e se rispetti l'obiettivo di sostenere i negoziati, perché lo scopo della sospensione è quello di consentire al debitore durante i negoziati per la ristrutturazione di continuare a operare o preservare il valore del patrimonio. Tanto richiede che gli Stati membri indichino in positivo le condizioni in presenza delle quali le misure protettive possano essere concesse e in negativo gli impedimenti alla concessione dello *stay*, "laddove - come si legge nel considerando 19 - il debitore mostra una condotta tipica di un debitore che non è in grado di pagare i debiti in scadenza, come un inadempimento sostanziale nei confronti dei lavoratori o delle agenzie fiscali o di sicurezza sociale, o laddove il crimine finanziario è stato commesso dall'imprenditore o dalla direzione corrente di un'azienda che dà motivo di credere che la maggioranza dei creditori non sosterrà l'inizio dei negoziati".

In un sistema così articolato, parametrato sul caso concreto e finalizzato a favorire le trattative in corso, si spiega un intervento del giudice preventivo allo scopo di valutare se ricorrono le condizioni richieste dalla legge per la concessione della sospensione, in quanto si chiede al giudice di esaminare, in relazione alla fattispecie concreta in esame, la necessità della sospensione in funzione della utilità a favorire le trattative per la soluzione della crisi, dando all'organo decidente anche la possibilità (di enorme impatto) di selezionare i singoli creditori o le categorie di creditori ai quali applicare la sospensione, che, peraltro non può colpire alcune categorie, quale quella dei lavoratori dipendenti. E si spiega anche perché, dopo questa valutazione iniziale sia sempre possibile la revoca della sospensione delle azioni esecutive individuali, in tutto o in parte, sempre in presenza di specifiche condizione (par. 8, art. 6), di cui si parlerà in seguito.

Eguale indagine viene demandata al giudice al fine di prorogare la durata della sospensione oltre il termine iniziale di quattro mesi, perché questa è soggetta ad una severa verifica dell'interesse dei creditori in quanto dovrebbe essere possibile (in sintesi, cfr. par. 5, art. 6) ove risulti chiaramente che le trattative sul piano di ristrutturazione avanzano e che i creditori non sono ingiustamente pregiudicati.

Il nostro legislatore, eliminato il controllo preventivo del giudice o di altra autorità, ha, come detto, introdotto una verifica successiva attraverso la previsione di un procedimento di conferma o revoca delle misure protettive che operano automaticamente, tuttavia in tale procedimento non si attua una verifica ancorata al caso concreto che i creditori non subiscano pregiudizi dalla sospensione o che la procedura concordataria possa essere egualmente proseguita anche in assenza della sospensione, ma si lascia al

giudice di confermare o revocare la sospensione in base a parametri non definiti e neanche accennati.

E' sintomatico il confronto tra l'attuale art. 182-*bis*, l.fall. che, per il caso in cui le misure protettive vengano richieste dall'imprenditore nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, detta un meccanismo che in qualche modo si avvicina a quello attuale posto dagli artt. 54 e 55 CCI, nel senso che il blocco delle azioni esecutive e cautelari si attua automaticamente alla data della pubblicazione della richiesta del debitore nel registro delle imprese, cui segue una decisione del giudice, equiparabile ad una conferma o revoca. Orbene, in questo caso, sia l'art. 182-*bis* l. fall. che il terzo comma dell'art. 54 CCI impongono che la domanda sia corredata, oltre che dalla documentazione prevista per la richiesta di omologazione dell'accordo, "da un'attestazione del professionista indipendente che attesta che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e che la stessa, se accettata, è idonea ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare". A questo punto però, l'art. 182-*bis* richiede che il tribunale, una volta verificata la regolarità e completezza della documentazione allegata alla domanda, fissi una udienza e ne disponga la comunicazione ai creditori al fine di consentire loro di valutare la proposta di accordo e rendere eventualmente palese la volontà di negare la disponibilità a trattare e far emergere la eventuale esistenza di una diversa maggioranza dei creditori con i quali sono in corso trattative; all'esito di tale udienza il tribunale, come precisa il comma settimo dell'art. 182-*bis*, può disporre con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive solo ove abbia "riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare", ossia la norma demanda al tribunale una valutazione della corrispondenza del contenuto della relazione del professionista al tipo richiesto dal legislatore e della idoneità della proposta di accordo, se accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Il terzo comma dell'art. 55 del CCI si limita a dire, come emerge dal testo in precedenza riportato, che nel caso previsto all'articolo 54, comma 2 (in cui rientrano, ai sensi del comma terzo dell'art. 54, anche le misure richieste nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione), il giudice monocratico decide con decreto neanche motivato, senza sentire i creditori, assumendo

informazioni solo se lui lo reputa necessario, e nella piena discrezionalità decisionale non essendo prefissato alcun criterio di valutazione e, quindi, la decisione sulla conferma o revoca della sospensione delle azioni esecutive è sì affidata al giudice, ma è disancorata da criteri certi che consentano, attraverso un giudizio ponderato, di mantenere quel delicato equilibrio degli interessi coinvolti nella fase delle trattative tra il debitore in crisi e i creditori anteriori c.d. interessati, con possibilità anche di difesa di costoro.

C'è da chiedersi, infatti, per quali motivi il giudice potrebbe non confermare le misure protettive in corso. L'unica ipotesi che mi viene in mente è quella che la revoca sia conseguenza di una verifica che l'esercizio di azioni esecutive e cautelari non pregiudichi il raggiungimento degli scopi della procedura intrapresa, ma questo potere potrebbe assumere un significato concreto solo ove fosse ammessa la selezione delle azioni da sospendere o da mantenere, che non è consentito al giudice italiano.

In mancanza di questa possibilità, il procedimento confermativo o revocatorio diventa un esercizio inutile, in quanto la decisione finale è a senso unico obbligato, non potendosi concepire una procedura concorsuale in cui tutti i creditori che ne hanno titolo possano aggredire il patrimonio del debitore, a meno che la decisione non abbia carattere provvisorio in quanto finalizzata a proteggere il patrimonio del debitore dalle aggressioni dei creditori in attesa che si decida sulla sorte della procedura che, se aperta, contenga gli strumenti normativi per realizzare lo scopo cui è destinata.

Tanto accade nella liquidazione giudiziale, ove, una volta aperta la procedura, scatta automaticamente il blocco delle azioni esecutive e cautelari posto dall'art. 150, anche se il divieto iniziale non è stato ancora confermato, essendo possibile che la sentenza di accertamento dell'insolvenza arrivi prima della decisione sulla conferma o revoca delle misure protettive. Lì dove, invece, l'istruttoria prefallimentare duri tanto da consentire che si arrivi alla decisione sulla conferma o revoca delle misure protettive, la decisione del giudice è sostanzialmente determinata dal possibile esito dell'istruttoria prefallimentare e, quindi, obbligata nel senso della conferma, ove si ponga mente che, per i motivi già più volte detti, nella liquidazione giudiziale le misure protettive di cui al secondo comma dell'art. 54 (alle quali si applica la procedura di cui al terzo comma dell'art. 55 di cui si sta parlando) possono essere richieste solo dal debitore che presenti istanza di liquidazione giudiziale in proprio, che, è logico presumere, tranne casi eccezionali, sicuramente sarà accolta, con conseguente applicazione dell'art. 150. Diventa, pertanto, difficile, per non dire impossibile, ipotizzare che il giudice del riesame delle misure protettive le revochi giacché la revoca ha senso solo ove si pensi che la apertura della liquidazione, nella quale opera automaticamente e definitivamente il divieto delle azioni esecutive,

non si verifichi, altrimenti si crea una frattura tra la valutazione del giudice, che oggi dispone la revoca delle misure protettive, e la legge che dispone che il giorno dopo dette misure operino egualmente.

La situazione diventa molto più critica nel concordato perché qui manca una norma simile a quella di cui all'art. 150 dettata per la liquidazione giudiziale, in quanto, come già ricordato, non è stata riprodotta la disposizione dell'attuale art. 168, né è rinvenibile altra norma che sposti tale divieto alla data della apertura del concordato pieno o dell'omologa, di modo che il provvedimento del giudice di conferma o revoca delle misure protettive è definitivo; e, se quello di conferma incontra il limite dell'anno, quello di revoca è destinato a valere per l'intera procedura, quanto meno fino all'omologa, ma anche oltre, ponendosi anche in questo caso il problema se (non la previsione di legge che fissa la durata massima della sospensione, ma) l'espresso provvedimento giudiziario di revoca del blocco delle azioni esecutive perda o non effetto a seguito dell'omologa. In questa situazione, viene meno la necessità stessa del controllo giudiziale perché questo deve necessariamente concretizzarsi nella conferma delle misure protettive, essendo impensabile un provvedimento di revoca della sospensione generalizzata delle azioni esecutive, che lasciando i creditori liberi di aggredire il patrimonio del debitore concordatario per tutta la durata della procedura - ed a maggior ragione se anche dopo l'omologa - renderebbe la procedura concordataria improseguibile.

Orbene, se proprio si vuole introdurre un meccanismo come quello ideato dal CCI, in primo luogo, dovrebbero essere indicati i criteri cui il giudice deve attenersi per la conferma o la revoca, e poi un tale sistema, come nella liquidazione giudiziale opera solo nella fase istruttoria prefallimentare, egualmente dovrebbe funzionare nel concordato in modo da tutelare il patrimonio del debitore nella fase concessa per predisporre la proposta, il piano e la documentazione e nella fase dello svolgimento della procedura per raccogliere i consensi e arrivare all'omologa.

Per la fase successiva dovrebbe, per le ragioni di certezza già sottolineate parlando della durata annuale massima delle misure protettive e per venire incontro all'esigenza di definire la portata della revoca disposta dal giudice, essere reintrodotta una norma simile a quella di cui all'attuale art. 168 l.fall., con riferimento appunto dall'omologa, che non sarebbe contraria alla Direttiva europea in quanto non riguarderebbe più la fase delle trattative ma quella della esecuzione degli accordi raggiunti e ratificati.

Negli accordi di ristrutturazione, il mantenimento del termine del pagamento dei creditori non aderenti già costituisce quel divieto di agire in via esecutiva per i creditori, che si propone di immettere, in termini generalizzati nel concordato omologato.

Per quanto riguarda la parte strettamente procedurale, questa è semplificata al massimo in quanto, come già accennato, domina il principio di libertà delle forme a scapito anche di quello del contraddittorio, dato che non è prevista l'audizione delle parti, né in via immediata né posticipata (come nel caso delle misure cautelari) e il giudice decide nella piena libertà istruttoria stabilendo, sempre lui, se è necessario assumere informazioni; di questa decisione anche le parti più direttamente interessate, come il debitore proponente il concordato, ne vengono a conoscenza dalla pubblicazione nel registro delle imprese, non essendo prevista alcuna comunicazione, tanto che anche il termine di dieci giorni per la impugnazione ai sensi dell'art. 124 inizia a decorrere per tutti dalla data della pubblicazione. Questo significa che il debitore proponente per i trenta giorni successivi alla pubblicazione della propria domanda nel registro delle imprese è costretto quotidianamente a consultare il registro delle imprese per controllare se le misure protettive che aveva chiesto con il ricorso siano state confermate o, peggio, revocate, avendo il ridotto termine di dieci giorni per impugnare il provvedimento relativo. Sarebbe opportuno disporre la comunicazione via Pec al richiedente del provvedimento del giudice da parte della cancelleria, in modo da dare un minimo di tutela processuale alla parte interessata ma anche alla totalità dei creditori, che la norma in esame ha completamente abolito.

Il comma terzo dell'art. 55 chiude con la frase: "Se il deposito del decreto non interviene nel termine prescritto (trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese) cessano gli effetti protettivi prodottisi ai sensi dell'articolo 54, comma 2".

Questa precisazione, come già detto, è stata introdotta nell'ultima versione del CCI su suggerimento della Commissione Giustizia della Camera, anche se il Consiglio di Stato, nel proprio parere, aveva invece invitato il Governo a rivedere tale soluzione, al fine di evitare che il ritardo del giudice nell'emissione del decreto di conferma o revoca degli effetti protettivi prodottisi in conseguenza della domanda del debitore e della sua pubblicazione nel registro delle imprese potesse pregiudicare il predetto debitore.

Nella Relazione accompagnatoria si spiega che si è preferito accogliere il suggerimento della Commissione parlamentare perché essa anticipa la soluzione accolta dall'art. 6 della Proposta di direttiva che subordina la produzione degli effetti protettivi ad una valutazione, caso per caso, dell'autorità giudiziaria, sicché, non essendo possibile prescindere da una tale valutazione, si è ritenuto, per tener conto della comprensibile preoccupazione del Consiglio di Stato, di portare a trenta giorni il termine – di originari quindici – entro il quale il decreto deve essere depositato.

È davvero paradossale che la Relazione ricordi che la nuova Direttiva “subordina la produzione degli effetti protettivi ad una valutazione, caso per caso, dell’autorità giudiziaria” e poi se ne dimentichi completamente nella redazione della norma; in ogni caso, questa ulteriore disposizione, da un lato conferma che gli effetti protettivi discendono dalla pubblicazione della domanda di accesso alla procedura nel registro delle imprese altrimenti il mancato provvedimento di conferma nel termine fissato non potrebbe determinare la cessazione degli “effetti protettivi prodottisi ai sensi dell’articolo 54, comma 2”; dall’altro, non fa altro che esasperare le incongruenze già evidenziate per l’ipotesi che il giudice revochi la sospensione delle misure protettive. Se in quest’ultimo caso, infatti, vi è da confidare su una valutazione del giudice (anche se, come detto, questa è a senso obbligato), nella fattispecie in esame la cessazione degli effetti protettivi è legata al semplice ritardo nella decisione, in cui il prolungamento del termine dato al giudice per decidere, da quindici a trenta giorni, può aiutare ad attenuare il rischio che si verifichi un grave pregiudizio per il debitore e la massa dei creditori, ma il rischio rimane in tutta la sua concretezza.

6. – Il quarto comma dell’art. 55 dispone che “In caso di atti di frode, su istanza del commissario giudiziale, delle parti del procedimento o del pubblico ministero, il tribunale, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, revoca o modifica le misure protettive. La disposizione si applica anche quando il tribunale accerta che l’attività intrapresa dal debitore non è idonea a pervenire alla composizione assistita della crisi o alla regolazione della crisi e dell’insolvenza”.

Norma anche questa redatta in modo approssimativo con la quale vengono prese in considerazione, quali cause autonome di revoca delle misure protettive operanti al di fuori del procedimento di conferma o revoca di cui si è parlato, fattispecie, quali la frode e l’inidoneità della dell’attività del debitore a pervenire alla regolazione della crisi o dell’insolvenza, che giustificano la revoca della procedura concordataria a norma dell’art. 106, (corrispondente all’attuale art. 173 l.fall.), che è provvedimento evidentemente assorbente di quello che può riguardare le misure protettive. Ed, infatti, mentre il procedimento per la conferma o revoca delle misure protettive è affidato, come detto al giudice monocratico, la revoca in esame è di competenza del tribunale (presumibilmente in composizione collegiale), che è anche l’organo che provvede alla revoca della procedura concordataria, che dovrebbe essere lo sbocco naturale, non avendo senso, in caso di frode del debitore o di constatazione che la continuità non è idonea

alla regolazione della crisi e dell'insolvenza, lasciare aperto il concordato e attribuire ai creditori la libertà di aggredire il patrimonio del debitore.

Anche sul punto di ben altro tenore è la Direttiva, per la quale le autorità giudiziarie (o amministrative) possono revocare la sospensione delle azioni di esecuzione individuali nei casi in cui "la sospensione non soddisfa più l'obiettivo di sostenere i negoziati sul piano di ristrutturazione, ad esempio se risulta che una parte dei creditori che, a norma del diritto nazionale, potrebbero bloccare l'adozione del piano di ristrutturazione, non sostiene il proseguimento dei negoziati", oppure nei casi in cui "uno o più creditori o una o più categorie di creditori sono, o sarebbero, pregiudicati ingiustamente da una sospensione di singole azioni di esecuzione; o, se la sospensione dà luogo all'insolvenza di un creditore". Si tratta, come si vede, sempre di fattispecie attinenti alla operatività delle misure protettive che, qualora non rispondano più all'obiettivo di sostenere i negoziati (ad esempio perché risulta che la maggioranza dei creditori non supporti la continuazione dei negoziati o perché i creditori colpiti dalla sospensione dell'esecuzione siano ingiustamente pregiudicati) vanno revocate. Ma anche questa valutazione presuppone che gli Stati membri abbiano la possibilità di limitare la revoca della sospensione a singole azioni di esecuzione perché, specie al fine di stabilire se vi siano pregiudizi ingiustificati per i creditori, l'autorità giudiziaria dovrebbe prendere in considerazione se la permanenza della sospensione preserva il valore complessivo della proprietà, se il debitore agisce in malafede o con l'intenzione di arrecare pregiudizio o in generale agisce contro le legittime aspettative della massa dei creditori.

E tutto ciò nel quadro di un sistema che prevede l'intervento preventivo del giudice, che dispone, all'inizio della procedura, il divieto delle azioni esecutive, per cui diventa logico e indispensabile prevederne la revoca quando, nel corso della procedura, ne vengano meno i requisiti; meno logico è chiedere l'intervento del giudice nel corso delle varie procedure per confermare o revocare la sospensione sulla base delle indagini che il giudice può svolgere in massima libertà e poi prevedere ulteriori ipotesi di revoca, al di fuori di questo procedimento, per cause che, peraltro, coinvolgono non tanto le misure protettive quanto la stessa sopravvivenza della procedura concordataria.

Infine margini di incertezza si presentano anche circa il campo di operatività della norma. Il riferimento alla istanza del commissario giudiziale e non anche del curatore, indurrebbe a pensare che la revoca in questione sia limitata al concordato, ma è anche vero che la norma di cui all'art. 55 disciplina tutte le ipotesi previste dall'art. 54, e si è visto come le misure protettive di cui tratta il secondo comma di tale norma possano intervenire anche nella fase istruttoria per la apertura della liquidazione

giudiziale, seppur solo nel caso che la domanda provenga dal debitore; inoltre, è pur vero che il comma quarto dell'art. 55 non accenna al curatore, ma legittima alla richiesta di revoca "le parti del procedimento" nonché il P.M., per cui la norma può essere estesa anche alla liquidazione giudiziale.

Se è così, il divieto di iniziare o proseguire azioni individuali esecutive o cautelari anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale posto dall'art. 150 potrebbe essere superato dalla revoca, sia perché l'art. 150 fa salve diverse disposizioni di legge, sia perché la norma di cui all'art. 55 avrebbe carattere speciale rispetto a quella generale dell'art. 150. E così, in caso di frode, il tribunale della liquidazione giudiziale, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, potrebbe revocare il divieto delle azioni esecutive e cautelari continuando la procedura liquidatoria per eccellenza.

Probabilmente non accadrà mai che un giudice revochi un tale divieto, perché non può selezionare le azioni che potrebbero proseguire, ma ciò che interessa i fini interpretativi, specie in una fase in cui il testo normativo è ancora facilmente emendabile, è che la legge offre elementi che non escludono una tale eventualità.

7. – Il terzo comma dell'art. 168 l.fall. stabilisce che "I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente"; divieto che, ovviamente, per il collegamento con il primo comma, parte dalla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso contenente la domanda di concordato, anche con riserva e dura fino alla omologa del concordato.

È chiaro, infatti che questa disposizione si applica anche alla domanda di preconcordato; anzi diventa indispensabile applicarla anche in questa fattispecie per evitare che la presentazione di una domanda di concordato in bianco diventi facile strumento di vanificazione delle revocatorie; ed, infatti, la Suprema Corte²³, nel trattare dell'ambito temporale considerato dall'art. 69-bis, ha sottolineato che "attesa la contestuale previsione della possibilità di presentare una domanda di concordato con riserva, il legislatore ha inteso eliminare il rischio di un uso strumentale di tale facoltà onde sterilizzare il periodo sospetto. Introdotta la possibilità della domanda di concordato in bianco, e anticipati, quindi, gli effetti protettivi sul patrimonio del debitore all'atto della pubblicazione di una semplice domanda, con riserva di presentare la proposta (e il piano) entro un termine fino a 180 giorni, equivalente alla durata del periodo sospetto per gli atti normali, si è

²³ Cass. 14 dicembre 2016, n. 25728 in *www.ilcaso.it*.

contestualmente fatto decorrere l'inizio del periodo sospetto da quel primo atto".

Identica norma è riproposta nel comma quinto dell'art. 46 del CCI, che sicuramente trova applicazione fin dalla presentazione della domanda di concordato in bianco dal momento che tale disposizione è collocata nello stesso articolo che, al primo comma, tratta degli effetti del deposito della domanda di accesso "fino al decreto di apertura di cui all'articolo 47", ossia regola proprio gli effetti prodotti dalla domanda di concordato con riserva per il periodo della pendenza del termine fino all'apertura della procedura di concordato pieno.

Semmai qualche dubbio potrebbe nascere per la fase successiva alla apertura della procedura di concordato proprio per tale collocazione, differente da quella dell'attuale art. 168 l.fall. che si riferisce agli effetti della presentazione del ricorso, sia esso di pre concordato che di concordato pieno, fino all'omologa. Dubbio che va immediatamente fugato perché l'art. 46, comma 5, richiama anche il comma terzo che riguarda atti compiuti successivamente al decreto di apertura e fino all'omologazione; inoltre perché manca una norma che ponga il divieto di acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti per la fase successiva all'apertura della procedura di concordato e perché l'art. 99 consente, fino all'omologa, il rilascio di garanzia, anche ipotecarie, per ottenere finanziamenti, ma su autorizzazione del tribunale (norma che sarebbe evidentemente superflua ove i creditori potessero liberamente acquisire prelazioni opponibili alla massa dei creditori).

Alla conferma di tale divieto contenuto nel terzo comma dell'art. 168, il legislatore del 2012 ha aggiunto un ulteriore periodo per sancire la inefficacia rispetto ai creditori anteriori delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, estendendo così retroattivamente la tutela del debitore ad un atto posto in essere anteriormente alla presentazione e pubblicazione del ricorso; norma ripresa pari pari nell'ultima parte del quinto comma dell'art. 46 CCI.

Anche questa previsione di inefficacia opera dalla data di presentazione del ricorso per concordato con riserva in quanto, se così non fosse, anche in questo caso il termine che viene concesso potrebbe assorbire quello del consolidamento dell'ipoteca giudiziale e si metterebbe il debitore in condizione di dover fare necessariamente ricorso al concordato pieno per avvantaggiarsi della inefficacia della garanzia.

Si tratta di una ipotesi di inefficacia di diritto, non riconducibile, a mio avviso, alla famiglia delle revocatorie, neanche a quelle di diritto; la finalità della norma, infatti, non è quella della ricostruzione della consistenza del patrimonio del fallito per una distribuzione tra i creditori, ma quella di

colpire, già prima della dichiarazione di fallimento, quei comportamenti opportunistici di alcuni creditori che, nell'imminenza o nel corso delle trattative per trovare una soluzione concordata della crisi, si premuniscono di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo iscrivendo ipoteca giudiziale, che condiziona pesantemente la possibilità di accordi perché quel credito deve essere considerato e trattato come ipotecario nel concordato, a causa proprio della inutilizzabilità dello strumento revocatorio in mancanza di dichiarazione di fallimento.

Il legislatore, in sostanza, ha dettato una misura tesa a favorire la procedura concordataria evitando al debitore la necessità di dover fare ricorso alla soluzione fallimentare per disinnescare gli effetti negativi dell'iniziativa di un creditore sull'intero ceto creditorio, per cui, qualora non venga presentata la domanda di concordato o questo non venga ammesso o in qualche modo venga meno (per revoca, rinuncia, mancata approvazione o mancata omologazione), l'inefficacia dell'iscrizione cessa e nell'eventuale successivo fallimento il curatore dovrà comunque agire ai sensi dell'art. 67 per ottenere la revoca dell'ipoteca.

Né, presentata una successiva domanda di concordato, può farsi più riferimento alla data della prima per segnare il decorso a ritroso del termine dei novanta giorni perché il riferimento contenuto nel terzo comma dell'art. 168, secondo cui sono inefficaci le ipoteche giudiziali nei novanta giorni che precedono "la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese", "rivela che l'inefficacia opera avendo riguardo a tale ristretto ambito temporale e in relazione a quella sola domanda di concordato che sia stata resa pubblica nei novanta giorni successivi alla costituzione della garanzia reale". In tal senso si è pronunciata la S. Corte²⁴, per la quale l'inefficacia in questione "opera esclusivamente con riferimento alla singola domanda di concordato ed in funzione del suo buon esito, sicché non può essere invocata nell'ambito dell'eventuale successiva domanda di concordato presentata dal medesimo debitore, non trovando applicazione il principio della cd. "consecuzione delle procedure" che opera soltanto nel caso di successione tra concordato preventivo e fallimento".

La inefficacia di cui alla norma in esame, in considerazione delle finalità che persegue sopra accennate, riguarda le sole ipoteche giudiziali, per cui non opera per gli altri tipi di ipoteca; neanche per quella fiscale iscritta ai sensi dell'art. 77 del Dpr n. 602 del 1973, che è pacificamente ritenuta non essere ricompresa nella categoria dell'ipoteca giudiziale atteso che, al di là dell'accostamento a ragione della modalità di iscrizione e della genericità dell'obbligazione garantita, per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale l'art. 2818

²⁴ Cass. 6 giugno 2018, n.14671, in *www.unijuris.it*, 2018

c.c. individua il titolo in una sentenza o altro provvedimento giudiziale a cui la legge riconosce tale effetto, allo scopo di rafforzare l'adempimento di una generica obbligazione pecuniaria, mentre l'ipoteca iscritta *ex art. 77* è sorretta da un provvedimento amministrativo²⁵.

Abstract

PROTECTION OF THE ESTATE IN THE AGREEMENTS WITH CREDITORS IN THE INSOLVENCY CODE, LEGISLATIVE DECREE 12 JANUARY 2019, NO. 14

L'Autore esamina la disciplina delle misure protettive e cautelari come regolate nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, soffermandosi tanto sui presupposti, quanto sugli aspetti procedurali.

The Author examines the discipline on the protective and precautionary measure as regulated in the Insolvency Code, focusing on both the conditions and procedural aspects.

²⁵ Cass. 18 maggio 2012, n. 7911 in *Diritto e Giustizia online* 2012, 22 maggio; Cass. 5 marzo 2012, n. 3398, in *www.ilcaso.it*; Cass. 1 marzo 2012, n. 3232 in *Diritto e Giustizia online* 2012, 5 marzo.

**I POTERI DEL GIUDICE DI ACCERTAMENTO E DI INDAGINE SUI
REDDITI DEI CONIUGI NEI PROCEDIMENTI FAMILIARI ED I LIMITI
IMPOSTI DALL'ORDINAMENTO:
IL PROBLEMA DELL'ESIBIZIONE DOCUMENTALE**

BEATRICE FICCARELLI

*Professore associato
nell'Università di Siena*

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. – 2. La questione della disponibilità d'ufficio dell'esibizione documentale: profili generali e riferimenti legislativi. – 2.1. (*Segue*) L'art. 5, comma 9 l. div. – 2.2. (*Segue*) L'art. 337-ter 2° e 6° comma c.c. e l'art. 337-octies c.c. – 3. Le ragioni di un'opzione: gli argomenti a sostegno dei poteri officiosi del giudice. – 4. Riflessioni conclusive sulla disponibilità d'ufficio dell'esibizione documentale.

1. – La prassi di alcuni tribunali di disporre d'ufficio la produzione di documenti nei procedimenti di separazione e di divorzio anche *sub specie* di ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c.¹, riapre ciclicamente il delicato e controverso tema dei poteri *officiosi* del giudice nei procedimenti familiari in ordine all'accertamento dei redditi dei coniugi o dei genitori di figli non matrimoniali per fini di mantenimento, ma non solo.

Si tratta di un profilo peculiare di tali procedimenti che si giustifica in base ad una più accentuata aspirazione degli stessi di addivenire, per quanto possibile, ad un accertamento pieno dei fatti, o alla ricerca della cd. verità materiale; ciò in virtù dei particolari diritti che con tali procedimenti si intendono tutelare. Questo non significa che al raggiungimento dello stesso obiettivo non si diriga anche il processo che si svolge secondo il rito ordinario ma solo che, in certe materie come quella che ci occupa,

¹ Così l'ordinanza Trib. Pistoia del 20 aprile 2018, in *Il diritto degli affari*, 2019. In altri casi si rafforza, invece, il contenuto del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza con un prestabilito ordine alle parti di specifica produzione documentale, ovvero di autodichiarazioni certificate e sostitutive di atto di notorietà, indicative di tutte le fonti di redditi e tipologie di beni, *assets* e attività alle stesse riconducibili, ciò anche nella fase che si svolge innanzi al giudice istruttore alla prima udienza di comparizione e trattazione. V. ancora il Tribunale di Pistoia, ord. 27 febbraio 2019, inedita. Infine, è talvolta imposta, nel corso dell'udienza presidenziale, un'esplicita *disclosure* anche con potenziali conseguenze in caso di mancata, reticente, parziale o non veritiera dichiarazione ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c. Di tali prassi dà ampiamente conto DANOVI, *Processo di separazione e divorzio e tecniche di difesa*, in *Fam. dir.*, 2019, 954-955.

quell'esigenza è più avvertita poiché i diritti che ivi si fanno valere presentano in gran parte carattere indisponibile.

Conferma ne è, in questi procedimenti, l'intervento obbligatorio, a pena di nullità rilevabile d'ufficio, del Pubblico Ministero ai sensi dell'art. 70 c.p.c. Tale intervento è obbligatorio anche nei procedimenti di separazione delle coppie non matrimoniali *ex art. 38 disp. att. c.c. e 70, n. 3 c.p.c.* Con la conseguenza che la mancata comunicazione del processo al Pubblico ministero produce nullità insanabile del procedimento ai sensi dell'art. 158 c.p.c., trattandosi di un vizio relativo alla costituzione del giudice.

Dalla specialità dei giudizi contenziosi separativi e di divorzio, si fa così derivare la "devianza" di molte norme dal loro percorso "ordinario" o, addirittura, di principi che regolano istituti processuali.

Secondo i più recenti approdi della Corte di cassazione in materia², il giudice della crisi familiare può arrivare ad assumere provvedimenti diversi, e finanche contrari, rispetto a quelli richiesti dalle parti quando si tratti di assumere non solo i provvedimenti di carattere personale, inerenti all'affidamento, al collocamento o alle modalità di frequentazione dei figli minori, ma più in generale tutte le misure atte a disciplinare l'educazione, l'istruzione ed il mantenimento degli stessi. E l'utilizzo di poteri officiosi è, in questo ambito generale, privo di vincoli temporali o sistematici³ e si sviluppa in ogni contesto processuale che veda in discussione i diritti esistenziali del minore, indipendentemente dalla natura decisoria o soltanto istruttoria del provvedimento e dal suo grado di stabilità, valendo identicamente per provvedimenti definitivi ovvero provvisori⁴.

Ciò ha condotto perfino ad affermare che, quantomeno con riferimento ai provvedimenti relativi alla prole minorenni, è consentito il superamento del principio della domanda che andrebbe incontro ad una sorta di

² V. ad es. Cass. 24 agosto 2018, n. 21178, in *Fam. dir.*, 2019, 472 ss. con nota di POLISENO, *Poteri del giudice, relazioni investigative e tutela della prole* e Cass. 30 dicembre 2011, n. 30196 ibidem, 2013, 174 ss. con nota di SERRA, *Diritto al mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti e poteri officiosi del giudice*. "La tutela degli interessi della prole è sottratta all'iniziativa e alla disponibilità delle parti ed il giudice ha sempre il potere di adottare d'ufficio, in ogni stato e grado del processo di merito, tutti i provvedimenti necessari per la migliore protezione dei figli e di esercitare, in deroga alle regole generali sull'onere della prova, i poteri istruttori officiosi necessari alla conoscenza della condizione economica e reddituale delle parti".

³ "In virtù di un procedimento istruttorio sorretto dal principio inquisitorio ne deriva che non sono configurabili delle preclusioni istruttorie a carico delle parti che potranno invocare in qualunque momento il suddetto potere officioso del giudice per chiedere l'ammissione di qualsiasi mezzo istruttorio". Così GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. dir.*, 2013, 272.

⁴ V. DANOVI, *Processo di separazione e divorzio e tecniche di difesa*, cit., 950 spec. nota 17.

“sterilizzazione”⁵ e, di conseguenza, del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all’art.112 c.p.c.

Facendo leva sull’art. 337-ter c.c. secondo cui “il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale di essa”, il giudice si svincolerebbe, così, dalle allegazioni delle parti dovendo adottare la decisione ritenuta più opportuna nell’interesse dei figli, con ampia discrezionalità nella determinazione del contenuto del provvedimento. Il *thema decidendum* viene pertanto interamente ricalcato sui provvedimenti nell’interesse dei figli minori.

Ma, di recente, l’ampliamento dei poteri officiosi del giudice è stato valorizzato sul versante istruttorio dalle Sezioni Unite della Cassazione anche in relazione all’assegno di divorzio nella celeberrima pronuncia del 10 luglio 2018, n. 18287⁶.

Di talché, sulla scorta dell’art. 5 comma 9 l. div. – la cui applicabilità è stata estesa anche al giudizio di separazione⁷ – secondo cui i coniugi debbono presentare all’udienza di comparizione la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa al loro patrimonio personale e comune, e che, in caso di contestazione, il tribunale dispone *indagini* sui redditi, sui patrimoni e sull’effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria, per consentire anche in *limine litis* quella completezza di dati che viene riconosciuta come fondamentale-, alcune prassi giudiziarie hanno introdotto specifiche modalità definite di “*disclosure*” in capo alle parti. Per far ciò taluni tribunali rafforzano il contenuto del decreto presidenziale di fissazione dell’udienza con un ordine di produzione documentale oppure di autodichiarazioni certificate e sostitutive di notorietà indicative di tutte le fonti di redditi e tipologie di beni mentre altre volte si opera nello stesso modo ma durante lo svolgimento della prima udienza di comparizione innanzi al giudice istruttore⁸; con ciò imponendo anche qui una *disclosure* corredata di potenziali conseguenze in caso di mancata, reticente, parziale o non veritiera dichiarazione (ai sensi dell’art. 116, comma 2, c.p.c.) e/o ai fini delle spese giudiziali⁹.

⁵ V. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i “figli” hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario*, cit., 2013, 272.

⁶ Vedila ampiamente commentata nel volume unico 11/2018 *Fam. dir.*

⁷ Ciò “stante l’identità di ratio riconducibile alla funzione eminentemente assistenziale dell’assegno di mantenimento”. V. ad es. Cass. 17 giugno 2009, n°14081, in *Fam. dir.*, 2010, 373 con nota di COSTANTINO, *Accertamento dei redditi dei coniugi e poteri officiosi del giudice della separazione*.

⁸ V. ad es. ordinanza Trib. Pistoia del 20 aprile 2018, cit.

⁹ Su tali prassi v. DANOVÌ, *Processo di separazione e divorzio e tecniche di difesa*, cit., 954 testo e nota 29.

È così che i poteri officiosi – se non a questo punto inquisitori – del giudice della famiglia si ritengono coniugabili con il principio dispositivo in tema di prove giacché tale ampiezza di poteri viene necessariamente temperata, da un lato, dalla necessità di instaurazione del contraddittorio anche nell'ambito dell'esame delle risultanze istruttorie e, dall'altro, dal riconoscimento del diritto delle parti di formulare esse stesse istanze istruttorie. In particolare, le parti devono essere poste nella condizione di partecipare all'assunzione delle prove e di fornire prova contraria producendo documenti o chiedendo l'escussione di persone informate sui fatti.

I poteri di cui si è fino ad ora si è trattato vengono esercitati, per lo più, attraverso l'istituto dell'esibizione documentale che nel sistema processuale trova, come noto, la propria disciplina nell'art. 210 c.p.c.¹⁰.

Nell'ambito dei processi in materia familiare, infatti, spesso un documento che può rivelarsi cruciale per la prova di un fatto controverso allegato dalle parti – fatto solitamente riguardante i redditi effettivi della parte richiesta di contribuire al mantenimento del coniuge o dei figli ma anche talvolta l'addebito della separazione-, si trova in possesso non già della parte che tali fatti debba provare, bensì della controparte o di un terzo estraneo al giudizio.

L'esempio tipico è rappresentato dagli estratti di conti correnti, carte di credito, depositi, titoli, polizze ecc. della controparte, anche cointestati con terzi, dalla cui acquisizione al giudizio in molti casi dipende in gran parte l'esito della causa con riferimento all'entità dei contributi al mantenimento per il coniuge o i figli.

L'obbligo di produzione delle ultime dichiarazioni dei redditi presentate dai coniugi di cui agli artt. 706, comma 3, c.p.c. e 4, comma 6, l. div.¹¹, difatti, non è sufficiente, in molte situazioni, ad acclarare l'effettiva

¹⁰ È ben chiaro che ne esula la consulenza tecnica, cui sovente si ricorre nei processi della famiglia in quanto non tecnicamente mezzo di prova o la richiesta di intervento dei Servizi sociali che ha una funzione non propriamente probatoria.

¹¹ L'art. 706 c.p.c., terzo comma, ultima parte prescrive che "al ricorso e alla memoria difensiva sono allegate le ultime dichiarazioni dei redditi presentate"; analogamente, l'art. 4, comma 6, l. div. stabilisce che "al ricorso e alla prima memoria difensiva sono allegate le ultime dichiarazioni dei redditi rispettivamente presentate". Si tratta dell'unico onere di produzione documentale in *limine litis* al fine di consentire al presidente di emanare con cognizione di causa i provvedimenti temporanei ed urgenti. Così CARNEVALE, *La separazione giudiziale, il divorzio contenzioso e lo scioglimento delle unioni civili*, in *Diritto processuale di famiglia*, a cura di Andrea Graziosi, Torino, 2016, 54. Secondo la maggioranza della dottrina ciascuna delle due parti deve presentare le dichiarazioni relative agli ultimi due o tre anni antecedenti l'instaurazione del giudizio. V. CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, in *Foro it.* 2005, V, 141; GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, 1127; LIUZZI, *Allegazioni delle dichiarazioni dei redditi e poteri istruttori del giudice nel processo di separazione e divorzio alla luce delle leggi*

situazione patrimoniale della parte gravata dell'obbligo di mantenimento. Come è stato efficacemente chiarito, le dichiarazioni dei redditi, in quanto svolgono una funzione tipicamente *fiscale*, in una controversia relativa a rapporti estranei al sistema tributario non rivestono valore vincolante per il

nn. 80/2005 e 54/2006, in *Fam. e dir.*, 2006, 225 ss.; SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e di divorzio*, *Famiglia e diritto*, 2006, 364 ss. Con la conseguenza che qualora il ricorrente (o il convenuto con la memoria difensiva) produca in giudizio solo l'ultima, il presidente, già con la fissazione dell'udienza presidenziale, oppure all'udienza stessa, potrebbe ordinare il deposito di altra documentazione. Così CIPRIANI, *ibidem*. Cfr. Trib. Roma, 25 novembre 2011, in *Fam. dir.*, 2012, 386 ss. con nota di BUGETTI, *Tentativi di disclosure (all'italiana) nei processi di separazione e di divorzio*, secondo cui il presidente, nel fissare l'udienza di comparizione può dare un termine ad entrambe le parti non solo per il deposito delle dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni ma anche per il deposito di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio contenente l'indicazione di circostanze inerenti al reddito ed al patrimonio di entrambi i coniugi. In ordine a questa disposizione, la dottrina si chiede quali siano le conseguenze di un mancato, tardivo o comunque irrituale deposito della documentazione fiscale, e dà risposte differenziate. Secondo la dottrina occorre distinguere: se la documentazione serve al Presidente per dare un contenuto ai provvedimenti temporanei e urgenti che deve emettere a favore della prole, è evidente che nessuna omissione, tardività o irritualità può pregiudicare l'interesse dei figli, che il presidente deve curare *ex officio*. La soluzione è esattamente l'opposta, quando tali omissioni, tardività o irritualità incidono nella sfera giuridica di colui, al quale esse sono imputabili. V. LUISO, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in *www.judicium.it*. Per la stessa conclusione v. anche SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e di divorzio*, cit., 364 ss.; DANOVÌ, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Le nuove norme processuali e fallimentari* a cura di Punzi e Ricci, Padova, 2005, cit., 163; GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, cit., 1127; BALENA, *Il processo di separazione personale dei coniugi. Il processo di divorzio*, in BALENA - BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 400. In generale, sull'argomento, v. LIUZZI, *Allegazioni delle dichiarazioni dei redditi e poteri istruttori del giudice nel processo di separazione e divorzio alla luce delle leggi nn. 80/2005 e 54/2006*, cit., 225 ss. che, oltre ad aderire all'impostazione sovraesposta dell'ordine anche d'ufficio da parte del Presidente, si sofferma in punto dell'eventuale nullità del ricorso introduttivo quale conseguenza dell'inosservanza della prescrizione, concludendo in senso negativo. Precisa infatti che poiché il ricorso introduttivo del giudizio di divorzio è diretto a conseguire principalmente la pronunzia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili, rispetto alla quale le questioni di natura patrimoniale assumono carattere accessorio ed eventuale, dalla omessa produzione della documentazione richiesta non può derivare alcuna inidoneità assoluta del ricorso a conseguire le finalità sue proprie. Lo stesso dicasi per il giudizio di separazione. Ricorda inoltre che la dottrina era sempre stata concorde nel ritenere che nessuna sanzione potesse essere posta a carico dei coniugi ove contravvenissero al disposto di cui all'art. 5 comma 9 l. div., – norma che, *ante* riforma era considerata applicabile anche al giudizio di separazione – “tenuto conto che quello in esame non è un obbligo, come tale sanzionato, ma più propriamente, se si riflette alla funzione che assolve, (...) un onere processuale finalizzato all'accertamento dei fatti rilevanti ai fini della decisione. Dal suo inadempimento, pertanto, derivano solo conseguenze in ordine alla prova induttiva del possesso di redditi da parte dell'inadempiente”.

giudice, il quale, nella sua valutazione discrezionale, ben può disattenderle, fondando il suo convincimento su altre risultanze probatorie¹².

Poiché l'istituto esibitorio, come disciplinato dall'art. 210 ss. del codice di procedura civile, è il mezzo istruttorio che consente alla parte la quale non abbia la disponibilità materiale di un documento necessario alla dimostrazione della verità dei fatti allegati che la stessa è chiamata o interessata a provare, di acquisirlo in giudizio ed è di conseguenza preposto a risolvere l'eventualità che il documento stesso non si trovi nel possesso della parte che intenda utilizzarlo come prova¹³, la necessità di far corretta luce sulla sua applicazione in specifici procedimenti quali quelli della famiglia è necessitata dal fatto che le norme che lo disciplinano prevedono una serie di limitazioni che lo renderebbero di per sé insuscettibile di essere disposto d'ufficio dal giudice.

La delicatezza del tema è confermata dal fatto che l'ordine di esibizione è ritenuto espressione, per giurisprudenza consolidata, del potere discrezionale del giudice di merito. E se in qualche sentenza della Corte di Cassazione si ritiene che il mancato esercizio di tale potere, se non sufficientemente motivato, sia sindacabile in sede di legittimità¹⁴ in pronunce più recenti della stessa Suprema Corte si afferma che il mancato esercizio di tale potere, cioè di ordinare l'esibizione, non è sindacabile neppure sotto il profilo del difetto di motivazione¹⁵.

Ciò impone di fare chiarezza sulla natura, significato, confini e conseguenze dell'istituto in parola nella delicata materia nei processi della famiglia in cui può incorrersi in "errori" non facilmente rimediabili, in ragione di divergenze interpretative.

2. – Il dato normativo di carattere generale, quello cioè che disciplina l'esibizione documentale come mezzo istruttorio, è rappresentato dal primo

¹² Così, con riguardo ad una fattispecie in tema di determinazione dell'assegno di divorzio, Cass. 19 luglio 2003, n. 9806, in *Arch. civ.*, 2004, 553. In dottrina v. CIPRIANI (e QUADRI), *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli, 1988, 262 che sottolinea la natura non decisiva della norma, al fine della soluzione dei problemi relativi alla determinazione delle possibilità economiche delle parti.

¹³ Tra i contributi monografici in tema di esibizione documentale v. per tutti GRAZIOSI, *L'esibizione istruttorio nel processo civile italiano*, Milano, 2003.

¹⁴ V. Cass. 3290/2003 in CARPI- TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2009, sub. Art. 210 c.p.c. che si richiama a Cass. 1784/1996 in N.G.C.C., 1997, I, 126 con nota adesiva di CUOMO ULLOA, *Esibizione di documenti rilevanti e difetto di motivazione*, la quale critica la tendenza giurisprudenziale a ritenere talvolta sufficiente una mera motivazione implicita, lasciando così aperto un pericoloso margine di incontrollabilità della decisione dei giudici di merito.

¹⁵ Cass. 12997/04 *ibidem*. V. anche Cass. 17 giugno 2009, n. 14081, in *Fam. dir.*, 2010, 373 ss. con nota di COSTANTINO, *Accertamento dei redditi dei coniugi e poteri ufficiosi del giudice della separazione*, cit.

comma dell'art. 210 c.p.c. (ordine di esibizione alla parte o al terzo). La norma, com'è noto, stabilisce che "negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'art.118 l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di parte può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo"; il che significa, da parte del giudice, ritenere che senza quel documento la parte non possa assolvere all'onere della prova che le incombe.

La disciplina legislativa dell'esibizione processuale è completata, inoltre, dall' art. 94 delle disposizioni di attuazione del Codice di procedura civile, rubricato "istanza di esibizione", ai sensi del quale "la istanza di esibizione di un documento o di una cosa in possesso di una parte o di un terzo deve contenere la specifica indicazione del documento o della cosa e, quando è necessario, l'offerta della prova che la parte o il terzo li possiede".

Dal combinato disposto di questi due articoli emergono i seguenti indici normativi che concorrono a delineare la fisionomia dell'istituto: anzitutto, l'"istanza di parte". L'esibizione processuale, è collocata, non a caso, tra i mezzi di prova a disposizione delle parti in base al principio dettato dall'art. 115 c.p.c. e non già, a differenza dell'ispezione – cui peraltro la disciplina esibitoria rimanda –, tra i "Poteri del giudice".

Nella scelta del legislatore vi è evidentemente, oltre all'ossequio dei principi generali – primo fra tutti il "principio dispositivo" che connota il modello processuale cui il nostro ordinamento si è informato e che nel codice di procedura civile trova nel succitato articolo 115 c.p.c. una delle sue principali espressioni –, la considerazione di ordine pragmatico per cui di regola è la parte più che il giudice che è in grado di soddisfare i presupposti a cui è subordinata la possibilità operativa dell'istituto. È la parte, cioè, più che il Giudice, la quale conosce se nella sfera giuridica della controparte o di un terzo vi sia un documento rilevante per la dimostrazione dei fatti dalla medesima allegati.

Dalla lettura e collocazione della normativa generale dell'esibizione processuale si ricaverebbe pertanto, ed anzitutto, l'impossibilità per il giudice di disporre d'ufficio l'esibizione in qualsivoglia tipo di processo considerato, del resto, che il potere istruttorio di ufficio da parte del giudice può essere esercitato solo nei casi tassativamente stabiliti dalla legge, a pena di violare il principio della disponibilità delle prove (dettato dal già ricordato art.115 c.p.c.).

Come noto, infatti, i casi di attribuzione al giudice civile di poteri ufficiosi in materia probatoria sono limitati sostanzialmente: all'interrogatorio libero delle parti in qualunque stato del processo *ex* art.117 c.p.c; al potere di disporre l'ispezione *ex* art. 118 c.p.c. (norma, come la

precedente, ricompresa nel titolo dedicato ai “Poteri del giudice”); alla nomina del consulente tecnico (nei limiti in cui la consulenza tecnica sia un mezzo di prova); al giuramento suppletorio e di estimazione; alla prova per testi nelle ipotesi specifiche previste *ex lege*, (per esempio l’audizione dei testi de relato); all’esperimento giudiziale *ex art. 261 c.p.c.*; all’assunzione di sommarie informazioni ai fini di decidere sulla competenza *ex art. 38 c.p.c.*; alla richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione *ex art. 213 c.p.c.*, norma di carattere speciale in tema di esibizione con funzione complementare, non sostitutiva, rispetto all’art. 210 c.p.c.¹⁶; e, sempre in tema di esibizione ma riguardante parimenti una fattispecie particolare, all’ordine all’imprenditore parte in causa dei libri e delle scritture contabili nonché di lettere, telegrammi e fatture *ex art. 2711 c.c.* Queste due ultime ipotesi, pur trattandosi di fattispecie esibitorie, rappresentano tuttavia eccezioni alla regola generale e, non a caso, sono espressamente stabilite *ex lege*.

La limitatezza delle ipotesi di poteri istruttori d’ufficio previsti dal codice di procedura civile non toglie che il legislatore, in certi settori e soprattutto in certi procedimenti, abbia ritenuto opportuno affiancare all’iniziativa della parte un potere di iniziativa del giudice con funzione integrativa od anche correttiva e, di conseguenza, attribuito al giudice civile poteri in materia probatoria. L’esempio tipico è, come noto, rappresentato dal processo del lavoro ove il giudice, in forza dell’art. 421 c.p.c., può disporre d’ufficio, in qualsiasi momento, l’ammissione di ogni mezzo di prova “anche fuori dai limiti stabiliti dal codice civile”¹⁷.

Una considerazione analoga è stata effettuata da parte di certa dottrina e anche dalla giurisprudenza con riferimento ai procedimenti di separazione e divorzio, ricavando il potere per il giudice di disporre *ex officio* l’esibizione di documenti dal dettato di alcune norme che li disciplinano e precisamente

¹⁶ Vale a dire che il Giudice, dopo aver disposto l’esibizione di un documento alla p.a. *ex art. 210 c.p.c.* può chiedere *ex art. 213 c.p.c.* alla medesima le informazioni utili per completare o meglio inquadrare circostanze che risultano dal documento stesso. In tema di procedimenti di famiglia è stata per esempio considerata espressione del potere del giudice *ex art. 213 c.p.c.* l’ordinanza con cui si dispone l’indagine del servizio sociale ai fini dei provvedimenti sull’affido dei figli.

¹⁷ Altri esempi di procedimenti in cui al giudice civile vengono attribuiti poteri ufficiosi in materia probatoria sono il processo agrario; quello delle locazioni di immobili urbani; il procedimento di interdizione o inabilitazione; quello per la nomina dell’amministratore di sostegno; i procedimenti cautelari ed in camera di consiglio; il procedimento per la dichiarazione di assenza o di morte presunta; il processo minorile, il processo fallimentare ecc. per i quali si rinvia all’esauriente trattazione di Ernesto Fabiani a margine del suo lavoro sui poteri istruttori del giudice civile nell’ambito di un processo improntato al principio dispositivo. V. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, I, *Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, 571-579.

gli artt. 5, 9° comma e della legge 898/1970 per il divorzio, e il previgente art. 155-*sexies* del codice civile per il giudizio di separazione ora sostituito, con riferimento ai provvedimenti per i figli minorenni¹⁸ dall'art. 337-*ter* c.c., 2° e ultimo comma nonché 337 *octies* c.c. in base al quale “prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 337 *ter*, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova”¹⁹.

2.1 – Anzitutto, l'art. 5, comma 9, l. div., dopo aver affermato che i coniugi debbono presentare la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa al loro patrimonio personale e comune, stabilisce che “in caso di contestazione il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria”.

¹⁸ Per i figli maggiorenni il rinvio può essere effettuato alla disposizione di cui all'art. 337-*septies* c.c. sebbene ivi non si tratti di poteri istruttori.

¹⁹ Sui poteri istruttori d'ufficio nei processi di separazione e divorzio v. riassuntivamente LIUZZI, *Allegazione delle dichiarazioni dei redditi e poteri istruttori del giudice nel processo di separazione e divorzio alla luce delle l. n°80/2005 e 54/2006*, cit., 225 ss, e Lai, *Polizia tributaria e poteri del giudice della separazione per accertare i redditi dei coniugi*, cit., p. 180 ss. Con specifico riferimento alla 898/1970, v. SALETTI, *Procedimento e sentenza di divorzio*, in BONILINI - CATTANEO (diretto da), 601. V. anche CARNEVALE, *La fase a cognizione piena*, in GRAZIOSI (a cura di), *I processi di separazione e divorzio*, Torino, 2008, p. 95 ss. la quale, riferendosi all'art. 155-*sexies*, sottolinea come la disposizione ribadisse che nei procedimenti di separazione e divorzio l'attività istruttoria non è solo nella disponibilità delle parti poiché anche il giudice gode di poteri istruttori d'ufficio. Ella sottolinea che la modulazione dei poteri istruttori delle parti e del giudice è diretta conseguenza della natura dei diritti che vengono accertati ed incisi nei procedimenti di cui si tratta: diritti disponibili per quanto riguarda i rapporti economici tra i coniugi, indisponibili per quanto riguarda i rapporti dei primi con i figli, precisando che di tali poteri usufruisce anche il Presidente per l'accertamento sommario dei rapporti tra le parti che si svolge nella fase davanti a lui. V. in tal senso LUISO, *La nuova fase introduttiva del processo di separazione e divorzio*, in *www.judicium.it*. Affermano senza riserve la possibilità per il giudice di disporre d'ufficio mezzi istruttori nei procedimenti di separazione e divorzio anche BUCCI-SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile, Commento alle leggi 14 maggio 2005 n°80, 28 dicembre 2005, n. 263, 24 febbraio 2006, n°52 e 8 febbraio 2006, n°54*, Padova, 2006, 82-83. Circa invece l'esercizio dei poteri istruttori nei processi di modifica delle condizioni di separazione e divorzio v. NASCOSI, *I processi di modifica delle condizioni di separazione e di divorzio*, in GRAZIOSI (a cura di), *I processi di separazione e di divorzio*, cit., 328-329 per il quale il Tribunale può disporre *ex officio* i mezzi di prova che ritiene necessari qualora di controversia sull'affidamento o sul mantenimento della prole. Così anche CARRATTA, *sub art. 706 c.p.c., Forma della domanda*, in CHIARLONI (diretto da), *Le recenti riforme del processo civile, Commentario*, II, Torino, 2007, 1447 ss. il quale precisa che dal momento che le dichiarazioni dei redditi, nell'ambito di controversie relative a rapporti estranei al sistema tributario, non rivestono valore vincolante per il giudice, questi può disattenderle e fondare il proprio convincimento su altre risultanze probatorie. In giurisprudenza v. Cass. 12 giugno 2006, n. 13592 in *Mass. Foro. it.*, 2006; *id.*, 14 marzo 2006, n. 5521 *ibidem*. Merita poi di essere segnalata Cass. 12 settembre 2005, n. 18116, in *Foro it.*, 2005, I, 3313 ss. che ritiene legittima l'acquisizione d'ufficio in appello della documentazione fiscale non prodotta nel corso del giudizio di primo grado.

È stato invece abrogato dalla riforma sulla filiazione del 2013 per effetto del d.lgs. 28 dicembre 2013, n°154, l'art. 6. 9° comma in cui si sottolineava, di seguito, che "il giudice nell'emanare i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento, deve tener conto dell'accordo tra le parti e che i provvedimenti possono essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo, ed emessi dopo l'assunzione di mezzi di prova dedotti dalle parti o *disposti d'ufficio* dal giudice, ivi compresa, quando sia strettamente necessario in considerazione della loro età, l'audizione dei figli minori".

Anche in questa norma, come nella precedente, si faceva riferimento a mezzi di prova disposti d'ufficio dal giudice²⁰, il che aveva consentito a parte della dottrina e della giurisprudenza, concentrate sulla parola "indagine", sulla sua ampiezza, e sul richiamo all' "inquisitorialità", piuttosto che alla "disponibilità della parte", di affermare l'esistenza di un potere del giudice di disporre d'ufficio mezzi istruttori nel processo di divorzio ai fini dell'assegno.

2.2. – Con riferimento ai provvedimenti nei confronti di figli minorenni nell'ambito dei procedimenti sia di separazione che di divorzio (e sulla premessa che in passato per la separazione il riconoscimento di poteri istruttori d'ufficio era stato controverso²¹), il riferimento normativo che consentirebbe oggi apertamente poteri officiosi del giudice in materia istruttoria è stato individuato, dopo l'abrogazione dell'art. 155-*sexies* c.c. per effetto degli interventi riformatori del 2013 sopra richiamati²² dall'art. 337 ter c.c. che, nello stabilire in ordine ai provvedimenti riguardo ai figli

²⁰ Si noti però che prima della riforma del 1987 all'art.4 della legge 898/1970 si attribuiva espressamente al giudice istruttore il potere di disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi istruttori con una previsione cioè di carattere generale che è stata soppressa.

²¹ Prima dell'entrata in vigore dell'art.155 ultimo comma, si erano manifestate infatti varie perplessità in ordine alla possibilità di applicare l'art. 5, comma 9 l. div. anche al giudizio di separazione, sulla considerazione che si sarebbe trattato di norma eccezionale, in quanto tale non suscettibile di essere applicata in via analogica. La giurisprudenza aveva già superato positivamente tali perplessità, ammettendo una generale applicazione della norma al processo di separazione. V. Cass. 17 maggio 2005, n. 10344, in *Fam. dir.*, 2006, p.179 con nota di Lai, *Polizia tributaria e poteri del giudice della separazione per accertare i redditi dei coniugi*, in *Fam. dir.*, 2006, 180 ss. che analizza il rapporto tra la disciplina processuale del divorzio e della separazione proprio con riferimento al potere istruttorio di indagine sui redditi riconosciuto al tribunale dall'art. 5 comma 9 l. div. La sentenza rifletteva l'opinione maggioritaria in giurisprudenza. V. in tal senso Cass. 21 giugno 2000, n. 8417, in *Giur. it.*, 2001, 21 con nota di BARBIERA.

²² Ezzo stabiliva che "prima dell'emanazione anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova", a margine della norma dedicata ai "poteri del giudice" nell'ambito del procedimento di separazione.

nell'ambito di tutti i processi separativi di coppie sposate e non, ed anche nei procedimenti di divorzio, stabilisce come il giudice nei suddetti procedimenti (il cui ambito di applicazione è definito dall'art. 337-bis c.c.) possa adottare *"i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa"*.

Chiude il cerchio, con riferimento alle informazioni di carattere economico, il già richiamato art. 337-octies c.c. secondo cui, *"prima dell'emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all'art. 337 ter, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d'ufficio, mezzi di prova"*.

Com'è evidente, le due norme ribadiscono lo stesso concetto espresso dalla normativa sul divorzio ma con una formula molto più ampia, non richiedendosi né la carenza di prova né il requisito della contestazione che invece la legge sul divorzio medesima richiama.

In più. La modulazione dei poteri istruttori delle parti e del giudice quale diretta conseguenza della natura dei diritti che vengono accertati ed incisi nei procedimenti di cui si tratta, conduce ad affermare che per quanto riguarda i rapporti tra i coniugi i diritti sono disponibili, mentre invece circa i rapporti dei primi con i figli si tratta di diritti sottratti alla disponibilità delle parti.

Si tratta, peraltro, di un postulato che troverebbe applicazione anche nella fase presidenziale, per la valutazione sommaria che in detta fase deve essere fatta ai fini dell'emanazione dei provvedimenti provvisori ed urgenti²³, giacché la struttura bipartita del processo di separazione e divorzio rende opportuna la deduzione della prova sin dalle sue prime battute.

Sarebbe l'art. 337-octies c.c. a confermare *per tabulas* questa interpretazione. E parte della dottrina recente ritiene superfluo ricordare che laddove le norme processuali qualificano una determinata attività come potere del giudice, in realtà tendono sempre a configurare in capo a questi un potere-dovere rientrante tra i generali compiti che istituzionalmente gli appartengono e in tal modo esercitabile. L'esigenza di completezza già nella fase presidenziale trova pertanto riscontro nell'ampliamento dei poteri del giudice²⁴.

3. – L'iter argomentativo seguito da parte di dottrina e giurisprudenza per affermare l'esistenza di un potere istruttorio esercitabile d'ufficio in questi procedimenti in forza delle norme ora citate, muove dalla considerazione di fondo per cui tutta la disciplina del procedimento di divorzio e di separazione è pervasa dalla tutela di interessi di natura

²³ V. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., 366.

²⁴ Così DANOVÌ, *Processo di separazione e divorzio e tecniche di difesa*, cit., 953.

pubblicistica. Difatti, considerata la natura di soggetti deboli dei figli ma anche del coniuge avente diritto al mantenimento, al momento di determinare l'*an* e il *quantum* dell'assegno in favore di questi, occorre fare in modo che nel processo, al di là delle capacità o delle possibilità probatorie delle parti, si proceda all'accertamento delle verità reale.

In questa ricerca svolge (o dovrebbe svolgere) un ruolo di primo piano l'*obbligo di collaborazione* dei coniugi che implica il loro dovere di mettere a disposizione dell'ufficio tutti gli elementi di valutazione della loro complessiva situazione economica (art. 5, comma 9, l. div.), ovvero un dovere di verità che, ove disatteso, deve essere valutato come comportamento rilevante per desumerne argomenti di prova e per fondare il convincimento del giudice.

Proprio alla realizzazione di tale scopo sarebbero preposte, del resto, le ricordate norme che dispongono l'obbligo per i coniugi di presentare, all'udienza di comparizione innanzi al Presidente del Tribunale, le ultime dichiarazioni dei redditi²⁵ regola che, ponendo una *deroga* al principio dell'onere della prova, impone alle parti di concorrere alla formazione della prova stessa.

Si è tenuto a specificare, tuttavia, che tale deroga *non inverte* l'onere probatorio trasferendo sul soggetto nei cui confronti l'assegno è richiesto l'onere di dimostrare che non ne sussistono i presupposti, ma è piuttosto una deroga alle regole generali sull'onere della prova, il che comporta che le istanze delle parti relative al riconoscimento ed alla determinazione dell'assegno divorzile o del contributo di mantenimento non possono essere respinte sotto il profilo della mancata dimostrazione, da parte dell'istante, degli assunti sui quali le richieste sono basate sottolineandosi, altresì, che questo potere del giudice si sostanzia in un potere di indagine atto non semplicemente ad integrare il materiale (documentale) probatorio obbligatoriamente presentato dalle parti, ma addirittura a verificarne l'attendibilità²⁶.

Non solo. Mentre per quanto attiene il diritto del *coniuge* all'assegno si è chiarito come occorra, pur sempre, che questi non solo si attivi deducendo e producendo quanto sia nella sua disponibilità, ma contesti in modo serio le risultanze delle acquisizioni probatorie²⁷, qualora si controverta dell'assegno

²⁵ Vale a dire l'art. 4, 6° comma e 5, 9° comma per il processo di divorzio e l'art. 706 3° comma c.p.c. per il procedimento di separazione su cui v. *supra* nota 10.

²⁶ V. Cass. 8 novembre 1996, n. 9756, in *Fam. e dir.*, 1997, 16 e Cass. 3 luglio 1996, n. 6087, in *Fam. e dir.*, 1996, 431, con nota di CHIZZINI, *L'onere della prova nella determinazione e revisione dell'assegno divorzile*.

²⁷ Con riferimento all'assegno di mantenimento in favore dei coniugi, infatti, trattandosi di materia affidata alla disponibilità delle parti, l'esercizio dei poteri officiosi del giudice resta subordinato alla contestazione della sufficienza e veridicità

in favore dei figli, è stato subito assunto che il giudice possa ed anzi debba esercitare il proprio potere officioso anche se i fatti di causa siano pacifici tra le parti²⁸. In questo caso si richiede solo la *carenza* della documentazione fornita, in linea con l'ampio disposto dell'art. 337-octies c.c.

La maggiore ampiezza dei poteri inquisitori, ove si discuta dell'assegno per i figli, si apprezza anche in relazione alla possibilità che siano sottoposti agli accertamenti beni intestati a terzi, simulati acquirenti o intestatari fiduciari, dei beni di uno dei coniugi. Tale norma, tuttavia, può sollevare dubbi di legittimità costituzionale giacché consentirebbe accertamenti nei confronti di soggetti che non sono parti del giudizio e nei cui confronti non è previsto contraddittorio. A questo punto possono soccorrere solo le norme poste a tutela dei terzi coinvolti nel processo quali, per l'esibizione documentale, l'art. 211 c.p.c.²⁹.

Di conseguenza, il giudice, nei procedimenti separativi e di divorzio, non solo ha poteri di direzione del processo ma poteri in materia di trattazione e di istruzione della causa e, a tutela del coniuge debole così come dei figli, può disporre d'ufficio i mezzi di prova che ritenga rilevanti e concludenti, sempre nei limiti dei fatti costitutivi delle pretese e delle

della documentazione depositata ai fini del decidere, con l'ulteriore conseguenza che, ove la parte interessata faccia acquiescenza, non contestando le risultanze e la completezza di detta documentazione, è precluso alla medesima di dedurre in sede di impugnazione il mancato uso di tali poteri; ove, invece, nonostante la contestazione, il giudice non ritenga di fare uso di detti poteri, incombe sulla parte l'onere di dedurre in sede di impugnazione l'uso mancato, insistendo per il suo esercizio. V. LIUZZI, *Poteri dell'autorità giudiziaria e indagini tributarie anche a carico di terzi*, nota a Cass. 7 marzo 2006, n. 4872, in *Fam. dir.*, 2006, 593 ss. in cui si rileva che ciò era quanto accaduto nel caso portato innanzi alla Corte Suprema, avendo la ricorrente dedotto come motivo di impugnazione la circostanza che, nonostante in ambo i gradi del giudizio di merito, avesse richiesto un accertamento della guardia di finanza e una consulenza tecnica volti a determinare le potenzialità economiche delle parti, detto accertamento era stato rigettato.

²⁸ Così BUTTIGLIONE, *Assegni di mantenimento del coniuge e dei figli. Assegno di divorzio. Poteri istruttori d'ufficio. Istruzioni per l'uso*, in MARIANI-PASSAGNOLI (a cura di), *Diritti e tutele nella crisi familiare*, in *Persona e Mercato*, Padova, 2007, 56 ss. la quale, con riferimento all'assegno per il coniuge debole, richiama la teoria di QUADRI, *La nuova legge sul divorzio, I profili patrimoniali*, Napoli, 1987, 96 ss. ove si sottolinea come l'unica condizione del potere inquisitorio riconosciuto con tanta larghezza al giudice dall'art. 5, 9° comma l. div. deve ritenersi l'esistenza di "contestazioni" delle risultanze della documentazione prodotta dalla controparte. In questa direzione v. anche GOVERNATORI – MALTAGLIATI – MARLIANI – PILLA, *Come calcolare gli assegni di mantenimento nei casi di separazione e divorzio, Un approccio interdisciplinare tra diritto, statistica ed economia*, in *Teoria e pratica del diritto*, Milano, 2009, 120 ss. Contra v. invece CARNEVALE, *La fase a cognizione piena*, in *I processi di separazione e divorzio*, cit., 95, la quale richiede indispensabile la richiesta.

²⁹ V. sul tema TOMMASEO, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2006, 396.

eccezioni dedotte dalle parti, quando si controverte sull'assegno per il coniuge³⁰.

4. – Quando si ponga l'attenzione non già sulla disponibilità d'ufficio di mezzi istruttori in generale bensì specificamente sulla disponibilità

³⁰ In questa ipotesi, una volta che la domanda sia stata proposta, che la parte abbia prodotto i documenti che sono in suo possesso ed abbia dedotto e cercato di provare le circostanze di fatto utili a dimostrare che la situazione economico-patrimoniale come prospettata dall'altro coniuge non risponde a verità, scatta il concorrente potere officioso del giudice finalizzato all'accertamento delle reali posizioni economiche di entrambi i coniugi. In altre parole, ogniqualvolta un coniuge contesti i redditi dichiarati dall'altro ovvero le sostanze di cui lo stesso è titolare, adducendo elementi che facciano ritenere la sussistenza di un livello economico superiore a quello apparente e, dunque, sia in discussione la prova degli elementi che assumono rilevanza ai fini del riconoscimento e della determinazione dell'assegno vi è l'obbligo da parte del giudice di fare esercizio dei sopra menzionati poteri di disporre indagini d'ufficio sui redditi; ove invece le prove dedotte e prodotte dalle parti consentano una soddisfacente ricostruzione del fatto da provarsi, il giudice non ha motivo di ricercare nuove prove esercitando i propri poteri ufficiosi. In giurisprudenza v. Cass. 7 marzo 2006, n. 4872; Cass. 21 maggio 2002, n. 7435, in *Fam. e dir.*, 2002, 604 con nota di SPACCAPELO; Cass. 10 agosto 2001, n. 11059, in *Fam. e dir.*, 2001, 469 con nota di CARBONE, in cui si specifica che il giudice investito della domanda di divorzio può avvalersi di tutti gli elementi di prova ritualmente acquisiti al processo e può anche ricorrere ad elementi presuntivi e alle nozioni di comune esperienza per l'accertamento delle condizioni economiche delle parti, e non è tenuto ad ammettere o disporre ulteriori mezzi di prova quando le circostanze economiche risultanti dagli atti forniscano elementi sufficienti per la formazione del suo convincimento, convincimento che – sotto tale aspetto – si sottrae a qualsiasi censura nel giudizio di legittimità, se sia logicamente e congruamente motivato. La Cassazione aveva avuto l'opportunità di chiarire tali incertezze relative all'esercizio del potere ufficioso di indagine attribuito al giudice in una decisione in cui venne sancita, in via analogica, l'applicabilità dell'art. 5, comma 9, l. div., anche al giudizio di separazione. V. Cass. 17 maggio 2005, n. 10344 in *Fam. e dir.*, 2006, 179 ss. con nota di LAI, *Polizia tributaria e poteri del giudice della separazione*, in cui la Corte ha chiarito l'inesistenza di un obbligo per il giudice di disporre sempre e comunque le indagini ufficioshe sul reddito dei coniugi fatto oggetto di contestazione, dal momento che il legislatore ha lasciato che fosse il magistrato a valutare l'opportunità di esercitare o meno detto potere, sulla base delle allegazioni delle parti a sostegno delle rispettive condizioni economiche. Presupposto necessario ma non sufficiente per applicare la norma è pertanto la contestazione del reddito, che ha l'effetto di attribuire al giudice un potere ufficioso di indagine da esercitare specialmente quando le deduzioni probatorie delle parti si mostrino insufficienti. Invero, la semplice contestazione non può legittimare, di per sé stessa, il giudice all'esercizio del potere istruttorio d'ufficio, richiedendosi a tal fine che la contestazione sia precisa e fondata su elementi di prova offerti dal giudice che la propone. Ed in proposito si è chiarito che la contestazione si risolve nell'allegazione di fatti secondari (quali ad esempio il possesso di beni costosi o lo svolgimento di attività di elevato livello professionale) dai quali è possibile indurre – con ragionamento inferenziale – il fatto principale costituito dalla capacità reddituale dell'altro coniuge. Di conseguenza se il giudice, a fronte della contestazione "circostanziata" avanzata da un coniuge non ritenga sufficientemente provati i fatti allegati, prima di rigettare la domanda dovrà esercitare il potere di istruzione ufficioso e solo ad esito di tale attività potrà, ricorrendone i presupposti, definire il giudizio ai sensi dell'art. 2697 c.c.

ufficiosa dell'esibizione di documentale, ci pare che la scelta di riconoscere al giudice il potere di disporla d'ufficio nei processi della famiglia, non possa "inquinare" o "distorcere" il fondamento dell'istituto esibitorio che, non per questo motivo, perderebbe la sua connotazione garantistica di consentire l'acquisizione di un documento per fornire la verità di fatti allegati a fondamento delle loro domande o eccezioni per diventare un meccanismo "pubblicistico-inquisitorio". Una ipotesi di questo tipo si verificherebbe, forse, soltanto se le prove ricercate dal giudice non riguardassero fatti già allegati dalle parti, quando cioè venisse a violarsi il "principio di allegazione" di parte quale massimo corollari del principio dispositivo.

Difatti, se con l'iniziativa del giudice non si introducano fatti nuovi nel processo ma vi sia solamente un'iniziativa in ordine alla deduzione del mezzo di prova, il potere del giudice stesso non si atteggia in termini inquisitori e non costituisce deroga al principio dispositivo, realizzandone al più una compressione, come accade per tutti i poteri istruttori d'ufficio i quali incidono sulla iniziativa di deduzione del mezzo di prova e non anche sull'iniziativa in ordine all'introduzione in giudizio di fatti se non sull'instaurazione stessa del giudizio³¹.

Con riferimento all'assegno di mantenimento in favore dei figli, tuttavia, sia in dottrina che in giurisprudenza, in virtù di una finalità pubblicistica ritenuta prevalente, viene riconosciuta la possibilità per il giudice di far uso del suo potere anche per riconoscere un contributo che non sia stato richiesto.

Qualora si voglia ammettere senza riserve la possibilità per il giudice della separazione e del divorzio di disporre d'ufficio l'esibizione di documenti, occorrerebbe, allora, senz'altro un intervento mirato e motivato del legislatore di detti procedimenti, tenuto conto della chiarezza con cui afferma la necessità dell'istanza di parte nelle norme chiave dell'esibizione documentale.

Abstract

THE POWER OF THE JUDGE TO ASCERTAIN AND INVESTIGATE WITHIN SEPARATION AND DIVORCE PROCEEDINGS AND THE LIMITS IMPOSED BY THE ITALIAN LEGAL SYSTEM: THE PROBLEM OF THE PRODUCTION OF DOCUMENTS

³¹ V. in questi termini anche FABIANI, *op. cit.*, 605-606. Del resto, secondo la ricostruzione più accreditata, l'ordine del giudice, non è l'espressione di una potestà autoritativa discrezionale del giudice medesimo, bensì di un suo potere-dovere da esercitare in presenza e nel rispetto degli indefettibili presupposti stabiliti dalla legge.

L'articolo si concentra sul problema dell'esibizione documentale con riferimento ai procedimenti separativi e di divorzio, concentrandosi sulla questione della disponibilità officiosa del mezzo istruttorio.

The article focuses on the problem of the production of documents according to article 210 Italian Code of civil procedure in order to investigate about the possibility for the judge to order it.

SEZIONI SPECIALIZZATE IN MATERIA DI IMPRESA E SEZIONI ORDINARIE: LA SOSPENSIONE SCONGIURATA

MICHELLE VANZETTI
Professore aggregato
nell'Università di Milano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il problema se il rapporto tra sezione ordinaria e sezione specializzata vada qualificato in termini di competenza oppure di mero riparto tabellare. – 3. La prima pronuncia della Cassazione. – 4. I contrapposti orientamenti: quello c.d. formalistico e quello c.d. antiformalistico. – 5. La sentenza delle Sezioni unite della Cassazione n. 19882 del 23 luglio 2019 e l'adesione alla tesi del mero riparto tabellare. – 6. Gli argomenti più persuasivi a favore dell'impostazione accolta dalle Sezioni unite: l'insussistenza di asimmetrie di sistema, ove si accolga la tesi del mero riparto tabellare. – 7. (*Segue*) La questione del giudice naturale precostituito per legge. Il paragone con le sezioni agrarie. – 8. (*Segue*) Gli ingiustificabili ritardi insiti nell'accoglimento della tesi c.d. formalista. – 9. Una possibile interpretazione alternativa.

1. – Franco Cipriani fu tra gli studiosi che, con più convinzione, evidenziarono la ridondanza e la perniciosità della sospensione *ipso iure* che un processo subisce per effetto della proposizione del regolamento di competenza¹. Tuttavia, mentre in relazione a quello necessario Cipriani

¹ Il quale non «può essere contestato in sé e per sé, bensì esclusivamente perché provoca la sospensione *ipso iure* del processo sul merito»: così CIPRIANI, *Il regolamento facoltativo di competenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 488 ss., in particolare 521. Sul piano degli effetti negativi in termini di ragionevole durata, altrettanto pernicioso è l'impugnabilità con regolamento di competenza dei provvedimenti che dichiarano la sospensione del processo per pregiudizialità *ex art.* 295 c.p.c., dato che per evitare quest'ultima sospensione, si incorre inevitabilmente in quella prevista dall'art. 48 c.p.c., lasciandosi così al caso, all'alacrità dei giudici e alla corposità dei loro ruoli la durata di questo inevitabile periodo di diniego di giustizia. Già il Liebman proponeva più di quarant'anni fa l'abrogazione dell'istituto in parola nelle sue *Proposte per una riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 452 e ss., in particolare 458; così come Menchini, alla voce *Sospensione del processo civile*, a) *processo civile di cognizione*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 32, affermava che «la sospensione necessaria è certamente un flagello, un istituto contrario ai diritti delle parti, perché dilata i tempi, già insopportabilmente lunghi, di durata del processo». V. anche CIPRIANI, voce *Sospensione del processo*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1995, 12 e 14 s.; e TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 42 ss.. Sul regolamento di competenza e la sospensione v. per tutti BONGIORNO, *Il regolamento di competenza*, Milano, 1970; TRISORIO LIUZZI, *Il regolamento di competenza e le sospensioni*

auspicava quantomeno il coordinamento della disciplina con la previsione dell'art. 279, comma 4, c.p.c.², rispetto al regolamento facoltativo. Egli riteneva la sospensione elemento essenziale, in quanto tale insopprimibile, per permettere a questa peculiare impugnazione di prevalere su quella concorrente ordinaria³.

Com'è noto, il D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168 ha istituito le Sezioni specializzate in materia di proprietà industriale, successivamente denominate "sezioni specializzate in materia di impresa" dall'art. 2 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 14. Secondo alcuni, siccome la loro introduzione avrebbe dato vita a una nuova ipotesi di competenza per materia, l'organo giurisdizionale adito dovrebbe sempre pronunciarsi sulla relativa questione con un provvedimento impugnabile con regolamento di competenza, determinandosi quindi la necessaria sospensione del processo *a quo* dal momento della presentazione dell'istanza o da quello dell'ordinanza con la quale si solleva il regolamento d'ufficio⁵. Per la verità, sulla bontà di questa interpretazione si è dibattuto fin da subito, soprattutto in giurisprudenza, come testimonia la copiosità di decisioni contrastanti, rese in un arco di tempo relativamente breve.

diverse da quella necessaria ex art. 295 c.p.c., in *Foro it.*, 2003, I, 3139; ID., *Sospensione necessaria del processo e regolamento di competenza*, ivi, 1997, I, 1111; ACONE, *La "ragionevole durata" del regolamento di competenza*, in *Corriere giur.*, 2005, 1593 ss..

² Vale a dire, con la previsione di una sospensione concordata e discrezionale.

³ CIPRIANI, *Il regolamento facoltativo di competenza*, cit., p. 521 s.

⁴ Come è già stato autorevolmente sottolineato, in realtà questa iniziativa del legislatore di unificare, tramite l'ampliamento delle competenze delle sezioni specializzate, il diritto industriale e il societario, pare corrispondere a una vecchia concezione unitaria del diritto commerciale, che non diventa certo più attuale per il fatto di esser chiamato "diritto dell'impresa". Peraltro, se nei grandi tribunali, come ad esempio quello di Milano, a questa eterogeneità di materie specialistiche si è fatto fronte con la suddivisione della relativa sezione specializzata in due "sotto-sezioni", quella i cui magistrati si occupano del diritto industriale, e quella nella quale invece, altri diversi magistrati si occupano del diritto societario, lo stesso non accade, né può accadere per ragioni di insufficiente organico, nella maggior parte delle altre sezioni specializzate. Sul punto e per una critica all'ampliamento del numero delle sezioni specializzate v. A. VANZETTI, *Sezioni specializzate e proprietà intellettuale, una mera finzione*, in *Italia Oggi*, 8 marzo 2012, p. 35 e CASABURI, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, in *Il dir. ind.*, 2012, 515 ss.

⁵ Sull'ineluttabilità della sospensione in caso di proposizione del regolamento di competenza, v. da ultimo il contributo di M. DE SANTIS, *sub artt. 45-50*, in AULETTA, *Regolamento di giurisdizione e di competenza. Composizione del tribunale*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2019, p. 230, che ricorda come sia "esclusa qualsiasi discrezionalità del giudice in ordine alla sospensione e all'ammissibilità del ricorso, per cui il giudice deve limitarsi a verificare la sussistenza di tre condizioni: la proposizione dell'istanza di regolamento, che sia stata fatta istanza di trasmissione del fascicolo a norma dell'art. 47 cod. proc. civ. e la sussistenza dei presupposti per la proposizione dell'istanza".

2. – La questione che si è subito posta agli interpreti – e che, a nostro avviso, va risolta dando spazio più alla ragione che al rigore – riguarda appunto la qualificazione del riparto di attribuzioni fra una sezione ordinaria e una sezione specializzata in materia di impresa, quando collocate in un medesimo tribunale: ci si è chiesti se si tratti, appunto, di competenza in senso stretto o, piuttosto, di mera distribuzione degli affari all'interno di un unico ufficio giudiziario, da risolversi con un provvedimento ordinatorio da parte del presidente della sezione o del tribunale adito.

È con questo problema – potenzialmente foriero di inutili lungaggini nello svolgimento dei processi – che vogliamo misurarci in questa sede, ponendoci quale obiettivo quello di verificare se la seconda delle due soluzioni prospettate – che indubbiamente ha il pregio di scongiurare l'automatica sospensione dei giudizi, conseguente alla proposizione del regolamento di competenza e che comporta un inevitabile allungamento dei tempi processuali⁶ – poggi su un valido fondamento sistematico e se eventualmente vi siano alternative percorribili.

3. – È significativo osservare come la prima pronuncia della Cassazione, resa in sede di regolamento di competenza, nella quale è stato affrontato il problema che ci occupa, sia stata occasionata da ragioni tutt'altro che scientifiche. La controversia traeva origine dalla deduzione in un unico giudizio di un cumulo di domande, alcune delle quali fondate su una prospettata invalidità brevettuale e altre, in qualche modo collegate alle prime, su asseriti episodi di diffamazione. La Sezione specializzata in materia di proprietà industriale del Tribunale di Venezia era stata quindi adita sulla base di questa ipotizzata connessione⁷. Nesso, quest'ultimo, che la

⁶ L'ampio uso strumentale di questo rimedio, che determina *ipso iure* la sospensione del processo – istituto chiaramente confliggente col principio costituzionale di ragionevole durata e di economia – è una delle principali ragioni che inducono ad accogliere con favore la soluzione adottata dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 19882 del 23 luglio 2019, sulla quale v. *infra* nel testo.

⁷ Altro problema di grande interesse è quello della delimitazione del perimetro delle materie affidate alle sezioni specializzate in materia di impresa, problema che si pose immediatamente agli interpreti. Qui ci limitiamo a ricordare che l'art. 134 D.Lgs. n. 30/2005, come sostituito dall'articolo 19, comma 5, della Legge 23 luglio 2009 (e nella sua versione originaria dichiarato incostituzionale dalla sentenza della Consulta n. 170 del 17 maggio 2007 solo nella parte in cui prevedeva l'applicazione del rito societario per le cause aventi ad oggetto le materie indicate dalla norma; la stessa sentenza ha invece lasciato intatte le regole relative alla devoluzione alle cognizioni delle Sezioni Specializzate di determinate controversie), oggi, come all'epoca, impone in primo luogo la trattazione davanti alle Sezioni Specializzate istituite dal decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168 di tutte le cause «in materia di proprietà industriale». Esso inoltre devolve alle Sezioni specializzate anche tutte le controversie in materia «di concorrenza sleale», con la sola eccezione di quelle che abbiano ad oggetto fattispecie che «non interferiscono neppure indirettamente con l'esercizio di

Sezione specializzata giudicò non idoneo a permettere il *simultaneus processus* e che la indusse a rimettere la causa al collegio, ritenendo di poter pronunciare una sentenza declinatoria in rito per incompetenza⁸. Furono essenzialmente ragioni di politica difensiva a indurre gli attori a opporsi a una ricostruzione del problema in termini di riparto di competenza: si temeva l'impatto mediatico negativo che avrebbe potuto comportare anche solo una semplice pronuncia d'incompetenza (all'epoca, come s'è appena

diritti di proprietà industriale», cioè delle controversie che non presentino alcuna connessione, neppure indiretta, con tali diritti. Spetta poi alle Sezioni specializzate decidere le controversie «in materia di illeciti afferenti all'esercizio dei diritti di proprietà industriale ai sensi della Legge 10 ottobre 1990, n. 287». Infine, l'art. 134 lett. a) c.p.i., pone una prima regola generale di chiusura, in base alla quale sono devolute alle Sezioni specializzate non solo le controversie già menzionate, ma anche quelle che presentino con esse «ragioni di connessione anche impropria». È evidente che la norma in quest'ultima parte si riferisce alle controversie proposte in un processo cumulato realizzatosi appunto in forza della loro connessione, eventualmente anche impropria, con le controversie relative a diritti di proprietà industriale o a ipotesi di concorrenza sleale c.d. "interferente". Si tratta quindi di cause diverse da quelle già menzionate, ma aventi ad oggetto situazioni giuridiche con queste ultime connesse, anche solo per comunanza di questioni (sulla c.d. "connessione impropria" v. per tutti CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2019, p. 25 s.). Al riguardo, in dottrina – con particolare riferimento alle originarie sezioni specializzate in materia di proprietà industriale – veniva precisato che l'estensione dei poteri decisorii del Giudice specializzato alla cognizione di controversie che presentano ragioni di connessione anche impropria con quelle di competenza delle stesse Sezioni era stata dettata dall'esigenza di "evitare dispersioni dovute ad eccezioni di incompetenza per materia, ed inoltre per evitare il frazionamento della competenza fra giudici diversi in relazione a fattispecie da considerare unitariamente per una loro corretta valutazione" (FLORIDIA, *Il riassetto della proprietà industriale*, Milano, 2006, p. 547; ID., *Il Codice della proprietà industriale fra riassetto e demolizione*, in *Dir. ind.*, 2008, 105 ss.); è stato altresì rilevato come l'art. 134 c.p.i. rappresenti una norma che determina un "rilevante allargamento in concreto delle attribuzioni delle Sezioni specializzate, che – in verità – poteva già desumersi (...) dai principi generali del codice di rito in materia di connessione" (così CASABURI, "Il Giudice della proprietà industriale", in *Riv. dir. ind.*, 2005, p. 251; v. anche Scuffi, "La competenza per materia e per territorio delle Sezioni Specializzate", in *Dir. ind.*, 2006, p. 79; ID., *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, Milano, 2009, p. 246 ss.; Scuffi - Franzosi, *Diritto industriale italiano*, vol. II, Padova, 2014, p. 1271 ss.). Per ulteriori, ampi riferimenti, v. Rossi, *Commento all'art. 134 c.p.i.*, in A. VANZETTI (a cura di), *Codice della proprietà industriale*, Milano, 2013, 1431 ss.; ESPOSITO, *Osservazioni in tema di competenza per materia delle sezioni specializzate alla luce delle disposizioni procedurali degli artt. 120, quarto comma e 134, primo e terzo comma, del Codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, p. 85 ss. Per una ricostruzione dell'ambito della cognizione delle Sezioni specializzate in materia di impresa, dopo le novità introdotte nel 2012, v. AULETTA-PANZAROLA, *Della competenza per materia e valore. Della competenza per territorio*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Bologna, 2015, 66 ss.; Santagada, *La competenza per connessione delle sezioni specializzate in materia di imprese*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1361 ss.; PANZANI, *Le sezioni specializzate in materia d'impresa*, in *Giur. Merito*, 2012, 1785; BALENA, *L'istituzione del tribunale delle imprese*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 335 ss.; LUORIO, *Il Tribunale delle imprese*, in *Judicium.it*, 2012.

⁸ All'epoca l'incompetenza era ancora pronunciata con sentenza, ai sensi del previgente disposto dell'art. 279 c.p.c. (v. anche il previgente art. 42 c.p.c.).

ricordato, da emanarsi con sentenza), che il pubblico avrebbe potuto intendere come il preludio di una decisione sfavorevole nel merito. Gli attori quindi – appunto per evitare un simile equivoco, che li avrebbe notevolmente danneggiati in termini di immagine – sostennero⁹, a mio avviso fondatamente, che non vi fosse alcun bisogno di una formale pronuncia al riguardo. L'adito giudice veneziano, infatti, avrebbe potuto semplicemente, previa separazione, rimettere la causa al proprio Presidente per l'assegnazione alla Sezione ordinaria, senza necessità di pronunciare sentenza, trattandosi appunto di una mera questione di distribuzione delle controversie all'interno dello stesso ufficio giudiziario. Questa tesi fu però respinta da Tribunale, con una sentenza che dichiarava l'incompetenza della Sezione specializzata veneziana in relazione alle domande che si basavano sugli episodi asseritamente diffamatori¹⁰, dandosi così luogo alla prima impugnazione con regolamento di competenza proprio su questo tema, a seguito della quale il giudizio fu sospeso per oltre un anno, ovviamente anche con riguardo alle domande rispetto alle quali non era stata revocata in dubbio la competenza per materia della sezione specializzata adita.

Le conseguenze determinate da siffatta ricostruzione furono paradossali, perché essa costrinse proprio chi negava che il riparto tra giudice ordinario e sezione specializzata desse luogo a una questione di competenza in senso stretto a proporre regolamento di competenza, domandando di fatto alla Suprema Corte di dichiarare l'impugnazione proposta inammissibile¹¹.

4. – La Cassazione, nel confermare in sede di regolamento *ex art. 42 c.p.c.* la decisione gravata, ricostruì il riparto tra sezione specializzata e giudice ordinario nei termini di vera e propria questione di competenza¹². La conclusione raggiunta, però, lungi dal raccogliere consensi unanimi nel tempo, venne a più riprese smentita da un nutrito filone di pronunce (tanto di merito quanto di legittimità), che ha ravvisato nel rapporto fra sezione

⁹ Dinanzi alla Sezione specializzata, prima, e alla Cassazione, poi.

¹⁰ Fu quindi rimessa al giudice ordinario, con una decisione declinatoria in rito per incompetenza, la cognizione delle domande non adeguatamente connesse a quelle di natura strettamente brevettuale.

¹¹ In applicazione del principio di apparenza, in virtù del quale prevale la forma sulla sostanza, se un provvedimento è stato erroneamente emesso in forma di sentenza sulla competenza, nei confronti di questo si potranno esperire solo le impugnazioni previste dal legislatore per quel tipo di provvedimento (e dunque, nella specie, il regolamento di competenza), non rilevando la sostanza del medesimo. V. per tutti Luiso, *Diritto processuale civile*, II, 10a ed., Milano, 2019, 290 ss..

¹² Cass. n. 20690 del 25 settembre 2009.

ordinaria e sezione specializzata, quando collocate all'interno del medesimo ufficio giudiziario, una questione di rilievo meramente tabellare¹³.

Non intendiamo qui ripercorrere i contrapposti orientamenti, ben delineati sia dalla dottrina¹⁴, sia, da ultimo, dalle Sezioni Unite della Cassazione¹⁵; ci limitiamo a ricordare che i fautori del primo¹⁶ fondano in particolare le proprie conclusioni, oltre che sulla valorizzazione del dato letterale¹⁷ e della volontà del legislatore di istituire un giudice *ad hoc*, di

¹³ Ove invece la sezione specializzata e quella ordinaria siano collocate in diversi uffici giudiziari, l'economia processuale e i vari principi giuridici di cui si dirà nel testo non potrebbero prevalere sul fatto che la causa pende davanti a un tribunale il cui presidente non può, con un semplice provvedimento ordinatorio, disporre l'assegnazione della controversia a una sezione di un diverso tribunale, territorialmente collocato altrove. In simile ipotesi, infatti, si tratterebbe probabilmente di una incompetenza vera e propria (territoriale), e la pronuncia di una decisione sulla competenza si rivelerebbe verosimilmente corretta. V. ad esempio Cass. 23 ottobre 2017, n. 25059, in cui si afferma che "se una controversia assegnata alle sezioni specializzate delle imprese sia promossa dinanzi a tribunali diversi da quelli in cui sono presenti dette sezioni, la pronuncia non può essere che di incompetenza perché si è adito l'ufficio giudiziario anche territorialmente sbagliato". Nello stesso senso, Cass. 29 marzo 2018, n. 7882, e, da ultimo, Cass. Sez. Un. 23 luglio 2019, n. 19882.

¹⁴ V. ad esempio NEGRI, *La "natura" delle sezioni specializzate per l'impresa secondo le Sezioni Unite*, in *Corriere. giur.*, 2019, 1394 ss.; BACCAGLINI, *Sezioni specializzate per l'impresa e competenza per materia*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 860 ss.; GIORGETTI, *I rapporti tra sezioni ordinarie e specializzate per l'impresa: serve l'intervento nomofilattico*, in *ilsocietario.it*, 2019; LUORIO, *Il Tribunale delle imprese*, cit., prf. 4.

¹⁵ Con la sentenza Cass. Sez. Un. 23 luglio 2019, n. 19882 le Sezioni Unite hanno finalmente preso posizione, avvallando la tesi del rilievo solamente tabellare della questione: v. *infra*.

¹⁶ C.d. "formalista". In giurisprudenza si vedano, in particolare: Cass. 25 settembre 2009, n. 20690; Cass. 18 maggio 2010, n. 12153 (che si pronuncia in sede di regolamento, con ciò ritenendolo ammissibilmente proposto); Cass. 14 giugno 2010, n. 14251; Cass. 23 settembre 2013, n. 21762; Cass. 24 luglio 2015, n. 15619; Cass. 28 febbraio 2018, n. 4706. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, anche di merito, si veda PRADO, *"Formalismo" e "antiformalismo" a confronto in tema di competenza delle sezioni specializzate*, in *Il diritto industriale*, 2018, 557, sub nt. 1; e F. Ferrari, *Alle sezioni unite l'ultima parola sulla qualificazione delle sezioni specializzate in materia di impresa*, in *Aula Civile*, 2019, 3, 4 ss.

In dottrina v. PRADO, *Competenza/distribuzione interna: verso il giudizio delle Sezioni Unite*, in *Il dir. ind.*, 2019, 199 ss.; ID., *"Formalismo" e "antiformalismo"*, cit., 556 ss.; ID., *Ancora su competenza/distribuzione interna. Due decisioni estive di segno opposto*, in *Il dir. ind.*, 2015, 502 ss.; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 12^a ed., Torino 2019, 409 ss.; Borriello-Guadagno, *Rapporto tra sezione delle imprese e altre sezioni dello stesso ufficio giudiziario*, in *Le Società*, 2017, 93 ss.; BACCAGLINI, *Sezioni specializzate per l'impresa e competenza per materia*, cit., 857 ss.; AULETTA-PANZAROLA, *Della competenza per materia e valore. Della competenza per territorio*, cit., 71 ss.; TAVASSI, *Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell'impresa*, in *Corr. Giur.*, 2012, 1118; GRAZIOSI, *Dall'arbitrato societario al tribunale delle imprese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 105 s.; L.C. UBERTAZZI, *Le sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, 219 ss. V. altresì BALENA, *L'istituzione del tribunale delle imprese*, cit., 339 s.

¹⁷ In particolare là dove nel D.lgs. n. 168/2003, artt. 3, 4 e 5, viene utilizzato il termine "competenza" per indicare le materie devolute alle sezioni specializzate, così

elevata specializzazione, per controversie di particolare complessità tecnico-giuridica, anche sulle analogie rinvenibili dal confronto con le sezioni agrarie, in relazione alle quali è certa l'autonomia rispetto all'ufficio di appartenenza¹⁸. Inoltre, si sottolinea l'asimmetria di sistema con cui è costretto a misurarsi chi nega che si tratti di questioni di competenza in senso stretto; asimmetria consistente nel fatto che il rimedio del regolamento di competenza sarebbe utilizzabile solo quando il conflitto sorga fra sezioni collocate presso uffici giudiziari differenti, e non invece quando l'ufficio sia lo stesso¹⁹. Infine, si evidenzia che la qualificazione suggerita risponde alla necessità di rispettare la corretta costituzione del giudice che, anche (se non addirittura soprattutto) con riguardo alle sezioni specializzate, rappresenta un vero e proprio diritto soggettivo di natura processuale²⁰.

come viene usata la denominazione "specializzate" per indicare le sezioni in esame, così - secondo questa tesi - esplicitamente richiamando l'art. 102 Cost.

¹⁸ Si ritiene infatti che le sezioni agrarie rientrino nella previsione di cui all'art. 102 Cost.. A sostegno della tesi in esame, si menzionano non solo le sezioni agrarie, ma anche i tribunali delle acque pubbliche, dei minorenni e di sorveglianza. V. Casaburi, *La tutela della proprietà industriale*, cit., 517. A onore del vero, ricordiamo che parte minoritaria della giurisprudenza di legittimità, anche con riferimento alle sezioni agrarie, ha talora qualificato il provvedimento con cui il giudice ordinario abbia disposto la riassegnazione della causa al giudice specializzato non come una decisione di incompetenza, ma come un «*provvedimento ordinatorio e di carattere amministrativo strumentale allo svolgimento dell'attività giurisdizionale (...) che non contiene alcuna statuizione sulla competenza*»: cfr. Cass. 14 luglio 2005, n. 14933. Sul riparto della competenza fra sezioni ordinarie e sezioni agrarie v. in generale AULETTA-PANZAROLA, *Della competenza per materia e valore. Della competenza per territorio*, cit., 55 ss.

¹⁹ Invero, ove si aderisca alla tesi del mero rilievo tabellare della questione in esame, si ammette conseguentemente che, mentre in caso di conflitto tra sezione ordinaria e sezione specializzata collocate in diversi uffici giudiziari le parti hanno a disposizione il regolamento di competenza, se la questione si pone tra sezioni dello stesso ufficio, questo strumento non è utilizzabile. Secondo i sostenitori della tesi della competenza in senso stretto, questo inaccettabile risultato "asimmetrico" determinerebbe nel secondo caso un ingiusto e ingiustificato disfavore per la parte che risultasse soccombente sul punto: «se il rapporto tra sezione specializzata e sezione ordinaria dovesse porsi in termini di ripartizione interna dell'ufficio, non sarebbe configurabile sul punto una statuizione sulla competenza, e conseguentemente non sarebbe ammissibile il ricorso per regolamento, ma l'interessato potrebbe soltanto limitarsi a sollecitare lo spostamento della causa dall'una all'altra sezione mediante un provvedimento del presidente del tribunale»; in tal modo si priverebbero le parti "del controllo della Corte di cassazione, in una materia in cui il legislatore ha viceversa affidato alla creazione delle sezioni specializzate un rilievo centrale nella pronta, e appunto specializzata, definizione di controversie, quelle in materia di impresa, in ragione della peculiarità ed importanza di esse" (Cass. 28 febbraio 2018, n. 4706; in questo senso pure Cass. 24 luglio 2015, n. 15619). In dottrina v. BACCAGLINI, *Sezioni specializzate per l'impresa*, cit., 864 s.

²⁰ BACCAGLINI, *Sezioni specializzate per l'impresa*, cit., 864, secondo la quale «le garanzie processuali delle parti, soprattutto quelle che attengono alla costituzione del giudice, non possono essere posposte a esigenze organizzative e di distribuzione del lavoro (...). La previsione legislativa di un corpo di giudici speciali per la risoluzione di controversie complesse (...) crea nelle parti un vero e proprio diritto soggettivo

Chi, all'opposto, ritiene che il riparto tra sezione specializzata e giudice ordinario dia luogo a una mera questione di distribuzione degli affari giurisdizionali all'interno del medesimo ufficio giudiziario²¹, ripercorre gli stessi argomenti, cui si è appena fatto cenno, dando loro una lettura differente²²: nessuna rilevanza, dunque, potrebbe avere il dato letterale, perché utilizzato troppo spesso in maniera atecnica dal legislatore²³. Ingiustificata sarebbe, poi, la presunta analogia tra sezioni specializzate e sezioni agrarie, nella cui composizione è prevista per legge anche la presenza di tecnici esperti, non appartenenti alla magistratura, cosa che non

processuale a che la decisione sia affidata a quei giudici e non ad altri organi giudiziari». Così già Graziosi, *Dall'arbitrato societario al tribunale delle imprese*, cit., 103 ss.

²¹ In giurisprudenza si vedano Cass. 22 novembre 2011, n. 24656; Cass. 20 settembre 2013, n. 21668; Cass. 23 maggio 2014, n. 11448; Cass. 15 giugno 2015, n. 12326; Cass. 27 ottobre 2016, n. 21774; Cass. 7 marzo 2017, n. 5656; Cass. 22 marzo 2017, n. 7227; Cass. 24 maggio 2017, n. 13138; Cass. 23 ottobre 2017 n. 25059; Cass. 29 marzo 2018, n. 7882; Cass. 4 dicembre 2018, n. 31334; Cass. 14 gennaio 2019, n. 664. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, anche di merito, si veda I.M. PRADO, "Formalismi" e "antiformalismi" a confronto, loc. cit..

In dottrina, v. NEGRI, *La "natura" delle sezioni specializzate per l'impresa*, cit., 1402; Santagada, *La competenza per connessione*, cit., 1370 ss.; Id., *Sezioni specializzate per l'impresa, accelerazione dei processi e competitività delle imprese*, ivi, 2012, 1270 ss.; GIUSSANI, *L'attribuzione delle controversie industrialistiche alle sezioni per l'impresa*, in GIUSSANI (a cura di), *Il processo industriale*, Torino 2012, 5 ss.; ID., *Le sezioni specializzate per la proprietà industriale e intellettuale e l'art. 25 Cost.*, in *Saggi sulle tutele dell'impresa e dall'impresa*, Torino, 2007, pp. 10-11; MERLIN, *Le nuove "sezioni delle imprese" tra corsie preferenziali e sviluppo del mercato*, in *Sistema e società - Lex 24*, p. 1; EAD., *Elementi di diritto processuale civile, Parte generale*, 2017, 141 s.; PILLONI, *Dalle «vecchie» sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale al "nuovo" tribunale delle imprese per la competitività del processo civile*, in *Studium Juris*, 2012, 1229 ss.; CICCONE, *Sezioni specializzate e sezioni ordinarie: questione di competenza o di ripartizione interna?* (nota a Cass. 14 giugno 2010, n. 14251), in *Dir. ind.* 2011, 233; ID., *Sui rapporti tra sezioni specializzate per l'impresa e sezioni ordinarie del tribunale*, in *Giur. It.*, 2018, 2674 ss.; CASABURI, *Sezioni specializzate, sezioni ordinarie e devoluzione delle controversie industrialistiche*, (nota a Cass. 25 settembre 2009, n. 20690), in *Dir. ind.*, 2010, 58 ss.; ID., *"Il Giudice della proprietà industriale"*, in *Riv. dir. ind.*, 2005, p. 251; ID., *Le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale: competenza, rito, organizzazione*, 2004, p. 35 ss.; SCUFFI, *La competenza per materia e per territorio delle sezioni specializzate*, in *Dir. ind.*, 2006, 78; CURRÒ, *"Il c.p.i.: profili processuali. Questioni vecchie e nuove sulla competenza nell'esperienza delle sezioni specializzate"*, in *Dir. ind.*, 2006, p. 187; SCOTTI, *Le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale. Osservazioni relative ad alcune questioni processuali*, in *Giur. merito*, 2003, IV, p. 2614 ss.

²² V. NEGRI, *La "natura" delle sezioni specializzate per l'impresa*, cit., 1395, che parla di "apparati argomentativi opposti e speculari".

²³ Questo in particolare significa che irrilevante sarebbe il fatto che il legislatore abbia istituito le sezioni di cui si tratta denominandole "specializzate", non essendo esse per ciò solo riconducibili alla previsione dell'art. 102 Cost.; lo stesso dicasi per il termine "competenza", anch'esso utilizzato più volte dal legislatore in maniera atecnica: v., per esempio, Santagada, *La competenza per connessione*, cit., 1374 ss.

accade nel caso delle sezioni specializzate di cui ci stiamo occupando²⁴: se un'analogia si vuole tentare, essa potrebbe semmai scorgersi con le così dette sezioni lavoro o i tribunali fallimentari, pacificamente ritenuti articolazioni di un unico ufficio²⁵. Inoltre, la tanto acclamata specializzazione dei giudici delle sezioni istituite col D.lgs. n. 168/2003 risulterebbe in realtà più presunta che reale: soprattutto nei distretti in cui queste materie vengono trattate con minore frequenza, i magistrati applicati alle sezioni da ultimo menzionate devono infatti far fronte a ruoli misti e assai gravosi²⁶, che non consentono loro alcuna reale specializzazione²⁷. Infine, la paventata asimmetria di sistema in realtà non si realizzerebbe, poiché le situazioni a confronto non sarebbero affatto identiche né omogenee, e questo giustificerebbe di per sé trattamenti differenti.

5. – Nel 2019, a distanza di 10 anni dal primo caso deciso in Cassazione e dopo una serie altalenante di pronunce contrastanti di merito e di legittimità, sono intervenute le Sezioni Unite. Con la nota (e attesa) sentenza n. 19882 del 23 luglio 2019²⁸, che dovrebbe almeno temporaneamente sedare il dibattito, esse hanno aderito alla tesi secondo cui la relazione tra le sezioni ordinarie e quelle specializzate in materia di impresa collocate in un medesimo ufficio giudiziario non può qualificarsi in termini di competenza in senso stretto, avendo rilievo meramente tabellare. Conseguentemente, non è ammissibile il regolamento di competenza avverso il provvedimento

²⁴ Là dove, storicamente, le sezioni specializzate riconducibili all'art. 102 Cost. si sono sempre caratterizzate per la presenza di soggetti estranei alla magistratura: v. Negri, *La "natura" delle sezioni specializzate per l'impresa*, cit., 1391.

²⁵ V. NEGRI, *La "natura" delle sezioni specializzate per l'impresa*, cit., 1399, sub nt. 26. V. tuttavia TROCKER, *Sezioni specializzate e partecipazione di laici all'esercizio della giurisdizione civile*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, I, Milano, 1979, 617 ss.

²⁶ È la legge stessa a prevedere che ai magistrati applicati alle sezioni specializzate possano essere assegnate anche cause "ordinarie": art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 168/03.

²⁷ Questo problema è reso ancora più evidente dall'istituzione di sezioni specializzate in ogni capoluogo di regione, persino in quelli in cui l'organico non basta nemmeno a far fronte alle materie "non specialistiche". A ciò si aggiunga che le norme regolatrici della carriera dei giudici impongono ai giudici di cambiare settore ogni 10 anni, il che significa che, non appena il singolo magistrato raggiunge una effettiva specializzazione in una singola materia è tenuto ad abbandonarla: e di fronte a questa regola nemmeno i magistrati appartenenti alle c.d. sezioni specializzate fanno eccezione. Sul punto v. anche BACCAGLINI, *Sezioni specializzate per l'impresa*, cit., 862.

²⁸ In *Il dir. ind.*, 2019, 491 ss. con nota di CICCONE, *Rapporti tra sezioni impresa e sezioni ordinarie: la pronuncia delle Sezioni Unite*; in *Corriere. giur.*, 2019, 1389 ss., con nota di NEGRI, *La "natura" delle sezioni specializzate per l'impresa secondo le Sezioni Unite*; in *Foro it.*, 2019, I, 3553, con nota di P. FARINA, *Sui rapporti tra sezioni specializzate e ordinarie dello stesso ufficio giudiziario: la soluzione delle sezioni unite*; G. Romano, *La parola fine sul dibattito in ordine alla natura delle Sezioni specializzate in materia di impresa*, in *IlSocietario.it*.

che afferma o nega che il giudice adito possa trattenere presso di sé la causa avanti a lui proposta, così come non lo è il provvedimento con cui il presidente della sezione o del tribunale adito riassegna la causa a una diversa sezione del medesimo²⁹.

La conclusione fatta propria dalle Sezioni Unite, sebbene sia motivata con argomentazioni forse non sempre ineccepibili, deve a mio avviso salutarsi con favore: essa – senza ledere in concreto alcun principio processuale inderogabile, tantomeno di rango costituzionale – conduce a risultati assai più ragionevoli, in termini di giustizia del processo e sua ragionevole durata, di quella che vede nelle ipotesi in esame delle vere e proprie questioni di competenza. Ove, infatti, si aderisca alla tesi opposta, l'eventualità del ricorso (sovente strumentalizzato³⁰) al regolamento di competenza e la conseguente sospensione automatica divengono inevitabili, rappresentando un evidente *vulnus* dei principi che sorreggono il giusto processo³¹: è infatti evidente come, per quanto rapida possa essere la Cassazione nel decidere una simile impugnazione, essa si risolva frequentemente in un (seppur temporaneo) diniego di giustizia³²: basti pensare, trattando più in generale il tema della sospensione necessaria, a come ci si adopera per limitarne il più possibile il perimetro applicativo, circoscrivendolo alle sole ipotesi in cui essa rappresenti l'*extrema ratio*, là dove non sia in alcun modo realizzabile il *simultaneus processus*, e comunque oramai alla luce della più recente interpretazione degli artt. 295 e 337, comma 2, c.p.c. fornita dalla Cassazione³³.

6. – Vediamo dunque di ripercorrere e, ove possibile, ulteriormente sviluppare alcuni degli argomenti – ora accolti anche dalle Sezioni Unite – a favore della tesi secondo cui il riparto tra sezioni specializzate e ordinarie situate in un medesimo ufficio giudiziario darebbe luogo a questioni di rilievo meramente tabellare.

²⁹ Neppure ammissibile è quindi il regolamento sollevato d'ufficio.

³⁰ Negri, *La "natura" delle sezioni specializzate per l'impresa*, cit., 1401.

³¹ Ove si acceda alla tesi secondo cui si tratterebbe di una questione di competenza in senso stretto, bisognerebbe, infatti, consentire l'impugnazione della relativa decisione con regolamento di cui all'art. 42 c.p.c. (o, in via ufficiosa, ex art. 45 c.p.c.), con conseguente automatica sospensione del processo *a quo*, ai sensi dell'art. 48 c.p.c., e questa sospensione – a meno che non si riesca a giustificarla con diverse esigenze di rango costituzionale – si pone in netto contrasto con il principio di ragionevole durata dei processi dettato dall'art. 111, comma 2, Cost., oltre che con quello di economia processuale.

³² Si vis, M. VANZETTI, *La sospensione del processo per pregiudizialità nelle controversie industrialistiche*, in *Riv. dir. ind.*, 2014, 75 ss., ove ampi rinvii; ed EAD., *Querela di falso e sospensione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1502 ss.

³³ Cass. Sez. Un. 19 giugno 2012, n. 10027.

Sul punto si è già denunciato il silenzio del legislatore, che non solo ha ommesso di qualificare il rapporto tra le istituende sezioni specializzate e quelle ordinarie nel 2003, ma non ha neppure posto rimedio alla lacuna nel 2012, quando avrebbe avuto occasione e ragione di farlo. Ciò ha imposto di risolvere il problema in via interpretativa, ovviamente nel pieno rispetto dei principi generali dell'ordinamento e, in particolare, di quelli dettati dalla Costituzione³⁴.

Certamente, tra gli argomenti su cui si fonda la tesi della competenza in senso stretto quello relativo all'asserita asimmetria di sistema è il più suggestivo³⁵: eppure, a noi pare che esso possa essere superato non solo evidenziando, come ha fatto la Cassazione, che in realtà non si tratta affatto di situazioni identiche e dunque insuscettibili di un trattamento differente, ma anche riconoscendo che il nostro ordinamento prevede già analoghe (supposte) "asimmetrie", in relazione alle quali il legislatore non s'è fatto scrupolo di adottare soluzioni diverse per fattispecie (pressoché) identiche. E, infatti, ulteriori importanti argomenti che depongono a favore dell'interpretazione secondo cui il giudice deve risolvere la questione con un provvedimento meramente ordinatorio si ricavano, in via d'interpretazione sistematica, dalle norme generali che disciplinano la litispendenza e la riunione dei procedimenti relativi a cause connesse, pendenti presso uffici giudiziari diversi, poste a raffronto con quelle che disciplinano gli stessi fenomeni che si realizzano davanti a giudici diversi appartenenti a uno stesso ufficio giudiziario. Preme qui sottolineare che, in tal modo, non si

³⁴ Giova anzitutto ricordare che, fino a un recente passato, per disciplinare una fattispecie certamente diversa da quella in esame, ma pure per alcuni aspetti affine, il legislatore aveva giustamente optato per una soluzione assai lineare, che non presentava neppure astrattamente problemi di contrasto con i principi né costituzionali né di rango inferiore. L'art. 83-ter disp. att. c.p.c. [norma relativa alle sezioni distaccate, introdotta dall'art. 128 del d.lgs n. 51 del 1998, e che, fino alla loro abrogazione avvenuta con l'art. 2 del D.Lgs. 7 settembre 2012, n. 155, era da porsi in relazione agli artt. 48 *quater*, *quinquies* e *sexies* della legge sull'ordinamento giudiziario (r.d. n. 12 del 1941), i quali dettavano i criteri per la ripartizione orizzontale di attribuzione fra le varie sezioni (centrale e distaccate) in cui si articolava un unico tribunale], infatti, non disciplinava la questione relativa all'attribuzione della causa a una piuttosto che all'altra delle sezioni come una questione di competenza. Il legislatore, viceversa, nell'art. 83-ter disp. att. c.p.c. aveva concepito la questione in esame come una mera irregolarità da correggere con il trasferimento informale della causa alla sezione indicata dalla legge e in concreto individuata dal presidente del tribunale. La disposizione in esame, invero, prevedeva la semplice trasmissione del fascicolo da parte del giudice adito al presidente del tribunale, previa valutazione – nel rispetto del principio del contraddittorio – della non manifesta infondatezza della questione. Il presidente avrebbe poi provveduto alla (ri)assegnazione della causa con decreto non impugnabile. Simile soluzione organizzativa non solo ha evitato che la Cassazione fosse intasata da ricorsi sulla competenza, ma ha pure consentito il rispetto della ragionevole durata dei processi, quantomeno con riguardo a questo tema.

³⁵ V. peraltro CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 409 ss.

vuole dare per scontato ciò che invece andrebbe dimostrato; si vuole viceversa semplicemente evidenziare che, contrariamente a quanto sostenuto dai fautori dell'opposta ricostruzione, ove si aderisca alla tesi del rilievo meramente tabellare delle questioni in esame, la conseguente "asimmetria" di sistema (vale a dire la possibilità per gli uni e l'impossibilità per gli altri di utilizzare il regolamento di competenza) non sarebbe inaccettabile dal punto di vista sistematico: il nostro ordinamento, infatti, per situazioni apparentemente identiche ha adottato soluzioni drasticamente differenti, e ciò proprio in tema di possibili rimedi impugnatori³⁶.

Com'è noto, l'art. 273, comma 2, c.p.c. dispone che «*Se il giudice istruttore o il presidente della sezione ha notizia che per la stessa causa pende procedimento davanti ad altro giudice o ad altra sezione dello stesso tribunale, ne riferisce al presidente, il quale, sentite le parti, ordina con decreto la riunione, determinando la sezione o designando il giudice davanti al quale il procedimento deve proseguire*». L'identica fattispecie che si presenti invece davanti a giudici appartenenti a uffici giudiziari diversi è disciplinata in modo del tutto differente dall'art. 39 c.p.c., che notoriamente prevede la pronuncia di un provvedimento declinatorio in rito, impugnabile con regolamento necessario di competenza. Un analogo discorso si può fare per il provvedimento ordinatorio previsto dall'art. 274, co. 2, c.p.c., posto in relazione con la decisione contemplata dall'art. 40, comma 1, c.p.c. in materia di connessione.

Così come, dunque, le norme richiamate non determinano inaccettabili "asimmetrie" del sistema (e tantomeno violano gli artt. 3 o 25 Cost.), allo stesso modo – a me pare – nessuna inaccettabile "asimmetria" si verifica, se si riduca la questione del rapporto tra sezioni specializzate in materia di impresa e sezioni ordinarie a problema meramente organizzativo, interno all'ufficio. Solo, dunque, nel caso opposto si avrà una decisione sulla competenza, questa sì, allora, purtroppo impugnabile con il regolamento³⁷;

³⁶ In altre parole, una volta che si accolga la tesi secondo cui si tratterebbe di questioni inerenti la mera distribuzione degli affari giurisdizionali all'interno di un medesimo ufficio giudiziario, il fatto che, di conseguenza, in queste ipotesi non sia a disposizione delle parti il regolamento di competenza, disponibile invece quando il problema si ponga tra sezioni, ordinaria e specializzata, collocate in luoghi diversi, non rappresenta una "asimmetria" sconosciuta al nostro ordinamento, il quale già per altre fattispecie, rispetto alla disciplina delle quali ciò che conta è proprio la collocazione territoriale dei giudici aditi, prevede che solo ove i giudici non siano situati presso lo stesso ufficio si abbia una pronuncia sulla competenza (e la conseguente possibilità di adire la Cassazione a norma dell'art. 42 c.p.c.), dovendosi viceversa adottare un provvedimento meramente ordinatorio nel caso opposto.

³⁷ Quando la causa sia stata proposta davanti a un tribunale che non abbia la sezione specializzata in materia di impresa, l'economia processuale e gli altri principi costituzionali non potrebbero prevalere sul fatto che la causa pende davanti a un tribunale il cui presidente semplicemente non può, con un provvedimento ordinatorio, disporre l'assegnazione della controversia alla sezione di un diverso tribunale, rispetto al quale, ovviamente, non ha alcun potere. In questo caso, infatti, è

diversamente, il presidente del tribunale o della sezione adita potrà procedere con un provvedimento ordinatorio³⁸.

7. – Un'ulteriore considerazione va fatta con riguardo alla garanzia del giudice naturale precostituito per legge. Nell'ipotesi che stiamo esaminando, la competenza – sia territoriale, sia per materia, sia per valore – spetta ad un unico tribunale, dotato di sezione specializzata in materia di impresa: è presso la cancelleria di questo unico tribunale che, sempre in ipotesi, le parti si sono ritualmente costituite, ed è davanti a questo tribunale che la causa ritualmente pende e penderà anche dopo che si sia stabilito a quale sezione sia effettivamente da assegnare. Determinare a quale sezione di questo unico tribunale adito devolvere in concreto la cognizione della causa non è quindi un problema che interferisce con il principio costituzionale dell'immutabilità del giudice naturale precostituito per legge, principio che, peraltro, pacificamente "non incide sulla concreta composizione dell'organo giudicante"³⁹. Neppure a questo riguardo, dunque, pare possibile paragonare le sezioni specializzate agrarie a quelle specializzate in materia di impresa: come è già stato diverse volte sottolineato, infatti, le prime sono composte, oltre che da magistrati ordinari, anche da "esperti", «*prescelti tra gli iscritti negli albi professionali dei dottori in scienze agrarie, dei periti agrari e dei geometri*» (artt. 2 e 3, comma 2, L. 2 marzo 1963, n. 320, regolatrice delle sezioni specializzate agrarie), mentre le seconde sono composte da soli giudici togati ordinari, che possono trattare anche "*processi diversi*" da quelli rientranti nelle materie devolute alle sezioni specializzate (art. 2, comma 2, D.Lgs. n. 168/03⁴⁰). Se, allora, adire la sezione agraria al posto di quella

probabilmente corretto ritenere che si tratti di una incompetenza vera e propria, essendo anche territorialmente competente solo quel tribunale che abbia la sezione specializzata in materia di impresa.

³⁸ In altre parole, dunque, così come il legislatore con gli artt. 273, comma 2, e 274, comma 2, c.p.c., ha optato per la soluzione più lineare, per il solo fatto che il tribunale adito è il medesimo; così come, cioè, il legislatore non ha ritenuto in questo caso necessaria la pronuncia di una vera e propria decisione sulla competenza (indispensabile quando la stessa causa sia proposta davanti a uffici giudiziari diversi, nel rispetto dell'art. 25 Cost.), e ha invece disposto la pronuncia di un provvedimento meramente ordinatorio che stabilisca davanti a quale giudice o sezione il processo deve proseguire; allo stesso modo non sembra che sussistano insuperabili inconvenienti nel disciplinare in maniera analoga la questione relativa all'attribuzione di una causa alla sezione specializzata in materia di impresa piuttosto che a quella ordinaria del medesimo tribunale.

³⁹ Cass., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19882.

⁴⁰ Anche questo articolo, peraltro, sembra seguire le orme del già menzionato art. 48 *sexies* r.d. n. 12/1941 (abrogato dal D.lgs. n. 155/2012), secondo il quale "i magistrati assegnati alle sezioni distaccate del tribunale ordinario possono svolgere funzioni anche presso la sede principale o presso altre sezioni distaccate, secondo criteri determinati con la procedura tabellare prevista dall'art. 7-bis".

ordinaria (o viceversa), essendo queste sezioni composte da giudici per natura differenti, violerebbe il principio dettato dall'art. 25 Cost., questa violazione invece non altrettanto può dirsi sussistente se l'errore cade sulla scelta tra sezione specializzata in materia di impresa e sezione ordinaria, essendo composte entrambe da magistrati togati, tutti ugualmente dotati del potere giurisdizionale⁴¹.

Né, peraltro, adottando la soluzione che ci sembra da preferire, si porrebbero irrisolvibili problemi di corretta costituzione dell'organo giudicante, posto che a questi – ove li si consideri tali – può agevolmente porsi rimedio con la piana applicazione dell'art. 158 c.p.c. ovvero, seppur in una sola direzione⁴², dell'art. 50 *quater* c.p.c. (vale a dire, in entrambi i casi, con applicazione del principio di conversione dei vizi in motivi di impugnazione), rimedi che sia la dottrina sia la stessa giurisprudenza di legittimità ha più volte suggerito⁴³.

⁴¹ È dunque a mio avviso scorretto, come da più parti rilevato (v. *retro*), il ragionamento che attribuisce in via interpretativa rilievo determinante al dato letterale del mero utilizzo del termine "competenza", sottraendone invece al dato, giuridicamente più significativo, della strutturale diversità degli organi giudicanti. Quest'ultimo, infatti, di per sé solo impedisce un qualunque paragone tra le sezioni agrarie e quelle specializzate in materia di impresa. Ne consegue quindi che, a sostegno dell'interpretazione secondo cui si tratterebbe di una questione di competenza in senso stretto, non è neppure possibile invocare il principio dettato dall'art. 25, comma 1, Cost., per "equilibrare" e giustificare la violazione del principio costituzionale della ragionevole durata dei processi (art. 111, comma 2, Cost.). Come già accennato, un parallelo potrebbe semmai farsi tra le sezioni specializzate in materia di impresa e le cc.dd. sezioni fallimentari o le sezioni lavoro. E in relazione a queste ultime la giurisprudenza di legittimità ha da tempo affermato che non può porsi una questione di competenza tra "due sezioni del medesimo ufficio giudiziario" (Cass., 8 novembre 2002, n. 15751).

Non comportando dunque modifiche né in senso verticale, né orizzontale dell'organo competente, il giudice adito, sentite le parti e ritenendo che ve ne siano i presupposti, dovrebbe semplicemente rimettere con un provvedimento ordinatorio la causa al presidente del tribunale in vista della sua riassegnazione; e non, viceversa, rimettere la causa in decisione e pronunciare il provvedimento sulla competenza, per ciò solo impugnabile con regolamento di cui all'art. 42 c.p.c. e quindi tale da imporre la sospensione del processo pendente fino alla definizione della questione davanti alla Cassazione.

⁴² Come affermato da Cass. Sez. Un. 23 luglio 2019, n. 19882, l'eventuale vizio sarà rilevante qualora colpisca la formazione dell'organo giudicante, là dove si trovi a decidere il giudice monocratico in luogo del collegio: in simili ipotesi andrà applicato il principio di conversione dei vizi in motivi di impugnazione, con esclusione della rilevanza d'ufficio e della rimessione della causa al primo giudice.

⁴³ V. Cass. 29 marzo 2018, n. 7882 e, da ultimo, Cass. Sez. Un. 23 luglio 2019, n. 19882. Sul problema se esista una qualche tutela a disposizione delle parti, una volta escluso il regolamento di competenza, v. Negri, *La "natura" delle sezioni specializzate per l'impresa*, cit., 1402 s., la quale infine ritiene che, una volta ricondotta la questione in esame nell'ambito del mero riparto tabellare, «l'interprete dovrebbe farsi carico del non agevole compito di reperire un diverso fondamento per l'invocata incidenza della violazione sulla validità della sentenza». Si noti che «la determinazione adottata dal capo dell'ufficio ha una mera portata ordinatoria e non decisoria: da qui il potere

8. – Ritenere, invece, che si tratti di una questione di competenza in senso stretto, oltre a violare il principio di ragionevole durata dei processi sancito dall'art. 111, co. 2, Cost., senza che vi siano norme né principi idonei a giustificare questa violazione, si pone in contrasto anche con il principio di economia processuale. È, infatti, evidente che – anche in ragione della complessa disciplina che stabilisce le regole per l'assegnazione delle controversie alle diverse sezioni – l'accoglimento di questa tesi, secondo cui la questione dell'attribuzione di una controversia all'una piuttosto che all'altra sezione di un medesimo tribunale andrebbe risolta con un provvedimento sulla competenza, avrebbe l'effetto, oltre che di determinare la sospensione del giudizio *a quo*, di sommergere la Suprema Corte di ricorsi ai sensi dell'art. 42 c.p.c. (o dell'art. 45 c.p.c.), contribuendo così a provocare un ritardo del sistema giustizia nel suo complesso⁴⁴.

Sempre un contrasto con il principio di economia processuale e con quello di ragionevole durata dei processi sarebbe poi determinato dal fatto che la sospensione automatica del processo prevista dall'art. 48 c.p.c. comporta la necessaria riassunzione della causa ai sensi dell'art. 50 c.p.c. entro un termine perentorio, a pena di estinzione del processo medesimo, con perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda. Questa riassunzione deve però avvenire con la fissazione di una nuova udienza, nel rispetto dei termini a comparire di cui all'art. 163-bis c.p.c.: tutto ciò cagiona un'ulteriore, notevole e inutile perdita di tempo, oltre a un evidente dispendio di risorse.

Va infine sottolineato che, se è vero che i difensori sono soliti indicare nell'atto di citazione anche la sezione specializzata cui dovrebbe essere devoluta la controversia, è vero anche che l'art. 163 c.p.c. non annovera fra gli elementi essenziali della citazione (né, conseguentemente, l'art. 164 c.p.c. fra quelli che determinano la nullità della stessa) l'indicazione della sezione avanti la quale la causa deve essere trattata, ma solo «l'indicazione del Tribunale davanti al quale la domanda è proposta» (art. 163, comma 3, n. 1, c.p.c.). È allora possibile sostenere anche che le norme che disciplinano la suddivisione delle cause fra le sezioni ordinarie e quelle specializzate in materia di impresa, quando si tratti di una controversia di competenza dell'unico tribunale adito, sono norme rivolte in particolare al presidente di

di revoca dell'assegnazione effettuata ad opera dello stesso capo dell'ufficio. Si aggiunga che l'errore nell'attribuzione della causa non comporta automaticamente nullità degli atti e che, a seguito della riassegnazione, è disposta *ex officio* la nuova udienza senza formale riassunzione del giudizio, né rinnovazione delle attività già compiute": così Farina, *Sui rapporti tra sezioni specializzate e ordinarie dello stesso ufficio giudiziario*, loc. cit..

⁴⁴ Sulla riassunzione a seguito della proposizione del regolamento di competenza v. ancora M. DE SANTIS, *op. cit.*, 276 ss..

questo, che dovrà assegnare la causa alla sezione ai sensi dell'art. 168-*bis*, comma 1, c.p.c., una volta che essa sia stata iscritta a ruolo generale. In caso di erronea assegnazione, si dovrà procedere alla riassegnazione della medesima attraverso il procedimento interno di natura ordinatoria più volte indicato⁴⁵.

9. – In una prospettiva sistematica, potrebbe ipotizzarsi una soluzione parzialmente diversa – anche se indubbiamente meno agile – prendendo spunto dalle norme sull'incompetenza dettate dalla legge fallimentare. Dalla lettura dell'art. 9-*bis* l. fall.⁴⁶, emerge invero una tendenza del legislatore a escludere che una pronuncia sulla incompetenza sia immediatamente impugnabile dalle parti con il regolamento necessario: la norma prevede, infatti, la pronuncia di un provvedimento ordinatorio nel quale si indichi l'autorità giurisdizionale competente, cui gli atti sono trasmessi *ex officio*. Solo ove anche il giudice *ad quem* si ritenga a propria volta incompetente, si potrà ricorrere (solo) d'ufficio al regolamento di competenza.

Ebbene, a me sembra che, in fin dei conti, una siffatta soluzione potrebbe trovare applicazione anche nella diversa ipotesi qui in esame, e quindi sia nel caso di erronea proposizione della domanda avanti un tribunale che non abbia la sezione specializzata in materia di impresa (e viceversa), sia nel caso in cui la sezione specializzata e quella ordinaria, quale che sia quella adita, siano radicate presso un unico ufficio giudiziario.

Come ho accennato, la soluzione appena prospettata risulterebbe meno agile rispetto a quella prescelta da ultimo dalle Sezioni Unite della Cassazione: infatti, ammettere il regolamento d'ufficio, con conseguente sospensione automatica del giudizio *a quo*, nel caso di conflitto tra sezioni appartenenti a un medesimo tribunale determina certamente un allungamento dei tempi del processo, rispetto alla soluzione che attribuisce alla questione rilievo meramente tabellare, escludendo così in radice la proposizione del regolamento di competenza. Vero è tuttavia che questo inconveniente verrebbe almeno parzialmente riequilibrato dalla eliminazione della possibilità per le parti di proporre il regolamento necessario di competenza quando la sezione ordinaria e quella specializzata

⁴⁵ Se poi si pensa al processo telematico, questo discorso ha ancora più fondamento: l'atto introduttivo, previamente notificato se si tratta di una citazione, va depositato telematicamente e il sistema consente di distinguere tra le macro-categorie a tutti ben note, che nulla hanno a che vedere con le distinzioni tra sezioni specializzate in materia di impresa e sezioni ordinarie.

⁴⁶ Corrispondente all'art. 29 del Codice della crisi d'impresa (D.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14). In argomento, SAMORÌ, *Conflitti di competenza nell'apertura delle procedure concorsuali*, Torino, 2019, e, si vis, M. VANZETTI, *L'art. 9 bis l. fall. e il rilievo dell'incompetenza per la dichiarazione di fallimento*, in *Riv. esec. forzata*, 2010, 19 ss..

abbiano una diversa collocazione territoriale, dovendosi anche in tal caso consentire, alla stregua dell'art. 9-bis l. fall., solo il regolamento d'ufficio, là dove il giudice, la cui competenza sia stata indicata da quello in precedenza adito, si ritenga a propria volta incompetente.

Non mi pare viceversa realizzabile quanto autorevolmente proposto al fine di mitigare l'inconveniente della sospensione prevista dall'art. 48 c.p.c., vale a dire utilizzare uno strumento analogo a quello che si trova nell'art. 367 c.p.c., in virtù del quale il giudice *a quo*, sulla base di una valutazione prognostica dell'ammissibilità e fondatezza del regolamento di giurisdizione proposto, stabilisce se sospendere o non sospendere il giudizio⁴⁷. Nel caso del regolamento di competenza, infatti – diversamente da quel che avviene quando sia proposto il regolamento di cui all'art. 41 c.p.c. – il giudice *a quo* si è già espresso sulla questione relativa alla competenza, proprio con quella decisione oggetto appunto di impugnazione davanti alla Cassazione: dal suo punto di vista, quindi, la questione è già stata risolta a dovere e il regolamento proposto non può che essere valutato come infondato, a meno di contraddirsi in maniera ingiustificabile. In alternativa, imporre alla Cassazione adita con regolamento di competenza una valutazione prognostica sul medesimo, non farebbe che allungare i tempi di una decisione: eventualità, questa, evidentemente non auspicabile.

Abstract

DIVISIONS SPECIALISING IN COMMERCIAL MATTERS AND ORDINARY DIVISIONS: SUSPENSION AVOIDED

Il presente scritto affronta il tema della qualificazione della relazione sussistente tra una sezione ordinaria e una sezione specializzata in materia di impresa, quando siano collocate presso il medesimo tribunale, alla luce della nota sentenza della Corte di Cassazione n. 19882/2019, cui l'autore aderisce, offrendo tuttavia anche una possibile soluzione alternativa.

This paper addresses the topic of the qualification of the relationship between an ordinary division and a division specialising in commercial matters, when placed in the same court, in the light of the well-known judgment of the Supreme Court No 19882/2019, to which it adheres, also offering an alternative solution.

⁴⁷ CIPRIANI, voce *Sospensione del processo*, cit., 15; BACCAGLINI, *Sezioni specializzate per l'impresa e competenza per materia*, cit., p. 865; NEGRI, *La "natura" delle sezioni specializzate per l'impresa*, cit., 1401.

**NOVITÀ IN TEMA DI ACCERTAMENTO DEL PASSIVO
NELLA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE: RIFLESSIONI A PRIMA
LETTURA ⁽¹⁾**

di MARTINO ZULBERTI
*Ricercatore
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La domanda in sede di verifica del mero titolare di diritto di ipoteca. – 3. L'efficacia del decreto che dichiara l'esecutività dello stato passivo. – 4. Le impugnazioni avverso il decreto che rende esecutivo lo stato passivo. – 4.1 (*Segue*) Meri titolari di diritto di ipoteca e impugnazioni. – 4.2 (*Segue*) Le impugnazioni incidentali.

1. – Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al d. lgs. n. 14/19, adottato in base alla legge delega n. 155/17, disciplina agli artt. 200 ss. il procedimento di accertamento del passivo previsto nel contesto della liquidazione giudiziale, ricalcando in molta parte le norme attualmente vigenti, di cui agli artt. 92 e ss. l. fall., non senza però qualche novità².

In questa sede, intendo concentrarmi su alcune di esse. Per la precisione, mi occuperò *i)* del trattamento riservato al titolare di diritto di ipoteca, il quale sia creditore verso un soggetto diverso da quello sottoposto

¹ Il testo riproduce, con l'aggiunta delle note, la relazione al Convegno "Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza" tenutosi a Treviso il 12 aprile 2019 ed organizzato dall'Associazione dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Treviso.

² A titolo esemplificativo, viene prescritto che il ricorso per insinuazione al passivo, oltre alle generalità del creditore, debba indicare anche «il suo numero di codice fiscale, nonché le coordinate bancarie dell'istante o la dichiarazione di voler essere pagato con modalità, diversa dall'accredito in conto corrente bancario, stabilita dal giudice delegato» (art. 201, comma 3, CCI); si stabilisce che il procedimento di verifica sia soggetto alla sospensione feriale dei termini (art. 201, comma 10, CCI), al pari dei procedimenti di impugnazione del decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo (art. 207, comma 16, CCI); si è precisato che la domanda di ammissione al passivo «produce gli effetti della domanda giudiziale per tutto il corso della liquidazione giudiziale fino all'esaurimento dei giudizi e delle operazioni che proseguono dopo il decreto di chiusura a norma dell'art. 235» (art. 202 CCI); il termine per le domande tardive viene ridotto da un anno a sei mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, prorogabili fino a dodici in caso di particolare complessità della procedura (art. 208, comma 1, CCI); la domanda di insinuazione "supertardiva" può essere dichiarata *de plano* inammissibile con decreto del giudice delegato se «risulta manifestamente inammissibile perché l'istante non ha indicato le circostanze da cui è dipeso il ritardo o non ne ha offerto prova documentale o non ha indicato i mezzi di prova di cui intende valersi per dimostrarne la non imputabilità»; decreto del quale è prevista la reclamabilità al collegio ai sensi del successivo art. 124 (art. 208, comma 3, CCI).

alla procedura di liquidazione giudiziale (art. 201 CCI); ii) della disposizione che regola l'efficacia del decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo (art. 204, comma 5, CCI); iii) delle principali novità in tema di impugnazioni di tale decreto (art. 206 e 207 CCI).

2. – Le modalità attraverso cui far valere l'ipoteca costituita sui beni immobili compresi nel fallimento, a garanzia di un credito vantato verso un soggetto diverso dal fallito, hanno da sempre costituito motivo di dibattito tra gli interpreti.

Per lungo tempo, la giurisprudenza ha affermato che i titolari dei diritti d'ipoteca sui beni immobili compresi nel fallimento e già costituiti in garanzia per crediti vantati verso debitori diversi dal fallito non potevano avvalersi del procedimento di verifica dello stato passivo, ma solo intervenire in sede di riparto³. La Suprema Corte ha confermato questa conclusione anche successivamente alle modifiche operate dal d.lgs. n. 5/06 all'art. 52, comma 2, l. fall., che aveva esteso il procedimento di verifica del passivo ad «ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare»⁴: il riferimento ai diritti reali o personali, mobiliari o immobiliari, era inteso alle domande di rivendica e restituzione da proporre, giusta l'art. 93 l. fall., secondo il rito previsto per l'insinuazione allo stato passivo, con esclusione invece del diritto di ipoteca su beni ricompresi nel fallimento a garanzia di un credito vantato da un creditore del fallito. L'opinione non ha riscontrato molta adesione in dottrina la quale, specie a seguito della richiamata modifica all'art. 52, comma 2, l. fall. (intervenuta con la novella del 2006), ha

³ Cass. 19 maggio 2009, n. 11545; Cass. 30 gennaio 2009, n. 2429; Cass. 25 giugno 2003, n. 10072; Cass. 22 settembre 2000, n. 12549; Cass. 24 novembre 2000, n. 15186; App. Bologna 8 luglio 2003, in *Fall.*, 2004, 223; Trib. Roma 20 dicembre 2001, in *Gius.*, 2002, 2357; Trib. Agrigento 28 marzo 2000, in *Gius.*, 2000, 1605; Trib. Torino 9 maggio 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 434. In dottrina, nello stesso senso, cfr. G. PRESTI, *Ipoteca per debito altrui e fallimento*, Milano, 1992, 33 ss.; A. BONSIGNORI, *Della liquidazione dell'attivo*, in F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. La legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1976, 199 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Passivo (accertamento)*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 202. *Contra*, Trib. Milano 7 ottobre 2003, in *Fall.*, 2004, 452; Trib. Roma 14 giugno 1997, in *Dir. fall.*, 1997, II, 1052; Trib. Roma 11 dicembre 1989, in *Fall.*, 1990, 744, con nota adesiva di S. MARCHETTI, *Ammissione al passivo dei non creditori del terzo datore di ipoteca*; Trib. Monza 30 giugno 1988, in *Fall.*, 1989, 427 e, in dottrina, si vedano, *inter alios*, B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. La legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1988, 16; M. FABIANI, *L'esclusività del rito dell'accertamento del passivo*, in *Fall.*, 1990, 898 ss.; F. SEMIANI BIGNARDI, *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, 1960, 243; L.A. RUSSO, *L'accertamento del passivo nel fallimento*, Milano, 1988, 144 ss.; F. LAMANNA, *Tutela della nuda prelazione ipotecaria nel fallimento del terzo proprietario o datore*, in *Fall.*, 1995, 993 ss.

⁴ Cass. 9 febbraio 2016, n. 2540, in *Fall.*, 2016, 1219, con nota M. FALAGIANI, *Il fallimento del terzo datore di ipoteca: l'accertamento dei diritti del titolare di prelazione*; Cass. 10 luglio 2018, n. 18082; Cass. 20 novembre 2017, n. 27504.

ritenuto necessaria l'insinuazione al passivo anche per i titolari di quei diritti⁵, finendo così per influenzare la stessa giurisprudenza di legittimità, che ha finito così per mutare il proprio orientamento⁶.

Avvertita la necessità di fare chiarezza sul punto, la legge delega n. 155/2017, ha stabilito, all'art. 7, comma 8, lett. f), che fossero indicate «le modalità di verifica dei diritti vantati su beni del debitore che sia costituito terzo datore d'ipoteca». Su questo aspetto, il legislatore delegato è intervenuto, stabilendo all'art. 201, comma 1, CCI che debbano proporsi secondo il rito previsto per l'accertamento del passivo anche «le domande di partecipazione al riparto delle somme ricavate dalla liquidazione di beni compresi nella procedura ipotecati a garanzia di debiti altrui»⁷.

⁵ Cfr., fra gli altri, G. BOZZA, *L'esclusività dell'accertamento del passivo*, in A. JORIO, B. SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Milano, 2014, 696 ss.; M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 385 s.; F. LAMANNA, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, 2006, 257 ss.; G. MILANO, *Ipoteca per debito altrui secondo la legge fallimentare*, in *Fall.*, 2014, 584 ss. V. CEDERLE, *Titolarità di garanzia ipotecaria su beni del fallito e partecipazione al concorso*, in *Fall.*, 2011, 834 ss.; A. COSTA, *L'accertamento del passivo e dei diritti personali e reali dei terzi sui beni mobili e immobili*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 346; E. STANUOVO-POLACCO, *La verifica delle garanzie reali sui beni del terzo fallito tra vecchio e nuovo fallimento*, in *Fall.*, 2013, 312 ss.; *contra*, A. CARON, F. MACARIO, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in U. APICE (a cura di), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, I, Torino, 2010, 455; L.A. BOTTAI, *sub art. 52*, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, 3ª ed., Milano, 2014, 720 s.; L. DE SIMONE, *La verifica dei crediti nel fallimento: aspetti sostanziali e procedurali*, in G. VILLANACCI (a cura di), *I crediti nel fallimento*, Milano, 2015, 10.

⁶ Cass. 30 gennaio 2019, n. 2657 e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Treviso 21 ottobre 2013, in www.ilfallimentarista.it. Gli argomenti addotti dalla Cassazione a sostegno di tale mutamento di indirizzo sono stati vari. In primo luogo e come già indicato nel testo, per un verso, l'art. 52, comma 2, l. fall. non fa più esclusivo riferimento, quale oggetto dell'accertamento in sede di verifica, ai crediti, ma affianca ad essi «ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare» e, per altro verso, l'art. 92 l. fall. stabilisce che l'avviso della facoltà di presentare la domanda di partecipare al concorso secondo le modalità di cui all'art. 93 l. fall. sia comunicato non solo ai creditori, ma anche «ai titolari di diritti reali o personali su beni immobili di proprietà o in possesso del fallito», fra i quali vanno annoverati anche i meri titolari di diritto di ipoteca. In secondo luogo, l'opzione a favore della necessità di formulare la domanda nell'ambito del procedimento di formazione dello stato passivo sarebbe preferibile da un punto di vista logico-sistematico. Infine, la Corte ha negato la necessità di instaurazione del contraddittorio con il debitore garantito dall'ipoteca, che non sarebbe possibile realizzare in sede di procedimento per l'accertamento del passivo (criticamente, sul punto, cfr. R. DELLA SANTINA, *L'accertamento del diritto ipotecario nel caso di fallimento del terzo datore*, in www.ilcaso.it 2019) e che rappresentava uno degli argomenti addotti a sostegno della opposta soluzione (Cass. 9 febbraio 2016, n. 2540, cit.).

⁷ Sul punto, cfr. A. SALETTI, *La tutela giurisdizionale nella liquidazione giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2018, 639 s., evidenzia come si sarebbe potuto o ammettere l'intervento solo in fase di distribuzione o riconoscere l'esercizio di un'azione esecutiva secondo le forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario. L'Autore accoglie favorevolmente la scelta del legislatore delegato osservando che, da un lato, prescegliere le forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario avrebbe

A tal riguardo, si possono formulare due rilievi.

Per un verso, tenuto conto del principio di esclusività del procedimento di verifica, la proposizione della domanda secondo il rito di cui agli artt. 201 CCI ss. si pone come un onere per il titolare del diritto di ipoteca, che si vedrà preclusa, in difetto di tale domanda⁸, la possibilità di partecipare al riparto⁹. Per altro verso, si può rilevare che lo stesso art. 201 CCI precisa, al terzo comma, lett. b), che la domanda del titolare di diritto di ipoteca debba indicare «l'ammontare del credito per il quale si intende partecipare al riparto se il debitore nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale è terzo datore d'ipoteca».

Merita dunque chiedersi quali siano i creditori ipotecari onerati a presentare domanda con il rito dell'accertamento dello stato passivo. Sia l'art. 7, comma 8 della legge delega sia, in linea con esso, l'art. 201, comma 3, CCI, e l'art. 204, comma 5, CCI, che disciplina l'efficacia del decreto che

comportato una deroga al principio dell'inammissibilità delle azioni esecutive sui beni del soggetto sottoposto alla liquidazione giudiziale e, d'altro lato, limitare l'intervento alla fase distributiva avrebbe significato limitarlo ad una fase che ha carattere prevalentemente esecutivo di quanto accertato in sede di formazione del passivo e rendere più incerta la determinazione dell'attivo l'attivo di cui la procedura concorsuale può disporre.

⁸ Ci si può chiedere se i meri titolari di diritto di ipoteca possano proporre domanda tardiva, tenuto conto che l'art. 208 CCI annovera solo le domande di insinuazione di crediti e quelle di rivendica e restituzione. V'è chi lo ammette: cfr. A. SALETTI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 640 s. L'A. si interroga su quale sia il trattamento da riservare a questi soggetti qualora il bene sia stato nel frattempo liquidato e se, in particolare, trovi loro applicazione la previsione di cui all'art. 225 CCI, a mente della quale «I creditori ammessi a norma dell'articolo 208 concorrono soltanto alle ripartizioni posteriori alla loro ammissione in proporzione del rispettivo credito, salvo il diritto di prelevare le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni se assistiti da cause di prelazione o se il ritardo è dipeso da cause ad essi non imputabili». L'Autore offre una risposta positiva al quesito, nonostante i titolari di ipoteca concessa per un debito altrui non vantino un credito verso la procedura, osservando che, diversamente, ritenendo «preferibile ammettere comunque tali soggetti a partecipare alle ripartizioni ancora da effettuare, onde evitare che gli stessi – una volta che siano assoggettati agli oneri di ogni altro creditore della procedura – finiscano con l'essere gravati da un regime particolarmente rigoroso, in certa misura quasi punitivo».

⁹ Si è osservato che la domanda, in quanto deve indicare «l'ammontare del credito per il quale si intende partecipare al riparto», presupporrebbe che il credito sia scaduto. In un siffatto caso, tuttavia, precludere al mero titolare di ipoteca di formulare la domanda ex art. 201 CCI potrebbe comportare la perdita dalla garanzia a seguito della liquidazione del bene gravato e della distribuzione del ricavato fra i creditori. Per evitare questo scenario, si è sostenuto che la domanda potrebbe comunque essere presentata «in modo da 'prenotare' il diritto ad evitare che il ricavato della vendita del bene ipotecato sia ripartito tra i creditori ma sia accantonato per l'eventualità in cui maturi il suo diritto a realizzare la garanzia ipotecaria»: cfr. G. BOZZA, *L'accertamento del passivo nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 1209; M. CATALDO, *La verifica dell'ipoteca costituita dal fallito a garanzia di debiti altrui nel procedimento di formazione del passivo*, in *Fall.*, 2019, 768.

rende esecutivo lo stato passivo, fanno tutti riferimento alla sola ipotesi di terzo datore di ipoteca: si pone, dunque, la questione se la disciplina in esame debba circoscriversi al solo caso in cui il soggetto, nei cui confronti è stata aperta la liquidazione giudiziale, abbia concesso l'ipoteca a garanzia di un debito altrui ovvero se la stessa possa estendersi anche ad ipotesi ad esso equiparabili: si pensi al caso di un soggetto che, prima di essere assoggettato a liquidazione giudiziale, abbia acquistato un immobile ipotecato a garanzia di un debito altrui; ancora, si immagini che – accolta l'azione revocatoria promossa dal curatore – sia acquisito all'attivo un bene, oggetto dell'atto di disposizione revocato, che sia gravato da ipoteca relativa ad un credito verso un soggetto diverso da quello sottoposto a liquidazione¹⁰.

A mio avviso sarebbe del tutto irragionevole trattare diversamente casi analoghi e in questo ultimo senso depone la lettera dell'art. 201, comma 1, CCI, il quale, nell'individuare i soggetti che devono proporre domanda in sede di verifica, fa genericamente riferimento ai beni ipotecati a garanzia di debiti altrui. Vero è che si potrebbe allora dubitare del rispetto della legge delega, la quale si riferisce alla sola l'ipotesi di debitore terzo datore di ipoteca; tuttavia, il problema mi pare possa essere superato, senza un eccessivo sforzo interpretativo, ritenendo che la legge delega intendesse riferirsi a tutti i casi di diritto di ipoteca gravante su beni compresi nella procedura e posto a garanzia di un credito verso un terzo non soggetto alla procedura concorsuale¹¹.

Infine, la necessità per tali soggetti di proporre domanda in sede di verifica comporta che gli stessi dovranno essere inclusi fra i destinatari dell'avviso, strumentale alla proposizione del ricorso *ex* art. 201 CCI, che il curatore deve dare ai sensi dell'art. 200 CCI a coloro che risultano creditori o titolari di diritti reali o personali su beni mobili e immobili di proprietà o in possesso del debitore compresi nella liquidazione giudiziale¹². E, del resto, il diritto di ipoteca è un diritto reale su beni immobili.

3. – Come da programma, si può ora passare ad esaminare quale sia la disciplina relativa agli effetti del decreto del giudice delegato che rende

¹⁰ A. SALETTI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 640, il quale soggiunge che la disciplina dovrebbe estendersi, per identità di *ratio*, anche al caso di pegno costituito su un bene di chi sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale, ma a garanzia di un debito altrui. Similmente, con riferimento alla medesima questione vigente la legge fallimentare, cfr. F. LAMANNA, *Tutela della nuda prelazione nel fallimento del terzo proprietario o datore*, in *Fall.*, 1995, 993; G. MILANO, *Ipoteca per debito altrui secondo la nuova legge fallimentare*, cit., 585.

¹¹ Conf. G. BOZZA, *L'accertamento del passivo*, cit. 1207.

¹² A. SALETTI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 640, nonché, se si vuole, M. ZULBERTI, *Diritto di ipoteca su beni del fallito non debitore e procedimento di verifica dello stato passivo*, in *Dir. fall.*, 2019, 526 s.

esecutivo lo stato passivo e dei provvedimenti resi in sede di impugnazione dello stesso.

È noto il dibattito sull'efficacia di tali provvedimenti: in passato si discuteva, anzitutto, sull'idoneità del decreto del giudice delegato a far stato di giudicato sull'esistenza del diritto di credito¹³; una volta risolto il quesito in senso negativo, ci si chiedeva se tale idoneità potesse comunque riconoscersi i provvedimenti resi in sede di impugnazione¹⁴. È altrettanto noto che il legislatore della novella del 2006 aveva preso posizione su questi profili, stabilendo all'art. 96, comma 5, l. fall. che «Il decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di cui all'art. 99, producono effetti soltanto ai fini del concorso», facendo chiarezza sul fatto che la pronuncia, tanto del giudice delegato, quanto del tribunale in sede di impugnazione, ha effetto solo ai fini del concorso, con esclusione dell'idoneità al giudicato sul diritto sostanziale del creditore.

Il nuovo Codice innova sul punto stabilendo, all'art. 204, comma 5 che «Il decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di cui all'articolo 206, limitatamente ai crediti accertati ed al diritto di partecipare al riparto quando il debitore ha concesso ipoteca a garanzia di debiti altrui, producono effetti soltanto ai fini del concorso».

A tal riguardo meritano di essere svolte alcune osservazioni.

In primo luogo, l'art. 204, comma 5, conferma l'efficacia endoconcorsuale dei provvedimenti in parola in relazione ai crediti e la

¹³ L'opinione prevalente in giurisprudenza negava l'idoneità al giudicato al decreto del giudice delegato, al quale era riconosciuta solo un'efficacia preclusiva, nell'ambito della procedura fallimentare, di ogni questione relativa all'esistenza del credito, alla sua entità, alla validità ed efficacia del titolo da cui esso derivava ed all'esistenza delle eventuali cause di prelazione: cfr. Cass., sez. un., 27 luglio 1963, n. 2082, in *Dir. fall.*, 1963, II, 633 e la giurisprudenza successiva. In senso contrario, a favore dell'idoneità al giudicato della decisione del giudice delegato fuori dal fallimento: cfr. R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Milano, 1974, 1443; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, 3ª ed., Milano, 1961, 425; L. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento: contributo allo studio dei procedimenti sommari*, Milano, 1979, 56; G. PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, Padova, 1992, 49 ss.

¹⁴ L'orientamento maggioritario affermava, facendo leva sulla differente forma dei provvedimenti e sulla diversa disciplina procedimentale rispetto al procedimento di verifica, che le sentenze rese sulle opposizioni e sulle impugnazioni (alle quali venivano affiancate anche quelle pronunciate a conclusione dei procedimenti di insinuazione tardiva ex art. 101 l. fall.) fossero fonte di accertamento incontrovertibile, positivo o negativo, e perciò idonee a spiegare effetti fuori dal fallimento fra creditore e fallito: cfr. Cass. 20 settembre 1993, n. 9622; Cass. 17 maggio 1979, n. 2825. In senso critico verso tale orientamento, cfr., tra gli altri, E.F. RICCI, *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 1073 ss.

estende anche al diritto di partecipare al riparto dei titolari di ipoteca quando il debitore è terzo datore. Aggiunta, quest'ultima, senz'altro opportuna alla luce dell'ampliamento dei soggetti che, a mente dell'art. 201 CCI, sono onerati a proporre domanda in sede di verifica.

In secondo luogo, discorrere di efficacia endoconcorsuale permette di recuperare gli approdi già precedentemente e condivisibilmente raggiunti, ritenendo che l'oggetto della decisione nel procedimento di verifica sia il diritto al concorso¹⁵. Né giustifica una differente conclusione il fatto che l'art. 204, comma 5, CCI faccia letterale riferimento «ai crediti accertati»: si tratta, per contro, di una cognizione incidentale sul diritto pregiudiziale rispetto al diritto al concorso che rappresenta, per contro, l'oggetto della decisione. Sarebbe, del resto, una contraddizione in termini discorrere di incontrovertibilità dell'accertamento sul diritto di credito e limitazione dell'efficacia di quell'accertamento all'interno della procedura concorsuale.

In terzo luogo, riterrei che anche la domanda del titolare di diritto di ipoteca ha per oggetto il diritto a partecipare al riparto, come del resto sembra potersi desumere dall'espresso riferimento a tale diritto operato dall'art. 204, comma 5, CCI: in questa prospettiva va, dunque, escluso che il diritto di credito garantito, per un verso, e l'esistenza e validità del diritto di ipoteca, per altro verso, siano fatti oggetto di decisione ed accertamento, dovendo rimanere confinati nel campo della cognizione incidentale in quanto questioni pregiudiziali rispetto al diritto a partecipare al riparto¹⁶.

¹⁵ E.F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, 1979, 45 ss.; ID., voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1987, 21 s. e A. SEGNI, *Giudizio di verifica dei crediti ed estensione del giudicato*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, II, 97. Più recentemente, anche alla luce del novellato art. 96, comma 5, l. fall., cfr., tra gli altri, G. CANALE, *La formazione dello stato passivo e il sistema delle impugnazioni*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Bologna 2006, 195; I. PAGNI, *Formazione dello stato passivo*, cit., 388. In senso parzialmente differente, cfr. E. GABELLINI, *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, Bologna, 2018, 468 s., secondo la quale l'oggetto del procedimento di verifica dei crediti sarebbe un diritto di natura sostanziale, che, tuttavia, subirebbe gli effetti dell'ambiente in cui si trova ad operare e, pertanto, il suo accertamento rileverebbe solo ai fini della procedura concorsuale. Cfr. altresì, per un'impostazione critica nei confronti dell'opinione prevalente, L. LANFRANCHI, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, 2010, 230 ss., per il quale si dovrebbe distinguere «l'effetto del giudicato dagli altri effetti producibili da una decisione contenzioso-decisoria e ritenere che il comma in questione si riferisce solo agli effetti *lato sensu* esecutivi, che i provvedimenti del giudice delegato e del tribunale producono in combinato disposto (con la liquidazione dell'attivo e) con la ripartizione del ricavato. Sono solo questi gli "effetti" che si "producono... soltanto ai fini del concorso" e non anche dopo la sua chiusura», nonché, in una prospettiva simile, A. CARRATTA, *Profili processuali della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 1 ss.

¹⁶ G. BOZZA, *L'accertamento del passivo*, cit., 1209.

Giova evidenziare che il debitore garantito non va data alcuna comunicazione della apertura della liquidazione giudiziale carico del terzo datore di ipoteca¹⁷; quel soggetto non viene coinvolto nel procedimento in esame e, al contempo, l'efficacia endoconcorsuale dei provvedimenti emessi nelle varie fasi della verifica del passivo esclude in radice che il debitore garantito ne sia vincolato. Si pone quindi il problema – che in questa sede di limite a segnalare – quale tutela apprestare al debitore garantito, quando il curatore agisca contro di lui in regresso. Potrebbe infatti accadere che i) il creditore venga ammesso al passivo sul presupposto che il suo credito sia ritenuto esistente, ancorché conosciuto *incidenter tantum*¹⁸; ii) il curatore agisca in regresso nei confronti del debitore garantito il quale eccepisca l'estinzione dell'obbligazione – e con essa l'ipoteca.

¹⁷ M. CATALDO, *La verifica dell'ipoteca costituita dal fallito a garanzia di debiti altrui nel procedimento di formazione del passivo*, in *Fall.*, 2019, 770.

¹⁸ La questione si è posta all'attenzione in un recente contributo (G. BOZZA, *L'accertamento del passivo*, cit., 1210), ove si è ritenuto che, qualora penda un giudizio sul credito garantito fra debitore e creditore garantito (terzo titolare dell'ipoteca), il giudizio fallimentare, andrebbe sospeso, ancorché solo in sede di eventuale opposizione, in attesa della decisione sul credito avanti al giudice ordinario. L'affermazione potrebbe indurre a domandarsi se l'art. 295 c.p.c. sia incompatibile non solo – come da alcuni sostenuto e come l'A. implicitamente ammette – nella fase davanti al giudice delegato, in ragione della natura sommaria della stessa (E.F. RICCI, *Il sonno della ragione e i suoi mostri*, in *Giur. comm.*, 1980, II, 352; L. LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento. Contributo allo studio dei procedimenti sommari*, Milano, 1979, 546; M. MONTANARI, *Sulla translatio in sede di verifica del passivo dell'azione di risoluzione contrattuale pendenti alla data del fallimento*, in *Fall.*, 2013, 1397; L. BACCAGLINI, *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti*, Napoli, 2018, 42), ma anche alla successiva opposizione ex art. 98 l. fall., considerato che v'è chi ne predica l'inapplicabilità, attribuendo natura sommaria anche a tale fase al pari di quella che si svolge davanti al giudice delegato (M. VANZETTI, *Compensazione e processo fallimentare*, Milano, 2012, 69). Non è però necessario procedere a verifica di questo assunto – che peraltro riposa su una premessa affatto pacifica (sulla compatibilità fra cognizione sommaria e sospensione necessaria, cfr. A. TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2013, 481) –, posto che altre ed assorbenti ragioni inducono a ritenere la tesi in esame non facilmente accoglibile. Per un verso, essa deve fare i conti con l'affermazione per la quale la sospensione necessaria opera esclusivamente a condizione i giudizi, pregiudiziale e pregiudicato, pendano fra le medesime parti (cfr., fra le molte, Cass. 10 luglio 2017, n. 17021); per altro verso, va dato atto come l'art. 295 c.p.c. sia stato interpretato dai più in termini restrittivi, sì da escludere che possa essere disposta la sospensione necessaria della causa dipendente sul solo ed unico presupposto della contemporanea pendenza di quella pregiudiziale (cfr., pur nella diversità di impostazioni, A. ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 417 ss.; F. CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 239 ss.; S. MENCHINI, voce *Sospensione del processo civile*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 36; A. PROTO PISANI, *Pregiudizialità e ragionevole durata dei processi*, in *Foro it.*, 1981, I, 1067; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 558). Altra e diversa questione sarà quella dell'eventuale vincolo conformativo all'accertamento sul credito garantito che sopravvenga nell'ambito di un giudizio fra debitore principale e creditore.

Ad ogni buon conto, il profilo più problematico connesso all'interpretazione dell'art. 204, comma 5, CCI attiene alla circoscritta efficacia endoconcorsuale del decreto del giudice delegato e dei provvedimenti resi in sede d'impugnazione ai diritti di credito ed al diritto al riparto del titolare di diritto di ipoteca su beni compresi nella liquidazione giudiziale a garanzia di debiti altrui. L'articolo richiamato stabilisce che essi producono effetti ai fini del concorso «limitatamente ai crediti accertati ed al diritto di partecipare al riparto quando il debitore ha concesso ipoteca a garanzia di debiti altrui». Viene omesso, per contro, ogni riferimento alle domande di rivendica e di restituzione di beni mobili e immobili, facendo sorgere l'interrogativo se l'efficacia dei provvedimenti che decidono tali domande sia o non sia anch'essa da limitare all'interno della procedura concorsuale.

A ben vedere, anche nel contesto della legge fallimentare, non vi è unanimità di opinioni sul fatto che l'efficacia endoconcorsuale dei provvedimenti resi in sede di accertamento del passivo riguardi qualsiasi domanda formulata ai sensi dell'art. 93 l. fall. V'è infatti chi ritiene che, nonostante l'art. 96, comma 5, l. fall. non distingua fra diritti di credito e diritti alla restituzione o diritti reali su beni mobili o immobili compresi nel fallimento, il provvedimento del giudice delegato (o quello emesso in sede di impugnazione) che riguardi i secondi avrebbe effetto anche fuori dal concorso¹⁹.

Per affrontare la questione si impone una premessa. Sussiste una stretta correlazione fra l'individuazione dell'oggetto della decisione e la sua efficacia extraconcorsuale: laddove si escluda che la decisione sulle domande di rivendica e restituzione abbia effetti al di fuori della procedura di liquidazione giudiziale si dovrebbe anche negare che il suo oggetto sia il diritto sostanziale del terzo, reale od obbligatorio, posto a fondamento di

¹⁹ S. CHIMENTI, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi*, in V. VITALONE, S. CHIMENTI, R. RIEDI, *Diritto processuale del fallimento*, 2^a ed., Torino, 2010, 228, per il quale «la disposizione del nuovo art. 96, ultimo comma, l. fall. (...) non possa riguardare le azioni reali e quelle immobiliari». In argomento, cfr. altresì L. LANFRANCHI, *Costituzione e procedure concorsuali*, cit., 237, che muove però da una lettura restrittiva dell'art. 96, comma 5, l. fall. anche con riferimento all'insinuazione di crediti, nonché si vedano le perplessità di A. NASCOSTI, *Contributo allo studio della distribuzione della somma ricavata nei procedimenti di espropriazione forzata*, Napoli, 2013, 171. I più, però, si indirizzano in senso contrario: cfr. S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in F. VASSALLI, F.P. LUISO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, II, *Il processo di fallimento*, Torino, 2014, 555. Conf. A. SALETTI, *La formazione dello stato passivo: un tema in evoluzione*, in *Giur. it.*, 2006, 436; G. BOZZA, *I principi della formazione dello stato passivo*, in A. JORIO, B. SASSANI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, *Il fallimento*, Milano, 2014, 613; L. BACCAGLINI, *Limiti probatori e azione di rivendica nel fallimento: un regolamento di confini tra l'art. 621 c.p.c. e le altre norme in materia di divieto di prova per testimoni*, in *Fall.*, 2016, 704.

dette domande²⁰. In tal senso si è giustamente osservato come il legislatore del 2006, nel limitare all'ambito concorsuale l'efficacia del decreto del giudice delegato e dei provvedimenti del tribunale in sede di impugnazione, abbia mostrato adesione alle tesi, già precedentemente sostenute²¹, per le quali l'oggetto della decisione sulle domande di rivendica e restituzione è solamente un diritto di natura processuale, in relazione al quale il diritto sostanziale del terzo costituisce questione pregiudiziale²².

Su tale aspetto sembra incidere il nuovo art. 204, comma 5, CCI. Se la limitazione dell'efficacia ai soli fini del concorso dei provvedimenti resi sulle domande di insinuazione di crediti e a quelle dei meri titolari di diritto di ipoteca ha consentito di affermare – come si è poco sopra visto – che l'oggetto del *decisum* in tali casi sia il diritto al riparto, *a contrario* si dovrebbe concludere che, negli altri casi ai quali detta limitazione d'efficacia non si applica, e segnatamente quelli relativi alle domande di rivendica e restituzione, i provvedimenti siano idonei al giudicato. Questo assunto trova conferma nella relazione ministeriale al Codice, laddove viene detto che, in base alla disposizione in commento, «hanno efficacia di giudicato le decisioni sulle domande di rivendica e restituzione»²³. E, dunque, se si

²⁰ In senso opposto, taluno ha affermato che l'oggetto delle decisioni sulle domande *ex art.* 103 l. fall. sarebbe il diritto sostanziale del terzo e la sua opponibilità alla procedura, ma che tali decisioni determinerebbero una semplice preclusione endofallimentare: cfr. G.U. TEDESCHI, *L'accertamento del passivo*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2016, 819; G. FAUCEGLIA, *L'accertamento del passivo*, in O. CAGNASSO, L. PANZANI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, II, Torino, 2016, 1695 s.; A. COSTA, *L'accertamento del passivo e dei diritti personali e reali dei terzi su beni mobili e immobili*, in G. SCHIANO DI PEPE (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, 338 s.

²¹ E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, Milano, 1998, II, 197; ID., *Le liti del fallito sui propri diritti verso i terzi*, in *Giur. comm.*, 1986, I, 1026 s.; A. CASTAGNOLA, *Le rivendiche*, cit., 110 ss.; G. BOZZA, G. SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1993, 37 ss.

²² Per simili considerazioni, cfr. L. BACCAGLINI, *Limiti probatori*, cit., 704; L. DURELLO, *Contributo allo studio della tutela del terzo nel processo esecutivo*, Napoli, 2016, 336 ss. In senso analogo, cfr. F. LAMANNA, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Milano, 2006, 48, il quale osserva che «se, infatti, l'accertamento si spinge fino a comprendere, come suo oggetto, anche il diritto di credito o il diritto reale costituenti il presupposto fondante ora del diritto di partecipazione del creditore al concorso, ora del diritto del titolare dei beni rivendicati a sottrarre questi dal concorso, sembra poi arduo negare che esso non debba o non possa far stato quando si siano esauriti i rimedi impugnatori per modificare il provvedimento reso dal giudice delegato».

²³ Conf. G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, Torino, 2019, 159; G.B. NARDECCHIA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Disciplina, novità a problemi applicativi*, Molfetta, 2019, 127; G. BOZZA, *L'accertamento del passivo*, cit., 1204. Si è rilevato poi che l'art. 204, comma 5, CCI sarebbe stato introdotto, secondo quanto si legge nella relazione ministeriale, in attuazione della legge delega, che attribuiva al Governo il compito di adottare misure volte ad «assicurare stabilità alle decisioni sui diritti reali immobiliari» (art. 7, comma 8, lett. d), l. n. 155/2017). In senso conforme, cfr. G. IAPPELLI, *Accertamento del passivo e*

accoglie l'idea che i provvedimenti in parola contengano un accertamento vincolante anche al di fuori della procedura concorsuale appare giustificato supporre che il *decisum* attenga al diritto sostanziale del terzo. L'affermazione sembra del resto avvalorata, quanto meno con riferimento alle domande di rivendica, nell'art. 210, comma 3, CCI, il quale dispone che «Il decreto che accoglie la domanda di rivendica di beni o diritti il cui trasferimento è soggetto a forme di pubblicità legale deve essere reso opponibile ai terzi con le medesime forme», che in tanto potrà essere trascritto in quanto abbia deciso su un diritto sostanziale.

Se questa premessa fosse corretta, si porrebbe la questione di individuare i limiti soggettivi di tale accertamento.

Anzitutto, ci si potrebbe interrogare se esso vincoli il debitore. Con riferimento all'art. 96, comma 5, l. fall., chi afferma la generalizzata efficacia endoconcorsuale di ogni decisione resa in sede di accertamento del passivo, ritiene che, in caso di *accoglimento* della domanda di rivendica, il fallito tornato *in bonis* possa agire nei confronti del terzo, per ottenere la restituzione del bene, assumendo di esserne proprietario²⁴. Se, per contro, si dovesse ritenere che il provvedimento di accoglimento della domanda di rivendica faccia stato sul rapporto sostanziale fra terzo e debitore, si dovrebbe coerentemente negare a quest'ultimo qualsiasi iniziativa giudiziale, una volta tornato *in bonis*. Quest'ultimo assunto è stato però contestato sul rilievo che il debitore non è parte del procedimento di verifica, potendo essere solo sentito (art. 203, commi 2 e 4, CCI) e non ha alcun potere di impugnare il decreto che rende esecutivo lo stato passivo (art. 206, commi 3 e 5, CCI)²⁵.

Simili considerazioni erano del resto alla base della tesi per la quale i provvedimenti resi in sede di verifica, ivi inclusi quelli sulle domande di rivendica, non avrebbero deciso il rapporto fra il terzo ed il fallito, osservandosi come «la totale assenza del fallito dai giudizi di cui si discute

dei diritti dei terzi sui beni compresi nella liquidazione giudiziale, in M. GIORGETTI (a cura di), *Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Pisa, 2019, 185, nonché con riferimento alle domande di rivendica e restituzione beni immobili, G.B. NARDECCHIA, *loc. ult. cit.* Su quest'ultimo assunto, peraltro, si potrebbe nutrire qualche riserva: la legge delega discorreva esclusivamente di "diritti reali immobiliari", mentre le domande in parola riguardano anche diritti su beni mobili, per un verso, o concernono anche diritti obbligatori, come è per le domande di restituzione, per altro verso. Sono pertanto da condividere i dubbi di incostituzionalità della previsione normativa per eccesso di delega: cfr. G. BOZZA, *L'accertamento del passivo*, cit., 1204.

²⁴ S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, cit., 555.; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 248 s.; L. DURELLO, *Contributo allo studio della tutela del terzo*, cit., 341.

²⁵ A. VILLA, *La nuova liquidazione giudiziale: effetti per i creditori e accertamento del passivo*, in *Dir. affari*, 2019, 198 s.

ha come conseguenza l'impossibilità di ritenere che essi abbiano ad oggetto il rapporto sostanziale intercorrente tra il terzo e il fallito»²⁶. Tuttavia, se si convenisse che l'oggetto del giudizio va oggi individuato, in base alle nuove norme del Codice, nel diritto sostanziale del terzo²⁷, le obiezioni richiamate non autorizzerebbero ad escludere il vincolo all'accertamento su di esso in capo ad entrambe le parti del rapporto sostanziale fatto oggetto di decisione. Ma, in tal caso, mi pare d'obbligo chiedersi se l'assenza di tutele difensive per il debitore sia costituzionalmente legittima²⁸.

In caso di *rigetto*, invece, ci si può chiedere se il terzo possa agire nei confronti dell'acquirente o del debitore tornato *in bonis*, qualora il bene non sia stato liquidato.

Con riferimento alla prima ipotesi, va osservato che una parte della dottrina era giunta a negare la possibilità di una nuova azione contro l'acquirente di un bene immobile (o mobile registrato)²⁹, in ragione del fatto

²⁶ In tal senso, A. CASTAGNOLA, *Le rivendiche*, cit., 135 e 160. In termini, con riferimento all'insinuazione di crediti, E.F. RICCI, *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni*, cit., 1085, il quale rilevava che «Non si deve dunque esitare a negare l'esistenza di un accertamento sul credito in un sistema come il nostro, nel quale il fallito da un lato non può impugnare il decreto pronunciato dal giudice delegato, dall'altro non può essere presente nei giudizi di opposizione, impugnazione e revocazione, dichiarazioni tardive, nei quali dovrebbe far valere le sue ragioni a favore della esclusione del creditore».

²⁷ Si potrebbe forse pure ipotizzare che in base alle previsioni del nuovo codice le domande in parola abbiano un doppio oggetto: un oggetto processuale, relativo alla legittimità dell'esecuzione concorsuale sui beni rivendicati o di cui si chiede la restituzione e il diritto sostanziale del terzo, che deve parimenti essere fatto oggetto di decisione, attraverso quello che potrebbe dirsi essere un accertamento incidentale *ex lege*.

²⁸ Una questione analoga si è posta in relazione all'opposizione di terzo all'esecuzione ai sensi dell'art. 619 c.p.c., essendo discusso se l'oggetto della decisione sull'opposizione sia il diritto sostanziale del terzo o il diritto di natura processuale di veder sottratto il bene all'esecuzione, in relazione al quale il diritto sostanziale del terzo costituirebbe questione pregiudiziale: cfr., per una panoramica delle varie posizioni, L. DURELLO, *Contributo allo studio della tutela del terzo*, cit., 257 ss. Senza poter prendere posizione su questo dibattito merita al riguardo però segnalare che chi ha sostenuto che l'oggetto sia costituito dal diritto sostanziale del terzo opponente non ha dovuto scontrarsi con il problema che invece si pone nell'ambito della liquidazione giudiziale, considerato che nel giudizio di opposizione *ex art. 619 c.p.c.* è pacifico che il debitore esecutato è parte necessaria: cfr., sul punto, R. METEFORA, *L'opposizione di terzo all'esecuzione*, 2ª ed., Napoli, 2012, 90, la quale evidenzia come se il *thema decidendum* dell'opposizione di terzo all'esecuzione fosse la legittimità dell'azione esecutiva con riguardo al suo oggetto non vi sarebbe ragione di ritenere il debitore litisconsorte necessario. Per analoghe riflessioni, si veda altresì G. COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, 316.

²⁹ Qualora la domanda di rivendica abbia ad oggetto un bene mobile, del quale l'acquirente acquisti il possesso, si è ritenuto che, nelle generalità dei casi, ne diverrebbe proprietario a titolo originario ai sensi dell'art. 1153 c.c., ragione per cui il terzo non potrebbe, per ragioni di natura sostanziale, rivendicare il bene nei suoi confronti (S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo*, cit., 558) o che, comunque, troverebbe estensione il principio di cui all'art. 620 c.p.c. per il quale, nel

che, in caso di evizione, si dovrebbe riconoscere a quest'ultimo, in applicazione del principio ricavabile dall'art. 2921 c.c., la possibilità di ripetere dai creditori quanto percepito in sede di distribuzione, possibilità che sarebbe però da escludere in base all'art. 114 l. fall. (riprodotto oggi all'art. 229 CCI) che impedisce la ripetizione di quanto dagli stessi percepito in sede di riparto³⁰. Si tratta, tuttavia, di una conclusione non pacifica, essendosi in senso opposto sostenuto che «la decisione fallimentare di rigetto di una pretesa su un immobile acquisito all'attivo fallimentare lascia aperta la strada ad una ulteriore rivendicazione dello stesso soggetto, anche dopo la chiusura del fallimento, nei confronti dell'aggiudicatario, non avendo quella decisione presa nel fallimento un effetto esterno allo stesso»³¹. La nuova disciplina potrebbe invece autorizzare ad escludere una nuova azione ritenendo che in sede di verifica la proprietà venga «accertata con statuizione non più contestabile da parte di colui che l'aveva rivendicata in sede di verifica»³².

caso di opposizione di terzo, «se in seguito all'opposizione il giudice non sospende la vendita dei beni mobili, o se l'opposizione è proposta dopo la vendita, i diritti del terzo si fanno valere sulla somma ricavata», sulla scorta della considerazione per la quale la necessità che i diritti, reali e personali, concernenti beni mobili o immobili che si trovano presso il fallito, siano fatti valere in sede di verifica, rappresenterebbe il trapianto nell'ambito della procedura concorsuale dell'opposizione di terzo di cui all'art. 619 c.p.c. (I. PAGNI, *Formazione dello stato passivo*, cit., 385 s.).

³⁰ I. PAGNI, *Formazione dello stato passivo: ruolo del curatore e del giudice delegato*, in A. JORIO, M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, 387. In senso contrario alla possibilità di una nuova azione nei confronti dell'aggiudicatario, cfr., altresì, S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo*, cit., 558, ma sulla scorta del rilievo se l'acquirente abbia acquistato lite pendente dovrebbe essere considerato successore a titolo particolare nel diritto controverso, sì che potrebbe opporre la decisione di rigetto al terzo e quando invece «l'alienazione abbia avuto luogo, dopo che la decisione di rigetto della domanda di rivendica o di restituzione era divenuta definitiva, atteso che questa è stata resa all'esito di un processo a cui egli [il terzo, n.d.r.] aveva preso parte». In prospettiva differente, ma pur sempre contraria ad una nuova azione, cfr. altresì P.P. FERRARO, *sub art. 103*, cit., 1326. In termini opposti, cfr. M. FABIANI, *La formazione dello stato passivo*, in A. JORIO, M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 333, per il quale la clausola dell'art. 96, comma 5, l. fall. non sarebbe altro che «la trasposizione in sede fallimentare dell'art. 2919 c.c. a tenore del quale la vendita forzata trasferisce all'acquirente i diritti che sulla cosa spettavano a colui che ha subito l'espropriazione, sì che se il fallito non era proprietario, l'aggiudicatario non acquista nulla».

³¹ G. BOZZA, *L'accertamento del passivo nella procedura di liquidazione giudiziale*, in *Fall.*, 2016, 1069; L. D'ORAZIO, *sub art. 103*, in C. CAVALLINI (diretto da), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2010, 911; L. DURELLO, *Contributo allo studio della tutela del terzo*, cit., 339.

³² A. SALETTI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 644, il quale parrebbe estendere il principio anche agli acquirenti di beni mobili non registrati per i quali sarebbe irrilevante la valutazione se l'acquirente sia in buona o in mala fede. Sul punto cfr. altresì la nota 25.

In relazione al secondo caso, vale a dire di nuova azione del terzo contro il debitore tornato *in bonis* senza che il bene sia stato liquidato, il rigetto potrebbe essere fondato, per un verso, su ragioni di inopponibilità del diritto del terzo alla procedura³³, o, per altro verso, potrebbe essere connesso alle limitazioni probatorie cui sono soggette le azioni di rivendica e restituzione, relative a beni mobili, esercitate in sede di liquidazione giudiziale, in virtù del richiamo operato dall'art. 201, comma 1, CCI – al pari di quanto stabilisce l'art. 103 l. fall. – all'art. 621 c.p.c. dettato per l'opposizione di terzo all'esecuzione³⁴. Mentre, nel primo caso vi potrebbe essere margine per negare la sussistenza di vincolo preclusivo³⁵, nel secondo la diversità di regime probatorio, rispetto a quello che si avrebbe nel giudizio di rivendica o restituzione esercitato in via ordinaria, non consente di escludere l'esistenza di tale vincolo preclusivo, ancorché si potrebbe dubitare della coerenza della speciale disciplina in tema di prova con l'efficacia extraconcorsuale dell'accertamento: si consideri, infatti, che con riferimento alla legge fallimentare, si era condivisibilmente osservato che l'inefficacia extrafallimentare dei provvedimenti che pronunciano sulle domande di restituzione e rivendica è coerente con le limitazioni probatorie in cui incorre il terzo³⁶.

Questi temi sono complessi ed in questa sede non si può andare oltre ai rapidi cenni fin qui svolti, se non limitandosi ad ipotizzare che il legislatore, nel dettare la disposizione in commento, abbia forse avuto in mente l'esigenza, evidenziata in dottrina, di introdurre regole finalizzate «a

³³ Pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui il terzo abbia acquistato dal debitore sottoposto alla liquidazione giudiziale con un atto che richieda formalità non poste in essere prima dell'apertura della procedura ed inefficaci se compiute successivamente oppure ad un acquisto avvenuto sulla base di un titolo revocabile o, ancora, all'ipotesi in cui il terzo abbia acquistato il bene successivamente all'apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

³⁴ L'art. 621 c.p.c. stabilisce infatti che «Il terzo opponente non può provare con testimoni il suo diritto sui beni mobili pignorati nella casa o nell'azienda del debitore, tranne che l'esistenza del diritto stesso sia resa verosimile dalla professione o dal commercio esercitati dal terzo o dal debitore».

³⁵ Cfr. A. CASTAGNOLA, *Le rivendiche*, cit., 122 s., il quale osserva che se la valutazione della sussistenza di tale diritto non sia stata compiuta non vi sarebbe alcun accertamento su di esso e che, qualora invece essa fosse stata effettuata, essa non costituirebbe neppure questione pregiudiziale e rimarrebbe pur sempre fuori dal *decisum*, quand'anche si accogliesse la tesi che vuole il giudicato esteso alle questioni pregiudiziali.

³⁶ Per tale cfr. S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo*, cit., 557. Sul punto, cfr. altresì A. CASTAGNOLA, *Le rivendiche mobiliari*, cit., 126 il quale ammetteva una nuova azione del terzo contro il fallito tornato *in bonis* osservando che «il fallimento non è un mezzo, per il cui tramite l'imprenditore possa incrementare il proprio patrimonio a discapito di chi con lui abbia intrattenuto relazione, grazie all'applicazione di regole [in tema di limiti alla prova testimoniale, n.d.r.], la cui finalità consiste nella esclusiva protezione dei creditori, ed il cui impiego a favore diretto del fallito costituirebbe una aberrazione».

garantire la stabilità delle decisioni sui diritti reali immobiliari, (...) per non pregiudicare la stessa possibilità di liquidazione dell'attivo immobiliare in presenza di una pretesa di terzi anche se respinta, perché l'incertezza futura non invoglia certo all'acquisto»³⁷.

4. – Resta infine da considerare l'ultimo tema che mi sono proposto di trattare, ossia quello dei rimedi contro il decreto del giudice delegato che rende esecutivo lo stato passivo. Va premesso che il Codice, per un verso, conferma, all'art. 206, comma 1, che tale decreto è soggetto all'opposizione allo stato passivo, all'impugnazione dei crediti ammessi ed a revocazione, su cui il tribunale collegiale decide con decreto e, per altro verso, ricalca poi per gran parte, all'art. 207, la disciplina procedimentale dettata all'art. 99 l. fall.

Ciò posto, intendo concentrare l'attenzione esclusivamente su due profili: i) l'individuazione dei soggetti legittimati ad impugnare lo stato passivo e ii) la possibilità di proporre impugnazione incidentale.

4.1 – L'art. 206 CCI individua i soggetti legittimati ad impugnare e, riprendendo alla lettera l'art. 98 l. fall., stabilisce che:

I) l'opposizione allo stato passivo può essere proposta dal creditore o dal titolare di diritti su beni mobili o immobili che contestano il rigetto in tutto o in parte della loro domanda (comma 2);

II) l'impugnazione dei crediti ammessi può essere proposta dal curatore, dal creditore o dal titolare di diritti su beni mobili o immobili che contestano la domanda di un creditore o di altro concorrente che sia stata accolta (comma 3);

III) la revocazione può essere proposta dal curatore, dal creditore o dal titolare di diritti su beni mobili o immobili (comma 5).

Alla luce di tali previsioni, va ricordato che, a mente dell'art. 201 CCI, oltre ai creditori ed ai titolari di diritti su beni mobili o immobili, sono annoverati fra i soggetti tenuti a proporre domanda secondo il rito della verifica dello stato passivo anche i titolari di diritto di ipoteca a garanzia di un debito altrui, ai quali si impone di offrire il potere di impugnare il decreto che rende esecutivo lo stato passivo. E, a ben vedere, l'art. 206, commi 2, 3 e 5, CCI offre gli strumenti impugnatori contro il decreto del giudice delegato che rende esecutivo lo stato passivo, tra l'altro, ai «titolari di diritti su beni immobili» fra i quali vanno inclusi i soggetti in parola³⁸.

³⁷ G. BOZZA, *loc. cit.*, nonché A. SALETTI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 643.

³⁸ I meri titolari di diritto di ipoteca si è già sopra visto che vanno annoverati fra i «titolari di diritti su beni immobili» ai fini della comunicazione che il curatore è tenuto ad inviare ai sensi dell'art. 200 CCI: cfr. *supra*, § 2.

Il mero titolare di diritto di ipoteca potrà dunque dolersi, con l'opposizione allo stato passivo, del rigetto in tutto o in parte della sua domanda di partecipare al riparto.

Lo stesso avrà, poi, legittimazione a proporre l'impugnazione dei crediti ammessi. Tuttavia, se si tiene conto che il diritto al riparto di tale soggetto è circoscritto al ricavato della liquidazione del bene gravato da ipoteca, va probabilmente esclusa la sussistenza di interesse ad agire³⁹ per contestare sia l'ammissione al passivo di crediti garantiti con ipoteca sullo stesso bene, ma di grado minore, sia di crediti chirografari, sia l'accoglimento di domande di rivendica o restituzione relative a beni differenti.

Infine, tale soggetto potrà proporre anche revocazione, con la precisazione che riterrei di poter estendere le precedenti considerazioni in punto di interesse ad agire qualora l'impugnazione si rivolgesse contro l'ammissione di un creditore, chirografario o ipotecario con ipoteca di minor grado, o nei confronti di chi abbia visto accolta domanda di restituzione o rivendica avente ad oggetto un bene diverso da quello gravato dall'ipoteca.

4.2 – Quanto al procedimento di impugnazione, la principale novità da segnalare è la presa di posizione del nuovo Codice sul discusso tema dell'ammissibilità dell'impugnazione incidentale. È noto che, se in dottrina si è affermato che l'impugnazione dello stato passivo andrebbe «ascritta al *genus* delle impugnazioni, con coerente applicazione dell'intero stato delle impugnazioni e, di riflesso, con conseguente ammissibilità dell'impugnazione incidentale anche nella forma tardiva»⁴⁰, la giurisprudenza di legittimità è orientata nel senso di negare l'impugnazione incidentale sia nella forma tempestiva, sia in quella tardiva, fondando tale assunto sulla completezza della disciplina processuale delle impugnazioni

³⁹ L'impugnazione ex art. 98 l. fall. deve soddisfare oltre che il requisito della legittimazione anche quello dell'interesse ad agire nel senso per cui, a prescindere dalla fondatezza dell'impugnazione, dal suo accoglimento deve, in base ad una valutazione *ex ante*, derivare all'impugnante una qualche utilità e, dunque, una tutela maggiore di quella che gli è offerta dal provvedimento impugnato: cfr. S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo*, cit., 590.

⁴⁰ M. MONTANARI, *Le impugnazioni dello stato passivo*, in A. JORIO, M. FABIANI (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 411 s.; S. MENCHINI, A. MOTTO, *L'accertamento del passivo*, cit., 588; L. BACCAGLINI, *La questione delle impugnazioni incidentali nel giudizio di opposizione allo stato passivo*, in *Fall.*, 2016, 1203 ss.; A. PATTI, *Le impugnazioni: natura e struttura*, in *Fall.*, 2011, 1113 s.; P. PELLEGRINELLI, *Osservazioni sulle impugnazioni dello stato passivo*, in *Dir. fall.*, 2014, 111 s. In senso parzialmente differente, ammesse le impugnazioni incidentali tempestive, si è però negata l'ammissibilità di quelle tardive, sulla scorta del mancato richiamo ad opera della legge fallimentare all'art. 334 c.p.c.: cfr. V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento*, cit., 260.

avverso il provvedimento di accertamento del passivo e sull'assenza di qualsiasi espresso rinvio, per quanto non stabilito, alle norme del codice di rito⁴¹.

L'art. 206, comma 4, CCI, interviene in questo dibattito, stabilendo che «La parte contro cui l'impugnazione è proposta, nei limiti delle conclusioni rassegnate nel procedimento di accertamento del passivo, può proporre impugnazione incidentale anche se è per essa decorso il termine di cui all'articolo 207, comma 1», che, a sua volta, prevede che le impugnazioni «si propongono con ricorso entro il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione di cui all'articolo 205»⁴².

La norma sembra contemplare tanto l'impugnazione tempestiva, quanto quella tardiva, posto che la impugnazione incidentale viene ammessa non solo quando sono decorsi i termini per impugnare, ma, per l'appunto, anche se tali termini non sono decorsi, in tal modo autorizzando a ritenere che, in tale secondo caso, l'impugnazione può parimenti essere proposta in via incidentale. Peraltro, se tanto è vero, merita essere evidenziato che la disposizione in esame non sembrerebbe imporre la proposizione in via incidentale della impugnazione incidentale tempestiva («La parte contro cui l'impugnazione è proposta (...) può proporre impugnazione incidentale (...)») in ciò differenziandosi dalla regola generale di cui all'art. 333 c.p.c., che, per contro, impone l'obbligo per le parti che hanno ricevuto la notifica dell'impugnazione principale di proporre l'impugnazione nello stesso processo («Le parti alle quali sono state fatte le

⁴¹ Cass. 31 gennaio 2019, n. 3017; Cass. 30 novembre 2016, n. 24489; Cass. 1 giugno 2016, n. 11392; Cass. 11 maggio 2016, n. 9617. Conf., in dottrina, G. FAUCEGLIA, *L'accertamento del passivo*, in G. FAUCEGLIA, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Diritto della crisi di impresa*, Bologna, 2010, 213.

⁴² Mi pare condivisibile e valido anche nel nuovo contesto normativo il principio per il quale, qualora il decreto del giudice delegato non sia comunicato alle parti, troverebbe applicazione il termine di sei mesi dal deposito del provvedimento di cui all'art. 327 c.p.c.: cfr. Cass. 10 maggio 2018, n. 11366. Conf., in dottrina, M. MONTANARI, *Le impugnazioni dello stato passivo*, in (diretto da) A. BASSI, V. BUONOCORE, *Trattato di diritto fallimentare*, III, Padova, 2011, 182 s.; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 421; L. BACCAGLINI, *Considerazioni in tema di opposizione allo stato passivo e termine per impugnare*, in *Fall.*, 2014, 686 ss. Merita far rilevare che nelle bozze originarie dello Schema di decreto legislativo era espressamente previsto, all'art. 212, che rimaneva «salva, in ogni caso, l'applicazione dell'art. 327, comma 1, del codice di procedura civile», osservando al riguardo la relazione ministeriale che si trattava di precisazione resa doverosa dall'orientamento costante della Cassazione. Nelle successive versioni ed in quella definitivamente approvata l'inciso è sparito, ma ciò non mi pare debba essere letto come la volontà di escludere l'applicazione dell'art. 327 c.p.c. Del resto, era stato notato come l'originario richiamo l'art. 327, comma 1, c.p.c. era riferito anche alla revocazione il cui *dies a quo* per la proposizione «non è fisso, ma mobile, essendo ancorato ad eventi (la scoperta della falsità, del dolo, dell'errore, dei documenti decisivi) incerti non solo nell'*an*, ma anche nel *quando*. Sicché applicare il termine lungo di chiusura costituisce un'insanabile contraddizione con riferimento a dei termini mobili»: cfr. A. SALETTI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 649.

notifiche previste negli articoli precedenti, *debbono proporre*, a pena di decadenza, le loro impugnazioni in via incidentale nello stesso processo»).

Si potrebbe però dubitare della configurabilità dell'impugnazione incidentale tempestiva alla luce del fatto che il Codice non ne disciplina le modalità di proposizione, limitandosi, all'art. 207, comma 7, CCI, a stabilire che il gravame incidentale tardivo va formulato, a pena di decadenza, con la memoria di costituzione, da depositarsi, a mente del precedente comma 6, dieci giorni prima dell'udienza, che il tribunale fissa a seguito della presentazione dell'impugnazione principale.

A questo rilievo, si potrebbe però replicare che, posta l'affinità di fattispecie, la modalità di impugnazione in via incidentale tempestiva sarà la medesima di quella tardiva. Del resto, poi, il legislatore, in ogni altro caso in cui ha disciplinato la possibilità di impugnare in via incidentale, ha sottoposto la forma tempestiva e tardiva alle stesse modalità di proposizione. Piuttosto, il mancato richiamo, all'art. 207, comma 7, CCI all'impugnazione incidentale tempestiva potrebbe essere giustificato sul rilievo che l'impugnazione tempestiva non va necessariamente proposta – come poc'anzi si è detto – in via incidentale e, dunque, non si dovrebbe ravvisare alcuna decadenza ad impugnare in via principale connessa al deposito della memoria di costituzione.

Una volta ammessa l'impugnazione incidentale, tanto tempestiva, quanto tardiva⁴³, si impone di chiedersi se la stessa possa essere rivolta nei confronti di parti diverse dall'impugnante principale.

Per quanto attiene all'impugnazione tempestiva sembrerebbe preferibile ritenere che la stessa vada proposta in via principale nei confronti di parti diverse dall'impugnante principale. Tuttavia, non credo si debba tacciare d'inammissibilità l'eventuale formulazione in via incidentale nell'ambito del giudizio di impugnazione proposto da altra parte, ferma la

⁴³ Va segnalato che, secondo un'opinione, il margine di impugnazione incidentale tardiva sarebbe più ristretto rispetto a quella principale e tempestiva. Si è detto che l'art. 206, comma 4, CCI, il quale stabilisce che l'impugnazione incidentale è proponibile «nei limiti delle conclusioni rassegnate nel procedimento di accertamento del passivo», si porrebbe «in un'ottica preclusiva che appare peraltro estranea al – non mutato tessuto normativo – (...) e, altresì, all'invalso orientamento di legittimità rispetto alla latitudine delle deduzioni spendibili davanti al tribunale»: cfr. A. VILLA, *La nuova liquidazione giudiziale*, cit., 203. L'assunto non convince. Sarebbe del tutto irragionevole sostenere che chi impugni tempestivamente in via incidentale sarebbe soggetto a dei limiti differenti e maggiori di chi propone la medesima impugnazione in via principale. Si potrebbe forse, allora, ipotizzare che limiti differenti operino non tanto con riferimento alla forma, principale o incidentale, dell'impugnazione, quanto al fatto che la stessa sia tardiva piuttosto che tempestiva. Ma una siffatta ricostruzione non sarebbe parimenti obliterabile, posto che il riferimento ai «limiti delle conclusioni rassegnate» nella fase di verifica si riferisce ad ogni impugnazione incidentale, senza distinguere alcuno quanto al tempo di proposizione della stessa.

necessità di realizzare il contraddittorio con la parte nei cui confronti la stessa è rivolta⁴⁴.

Una differente soluzione va seguita, invece, per l'impugnazione incidentale tardiva. Tenuto conto dell'autonomia di ogni singolo rapporto creditorio, possono trovare applicazione i principi dettati in tema di impugnazioni incidentali tardive in caso di cause scindibili⁴⁵. Più precisamente, viene escluso che si possa determinare un'estensione soggettiva del giudizio⁴⁶, di talché va negato che in via incidentale tardiva si possa impugnare contro parti diverse dall'impugnante principale⁴⁷.

Abstract

NEW PROVISIONS ON THE PROCEEDINGS OF ASCERTAINMENT OF THE CREDITS IN THE JUDICIAL LIQUIDATION: FIRST GLANCE REMARKS

L'Autore analizza alcune delle previsioni dedicate alla liquidazione giudiziale di cui al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. L'attenzione si focalizza, in primo luogo, sulle modalità di tutela che deve seguire il mero titolare di diritto di ipoteca nei confronti del debitore nei cui confronti è aperta la procedura; in secondo luogo, sulle problematiche relative all'efficacia del decreto che dichiara l'esecutività dello stato passivo; infine, sulla disciplina delle impugnazioni di tale decreto.

The Author analyses some of the provisions regulating the judicial liquidation provided by the Insolvency Code. The attention is focalized, first of all, on procedure applicable in case a creditor has a mortgage on the estate of the insolvent in guarantee of a credit towards a third party; secondly on the problems related to the effect of the decree that approve the statement of liabilities; lastly, the new discipline of the challenge of such decree.

⁴⁴ Similmente, A. VILLA, *La nuova liquidazione giudiziale*, cit., 20, che considera il caso del curatore al quale sia notificata l'opposizione allo stato passivo da un creditore il cui credito sia stato escluso e che impugni, in via incidentale tempestiva, il credito ammesso di altro creditore.

⁴⁵ L. BACCAGLINI, *La questione delle impugnazioni incidentali*, cit., 1206.

⁴⁶ Cass. 21 luglio 2015, n. 15929; Cass. 25 luglio 2007, n. 12327; Cass. 9 febbraio 1995, n. 1466.

⁴⁷ Conf., con riferimento alle impugnazioni disciplinate dalla legge fallimentare, A. PATTI, *Le impugnazioni*, cit., 1114.

APPUNTI SULLA REGOLA DELL'ONERE DELLA PROVA NEL
DIRITTO PROCESSUALE CIVILE INGLESE*

LAURA DURELLO
Ricercatore
nell'Università di Ferrara

SOMMARIO: 1. Breve premessa sull'onere della prova. – 2. L'onere della prova nel sistema processuale civile inglese: il *burden of persuasion* e il *burden of adducing evidence*. – 3. Gli *standard of proof*. – 4. Osservazioni conclusive e uno sguardo ai *non-jury trials*.

1. – Quando il giudice formula il giudizio di fatto, se dispone di prove idonee all'accertamento della verità dei fatti rilevanti per la decisione, la questione di fatto viene risolta sulla base delle prove validamente acquisite.

Il giudice, quindi, applicherà ai fatti che risultano provati la regola di diritto sostanziale che ritiene più appropriata per la decisione del caso concreto, giungendo in questo modo a pronunciare la decisione finale.

Può accadere tuttavia che la rappresentazione dei fatti all'interno del processo non sia possibile, vuoi perché le parti che ne erano onerate non abbiano dedotto prove a sostegno delle loro allegazioni in fatto, vuoi perché sussiste un'impossibilità oggettiva nel senso che non esistono prove ovvero i mezzi di prova ammessi non hanno avuto esito positivo o, ancora, nonostante l'assunzione della prova non è stato raggiunto il pieno convincimento del giudice.

In queste situazioni, l'impossibilità di formulare compiutamente il giudizio di fatto pone un problema di decisione della causa, poiché il giudice, difettando l'accertamento del fatto, non può applicare la norma di diritto sostanziale al caso concreto per trarne le relative conseguenze giuridiche e pronunciare sul merito della controversia.

Proprio dalla constatazione che l'esigenza di una decisione di merito non può essere soddisfatta in tutte quelle situazioni in cui è impossibile accertare i fatti, deriva la necessità avvertita in tutti gli ordinamenti moderni di elaborare una regola giudizio che venga in soccorso del giudice quando il fatto è rimasto incerto¹.

* Nel dare alle stampe questo lavoro, desidero esprimere il mio più sentito ringraziamento al Prof. Adrian A. Zuckerman per i preziosi suggerimenti datimi durante il periodo di studio che ho trascorso con lui presso la University of Oxford.

¹ M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma, 2009, p. 226.

Non è infatti ipotizzabile una pronuncia di *non liquet* se i fatti di causa non sono stati pienamente provati, in quanto se per un verso deve essere salvaguardato il valore della certezza dei diritti, per altro verso l'omessa pronuncia si tradurrebbe in un diniego di giustizia².

Nel nostro ordinamento, come nella gran parte degli altri ordinamenti occidentali, tale regola di giudizio è fondata sul principio dell'onere della prova codificato all'art. 2697 c.c.³, ai sensi del quale chi agisce in giudizio deve provare i fatti costitutivi della situazione giuridica fatta valere e chi resiste deve provare l'eventuale sussistenza di fatti estintivi, modificativi e impeditivi della medesima⁴.

Tale regola riveste dunque anche un indubbio carattere pubblicistico, poiché nella sostanza vieta al giudice «di esimersi dal pronunciare sotto il pretesto del mancato accertamento dei fatti»⁵.

Ad ogni buon conto, l'art. 2697 c.c., limitandosi a richiamare le categorie generali dei fatti costitutivi e dei fatti impeditivi, estintivi e modificativi, è stata comprensibilmente qualificata come norma in bianco⁶, che quindi va coordinata con le singole disposizioni di diritto sostanziale, le quali

² G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, pp. 178-190. In senso conforme V. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 31 ss.

³ Nel codice c.c. del 1865 l'art. 1312 si riferiva unicamente alla prova delle obbligazioni limitandosi a statuire «Chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione, deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato, deve dal canto suo provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione». Cfr. G. A. MICHELI, *op.cit.*, p. 421, l'a. rileva che dottrina e giurisprudenza interpretavano l'art. 1312 c.c. 1865 rendendolo nei fatti una regola generale, valevole anche nei casi in cui ad essere dedotta in giudizio non fosse una mera obbligazione pecuniaria.

⁴ G. A. MICHELI, *op.cit.*, *passim*; R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto e onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 399 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit.; ID., *Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 438 ss.; ID., voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 579 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010; M. CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 407 ss.; F. CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*, in *Riv. dir. proc.*, 1925, I, p. 3 ss.; V. ANDRIOLI, voce *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 292 ss.; G. DE STEFANO, voce *Onere (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 114 ss.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 5; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1936, p. 318 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 331 ss.; M. TARUFFO, voce *Onere della prova*, cit., p. 65 ss.; ID., *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 425 ss.; S. PATTI, *Le prove, parte generale*, Milano, 2010, p. 47 ss.; E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino, 2014, p. 7 ss.; G.F. RICCI, *Questioni controverse in tema di onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 321 ss.

⁵ V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 293 il quale rileva che la norma «abbisogna di due integrazioni: l'una è costituita dall'identificazione dell'effetto vagheggiato dall'attore; l'altra è data dall'inserzione dell'effetto, tramite la tripartizione dei fatti giuridici, nell'intera esperienza normativa».

⁶ G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 159 ss.; S. PATTI, *op.cit.*, p. 84; L.P. COMOGLIO, *op.cit.*, p. 186; V. ANDRIOLI, *op. loc. cit.*; R. SACCO, *op.cit.*, p. 420.

delineano le fattispecie costitutive dei diritti e di conseguenza i fatti giuridici cui applicare la regola dell'onere della prova⁷.

In altre parole, sono solo le norme sostanziali a poter indicare all'interprete l'effettiva ripartizione dell'onere della prova in ogni singola fattispecie⁸.

Il giudice, in definitiva, dovrà decidere anche in mancanza di prove sull'esistenza di un fatto giuridicamente rilevante e ciò farà sulla scorta del suddetto criterio di decisione, condensabile nell'assioma secondo cui «chi non dimostra la verità dei fatti che ha l'onere di provare soccombe, poiché il giudice trae le conseguenze della mancata prova dei fatti che una parte ha allegato, decidendo in senso sfavorevole a questa parte»⁹.

Tuttavia, secondo altra impostazione, la regola di giudizio è «(...) conseguenza di una scelta di civiltà, giacché proibisce al giudice di dare per esistenti fatti di cui non gli sia stata offerta prova piena e convincente»¹⁰. In altri termini, il giudice in applicazione di questo criterio, non può considerare esistenti i fatti rispetto ai quali non è stato raggiunto il suo convincimento perché in tutto o in parte sforniti di prova¹¹, e dunque: «(...) l'esigenza della regola di giudizio nasce non dal bisogno di autorizzare il giudice a decidere nel merito anche in caso di incertezza sul fatto, ma dalla convinzione che sia necessaria un'apposita regola per rendere possibile al giudice di pronunciare il rigetto delle richieste i cui presupposti di fatto non siano provati»¹².

Da questo punto di vista la regola di giudizio dell'onere della prova si limita ad imporre al giudice di non ritenere esistente il fatto non provato, mentre il criterio di valutazione ai fini della decisione è da ricercare unicamente nella norma sostanziale che qualifica il fatto e individua il soggetto su cui grava l'onere della prova e, dunque, su cui incombe il rischio del mancato accertamento del fatto¹³.

⁷ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2018, p. 261, osserva che la norma in discorso «correttamente non parla di 'attore' e 'convenuto', perché se è vero che, di regola, è colui che prende l'iniziativa di instaurare il processo (l'attore) ad affermare l'esistenza di un suo diritto, vi sono innumerevoli casi di inversione dell'iniziativa processuale, cioè caso in cui l'iniziativa processuale, quindi la qualità di attore, spetta a colui che nega l'esistenza del diritto altrui».

⁸ V. ANDRIOLI, *op.cit.*, p. 293, definisce l'art. 2697 c.c. come «norma in bianco». G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 160, sottolinea come il legislatore con l'art. 2697 c.c. «si sarebbe illuso di creare una 'cerniera' fissa e completa tra diritto sostanziale e processo, giacché tale cerniera alla fine deve sempre essere rintracciata nell'uomo chiamato ad applicare la legge».

⁹ M. TARUFFO, *op.cit.*, p. 227.

¹⁰ Così G. VERDE, *op.cit.*, p. 27.

¹¹ G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 26.

¹² G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 26 ss.

¹³ G. VERDE, *op. ult. cit.*, pp. 91-92.

A ciò si contrappone l'impostazione secondo cui il contenuto del principio dell'onere della prova deve essere determinato con riguardo a quella specifica pretesa fatta valere in giudizio ed al ruolo concretamente svolto dalle parti nel processo¹⁴.

L'onere della prova, dunque, opererebbe sulla base delle posizioni processuali che le parti hanno assunto attraverso le loro allegazioni, e non limitandosi alla sola fattispecie sostanziale che è stata dedotta in causa.

In effetti, l'operatività dell'onere della prova è, indubbiamente, influenzata dal contegno processuale della parte ed in particolare dall'onere di allegazione¹⁵ negli atti introduttivi dei fatti posti a fondamento delle proprie domande e eccezioni. Il giudice che si trova ad applicare la regola di giudizio dovrà richiamare, da un lato, la norma sostanziale che disciplina la fattispecie dedotta in giudizio e, dall'altro, i fatti allegati dalle parti in sede di atti introduttivi¹⁶. In altri termini, il problema dell'onere della prova deve essere affrontato con riguardo ai fatti concretamente allegati dalla parte e non a quelli che avrebbe dovuto allegare sulla scorta della norma sostanziale¹⁷.

Quindi, è evidente che si tratta di una regola che è rivolta al giudice nel momento in cui al termine dell'istruttoria prende atto dell'incertezza circa la verità di un determinato fatto decisivo. Tale principio non concerne, quindi, l'ammissione e la formazione della prova, né la valutazione, ma si pone in un momento successivo quando le prove hanno rivelato la loro inadeguatezza a dimostrare i fatti rilevanti e contestati. Se il risultato dell'istruttoria è nel senso di una carenza di prova del fatto rilevante, allora

¹⁴ G. A. MICHELI *op.cit.*, p. 286 ss.

¹⁵ Sul tema V. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile, Profili sistematici*, Torino, 2001, *passim*.

¹⁶ L.P. COMOGLIO, *op.cit.*, pp. 265-266 rileva che «Le indicazioni normative, in prima approssimazione, indurrebbero a ritenere che la soluzione del problema non possa dipendere, in esclusiva, da qualificazioni sostanziali, attinenti alla struttura del diritto azionabile od alla natura dell'effetto giuridico che è oggetto di accertamento, ma debba tenere conto, altresì, di valutazioni processuali, derivanti dal modo in cui la contrapposizione dialettica delle parti nella dinamica del giudizio si riverbera tecnicamente sulle possibilità strumentali di tutela di quel diritto o sulla realizzazione giurisdizionale di quell'effetto. E quanto basta, per respingere formule aprioristiche o rigide ripartizioni, che finirebbero col rinnegare la concreta variabilità del thema probandum».

¹⁷ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 229 rileva che spesso accade come «il problema di 'chi deve provare cosa' venga convertito col il problema di 'chi deve allegare, e quindi provare, che cosa', oppure si riferisca tout court l'onere della prova non ai fatti allegati, ma ai fatti che comunque una parte avrebbe dovuto allegare, e poi provare, a fondamento delle sue domande o eccezioni. In questo modo il problema dell'onere della prova viene ad essere formulato non in base alle posizioni processuali che le parti hanno assunto con le loro allegazioni, ma in base alle loro posizioni rispetto alla fattispecie sostanziale che è stata dedotta in causa».

il giudice darà ragione o torto in applicazione di quelle che sono le regole sulla distribuzione dell'onere della prova.

L'istituto dell'onere della prova consente, dunque, al giudice di emettere in ogni caso una pronuncia di accoglimento o di rigetto della domanda, pur quando, nonostante l'attività probatoria svolta dalle parti – oppure in sua mancanza – egli sia rimasto nel dubbio circa la verità dei fatti.

Quel necessario collegamento esistente tra la regola di giudizio dell'onere della prova con la norma sostanziale applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio ha, peraltro, condotto a riflessioni sulla natura della regola in esame. Un primo orientamento, se pur minoritario, proprio in forza del collegamento operato dall'art. 2697 c.c. alle norme di diritto sostanziale riconosce natura sostanziale alla regola dell'onere della prova¹⁸. Oltre a questo dato, deporrebbe in tal senso anche la collocazione della norma all'interno del codice civile nonché l'art. 2698 c.c. che consente alle parti di stipulare convenzioni che possono incidere sul regime probatorio.

Secondo altra impostazione la regola di cui all'art. 2697 c.c. ha natura processuale in quanto, regola di giudizio indirizzata al giudice per consentire allo stesso di decidere la controversia quando al termine dell'istruttoria la ricostruzione dei fatti è dubbia o lacunosa¹⁹.

È da segnalare, poi, la posizione che qualifica la regola dell'onere della prova avente natura processuale ma con portata sostanziale²⁰. Tale ricostruzione appare condivisibile perché valorizza da un lato il carattere generale della regola di giudizio che necessita, tuttavia, al tempo stesso per determinare l'allocazione dell'onere della prova della norma di diritto sostanziale.

Non vi è dubbio, peraltro, che la qualificazione sostanziale o processuale della regola dell'onere della prova potrebbe comportare delle ricadute sia con riguardo alla determinazione della legge applicabile (quella in vigore all'epoca della costituzione del rapporto ovvero del processo) sia con riguardo all'individuazione del vizio da far valere in sede di legittimità

¹⁸ R. SACCO, *op.cit.*, pp. 420-421; S. PATTI, *op.cit.*, p. 92 ss. In giurisprudenza, sulla natura sostanziale dell'onere della prova V. Cass. 16 aprile 1959, n. 1138, in *Riv. dir. int.*, 1959, 627, con nota di Morelli; Cass., 9 agosto 1962, n. 2506, in *Foro it.*, 1962, I, c. 2014; Cass., 25 febbraio 2002, n. 2751, in *Giust. civ.*, 2002, I; Cass., 18 marzo 2004, n. 5484, in *Giur. it. Mass.*, 2004; Cass., 28 marzo 2007, n. 7581 in *Giur. it. Mass.*, 2004; Cass., sez. un., 14 gennaio 2009, n. 564, in *Giur. it. Mass.*, 2009.

¹⁹ V. ANDRIOLI, *op.cit.*, p. 260 ss.; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 675; G. CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, cit., p. 241 ss.

²⁰ G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 498, rileva che la norma in questione «esplica i propri effetti nel processo, rendendo possibile al giudice la pronuncia di merito in ogni caso (...). Ma il contenuto della regola stessa non è determinabile se non tenendo conto della pretesa fatta valere in giudizio, eppertanto del rapporto giuridico controverso».

(*error in iudicando* ovvero *error in procedendo*)²¹. Con riguardo a quest'ultimo profilo va tuttavia evidenziato che in realtà, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la violazione della disciplina dell'onere della prova si traduce in una violazione o falsa applicazione della norma di legge²². Da qui deriva che la sua violazione è denunciabile in cassazione quale *error in iudicando*.

In particolare, qualora si censuri un'erronea allocazione dell'onere probatorio la decisione sarà impugnabile per violazione della norma sostanziale e non dell'art. 2697 c.c. In altri termini, in queste ipotesi l'errata applicazione della regola di giudizio è il frutto di una non corretta interpretazione della norma sostanziale ovvero della qualificazione dei fatti allegati dalle parti, sicché il vizio sarà sempre di tipo sostanziale e non processuale. Mentre è ipotizzabile un *error in procedendo* quando il giudice pur qualificando correttamente i fatti compia un errore nell'applicazione della regola di giudizio²³.

Anche negli ordinamenti *common law* è incerta la natura della regola dell'onere della prova (c.d. *burden of proof*), da alcuni qualificata processuale²⁴, mentre da altri considerata «not a mere matter of procedure» poiché le parti possono determinare «the distribution of the burdens» nell'esercizio della loro libertà contrattuale²⁵.

Peraltro, nel sistema processuale civile inglese, manca una norma analoga all'art. 2697 c.c. e l'individuazione dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi è molto più duttile.

In particolare, sul punto viene in aiuto l'atto introduttivo del giudizio, lo *statement of case*²⁶ contenente il *claim* ossia l'atto di parte attrice (c.d. *claimant*).

In forza di quanto disposto dall'art. 16 delle *Civil Procedures Rules*, il *claimant* deve indicare i fatti che tradizionalmente costituiscono la c.d. *cause of action* nell'ordinamento giuridico inglese.

²¹ Sul tema v. l'approfondito esame di M. GARAVAGLIA, *Il controllo in cassazione sulla violazione della regola dell'onere della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1499 ss.

²² Cass., 15 marzo 2014, n. 6332, in *Pluris*; Cass., 18 marzo 2004, n. 5484, in *Giur. it. Mass.*, 2004; Cass., 4 marzo 2003, n. 3188, in *Guida dir.*, 2003.

²³ Cfr. E. BENIGNI, *op.cit.*, p. 90 ss. In senso contrario E.F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, 128 ss. che così si è espresso «i vizi in parola, anche considerando come 'processuali' le disposizioni violate, incidono sul contenuto del giudizio di merito, rilevando per i loro riflessi sulla soluzione dei così detti 'sillogismi preparatori' sul fatto». Cfr. anche E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esiti*, Milano, 2009, p. 252, nonché il recente lavoro di M. ZULBERTI, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, Milano, 2018, p. 135.

²⁴ J. FLEMING, *Burdens of proof*, in *Virginia L. Rev.*, 1951, p. 51 ss.

²⁵ A. ZUCKERMAN, *A. Zuckerman on civil procedure*, London, 2013, p. 1017.

²⁶ N. H. ANDREWS, *On civil processes, Court proceedings*, I, Cambridge, 2013, p. 100.

Come affermato da autorevole giurisprudenza inglese, si tratta di «(...) every fact which is material to be proved to entitle the plaintiff to succeed»²⁷ ovvero quei fatti che se provati sono idonei ad assicurare l'accoglimento della domanda dell'attore. Quindi, richiamando le parole di un Illustre Studioso «the claimant must state in the particulars of claim facts that establish a complete cause of action. The test is whether the facts relied upon would, if proved, entitle the claimant to the remedy he seeks, or possibly to a different remedy»²⁸.

Peraltro, non sussiste una specificazione dei fatti ma si parla genericamente di *facts in issue* o anche *material facts*, per indicare genericamente i fatti che l'attore deve provare per vedere accolta la sua domanda²⁹.

Con riguardo alla posizione del convenuto (c.d. *defendant*), i fatti giuridici che egli può allegare al fine di contrastare il perfezionamento della fattispecie costitutiva attivata dall'attore prendono il nome di «affirmative defences».

Va altresì rilevato che l'individuazione di quali fatti giuridici debbano essere considerati come essenziali della *cause of action* dell'attore o come *defense* del convenuto, è il frutto di un'elaborazione strettamente casistica.

Se ci spostiamo quindi ad analizzare il tema dell'onere della prova nel sistema processuale civile inglese esso appare molto articolato.

In linea di massima, la disciplina del c.d. *burden of proof* si sviluppa in ordine ai seguenti profili: quale parte perderà se il giudice non sarà persuaso dell'esistenza dei fatti in questione (c.d. *burden of persuasion*); quale parte deve produrre le prove a supporto dei fatti allegati (c.d. *burden of adducing evidence*); quale livello di prova è richiesto per persuadere il giudice sull'esistenza del fatto dedotto (i c.d. *standard of proof*)³⁰.

2. Lo studioso che si approccia all'esame dell'onere della prova nel *common law* inglese si rende subito conto che non si trova di fronte ad un unico onere della prova ma ad una pluralità, poiché la nozione di onere della prova viene utilizzata in svariati sensi. E sul punto sussiste anche una certa confusione terminologica³¹ in quanto il termine *burden of proof* viene usato per riferirsi a due nozioni che, come tra poco vedremo, sono distinte.

²⁷ *Cooke v. Gill* (1873) L.R. 3 C.P. 107, 116; *Letang v. Cooper* (1965) 1 QB 232, 242, che definisce altresì la *cause of action* "simply a factual situation the existence of which entitles one person to obtain from the court a remedy against another person".

²⁸ Così A. ZUCKERMAN, *op.cit.*, p. 298.

²⁹ Sul tema dei *facts in issue* v. I. I. DENNIS, *The law of evidence*, London, 2013, p. 6.

³⁰ Così si esprime A. ZUCKERMAN, *op. cit.*, p. 1015.

³¹ R. MUNDAY, *Evidence*, Oxford, 2016, p. 64.

In *primis*, va evidenziato che, analogamente a quanto avviene nel nostro ordinamento, la decisione si deve fondare sulle prove fornite dalle parti ed è stato osservato che «No judge likes to decide cases on burden of proof if he can legitimately avoid having to do so. There are cases, however, on which owing to unsatisfactory state of the evidence, or otherwise, deciding on the burden of proof is the only just cause for him to take»³².

Anche nel diritto processuale civile anglosassone, quando mancano le prove, non è consentito al giudice di rifiutare il giudizio: egli deve comunque giudicare sulla domanda proposta sia che disponga delle prove, sia che esse non siano state fornite.

Va osservato, poi, che nel *common law* la nozione di «burden of proof» è usata, come poc'anzi anticipato, in due differenti significati³³: il *burden of persuasion* e il *burden of adducing evidence*.

Il *burden of persuasion* o anche, *probative burden*, è definito come «The peculiar duty of him who has the risk of any given proposition on which parties are (...) who will lose the case if he does not make this proposition out, when all has been said and (...)»³⁴.

In altri termini, come nel nostro ordinamento, si tratta dell'onere della prova quale criterio di giudizio che viene in soccorso al giudice per pronunciare la decisione della controversia qualora al termine dell'istruttoria i fatti allegati risultino in tutto o in parte sforniti di prova³⁵.

Se la parte non assolve a tale onere sopporta il c.d. «risk of non-persuasion»³⁶ del giudice del fatto.

Peraltro, va segnalato che questo onere prende anche nomi diversi per dare enfasi alle sue caratteristiche³⁷, spesso viene anche chiamato «legal

³² *Rhesa Shipping Co SA v. Edmunds* [1985] 2 All ER 712, [1985] 1 WLR 948; *Pickford v. Imperial Chemical Industries Plc* [1998] 3 All ER 462 [1998] 1 WLR 1189; *Ireland Quinn v. Mid Western Health Board* [2005] IESC 19, [2005] 4 IR 1, [59].

³³ J. B. THAYER, *A preliminary Treatise on evidence on the common law*, Boston, 1898, p. 355.

³⁴ J. B. THAYER, *op. loc. ult. cit.*

³⁵ R. GLOVER, *Murphy on evidence*, Oxford, 2017, p. 74 riporta le parole di Lord Hoffman in *Re B (Children) (Care Proceedings: standard of Proof)* CAFCASS Intervening [2009] 1 AC 11, [2] «If a legal rule requires a fact to be proved (a "fact in issue") a judge or jury must decide whether or not it happened. There is no room for a finding that it might have happened. The law operates a binary system in which the only values zero and one. The fact either happened or it did not. If the tribunal is in doubt, the doubt is resolved by a rule that one party or the other carries the burden of proof. If the party who bears the burden of proof fails to discharge it, a value of zero is returned and the fact is treated as not having happened. If he does discharge it a value of one is returned and the fact is treated as having happened». Cfr. A. KEANE, P. MCKEOWN, *Modern law of evidence*, Oxford, 2016, p. 87.

³⁶ J. H. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, Boston, 1940, p. 278 ss.

³⁷ V. I. DENNIS, *op.cit.*, p. 441.

burden», «persuasive burden», «probative burden» «fixed burden of proof»³⁸, o anche solo «burden of proof»³⁹.

Accanto a questo onere, l'ordinamento inglese conosce anche il c.d. «burden of adducing evidence» o «evidential burden»⁴⁰ o anche «the duty of passing the judge»⁴¹. Si tratta di quella particolare «(...) duty of going forward in argument or in producing evidence, whether at the beginning of case, or at any later moment throughout the trial or discussion»⁴².

Questo onere individua la parte che deve iniziare il giudizio introducendo le prove che le sono necessarie per dimostrare l'esistenza o l'inesistenza dei fatti che ha allegato.

In questa prospettiva, tale onere stabilisce quale delle due parti, pur avendo allegato i fatti giuridici, sarà soccombente per aver sfornito di prova gli stessi.

Il *burden of adducing evidence* svolge, tradizionalmente, una particolare funzione di selezione iniziale estranea al nostro ordinamento: se la parte che ne è onerata non produce prove a sostegno dei fatti allegati può vedere rigettata direttamente la sua domanda senza giungere alla fase deputata all'accertamento del fatto⁴³.

Si tratta dell'onere di produrre prove potenzialmente sufficienti ad accertare i fatti allegati e si pone, dunque, in una fase antecedente al giudizio di fatto⁴⁴.

In altri termini, il giudice valuta in via preliminare se siano state o meno presentate prove a sostegno delle allegazioni fattuali e se le stesse, secondo una valutazione prognostica, siano idonee a determinare il convincimento del *tribunal of facts* circa la verità dei fatti⁴⁵.

Se l'esito di tale valutazione preventiva operata dal giudice è negativo, non ha senso procedere con il giudizio di fatto posto che lo stesso non si potrebbe svolgere poiché i fatti allegati sono in parte o del tutto sforniti di prova.

Il mancato assolvimento del *burden of adducing evidence* determinerebbe quindi l'arresto del giudizio e il rigetto immediato della domanda prima di giungere alla fase deputata all'accertamento del fatto. In questo modo, se

³⁸ N. BRIDGE, *Presumptions and burdens*, 1949, 12 M.L.R., p. 274.

³⁹ *Hill v. Baxter* [1958], 1 QB, 277, 284; *Bratty v. A-G for Northern Ireland* [1963] AC 286, 407.

⁴⁰ R. MUNDAY, *op.cit.*, p. 65; I. DENNIS, *op.cit.*, p. 441.

⁴¹ A. ZUCKERMAN, *A. Zuckerman on civil procedure*, cit., p. 1021.

⁴² J. B. THAYER, *op. cit.*, p. 313 ss.

⁴³ R. GLOVER, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁴ In tal senso A. KEANE, P. MCKEOWN, *op.cit.*, p. 89 affermano che «The burden is discharged when there is sufficient evidence to justify, as a possibility, a favourable finding by the tribunal of fact».

⁴⁵ J. H. WIGMORE, *op.cit.*, p. 294.

l'attore non ottempera all'onere di produrre prove a sostegno delle sue allegazioni fattuali, sarà necessariamente soccombente poiché il giudice non sottoporrà la controversia al *tribunal of facts*⁴⁶.

La parte gravata da questo particolare onere deve prima assolvere allo stesso e solo una volta superata questa fase preliminare di produzione istruttoria avrà modo di operare il *burden of persuasion* davanti al giudice del fatto⁴⁷.

Va altresì osservato che l'assolvimento dell'onere del *burden of adducing evidence* non comporta l'assolvimento automatico anche del *burden of persuasion*. Come più sopra evidenziato, anche in presenza di prove, il giudice del fatto potrebbe non avere raggiunto un convincimento.

La ragione e le origini di questa bipartizione dell'onere probatorio sono da ricercare nel *trial by jury*⁴⁸.

In particolare, tradizionalmente, mentre le questioni di diritto sono attribuite al giudice togato, alla giuria sono attribuite le questioni di fatto⁴⁹. Dunque, la giuria come *trier of fact* decide il fatto attraverso il verdetto ed il giudice togato ne trarrà le relative conseguenze giuridiche⁵⁰.

Da questa bipartizione dei *matters of fact* attribuiti alla giuria e dei *matters of law* attribuiti al giudice discende anche la distinzione dell'onere della prova nelle due nozioni più sopra esposte.

L'onere della prova nelle sue due accezioni si rivolge, quindi, a soggetti diversi.

In particolare, il *burden of persuasion* ha come destinatario il giudice del fatto ovvero la giuria. Giunti al termine della fase istruttoria, in caso di mancata prova delle circostanze di fatto allegate in giudizio, opera l'onere della prova quale regola di giudizio che consente all'organo deputato a decidere la controversia di giudicare anche in assenza di prove ovvero qualora le stesse non sia state «persuasive»⁵¹.

Mentre nel nostro ordinamento l'onere della prova come regola di giudizio si indirizza al giudice togato che è anche giudice del fatto, nel *trial by jury* si rivolge ai giurati.

Dovrà dunque prima essere assolto l'onere processuale di deduzione probatoria, e una volta esaurita la fase istruttoria, i giurati quali giudici del

⁴⁶ J. H. WIGMORE, *op.cit.*, p. 278.

⁴⁷ AA.VV., *Blackstone's Civil Practice, The Commentary*, in Sime, French (a cura di), Oxford, 2019, p. 892.

⁴⁸ Cfr. L.P. COMOGGIO, *sub art. 2697*, in *Commentario del codice civile*, (diretto da) GABRIELLI, BONILINI-CHIZZINI (a cura di), Milano, 2016, pp. 302-303.

⁴⁹ Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 183.

⁵⁰ M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

⁵¹ Cfr. L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., p. 258 nota 44.

fatto dovranno essere persuasi, sulla base delle prove assunte, dell'esistenza o meno del fatto.

In altri termini, il *burden of adducing evidence* ci dice «what should be left to trier of facts» mentre il *burden of persuasion* ci dice «how the issue should be decide»⁵².

Va poi osservato che con riguardo all'onere «of producing evidence» si parla spesso di «shifting»⁵³ nel senso che esso non è «fixed» ma mobile e, quindi, con l'effetto di transitare da una parte all'altra durante il corso del processo⁵⁴.

Nel momento in cui l'attore, generalmente gravato dell'onere di produrre per primo i mezzi di prova, ha assolto tale onere con prove sufficienti a far giungere la causa all'esame del *tribunal of fact*, il *burden of adducing evidence* passa al convenuto⁵⁵.

A questo punto si potranno aprire due strade.

Il convenuto potrebbe produrre prova contraria idonea a contrastare la prova attorea: essendo stato assolto da entrambe le parti l'onere preliminare la causa potrebbe giungere al tribunale del fatto.

Viceversa, il convenuto potrebbe, dal canto suo, produrre prove idonee a persuadere il tribunale del fatto e, dunque, tali da far transitare l'onere nuovamente in capo all'attore. Quest'ultimo si troverà così in una posizione assimilabile a quella del convenuto, e dunque potrebbe contrastare le prove addotte dal convenuto ovvero trasferire nuovamente il *burden of producing evidence* al convenuto⁵⁶.

Si parla in proposito anche di *tactical burden*, riferendosi al fatto che in un dato momento del processo l'onere di produrre prove appare assolto dalla parte su cui grava⁵⁷. Se tale parte sembra essere in grado di adempiere all'onere legale perché ha prodotto un certo quantitativo di prove, l'onere tattico si sposta sull'altra parte; l'altra parte deve produrre prove contrarie o correre il rischio di perdere su tale questione.

⁵² C. TAPPER, *Cross & Tapper on Evidence*, Oxford, 2010, p. 122.

⁵³ AA.VV., *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 891 ss.

⁵⁴ ABBOTT, *Degrees of Proof, and Burdens of Proof*, in *University Law Review* 1895, II, pp. 220-222.

⁵⁵ Cfr. A. KEANE, P. McKEOWN, *op.cit.*, p. 90 evidenziano che «This conjures up a vision of the trial as a ball-game, with the evidential burden as the ball, which is continuously bounced to and from between the contenders».

⁵⁶ Cfr. A. KEANE, P. McKEOWN, *op.loc.ult.cit.*, rilevano che «Where a party discharges an evidential burden borne by him in relation to a particular fact, his adversary will be under an obligation, referred to as provisional or tactical burden, to adduce counter-evidence in order to convince the tribunal of fact in his favour. If the chooses not to adduce such counter-evidence, he runs the risk of a finding on that issue in favour of the other party».

⁵⁷ AA.VV., *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 485; A. KEANE, P. McKEOWN, *op. loc. ult. cit.*

Se la controparte fornisce tali prove, l'onere tattico può tornare alla parte su cui grava l'onere legale.

Questo passaggio del *burden of adducing evidence* da una parte all'altra prosegue fino a quando non si esauriscono le prove che possono essere prodotte dalle parti.

Lo *shifting* viene anche richiamato con riguardo alle c.d. *rebuttable presumption* vale a dire le presunzioni relative, per riferirsi al *burden of adducing evidence* gravante sulla parte che vuole confutare la presunzione⁵⁸.

Per riassumere la funzione preliminare svolta *burden of adducing evidence*, è possibile rilevare che se il giudice riputa sulla base di un giudizio prognostico che la prova presentata dalla parte su cui grava questo onere non sia idonea a fondare il convincimento del giudice del fatto non avendo alcuna forza persuasiva, può definire *in limine* la controversia decidendo in senso sfavorevole alla stessa. In tale eventualità il *burden of persuasion*, non giungendo la causa alla fase di accertamento del fatto, non avrà modo di operare.

Infine, con riguardo alla ripartizione dell'onere probatorio nel sistema processuale civile inglese, si rileva che, in linea di massima, essa è determinata dalla legge, ovvero dall'accordo delle parti, ma soprattutto dal *case law*⁵⁹.

Con riguardo a tale ultima fonte si rileva che la regola generale è quella per cui «he who asserts must prove, not he who denies»⁶⁰.

Da ciò ne consegue che generalmente il *burden of adducing evidence* e il *burden of persuasion* gravano sulla medesima parte⁶¹.

È infatti il *claimant* che promuove l'azione ad allegare nella propria domanda i relativi *material facts*, rispetto ai quali, nel corso del giudizio, dovrà assolvere l'onere di produrre prove a sostegno degli stessi, nonché di convincere il giudice del fatto della loro esistenza⁶².

⁵⁸ R. GLOVER, *op.cit.*, p. 78; A. KEANE, P. McKEOWN, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁹ A. ZUCKERMAN, *On civil procedure*, cit., p. 1020; AA.VV., *Blackstone's Civil Practice, The Commentary*, cit., p. 893.

⁶⁰ *Josephine Constantine Steamship Ltd v. Imperial Smelting Corp* [1942] AC 154, 174. V. anche N. H. ANDREWS, *On civil processes, Court proceedings*, cit., p. 385; A. KEANE, P. McKEOWN, *op.cit.*, p. 106.

⁶¹ AA.VV., *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 895.

⁶² AA.VV., *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 892 rileva che «(...) a claimant who bears the evidential burden and legal burden on a particular issue, and fails to discharge the evidential burden, necessarily fails on the issue, since the judge will refuse to let the issue go before the tribunal of fact. However, discharge of the evidential burden will not necessarily result in discharge of the legal burden: the issue goes to the tribunal of fact, which may or may not find in favour of claimant, although a defendant who adduces no evidence in rebuttal clearly runs the risk of losing on the issue».

Lo stesso vale per il convenuto, il quale, qualora non si limiti a contestare quanto dedotto dall'attore, dovrà allegare in giudizio fatti idonei a contrastare i fatti su cui si fonda la domanda (c.d. *affirmative defence*)⁶³, rispetto ai quali sarà gravato sia del *burden of adducing evidence* sia del *burden of persuasion*⁶⁴.

Nel sistema processuale civile inglese manca dunque una categorizzazione dei fatti giuridici come individuata, nel nostro ordinamento, dall'art. 2697 c.c.: tali fatti sono, da un lato, individuati dalle parti nei rispettivi atti quali elementi necessari della *cause of action* o della *defence*, e, dall'altro, dal giudice al momento della decisione anche in ordine alla distribuzione dell'onere della prova.

Al tempo stesso, non si può fare a meno di osservare che l'art. 2697 c.c. non fa altro che configurare le categorie generali dei fatti costitutivi e dei fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, riservando al giudice il problema classificatorio di stabilire, caso per caso, se un fatto appartenga alla categoria dei fatti costitutivi o a quella dei fatti impeditivi⁶⁵.

L'art. 2697 c.c. che come già ricordato costituisce in realtà una norma in bianco che non offre alcun effettivo criterio per stabilire quali siano i fatti costitutivi e/o impeditivi modificativi, lasciando quindi al giudice il compito di individuare la soluzione più corretta nel caso concreto. In sostanza,

⁶³ R. GLOVER, *op.cit.*, p. 79.

⁶⁴ R. GLOVER, *ivi*, rileva che «(...) if the defendant asserts defence which goes beyond a mere denial (...) the defendant must assume the legal burden of proving such defence».

⁶⁵ Sul tema dell'individuazione dei fatti V. A. FALZEA, voce «Efficacia giuridica», in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1966, p. 490 ss.; *Id.*, voce «Fatto giuridico», *ivi*, XVI, 1967, p. 947, rileva che «(...) in riferimento ad una situazione base, che è la situazione giuridica di libertà, si considera: costitutivo il fatto che porta il mondo giuridico da una situazione generica di libertà a una situazione specificamente rilevante (potere o dovere); estintivo il fatto opposto, che muovendo da una situazione specificamente rilevante dia luogo a una situazione di libertà; modificativo, infine, il fatto che da una situazione specificamente rilevante faccia passare ad altra situazione anch'essa specificamente rilevante. Questa classificazione chiaramente ha riguardo tanto alla situazione precedente che alla situazione successiva, anzi è fondata sul loro confronto. Essa è stata utilizzata soprattutto nel diritto processuale civile per spiegare il regime delle eccezioni, dell'onere della prova, dei poteri del giudice, ma i processualisti hanno anch'essi alterato il criterio di classificazione quando, per spiegare coerentemente quel regime, hanno costruito la figura del fatto impeditivo che appartiene a tutt'altro ordine di concetti giuridici, impegnando il problema del diverso peso degli elementi del fatto causante nella produzione dell'effetto giuridico». Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1940, p. 5 ss. rileva che «La categoria dei fatti impeditivi non può dunque intendersi se non si considerando le circostanze necessarie al sorgere d'un diritto, raggruppate nelle due categorie di cause efficienti (fatti costitutivi) e cause concorrenti (la cui mancanza è fatto impeditivo)». V. G. Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 179 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., pp. 283-285.

quindi, la qualificazione dei fatti operata in via giurisprudenziale va concretamente ad incidere sulla ripartizione dell'onere della prova.

È stato osservato che esistono «classi o tipi o forme di tutela giurisdizionale, nelle quali il canone dell'art. 2697 è del tutto o quasi del tutto privo di significato. Si pensi ai casi nei quali la ripartizione degli oneri probatori riguarda fattispecie processuali, o ai casi in cui manchino precise norme di diritto da applicare ovvero a quelli rispetto ai quali i giudici rivendicano a sé una funzione non meramente sostitutiva, ma autonomamente creativa di autentici beni giuridici»⁶⁶.

Spesso il giudice è chiamato ad intervenire sulla ripartizione dell'onere probatorio al fine di adattarlo alla varietà delle fattispecie concrete che gli sono sottoposte⁶⁷. In altri termini, l'allocazione dell'onere della prova come ricostruita dalla giurisprudenza tiene conto di vari fattori quali, ad esempio, la posizione della parte processualmente svantaggiata ovvero la difficoltà di reperire mezzi di prova⁶⁸. Si pensi, in proposito, all'elaborazione del principio di vicinanza della prova secondo cui l'onere della prova debba essere ripartito tenendo conto in concreto della possibilità per l'uno o per l'altro dei contendenti di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, per cui è ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte a cui è più vicino il fatto da provare⁶⁹.

Anche nel sistema processuale civile inglese il giudice, sicuramente con più vigore, stabilisce l'allocazione dell'onere della prova tra le parti e lo fa comunque sempre sulla base del diritto sostanziale e di scelte di convenienza sociale. Il *case law* costituisce, infatti, norma giuridica dell'ordinamento e quindi la ripartizione dell'onere della prova può rappresentare uno efficace strumento per realizzare strategie di politica sociale e legislativa.

⁶⁶ G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 158 ss.

⁶⁷ Sulle presunzioni giurisprudenziali V. G. VERDE, *op. ult. cit.*, p. 135 ss.

⁶⁸ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 228 rileva che molto spesso la norma distribuzione dell'onere della prova subisce deroghe per svariate ragioni «Talvolta si tratta di rendere più agevole la tutela dei diritti di soggetti che vengono considerati come particolarmente 'deboli' e, che si troverebbero in grave difficoltà - o addirittura nell'impossibilità - di fornire la prova dei fatti su cui si fondano le loro pretese; altre volte emerge l'esigenza di far sì che a fornire la prova sia la parte che ne è in possesso o che può procurarsela più facilmente; altre volte ancora si avverte l'esigenza di riequilibrare - all'interno del processo - situazioni caratterizzate da una rilevante differenza di possibilità difensive esistente tra le parti».

⁶⁹ Sul principio della vicinanza della prova, Cfr. G.F. RICCI, *op.cit.*, p. 341 ss.; C. BESSO, *La vicinanza della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1383 ss.; F. SAITTA, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 911 ss.

3. – Dopo aver tracciato i caratteri distintivi delle due principali accezioni del *burden of proof*, è necessario soffermarsi brevemente sui c.d. «standard of proof», ovvero sul grado di convincimento che deve essere raggiunto dal giudice del fatto per reputare che la parte abbia assolto l'onere della prova di cui era gravata⁷⁰.

Va, in primo luogo, osservato che il tema degli *standard* probatori riguarda entrambi i concetti di onere probatorio.

In particolare, con riguardo al *burden of adducing evidence*, lo *standard of proof* si riferisce alla nozione di c.d. *prima facie evidence*.

In altri termini, il *burden of adducing evidence* è assolto nel caso in cui la prova introdotta dalla parte che ne era onerata possa qualificarsi come una prova «prima facie» idonea a fondare il convincimento del *tribunal of facts*⁷¹: si anticipa, quindi, il giudizio di fatto in via provvisoria allo scopo di valutare se la prova offerta sia idonea astrattamente a persuadere il giudice del fatto circa l'esistenza del fatto che tende a provare⁷².

Con riguardo invece al *burden of persuasion*, lo *standard of proof* viene in rilievo al termine della fase istruttoria quando le prove sono state acquisite e indica il *quantum* di prove necessarie affinché il giudice del fatto possa essere persuaso dell'esistenza o meno dei fatti allegati dalle parti in giudizio.

Il *common law* inglese conosce solo due *standard* probatori⁷³: *balance of probabilities* e *beyond any reasonable doubt*⁷⁴.

Ciò emerge chiaramente in *R (on the application of D) v. Life Sentence Review Comrs (Northern Ireland)* in cui si legge «It is indisputable that only two standards are recognized by the common law, proof on the balance of probabilities and proof beyond reasonable doubt»⁷⁵, seguita poi da altre pronunce che hanno affermato che nel sistema processuale civile inglese, tranne casi particolari, l'unico *standard* probatorio è quello della «balance of probabilities»⁷⁶.

⁷⁰ Sul tema degli *standard of proof* V. J. H. WIGMORE, *Evidence*, op.cit., p. 316 ss.; N. H. ANDREWS, op.cit., p. 386 ss.; A. ZUCKERMAN, *A. Zuckerman on civil procedure*, cit., p. 1019 ss.; AA.VV., *Blackstone's Civil Practice, The Commentary*, cit., p. 895.

⁷¹ Sulla nozione di prova *prima facie* si vedano J. H. WIGMORE, op. cit., 293 ss.; ABBOTT, op.cit., p. 221 ss.; R. GLOVER, op.cit., p. 84.

⁷² Cfr. ABBOTT, op.cit., pp. 221-222.

⁷³ Sugli *standard* di prova nel nostro ordinamento, V. il recente saggio di R. POLI, *Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2517.

⁷⁴ A. ZUCKERMAN, op. loc. ult. civ.; N. H. ANDREWS, *On civil processes, Court proceedings*, cit., p. 386; AA.VV., *Blackstone's Civil Practice, The Commentary*, op. loc. ult. cit.

⁷⁵ *R (on the application of D) v. Life Sentence Review Comrs (Northern Ireland)* [2008] UKHL 33, 2008.

⁷⁶ *Birmingham CC v. Shafi* (2008) EWCA Civ 1186.

In particolare, nei procedimenti civili si applica lo *standard* probatorio del *balance of probabilities*⁷⁷: sulla base di un esame probabilistico tale onere si deve reputare assolto qualora l'esistenza di quel fatto potrà considerarsi probabilmente vera, ovvero *more probable than not*⁷⁸. Diversamente, dunque, dal nostro ordinamento in cui il principio della libera apprezzabilità da parte del giudice delle prove sancito dall'art. 116 c.p.c. incontra dei limiti nei casi delle c.d. prove legali che vincolano il giudice al loro risultato probatorio⁷⁹, nel *common law* non esistono prove di questo tipo.

Si segnala da ultimo, che esistono, tuttavia, delle ipotesi eccezionali in cui anche nei procedimenti civili si richiama lo *standard* probatorio tipico del procedimento penale ovvero quello del «beyond any reasonable doubt» («oltre ogni ragionevole dubbio»). Si pensi, ad esempio, ai procedimenti civili di *contempt of court*⁸⁰.

4. – Giunti al termine di questa analisi, è possibile osservare che il *burden of proof* nelle due accezioni come più sopra descritte, pare richiamare quella dottrina italiana che distingue tra onere della prova in senso oggettivo e in senso soggettivo⁸¹.

Si tratta di una ripartizione che attiene al momento processuale in cui l'onere della prova viene in rilievo.

Dunque, secondo questo approccio, è possibile distinguere tra l'onere formale ossia quello di introdurre i mezzi di prova nel processo, e l'onere sostanziale, ossia l'onere di dimostrare il fatto, persuadendo il giudice della sua esistenza.

Il *burden of adducing evidence* corrisponde, dunque, all'onere della prova in senso soggettivo volto ad individuare quale parte, nel corso del processo, è chiamata a fornire la prova di un certo fatto.

Così inteso l'onere della prova esprime la regola che attiene alla provenienza delle deduzioni istruttorie, indicando quali fatti ciascuna parte deve provare per evitare la soccombenza.

L'onere della prova in senso oggettivo richiama, invece, il *risk of non persuasion* che viene in rilievo nel momento della decisione al termine della fase istruttoria, quando sono già state espletate tutte le attività probatorie.

Si tratta di un onere che opera quando sussiste un dubbio sull'accertamento del fatto e che individua quale parte subirà le conseguenze

⁷⁷ A. ZUCKERMAN, *A. Zuckerman on civil procedure*, cit., p. 1019.

⁷⁸ R. MUNDAY, *op.cit.*, p. 65; R. GLOVER, *op.cit.*, p. 80.

⁷⁹ C. FURNO, *Contributo alla teoria della prova legale*, Padova, 1940; L. LOMBARDO, *Riflessioni sull'attualità della prova legale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 611 ss.

⁸⁰ AA.VV., *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 895.

⁸¹ G. A. MICHELI, *op.cit.*, p. 107 ss. In senso critico sulla distinzione V. M. TARUFFO, *Onere della prova*, cit., p. 72 ss.

negative della mancata persuasione del giudice in ordine all'esistenza di quel fatto.

Dunque, solo quando il fatto rilevante non risulta provato entra in gioco la regola dell'onere della prova come regola di giudizio per individuare la parte che subirà il rischio della non persuasione del giudice ovvero del suo mancato convincimento in ordine a quel fatto.

Al contrario, qualora le prove assunte siano idonee a «persuadere» il giudice circa l'esistenza dei fatti giuridicamente rilevanti, l'onere della prova inteso come regola di giudizio non ha ragione di operare e la controversia viene decisa applicando la disciplina sostanziale della fattispecie.

Il *burden of persuasion* come l'onere della prova in senso oggettivo si riferisce dunque al mancato convincimento del giudice individuando la parte che sopporterà il *risk of non persuasion*.

Come evidenziato, questa distinzione trova la propria origine storica nei procedimenti in cui è presente la giuria⁸².

In tali giudizi che, come detto, sono caratterizzati dalla compresenza di due organi – il giudice togato e la giuria – vi è l'esigenza primaria di determinare se le parti abbiano prodotto prove sufficienti a sostegno della fondatezza delle loro domande ed eccezioni.

La parte che non ha assolto l'onere processuale di deduzione probatoria, soccomberà immediatamente e il caso non verrà sottoposto alla giuria.

Se volgiamo lo sguardo al nostro ordinamento ci accorgiamo che l'onere della prova in senso oggettivo inteso come onere delle parti di dedurre mezzi probatori nel corso del processo non ha una autonoma valenza.

In particolare, lo svolgimento del processo non è condizionato dalle deduzioni istruttorie di parte, esso giunge alla decisione finale indipendentemente dal fatto che le parti producano o meno prove in relazione ai fatti allegati.

Nel nostro sistema processuale l'onere della prova inteso come onere di iniziativa probatoria non influenza il corso del processo: non è infatti ipotizzabile una chiusura anticipata dello stesso qualora la parte che ne era onerata non abbia prodotto prove sufficienti.

È chiaro che la parte su cui grava il suddetto onere ha interesse a procurarsi le prove al fine di dimostrare l'esistenza dei fatti che ha allegato, poiché qualora non lo ottemperi, con ogni probabilità, è destinata a soccombere.

⁸² Cfr. L.P. COMOGLIO, *sub* art. 2697, cit., pp. 302-303.

Su di essa grava, in altri termini, il rischio della mancata prova: la mancata produzione di prove sufficienti a sostegno delle allegazioni di fatto non determina il rigetto automatico della domanda ma comporta un aumento del rischio che ciò si possa realizzare⁸³.

In proposito, è stato osservato come la regola dell'onere della prova svolga una funzione epistemica essa infatti «(...) mira anzitutto a imporre a chi ha allegato un fatto l'onere di dimostrare con prove che quel fatto si è davvero verificato»⁸⁴. Dunque, induce la parte a fornire la prova del fatto al fine di giungere all'accertamento della verità e qualora ciò non si realizzi la regola di giudizio consente di assumere comunque una decisione⁸⁵.

Il mancato assolvimento dell'onere della prova rileva solo nella fase di decisione e non in una fase preliminare.

Quindi, nel momento finale della deliberazione, nel caso in cui il fatto sia rimasto incerto, opera l'onere della prova come regola di giudizio ovvero come criterio che consente al giudice di attribuire alla parte che ne era gravata il rischio della mancata prova.

Mentre nella fase precedente alla decisione, non ha alcun autonomo rilievo l'onere della prova.

L'onere della prova in senso soggettivo presuppone, dunque, un legame esclusivo tra ogni parte e i fatti che ha l'onere di provare e ciò è estraneo al nostro ordinamento⁸⁶.

Da un lato, esistono dei poteri di iniziativa istruttoria esercitati dal giudice *ex officio* con l'effetto che se un fatto risulta provato per effetto delle iniziative probatorie svolte dal giudice, non sarà soccombente la parte che aveva l'onere di provarlo e che pure non ha soddisfatto questo onere.

Dall'altro, bisogna considerare che nel nostro ordinamento vige il cosiddetto principio di acquisizione processuale⁸⁷, secondo il quale la prova da chiunque ottenuta, una volta che sia stata ritualmente acquisita agli atti concorre alla formazione del convincimento del giudice⁸⁸.

Ciò testimonia che in sede di decisione il giudice valuta tutte le prove acquisite a prescindere dalla loro provenienza. È dunque irrilevante la provenienza soggettiva del materiale probatorio in quanto ogni prova acquisita in giudizio è idonea concorrere all'accertamento del fatto a prescindere dal soggetto che l'abbia concretamente introdotta.

⁸³ R. SACCO, *op.cit.*, p. 402.

⁸⁴ M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 228.

⁸⁵ M. TARUFFO, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁶ M. TARUFFO, *Onere della prova*, cit., p. 69 ss.

⁸⁷ V. sul punto L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., p. 295 ss.

⁸⁸ V. i richiami giurisprudenziali di L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., p. 295 ss. spec. nota 16.

Non è dunque immaginabile che il giudice possa dichiarare soccombente una parte se il fatto che essa aveva l'onere di provare risulta comunque provato, anche se non per effetto delle iniziative processuali della stessa.

L'accento si deve spostare, come è stato osservato «dalla attività di prova, esplicita dalle parti, alla attività di giudizio dell'organo giurisdizionale, con la conseguenza che la prima perde il proprio carattere di condizione necessaria e sufficiente per il conseguimento di una decisione favorevole»⁸⁹.

A questo punto, merita evidenziare tuttavia che nel sistema processuale civile inglese, oggi, la presenza della giuria è limitata a procedimenti penali particolarmente gravi (per esempio, omicidio, stupro e rapina a mano armata) e in campo civile ai casi di diffamazione⁹⁰ o di cattiva condotta della polizia⁹¹.

Si tratta, quindi, di comprendere se la scomparsa della giuria⁹² possa comportare una rimediazione dell'onere della prova nelle due accezioni più sopra illustrate⁹³.

Nei *non-jury trials*, si concentra nel giudice togato sia la funzione di giudice del fatto che del giudice del diritto, dunque la funzione preliminare del *burden of adducing evidence* non parrebbe avere ancora ragione di essere.

Si verifica, dunque, una fusione delle funzioni in un unico organo simile ai casi nei quali nel nostro ordinamento il giudice decide in composizione monocratica, assolvendo sia la funzione di giudice istruttore che di collegio giudicante⁹⁴.

⁸⁹ G. A. MICHELI, *op.cit.*, p. 57 ss. ha osservato infatti che «(...) è necessario porre in evidenza come la regola dell'onere della prova si sia venuta trasformando da regola di prova legale in regola di giudizio, sempre conservando il dovere di pronunciare in ogni caso, anche in situazioni di dubbio».

⁹⁰ Però anche in questo caso è possibile il giudizio con il giudice unico, v. *Fiddes v. Channel Four Television Corp* [2010] EWCA Civ 730.

⁹¹ N. H. ANDREWS, *On civil processes*, cit., p. 383, evidenzia come in Scozia il processo con giuria è ancora previsto per le cause di lesioni personali.

⁹² Sul declino della giuria popolare negli ordinamenti di *common law* v. M. R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Milano, 2003, p. 182 ss., la quale osserva «nei dibattimenti senza giuria tutte le regole probatorie che si collegano alla suddivisione della corte in due corpi distinti perdono un importante punto di appoggio».

⁹³ N. H. ANDREWS, *English civil procedure*, Oxford, p. 718 rileva che «Whereas in England, such of the technical analysis which was generated by the former system of civil jury trial has become anachronistic because, nowadays, nearly every trial is heard by a professional judge without a jury».

⁹⁴ Cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2006, pp. 289- 290 rileva che «mentre il legislatore del 1940 aveva risolto il dilemma tra giudice unico e giudice collegiale nel senso di attribuire a due diversi organi (il giudice istruttore e il collegio) le due attività fondamentali della cognizione (l'istruzione e la decisione), la L. 353/1990 ha mantenuto questa soluzione solo per le cause ora elencate nel nuovo art. 50 *bis* del codice (...) preferendo, per le altre cause, la soluzione imperniata

Tuttavia, la scomparsa della giuria non ha portato ad un ripensamento della teoria della bipartizione dell'onere della prova.

Le regole sull'allocatione dell'onere della prova pare siano rimaste invariate: la parte onerata del *burden of adducing evidence* per evitare un rigetto immediato della domanda dovrà produrre prove sufficienti a giustificare il giudizio sul fatto che si svolgerà sempre innanzi al medesimo giudice che dovrà poi essere persuaso circa la verità dei fatti.

Va, infatti, evidenziato che anche nel giudizio senza giuria nelle prime fasi processuali⁹⁵ il giudice può rigettare immediatamente la domanda qualora la stessa sia priva di un ragionevole fondamento ovvero priva di *cause of action*⁹⁶ e della relativa prova.

In particolare, la corte può, su istanza di parte, nel caso in cui dall'atto introduttivo si evinca che la domanda non è ragionevolmente fondata, stralciare l'atto (c.d. «strike out»). Come evidenziato dalla dottrina inglese non sussiste «justification for investing court and litigant resources in following the pre-trial and trial process where the outcome is a foregone conclusion»⁹⁷. Se, dunque, la domanda è priva di un ragionevole fondamento è possibile definire *in limine* la causa⁹⁸.

È riconosciuta, inoltre, al convenuto anche la possibilità di proporre al giudice un'istanza c.d. di «submission no case to answer», per dedurre che il *claimant* non ha illustrato il caso in maniera sufficiente e chiedere al giudice di decidere a suo sfavore⁹⁹.

Da ultimo, non si può fare a meno di osservare in ogni caso che in tutte le ipotesi in cui vi è un giudice unico che decide la causa¹⁰⁰, sia nell'ambito del *common law* che del *civil law*, nel momento in cui egli è chiamato a

sull'assunzione delle funzioni decisorie da parte del giudice istruttore in funzione di giudice monocratico».

⁹⁵ A. ZUCKERMAN, *A. Zuckerman on civil procedure*, cit., p. 374.

⁹⁶ AA.VV., *Blackstone's Civil Practice*, cit., p. 556; A. ZUCKERMAN, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁷ A. ZUCKERMAN, *A. Zuckerman on civil procedure*, cit., p. 373.

⁹⁸ Cfr. AA.VV., *Blackstone's Civil Practice, The Commentary*, cit., p. 891 ss.

⁹⁹ A. ZUCKERMAN, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁰ Cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, pp. 124-125 evidenzia che «la scelta a favore del giudice monocratico è giustificata dal rilievo diffuso secondo cui – nell'impossibilità di istituire la collegialità piena per tutti i giudizi di primo grado – la monocraticità è la condizione per attuare l'identità fra giudice che assume la prova e giudice che decide la causa, la divaricazione dei quali, nell'attuale procedimento innanzi al tribunale, sta alla base di una catena di effetti la cui negatività (tanto in termini culturali che in termini di efficienza organizzativa) è sottolineata dalla più sensibile dottrina processualistica' (così il parere del Consiglio superiore della magistratura del maggio 1988); ed ancora dal rilievo secondo cui, una volta deciso di introdurre un modello di processo concentrato, diveniva scelta pressoché obbligata quella di attribuire, anche nella maggioranza dei processi di competenza del tribunale, alla stessa persona fisica la gestione non solo della fase preparatoria ed istruttoria, ma anche della fase decisoria»

vagliare le allegazioni di parte e a decidere sull'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova, non fa altro che anticipare in via ipotetica il giudizio del fatto¹⁰¹.

In altri termini, si può ritenere che il giudice nel formulare il giudizio di rilevanza anticipi gli effetti che nel successivo giudizio di fatto potrà trarre dal risultato della prova di cui è chiesta l'ammissione, qualora la prova non fallisca e sia ritenuta attendibile¹⁰². Il giudice deve, quindi, operare un confronto tra il giudizio relativo al fatto su cui verte la prova e quello relativo al fatto che deve essere provato: da qui discende che è rilevante la prova che tenda a dimostrare la coincidenza tra i due giudizi. Così ragionando, la prova dovrà essere ammessa se appare che il suo risultato potrà essere utile all'accertamento del *factum probandum*, mentre dovrà essere esclusa se tale utilità non emerge. In altri termini, è possibile affermare che il ragionamento che conduce il giudice a rigettare un'istanza istruttoria sia sostanzialmente analogo a quello con cui in sede di decisione elimina le ipotesi fattuali che si pongono in contrasto con le risultanze probatorie acquisite.

Nella fase deputata all'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova, quindi, il giudice anticipa il giudizio di fatto perché ciò gli consente di decidere sull'istanze istruttorie.

Ciò si verifica anche nei *trial by jury*, in cui il *burden of adducing evidence* conduce il giudice a valutare se le prove prodotte in giudizio siano idonee a persuadere la giuria e così facendo anticipa, in un certo senso, la decisione sul fatto che è invece alla stessa attribuita.

In modo analogo, nel nostro ordinamento, nel momento in cui il giudice compie il giudizio di ammissibilità e di rilevanza, svolge in via ipotetica un giudizio di fatto su quanto allegato dalle parti.

In forza del noto brocardo latino *frustra probatur quod probatur non relevat*, il giudizio di rilevanza si traduce in un'operazione logica ed ipotetica che compie il giudice in via anticipata, valutando se quel determinato mezzo di prova dedotto dalla parte sia idoneo o meno a dimostrare l'esistenza dei fatti allegati in giudizio.

In conclusione, quando si tratta di decidere sull'ammissibilità e sulla rilevanza delle istanze istruttorie il giudice anticipa «provvisoriamente» il

¹⁰¹ V. A. PROTO PISANI, *op.cit.*, p. 409 sottolinea che «si suol dire che il giudizio di rilevanza ha sempre una 'intrinseca decisorietà', in quanto in esso il giudice è chiamato ad anticipare, in un provvedimento avente forma di ordinanza (...), quell'attività logica di individuazione ed interpretazione della norma che dovrà poi ripetere al momento della decisione della causa».

¹⁰² Così V. ANDRIOLI, *op.cit.*, p. 273 ss.

giudizio di fatto e non vi è dubbio che ammettere o meno un mezzo di prova può già implicare in tutto o in parte la decisione della lite¹⁰³.

Per stabilire se una prova sia o meno rilevante, il giudice deve «immaginare il possibile contenuto del giudizio ipotizzando l'esito positivo della prova»¹⁰⁴.

Questo giudizio anticipato e ipotetico rimane tale solo se l'accertamento del fatto, al termine della fase istruttoria, venga compiuto da un organo diverso da quello che ha formulato il primo.

Nel nostro ordinamento ciò si verifica nelle cause elencate dall'art. 50-bis c.p.c. affidate alla competenza del tribunale in composizione collegiale.

Qui, analogamente a quanto avviene nei *trial by jury*, il giudice istruttore ha il potere di decidere in via provvisoria le questioni di ammissibilità e rilevanza della prova e di svolgere anche l'istruttoria. Al collegio, poi, è riservato il potere decisorio vero e proprio che può giungere anche ad una diversa decisione definitiva che andrà a sostituirsi a quella provvisoria, ad esempio sostituendo una pronuncia di rigetto ad una precedente di ammissione del mezzo di prova¹⁰⁵.

Quando, invece, il giudice è unico quel giudizio provvisorio sul fatto condotto in sede di ammissione delle istanze istruttorie con tutta probabilità si stabilizzerà nel giudizio definitivo. In altri termini, una volta conclusa l'istruttoria è poco realistico pensare che il giudice unico riveda il suo giudizio sconfessando quanto già statuito in sede di ammissione delle prove¹⁰⁶.

E ciò comporta, altresì, che gli eventuali errori commessi dal giudice durante il vaglio di ammissibilità e rilevanza difficilmente potranno essere rimeditati e rimediati in sede di decisione.

Come noto, il nostro ordinamento all'art. 178 c.p.c., nella sua previgente formulazione, prevedeva lo strumento del reclamo avverso le ordinanze del giudice istruttore relative all'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova¹⁰⁷. Il giudice istruttore, inoltre, poteva ottenere analogo riesame in forza dell'art. 187, comma 4, c.p.c., effettuando la rimessione anticipata al collegio per la sola decisione immediata sull'ammissione delle prove.

¹⁰³ C. MANDRIOLI, *op.cit.*, p. 109. In proposito è stato osservato che il giudice deve procedere «secondo una duplice valutazione: preventiva, di influenza, successiva, di risultato», in tal senso v. S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 381.

¹⁰⁴ C. MANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁵ C. MANDRIOLI, *op.cit.*, p. 110.

¹⁰⁶ C. MANDRIOLI, *op. loc. ult. cit.*, con riguardo alle cause che sono decise dal giudice monocratico parla di «ipotesi-limite di un ripensamento, sempre possibile, ancorché poco probabile».

¹⁰⁷ Sul reclamo v. G. GIANNOZZI, *Il reclamo nel processo civile*, Milano, 1968, *passim*.

Dunque, per effetto del reclamo di parte, ovvero su impulso del giudice istruttore, era possibile investire immediatamente il collegio delle questioni istruttorie, evitando, così, l'inconveniente di dover attendere la fine del processo, e consentendo, al tempo stesso, un immediato controllo sull'operato del giudice.

Il reclamo, ovviamente, sospendeva l'esecuzione dell'ordinanza istruttoria.

La riforma del 1990 ha eliminato il reclamo istruttorio, lasciando solo la possibilità del reclamo contro l'ordinanza che dichiara l'estinzione del giudizio del giudice istruttore quando non operi come giudice unico.

Oggi, quindi, le parti non hanno più a disposizione tale strumento per contrastare *ex ante* il provvedimento istruttorio.

Dall'indagine comparatistica sin qui svolta, ed anche da queste ultime considerazioni, mi pare emerga che forse era più equilibrato e garantista il dispositivo previsto dal previgente art. 178 c.p.c.¹⁰⁸, simile a quello vigente nel sistema inglese, che non il sistema attuale, posto che, come si è evidenziato, in esso le parti corrono il concreto rischio che nei procedimenti davanti al giudice unico il giudizio «provvisorio» reso sull'ammissibilità e rilevanza della prova - nella sostanza un'anticipazione del giudizio di fatto - si stabilizzi sino al giudizio d'appello con grave compromissione del diritto di difesa.

Vi è dunque da chiedersi se non sarebbe opportuno ripristinare nel processo civile italiano un dispositivo analogo al previgente art. 178 c.p.c., che permetta un controllo immediato sulle ordinanze istruttorie, come in effetti qualcuno ha già da tempo proposto¹⁰⁹.

Abstract

NOTES ON THE BURDEN OF PROOF IN ENGLISH CIVIL PROCEDURE

Nell'ordinamento italiano, come nella gran parte degli ordinamenti occidentali, non essendo ipotizzabile una pronuncia di *non liquet*, la regola di giudizio fondata sull'onere della prova viene in soccorso del giudice quando l'accertamento del fatto, all'esito dell'istruttoria, è rimasto incerto.

¹⁰⁸ F. CIPRIANI, *Sull'abrogazione del reclamo al collegio*, in *Giur. it.*, 1997, IV, c. 11.

¹⁰⁹ In questo senso v. F. CIPRIANI, *op.cit.*, c. 13 rileva che «(...) l'impugnabilità, che è garanzia di civiltà. Alle parti interessa poco che il giudice provveda sulle prove con ordinanza, con sentenza o con decreto; interessa molto, invece, il regime al quale è assoggettato il provvedimento. E poiché, come ho già detto l'impugnabilità immediata previene gli abusi e assicura il controllo (quel che è accaduto a proposito della sospensione necessaria *ex art.* 295 c. p. c. dovrebbe esserci di ammonimento...), non par dubbio che, prevedendola, lungi dall'incorrere in un'eresia, si dimostra soltanto di credere nel garantismo». In senso conforme v. anche A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, p. 330.

Dal punto di vista comparatistico, per il giurista interno lo studio dell'onere della prova nel *common law* inglese nelle due accezioni di *burden of persuasion* e di *burden of adducing evidence* è stimolo di riflessione e approfondimento per l'analisi dell'onere della prova così come disciplinato dall'art. 2697 c.c.

In our legal system, as in most Western legal systems, judges cannot make a non-liquet verdict. Consequently, the standard of judgment based on the burden of proof comes to the judge's aid when, following the preparatory stage of the proceedings, the merits of the case are still uncertain and not proven.

Examining the burden of proof in English common law, intended both as burden of persuasion and burden of adducing evidence, provides food for thought and leads to an in-depth analysis, from a comparative perspective, of the burden of proof as regulated by article 2697 of the Italian Civil Code.

RIVISITAZIONI IN TEMA DI MANAGERIALITÀ DEL GIUDICE CIVILE. PER UNA CONFIGURAZIONE TENTATIVE DEL FENOMENO ANCHE IN PROSPETTIVA ITALIANA

JACOPO INVERNIZZI
Dottorando di ricerca
nell'Università di Milano-Bicocca

SOMMARIO: 1. Obiettivi e limiti della presente indagine. L'intrinseca complessità della nozione di managerialità. – 2. *Segue*. Direzione e manipolazione del procedimento. – 3. *Segue*. La ricerca della conciliazione tra le parti. L'articolo 185 *bis* c.p.c. e le sue criticità. – 4. *Segue*. L'impiego dello strumento sanzionatorio. – 5. Riflessioni conclusive.

1. – L'intenzione – o, più propriamente, il tentativo – di proporre alcune considerazioni in tema di managerialità del giudice civile non può prescindere, in esordio, da una ricognizione e selezione dell'oggetto dell'indagine. Ciò in quanto, almeno a partire dai contributi dei primi anni ottanta, la nozione di managerialità del giudice ha assunto un significato assai ampio, essendo impiegata, pressoché indistintamente, con riferimento a mutamenti tanto di carattere storico-culturale, quanto di natura strettamente normativa¹. Anche per questo motivo, il termine di cui all'esame viene oggi utilizzato in modo alquanto generico ed incerto, alludendosi con esso, per lo più, ad una concezione del processo nella quale il giudice civile dispone di ampi e penetranti poteri intesi, in particolare, ad una più efficiente organizzazione e conduzione del processo. Una simile descrizione del fenomeno risulta, tuttavia, inadeguata a dare conto della sua intrinseca complessità². Considerando invero le sfumature di significato che

¹ RESNIK, *Managerial Judges*, in 96 *Harv. L. Rev.*, 1982, 376 ss.

² Tentativi di definizione della nozione di *case management* sono stati proposti, tra gli altri, da ELLIOTT, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in 53 *Chicago L. Rev.*, 1986, 306 ss.; BARRINGTON, *Managerial Judging and Substantive Law*, in 90 *Wash. U. L. Rev.*, 2013, 1027; SPERA, *Tecniche di case management del processo civile*, Roma, 2013, 39 ss. In molti casi, tuttavia, la scelta più opportuna è parsa quella di proporre un'elencazione dei vari poteri di *case management*, evitando di formulare una compiuta definizione del fenomeno. Così, tra gli altri, WOOLF, *Access to Justice: Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London, 1996; *Manual for Complex Litigation*, Federal Judicial Center 2004, IV ed., 12 ss.; Raccomandazione R (84) 5 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 28 febbraio 1984, in materia di *Principles of Civil Procedure Designed to Improve the Functioning of Justice*; SCHWARZER, HIRSCH, *The Elements of Case Management: A Pocket Guide for Judges*, Federal Judicial Center, 2006, 1; ANDREWS, *Controversie civili e*

la nozione di managerialità del giudice può assumere a seconda del contesto in cui viene impiegata, è condivisibile il paragone, avanzato da alcuni autori, con l'immagine del camaleonte³; e ciò senza contare che la diffusione di questo termine in vari ordinamenti ha contribuito a integrarne e modificarne il significato, con il risultato di renderlo ancora più complesso e incerto⁴.

A fronte di una simile premessa, qualsiasi tentativo di riconduzione a unità della nozione di “*judicial case management*” appare velleitario. L'alto grado di complessità del termine suggerisce, semmai, di adottare un approccio differente, che favorisca l'emersione di una parte delle prerogative di tale fenomeno a svantaggio di una sua considerazione unitaria⁵. In questo senso, si ritiene pertanto che la scelta più opportuna sia quella di procedere all'individuazione delle principali attività che contraddistinguono l'azione manageriale del giudice civile, evitando, in questa sede, di considerare i

complessità - *L'esperienza inglese*, in DONDI, *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011, 70 ss.

³ In questi termini si esprime TIGAR, *Pretrial Case Management under the Amended Rules: Too Many Words for a Good Idea*, in 14 *Rev. of Litigation*, 1994, 152 il quale afferma: «Case management is a chameleon-like concept». Similmente, SCHWARZER, HIRSCH, *op. cit.*, 1: «Case management means different things to different people».

⁴ Con riferimento agli autori che sembrerebbero segnalare la presenza di poteri di *case management* in capo al giudice italiano, TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 75 ss.; FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011; DE CRISTOFARO, *Case management e riforma del processo civile tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, 303 ss.; ANSANELLI, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza. Il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 339 ss.; BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 195; TEDOLDI, *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis (art. 183 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2015, 497; LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018. Con riferimento ad ordinamenti “altri” rispetto al sistema nordamericano si rinvia ai contributi di FICCARELLI, *op. cit.*, 45 ss., 91 ss.; LUPOI, *op. cit.*, 16 ss.; ZUCKERMAN, *Court Control and Party Compliance - The Quest for Effective Litigation Management*, in TROCKER, VARANO, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, 144 ss.; ESPSTEIN, *The Quiet Revolution in Australia - The Changing Role of the Judge in Civil Proceedings*, *ibidem*, 192 ss.; MCMANUS, *Case Management in the Family Court of Australia*, in *C.J.Q.*, 1990, 280 ss.; DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 288 ss.; GOLDSTEIN, *Giudice manager e giudici conciliatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 985 ss.; ZUCKERMAN, *Court Case Management in England under the Civil Procedure Rules 1998*, in GOTTWALD (editor), *Litigation in England and Germany*, Bielefeld, 2010, 1 ss.; MAKRIDOU, *Greek Case Management in Light of Other European Civil Justice Systems*, in 7 *J. Comp. L.*, 2012, 227 ss.; SAENGER, *Case Management in Germany*, *ibidem*, 15 ss.; STEWART, BOUCHÉ, *Civil Court Case Management in England and Wales and Belgium: Philosophy and Efficiency*, in 28 *C.J.Q.*, 2009, 206 ss. Riguardo la diffusione del modello di *case management* in molteplici ordinamenti ERASMUS, *Civil Procedural Reform. Modern Trends*, in *Stell. L. R.*, 1999, 11 ss.

⁵ L'esigenza di scomposizione della nozione di *case management* in ragione della sua intrinseca complessità pare avvertita anche da ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il calendario del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1403 ss.

profili culturali che hanno determinato l'emersione e l'affermazione del fenomeno del "case management"⁶.

La presente indagine verrà dunque dedicata a quel novero di attività genericamente riconducibili alla funzione di gestione e direzione del procedimento e, proprio in tale prospettiva, i poteri manageriali del giudice civile sembrano potersi suddividere a seconda che l'obiettivo dagli stessi perseguito sia quello di una preventiva organizzazione e scansione temporale delle varie udienze, ovvero quello di un più complesso adeguamento del percorso processuale alle specificità della singola controversia. Pur qualificandosi entrambi – almeno astrattamente – come poteri di "direzione del processo", il loro impiego – come si avrà modo di osservare – produce risultati differenti.

Nel contempo, l'azione manageriale del giudice civile può essere diretta a favorire la conciliazione giudiziale tra le parti. Quest'attività si differenzia da quelle precedenti in quanto, a voler tacere dei molti aspetti, il risultato ultimo che persegue non è la migliore organizzazione e scansione temporale della causa, bensì la sua conclusione anticipata. Il coinvolgimento del giudice civile è dunque, in questo caso, del tutto peculiare e si caratterizza, tra l'altro, per una precoce valutazione dell'oggetto del processo, considerato alla luce anche degli interessi delle parti. Di talché, ove s'intenda ricondurre tale attività entro la generica nozione di "potere manageriale", sarà necessario riconoscerle un certo grado di autonomia.

Infine, l'impiego dello strumento sanzionatorio pare assumere connotati manageriali soprattutto là ove utilizzato al fine di condizionare la condotta processuale delle parti. La disponibilità di penetranti poteri sanzionatori garantisce, infatti, al giudice una maggiore autorità sul procedimento, che si esprime in modi differenti a seconda del contesto e della funzione con cui vengono impiegati. Con ogni evidenza, ove si voglia annoverare un simile potere tra quelli latamente "manageriali", sarà necessario, anche in questo caso, ribadirne l'assoluta peculiarità rispetto a quelli precedentemente menzionati.

Tanto premesso a livello generale e introduttivo, pare opportuno anticipare sin d'ora che i referenti principali dell'indagine saranno, da un lato, il sistema delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi – paradigma ideale, ancorché non esclusivo, del modello *managerial* – e, dall'altro lato, il processo civile italiano. In modo particolare, relativamente al nostro

⁶ Circa l'incidenza del dato culturale sulla disciplina del processo, tra gli altri, TARUFFO, *op. cit.*, 63 ss.; CHASE, *American 'Exceptionalism' and Comparative Procedure*, in 50 *Am. J. Comp. L.*, 2002, 277 ss.; ID., *Legal Processes and National Culture*, in 5 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.*, 1997, 1 ss.; LICHT, GOLDSCHIMIDT, SCHWARTZ, *Culture, Law, and Corporate Governance*, in 25 *Int. Rev. of Law and Eco.*, 2005, 229 ss.

ordinamento, si tenterà di valutare, in primo luogo, se, all'interno del codice di rito, siano presenti disposizioni attributive di poteri *lato sensu* manageriali e, in secondo luogo, se le stesse possano essere considerate estrinsecazione di una proposta culturale o siano invece, più semplicemente, isolati interventi del legislatore⁷. Questi, in sintesi, gli obiettivi che, senza pretesa di completezza e limiti dell'autore a parte, si intendono perseguire in questo contributo.

2. – Il preteso inquadramento della funzione direttiva del processo nell'ambito del fenomeno manageriale impone una minima considerazione introduttiva rispetto all'ordinamento statunitense. Nell'immaginario collettivo, l'attribuzione al giudice del potere di gestione e organizzazione della controversia è conseguenza immediata e diretta delle riforme degli anni '80. Per quanto una simile affermazione possa apparire in gran parte rispondente al vero, occorre altresì considerare che, seppur in maniera limitata, la codificazione del '38 già attribuiva al giudice civile alcuni poteri direttivi e organizzativi della fase di *pre trial*⁸. In particolare, la versione originale della *Federal Rule 16* concedeva al giudice civile selezionati margini di autonomia, comprensivi – per quanto qui maggiormente rileva – della possibilità di celebrare incontri funzionali all'organizzazione della causa⁹.

Sebbene nei primi decenni successivi l'emanazione delle *Rules* il coinvolgimento del giudice nella gestione del processo sia stato statisticamente occasionale, il conferimento di simili poteri già a partire dalla prima codificazione federale sembrerebbe giustificare una critica a quella *communis opinio* secondo cui l'esperienza statunitense andrebbe ripartita tra periodi idealmente dominati da un'assoluta passività del giudice e periodi caratterizzati invece da una sua prevalente managerialità. Pur dovendosi riconoscere alle riforme degli anni '80 un ruolo evidentemente centrale

⁷ Sulla preoccupante assenza di indicatori culturali nelle recenti riforme e proposte di riforma elaborate dal legislatore italiano DONDI, *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, in *Pol. dir.*, 2004, 251 ss.; DONDI, ANSANELLI, *Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1437 ss.; PASSANANTE, *Brevi osservazioni critiche sul d.d.l. delega per l'efficienza del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 820.

⁸ R. MARCUS, *Reining in the American Litigator: The New Role of American Judges*, in 27 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 2003-2004, 16; VORRASI, *England's Reform to Alleviate the Problems of Civil Process: A Comparison of Judicial Case Management in England and the United States*, in 30 *Journal of Legislation*, 2004, 363; BURBANK, *The Costs of Complexity*, in 85 *Mich. L. Rev.*, 1987, 1476 ss.; SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in 135 *U. Pa. L. Rev.*, 1987, 923 ss.; RESNIK, *op. cit.*, 378 ss.

⁹ SHAPIRO, *Federal Rule 16: A Look at the Theory and Practice of Rulemaking*, in 137 *U. Pa. L. Rev.*, 1989, 1969 ss.; SUNDERLAND, *The Theory and Practice of Pre-Trial Procedure*, in 36 *Mich. L. Rev.*, 1937, 225 ss.; CLARK, *Objectives of Pre-Trial Procedure*, in 17 *Ohio St. L. J.*, 1956, 163 ss.

nell'evoluzione del processo civile nordamericano, la scelta preferibile pare comunque quella di considerare l'intera esperienza federale in una prospettiva di una maggiore o minore managerialità del giudice, comunque sempre presente alla luce proprio dei poteri sin da subito attribuiti al giudice civile dalla legislazione federale.

Tanto sinteticamente osservato dal punto di vista storico, occorre precisare che, nel momento presente, la legislazione federale statunitense attribuisce al giudice civile diffusi poteri di direzione e organizzazione del procedimento, che si possono rinvenire, in particolar modo, nella *Rule 16* delle *Federal Rules of Civil Procedure*. Tra questi poteri, primario rilievo sembra doversi riconoscere al disposto della *subdivision (A)*, in forza del quale il giudice civile può convocare innanzi a sé le parti al fine - tra l'altro - di assumere un controllo immediato e costante delle dinamiche del processo. Una migliore organizzazione della causa pare, del resto, promanare direttamente anche dall'ulteriore possibilità, concessa al giudice civile dalla *subdivision (B)(3)(b)(VI)* della stessa *Rule 16*, di scandire sin da subito i tempi del procedimento, in modo tale da predeterminare con ragionevole certezza la durata complessiva del processo.

Al netto dei poteri qui minimamente richiamati e di quelli, ulteriori, disciplinati dal codice di rito - cui si ritiene di dover fare rinvio unitamente alla dottrina in materia - nella sede attuale occorre rilevare che l'ordinamento statunitense non consente al giudice civile di adeguare il percorso processuale in ragione della maggiore o minore complessità della controversia. Ciò sebbene, soprattutto negli ultimi anni, autorevoli esponenti della dottrina nordamericana abbiano sostenuto l'opportunità di trasporre nel processo federale un sistema simile a quello inglese, incentrato, come noto, sul modello dei *tracks*¹⁰. Tra le motivazioni a sostegno di tale proposta si porrebbe la crescente inadeguatezza della *Rule 2* - in base alla quale, nel procedimento federale, esisterebbe una sola "form of action" - a garantire il perseguimento dell'obiettivo di cui alla *Rule 1*, secondo cui l'applicazione delle *Federal Rules of Civil Procedure* dovrebbe condurre a una "just, speedy, and inexpensive determination of every action"¹¹.

¹⁰ In questi termini, MILLER, *From Conley to Twombly to Iqbal: A Double Play on the Federal Rules of Civil Procedure*, in 60 *Duke L. J.*, 2010, 118 ss.; ID., *Simplified Pleading, Meaningful Days in Court, and Trials on the Merits: Reflections on the Deformation of Federal Procedure*, in 88 *N.Y.U. L. Rev.* 2013, 370 ss.; GENSLE, *Judicial Case Management: Caught in the Crossfire*, in 60 *Duke L. J.*, 2010, 707 ss.; SUBRIN, *The Limitation of Transsubstantive Procedure: An Essay on Adjusting the One Size Fits All Assumption*, in 87 *Denv. U. L. Rev.*, 2010, 398 ss.; COOPER, *Simplified Rules of Federal Procedure?*, in 100 *Mich. L. Rev.*, 2002, 1798 ss.; GENSLE, ROSENTHAL, *Four Years Afetr Duke: Where Do We Stand on Calibrating the Pretrial Process?*, in 18 *Lew. & Clark L. Rev.*, 2014, 654 ss.

¹¹ MILLER, *From Conley to Twombly to Iqbal*, cit., pp. 119 ss.

Con riguardo al panorama italiano, particolare rilievo sembra doversi riconoscere al procedimento sommario di cognizione, disciplinato ora dagli articoli 702-*bis* e seguenti c.p.c.¹² Come più volte rilevato da autorevole dottrina, una gestione maggiormente elastica del procedimento, in ragione del differente grado di complessità della controversia, rappresenta da tempo un'esigenza del nostro ordinamento¹³. A tale mancanza, il legislatore nazionale intenderebbe fare fronte, perlomeno nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, attraverso l'introduzione di un procedimento sommario di cognizione diretto a favorire una più rapida risoluzione di quelle controversie caratterizzate da minore complessità¹⁴.

La soluzione codificata dal legislatore nazionale non pare, in verità, discostarsi eccessivamente da soluzioni già adottate in altri ordinamenti, nel solco cioè di una risposta alla "sfida della complessità" che sembrerebbe favorire una diversificazione dei percorsi processuali¹⁵. Al netto delle peculiarità di ciascun ordinamento, la tendenza prevalente sembrerebbe, dunque, quella di una tendenziale destrutturazione del processo o, più propriamente, di un graduale abbandono delle forme comunque tipiche e preordinate del processo ordinario¹⁶.

¹² Come noto, invero, il procedimento sommario di cognizione non rappresenta una novità nel panorama processuale italiano. Recentemente in tema, ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano 1815-1942*, Torino, 2017, 95 ss., 126 ss.

¹³ Rispetto all'ampia letteratura in tema si segnalano, a mero titolo di esempio, i contributi di DENTI, *Il processo di cognizione nella storia delle riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 812 ss.; L.P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, I, Milano, 1979, 485 ss.; PROTO PISANI, *Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario*, in *Foro it.*, 2006, V, 85 ss.; CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2016, 1442 ss.

¹⁴ Sul tema si possono prendere in considerazione i contributi di LUPOL, *Tra flessibilità e semplificazione*, cit., 135 ss.; MENCHINI, *Il rito semplificato a cognizione sommaria per le controversie semplici introdotto con la riforma del 2009*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 1101 ss.; CAPONI, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis s.s. c.p.c.)*, ibidem, 1115 ss.; ID., *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2016, 1455 ss.; LOMBARDI, *Il procedimento sommario di cognizione generale*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 473 ss.; FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, 92 ss.; BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, 324 ss.; LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2009, 1568 ss.; RENZI, *Le decisioni di cui all'articolo 702 ter c.p.c. nel procedimento sommario di cognizione*, in BOVE, *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, 337 ss.

¹⁵ PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione. Orientamenti, applicazioni e protocolli dei fori italiani*, Milano, 2011, 2 ss., 299 ss.; ANSANELLI, *Profili comparati della trattazione civile*, in *Pol. dir.*, 2012, 296 ss.; ID., *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza*, cit., 343; PASSANANTE, *op. cit.*, 819; DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 297 ss.; OBERTO, *I procedimenti semplificati ed accelerate nell'esperienza tedesca ed in quella inglese*, in *Corriere giur.*, 2002, 1519 ss.; SPERA, *op. cit.*, 239 ss.

¹⁶ In questa prospettiva, prendendo spunto dall'esperienza inglese, non pare dubitabile che l'adozione di un sistema di *tracking* della causa abbia determinato uno spostamento del baricentro del processo dalla fase di trattazione della causa a quella

L'introduzione del rito sommario di cognizione ripropone, tuttavia, il *refrain* tipico di una legislazione "minimale" e "di settore" che, in mancanza di una delineata impostazione ideologica e di principio, si palesa come inevitabilmente instabile e condizionata da fattori esterni alla volontà del legislatore¹⁷. Parte delle incertezze sembrano provenire, in particolare, dalla mancanza di una seria opera di coordinamento tra la disciplina del procedimento sommario di cognizione e le disposizioni del codice vigente; opera che, peraltro, lo stesso articolo 54, comma 2°, della legge delega 69/2009 – a norma del quale «la riforma realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti» – aveva appunto qualificato come «necessaria». Sebbene il quarto comma di tale ultima disposizione attribuisca una determinata funzione al nuovo rito, la mancanza di reali indicazioni a sostegno della sua introduzione lascia spazio a diffuse e condivisibili incertezze¹⁸.

introduttiva o *lato sensu* preliminare. La scelta relativa al percorso da adottare sarebbe in grado di produrre conseguenze apprezzabili lungo tutto il corso della causa, con ripercussioni evidenti soprattutto in relazione alla durata della causa e alla prevedibilità delle sue forme. In un simile contesto, l'azione del giudice acquisisce connotati fortemente *manageriali*, riferibili in particolare all'esigenza di individuare l'*iter* processuale più adeguato alla singola controversia. In relazione a questo tema si vedano, tra gli altri, PASSANANTE, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1372 ss.; WOOLF, *Access to Justice: Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, London, 1995; CRIFÒ, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 517 ss.; VARANO, *Verso un nuovo ruolo del giudice in Inghilterra*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 763 ss.; ANSANELLI, *Profili comparati della trattazione civile*, cit., 315 ss.; JOLOWICZ, *The Woolf Report and the Adversary System*, in *C.J.Q.*, 1996, 199 ss.; ID., *Il nuovo ruolo del giudice del pre-trial nel processo civile inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1263 ss.; ANDREWS, *A New Civil Procedural Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"*, in *C.J.Q.*, 2000, 19 ss.; TORQUATO, D'AGOSTINI, *Spunti di raffronto comparato sulla recente riforma del processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 258 ss.

¹⁷ DONDI, *Menciones minimas sobre las recientes reformas italianas del proceso civil*, in *Justicia*, 2016, I, 33 ss.; ID., *Impostazione ideologica e funzionalità nella riforma italiana recente del processo civile*, cit., 252 ss.; DONDI, ANSANELLI, *Qualche (ulteriore) rilievo*, cit., 1437 ss.; CARPI, *Linee di tendenza delle recenti riforme processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 849 ss.; TORQUATO, D'AGOSTINI, op. cit., 251 ss.; BIAVATI, op. cit., 185.

¹⁸ Tra i contributi maggiormente critici si possono richiamare SCARSELLI, *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162)*. VII. *Il nuovo art. 183 bis c.p.c.*, in *Foro it.*, 2015, V, 54 ss.; TEDOLDI, op. cit., 490 ss. Parziali critiche sono mosse altresì da CAPONI, *Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, 337. Per una più approfondita analisi della nuova disciplina si rinvia, tra gli altri, a DELLA VEDOVA, *Il giusto processo sommario*, Padova, 2013; TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2013; ID., *Procedimento sommario di cognizione*, in CHIARONI, *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 2016; PORRECA, op. cit.; ID., *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 823 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, III, Torino, 2012, 191 ss.; CARRATTA, *Procedimento sommario di cognizione*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma, 2012; DITTRICH, *Il*

In particolare, si ritiene che il potere di modificare il rito processuale in ragione della maggiore o minore complessità della controversia avrebbe potuto – e, forse, dovuto – trovare un più esplicito riferimento nell’ambito dell’articolo 175 c.p.c. che, come noto, riconosce e attribuisce al giudice il compito di dirigere il procedimento.

Parte della dottrina ha tentato invero di ricavare dall’attuale testo normativo un potere-dovere più ampio di quello meramente ordinatorio, comprensivo della possibilità di dare al processo un «giusto ritmo» sulla base delle «peculiarità e caratteristiche della singola causa»¹⁹.

Anche se tale interpretazione può essere giustificata alla luce della particolare ampiezza e genericità della previsione in parola, gli specifici poteri individuati dagli articoli 183 *bis* e 702 *ter* c.p.c. non paiono espressione di un principio ricavabile dall’articolo 175 c.p.c. Ciò, tra l’altro, perché nell’ipotesi in cui il giudice, ai sensi dell’articolo 702 *ter*, comma 3, c.p.c., dispone il passaggio dal rito sommario a quello ordinario di cognizione, la previsione secondo cui dovrebbe favorire il «più sollecito svolgimento del procedimento» appare difficilmente sostenibile. In tal caso, infatti, la conversione del rito sommario in ordinario di cognizione non produce un «più sollecito svolgimento del processo» ma, anzi, conduce ad risultato opposto, ossia un allungamento dei tempi processuali.

Più in generale, il termine “*sollecito*” pare impiegato dalla disposizione con esclusivo riferimento alla durata di un processo le cui forme sono – almeno tendenzialmente – predefinite dalla legge e nel quale i poteri del giudice sono quelli, e solo quelli, previsti dal codice di rito²⁰. Difficilmente si può, pertanto, sostenere che l’ampia discrezionalità concessa al giudice dall’articolo 702 *ter*, comma 5, c.p.c. sia riconducibile al principio di sollecito svolgimento del processo, enunciato dal primo comma dell’articolo 175 c.p.c.

Alla luce di una simile premessa, si ritiene che, prim’ancora di essere declinati negli articoli 183 *bis* e 702 *ter* c.p.c., i poteri ivi attribuiti avrebbero potuto – e, forse, dovuto – trovare espressa previsione nell’ambito dell’articolo 175 c.p.c. Sotto questo aspetto, si consideri invero che il disposto dell’articolo 175, comma 2, c.p.c. configura solo una delle possibili varianti

nuovo procedimento sommario di cognizione, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2009, 1582 ss.; BIAVATI, *op. cit.*, 185 ss.

¹⁹ Tra virgolette sono riportati alcuni passaggi dall’opera di CONSOLO, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, V ed., 2013, 2171. Simili considerazioni si ritrovano peraltro nelle opere di CONSOLO, LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, I, Milano, 2007, 1628 ss.; SATTA, PUNZI, *Diritto Processuale Civile*, Padova, 2000, 295. Più restrittiva l’interpretazione di altra parte della dottrina tra cui, in particolare, LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, 29. In tema si vedano anche le riflessioni di PAJARDI, *Procedura civile, Istituzioni e lineamenti generali*, Milano, 1989, 151 ss.; VERDE, *Diritto processuale civile*, II, Bologna, 2010, 41 ss.

²⁰ MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Milano, XVI ed., 2019, 68.

della funzione di «direzione della causa». La fissazione delle varie udienze e l'individuazione dei termini entro cui le parti devono compiere gli atti processuali appaiono, infatti, attività per certo indispensabili al fine di un corretto svolgimento del processo, ma espressive di una concezione prevalentemente statica e formale della nozione di «direzione del procedimento»²¹. La possibilità di convertire il rito processuale in ragione della maggiore o minore complessità della lite e dell'istruzione probatoria può qualificarsi, pertanto, come forma ulteriore di «direzione del processo», differente rispetto a quella individuata dal secondo comma dell'articolo 175 c.p.c. e, come tale, degna di autonomo riconoscimento.

Ulteriore avvallo alla tesi qui avanzata sembra potersi ricavare dal rapporto esistente tra l'articolo 175, comma 2, c.p.c. - secondo cui il giudice istruttore «fissa le udienze successive e i termini entro i quali le parti debbono compiere gli atti processuali» - e gli articoli 81 e 81 *bis* disp. att. c.p.c., che rispettivamente disciplinano la «fissazione delle udienze d'istruzione» e il «calendario del processo». In tal caso, si può agevolmente sostenere che tra le disposizioni menzionate vi sia una relazione in forza della quale il principio enunciato dall'articolo 175, comma 2, c.p.c. trova concretizzazione negli articoli 81 e 81 *bis* disp. att. c.p.c., che, lungi dal limitarsi a ribadirne il contenuto, ne attuano la previsione. Con il che, tanto la disciplina dell'articolo 81 quanto quella dell'articolo 81 *bis* disp. att. c.p.c. possono essere considerate sia nella loro specifica previsione, sia, allo stesso tempo, nella più ampia prospettiva di un'estrinsecazione del potere-dovere attribuito al giudice istruttore dall'articolo 175 c.p.c.²².

Tale relazione tra norma di principio e norma di attuazione non si pone invece, allo stato, con riguardo alle disposizioni di cui agli articoli 183 *bis* e 702 *ter* c.p.c., le quali, per i motivi poc'anzi richiamati, non possono essere oggi lette alla luce del disposto dell'articolo 175 c.p.c. Di conseguenza, pare legittimo sostenere che, se il legislatore ha inteso concedere al giudice istruttore la possibilità di modificare la struttura stessa del procedimento in ragione della maggiore o minore complessità dell'istruzione, un simile potere avrebbe potuto trovare esplicito riconoscimento, prim'ancora che nelle norme richiamate, tra i principi regolatori del nostro ordinamento processuale.

²¹ La miglior dottrina distingue, invero, già da molto tempo tra poteri di direzione formale e poteri di direzione sostanziale della causa. Sul punto si veda, recentemente, MURONI, *Art. 175 c.p.c.*, in L.P. COMOGGIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Milano, 2012, 218 e i relativi riferimenti in nota.

²² Corte Cost., 18 luglio 2013, n. 216, in *Giur. It.*, 2013, p. 2587; LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione*, cit., p. 76.

3. – Nel proporre alcune ulteriori considerazioni riguardo la nozione di managerialità del giudice, si deve altresì tener presente che, perlomeno a partire dall'inizio degli anni '80 dello scorso secolo, il legislatore federale nordamericano ha incentivato un utilizzo diffuso di strumenti atti a garantire una risoluzione anticipata e possibilmente consensuale delle liti²³. Alla base di questo fenomeno, ampiamente analizzato e talvolta duramente criticato dalla dottrina statunitense, si pone il giudice civile, la cui azione manageriale è in grado di favorire una conclusione anticipata del processo²⁴.

La distanza dall'ideale carattere *adversarial* induce a ritenere che una simile trasformazione non abbia rappresentato una mera soluzione pratica al problema, pur pressante, della congestione delle corti, ma abbia intercettato una più ampia esigenza della società nordamericana²⁵. Conforto rispetto a

²³ Riguardo l'evoluzione culturale oltreché storica dell'istituto del *settlement* nel processo civile nordamericano si consideri il recente contributo di P. COMOGLIO, *La federal rule 16 statunitense e la disciplina italiana della conciliazione giudiziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2013, 1105 ss. Con specifico riferimento alla crescente attenzione rivolta dalla dottrina statunitense di quegli anni allo strumento del *settlement*, FISS, *Against Settlement*, in 93 *Yale L. J.*, 1984, 1073 ss.; RAMSEY, *The Role of the Judge in Civil Settlements*, in 1973 *Law & Soc. Order*, 1973, 109 ss.; BRAZIL, *Settling Civil Suits: Litigators' Vies About Appropriate Roles and Effective Techniques for Federal Judges*, Chicago, 1986; WILL, MERHIGE, RUBIN, *The Role of the Judge in the Settlement Process*, in 75 *F.R.D.*, 1977, 203 ss.; OESTERLE, *Dangers of Judge-Imposed Settlement*, in 9 *Litigation*, 1982, 29 ss.; ID., *Trial Judges in Settlement Discussions: Mediators or Hagglers?*, in 9 *Cornell L. F.*, 1982, 7 ss.; LAMBROS, *The Judge's Role in Fostering Voluntary Settlements*, in 29 *Vill. L. Rev.*, 1983, 1363 ss.; WALL, RUDE, SCHILLER, *Judicial Participation in Settlement*, in 1984 *J. Disp. Resol.*, 1984, 1 ss.; NOTE, *Judicial Authority in the Settlement of Federal Civil Cases*, in 42 *Wash. & Lee L. Rev.*, 1985, 171 ss.; SCHUCK, *The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example*, in 53 *U. Chi. L. Rev.*, 1986, 337 ss.; MENKEL, MEADOW, *For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference*, in 33 *UCLA L. Rev.*, 1985, 485 ss.; GALANTER, "A Settlement Judge, Not a Trial Judge": *Judicial Mediation in the United States*, in 12 *J.L. & Soc'y*, 1985, 1 ss.; ID., *The Emergence of the Judge as a Mediator in Civil Cases*, in 69 *Judicature*, 1986, 257 ss.; TORNQUIST, *The Active Judge in Pretrial Settlement: Inherent Authority Gone Awry*, in 25 *Will. L. Rev.*, 1989, 743 ss.; RUDE, WALL, *Judicial Involvement in Settlement: How Judges and Lawyers View It*, in 79 *Judicature*, 1988, 175 ss.; RAMMELT, "Inherent Power" and Rule 16, *How Far Can a Federal Court Push the Litigant Toward Settlement?*, in 65 *Ind. L. J.*, 1990, 987 ss.

²⁴ Questo tema, spesso considerato dalla dottrina statunitense degli ultimi venticinque anni, è approfondito, tra gli altri, da RESNIK, *op. cit.*, 374 ss.; TORNQUIST, *op. cit.*, 743 ss.; GALANTER, CAHILL, *Most Cases Settle: Judicial Promotion and Regulation of Settlements*, in 46 *Stanford L. Rev.*, 1994, 1339 ss.; FLOYD, *Can the Judge Do That?—The Need for a Clearer Judicial Role in Settlement*, in 26 *Ariz. St. L. J.*, 1994, 45 ss.; LUBAN, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, in 83 *Geo. L.J.*, 1995, 2619 ss.; LANGBEIN, *The Disappearance of Civil Trial in the United States*, in 122 *Yale L. J.*, 2012, 559 ss. Interessanti, in una prospettiva di riforma, le più recenti riflessioni di GLOVER, *The Federal Rules of Civil Settlement*, in 87 *N.Y.U. L. Rev.*, 2012, 1750 ss. e quelle formulate da MOLOT, *An Old Judicial Role for a New Litigation Era*, in 113 *Yale L. Rev.*, 2003, 90 ss.

²⁵ In questa prospettiva sembrano potersi considerare i contributi di COOKE, *The Highways and Byways of Dispute Resolution*, in 55 *St. John's L. Rev.*, 1981, 611 ss.; BREGER, *The Justice Conundrum*, in 28 *Vill. L. Rev.*, 1983, 923 ss.; GREENBURG, *The*

questa tesi sembra provenire, a distanza ormai di molti anni, dal mancato rigetto e, anzi, dalla definitiva – e tendenzialmente condivisa – accettazione di questa attività del giudice quale *proprium* del sistema federale²⁶. Il dato per certi versi più interessante pare dunque rappresentato dalla capacità del legislatore nordamericano di cogliere i segnali di una realtà processuale in mutamento e di saperne adeguare, in maniera conseguente, i relativi dettati normativi²⁷.

Adeguamento, si diceva, che la riforma della *Rule 16*, attuata nell'ambito degli *Amendments* del 1983, ha consentito di razionalizzare attraverso l'attribuzione al giudice civile del potere di disporre la comparizione delle parti al fine, tra l'altro, di facilitarne la conciliazione²⁸. Un potere caratterizzato indubbiamente da ampi margini di discrezionalità che si possono apprezzare con riguardo tanto al numero di incontri ipoteticamente celebrabili – «*one or more*» – quanto alle ragioni che ne possono giustificare la convocazione delle parti – «*for such purposes as*» –. Allo stesso modo, pure nella ricerca dell'accordo, il giudice gode di una particolare autonomia di azione che consegue, in particolare, alla mancanza di specifiche indicazioni normative tali da predefinire le modalità ed i limiti entro cui il giudice civile può procedere²⁹.

Un simile margine di discrezionalità, esercitato nella maggior parte dei casi in maniera proporzionata e coerente, ha tuttavia dato adito a pratiche criticabili quali le «*judicial imposed settlement conferences*» o, addirittura, il «*judge-imposed settlement*» che, certificando la centralità del ruolo assunto dal giudice civile in un simile contesto, giustificano la richiesta di maggiori

Lawyer's Use of Quantitative Analysis in Settlement Negotiations, in 38 *Bus. L.*, 1983, 1557 ss.

²⁶ "Encouraging settlement is increasingly being recognized as an integral aspect of the work for many judges". Così ROBINSON, *An Empirical Study of Settlement Conference Nuts and Bolts: Settlement Judges Facilitating Communication, Compromise and Fear*, in 17 *Harv. Negot. L. Rev.*, 2012, 98.

²⁷ NOTE, *Committee on Rules of Practice and Procedure of The Judicial Conference of the United States*, in 90 *F.R.D.*, 1981, 471 ss.; OESTERLE, *Trial Judges in Settlement Discussions*, cit., 7 ss.; LAMBROS, *op. cit.*, 1363 ss. Sul punto, si considerino anche le recenti considerazioni di DEASON, *Beyond Managerial Judges: Appropriate Roles in Settlement*, in 78 *Ohio St. L. J.*, 2017, 77 ss. secondo cui «The authorization for this activity in Rule 16 of the Federal Rules of Civil Procedure has generally followed, rather than led, the developments in settlement practices. Overall, amendments to Rule 16 have recognized the expanding reality of judicial pretrial practices, endorsing and making more explicit the district courts' pretrial management powers. This has been especially true of the amendments concerning settlement, which have pragmatically codified judicial trends and court innovations».

²⁸ Recentemente sul tema, nel panorama italiano, P. COMOGLIO, *Questioni in tema di garanzie e accesso alla giustizia civile*, in DONDI, ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2015, 79 ss.

²⁹ Di recente, SCHUH, *Curbing Judicial Discretion in Pretrial Conferences*, in 20 *Lewis & Clark L. Rev.*, 2017, 658; DEASON, *op. cit.*, 78.

limiti a livello normativo e di più stringenti regole di condotta anche a livello etico-professionale³⁰. Soprattutto sotto questo secondo profilo, pare corretto sostenere che una maggiore uniformità di condotta da parte dei giudici nella ricerca dell'accordo tra le parti potrebbe conseguire, oltretutto da una riforma del testo stesso della *Rule*, anche da una più dettagliata previsione nell'ambito del *Model Code of Judicial Conduct*³¹.

In una tale prospettiva, l'attività manageriale del giudice civile federale, lungi dal rimanere confinata alla gestione del processo, si è dunque, da tempo, spinta sino a lambire anche il merito della controversia, influenzando sulle determinazioni delle parti e sulla possibilità di pervenire ad un compromesso idoneo a concludere anticipatamente la lite. Tutto ciò a riprova di quanto si era anticipato in sede di introduzione alla presente indagine, ove, a giustificazione ed avvallo della scelta di suddividere ed isolare i principali poteri manageriali del giudice civile, si era appunto fatto leva sulla loro autonomia e singolarità.

Il confronto con l'esperienza italiana risulta, a prima vista, difficilmente sostenibile. Limitando il riferimento al procedimento ordinario di cognizione, il tentativo di conciliazione giudiziale è storicamente oggetto di riforme per lo più incapaci di realizzare nella pratica gli obiettivi – anche ambiziosi – del legislatore nazionale³². In questo senso, emblematica appare la riforma del '90, con cui veniva reso obbligatorio l'interrogatorio libero delle parti al fine di tentarne la conciliazione³³. Il fallimento di questa proposta, sancito dalla riforma del 2005, segnala – al netto di considerazioni

³⁰ Critici sul punto, oltre gli autori già menzionati *infra*, OESTERLE, *Dangers of Judge-Imposed Settlements*, in 9 *Litig.*, 1982, 27 ss.; FLOYD, *Can the Judge Do That? - The Need for a Clearer Judicial Role in Settlement*, in 26 *Ariz. St. L. Rev.*, 1994, 46 ss.; PETERSON, *Restoring Structural Checks on Judicial Power in the Era of Managerial Judging*, in 29 *U. C. Davis L. Rev.*, 1995, 75; PARNES, WALKER, *Enforcing Settlements in Federal Civil Actions*, in 36 *Ind. L. Rev.*, 2003, 33 ss.; PARNES, *Improving Judicial Settlement Conferences*, in 39 *U.C. Davis L. Rev.*, 2006, 1891 ss.

³¹ *Model Code of Judicial Conduct*, American Bar Association (adopted by).

³² Per una ricostruzione storica dell'istituto si vedano, SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008; CUOMO ULLOA, *La conciliazione: modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 210 ss.; LANCELOTTI, *Vicende e natura della conciliazione giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 845 ss.; BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, in *Digesto civ.*, III, Torino, 1988, 204 ss.; NEGRI, *Art. 185. Tentativo di conciliazione*, in L.P. COMOGGIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, Torino, 2012, 345 ss.

³³ Tra i molti contributi in tema, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 131 ss.; REALI, *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, Bari, 2009, 143 ss.; AULETTA, *L'interrogatorio delle parti e il tentativo di conciliazione nel nuovo modello di trattazione*, in *Documenti giustizia*, 1996, 610 ss.; RICCI, *Art. 183*, in CARPI, COLESANTI, TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 1994, 410 ss.; BALENA, *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, 170 ss.; TARUFFO, *Le riforme della giustizia civile: commento alla L. 353 del 1990 e alla L. 374 del 1991*, Torino, 1993, 256 ss.; ID., *Istruzione*, cit., 5; MASSA, *La conciliazione giudiziale nel processo civile riformato*, in *Quest. Giust.*, 1991, 730 ss.

tecniche circa il tenore degli enunciati normativi – una distanza profonda tra l’attività del legislatore e la prassi delle corti; distanza rimarcata, oltretutto dalle molte critiche della dottrina, da una generale disapplicazione della norma³⁴.

Tanto accennato sotto il profilo storico-comparatistico, si può procedere ad una concisa valutazione del disposto dell’articolo 185 *bis* c.p.c., attraverso cui è stata di recente attribuita al giudice civile la possibilità di formulare alle parti un’autonoma proposta conciliativa. Un simile coinvolgimento del giudice civile nel merito della controversia suscita, invero, alcune perplessità in quanto possibilmente in conflitto con principi del nostro ordinamento quali, ad esempio, il divieto di anticipazione del giudizio.

Sotto questo profilo, il pericolo maggiore sembra rappresentato dalla circostanza in cui la proposta conciliativa sia formulata ad istruttoria già iniziata. Al progredire della causa, l’esercizio di questa facoltà appare infatti sempre meno opportuno in ragione tanto del ridotto risparmio di tempo che ne deriverebbe quanto del forte condizionamento sulla scelta di adesione delle parti³⁵. In questa prospettiva, il condivisibile intento di addivenire ad una più celere definizione della lite necessita pertanto di essere sapientemente bilanciato con l’esigenza di non pregiudicare l’autonomia delle parti nell’accettazione della proposta.

D’altro canto, paiono fondate le riserve di quella parte di dottrina che valuta criticamente l’opportunità di cumulare nella figura del giudice civile ruoli, attività e funzioni tra loro idealmente e praticamente differenti. Per quanto condivisibile sia l’intento di favorire la conciliazione tra le parti, la possibilità concessa al giudice di formulare un’autonoma proposta conciliativa, peraltro non motivata né in fatto né in diritto, appare

³⁴ In questa prospettiva, tra i vari contributi critici, si possono menzionare MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2002, 383 ss.; TARZIA, *Il progetto Vassalli per il processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ. civ.*, 1989, 126; ID., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, 82; CARPI, *È sempre tempo di riforme urgenti del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 480 ss. Favorevole, invece, PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 2006, 97 ss.; ID., *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla legge 80 del 2005*, in *Foro it.*, V, 2005, 90. Riguardo la riforma del 2005, REALI, *Art. 185 (Tentativo di conciliazione)*, in CIPRIANI, MONTELEONE, *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, 102 ss.; ID., *L’interrogatorio*, cit., pp. 151 e seguenti; CUOMO ULLOA, *op. cit.*, 219 ss.; BRIGUGLIO, CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007, I, 80 ss.; CAVALLINI, *Le nuove norme sul procedimento di cognizione di primo grado*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2005, 739; BALENA, BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 73 ss.

³⁵ Sul punto, in particolare, BONETTI, *Nuovi orizzonti applicativi dell’art. 96, comma 3°, c.p.c. dopo l’introduzione della conciliazione giudiziale ex art. 185-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1060 ss. e relative note; TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185 bis, precognizione e ricusazione del giudice*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2015, 987, 999 ss.; LUPOI, *Le novità processuali dell’estate 2013*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 332 ss.

pregiudizievole della percezione che le parti avranno riguardo la sua imparzialità al momento della decisione della controversia³⁶.

Alcune perplessità potrebbero peraltro emergere in relazione alla compatibilità di una simile disciplina con la cultura stessa del nostro ordinamento. Lo scenario richiamato non pare invero differire molto da quello venutosi a creare all'indomani della riforma del '90 ove, ad una relativa ostilità della dottrina, si anteponeva probabilmente un più ampio difetto di opportunità della riforma. In questa prospettiva, condivisibili appaiono, pertanto, le considerazioni di quella parte della dottrina che, seppur anteriormente alla riforma del 2013, riconosceva nella prevalente estraneità del giudice all'attività conciliativa un elemento caratteristico del nostro ordinamento³⁷.

Un ultimo profilo critico pare quello relativo al possibile ricorso, da parte del giudice civile, alla sanzione di cui all'articolo 91, comma 1, c.p.c.³⁸ In tema, si può invero sostenere che le esigenze di prevenzione e sanzione proprie di tale disciplina rimangano invariate anche nel caso in cui sia il giudice istruttore a formulare la proposta conciliativa, con la conseguenza che tale disposizione deve ritenersi applicabile anche in questo caso³⁹. È, tuttavia, altrettanto chiaro che, là ove la sanzione venga imposta dallo stesso giudice che ha formulato la proposta, la percezione della parte rispetto alla sua imparzialità potrebbe risultare compromessa⁴⁰. Il temperamento tra

³⁶ A tal proposito, BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 787, il quale riconosce che «Il difetto di fondo sta in ciò, che il possibile conciliatore di oggi è la stessa persona del giudicante di domani». Similmente BRUNELLI, *Art 185 bis*, in CARPI, TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, 826; TEDOLDI, *Iudex statutor*, cit., 988; MARANZANO, *La mancata conciliazione come comportamento temerario?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 338; FINOCCHIARO, *Rischio incertezza sulla conciliazione giudiziale*, in *Guida al dir.*, 2013, fasc. 28, 86; TEDOLDI, *Art. 51-56. Astensione ricusazione e responsabilità dei giudici*, in CHIARLONI, *Commentario del codice di procedura*, Bologna, 2015, 173 ss. La tesi contraria è sostenuta, tra gli altri, da BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. merito*, 2008, 578 ss.; SCARPA, *Il tentativo di conciliazione nella prospettiva del novellato art. 91 c.p.c.*, in *Corriere mer.*, 2010, 905 ss.; POTETTI, *Novità della L. n. 69/2009 in tema di spese di causa e responsabilità aggravata*, in *Giur. merito*, 2010, 938. Per un'analisi completa delle diverse posizioni assunte dalla dottrina, FERRARI, *Art. 185 bis*, in CONSOLO (diretto da), *Codice*, cit., 2305 ss.

³⁷ L.P. COMOGGIO, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2007, 611 ss.; P. COMOGGIO, *op. cit.*, 1114 ss.

³⁸ Si fa evidentemente riferimento alla parte della disposizione in forza della quale «Se (il giudice) accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92».

³⁹ Tale possibilità era del resto ammessa già prima dell'introduzione dell'articolo 185 bis c.p.c. come si ricava dalla lettura del testo di POTETTI, *op. cit.*, 939.

⁴⁰ Una simile preoccupazione pare animare le considerazioni di BRUNELLI, *op. cit.*, 826 e TEDOLDI, *Iudex statutor*, cit., 988.

tali, divergenti esigenze rischia, peraltro, di essere aggravato dall'incertezza del criterio posto dalla norma a fondamento del ricorso alla sanzione e, in particolare, dalla mancanza di effettivi parametri cui ricondurre una valutazione circa la mancanza di «giustificati motivi» a sostegno del rifiuto della parte⁴¹. In un contesto simile, caratterizzato da una percepibile incertezza e discrezionalità, la motivazione del provvedimento di condanna alle spese dovrà, dunque, necessariamente assumere un ruolo di prim'ordine, al fine tanto di diradare le incertezze circa la parzialità del giudice quanto di ricondurre la decisione di condanna a stringenti ed oggettive ragioni di ordine giuridico.

4. – Da ultimo, appare opportuno considerare brevemente la funzione che lo strumento sanzionatorio assume in quegli ordinamenti che si ispirano ad una concezione manageriale del giudice. Anche rispetto a questo vasto tema, il riferimento principale è rappresentato dall'ordinamento statunitense, ove, almeno a partire dalla fine degli anni '70, la *sanction* è impiegata soprattutto — anche se non esclusivamente — per arginare l'utilizzo abusivo del *discovery*⁴². È invero proprio in ragioni dei problemi emersi in questa fase del processo che si afferma l'esigenza di un ripensamento della funzione della sanzione processuale, intesa non più nella sua sola accezione compensativa - fino ad allora prevalente almeno nella prassi giudiziale - ma anche, e soprattutto, nella sua più ampia capacità deterrente⁴³.

⁴¹ MARANZANO, *op. cit.*, 336.

⁴² Riguardo l'impiego occasionale dello strumento della *sanction* nella gestione della fase del *discovery* prima della riforma del 1970, SPECK, *The Use of Discovery in United States District Courts*, in 60 *Jale L. J.*, 1951, 1132 ss.; NOTE, *Developments in the Law – Discovery*, in 74 *Harv. L. Rev.*, 1960, 940 ss.; ROSEMBERG, *Sanctions to Effectuate Pretrial Discovery*, in 58 *Colum. L. Rev.*, 1958, 480 ss. Circa le ragioni di un simile atteggiamento dei giudici rispetto all'impiego diffuso della *sanction* si veda, tra gli altri, WERNER, *Survey of Discovery Sanctions*, in 1979 *Ariz. St. L. J.*, 1979, 301 ss. Per uno studio approfondito dello strumento della *sanction* nel processo federale statunitense G. JOSEPH, *Sanctions, The Federal Law of Litigation Abuse*, Charlottesville, III Ed., 2000.

⁴³ NOTE, *The Emerging Deterrence Orientation in the Imposition of Discovery Sanctions*, in 91 *Harv. L. Rev.*, 1978, 1033 ss.; DRESCHER, *Discovery Sanctions under the Federal Rules of Civil Procedure: A Goal-Oriented Mission for Rule 37*, in 29 *Cas. W. Res. L. Rev.*, 1979, 603 ss.; BRAZIL, *Improving Judicial Controls over the Pretrial Development of Civil Action: Model Rules for Case Management and Sanction*, in 1981 *Am. B. Found. Res. J.*, 1981, 922 ss.; SOFAER, *Sanctioning Attorneys for Discovery Abuse Under the New Federal Rules: On the Limited Utility of Punishment*, in 57 *St. John's L. Rev.*, 1983, 680 ss.; POLLACK, *Sanctions Imposed by Courts on Attorneys Who Abuse the Judicial Process*, in 44 *U. Chi. L. Rev.*, 1977, 619 ss., spec. 640; RENFREW, *Discovery Sanctions: A Judicial Perspective*, in 67 *Cal. L. Rev.*, 1979, 264 ss., spec. 275; JOYCE, *Preventing Abuse of Discovery in Federal Courts*, in 30 *Cath. U. L. Rev.*, 1981, 298 ss.; FIELD, KAPLAN, CLERMONT, *Civil Procedure, Material for a Basic Course*, New York, 2010, 1259. Rispetto ai contributi della dottrina italiana si segnalano in particolare DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, 166 ss., 269 ss.; TARUFFO, voce

Fino alla seconda metà degli anni '70, l'apparato di *sanctions* previsto dalla Rule 37 è infatti utilizzato raramente dai giudici civili, che ritengono di dover garantire un esercizio quanto mai ampio dello strumento del *discovery*⁴⁴. Questo atteggiamento rappresenta per certi aspetti un dato anomalo nel panorama statunitense, se si considera che in altri ambiti del diritto la sanzione è da sempre utilizzata come strumento primariamente deterrente, oltretutto afflittivo, nei confronti di coloro che contravvengono alle previsioni della legge. A tal proposito si può menzionare l'esempio dei c.d. *punitive damages*, applicati dalla giuria già a partire quantomeno dalla seconda metà del XIX secolo allo scopo di punire e reprimere le condotte abusive comunemente riassunte nell'ampia nozione di *tort*⁴⁵. Una simile concezione della sanzione caratterizza peraltro, con alterna incidenza, molteplici ambiti del diritto statunitense, tra cui, in particolare, quello penale⁴⁶.

Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni, in *Dig. It. Disc. Priv.*, sez. civ., VI, Torino, 1990, 355 ss.; GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 256 ss.; FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, 146 ss.

⁴⁴ GLASER, *Pretrial Discovery and the Adversary System*, New York, 1968; HAZARD, *From Whom No Secrets Are Kept*, in 76 *Tex. L. Rev.*, 1998, 1682 ss.; ROSENBERG, *Sanctions Effectuate Pretrial Discovery*, in 58 *Colum. L. Rev.*, 1958, 480 ss.; NOTE, *Federal Discovery Rules: Effects of the 1970 Amendments*, in 8 *Colum. J.L. & Soc. Probs.*, 1972, 641 ss.

⁴⁵ Tra i primi contributi sul tema – che testimoniano un utilizzo diffuso di questo strumento già a partire dalla seconda metà del XIX secolo – si segnalano MERRIL, *On Vindictive Damages*, in 2 *Bench & B.*, 1871, 203 ss.; MURFREE, *Exemplary Damages, I*, in 12 *Cent. L.J.*, 1881, 529 ss.; SMITH, *Punitive Damages*, in 41 *Am. L. Reg.*, 1893, 517 ss. In generale, sulla funzione repressiva del *punitive damage*, COOTER, *Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?*, in 40 *Ala. L. Rev.*, 1989, 1143 ss.; GALANTER, LUBAN, *Poetic Justice: Punitive Damages and Legal Pluralism*, in 42 *Am. U. L. Rev.*, 1993, 1393 ss.; PETERSON, ZEKOLL, *Mass Torts*, in 42 *Am. J. Comp. L.*, 1994, 99 ss.; HYLTON, *Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties*, in 87 *Geo. L.J.*, 1998, 421 ss.; POLINSKY, SHAVELL, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, in 111 *Harv. L. Rev.*, 1998, 869 ss.; SUNSTEIN, HASTIE, PAYNE, SCHKADE, VISCUSI, *Punitive Damages, How Juries Decide*, Chicago, 2003, 75 ss.; KOZIOL, *Punitive damages – A European Perspective*, in 68 *La. L. Rev.*, 741 ss.; MARKEL, *Retributive Damages: A Theory of Punitive Damages as Intermediate Sanction*, in 94 *Cornell L. Rev.*, 2009, 239 ss.; BUSH, *The Overlooked Function of Punitive Damages*, in 44 *Rutgers L.J.*, 2014, 161 ss. Di grande interesse appaiono anche le considerazioni proposte dalla civilistica italiana in relazione all'ordinamento nordamericano. A tal proposito, PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 435 ss.; ID., *Punitive damages e due process clause: l'intervento della Corte Suprema USA*, in *Foro it.*, 1991, IV, 235 ss.; ID., *I danni punitivi sempre più controllati: la decisione Philip Morris della Corte Suprema americana*, in *Foro it.*, IV, 2008, 179 ss.

⁴⁶ THORSTEN SELLIN, *The Death Penalty*, Philadelphia, 1959; ANDENAES, *General Prevention – Illusion or Reality?*, in 43 *J. Crim. L., Criminology & Police Sci.*, 1952, 156 ss.; BALL, *The Deterrence Concept in Criminology and Law*, in 56 *J. Crim. L., Criminology & Police Sci.*, 1955, 347 ss.; ZIMRING, HAWKINS, *Deterrence: The Legal Threat in Crime Control*, Chicago, 1973; BLACK, ORSAGH, *New Evidence of the Efficiency of Sanctions as a Deterrent to Homicide*, in 58 *Soc. Sci. Q.*, 1978, 616 ss.; SHAVELL, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, in 85 *Colum. L. Rev.*, 1985, 1232 ss.; PATERNOSTER, *The Deterrent Effect of the Perceived Certainty and Severity of Punishment:*

A fronte di tale considerazione, appare allora opportuno richiamare - seppur *en passant* e per sommi capi - alcune delle possibili concause che, a partire dalla fine degli anni '70, hanno determinato una riconsiderazione della *sanction* processuale in prospettiva primariamente coercitiva. Dovendosi riconoscere un ruolo per certo rilevante agli *Amendments* del 1980 e 1983, occorre osservare che un'ideale "tensione deterrente" della *sanction* processuale già caratterizzava il testo originale della *Federal Rule 37*⁴⁷. Lo scarso impiego di questa disciplina, almeno nei primi decenni successivi all'emanazione delle *Federal Rules*, può essere dunque giustificato da fattori diversi rispetto a quello normativo, quali, in particolare, l'autonomia concessa alle parti nella gestione del *discovery* e l'atteggiamento assunto dai giudici in questa fase del processo⁴⁸.

Semplificando all'estremo una ricostruzione peraltro nota ai più, il diverso utilizzo dell'apparato sanzionatorio a partire quantomeno dalla prima metà degli anni '80 costituisce diretta conseguenza di un generale ripensamento del ruolo del giudice nella gestione della controversia. L'influenza tra strumento sanzionatorio e managerialità appare peraltro reciproca: mentre da un lato il nuovo attivismo del giudice attribuisce alla *Rule 37* una maggiore centralità, è proprio anche grazie allo strumento della sanzione che il giudice può affermare il proprio dominio sulla controversia. Alla realizzazione di un simile risultato concorre per certo anche la Corte Suprema che, soprattutto nella celebre pronuncia sul caso *National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club, Inc.*, riconosce l'esigenza di valorizzare la funzione deterrente della sanzione⁴⁹.

Una simile concezione della sanzione sembra invero caratterizzare ancora oggi le più recenti riforme della disciplina federale statunitense. A seguito degli *Amendments* del 2015, infatti, il disposto della *Rule 37(e)* è stato integrato con la nuova *subdivision* (2) che prevede la possibilità di comminare gravose sanzioni - tra cui il «*dismiss of the action*» e il «*default judgment*» - alla parte che, dovendo custodire documenti memorizzati elettronicamente - *Electronically Stored Information* ("E.S.I.") -, li abbia

A Review of the Evidence and Issue, in 4 *Just. Q.*, 1987, 173 ss.; NAGIN, *Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century*, in 23 *Crime & Justice*, 1998, 1 ss.; ID., *Deterrence in the Twenty-First Century*, in 42 *Crime & Just.*, 2013, 199 ss.

⁴⁷ PIKE, WILLIS, *Federal Discovery in Operation*, in 7 *U. Chi. L. Rev.*, 1940, 326 ss.; ROSENBERG, *op. cit.*, 486 ss.; NOTE, *Developments in the Law – Discovery*, *cit.*, 985 ss.

⁴⁸ In tema, tra gli altri, SUNDERLAND, *Scope and Method of Discovery Before Trial*, in 46 *Yale L. J.*, 1933, 869 ss.; HUNTER, *One Year of Our Federal Rules*, in 5 *Mo. L. Rev.*, 1940, 12 ss.; FREEDMAN, *Discovery as an Instrument of Justice*, in 22 *Temp. L. Q.*, 1948, 175 ss.; NOTE, *Recent Innovations to Pretrial Discovery Sanctions. - Rule 37 Reinterpreted*, in 1959 *Duke L.J.*, 1959, 278; NOTE, *Developments in the Law – Discovery*, *cit.*, 940 ss.; NOTE, *Federal Discovery Rules*, *cit.*, 642; DRESCHER, *op. cit.*, 614 ss., 622.

⁴⁹ *National Hockey League, Inc. v. Metropolitan Hockey Club, Inc.*, 427 U.S., 1976.

volontariamente distrutti o perduti al fine di impedirne l'utilizzo da parte dell'avversario⁵⁰. Sebbene permanga parziale incertezza in relazione al soggetto - giudice o giuria - che possa applicare tali sanzioni, non pare dubitabile la funzione primariamente afflittiva e deterrente di una simile previsione normativa⁵¹.

Per quanto in maniera davvero fugace, i riferimenti richiamati sembrerebbero dunque implicare una relazione non casuale tra l'emersione della figura del *managerial judge* e la riconfigurazione della *sanction* processuale come strumento primariamente deterrente. La riaffermazione di una tale funzione della sanzione parrebbe invero incidere in modo non secondario sulla stessa attività del giudice civile, il cui controllo sulla controversia si affermerebbe anche grazie alla disponibilità di rilevanti sanzioni.

Lo scenario così sommariamente tratteggiato sembra assai distante dalla condizione del processo italiano, che, sotto questo profilo, si caratterizza per le molteplici e indubbie carenze. L'autonomia concessa al giudice nell'utilizzo di sanzioni a carico delle parti sembra infatti limitata – al netto della particolare ipotesi di cui all'articolo 614 *bis* c.p.c. – alla sola possibilità di condanna della parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata, come prevede l'attuale disposizione dell'articolo 96, comma 3, c.p.c., nonché alla facoltà, attribuita al giudice dall'articolo 91, comma 1, c.p.c. di «condanna(re) la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta». In verità, anche in questi casi il carattere “sanzionatorio” delle previsioni appare dibattuto in dottrina, stante la vaghezza del testo della norma e i problemi che potrebbero conseguire ad una simile interpretazione⁵².

⁵⁰ Tra i primi commenti a questa disciplina si vedano FAVRO, *The New ESI Sanctions Framework under the Proposed Rule 37(E) Amendments*, in 21 *Rich. J.L. & Tech.*, 2014, 1 ss.; SHEINDLIN, ORR, *The Adverse Inference Instruction After Revised Rule 37(e): An Evidence-Based Proposal*, in 83 *Fordham L. Rev.*, 2014, 1299 ss.; O'BRIEN, *Analog Solutions: E-Discovery Spoliation Sanctions and the Proposed Amendments to FRCP 37(e)*, in 65 *Duke L.J.*, 2015-2016, 151 ss.

⁵¹ G. JOSEPH, *Rule 37(e), The New Law of Electronic Spoliation*, in 99 *Judicature*, 2015, 40.

⁵² Su questo aspetto, tra i molti contributi, si segnalano GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; FINOCCHIARO, *Ancora sul nuovo art. 96, comma 3, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2011, 1184 ss.; BUSNELLI, D'ALESSANDRO, *L'enigmatico ultimo comma dell'art. 96 c.p.c.: responsabilità aggravata o “condanna punitiva”?*, in *Danno e resp.*, 2012, 595 ss.; BONETTI, *op. cit.*, 1054 ss.; PORRECA, *L'art. 96, 3° comma, c.p.c. fra ristoro e sanzione*, in *Foro it.*, 2010, I, 2242 ss.; SCARSELLI, *L'art. 96, 3° comma, c.p.c.: consigli per l'uso*, *ibidem.*, 2237 ss.; COMOGGIO P., *Art. 96 c.p.c.*, in L.P. COMOGGIO, CONSOLO, SASSANI, VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, I, Milano, 2012, 1261 ss., 1274 ss.; DALLA MASSARA, *Terzo comma dell'art. 96 c.p.c.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 59 ss.; LUPANO, *Il terzo comma dell'art. 96 c.p.c. a tre anni*

Allo stesso tempo, il giudice istruttore, durante la trattazione della causa, dispone di limitati poteri sanzionatori e coercitivi nei confronti delle parti. Implicita conferma di ciò si ricava, soprattutto, dalla mancanza di espliciti poteri coercitivi o sanzionatori idonei ad assistere il giudice istruttore nel caso in cui la parte contravvenga ad un suo ordine di esibizione⁵³. Se è ben vero che l'interpretazione analogica e il rinvio esplicito all'articolo 118 c.p.c. consentono al giudice civile di trarre argomenti di prova dal rifiuto ingiustificato della parte di ottemperare al suo ordine di esibizione, meno convincente, sebbene sostenuta da autorevole dottrina, appare quella tesi che sostiene l'applicabilità delle ben più rigorose conseguenze che l'articolo 232, comma 1, c.p.c. prevede per il caso in cui la parte, sottoposta ad interrogatorio formale, si rifiuti di rispondere senza giustificato motivo⁵⁴.

Ulteriore riprova della mancanza di rilevanti poteri coercitivi e sanzionatori in capo al giudice pare potersi ricavare anche dal disposto dell'articolo 81 *bis*, comma 2, disp. att. c.p.c., che, per il caso di mancato rispetto del calendario del processo da parte anche dei difensori delle parti, configura a loro carico una semplice «violazione disciplinare», del tutto inutile ai fini della gestione della specifica controversia⁵⁵. Se si considera,

dall'introduzione: orientamenti giurisprudenziali ed incertezze sistematiche, in *Corriere giur.*, 2013, 997 ss.; DE ANGELIS, *La misura prevista dall'art. 96, comma 3, cod. proc. civ. e l'abuso del processo*, in *A.D.L.*, 2016, 625 ss.; MENCHINI, in BALENA, CAPPONI, CHIZZINI, MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69 del 2009*, Torino, 2009, 27; MORANO CINQUE, *Lite temeraria: la condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c., tra funzione punitiva e funzione risarcitoria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1845 ss. In generale sul tema si vedano anche le considerazioni di PERIN, *Le novità in materia di spese processuali*, in PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, 63 ss.; BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile. Fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 909 ss., spec. 933 ss. Per una applicazione più recente della disposizione si vedano le considerazioni di D'AGOSTINI, *Condanna alle spese come sanzione per l'utilizzazione abusiva dello strumento processuale*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 181 ss.

⁵³ Su questo tema, tra molti, DONDI, *Effettività*, cit.; TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1984, 95 ss.; L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 781 ss.; GRAZIOSI, *op. cit.*, 195 ss.; CAVALLONE, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. It. Disc. Priv.*, sez. civ., VI, Torino, 1990, 678 ss.; VOLPINO, *L'acquisizione dei documenti*, in TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 855 ss.; VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, 122, nota 24.

⁵⁴ La possibilità di un rinvio al disposto di cui all'articolo 232 c.p.c. è stata sostenuta, tra gli altri, da CAVALLONE, *op. cit.*, 680; GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 264 ss.

⁵⁵ In relazione al secondo comma dell'articolo 81 *bis* disp. att. c.p.c. si veda in particolare GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2012, 179 ss. Rispetto al rapporto tra sanzione disciplinare e processo nel caso di abuso del difensore, CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, I, Padova, 2000, 513 ss. A tal proposito si vedano anche le considerazioni di

oltre la particolare tenuità della sanzione, il rilievo che una simile condotta può assumere nell'ambito del procedimento federale statunitense, appare chiara la profonda distanza tra un simile modello e quello nazionale.

5. – I diversi spunti emersi in questa indagine forniscono le basi per alcune minime riflessioni conclusive. In relazione al diffuso impiego del termine *managerialità*, indubbio rilievo sembra doversi attribuire, in particolare, alla prospettiva da cui si intende considerare tale fenomeno. Da un punto di vista storico-culturale, infatti, la nozione di *managerialità* sembra assumere un significato maggiormente condiviso, intendendosi con essa - in modo evidentemente assai generico - quel mutamento culturale realizzatosi almeno inizialmente negli Stati Uniti a partire grossomodo dalla seconda metà degli anni '70.

Maggiori incertezze sembrano invece emergere allorché questo termine venga impiegato con riferimento ai singoli poteri che, in concreto, consentono una più attiva partecipazione del giudice alla causa. Ciò in quanto, come si è tentato di dimostrare in questa sede, i poteri astrattamente qualificabili come *manageriali* appaiono molteplici e, per questo motivo, risultano più difficilmente riducibili ad una genesi unitaria. E ciò anche perché - questa considerazione appare *ictu oculi* evidente - la pretesa *managerialità* del giudice non consegue alla semplice attribuzione di poteri così qualificati, ma deriva dal concreto utilizzo che il giudice ne fa nel corso del processo. La presenza di disposizioni attributive di poteri astrattamente *manageriali* non pare, pertanto, di per sé sufficiente a qualificare in tal senso un determinato ordinamento, essendo necessario verificare se, nella prassi quotidiana, questi poteri siano effettivamente utilizzati in modo tale da perseguire un migliore e più diffuso controllo sulla causa da parte del giudice civile.

Per quanto concerne invece il nostro ordinamento processuale, sembra possibile affermare che le recenti riforme abbiano attribuito al giudice italiano inediti poteri che potrebbero rappresentare – se opportunamente e diffusamente esercitati – utili strumenti per una più coerente e rapida gestione delle controversie. Come peraltro rilevato da autorevole dottrina, la scelta del legislatore nazionale sembra porsi «in linea con i recenti *trend comparati*», che riconoscono o, in alcuni casi, ribadiscono la necessità di attribuire al giudice civile incisivi poteri di gestione e direzione della causa⁵⁶. Al netto di queste affermazioni, la possibilità di qualificare l'azione del giudice italiano (o i suoi poteri) in termini di maggiore o minore

DONDI, GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 195.

⁵⁶ DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 297 ss.

managerialità appare prematura e, sotto certi aspetti, inopportuna⁵⁷. Il rischio sotteso a questo atteggiamento pare invero quello – accennato – di sovrapporre il piano normativo a quello culturale, ritenendo che la semplice attività riformatrice, peraltro limitata a singole disposizioni, possa legittimare una qualche riconsiderazione del ruolo del giudice in sé e per sé considerato. Al momento, la scelta più opportuna pare dunque quella di confinare al solo piano sostanziale ogni considerazione in merito alle disposizioni richiamate, nell'attesa di poter sviluppare, in modo peraltro cauto e ponderato, eventuali valutazioni riguardo la più ampia portata culturale di simili disposizioni.

Abstract

CONSIDERATIONS REGARDING THE POWERS OF THE MANAGERIAL JUDGE AND THEIR RECENT APPEARANCE IN THE ITALIAN LEGISLATION

Il contributo, dato atto della particolare ampiezza e vaghezza della nozione di *managerial judge* procede all'esame specifico di talune sue prerogative, considerandole, in un primo momento, per come operanti nell'ordinamento ove tale fenomeno si è prevalentemente affermato – ovverosia quello statunitense – e ricercandone, in un secondo momento, traccia nel nostro tessuto normativo, soprattutto alla luce delle più recenti riforme. Ad una iniziale analisi del dato strettamente normativo farà seguito, in sede di conclusioni, una minima valutazione critica sull'effettiva penetrazione, nel nostro ordinamento, di una tale concezione sotto il profilo culturale.

The paper, taking into account the complexity and breadth of the notion of managerial judge, analyses some of its prerogatives, firstly by considering them as developed in the Federal system of the United States of America and, then, by looking at our procedural legislation, especially after the recent reforms. At the end, the author assesses if, apart from the signals that can be found in the legislation, it is possible to affirm that the idea of a "managerial judge" is actually becoming part of our procedural culture.

⁵⁷ Sulla tendenza a considerare il modello americano come riferimento costante – ancorché, per lo più, inappropriato – delle riforme del legislatore italiano, DONDI, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 170 ss.

IL SISTEMA FINANZIARIO DEL FUTURO: A CHI SERVONO LE VALUTE DIGITALI DI STATO?

MARCELLO MINENNA
Economista

Negli ultimi mesi la corsa allo sviluppo di una moneta digitale di banca centrale (Central Bank Digital Money - CBDC) sta accelerando. L'ultimo colpo di avvertimento è stato lanciato dal presidente cinese Xi Jinping, che ha pubblicamente affermato la necessità di investire in una tecnologia core come la blockchain. L'euforia dei mercati cinesi a seguito della dichiarazione presidenziale ha poi indotto Mark Zuckerberg (che sta incontrando non poche resistenze all'avvio del progetto Libra da parte delle autorità occidentali) a lanciare l'allarme su un presunto sorpasso cinese sul tema delle valute digitali.

Una CBDC è un nuovo tipo di valuta a corso legale che allargherà al pubblico l'accesso digitale ai conti della banca centrale, limitato oggi alle sole banche commerciali. Come conseguenza, questo strumento combinerà per design la natura digitale dei depositi bancari con i vantaggi classici del contante nelle transazioni quotidiane. Il punto chiave da valutare con attenzione è: in che misura? La nuova valuta prenderebbe la forma di un conto di deposito presso la banca centrale che addirittura potrebbe pagare un tasso di interesse, o quella di un token digitale anonimo senza interessi come le attuali cripto-valute?

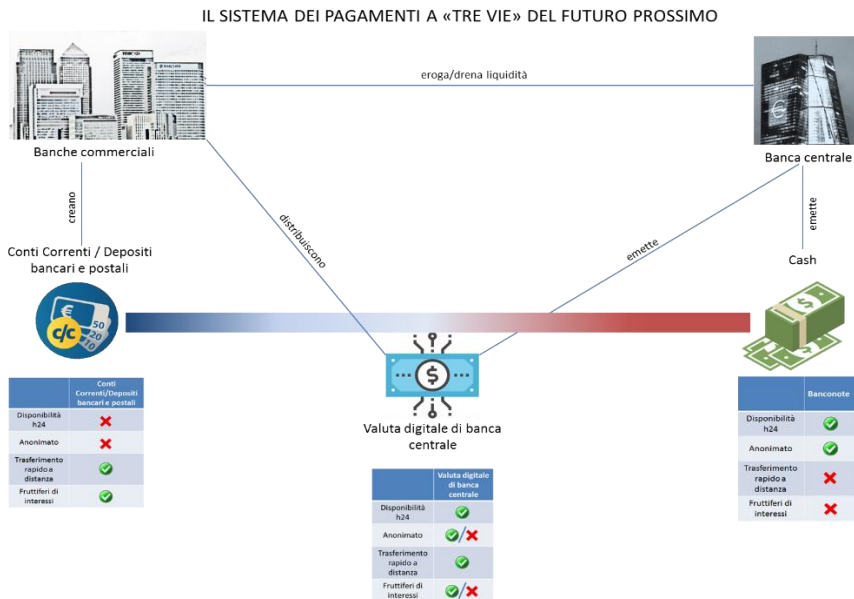
Una recente ricerca del Fondo Monetario Internazionale ha esplorato le caratteristiche monetarie e tecniche ottimali che una CBDC di nuovo conio dovrebbe avere in funzione dell'economia e del sistema bancario in cui si innesta. Infatti, cambiamenti improvvisi nell'utilizzo degli strumenti di pagamento possono diventare particolarmente dirompenti e produrre effetti collaterali a cascata nell'economia altamente indesiderabili. A causa di tali effetti, a fronte della "riuscita" introduzione di una valuta digitale altri strumenti di pagamento prima in uso possono scomparire quando il loro uso scende al di sotto una soglia critica. Ad esempio con il calo dell'utilizzo del cash, le banche possono ridurre gli sportelli automatici o gli esercizi commerciali possono rifiutarsi di accettare contanti, un processo attualmente in avanzato sviluppo in Svezia.

In generale gli operatori economici hanno preferenze diverse rispetto all'anonimato e alla sicurezza nei pagamenti. In termini semplici, il contante garantisce (quasi) sempre una transazione anonima, mentre i depositi bancari soddisfano il bisogno di sicurezza. L'anonimato ha un suo valore e

non è sempre da guardare con sospetto nonostante il suo legame incontestabile con l'evasione fiscale: di recente il Presidente della BCE Lagarde ha affermato che esiste una domanda insopprimibile di mezzi di pagamento non tracciabili, che possono essere d'aiuto nel proteggere i consumatori dall'uso non autorizzato di dati personali sulle transazioni, ad es. per le valutazioni del merito di credito.

Una valuta digitale (cfr. Figura 1) può soddisfare qualsiasi combinazione di anonimato e sicurezza, in dipendenza del suo design. Ad esempio, la banca centrale potrebbe garantire un anonimato solo parziale nell'uso verso altri utenti ma non verso le autorità, in dipendenza da eventi rilevanti quali la revoca su ordinanza del tribunale o addirittura fissando limiti di transazione.

Figura 1



Un CBDC può avvicinarsi alla non tracciabilità del contante solo se assume la forma di un token, come una cripto-valuta classica quale Bitcoin accessibile da un account dell'utente possibilmente non verificato, oppure attraverso una carta di pagamento anonima acquistabile negli esercizi commerciali o online. Queste forme di CBDC ovviamente soffrirebbero dei rischi di perdita e furto associati al denaro contante e Bitcoin: fisici (perdita della carta) o digitali (perdita dell'accesso all'account).

Ipotizzando una progettazione completamente opposta, un conto presso la banca centrale per ogni cittadino che può essere aperto solo attraverso l'utilizzo di documenti ufficiali replicherebbe (e supererebbe) la sicurezza e la tracciabilità dei depositi bancari.

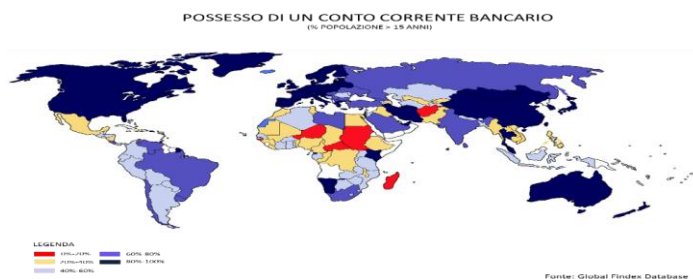
Una valuta digitale può impattare il benessere collettivo nella misura in cui spiazza la domanda di contanti o di depositi. Il problema non è solo la possibile sparizione del contante; un design della CDBC simile a un deposito bancario costringerebbe le banche ad aumentare i tassi di interesse sui depositi per rimanere concorrenziali. Questo si rifletterebbe in tassi più alti anche sui prestiti ed in una contrazione involontaria del credito alle imprese. Non sfugge che a causa della dipendenza (più o meno intensa) di un sistema economico dal credito bancario, questo calo dell'intermediazione potrebbe ridurre investimenti, produzione ed occupazione, anche se le famiglie ovviamente beneficerebbero di tassi di interesse sui depositi più alti.

Questo problema si acuisce se si pensa che una valuta digitale potrebbe essere tranquillamente fruttifera di interessi tramite una banale modifica tecnica. Le possibilità sono però multiple: il tasso di interesse potrebbe essere positivo (come su un deposito vincolato) oppure negativo. In quel caso il valore del contante digitale sarebbe eroso molto più velocemente rispetto al tasso di inflazione ufficiale, magari per impedirne la tesaurizzazione ed incentivarne la spesa in consumi.

Tendenzialmente le banche centrali stanno lavorando su CDBC che non pagano interessi, come il contante, per proteggere il sistema bancario da conseguenze potenzialmente devastanti. Questo mette a maggior rischio proprio il cash come principale concorrente delle valute digitali. Tuttavia, con buona pace dei sostenitori a spada tratta di una società cashless, l'eliminazione del contante ha dei costi evidenti soprattutto nelle economie meno sviluppate, anche se meno visibili rispetto alla disintermediazione del sistema bancario.

I dati più recenti mostrano come esista un formidabile digital divide a livello globale anche per quanto riguarda gli strumenti di pagamento (cfr. Figura 2).

Figura 2



La metà degli esclusi dal punto di vista finanziario che non ha accesso ad un conto corrente bancario vive nell'Asia meridionale, nell'Asia orientale e nel Pacifico, dove si trovano i tre paesi in via di sviluppo più popolosi: la Cina (12% della popolazione privo di rapporti bancari), l'India (21%) e l'Indonesia (6%). Insieme rappresentano il 40% della popolazione mondiale. Secondo il Global Findex della Banca Mondiale del 2017, gli abitanti della regione del Medio Oriente e del Nord Africa sono i meno serviti da istituzioni finanziarie formali. La penetrazione del conto corrente in questa regione è del 14%. Il Turkmenistan si trova in fondo alla classifica della Banca mondiale, mentre la Danimarca (con il 100%) è in cima alla lista.

I requisiti per ottenere un conto bancario - possesso di denaro, documenti di identità ed indirizzo di residenza/postale - sono un lusso raro per gli emarginati del mondo. Dallo stesso rapporto della Banca mondiale, 1,5 miliardi di persone, per lo più residenti in Africa e in Asia, non possiedono alcuna documento di identità. Altri motivi di esclusione includono: il vivere in una zona rurale sotto-servita e la mancanza di alfabetizzazione finanziaria. Oltre 200 milioni di micro, piccole e medie imprese non hanno accesso a conti bancari di base e finanziamenti adeguati.

La liquidità peraltro domina ancora le transazioni di base nei più grandi Paesi in via di sviluppo (cfr. Figura 3 per l'utilizzo del contante nel pagamento di stipendi/salari).

Figura 3



Fonte: Global Findex Database

In India, dove è in corso un tentativo da parte del governo di forzare lo sviluppo dell'intermediazione bancaria, il valore delle banconote e monete

in circolazione è comunque cresciuto ad un tasso annuo del 14% tra il 2006 e il 2015.

In Kenya, i contanti rappresentano ancora il 98% del valore di tutte le transazioni. Anche se 3/4 degli adulti in Kenya usano denaro attraverso dispositivi mobili, un sondaggio condotto su famiglie a basso reddito ha rilevato che solo l'1% del valore delle spese e solo il 3% del valore delle transazioni è stato effettuato elettronicamente a distanza.

I tentativi accelerati di sostituire i contanti con i sistemi di pagamento digitali rischiano di esacerbare pertanto un nuovo divario monetario, con un peggioramento dei problemi sociali ed economici che gli esclusi già affrontano.

In linea di principio infatti, quando si introduce una valuta digitale le famiglie a basso reddito tendono a restare i maggiori utilizzatori di contanti. Poiché i contanti a differenza dei depositi bancari non pagano interessi, se c'è un effetto di spiazzamento dei prestiti a causa della CDBC con ripercussioni negative sull'economia, queste famiglie subiscono una perdita proporzionalmente maggiore rispetto ai titolari di depositi. Inoltre se la valuta digitale manda fuori circolazione il contante come in Svezia, queste famiglie soffrono di un ulteriore declino del benessere a causa della perdita del principale strumento di pagamento.

Il fatto che dalle simulazioni i depositanti emergano come i principali beneficiari e gli utilizzatori di contanti come i principali "perdenti", rende possibile un impatto potenzialmente regressivo sul reddito che le banche centrali ed i governi devono attentamente ponderare.

Depositi bancari evoluti e nuove valute digitali possono aumentare risparmi, consumi e investimenti, garantendo innovazione e creazione di posti di lavoro. Inoltre possono essere la chiave di volta per aggredire alla radice il problema dell'evasione fiscale. Un terremoto finanziario che possa provocare degli effetti collaterali è tuttavia da mettere in conto.

La soluzione migliore che minimizzi i "feriti sul campo" probabilmente non sta nell'eliminazione del contante o nella disintermediazione totale delle banche, ma in un sistema finanziario "a 3 vie" dove i vari sistemi di pagamento convivano in equilibrio temperando le esigenze di tutti gli operatori economici.

Corte di cassazione., Sez. I, 15 aprile 2019 n. 10540

Pres. Giancola – Rel. Sambito

Il procedimento di accertamento dello stato passivo non costituisce l'unica modalità consentita per accertare eventuali ragioni di credito ammesse ad una procedura concorsuale. Ne consegue che non è contraria all'ordine pubblico la sentenza straniera che accerti tale credito al di fuori della cognizione del giudice fallimentare, e ciò sia avuto riguardo alla disciplina nazionale - che conosce più di un caso in cui la decisione sull'esistenza e l'entità del credito sia devoluta alla giurisdizione di altri giudici (ad es. il giudice tributario, quello amministrativo e la Corte dei conti) – sia in relazione alla disciplina europea di cui al Reg. (UE) 848/2015 che – non contenendo alcuna disposizione vincolante per gli Stati membri in tema di verifica dei crediti, e rinviando alla disciplina dello Stato di provenienza - non esprime principi irrinunciabili che impongano a tutela della "par condicio creditorum" necessariamente l'accertamento dei crediti in sede concorsuale (massima ufficiale).

Il riconoscimento della decisione straniera non è neppure precluso in riferimento all'avvenuta liquidazione degli interessi maturati in pendenza della procedura concorsuale. L'art. 55 l.f. attiene all'accertamento non già dell'an o del quantum del credito, ma alla concorsualità del credito: la verifica della sua opponibilità alla procedura – anche solo di quello accessorio, come è il credito al pagamento degli interessi – è riservata all'ammissione al passivo, sicché la decisione non incide sul concorso dei creditori, per la parte in cui contenga la condanna al pagamento degli interessi maturati sul credito chirografario in pendenza della procedura concorsuale, proprio perché l'accertamento del credito fuori del fallimento non esclude la necessità dell'insinuazione al passivo, che è l'unica via per partecipare al riparto. La relativa verifica dovrà essere interamente regolata dalle disposizioni del diritto nazionale (in tesi, se nel titolo sono conteggiati interessi sospesi ai sensi della L. Fall., art. 55, il credito non verrà ammesso al passivo per la parte ad essi corrispondente). (massima non ufficiale).

(Omissis) FATTI DI CAUSA

Con ordinanza n. 3911 del 29.8.2014, la Corte di appello di Bologna, in accoglimento il ricorso L. n. 218 del 1995, ex art. 67, proposto dalla Citibank N. A., (...) ha dichiarato efficace nei confronti delle Società italiane Parmalat S.p.A., Parmalat Finanziaria S.p.A., Eurolat S.p.A., Lactis S.p.A., Geslat S.r.l., Parmengineering S.r.l., Contal S.r.l. Newco S.r.l., P.E. c.p.c. S.r.l. e Centro Latte Centallo S.r.l., tutte ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria, la sentenza di condanna al pagamento in favore della Citibank della complessiva somma di dollari USA 431.318.824,84 pronunciata negli Stati Uniti d'America il 27 ottobre 2008, dalla Superior Court of New Jersey.

Dopo aver premesso, in fatto, che il procedimento giudiziario svoltosi davanti all'autorità straniera era stato promosso dal Commissario straordinario di Parmalat

S.p.A. e di Parmalat Finanziaria S.p.A., cui le altre Società erano affiliate, perché venisse accertata la responsabilità di Citibank e di altri convenuti, per aver agevolato il dissesto del gruppo mediante operazioni finanziarie illecite, e che la Citibank aveva proposto domanda riconvenzionale chiedendo la condanna per gli stessi illeciti, la Corte territoriale ha evidenziato che la sentenza statunitense che, in accoglimento della riconvenzionale, aveva condannato tutte le attrici non era contraria all'ordine pubblico italiano: a) nè in riferimento al difetto di motivazione, che di per sè non integrava violazione dell'ordine pubblico; b) nè in relazione al principio di personalità della responsabilità, in considerazione sia della qualifica spesa dal Commissario straordinario, che correlativamente aveva subito la domanda riconvenzionale, sia della riconoscibilità nella specie di un gruppo di imprese D.Lgs. n. 270 del 1999, ex art. 80, ed D.L. n. 347 del 2003, artt. 1, 3 e 4 bis, conv. con modificazioni nella L. n. 39 del 2004, talché era errato l'assunto delle convenute, secondo cui la domanda riconvenzionale doveva intendersi proposta solo nei confronti di Parmalat S.p.A., ed eventuali vizi riguardanti l'accertamento della responsabilità personali erano attinenti all'interdetto merito della decisione; c) nè in relazione alla competenza del giudice concorsuale di cui alla L. Fall., artt. 52, 93 e ss., tenuto conto che *la vis attractiva* operava, solo, in riferimento all'accertamento del credito da condurre secondo le disposizioni di cui al capo V del R.D. n. 267 del 1942, regola che coincideva con quella posta dal D.Lgs. n. 270 del 1999, art. 13, in ipotesi di declaratoria dello stato di insolvenza; d) né in relazione alla dedotta duplicazione del credito, in quanto nessuna delle pretese risarcitorie di cui alle domande riconvenzionali proposte innanzi al giudice americano traeva origine dai contratti con società del gruppo Parmalat, ma dipendeva esclusivamente da condotte materiali commissive o omissive di frode, false rappresentazioni e distrazione, sicché, pur essendovi coincidenza tra le somme vantate da Citibank nel processo statunitense e nella procedura concorsuale, era diverso il titolo di responsabilità, e non si trattava degli stessi crediti; e) né in relazione alla violazione della par condicio, in quanto, una volta riconosciuta la sentenza, il credito da essa portato sarebbe stato soggetto al concorso, al pari di tutti gli altri; f) né in riferimento alla lesione dell'effetto di esdebitazione, estranea all'ambito dell'ordine pubblico, costituendo un elemento della ristrutturazione e non della procedura fallimentare; g) nè, infine, in relazione agli interessi, in quanto il credito giudizialmente accertato nella sua integrità, dopo l'omologazione del concordato, sarebbe stato soddisfatto nei limiti della percentuale concordataria.

Per la cassazione della sentenza, notificata il 19.9.2014, ha proposto ricorso l'Amministratore straordinario delle Società con nove motivi. Citibank SA ha resistito con controricorso (Omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE

(Omissis)

1.6. – Prima di procedere alla disamina delle diverse doglianze, occorre rilevare che, in sede di difese, la controricorrente ha affermato che, nelle more del presente giudizio di legittimità, la procedura di amministrazione straordinaria è stata chiusa (allegando alla memoria ex art. 380 bis1. c.p.c., copia informale del relativo provvedimento del Tribunale di Parma, che ha disposto la cancellazione delle Società dal Registro delle Imprese). Le parti ricorrenti, a ministero dei medesimi difensori, non hanno tuttavia preso specifica posizione al riguardo e, con le due memorie depositate ed in sede di discussione orale, hanno insistito nelle loro precedenti difese. I motivi e le questioni poste vanno, pertanto, valutati in riferimento alle parti originarie, processualmente immutate.

2. – (*Omissis*) Col primo motivo, si deduce la violazione e falsa applicazione della L. n. 218 del 1995, art. 64, lett. g); art. 111 Cost., comma 6; 6 CEDU, in relazione alla statuizione sub a) di parte narrativa. Le ricorrenti chiedono la rivisitazione del principio applicato dalla Corte bolognese, secondo cui il difetto di motivazione non costituisce ragione ostativa al riconoscimento di ordine pubblico processuale, e lamentano che la radicale assenza di motivazione avrebbe dovuto condurre al diniego di exequatur, configurando essa stessa una violazione del diritto fondamentale di difesa tutelato dall'art. 6 CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Sotto altro profilo, proseguono le ricorrenti, l'assenza di motivazione non consente: i) di individuare la causa giustificatrice del risarcimento e della sua quantificazione, che secondo i principi dell'ordine pubblico interno possono esser, solo, riparatori; ii) di addossare e ripartire le conseguenze riparatorie in base al principio della personalità della responsabilità; iii) di verificare la sussistenza di indebite locupletazioni, anch'esse contrarie all'ordine pubblico sostanziale. (*Omissis*).

4.1 – Col terzo motivo, si deduce la violazione e falsa applicazione della L. n. 218 del 1995, art. 64, lett. g), R.D. n. 267 del 1942, artt. 51 e 52. Le ricorrenti lamentano che la sentenza del giudice statunitense è contraria all'ordine pubblico laddove sovverte la regola secondo cui le ragioni di credito nei confronti di un soggetto ammesso alla procedura concorsuale vanno valutate, esclusivamente, in sede di procedura di ammissione allo stato passivo. Tale regola è stata a torto ritenuta non assoluta ed inderogabile dalla Corte territoriale, che non ha considerato, da una parte, che tutte esse società ricorrenti sono ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria e, dall'altra, che, a norma della L. n. 218, art. 67, la delibazione della sentenza costituisce titolo per la sua attuazione ed esecuzione, con conseguente stravolgimento delle regole poste dall'ordinamento a salvaguardia della par condicio creditorum, e senza il controllo incrociato con gli altri creditori delle Società, assicurato dalla L. Fall., art. 93 e ss.. I principi violati, proseguono le ricorrenti sono certamente riconducibili alla nozione di ordine pubblico, posto che trovano il loro fondamento negli artt. 2 e 3 Cost., e sono riconosciuti da questa Corte di legittimità

ed, anche in sede sovranazionale, trattandosi di principi basilari comuni a tutti gli ordinamenti concorsuali, che hanno trovato indiretta conferma nel Regolamento CE n. 1346 del 29.5.2000.

4.2 – Con il quinto motivo, le ricorrenti lamentano violazione e falsa applicazione della L. n. 218 del 1995, art. 64, lett. g), L. Fall., art. 55, ed, in generale, del principio della *par condicio creditorum*, per esser stati riconosciuti gli interessi in pendenza della procedura. Le ricorrenti lamentano che l'argomento svolto al riguardo dalla Corte territoriale non tiene conto che il pagamento del credito nella sola percentuale concordataria non elimina la manifesta violazione della *par condicio* nella riconosciuta possibilità in favore, solo, di Citibank di poter beneficiare, sia pur nella percentuale concordataria, non solo del valore nominale del credito, ma, anche della quota di interessi maturati in costanza di procedura, per di più ad un tasso imprecisato e dunque imperscrutabile. Nè potrebbe prospettarsi un riconoscimento parziale della sentenza straniera, come affermato *ex adverso*, non essendo la statuizione relativa agli interessi capo autonomo della sentenza impugnata, e non sussistendo una disposizione legislativa che lo consenta.

4.3 – I motivi sono infondati.

4.4 – Muovendo, doverosamente, dalla più volte citata sentenza delle SU n. 16601 del 2017, e riannodandoci a quanto sopra accennato al p. 2.2., va rilevato che, secondo il predetto arresto, la nozione di ordine pubblico ostativa al riconoscimento della decisione straniera ha subito una profonda evoluzione: "da complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici (così Cass. 1680/84) è divenuto il distillato del sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione Europea dall'art. 6 TUE (Cass. 1302/13)", ed è stato, altresì, precisato che "il rapporto tra l'ordine pubblico dell'Unione e quello di fonte nazionale non è di sostituzione, ma di autonomia e coesistenza" e che la sentenza straniera "quand'anche non ostacolata dalla disciplina Europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale" il cui assetto deve essere ricostruito al momento del riconoscimento della sentenza stessa, e non riferito al tempo in cui essa è stata adottata.

4.5 – Valutato al lume di tali principi, si rivela infondato l'assunto delle ricorrenti, secondo cui il principio della *par condicio creditorum*, così come espresso dalle norme interne di diritto concorsuale, costituisce espressione di ordine pubblico, che: a) impedisce, in sè, il riconoscimento in Italia di una sentenza straniera di

condanna nei confronti di società ammesse ad una procedura concorsuale, in ragione del particolare procedimento di verifica del passivo; b) impedisce comunque il riconoscimento della medesima decisione, nella parte in cui, con riferimento al credito chirografario accertato, computi anche gli interessi maturati in pendenza della procedura concorsuale, che l'ordinamento interno esclude. Queste le ragioni.

4.6 – In via generale, può senza dubbio confermarsi che, in sede concorsuale, il concorso sostanziale dei creditori (id est il concorso di tutti i creditori del fallito al soddisfacimento dei propri crediti) si esprima attraverso il concorso formale e cioè attraverso i procedimenti dell'accertamento del passivo e del riparto dell'attivo, svolti in un unico contesto, in contraddittorio con tutti i creditori e i titolari degli altri diritti, e se, in effetti (ma la questione in questa sede non viene in rilievo), il procedimento di distribuzione dell'attivo vede convogliati tutti i creditori - tranne rare eccezioni, prive di incidenza sulla par condicio -, compresi quelli esentati dal divieto di cui alla L. Fall., art. 51, e i titolari di crediti prededucibili, la procedura di verifica del passivo prevista dalla L. Fall., art. 93 e ss., trova, invece, significative eccezioni. Anzitutto, nel caso di domanda riconvenzionale diretta all'accertamento di un credito nei confronti del fallimento che, proposta in sede ordinaria, non sia stata dichiarata improcedibile - come avrebbe dovuto, anche d'ufficio - per esser soggetta al rito speciale previsto dalla L. Fall., art. 93 e ss., ma sia confluita in una decisione di merito che abbia accertato, al di fuori del concorso, l'esistenza e l'entità del credito. Il relativo vizio, ove non dedotto come motivo di gravame, incontra, infatti, il limite preclusivo dell'intervenuto giudicato interno, in ragione del principio di conversione delle nullità in motivi di impugnazione e in armonia con il principio della ragionevole durata del processo (Cass. n. 24156 del 2018; n. 1115 del 2014). Il creditore dovrà chiedere l'ammissione al passivo, per partecipare al riparto, ma sulla base di un titolo accertato in sede diversa da quella concorsuale.

Inoltre, ne sono esentati i crediti contemplati dalla L. Fall., art. 96, comma 2, n. 3), secondo cui "oltre che nei casi stabiliti dalla legge, sono ammessi al passivo con riserva:... 3) i crediti accertati con sentenza dal giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento. Il curatore può proporre o proseguire il giudizio di impugnazione". Una volta ammesso il credito con riserva e promossa (o seguita) l'impugnazione da parte del curatore in sede extrafallimentare, la decisione definitiva verrà recepita nello stato passivo tramite lo scioglimento della riserva ai sensi della L. Fall., art. 113 *bis*. Nell'ipotesi in cui la decisione sull'esistenza e l'entità del credito sia devoluta alla giurisdizione dei giudici speciali (e cioè al giudice tributario, a quello amministrativo e alla Corte dei conti), il curatore avrà, poi, l'onere di contestare il credito promuovendo il relativo giudizio innanzi a detti giudici - a prescindere dall'esistenza o meno di una sentenza di primo grado - dopo l'ammissione con riserva. Illumina, al riguardo, Cass. SU n. 15200 del 2015, che, pur ribadendo il profilo invocato dai ricorrenti, in sede di

memoria, della specialità ed inderogabilità del procedimento di verifica dei crediti nei confronti della massa (ed, in specie, escludendo che in sede arbitrale possano essere fatte valere ragioni di credito nei confronti della parte sottoposta a fallimento o ad amministrazione straordinaria), ha, comunque, rilevato l'esistenza del "principio generale per cui, in caso di controversia sul credito sottratta alla cognizione del giudice fallimentare (perché quest'ultimo è carente di giurisdizione, o perché sussiste una competenza inderogabile di altro giudice), gli organi del fallimento devono considerare il credito assimilabile ai crediti condizionati, con facoltà di ammetterlo con riserva, da sciogliersi dopo la definizione del processo dinanzi al giudice giurisdizionalmente competente, in relazione all'esito di tale giudizio".

4.7 – È evidente che l'affermazione di un principio generale in tal senso, non solo comporta che esso possa applicarsi, oltre ai casi finora esaminati di giurisdizione del giudice tributario, amministrativo o contabile, e, dunque, quando sia operante la giurisdizione di un giudice straniero, ma soprattutto, e ciò è quanto qui rileva, di per sé esclude la fondatezza dell'assunto secondo cui il procedimento di accertamento dello stato passivo costituisce l'unica modalità consentita per accertare eventuali ragioni di credito ammesse ad una procedura concorsuale, e, per astrazione, la sussistenza di un principio interno di ordine pubblico ostativo al riconoscimento della sentenza straniera che accerti siffatto credito; conclusione che è avvalorata dal fatto che l'esclusività della procedura di cui alla L. Fall., art. 93 e ss., si risolve in una questione di rito (cfr. Cass. n. 25674 del 2015, 9030 del 2014), la cui violazione può essere fatta valere in giudizio, ma è soggetta ai limiti del giudicato interno, secondo l'orientamento di cui si è sopra dato conto.

4.8 – Il Reg. (UE) 848/2015, entrato in vigore il 26 giugno 2015, che ha abrogato il Reg. (CE) 1346/2000, ed ha trovato applicazione a partire dal 26 giugno 2017, - che va qui considerato, anche se non era vigente al momento dell'adozione della sentenza statunitense - non contiene alcuna disposizione vincolante per gli stati membri in tema di verifica di crediti, nè una disciplina unitaria, perché esso rinvia alla disciplina dello Stato di provenienza (art. 7, lett. h), senza escludere la possibilità che l'accertamento del debito venga effettuato dall'esterno della procedura concorsuale (art. 32), essendo dunque consentito che, in quello Stato (come accade in Italia), l'accertamento dell'esistenza e dell'entità, anche solo di alcune categorie di crediti concorsuali, in una sede diversa da quella della procedura. Deve pertanto escludersi che l'Unione Europea sia portatrice di principi irrinunciabili che impongano a tutela della par condicio creditorum, necessariamente, l'accertamento dei crediti in sede concorsuale.

4.9 – Il riconoscimento della decisione statunitense non è neppure precluso in riferimento all'avvenuta liquidazione degli interessi maturati in pendenza della procedura concorsuale.

4.10 – La L. Fall., art. 55, comma 1, secondo cui agli effetti del concorso, e per tutta la durata della procedura, opera la sospensione del decorso degli interessi (convenzionali o legali, corrispettivi, compensativi o moratori) sui crediti chirografari sorti prima della dichiarazione di fallimento, attiene, infatti, all'accertamento non già dell'*an* o del *quantum* del credito, ma alla concorsualità del credito: la verifica della sua opponibilità alla procedura - anche solo di quello accessorio, come è il credito al pagamento degli interessi - è riservata all'ammissione al passivo, sicché la decisione non incide sul concorso dei creditori, per la parte in cui contenga la condanna al pagamento degli interessi maturati sul credito chirografario in pendenza della procedura concorsuale, proprio perché l'accertamento del credito fuori del fallimento non esclude la necessità dell'insinuazione al passivo, che è l'unica via per partecipare al riparto. La relativa verifica dovrà essere interamente regolata dalle disposizioni del diritto nazionale (in tesi, se nel titolo sono conteggiati interessi sospesi ai sensi della L. Fall., art. 55, il credito non verrà ammesso al passivo per la parte ad essi corrispondente).

5. – Con il quarto motivo, si censura la statuizione sub d) di parte narrativa per violazione e falsa applicazione della L. n. 218 del 1995, art. 64, lett. g). La Corte bolognese, affermando le ricorrenti, ha accertato che le somme vantate da Citibank nel processo statunitense e nella procedura concorsuale coincidono, ha riconosciuto, pure, che le pretese avanzate innanzi alle due giurisdizioni sono fondate sulle stesse vicende e sugli stessi fatti, e, ciononostante, ha ritenuto diversi i crediti in ragione della fonte aquiliana fatta valere in USA e contrattuale in sede di ammissione allo stato passivo, così legittimando l'indebita duplicazione delle pretese creditorie di Citibank, in violazione dell'ordine pubblico economico e dei principi in tema di concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale in quanto la coesistenza tra i due tipi di responsabilità, astrattamente possibile, era nella specie inesistente non essendo mai stata ipotizzata *ex adverso* alcuna lesione di diritti ulteriori rispetto a quelli derivati dai rapporti contrattuali.

Il motivo è inammissibile.

5.1 – Dopo aver dato conto delle difese di Citibank secondo cui le Corti statunitensi avevano rigettato l'eccezione della Procedura riferita alla duplicazione delle poste creditorie, la Corte bolognese ha escluso che la statuizione di condanna americana in favore di Citibank riflettesse gli stessi crediti dalla stessa insinuati al passivo, rilevando, all'esito di un'analitica valutazione delle domande avanzate in sede concorsuale, non trattarsi degli stessi crediti, ma di coincidenza di importi l'uno dovuto a fonte contrattuale, l'altro a responsabilità aquiliana (truffa, false rappresentazioni fornite colposamente e distrazione). E questo accertamento, basato sulla valutazione della natura dei danni considerati e liquidati dal giudice americano, non può essere denunciato in questa sede, dovendo trovare applicazione il principio secondo cui il contenuto del provvedimento da deliberare costituisce un

apprezzamento di fatto riservato al giudice del merito ed esula dall'ambito del giudizio di legittimità (cfr. SU n. 16601 del 2017 in motivazione, che cita 1183/07 e, ivi, i richiami a Cass. n. 1266/1972, n. 3709/1983, n. 3881/1969).

5.2 – Peraltro, già in astratto, un'autonoma declinazione dell'ordine pubblico da qualificarsi "economico", come postulato delle ricorrenti, non è ravvisabile nell'ordinamento nazionale, dovendo il perimetro dei limiti ostativi al riconoscimento di un prodotto giuridico straniero esser desunti dai principi costituzionali e dalle leggi che ne costituiscono attuazione, secondo quanto illustrato al p. 4.4.; dovendo, ancora, rilevarsi in concreto che, come riconoscono le stesse ricorrenti, il concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale non è contrario all'ordine pubblico costituendo istituto conosciuto nel diritto nazionale (cfr. Cass. n. 20260 del 2006, secondo cui il contraente il cui consenso risulti viziato da dolo può bene richiedere giudizialmente il risarcimento del danno conseguente all'illecito della controparte lesivo della libertà negoziale, sulla base della generalissima previsione in tema di responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c.; e Cass. n. 3012 del 2014; n. 25016 del 2008 in tema di contratti di compravendita). E, nella specie, si tratta di consentire l'ingresso nell'ordinamento italiano di un titolo diverso di un danno, determinato secondo criteri compensativi volti ad evitare indebite duplicazioni o locupletazioni. Infatti, le parti riferiscono concordemente che nel dichiararsi "non convinto" dell'eccezione sollevata dalla Procedura riferita alla duplicazione del medesimo danno - ritenuta dunque non provata (cfr. pag. 97 del controricorso che riproduce parte della decisione con la quale la *Appellate Division* ha rigettato il gravame proposto dalla soccombente) - il giudice Harris ha posto attenzione a tale questione, affermando di essere intenzionato ad attuare "una rigorosa sorveglianza affinché la stessa (convenuta Citibank) non ottenga rimedi eccessivi o una duplice riparazione giudiziaria" (cfr. pag. 47 in fine e 48, primo periodo della memoria depositata da ricorrenti in vista dell'adunanza camerale del 21.2.2018). Resta da aggiungere che il relativo conseguimento seguirà le regole del concorso, secondo quanto si è esposto al termine del precedente p. 4.10.

6. – Col sesto motivo, si critica la statuizione sub f) di parte narrativa, per violazione e falsa applicazione della L. n. 218 del 1995, art. 64, lett. g), D.Lgs. n. 347 del 2003, art. 4 bis. Nella specie, i crediti insinuati *ex adverso* allo stato passivo sono stati soddisfatti nella misura prevista dalla proposta di concordato, rilevano le ricorrenti, sicché il riconoscimento di un nuovo titolo di credito, fondato sui medesimi fatti, consentirebbe alle Società di pretendere una soddisfazione maggiore rispetto a quella stabilita nella proposta di concordato, che amplierebbe la duplicazione delle pretese in violazione del principio della par condicio creditorum.

6.1 – Il motivo è inammissibile. Esso presuppone, infatti, che il credito accertato dalla sentenza statunitense sia quello stesso insinuato al passivo, inoltre l'obbligatorietà degli effetti esdebitatori derivanti dal provvedimento di

omologazione del Concordato non preclude l'insinuazione tardiva (come significativamente afferma la controricorrente che riproduce le previsioni in tal senso della proposta di Concordato). Non è chiaro, infine, in parte qua quale principio di ordine pubblico costituirebbe ostacolo al riconoscimento della decisione straniera.

7. – Col settimo motivo, si deduce la violazione falsa applicazione della L. n. 218 del 1995, art. 64, lett. e) ed f), e L. Fall., art. 96, u.c.. Le ricorrenti lamentano che la Corte bolognese non abbia considerato l'eccezione con cui avevano evidenziato che il riconoscimento non poteva aver luogo per essere la sentenza americana contraria ad altra pronunciata dal giudice italiano e passata in giudicato. Erroneamente, proseguono le ricorrenti, siffatta opposizione era stata ritenuta da loro non proposta - per esser stata prospettata quella della lesione dell'ordine pubblico in ragione della riserva della decisione al giudice della procedura concorsuale - in quanto, pur potendo le questioni coincidere, era stato dedotto, anche, il diverso e distinto profilo di cui alla L. n. 218, art. 64, lett. e) ed f): avendo le domande riconvenzionali proposte da Citibank e totalmente accolte dal giudice statunitense, oggetto assolutamente identico alle domande di insinuazione al passivo, sulle quali il Tribunale fallimentare di Parma aveva pronunciato, in parte accogliendole ed in parte rigettandole, con statuizioni, ad eccezione di una, definitive L. Fall., ex art. 96, u.c.. La sentenza straniera non è dunque riconoscibile, perché tesa a sovrapporsi e ad aggirare i pronunciamenti endofallimentari non più impugnabili (o soggetti all'esame del giudice nazionale).

7.1 – Il motivo è infondato. Non essendovi identità tra le domande, secondo quanto affermato a proposito dell'esame del quarto motivo, l'invocata preclusione da giudicato endofallimentare è, in radice, esclusa, laddove la deduzione della litispendenza in riferimento alla L. n. 218 del 1995, art. 64, lett. f, lo è a fortiori essendo entrambi i giudizi, aventi in tesi il medesimo oggetto, già entrambi conclusi.

8. – In considerazione dell'assoluta novità e rilevanza della questione relativa alla controversa natura di ordine pubblico sostanziale dell'istituto della *par condicio creditorum*, quale limite al riconoscimento di sentenza straniera, L. n. 218 del 1995, ex art. 64, lett. g), la Corte ritiene di dover compensare interamente tra le parti le spese del giudizio. (*Omissis*).

**NEL CASO PARMALAT-CITIBANK LA CASSAZIONE
RIDIMENSIONA LA *VIS ATTRACTIVA* DEL TRIBUNALE
FALLIMENTARE ITALIANO NELL'ACCERTAMENTO DI CREDITI
CONCORSUALI SOGGETTI A GIURISDIZIONE STRANIERA**

RAFFAELLA MURONI
Professore associato
nell'Università Cattolica del Sacro Cuore

1. – La Suprema Corte di Cassazione, come noto, con la sentenza in epigrafe ha rigettato l'opposizione ex art. 67 l. 218/1995 promossa da parte dell'AS di Parmalat¹ al riconoscimento della sentenza pronunciata dalla *Superior Court* del New Jersey del 27 ottobre 2008, con cui venne accolta la domanda riconvenzionale di Citibank di condanna nei confronti dell'attrice AS di Parmalat, unitamente ad altre società ad essa collegate cui era stata estesa l'AS, al risarcimento dei danni quantificati in 431 milioni di dollari, per accertati illeciti della Parmalat *in bonis* derivanti da truffa, false rappresentazioni e distrazione, in conformità al verdetto della giuria popolare americana.

Tra le questioni risolte dalla sentenza in epigrafe, merita una apposita riflessione quella sottesa al rigetto del motivo di opposizione al riconoscimento articolato dalla difesa Parmalat per asserita contrarietà del giudicato straniero di accertamento del credito risarcitorio verso l'AS di Parmalat al principio della esclusività dell'accertamento dei crediti in sede concorsuale (cd. concorso formale) ex art. 93 l.f.: secondo la Cassazione, non si tratta di un principio di ordine pubblico processuale ostativo all'accertamento extra-fallimentare dei crediti concorsuali².

2. – La Cassazione ai punti 4.5., 4.6 e 4.7 affronta la questione del coordinamento tra giurisdizione del giudice fallimentare italiano e giurisdizioni straniere (con un fugace cenno anche a quelle arbitrali straniere³) in ordine all'accertamento dei crediti concorsuali, quale nella

¹ Procedura concorsuale peraltro chiusa in pendenza di giudizio di cassazione, promosso dalla AS di Parmalat avverso la sentenza della Corte di Appello di Bologna competente per territorio, che aveva integralmente rigettato l'opposizione all'*exequatur* Cfr. Corte di Appello di Bologna, 18 luglio 2014, in *Int'l Lis* 2015, 22 s. con nota di CARMELLINO, *Ordine pubblico, principi di diritto concorsuale e riconoscimento di condanna statunitense*.

² Sulla distinta questione, risolta dalla medesima pronuncia, relativa al riconoscimento in Italia di sentenze straniere prive di motivazione, quale era quella della *Superior Court* del New Jersey del 27 ottobre 2018, pronunciata in conformità al verdetto della giuria popolare, v. il commento di CONSOLO-MURONI, *Dopo quella ai punitive damages liquidati da giudice straniero, apertura al riconoscimento della sentenza di condanna in USA della AS Parmalat a risarcire i danni a Citibank, tra distinte domande risarcitorie, perché eterodeterminate, ed irrilevanza della mancanza di motivazione sul quantum debeatur*, in *Giur. It.* 2020, in corso di pubblicazione. La sentenza di rigetto dell'appello avverso la decisione della *Superior Court* del New Jersey del 27 ottobre 2018, *Superior Court of New Jersey, Appellate Division - December 22, 2011 - Bondi v. Citigroup Inc.*, 423 N.J.Super. 377 (2011), è visibile al link <https://caselaw.findlaw.com/nj-superior-court-appellate-division/1589343.html>.

³ La Cassazione richiama la sentenza Cass., Sez. Un., 21 luglio 2015, n. 15200, caso *Nesco v. Valtur AS*, in *Giur. it.*, 2015, 2445 s. con nota di GARGIULO, *Gli effetti del concorso su un arbitrato estero per risoluzione contrattuale (e conseguente credito)* e ivi 2016,

specie quello risarcitorio accertato in capo a Citibank dal giudice statunitense.

Come accennato, la difesa di Parmalat assumeva che questa sentenza straniera fosse contraria all'ordine pubblico processuale *ex art. 64 lett. g) L. 218/95* in ragione dell'inderogabile procedimento di verifica del passivo cui sono sottoposti tutti i creditori che intendono partecipare ai riparti. La Cassazione lo esclude poiché l'art. 52 l.f., secondo cui l'accertamento dei crediti si deve svolgere all'interno della procedura concorsuale nelle forme del rito speciale della verifica del passivo *ex art. 93 ss. l.f.*, non imporrebbe l'assoluta concentrazione dell'accertamento giudiziale dei crediti concorsuali in seno a questo procedimento innanzi al giudice fallimentare (nella sua articolazione interna di GD e Tribunale). La sentenza prende semplicemente atto che, mentre nel procedimento di distribuzione dell'attivo partecipano necessariamente tutti i creditori, tranne rare eccezioni (l'esecuzione individuale fondiaria, che non contamina comunque il principio del concorso sostanziale di cui all'art. 51 l.f.), non tutti i crediti vengono accertati per il tramite dello speciale rito di cui all'art. 93 l.f.

La Corte si concentra in particolare sulla disciplina dell'ammissione dei crediti con riserva di cui al novellato art. 96, comma 2, l.f.⁴ e conferma il proprio orientamento che ammette l'accertamento al di fuori del concorso con gli altri creditori di crediti soggetti alla giurisdizione di un giudice speciale nazionale (tributario, amministrativo, o contabile)⁵. La carenza di

403 s. con nota di BOGGIO, *Apertura del concorso e procedimento arbitrale estero tra Convenzione di New York del 1958, Reg. CE n. 1346/2000 (e Reg. UE n. 848/2015), Legge Marzano e Legge Fallimentare* relativo ad un arbitrato francese promosso dal creditore Nesco nei confronti della debitrice *in bonis* Valtur, entrata in AS in Italia *lite pendente*, avente per oggetto la domanda di risoluzione del contratto di locazione e gestione di un resort ed il risarcimento dei danni da responsabilità contrattuale. Nesco proponeva regolamento preventivo di giurisdizione, che veniva dichiarato inammissibile poiché la questione della perseguibilità o meno dell'arbitrato francese non atteneva ad una questione strettamente di giurisdizione ma solo ad una questione di rito, relativa ai rapporti tra procedura di ammissione del credito con riserva e procedimento arbitrale. La Corte riconosceva incidentalmente il potere del giudice fallimentare di ammettere con riserva il credito, in attesa della pronuncia degli arbitri francesi.

⁴ Cfr. di recente, SPIOTTA, *L'accertamento del passivo*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, II, Milano, 2016, 2036 s.; DE MATTEIS, *sub art. 96 l.f.*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da LO CASCIO, Milano, 2017, 1327 s., spec. 1330 s.

⁵ Cfr. Cass. civ. Sez. Un, 16 maggio 2008, n. 12371, in *Il Fallimento*, 2008, 1223 s. relativamente all'ammissione con riserva di crediti soggetti alla giurisdizione della Corte dei Conti; prima ancora, con riferimento alla giurisdizione del giudice amministrativo, Cass, 29 gennaio 1999, n. 789, *ivi* 1999, 1334 s. con nota di BONFANTI, che aveva rinvenuto nella disciplina di cui all'art. 45 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 in materia di ammissione con riserva di crediti tributari l'espressione di un principio più generale, secondo cui, nel caso in cui l'accertamento sull'esistenza e

giurisdizione del giudice civile rispetto a questi crediti assorbe la questione del rito inderogabile *ex art. 52 l.f.* e la peculiare *vis attractiva* del foro fallimentare rispetto alle cd. liti passive, che da tempo risalente viene intravista sottesa a questa norma⁶. In tal caso, la partecipazione del creditore ai riparti passa attraverso una domanda di ammissione con riserva, indicata già in altra occasione quale migliore strumento di coordinamento tra giurisdizioni su crediti concorsuali⁷ e nel caso *Valtur*, deciso con la sentenza n. 15200 del 2015, anche per risolvere il coordinamento tra giurisdizione arbitrale straniera di accertamento di crediti divenuti concorsuali, fondata su patti arbitrali che risultino opponibili alla procedura⁸.

liquidità del credito sia sottratto alla cognizione del giudice fallimentare (perché quest'ultimo è carente di giurisdizione, o perché sussiste una competenza inderogabile di altro giudice ordinario), gli organi del fallimento devono considerare il credito assimilabile ai crediti condizionati, e quindi possono ammetterlo con riserva, da sciogliersi dopo la definizione del processo dinanzi al giudice competente, e in relazione all'esito di tale giudizio.

⁶ La giurisprudenza di legittimità ha ribadito che non si tratta formalmente di *vis attractiva* del foro fallimentare per queste liti cd. passive poiché l'art. 52 l.f., non fissa una regola di competenza funzionale (prevista per le sole azioni di cui all'art. 24 l.f.) ma uno speciale ed inderogabile rito da applicare per l'accertamento di questi crediti. Una *vis attractiva* assai peculiare, pertanto, - ed infatti riqualficata di recente dalla Cassazione in termini di "concentrazione" - poiché non sarebbe dettata da ragioni *stricto sensu* di competenza, bensì da ragioni di "rito inderogabile", che impedirebbe al creditore individuale di riassumere il giudizio di cognizione sul proprio credito pendente innanzi al Tribunale nei confronti del curatore, a valle dell'interruzione automatica del processo *ex art. 43 l.f.* ed anche qualora abbia agito in via riconvenzionale (da ultimo Cass., 4 ottobre 2018, n. 24156, CED Cassazione (rv. 651126-01) che riferisce di una vicenda *litis ingressus impediens*; Cass. (ord.), 30 novembre 2017, n. 28833, in *Il Fallimento* 2018, 378 s.; Cass., 10 agosto 2017, n. 19924, *ivi* 2018, 112 s.; Trattandosi di una questione di rito inderogabile, è stato escluso il regolamento di competenza avverso la sentenza che dichiara l'improcedibilità, suscettibile solo di appello (cfr. Cass. (ord.), 18 maggio 2005, n. 10414, *ivi* 2006, 600 s. e 719 s. Cfr. tra gli altri, MACRÌ, *La competenza del Tribunale fallimentare*, in *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di JORIO, Milano, 2016, I, 814 s., spec. 860. Questa questione non pone neppure una questione di giurisdizione ma di mero rito applicabile, a differenza della questione relativa al rapporto tra giudice italiano e arbitrato estero: come già chiarito nel noto caso *Ryaner*, quasi coevo a quello *Valtur*, Cass., Sez. un. (ord.), 26 maggio 2015, n. 10800, in *Corr. giur.* 2016, 531 s. con nota di VISCONTI, *Le Sezioni Unite si confermano: il riparto di attribuzioni fra giudice ordinario e arbitro estero configura quesitone di giurisdizione che va (quindi) decisa col relativo regolamento*.

⁷ Cfr. Cass., 29 gennaio 1999, n. 789, cit., 1334 s. secondo cui, pur ritenendo "... arduo sostenere la giuridica assimilabilità dell'accertamento nella sede giurisdizionale sua propria al verificarsi di una condizione o al venire in essere di un documento, l'utilizzazione del modulo procedimentale dell'insinuazione con riserva dà una ragionevole soluzione pratica al problema dei crediti non accertabili in sede fallimentare, evitando agli stessi un pregiudizio (mancata fruizione degli accantonamenti nei riparti parziali), contrastante col principio della *par condicio concorsuale*".

⁸ V. *retro*, nota 3. Peraltro, nel caso *Valtur* la Cassazione aveva comunque svolto un inciso relativamente agli arbitrati domestici, *ivi* confermando che in ogni caso il

3. – Il richiamo al caso *Valtur*, attinente ad un arbitrato francese relativo all'accertamento del credito risarcitorio per risoluzione contrattuale (quindi anch'esso inerente a una lite cd. passiva), conduce la Corte al punto 4.8 ad allargare l'orizzonte allo spazio giudiziario europeo, sebbene la Cassazione non ripercorra puntualmente la ricca giurisprudenza della Corte UE, chiamata spesso a definire i rapporti tra il Regolamento insolvenze del 2015 (e già prima quello del 2000) ed il Reg. n. 1215 del 2012, proprio al fine di stabilire i confini tra la giurisdizione del giudice di apertura della procedura e quella degli altri giudici europei, rispetto a liti di natura civile e commerciale⁹. La Cassazione riprende comunque l'interpretazione combinata dei due regolamenti europei svolta dalla Corte UE, richiamata nel caso *Valtur*: il Reg. insolvenze n. 848/2015 (ma già prima il Reg. n. 1346/2000) è una disciplina uniforme primariamente di d.i.p. e non di diritto materiale uniforme – tranne quanto alla competenza internazionale del giudice di apertura della procedura concorsuale –. Questa disciplina comunitaria non contiene alcuna disposizione vincolante in tema di verifica dei crediti, né una disciplina unitaria, perché prevede solo un rinvio alla disciplina dello Stato di provenienza (art. 7 lett. h, già art. 4 lett. h Reg. 1346/2000) relativo alla legge applicabile in ordine agli effetti dell'apertura. La verifica dei

creditore non potrebbe agire per l'accertamento del proprio credito in sede arbitrale nei confronti della parte sottoposta a procedura concorsuale. Cfr. sul tema BACCAGLINI, *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti*, Napoli, 2018, spec. 152 s.

⁹ La Corte UE a più riprese ha statuito che solo le azioni che scaturiscono direttamente da una procedura di insolvenza e che sono a questa strettamente connesse sono escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles e, successivamente, dal Reg. n. 44/2001: v. sentenza Corte di Giustizia, 22 febbraio 1979, *Gourdain*, 133/78, punto 4; sentenza 19 aprile 2012, *F Tex*, C 213/10, punti 22 e 24; più di recente, sentenza, 9 novembre 2017, *Tünkers France e Tünkers Maschinenbau*, C 641/16, punti 17 e 19 e la giurisprudenza ivi citata; da ultimo, sentenza Corte di Giustizia, 6 febbraio 2019 - *NK c. contro BNP Paribas e altri* - C 535/17, che ha ribadito il coordinamento tra i rispettivi ambiti di applicazione dei Regolamenti (CE) n. 44/2001 e (CE) n. 1346/2000, richiamando al punto 24 l'interpretazione già espressa nel caso *Tünkers* punto 17, secondo cui i due regolamenti devono essere interpretati in modo da evitare qualsiasi sovrapposizione tra le norme giuridiche stabilite da tali testi, nonché qualsiasi vuoto giuridico. Pertanto, le azioni escluse dall'ambito di applicazione del Reg. n. 44/2001 ai sensi dell'articolo 1, par. 2, lettera b), in quanto rientranti tra «i fallimenti, i concordati e le procedure affini», ricadono nell'ambito di applicazione del Reg. n. 1346/2000 e viceversa. Mentre il primo ha accolto una concezione ampia di materia “civile e commerciale” al contrario, l'ambito di applicazione del reg. n. 1346/2000, conformemente al suo considerando 6, non deve essere oggetto di un'interpretazione ampia (punto 25, con richiamo al punto 18 sentenza *Tünkers*, cit.).

crediti è disciplinata dalla *lex concursus*, che tuttavia regola la procedura e non rileva quale norma sulla giurisdizione del giudice del Comi¹⁰.

In effetti, già il Reg. n. 1346/2000 al sesto considerando aveva sancito il principio di proporzionalità tra giurisdizione del Comi e le altre giurisdizioni nazionali europee (v. ora considerando 6 Reg. n. 848/2015) e non escludeva la possibilità dell'accertamento di crediti al di fuori del fallimento innanzi a giudici stranieri sulla base della Convenzione di Bruxelles del 1968 (art. 25 par. 2): ciò trova conferma ora nel disposto dell'art. 32 par. 2, Reg. n. 848/2015, ai sensi del quale il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni diverse da quelle che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e le sono strettamente connesse, sono disciplinate dal Reg. Ue n. 1215/2012.

Non si rinviene perciò alcuna norma comunitaria che fissi un principio di concentrazione delle liti – neppure almeno di quelle passive – innanzi al giudice del COMI, né una regola di *vis attractiva* in favore di quest'ultimo di tutte le controversie – attive o passive che siano – tra creditori e procedura fallimentare, specie di quelle che siano già pendenti al momento dell'apertura della procedura di insolvenza¹¹.

¹⁰ La verifica dei crediti rimane certamente esclusivo appannaggio del giudice del luogo di apertura della procedura fallimentare, giusta anche il disposto dell'art. 7 lett. h) Reg. n. 848/2015 (già art. 4 lett. h Reg. 1346/2000), sotto il profilo della concorsualità dei crediti e così della loro opponibilità e del loro *ranking*, ma questo rinvio alla *lex concursus* non può comportare una restrizione delle giurisdizioni straniere su liti civili e commerciali, sussistenti sulla base del Reg. n. 1215/2012. Cfr. PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, II, Milano, 2017, 285-286 con riferimento agli accordi sulla giurisdizione ex art. 25 Reg. n. 1215/2012, il quale giustamente esclude che il rinvio alla *lex concursus* ex art. 4 Reg. n. 1346/2000 (ora art. 7 Reg. 848/2015) possa determinare l'applicazione di una norma nazionale che rende inopponibile l'accordo di giurisdizione al curatore fallimentare, poiché questa norma interna sarebbe in contrasto con il predetto art. 25 Reg.

¹¹ L'art. 18 Reg. n. 848/2015 (già art. 15 Reg. n. 1346/2000), là dove rinvia alla *lex fori* del Paese in cui pende il giudizio, al fine di stabilire se esso debba proseguire o meno, non attiene a sua volta ad una norma di d.i.p. sulla giurisdizione, perché regola una mera eccezione all'art. 7 lett. f) Reg., relativo alla legge applicabile a giudizi pendenti e si riferisce alla loro perseguibilità o meno a seguito del sopravvenuto fallimento di una delle due parti del processo: cfr. sentenza Corte di Giustizia, 6 giugno 2018 - *Virgilio Tarragó da Silveira contro Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group SA*, causa C 250/17, secondo cui sarebbe contrario al principio di efficienza ed efficacia delle procedure di insolvenza transfrontaliere di cui al considerando 8 obbligare il giudice adito, per quanto concerne i procedimenti giudiziari vertenti su un obbligo pecuniario, ad applicare in corso di causa una legge straniera al solo scopo di determinare gli effetti dell'apertura di una procedura di insolvenza in un altro Stato membro su tale procedimento. Ciò rischierebbe di ritardare la decisione di detto giudice relativa alla constatazione e alla fissazione dell'importo di un eventuale credito e, se del caso, di impedire al creditore di chiedere in tempo utile l'ammissione del suo credito nella massa passiva formata nell'ambito di tale procedura di insolvenza". (punti 26-27). Cfr. PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, cit., 291, che riferisce giustamente l'art. 15 Reg. n. 1346/2000 ai soli effetti

La Corte Ue, in particolare, ha da tempo chiarito che si deve guardare alla natura della lite per stabilire se sia una normale lite civile o commerciale – come tale soggetta alle regole materiali uniformi di giurisdizione di cui al Reg. Bruxelles I-bis¹², ed allora anche in ordine alla eventuale clausola di deroga della giurisdizione¹³ – ovvero una lite, pur di matrice civilistica, ma strettamente derivante o connessa al fallimento, per cui troverà applicazione il Reg. insolvenze n. 848/2015, specie l'art. 6, che fissa una norma materiale uniforme di giurisdizione del giudice fallimentare e la *vis attractiva* di queste liti ancillari.

prodotti sul procedimento nel senso della sua interruzione o prosecuzione (escludendo in particolare che possa riferirsi agli effetti su un negozio processuale quale l'accordo arbitrale estero o l'accordo sulla giurisdizione ex art. 25 Reg. n. 1215/2012).

¹² Cfr. ancora sentenza Corte Ue, (I Sez) 6 febbraio 2019 - *NK c. contro BNP Paribas e altri*, cit., punto 28 secondo cui “il criterio determinante adottato dalla Corte per identificare l'ambito in cui rientra un'azione non è il contesto procedurale nel quale quest'ultima si inserisce, bensì il fondamento giuridico dell'azione stessa. Secondo tale approccio, occorre verificare se il diritto o l'obbligo che serve quale base dell'azione trovi la propria fonte nelle norme comuni del diritto civile e commerciale oppure in norme derogatorie, specifiche delle procedure di insolvenza (sentenze del 4 settembre 2014, *Nickel & Goeldner Spedition*, C 157/13, EU:C:2014:2145, punto 27; del 9 novembre 2017, *Tünkers France e Tünkers Maschinenbau*, C 641/16, EU:C:2017:847, punto 22, nonché del 20 dicembre 2017, *Valach e a.*, C 649/16, EU:C:2017:986, punto 29)”.

¹³ Cfr. sul tema PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, cit., 280 s., anche con riferimento ad accordi per arbitrato estero stipulati dal debitore *in bonis*. Cfr. sulla opponibilità al fallimento delle clausole di proroga della giurisdizione già all'epoca della vigenza della sola Convenzione di Bruxelles del 1968, cfr. Cass., Sez. Un., 27 luglio 1999, n. 515, che correttamente ha verificato *in primis* se la controversia rientrasse tra quelle strettamente connesse alla procedura perché nascenti da essa, quale unico caso in cui verrebbe meno il vincolo del curatore alla clausola in parola in favore di giudice straniero. Cfr. di recente, in senso conforme e con richiamo al caso *Tunkers*, Trib. Mantova 26 marzo 2019, in *www.ilcaso.it*, relativo ad un'azione intentata dalla curatela italiana contro un consumatore tedesco per il recupero del corrispettivo dovuto in forza di compravendita internazionale di un autoveicolo: il Tribunale ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice fallimentare italiano in favore del giudice tedesco quale foro del consumatore, sulla base del Reg. Bruxelles I-bis, anche con riferimento alla domanda riconvenzionale risarcitoria svolta dal consumatore in quanto “*inscindibilmente connessa con quella oggetto della ingiunzione, occorrendo previamente accertare se l'opponente sia stato inadempiente nell'esecuzione del contratto, anche siffatta richiesta deve essere esaminata dal giudice della domanda principale ... a prescindere da ogni considerazione in ordine al fatto che il recupero di eventuali somme possa poi concorrere a formare l'attivo del fallimento*”. Cfr. invece, la decisione della Suprema Corte di Ungheria, sentenza BH 2017.97, *Kùria*, che ha escluso l'operatività di una clausola di proroga della competenza in favore del giudice austriaco (peraltro eccepita dalla stessa curatela), inserita nel contratto da cui scaturiva il credito del creditore austriaco insinuato al passivo nella procedura concorsuale del debitore fallito ungherese: secondo la Corte ungherese, la *lex concursus* ungherese attribuisce solo al giudice fallimentare la verifica dei crediti, per cui nessun altro giudice europeo avrebbe competenza a giudicare su una domanda svolta dal creditore *in bonis* contro quel debitore.

Nel riprendere le fila del caso di specie, anche alla luce della disciplina comunitaria, la Corte di Cassazione esclude perciò che il procedimento di accertamento dello stato passivo costituisca l'unica modalità consentita dal nostro ordinamento per accertare eventuali crediti da ammettere ad una procedura concorsuale. L'art. 52 l.f. non è allora a sua volta espressione di un principio di ordine pubblico processuale, né interno né europeo, che possa ostacolare il riconoscimento di una sentenza straniera, che accerti detto credito senza il contraddittorio con tutti i creditori: si consideri che nel caso di specie, attinente ad una lite cd. passiva, la sentenza di condanna pronunciata contro la AS di Parmalat era l'esito di un giudizio apertosi addirittura in pendenza della procedura concorsuale italiana e non verso il debitore *in bonis*.

Si tratta certamente di un approdo importante, specie in un quadro dottrinale, che vede contrapposta la dominante tesi che riporta il rito speciale dell'ammissione al passivo alla garanzia dell'accertamento dei crediti sostanziali nel contraddittorio di tutti i creditori¹⁴, alla tesi che invece lo considera un rito funzionale primariamente all'accertamento del cd. diritto al concorso, di matrice essenzialmente processuale, con una struttura bifasica che risponde ad una primaria esigenza di celerità nell'individuazione dei creditori da soddisfare e dei beni in concreto rimasti nel patrimonio del fallito¹⁵.

Peraltro, con questa pronuncia la Cassazione non smentisce il principio del concorso formale, ma meglio circoscrive la portata della sua

¹⁴ Cfr. tra i tanti, di recente, MENCHINI-MOTTO, *Il processo di fallimento*, in *Trattato di diritto fall.*, diretto da VASSALLI - LUISO - GABRIELLI, II, Torino, 2014, 530, che riferiscono di un contraddittorio incrociato tra curatore, creditori istanti e tra i creditori già nella fase sommaria innanzi al giudice delegato; ma già FABIANI, *L'esclusività del rito dell'accertamento del passivo*, in *Il fall.*, 1990, 898 s. secondo cui "...la specialità del rito si connota per la concorsualità dell'accertamento dei crediti, ciò che significa che tutti i crediti vengono esaminati unitariamente nella udienza di verifica, con la partecipazione del fallito e con il riconoscimento della legittimazione di ciascuno ad interloquire sulle posizioni degli altri". BOZZA-SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, 159.

¹⁵ Cfr. nel senso che il nuovo art. 96 u.c. l.f. ha dato atto della negazione esplicita dell'equivalenza tra accertamento del passivo fallimentare e accertamento dell'esistenza del credito e valorizzato la primaria finalità di celerità nella liquidazione, DE MATTEIS, *sub art. 96*, in *Codice commentato del fallimento*, cit., 1336-1337, sulla scia della nota tesi di E.F. RICCI, che è sempre stato strenuo difensore della compatibilità tra accertamento extra-fallimentare dei crediti sostanziali e ammissione al passivo (cfr. *Sull'efficacia delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in AA.VV., *L'accertamento dei crediti nelle procedure concorsuali*, Milano, 1992, 133 s.), in linea all'ampio lavoro monografico del 1979 (ID., *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, 1979, 45 s.). V. anche, tra gli altri, PAGNI, *L'accertamento dello stato passivo nella riforma della legge fallimentare*, in *Foro it.*, 2006, V, 188 s.; GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2014, 220.

strumentalità al concorso sostanziale, che infatti non manca di evidenziare¹⁶. La Corte infatti precisa che l'accertamento del credito fuori del fallimento non esclude la necessità dell'insinuazione al passivo, che è l'unica via per partecipare al riparto¹⁷.

La formazione del titolo per partecipare ai riparti, quale è il decreto di ammissione al passivo, resta esclusivo appannaggio del foro fallimentare e nel contraddittorio con gli altri creditori, investiti di uno specifico mezzo impugnatorio con cui possono contestare, ma solo, l'opponibilità, il *quantum* e la collocazione del credito di un altro creditore ammesso¹⁸.

Peraltro, questa pronuncia segue a distanza di poco più di un anno quella della Sezione I n. 395 del 19 febbraio 2018, che ha sancito il principio secondo cui il passaggio in giudicato della sentenza che revoca il fallimento rende improcedibile l'opposizione allo stato passivo ancora pendente, attesa la natura endo-fallimentare di quest'ultima, nella quale il diritto di credito è accertato con effetti limitati al concorso ai sensi dell'ult. co. dell'art. 96 l.f., come novellato nel 2006¹⁹. La prescritta cognizione solo *incidenter tantum* del credito fatto valere dal creditore concorsuale con la domanda di ammissione ex art. 93 l.f. ha condotto correttamente la Corte di Cassazione ad inquadrare diversamente rispetto al passato questo giudizio, definito ora di matrice endoesecutiva – e allora assai simile, *mutatis mutandis*, al nuovo giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo ex art. 549 c.p.c. – e funzionale solo accertare il distinto cd. diritto al concorso, che presuppone l'esistenza del

¹⁶ La Corte esordisce proprio con il richiamo al principio del concorso sostanziale, quale concorso di tutti i creditori del fallito al soddisfacimento dei propri crediti dentro il fallimento, “che si esprime attraverso il concorso formale”, cioè attraverso i procedimenti di accertamento dei crediti in contraddittorio con tutti i creditori.

¹⁷ In linea alla decisione della Corte di Giustizia, 6 giugno 2018 - *Tarragó da Silveira contro Massa Insolvente da Espírito Santo Financial Group SA*, causa C 250/17, cit., retro, in nota 11.

¹⁸ Cfr., anche per una descrizione del panorama dottrinale, DE MATTEIS, *sub art. 98*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da LO CASCIO, Milano, 2017, 1354; SPIOTTA, *L'accertamento del passivo*, cit., 2051.

¹⁹ Cfr. Cass. Sez. I (ord.), 19 febbraio 2018, n. 3957 (in *Il fall.*, 2018, 1290 s. con nota di BACCAGLINI, *Revoca del fallimento ed improcedibilità delle liti passive pendenti*) secondo cui la novella del 2006 della legge fallimentare “...ha inteso strutturare il giudizio di opposizione allo stato passivo come un procedimento strettamente connesso alla procedura fallimentare, inteso ad accertare il credito ai soli fini dell'ammissione al passivo, come chiaramente evincibile alla stregua dell'espressa disposizione di cui all'art. 96, u.c. l.fall., che dispone che il decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte all'esito dei giudizi di cui all'art. 99 l.fall. producono effetti soltanto ai fini del concorso, così rendendo palese l'inscindibile collegamento tra il procedimento fallimentare e l'accertamento del passivo che ivi si compie”.

credito sostanziale, accertato senza efficacia di giudicato²⁰ (e senza che si possa sollecitare un accertamento incidentale con domanda di parte *ex art.* 34 c.p.c., perché escluso dalla lettura *a contrario* dell'art. 96 ult. co. l.f.²¹).

La Suprema Corte con la decisione Parmalat non si limita a circoscrivere la portata del concorso formale rispetto all'ordine pubblico: in realtà, la Cassazione ritorna a confermare la distinzione ed il *coordinamento* tra verifica del passivo e accertamento extra-fallimentare dei crediti. È quanto si coglie perlomeno nella parte in cui la Cassazione affronta la questione della riconoscibilità del giudicato statunitense in favore di Citibank in ordine alla condanna al pagamento degli interessi, nonostante la loro cristallizzazione *ex art.* 55 l.f. Poiché la verifica dei crediti attiene all'accertamento non già dell'*an* o del *quantum* del credito, ma alla concorsualità del credito, secondo la Corte la delibanda decisione statunitense, che ha liquidato anche gli interessi maturati in pendenza della procedura concorsuale, non incide sul concorso dei creditori, poiché resta impregiudicata la verifica della opponibilità del predetto credito in seno all'ammissione al passivo, che subirà la falcidia per la parte degli interessi sospesi *ex art.* 55 l.f.

Ciò che merita porre in luce è che, in questi termini, la Cassazione esclude che quel giudicato straniero, pur pronunciato nei confronti dell'amministratore straordinario (ma allora solo quale rappresentante del debitore), sia perciò opponibile *tout court* agli altri creditori²². Pertanto,

²⁰ Si tratta di una ricostruzione che fa capo a E.F. Ricci ma che ha ricevuto molti sostenitori (v. in particolare MENCHINI-MOTTO, *Il processo di fallimento*, cit., 399 s.; MONTANARI *Verificazione del passivo fallimentare e cause connesse*, in *Giur. comm.*, 2016, 146 s.; BACCAGLINI, *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti*, Trento, 2018, 20 s. anche per ulteriori riferimenti dottrinali; v. anche FABIANI, *Spunti di riflessione sull'oggetto del processo di accertamento del passivo*, in *Foro it.* 2010, I, c. 3382 s.) e, di recente, ripresa anche dalla Corte di Cassazione.

²¹ In termini, MONTANARI, *Verificazione del passivo fallimentare e cause connesse*, cit., a valle della novella del 2006, mentre nel regime previgente vi intravedeva una ipotesi di accertamento incidentale *ex lege*.

²² Riecheggia qui netta la tesi di Ricci nel suo noto lavoro monografico del 1979 della irrilevanza di giudicati extra-fallimentari in sede di verifica, funzionale ad accertare l'opponibilità del credito alla massa e la relativa collocazione in contraddittorio con gli altri creditori, al fine esclusivo di ammettere i singoli creditori al riparto dell'attivo fallimentare. L'effetto preclusivo di eventuali pretese restitutorie del debitore tornato *in bonis* pare invece che consegua ai singoli decreti di liquidazione dei riparti parziali, similmente all'ordinanza di assegnazione nella procedura esecutiva individuale. V. FABIANI, *Sull'esclusività del rito*, loc. cit., che non escludeva in via ipotetica la portata restrittiva del principio del concorso formale, nel senso di escludere l'obbligatorietà dell'accertamento speciale *ex art.* 93 ss. l.f., poiché "la pronuncia di accertamento, resa dal giudice competente in via ordinaria, sarebbe inidonea a pregiudicare la massa dei creditori perché comunque il diritto al riparto si acquisisce con l'insinuazione al passivo al fallimento". Lo studioso tuttavia escludeva la fondatezza di questa tesi proprio in considerazione della efficacia vincolante per la

sebbene il giudicato straniero abbia accertato il credito risarcitorio di Citibank contro Parmalat anche in ordine agli interessi, il suo ingresso nell'ordinamento italiano secondo la Cassazione non pregiudica *ex post* l'accertamento da parte degli organi fallimentari del diritto al concorso di Citibank, che verrà misurato, tra gli altri aspetti, anche sulla base del congelamento degli interessi in pendenza della procedura e nel pieno contraddittorio con gli altri creditori²³.

4. – Nonostante la valenza sistematica delle questioni risolte nella sentenza n. 395 del 2018 prima, ed ora con la pronuncia qui commentata in ordine all'oggetto del giudizio di verifica dei crediti (ovvero la loro "concorsualità", i.e. il diritto al concorso), la Corte di Cassazione non si spinge oltre, lasciando intendere che nel nostro sistema operi un doppio binario, a seconda che si tratti di liti passive domestiche o internazionali. La Suprema Corte, infatti, non manca di ribadire – quasi nel timore di ripensamenti di più ampio spettro – la tradizionale lettura giurisprudenziale dell'art. 93 l.f. nelle liti concorsuali interne, secondo cui questa norma, unitamente all'art. 52 l.f., darebbe fondamento al principio di concentrazione entro l'ambito del procedimento di verifica del passivo "...di tutti gli accertamenti, ivi compresi quelli in corso alla data di apertura della procedura, suscettibili di ricadute sul patrimonio del fallito compreso nel fallimento", con conseguente sopravvenuta improcedibilità dei giudizi aventi per oggetto l'accertamento dei crediti verso il fallimento pendenti davanti al giudice ordinario ed alla inammissibilità di azioni di accertamento di questi crediti a valle dell'apertura della procedura concorsuale²⁴.

massa dei creditori del giudicato extra-fallimentare sul credito, in quanto pronunciato verso il curatore subentrato al debitore *in bonis*, che invece la Cassazione con la pronuncia in epigrafe implicitamente esclude. V. anche GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2014, 208-210 s. che sottolinea che l'accertamento dello stato passivo è volto a regolare il diritto dei singoli creditori di partecipare al riparto e presuppone non solo l'accertamento del credito verso il debitore fallito, ma anche la sua opponibilità alla massa, con la conseguenza che il giudicato extrafallimentare verso il debitore *in bonis* avrà solo un effetto preclusivo quanto all'efficacia del titolo da cui deriva il credito e la sua esistenza, ma lascia intatto il vaglio di opponibilità del titolo alla massa dei creditori.

²³ Cfr. INZITARI, *Gli interessi nel fallimento*, in AA.VV., *I crediti nel fallimento*, a cura di Villanacci, Milano, 2015, 493, che coglie nell'inciso di cui all'art. 55 l.f. relativo alla sospensione della decorrenza degli interessi nel fallimento ("agli effetti del concorso") la conferma che il diritto di credito viene preso in considerazione non nella propria finalità di realizzare l'adempimento del debitore, bensì piuttosto con la finalità di consentire la ripartizione del ricavato dalla liquidazione dei beni. Cfr. anche ID., *Interessi legali, corrispettivi, moratori, usurari, anatocistici*, Torino, 2017, 187 s.

²⁴ Orientamento costante della Cassazione, cfr. da ultimo Cass. (ord.), 30 novembre 2017, n. 28833 in *www.ilcaso.it*, che ha ribadito questo principio di concentrazione, ai sensi degli artt. 51 e 52 l.f., in sede fallimentare, entro l'ambito del

Solo quando queste azioni rientrano nella giurisdizione di giudici speciali o di giudici e arbitri stranieri – ma non invece di arbitri interni – esse potrebbero essere proseguite e finanche promosse dopo l’apertura della procedura concorsuale (come avvenuto nel caso Parmalat), anche sulla base di validi patti arbitrali o di proroga della giurisdizione, salvo l’onere del creditore di insinuarsi al passivo con riserva, in attesa del giudicato extra-fallimentare che vincolerà, ma solo *in parte qua*, il giudice fallimentare. Quel credito verrà comunque “verificato” quanto alla sua opponibilità ed al suo *ranking* nel contraddittorio con gli altri creditori, all’evenienza anche per un *quantum minoris*, come in ordine agli interessi liquidati nella sentenza straniera ma cristallizzati in seno al concorso *ex art. 55 l.f.*

Rimane nel fondo però ancora da chiarire la *ratio* di una tale differenziazione e forse un ripensamento del fondamento normativo di quella – pur di lunga tradizione, ma invero non condivisa fino agli anni settanta²⁵ – improcedibilità o inammissibilità di azioni di cognizione su liti passive, di cui non vi è traccia nell’art. 52 l.f. e neppure a ben vedere nel nuovo art. 43 l.f., che si limita a disciplinare l’interruzione – pur automatica²⁶

procedimento di verifica del passivo, “...di tutti gli accertamenti, ivi compresi quelli in corso alla data di apertura della procedura, suscettibili di ricadute sul patrimonio del fallito compreso nel fallimento, con conseguente onere per i creditori che intendano far valere pretese patrimoniali nei confronti della procedura di presentare domanda di ammissione al passivo” con la conseguenza che “le domande a contenuto patrimoniale proposte in sede ordinaria nei confronti della Curatela dopo la dichiarazione di fallimento sono inammissibili e, per altro verso, i giudizi aventi ad oggetto l’accertamento di crediti verso il fallito in corso alla data della dichiarazione di fallimento non solo si interrompono, ex articolo 43 legge fallimentare, ma non possono essere – salvo eccezioni qui non rilevanti – né proseguiti, né riassunti. Il carattere assorbente della speciale procedura di verifica del passivo si realizza infatti anche per i crediti già sub iudice, con la conseguenza che il processo in corso diviene improcedibile nei confronti della curatela ed insuscettibile di produrre effetti rispetto al fallimento, fatta salva la possibilità di agire dopo la chiusura del fallimento per ottenere quanto negato in sede fallimentare. L’accertamento dei crediti rilevanti per i fini del concorso può dunque avvenire solo in sede endofallimentare, sebbene, secondo quanto chiarisce il vigente articolo 96, ultimo comma, legge fallimentare, detto accertamento produca effetti, per l’appunto, «ai soli fini del concorso»”. Nel caso di giudizio pendente avente per oggetto tanto una domanda nei confronti del fallito quanto una domanda del fallito, entrambe fondate su uno stesso titolo (superato l’indirizzo risalente a Cass., Sez. Un., 6 luglio 1979, n. 3878), la Corte ribadisce il principio della scissione del cumulo sancito dalle due coeve pronunce delle Sezioni Unite del 2004: Cass., Sez. Un., 12 novembre 2004, n. 21499 e n. 21500; conf. Cass. (ord.), 10 agosto 2017, n. 19924, in *Fallimento* 2018, 1, 112 s.

²⁵ Cfr. la giurisprudenza citata da E.F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare*, cit., 22 nota 62, spec. Cass. 6 giugno 1975, n. 2248, che però, in mancanza di un esplicito effetto interruttivo dei giudizi pendenti all’epoca non previsto, ammetteva finanche l’instaurazione o la prosecuzione di giudizi da parte del creditore individuale verso il debitore, pur dichiarato fallito.

²⁶ Regime speciale dell’interruzione, previsto per tutti i giudizi pendenti, che è stato però inteso da una parte della dottrina quale conferma della conseguente improcedibilità delle liti passive, a tutela dell’accertamento solo endo-fallimentare

- dei giudizi pendenti nei confronti del fallito ed il subentro del curatore in tutte indistintamente le controversie in corso al momento della dichiarazione di fallimento, che abbiano per oggetto rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento.

L'improcedibilità delle domande di accertamento di crediti nei confronti del fallito non può trovare fondamento neppure nell'ordine pubblico processuale e non è funzionale a presidiare l'esclusività della cognizione endo-esecutiva del giudice fallimentare, che ha per oggetto il distinto diritto al concorso, quale mero potere processuale di partecipare al concorso materiale, che non verrebbe in sé scalfita da eventuali accertamenti extra-fallimentari sui rapporti sostanziali controversi ed intercorsi tra singolo creditore e debitore *in bonis*: rispetto a questi giudizi di cognizione oltretutto – se si considera in generale l'efficacia del giudicato sostanziale verso il creditori sottesa all'art. 404 II co. c.p.c. - il presidio del contraddittorio con gli altri creditori si assottiglia assai²⁷. Balza agli occhi semmai l'interruzione automatica di qualunque giudizio pendente davanti al giudice ordinario relativo ad accertamenti di crediti verso il fallito, magari già giunto alla fase decisoria in primo grado²⁸, eppure destinato a non proseguire, se non nelle ristrette forme del rito sommario innanzi al Giudice Delegato; o anche alla diseconomica e disarmonica scissione del cumulo sopravvenuto di domande²⁹, magari inscindibilmente connesse per incompatibilità o per pregiudizialità³⁰ o anche svolte in litisconsorzio, ad esclusivo presidio della

dei crediti: cfr. per tali posizioni dottrinali la sintesi di CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso alla data del fallimento nella prospettiva del diritto concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2015, 573 s. V. anche VINCRE, *Tutele e simmetrie nella riassunzione del giudizio interrotto ex art. 43, 3° comma, l. fall.*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 897 s.

²⁷ In senso contrario, MONTANARI, *Verificazione del passivo fallimentare e cause connesse*, in *Giur. comm.*, 2016, 146 s., che esclude che possa essere sacrificato il contraddittorio con gli altri creditori concorsuali sulla causa pregiudiziale di risoluzione del contratto.

²⁸ Nel senso che l'effetto interruttivo automatico del processo *ex art. 43 l.f.* opera anche a valle dell'udienza di precisazione delle conclusioni, da ultimo CARIDI, *La sorte dei giudizi in corso*, cit., 580.

²⁹ Sulla separazione del cumulo incrociato della domanda di recupero di un credito del fallito verso un proprio debitore con quella relativa ad un controcredito di quest'ultimo, destinata alla improcedibilità, cfr. anche di recente Cass., 30 novembre 2017, n. 28833.

³⁰ Cfr. sul problema del coordinamento tra competenza del giudice fallimentare e giudice ordinario nel caso di giudizio di risoluzione contrattuale pendente, in cumulo alle conseguenti domande restitutorie e risarcitorie, da ultimo, DE SANTIS, *Il Fallimento* 2018, 1105 s. spec. 1110 che esclude la possibilità della *translatio* della domanda di risoluzione innanzi al giudice delegato nella fase sommaria di verificazione del passivo "in ragione della diversa attitudine alla stabilità del provvedimento finale del giudizio di cognizione ordinaria e del giudizio di verifica del passivo: il primo attinge all'autorità del giudicato *ex art. 2909 c.c.*; il secondo può, al massimo, aspirare alla stabilizzazione endoconcorsuale, alla luce della previsione

concentrazione delle sole “domande di accertamento dei crediti” in sede di verifica ex art. 93 s. l.f., ma che tali a rigore non sono più, perché i crediti ivi sono accertati necessariamente *incidenter tantum*. La domanda giudiziale qui ha come *petitum* la richiesta di essere ammessi al concorso materiale, quale domanda di tutela satisfattiva del credito e non più in senso stretto di cognizione (pur in funzione esecutiva)³¹.

A valle della pronuncia della Cassazione n. 395/2018, si delinea ora netta anche l'eventualità che quell'ipotetico giudizio su cd. lite passiva, a suo tempo drasticamente interrotto innanzi al giudice ordinario e “trasferito” innanzi al giudice fallimentare (magari fino alla fase a cognizione piena in seno all'opposizione allo stato passivo – come verosimilmente accadrà in tutti i casi di crediti illiquidi, come quelli risarcitori -), venga nuovamente dichiarato improcedibile nel caso di revoca della sentenza di fallimento³².

Se in ambito europeo si è respinto il principio di concentrazione della giurisdizione in capo al giudice del Comi e si è colta l'importanza di tutelare l'affidamento della parte attrice creditrice ad una sentenza sul merito, nonostante il fallimento *lite pendente* del proprio debitore, non è escluso che

di cui all'art. 96, ult. comma, l.fall.”, così come dubita dell'applicabilità dell'art. 295 c.p.c., pur indicata quale “via maestra” e semmai favorevole al mero rinvio della trattazione della domanda sul credito risarcitorio o restitutorio ex art. 72 l.f. in attesa del giudicato extrafallimentare sulla risoluzione del rapporto fondamentale da cui esso deriva (op. cit. 1114). Cfr. MENCHINI-MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in *Il processo di fallimento, Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, II, Torino, 2014, 410 s., spec. 445 s., che escludono l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. e aprono alla lettura allargata dei crediti ammessi con riserva ex art. 96, comma 2, e 55, comma 3, l. fall., anche nell'attesa della pronuncia definitiva del giudice ordinario sull'azione costitutiva pregiudiziale. Critico verso l'interpretazione estensiva dell'art. 96 l.f. al caso di un credito condizionato al giudicato extrafallimentare pregiudiziale sul rapporto giuridico fondamentale da cui deriva il credito, MONTANARI, *Verificazione del passivo fallimentare e cause connesse*, cit., 146 s. Cfr. anche per una sintesi delle diverse posizioni dottrinali, BACCAGLINI, *Fallimento e arbitrato rituale*, cit.

³¹ Anche con riferimento all'art. 549 c.p.c. la Corte costituzionale ha puntualizzato che l'istanza, “... proprio perché riferibile a un procedimento formalizzato di tipo non cognitivo - non ha le caratteristiche di una domanda giudiziale (...)”, (punto 5.2., Corte Cost., 10 luglio 2019, n. 172, in *Riv. esec. forz.*, 2019, 859, con nota di STASIO, *La costituzionalità del nuovo “accertamento” dell'obbligo del terzo, ovvero: come ho imparato a non preoccuparmi e ad amare la ragionevole durata del processo*).

³² Coglie questa diseconomia BACCAGLINI, *Revoca del fallimento*, cit., 1295 che nei casi di giudizi già pendenti *ex ante* in sede ordinaria apprezza la soluzione di MONTANARI che ha intravisto sottesa alla improcedibilità subita da quel giudizio per effetto del combinato disposto degli artt. 43-52 l.fall., una fattispecie di sospensione, seguita da una mera fase di quiescenza di quel giudizio per tutta la durata della procedura concorsuale e suscettibile di riassunzione verso il fallito tornato in bonis (MONTANARI, *Fallimento e azioni pendenti dei creditori nel sistema uscito dalla Riforma*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 105). Si tratta di una soluzione tuttavia che *de jure condito* fatica a trovare un addentellato normativo e *de jure condendo* da vagliare sotto il profilo di una oggettiva litispendenza quiescente di lunga, a volte anche decennale, durata.

la Cassazione possa compiere ancora importanti passi in avanti: specie a fronte dell'estremo sforzo che sta ancor oggi compiendo la dottrina che, nel mantenere fermo lo sbarramento ai giudizi extra-fallimentari sui crediti, anche pendenti, ha prospettato soluzioni diversificate quanto alla trasmigrazione delle cause innanzi al giudice fallimentare, ma consapevolmente non appaganti, specie sul fronte della ragionevole durata del processo. Queste soluzioni si sono andate a complicare proprio a valle del novellato art. 96 u.c. l.f., che ora esclude, almeno pacificamente, la possibilità di svolgere domande di accertamento incidentale *ex art. 34 l.f.*, l'applicazione dell'art. 295 c.p.c. (e qui, verrebbe da dire, per fortuna) e la riunione in fase di opposizione allo stato passivo³³.

Forse allora è tempo per ripensare non tanto ai poteri del giudice fallimentare in seno al giudizio di verifica dei crediti, che di recente si prova ad estendere a pronunce costitutive *ex art. 2908 c.c.*³⁴, bensì alla tradizionale lettura dell'art. 52 l.f., affidando piuttosto alle regole generali in materia di giurisdizione e competenza, ed al principio della *perpetuatio jurisdictionis* il riparto del carico della giustizia per le liti concorsuali, anche passive, nell'ottica di ragionevole durata del processo. La figura della domanda di ammissione con riserva potrebbe divenire a sua volta un efficace strumento di coordinamento tra giudizi aventi pur sempre distinte finalità (e perciò non agevolmente coordinabili neppure mediante gli istituti della litispendenza, continenza e della connessione): quello di cognizione in funzione del giudicato sostanziale di accertamento del credito, da un lato (che si può estendere al rapporto giuridico fondamentale tra creditore e fallito da cui il primo scaturisce), e quello di cognizione *incidenter tantum* in funzione esecutiva e di ammissione ai riparti, dall'altro, assai simile a quello di cui al novellato art. 549 c.p.c. A sua volta, il principio di concentrazione nel foro fallimentare pare già ben definito – e apparentemente si esaurisce – nell'art. 24 l.f. e nel suo corrispondente comunitario nell'art. 32 Reg. per le liti strettamente connesse alla procedura.

Abstract

IN PARMALAT-CITIBANK CASE, ITALIAN SUPREME COURT REDUCES THE ITALIAN *VIS ATTRACTIVA* CONCURSUS PRINCIPLE RELATING TO

³³ Cfr., anche per una compiuta analisi della casistica di cause connesse con l'accertamento dei crediti in sede di verifica del passivo e delle possibili soluzioni di coordinamento, M. MONTANARI, *Verificazione del passivo e cause connesse*, cit. 146 s.

³⁴ Cfr. M. MONTANARI, *Verificazione*, cit., che ammette, tra le altre, la domanda costitutiva *ex art. 2932 c.c.* in sede di ammissione al passivo.

**FOREIGN JURISDICTION ON CIVIL LIABILITY CLAIMS AGAINST THE
DEBTOR**

L'autore ripercorre i passaggi della sentenza della Corte di Cassazione del 15 aprile 2019 n. 10540, che ha definitivamente riconosciuto efficace in Italia la sentenza della *Superior Court* del New Jersey del 2008 di condanna di Parmalat a risarcire ingenti danni in favore di Citibank. La S.C., in particolare, ha escluso che il principio dell'accertamento dei crediti in sede concorsuale sia un principio di ordine pubblico processuale, ostativo al riconoscimento del giudicato straniero. La sentenza della Corte si allinea all'orientamento della CGUE sul coordinamento tra giurisdizione dello Stato di apertura della procedura di insolenza e giurisdizione su controversie civili e commerciali di altri Stati Membri.

The Author analyses the grounds of the Italian Supreme Court decision dates from 15 April 2019 n. 10540, that finally confirms the recognition of the New Jersey judgement dating back to 2008 awarding enormous damages to Citibank against Parmalat. The S.C. excludes that the Italian vis attractiva concursus principle on the assessment of creditors' claims is a principle of public procedural order, as a reason for refusing recognition. The decision is in line with the CJEU interpretation about the conflicts among UE State Members on Insolvency and Civil and Commercial jurisdiction.

Corte di cassazione, Sez. Un., 12 giugno 2019, n. 15750

Pres. Mammone – Rel. Giusti

In tema di autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore straniero che si trova sul territorio italiano, il diniego non può essere fatto derivare automaticamente dalla pronuncia di condanna per uno dei reati che lo stesso testo unico considera ostativi all'ingresso o al soggiorno dello straniero; nondimeno la detta condanna è destinata a rilevare, al pari delle attività incompatibili con la permanenza in Italia, in quanto suscettibile di costituire una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, e può condurre al rigetto dell'istanza di autorizzazione all'esito di un esame circostanziato del caso e di un bilanciamento con l'interesse del minore, al quale la detta norma, in presenza di gravi motivi connessi con il suo sviluppo psicofisico, attribuisce valore prioritario, ma non assoluto. (massima non ufficiale).

(Omissis). 1. – I coniugi S.D. e B., di nazionalità albanese, con ricorso presentato al Tribunale per i minorenni dell'Abruzzo in data 17 giugno 2015, hanno richiesto, ai sensi del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 31, comma 3, (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), l'autorizzazione alla permanenza in Italia al fine di accudire i figli minori A., nato in (OMISSIS), e N., nata in (OMISSIS), i quali si trovano nel territorio italiano.

A fondamento della richiesta i ricorrenti hanno indicato la necessità dei minori di essere assistiti da entrambi i genitori, l'indispensabilità dei rapporti con gli stessi per poterne ricevere le cure necessarie a garantire loro una crescita serena e la necessità di garantire il diritto all'unità familiare. Hanno inoltre prospettato i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico dei minori derivanti dall'allontanamento improvviso dei genitori sino ad allora presenti nella vita della famiglia.

In punto di fatto i ricorrenti hanno dedotto: che S.B., dopo il matrimonio e la nascita del primo figlio, è venuto in Italia, dove ha trovato lavoro; che nel 2013 la moglie l'ha raggiunto con il bambino, e qui è nata N.; che attualmente la famiglia dispone di una casa, presa in locazione; che il primo figlio frequenta in Italia la scuola primaria.

2. – Il Tribunale per i minorenni dell'Abruzzo, con decreto in data 11 aprile 2016, ha respinto il ricorso.

2.1. – Il Tribunale per i minorenni ha premesso che la richiesta di permesso di soggiorno di un cittadino extracomunitario, basata sul D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 31, comma 3, deve essere respinta quando non sussistano condizioni di emergenza e non vi sia la prova che l'allontanamento del genitore provocherebbe un pericolo di grave danno alla personalità del figlio minore. Ha inoltre osservato che i gravi motivi connessi allo sviluppo psicofisico del minore straniero, legittimanti l'autorizzazione

di cui alla citata disposizione, vanno correlati alla sussistenza di condizioni di emergenza contingenti, ossia transeunti ed eccezionali, che pongano in grave pericolo l'evoluzione normale della personalità del minore, e non possono essere individuati nel fatto della mera presenza nel territorio dello Stato italiano. Nel caso di specie – ha rilevato il Tribunale per i minorenni – tali presupposti sono assenti, non essendo stati dimostrati quei gravi motivi che potrebbero giustificare l'autorizzazione richiesta; inoltre, da un'informativa della Questura di L'Aquila risulta che S.B. è stato nuovamente arrestato in data 4 aprile 2016 per violazione della normativa in materia di stupefacenti.

3. – La Corte d'appello di L'Aquila, sezione per i minorenni, con decreto depositato in data 15 settembre 2016, ha respinto il reclamo dei coniugi S.D. e B.

3.1. – La Corte territoriale ha osservato che la norma di riferimento prevede il rilascio dell'autorizzazione di cui trattasi in presenza di situazioni, pregiudizievoli per lo sviluppo psicofisico del minore, che, pur non avendo carattere emergenziale o eccezionale, tuttavia non siano di lunga o indeterminabile durata e non siano caratterizzate da tendenziale stabilità. I reclamanti, invece, non indicano la necessità della loro permanenza in Italia come transitoria, ma anzi la rappresentano esplicitamente come destinata ad esaurirsi solo quando i figli avranno raggiunto la piena autonomia economica ed affettiva. Sussiste, inoltre, quanto al padre, una ulteriore ragione ostativa all'accoglimento della domanda, costituita dall'arresto nel 2012 e dal successivo rinvio a giudizio per spaccio di sostanze stupefacenti ed estorsione ai danni del tossicodipendente al quale egli aveva venduto la droga, e che non l'aveva pagata (attività estorsiva portata avanti in maniera molto pressante, con l'ausilio di altri connazionali e con pestaggi), il che ha determinato la revoca del permesso di soggiorno. Inoltre, S.B. è stato condannato per violazione delle norme sull'immigrazione e nell'aprile 2016 è stato arrestato nuovamente per spaccio di sostanze stupefacenti. Il comportamento rivelato da tali precedenti – ha evidenziato la Corte d'appello – è qualificabile come attività incompatibile con la permanenza in Italia, idonea a giustificare, ai sensi del secondo periodo del comma 3 dell'art. 31, la revoca dell'autorizzazione e quindi, a maggior ragione, il mancato rilascio della stessa.

4. – Per la cassazione del decreto della Corte d'appello i coniugi S. hanno proposto ricorso, con atto notificato il 12 e il 21 ottobre 2016.

Gli intimati non hanno svolto attività difensiva in questa sede.

5. – Il ricorso dei genitori di S.A. e N. si articola su quattro motivi.

Con il primo motivo di ricorso (violazione dell'art. 31, comma 3, t.u. imm.) si censura il diniego dell'autorizzazione a causa del comportamento dello S., osservando che la predetta norma prevede il comportamento del familiare del minore quale causa di revoca dell'autorizzazione all'ingresso o soggiorno già concessa, ma non anche quale ragione di diniego di rilascio della stessa, e si ribadisce

la necessità della presenza in Italia dei ricorrenti al fine di prevenire danni allo sviluppo psicofisico dei figli minori, richiamando, tra l'altro, la giurisprudenza di questa Corte che valorizza a tal fine la circostanza che si tratti di minori in età prescolare (come la figlia dei ricorrenti).

Il secondo motivo denuncia la violazione del diritto all'unità familiare sancito dal titolo IV t.u. imm., in recepimento della direttiva 2003/86/CE, e dell'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Con il terzo motivo i ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 19 t.u. imm., in relazione agli artt. 9 e ss. della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, e la violazione del divieto di espulsione dei minori e del diritto all'unità familiare.

Con il quarto mezzo si denuncia la violazione dell'art. 31 t.u. imm. e carenza e illogicità della motivazione, per avere la Corte d'appello omesso completamente di effettuare una valutazione prognostica riguardante il pericolo di danno grave e irreparabile per lo sviluppo psicofisico dei minori.

6. – La Prima Sezione di questa Corte, con ordinanza 19 novembre 2018, n. 29802, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite al fine di risolvere la questione di massima di particolare importanza, posta con il primo motivo, se, in presenza di minore straniero che si trova nel territorio italiano, il comportamento del familiare incompatibile con la permanenza in Italia possa essere preso in considerazione solo ai fini della revoca dell'autorizzazione già concessa, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 31, comma 3, t.u. immigrazione, o anche ai fini del diniego del rilascio dell'autorizzazione.

Il Primo Presidente ha disposto l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

Diritto

Ragioni della decisione.

1. – La questione di massima di particolare importanza concerne l'interpretazione dell'art. 31, comma 3, t.u. immigrazione, approvato con il D.Lgs. n. 286 del 1998.

Collocata nel titolo IV del testo unico dedicato al diritto all'unità familiare e alla tutela dei minori, tale disposizione, sotto la rubrica "Disposizioni a favore dei minori", prevede: "Il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico. L'autorizzazione è revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificavano il rilascio o per attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia. I

provvedimenti sono comunicati alla rappresentanza diplomatica o consolare e al questore per gli adempimenti di rispettiva competenza”.

L’interrogativo posto all’esame delle Sezioni Unite consiste nello stabilire se, in presenza di minore straniero che si trova nel territorio italiano, l’art. 31, comma 3, attribuisca o meno rilevanza, ai fini del diniego del rilascio dell’autorizzazione all’ingresso o alla permanenza in Italia richiesta dal familiare, al suo comportamento incompatibile con la permanenza in Italia.

2. – Su tale nodo interpretativo, che si colloca al delicato incrocio tra interessi di fondamentale rilievo per l’ordinamento, quali la protezione dei diritti fondamentali del minore e la tutela dell’ordine pubblico e della sicurezza nazionale, la Prima Sezione si è espressa con la sentenza 4 giugno 2018, n. 14238, stabilendo che, nel giudizio avente ad oggetto l’autorizzazione all’ingresso o alla permanenza in Italia del familiare di minore straniero, la sussistenza di comportamenti del familiare medesimo incompatibili con il suo soggiorno nel territorio nazionale deve essere valutata in concreto attraverso un esame complessivo della sua condotta, al fine di stabilire, all’esito di un attento bilanciamento, se le esigenze statuali inerenti alla tutela dell’ordine pubblico e della sicurezza nazionale debbano prevalere su quelle derivanti da gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore, cui la norma conferisce protezione in via primaria.

A questo esito la Corte è giunta sul rilievo che l’art. 31, comma 3, t.u. imm. introduce anche un parametro esterno a quello che costituisce il bene giuridico tutelato dalla norma, in quanto attribuisce rilievo ostativo ad attività del familiare incompatibili con la sua permanenza nel territorio nazionale: e ciò sia nel caso in cui siffatte attività siano sopravvenute alla concessa autorizzazione sia, a fortiori, allorchè vengano riscontrate dal giudice già al momento del rilascio dell’autorizzazione.

2.1. – L’ordinanza interlocutoria che ha investito le Sezioni Unite della questione di massima dubita dell’esattezza dell’approdo interpretativo cui è giunta la citata pronuncia.

Ad avviso del Collegio rimettente, infatti, la soluzione favorevole all’attribuzione di rilevanza al comportamento del familiare anche in sede di rilascio dell’autorizzazione, non sarebbe immediatamente suggerita dalla lettera della disposizione di cui all’art. 31, comma 3, t.u. imm. Contro di essa militerebbero non soltanto il riferimento alla sola revoca (e non anche al diniego) dell’autorizzazione, quale “sanzione” dell’attività incompatibile del familiare, ma anche l’espressa previsione che l’autorizzazione può essere rilasciata pure in deroga alle altre disposizioni del testo unico, comprese, evidentemente, quelle (recate dall’art. 4, comma 3, e art. 5, commi 5 e 5-bis) che precludono il rilascio del permesso di soggiorno in favore di soggetti con precedenti penali ostativi o che siano considerati una minaccia per l’ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. Inoltre – si sottolinea –

l'art. 31, comma 3, non sembrerebbe dare rilievo ai precedenti del soggetto interessato, bensì all'attività incompatibile con la permanenza in Italia, ponendo a base della decisione sfavorevole al familiare, non una prognosi, bensì un comportamento in atto al momento della decisione, del quale viene predicata, non la pericolosità, ma la incompatibilità con la permanenza in Italia.

3. – Le Sezioni Unite hanno già chiarito, con la sentenza 25 ottobre 2010, n. 21799, che l'art. 31, comma 3, t.u. imm. svolge la funzione di norma di chiusura del sistema di tutela dei minori stranieri, apportando una deroga alla disciplina sull'ingresso e sul soggiorno dello straniero dettata dalle norme precedenti quando ricorrano le condizioni per salvaguardare il preminente interesse del minore che si trova nel territorio italiano in situazioni nelle quali l'allontanamento suo o di un suo familiare potrebbe pregiudicarne gravemente l'integrità psicofisica. In tale logica, esso "attua, completa ed esaurisce il bilanciamento necessario ed equilibrato tra il rispetto della vita familiare del minore che i pubblici poteri sono tenuti a proteggere e promuovere e l'interesse pubblico generale alla sicurezza del territorio e del controllo delle frontiere che richiede soprattutto il rispetto delle norme sull'immigrazione da parte dei soggetti ad esse sottoposti".

Si tratta di una norma in deroga alle norme comuni sul soggiorno degli stranieri, ma non per questo eccezionale. Le Sezioni Unite, con la citata pronuncia, hanno infatti evidenziato che la temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del familiare del minore non richiede necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla salute del fanciullo. La portata dell'art. 31, comma 3, non si presta ad essere costretta nei confini angusti dell'emergenza sanitaria o della grave patologia del minore. Svincolata dall'eccezionalità come condizione di operatività, tale disposizione, formulata con la tecnica della clausola generale, è suscettibile di comprendere nel suo ambito qualsiasi danno effettivo, concreto ed obiettivamente grave, che, in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psicofisico, deriva o deriverà al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto.

Si tratta, all'evidenza, di situazioni che non si prestano ad essere preventivamente catalogate e standardizzate, ma che richiedono un'indagine svolta in modo individualizzato, attenta alla peculiarità delle situazioni prospettate, effettuata da un organo specializzato come il tribunale per i minorenni, quindi capace anche di approcci interdisciplinari.

3.1. – La giurisprudenza successiva ha recepito e sviluppato i principi enunciati dalle Sezioni Unite, interpretando "in senso ampio" (Cass., Sez. I, 17 aprile 2019, n. 10785) i gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore.

Si è così affermato (Cass., Sez. VI-1, 29 gennaio 2016, n. 1824; Cass., Sez. VI-1, 5 marzo 2018, n. 5084) che la valutazione del danno conseguente all'allontanamento

dei genitori e allo sradicamento del minore deve essere fondata su un giudizio prognostico che non trascuri l'età del minore, il grado di radicamento nel nostro Paese, in relazione anche alla durata del soggiorno, e le prospettive di concrete possibilità di rapporto con i genitori nell'ipotesi di rimpatrio dei medesimi.

Si è inoltre evidenziato (Cass., Sez. I, 21 febbraio 2018, n. 4197) che la temporaneità imposta dalla norma al provvedimento di autorizzazione al soggiorno del familiare non implica di necessità che temporanea sia anche la situazione di grave disagio o danno che si vuole contrastare.

Seguendo quest'ordine di idee, ai fini del giudizio prognostico circa le conseguenze di un peggioramento delle condizioni di vita del minore con incidenza sul suo sviluppo psicofisico, si sono positivamente valutati: il radicamento della famiglia nel territorio nazionale, lo sforzo di inserimento nella società italiana e la problematicità dell'adattamento del minore alle condizioni di vita e alle usanze di un Paese straniero in caso di diniego dell'autorizzazione (Cass., Sez. VI-1, 17 dicembre 2015, n. 25419); il disagio psicofisico cui il minore sarebbe esposto in caso di distacco dal luogo in cui è il centro dei propri interessi e relazioni o di allontanamento di uno o di entrambi i genitori (Cass., Sez. VI-1, 2 dicembre 2014, n. 25508; Cass., Sez. VI-1, 2 dicembre 2015, n. 24476; Cass., Sez. I, 3 agosto 2017, n. 19433); la tenera età del minore (Cass., Sez. VI-1, 20 luglio 2015, n. 15191).

4. – L'autorizzazione alla permanenza o all'ingresso temporaneo in Italia, prevista dall'art. 31, comma 3, t.u. imm., costituisce una misura incisiva a tutela e a protezione del diritto fondamentale del minore a vivere con i genitori. La funzione della disposizione è quella di salvaguardare il superiore interesse del minore in situazioni nelle quali l'allontanamento o il mancato ingresso di un suo familiare potrebbe pregiudicarne gravemente l'esistenza. L'interesse del familiare ad ottenere l'autorizzazione alla permanenza o all'ingresso nel territorio nazionale riceve tutela in via riflessa, ovvero nella misura in cui sia funzionale a salvaguardare lo sviluppo psicofisico del minore, che è il bene giuridico protetto dalla norma nonchè la ragione unica del provvedimento autorizzatorio.

4.1. – L'interesse tutelato rinviene un preciso fondamento in principi e valori oggettivamente espressi a più livelli dall'ordinamento.

A livello costituzionale, oltre all'art. 2 Cost., che tutela i diritti fondamentali di ogni individuo, e quindi anche del minore, nelle formazioni sociali in cui egli è inserito (e dunque in primo luogo nella famiglia), e all'art. 3 Cost., che impegna i pubblici poteri a garantire (e a rimuovere ogni ostacolo ad) un compiuto ed armonico sviluppo della sua personalità, vengono in rilievo l'art. 29 Cost., che sancisce il riconoscimento dei diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, l'art. 30 Cost., sull'obbligo dei genitori di educare, mantenere, istruire i figli, cui corrisponde un diritto dei figli di contenuto identico, e l'art. 31 Cost., che

proclama l'aiuto e il sostegno della Repubblica alla famiglia per l'adempimento dei relativi compiti, nonché la protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù.

A livello di legislazione ordinaria, assumono rilievo, tra gli altri, la L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 1, che enuncia il diritto del minore di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia, e l'art. 337-ter c.c., ai cui sensi il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi. Rilevano, inoltre, le disposizioni del titolo IV (art. 2833) del testo unico, aventi ad oggetto proprio il diritto all'unità familiare e la tutela dei minori, titolo nel quale si colloca l'art. 28, comma 3, del seguente tenore: "In tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo, conformemente a quanto previsto dall'art. 3, comma 1, della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata a resa esecutiva ai sensi della L. 27 maggio 1991, n. 176".

Alla protezione dei diritti del fanciullo si rivolgono inoltre fonti sovranazionali e internazionali.

L'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prevede che ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare e che non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclama il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare (art. 7) e, nel riconoscere i diritti del minore (art. 24), prevede: che i minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere; che in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente; che il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

A sua volta, la Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo, dopo avere stabilito, all'art. 3, che in tutte le decisioni relative ai minori l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente, prevede, all'art. 9, che gli Stati parti vigilano affinché il fanciullo non sia separato dai suoi genitori, se non in casi specifici e controllati.

5. – In questo quadro si colloca la specifica questione che giunge ora all'esame delle Sezioni Unite.

5.1. – Per risolvere il dubbio interpretativo occorre muovere dal dato letterale dell'art. 31, comma 3, ai cui termini l'autorizzazione in deroga – prevista al ricorrere di gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore che si trova nel territorio italiano – è revocabile *ante tempus*, non solo per intervenuta cessazione dei gravi motivi che ne avevano giustificato il rilascio, ma anche per condotte del familiare autorizzato che si rivelino contrarie alle esigenze del minore o incompatibili con la permanenza in Italia.

La norma sulle attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia intende assicurare che la fattispecie permissiva non si risolva in un evento controproducente per il fanciullo od intollerabile per le ragioni interne di ordine pubblico o per la sicurezza dello Stato.

Ad avviso del Collegio, tale disposizione non consente di ritenere che l'attività incompatibile con la permanenza in Italia sia destinata a

rilevare soltanto se sopravvenuta, dunque in sede di revoca dell'autorizzazione già concessa, mentre sia ininfluente, quantunque si presenti come tale già al momento della richiesta di autorizzazione da parte del familiare, in fase di rilascio della stessa.

Se la norma fosse così interpretata – se cioè si ritenesse, come sembra suggerire l'ordinanza di rimessione, che, anche là dove vi siano comportamenti del familiare integranti un'attività concreta ed attuale incompatibile con la permanenza in Italia ed idonei a determinare la revocabilità dell'autorizzazione, siffatta condotta non possa essere presa in considerazione dal Tribunale per i minorenni in fase di rilascio dell'autorizzazione per una sorta di prevalenza per legge, sempre e comunque, in quella fase, dell'interesse del minore – la soluzione ermeneutica presterebbe il fianco a dubbi di tenuta sul piano logico-sistematico. Infatti, si finirebbe con il postulare il rilascio di un'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza del familiare anche quando sussistano cause che potrebbero giustificare l'immediata revoca, spezzandosi così l'unitarietà e la continuità tra le esigenze da prendere in esame, nella ponderazione valutativa affidata al giudice specializzato, nel giudizio finalizzato al rilascio dell'autorizzazione e in quello ad esso successivo.

Secondo la lettura che il Collegio ritiene preferibile, invece, l'art. 31, comma 3, nel prevedere le attività del familiare incompatibili con le esigenze del minore o con la permanenza in Italia, presenta una ratio destinata ad esplicitarsi, con una sua intrinseca coerenza, non solo nella fase successiva all'autorizzazione (per la quale è espressamente prevista la revoca in presenza di condotte contrarie agli interessi del minore o tali da turbare gravemente la tranquillità e la sicurezza della popolazione), ma anche, ab origine, ai fini del rilascio della stessa.

Questo esito interpretativo si appalesa evidente là dove ci si trovi di fronte ad attività del familiare incompatibili con i bisogni del minore.

È chiaro che l'esigenza di dare rilievo a tale ipotesi, già nella fase del rilascio, si impone – come ha esattamente sottolineato la sentenza n. 14238 del 2018 della Prima Sezione – in ragione della natura stessa dell'autorizzazione. Infatti, l'autorizzazione temporanea all'ingresso o alla permanenza del familiare richiedente, in deroga all'ordinario regime giuridico disciplinante il soggiorno in Italia dello straniero, in tanto si giustifica, in quanto egli svolga la propria funzione genitoriale a beneficio del minore e del suo sviluppo psicofisico; altrimenti si verrebbe a contraddire lo scopo stesso della norma, che prevede il rilascio dell'autorizzazione per un periodo di tempo determinato in favore dell'adulto richiedente come risposta alla primaria esigenza di assistenza del minore, onde evitargli il pregiudizio conseguente al venir meno della effettività della vita familiare e della relazione parentale. Ne consegue che comportamenti del familiare incompatibili con le esigenze del minore dovranno indurre il Tribunale per i minorenni a negare l'autorizzazione (o a revocarla in caso di condotte sopravvenute), giacché la verifica che tra il genitore richiedente e il minore sussista realmente un rapporto affettivo significativo e idoneo rappresenta una valutazione necessariamente implicita in quella concernente la sussistenza dei gravi motivi e non scindibile da essa.

Ma la soluzione interpretativa si presenta altrettanto evidente nell'ipotesi di attività del familiare incompatibili con la permanenza in Italia. L'introduzione di tale parametro esterno rispetto al bene giuridico protetto dalla norma dimostra infatti che il legislatore ha inteso annettere rilevanza alle esigenze che riguardano l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, affidando al Tribunale per i minorenni, già al momento del rilascio dell'autorizzazione, un giudizio di bilanciamento tra la protezione del benessere psicofisico del minore (incluso il suo diritto al mantenimento dell'unità familiare), al cui scopo la presenza dell'adulto in Italia è finalizzata, e la tutela di quelle esigenze; dimostra che, anche in tale momento, il preminente diritto del minore a non vedersi privato della figura genitoriale fino ad allora presente nella sua vita di relazione non è assoluto, potendo risultare in concreto recessivo, all'esito di un circostanziato esame del caso e delle sue esigenze, ove risulti che il familiare richiedente l'autorizzazione abbia posto in essere un'attività incompatibile con la permanenza in Italia, tale da rappresentare una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale. Con il comma 3 dell'art. 31, il legislatore del testo unico ha inteso perseguire l'interesse del minore nel grado più elevato possibile, assicurandogli il godimento pieno del suo diritto fondamentale all'effettività della vita familiare e della relazione con i propri genitori, ma nel rispetto della basilare esigenza di protezione dalla criminalità del Paese che offre accoglienza.

5.2. – Si tratta a questo punto di confrontare l'approdo esegetico appena delineato con l'espressa previsione, contenuta nell'art. 31, comma 3, che – in presenza dei gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore – configura il rilascio

dell'autorizzazione alla permanenza o all'ingresso del familiare come possibile "anche in deroga alle altre disposizioni del presente testo unico".

Tale deroga, riguardando indistintamente tutte le disposizioni che nel testo unico limitano l'ingresso degli stranieri nel territorio italiano o il rilascio del permesso di soggiorno o il suo rinnovo, include nel suo raggio di operatività gli artt. 4, comma 3, e 5, commi 5 e 5-bis, i quali fanno riferimento ai soggetti con precedenti penali ostativi, derivanti in alcuni casi più gravi anche da sentenza di condanna non definitiva, o che siano considerati una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

La deroga alle disposizioni che prevedono cause ostative all'ingresso o al soggiorno conseguenti a condanne penali riportate dallo straniero significa che l'autorizzazione ai sensi dell'art. 31, comma 3, t.u. imm. non può essere negata automaticamente, in base al solo rilievo della subita condanna per determinati reati.

Il legislatore – intendendo dare un valore prioritario, in presenza di gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore che si trova nel territorio italiano, al bene della vita costituito dall'unità della famiglia e dalla reciproca assistenza tra i suoi membri in funzione del superiore interesse del minore – ha inteso muovere dalla consapevolezza che il distacco dal nucleo familiare, in presenza di un figlio minore bisognoso di essere assistito in Italia dal genitore, è decisione troppo grave perché sia rimessa in forma generalizzata e automatica a una presunzione astratta di pericolosità assoluta, stabilita dallo stesso testo unico con riguardo alla disciplina dell'ingresso e del soggiorno nel territorio nazionale, senza lasciare spazio a un temperamento frutto di un circostanziato esame della situazione particolare sia del fanciullo sia del familiare richiedente l'autorizzazione alla permanenza o all'ingresso per un periodo di tempo determinato. Così, ad esempio, la verifica di un percorso di reinserimento sociale concretamente dimostrato e la sussistenza di una relazione genitoriale positiva possono giustificare la speciale autorizzazione al soggiorno, nonostante la riportata condanna, da parte del familiare, per uno dei titoli di reato elencati nell'art. 4, comma 3, del testo unico, che in via generale precludono l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato.

Tuttavia, la riportata condanna per uno di tali reati, se non è automaticamente ostativa, non è neppure aprioristicamente indifferente ai fini del rilascio dell'autorizzazione in deroga ai sensi dell'art. 31, comma 3: essa potrà rilevare, al pari delle attività incompatibili con la permanenza in Italia, e condurre se del caso al rigetto della richiesta autorizzazione in deroga, in quanto suscettibile di costituire una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico o per la sicurezza nazionale.

5.3. – In sostanza, il giudice, investito della richiesta di autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, è chiamato in primo luogo ad accertare la sussistenza di gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore che si trova nel territorio italiano; esaurito positivamente tale

accertamento, a fronte del compimento da parte del familiare istante di attività incompatibili con la permanenza in Italia, potrà negare l'autorizzazione soltanto all'esito di un esame complessivo, svolto in concreto e non in astratto, della sua condotta, cui segua un attento giudizio di bilanciamento tra l'interesse statuale alla tutela dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale e il preminente interesse del minore (Cass. n. 14238 del 2018, cit.).

6. – Si tratta di una soluzione ispirata alla ricerca del bilanciamento dei contrapposti interessi nella soluzione concreta, che appare in linea con le indicazioni che provengono dalla giurisprudenza costituzionale.

Secondo il Giudice delle leggi, la condanna per determinati reati di uno straniero non appartenente all'Unione Europea ben può giustificare la previsione di un automatismo ostativo al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno, ma occorre pur sempre che una simile previsione possa considerarsi rispettosa di un bilanciamento, ragionevole e proporzionato ai sensi dell'art. 3 Cost., tra l'esigenza, da un lato, di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato e di regolare i flussi migratori e, dall'altro, di salvaguardare i diritti dello straniero, riconosciutigli dalla Costituzione, perché la condizione giuridica dello straniero non deve essere considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa inammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi (sentenze n. 148 del 2008 e n. 172 del 2012).

Su questa base, la Corte costituzionale (sentenza n. 172 del 2012, cit.) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 3 Cost., del D.L. 1 luglio 2009, n. 78, art. 1-ter, comma 13, lett. c), introdotto dalla legge di conversione 3 agosto 2009, n. 102, nella parte in cui faceva derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore extracomunitario dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'art. 381 c.p.p., senza prevedere che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

Muovendosi in questa stessa prospettiva, la Corte costituzionale ha esteso l'ambito della previsione dettata dall'art. 5, comma 5, t.u. imm. soltanto per lo straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero per il familiare ricongiunto, previsione che li pone al riparo dall'applicazione automatica di misure capaci di compromettere la loro permanenza nel territorio, in caso di condanna per i reati indicati dall'art. 4, comma 3, dello stesso t.u., ove si debba adottare un provvedimento di rifiuto, revoca o diniego di rinnovo del permesso di soggiorno. La sentenza n. 202 del 2013 ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale della citata disposizione nella parte in cui prevedeva che la tutela rafforzata in essa stabilita – che impone all'amministrazione di valutare in concreto la situazione dell'interessato, tenendo conto tanto della sua pericolosità per la sicurezza e l'ordine pubblico, quanto della durata del suo soggiorno e dei suoi legami familiari e sociali – si applichi solo allo straniero che ha esercitato il diritto al

ricongiungimento familiare o al familiare ricongiunto, e non anche allo straniero che abbia legami familiari nel territorio dello Stato. Il Giudice costituzionale ha affermato che la delimitazione dell'ambito di applicazione della tutela rafforzata, che permette di superare l'automatismo solo nei confronti dei soggetti che hanno fatto ingresso nel territorio in virtù di un formale provvedimento di ricongiungimento familiare", determina "una irragionevole disparità di trattamento rispetto a chi, pur versando nelle condizioni sostanziali per ottenerlo, non abbia formulato istanza in tal senso. Simile restrizione viola l'art. 3 Cost. e reca un irragionevole pregiudizio ai rapporti familiari, che dovrebbero ricevere una protezione privilegiata ai sensi degli artt. 29,30 e 31 Cost. e che la Repubblica è vincolata a sostenere, anche con specifiche agevolazioni e provvidenze, in base alle suddette previsioni costituzionali".

6.1. – Ad analoghe considerazioni conduce anche l'esame dell'applicazione dell'art. 8 della CEDU nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

La Corte di Strasburgo ha, infatti, sempre affermato (sentenza 2 novembre 2001, *Boultif c. Svizzera*; sentenza della Grande Camera 18 ottobre 2006, *Oner c. Paesi Bassi*; sentenza 7 aprile 2009, *Cherif e altri c. Italia*; sentenza 4 dicembre 2012, *Hamidovic c. Italia*) che la CEDU non garantisce allo straniero il diritto di entrare o risiedere in un determinato Paese, sicché gli Stati mantengono il potere di espellere gli stranieri condannati per reati puniti con pena detentiva. Tuttavia, quando nel Paese dove lo straniero intende soggiornare vivono i membri stretti della sua famiglia, occorre bilanciare in modo proporzionato il diritto alla vita familiare del ricorrente e dei suoi congiunti con il bene giuridico della pubblica sicurezza e con l'esigenza di prevenire minacce all'ordine pubblico.

La ragionevolezza e la proporzione del bilanciamento richiesto dall'art. 8 della CEDU implicano, secondo la Corte Europea, la possibilità di valutare una serie di elementi desumibili dall'attenta osservazione in concreto di ciascun caso, tra i quali la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente, il lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta del ricorrente durante tale periodo, la situazione familiare del ricorrente, le difficoltà che il coniuge o i figli rischiano di trovarsi ad affrontare in caso di espulsione, l'interesse e il benessere dei figli, la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il Paese ospite.

6.2. – Anche la giurisprudenza di legittimità si è già mostrata capace di individuare soluzioni ermeneutiche del diritto positivo volte a realizzare il bilanciamento dei contrapposti interessi secondo criteri di proporzione e ragionevolezza.

Nel settore della misura di sicurezza della espulsione dello straniero, questa Corte ha infatti stabilito che, ai fini dell'applicazione di tale misura D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ex art. 86, per la avvenuta commissione di reati in materia di stupefacenti, è necessario non solo il previo accertamento della sussistenza in concreto della pericolosità sociale del condannato, in conformità dell'art. 8 della

CEDU ed in relazione all'art. 117 Cost., ma anche l'esame comparativo della condizione familiare dell'imputato con gli altri criteri di valutazione indicati dall'art. 133 c.p., in una prospettiva di bilanciamento tra l'interesse generale alla sicurezza e l'interesse del singolo alla vita familiare (Cass. pen., Sez. IV, 2 dicembre 2014, n. 50379, Xhaferri; Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2017, n. 52137, Talbi); e, in relazione all'espulsione prevista dall'art. 235 c.p. e art. 15 t.u. immigrazione, ha affermato che, anche nel caso i cui i familiari conviventi non siano cittadini italiani, nel giudizio di pericolosità sociale si deve tener conto dell'efficacia risocializzante del nucleo familiare, sicché l'espulsione può essere disposta solo quando il grado di pericolosità sia talmente elevato da non poter essere contrastato dall'esistenza del legame familiare (Cass. pen., Sez. V, 16 gennaio 2019, n. 1953, Neagu). Proprio muovendo dalla premessa che, in tali vicende, il giudice penale deve occuparsi di una duplice valutazione (ossia della attuale pericolosità sociale dello straniero e, ove questa sussista, anche della sua situazione familiare, procedendo ad un bilanciamento dei contrapposti interessi), la Prima Sezione civile (sentenza 16 febbraio 2018, n. 3916) ha ritenuto che, una volta che tale valutazione abbia avuto esito negativo per il ricorrente, non è ammissibile che questi possa instaurare un secondo giudizio dinanzi al Tribunale per i minorenni, nell'ambito del quale "si chieda una, anche temporanea, esclusione della misura espulsiva (misura di sicurezza), seppure attraverso l'applicazione dell'art. 31, comma 3, t.u. imm."

7. – Conclusivamente, la questione di massima di particolare importanza va risolta enunciando il seguente principio di diritto: "In tema di autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare di minore straniero che si trova nel territorio italiano, ai sensi dell'art. 31, comma 3, t.u. immigrazione, approvato con il D.Lgs. n. 286 del 1998, il diniego non può essere fatto derivare automaticamente dalla pronuncia di condanna per uno dei reati che lo stesso testo unico considera ostativi all'ingresso o al soggiorno dello straniero; nondimeno la detta condanna è destinata a rilevare, al pari delle attività incompatibili con la permanenza in Italia, in quanto suscettibile di costituire una minaccia concreta e attuale per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale, e può condurre al rigetto della istanza di autorizzazione all'esito di un esame circostanziato del caso e di un bilanciamento con l'interesse del minore, al quale la detta norma, in presenza di gravi motivi connessi con il suo sviluppo psicofisico, attribuisce valore prioritario, ma non assoluto".

8. – Venendo all'esame del ricorso, il primo motivo è fondato, nei limiti che seguono.

Correttamente la Corte d'appello, sezione per i minorenni, ha dato rilievo alla attività del padre dei bambini incompatibile con la sua permanenza in Italia, traendo questa valutazione dalla gravità delle condotte poste in essere che avevano portato per due volte al suo arresto: nel 2012, per spaccio di sostanze stupefacenti (cocaina)

ed estorsione, reati per i quali è stato poi rinviato a giudizio; e nel 2016, ancora una volta per spaccio di sostanze stupefacenti.

Sennonchè, nell'escludere la ricorrenza dei gravi motivi connessi con lo sviluppo dei figli minori che si trovano nel territorio italiano, a precipua tutela dei quali l'ordinamento offre lo strumento dell'autorizzazione in deroga, il giudice del merito si è lasciato in concreto guidare da una interpretazione restrittiva della portata dell'art. 31, comma 3, considerando assorbente il fatto che nel caso di specie la necessità della permanenza del padre e della madre in Italia non è stata indicata come transeunte o limitata ad un certo lasso temporale.

In tal modo la Corte territoriale ha però finito con il ritenere, erroneamente, che la temporaneità imposta dalla norma al provvedimento di autorizzazione al soggiorno del familiare implichi corrispondentemente che temporanea sia anche la situazione di grave disagio o danno che si vuole contrastare, laddove il mancato riscontro dei gravi motivi non può trovare giustificazione nella mera sottolineatura della temporaneità del provvedimento di autorizzazione e della sua idoneità a determinare soltanto un differimento del distacco dei minori dall'Italia. Inoltre il giudice del merito ha trascurato di prendere in considerazione il serio pregiudizio – rappresentato dai ricorrenti in termini di evento traumatico e non di normale disagio – che i minori subirebbero, anche per la loro età, per effetto del rimpatrio improvviso dei loro genitori.

È mancato, conseguentemente, lo svolgimento, a ridosso di un esame concreto di tutte le componenti del caso, di un giudizio di bilanciamento tra l'interesse statuale alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale e le esigenze dei minori, risultando la valutazione negativa della Corte di L'Aquila incentrata pressoché esclusivamente sulla condotta del padre, senza neppure prendere in considerazione la posizione della madre.

9. – Il primo motivo è accolto, nei sensi di cui in motivazione.

Gli altri motivi restano assorbiti.

Il decreto impugnato è cassato, in relazione alla censura accolta. La causa deve essere rinviata alla Corte d'appello di L'Aquila, sezione per i minorenni, che la deciderà in diversa composizione.

LE SEZIONI UNITE ALLA RICERCA DEL BILANCIAMENTO FRA L'INTERESSE DEL MINORE STRANIERO E LA SICUREZZA NAZIONALE

di MARIANGELA FERRARI

Ricercatore

nell'Università di Milano-Bicocca

1. – L'art. 31, comma 3, del testo unico sull'immigrazione (d. lgs. 286/98) è ancora al centro dell'attenzione dei giudici della Suprema Corte per dirimere una questione destinata certo a far discutere poiché, in punta di diritto, si afferma che lo straniero con precedenti penali, condannato per reati gravi, può essere legittimato a restare o entrare nel nostro Paese per accudire un figlio minore ¹.

2. – Procedendo gradualmente: l'art. 31, comma 1, dispone il diritto del minore straniero convivente a seguire la condizione del genitore *regolarmente soggiornante*, mentre il comma 3 stabilisce una *deroga* ai principi previsti nel testo normativo (d.lgs. 286/98), secondo la quale il Tribunale dei minorenni “per gravi motivi connessi allo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova in territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato”.

I criteri, cui fare riferimento per la concessione dell'autorizzazione in deroga ai principi generali, sono numerosi e, senza entrare nel complesso tema del riparto di competenze fra Tribunale dei minori e Tribunale ordinario ² che riguarda questioni strettamente processuali, l'interprete necessita di approfondire il significato, la *ratio* e le caratteristiche di ognuno di essi per trovarne la corretta collocazione nell'ottica del bilanciamento cui la norma (art. 31) assolve.

Le questioni interpretative relative all'art. 31, comma 3 del d.lgs. n. 286 del 1998 non sono nate di recente, bensì risalgono all'emanazione della normativa, tanto da richiedere ben due interventi delle Sezioni Unite al fine di dirimere un conflitto giurisprudenziale insorto fra un orientamento “rigorista”, affermatosi inizialmente, e uno “liberista”, successivo, ispirato anche dalla dottrina prevalente ³.

¹ Così il principio fissato da Cass. SS.UU., 12 giugno 2019, n. 15750, in www.iusexplorer.it

² Con la riforma del 2012 che ha equiparato i figli naturali ai figli legittimi, si è perduta l'occasione per uniformare la competenza sui minori attribuendola ad un unico organo, perciò continua la organizzazione con il doppio binario: i provvedimenti riguardanti i minori possono provenire da organi diversi; la sottolineatura circa l'opportuna competenza del Tribunale dei minori che ha di stanza anche un Pubblico Ministero specializzato in tematiche minorili in VILLA, *Le sezioni unite ridefiniscono i gravi motivi cercando di conciliare l'interesse del minore con il controllo delle frontiere*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 371 ss. in particolare 373.

³ In dottrina v. TUCCI, *I diritti fondamentali del minore extracomunitario*, in *Famiglia*, 2002, 552, che afferma: “...sono stati riconosciuti al minore extracomunitario alcuni di quei diritti (leggi fondamentali), subordinando naturalmente agli stessi le esigenze di regolamentazione dei flussi migratori o di intangibilità delle frontiere, per usare il linguaggio della nostra Corte di legittimità, che spesso vengono addotte, in termini del tutto inaccettabili, proprio per vanificare o comunque limitare i diritti

L'orientamento interpretativo più rigido, prospettato dalla Suprema Corte, si focalizzava essenzialmente sulla eccezionalità dell'autorizzazione, che contrasta con situazioni dal carattere di normalità e stabilità ⁴; la norma è eccezionale e va interpretata restrittivamente, anche perché l'interpretazione estensiva produrrebbe una definitiva elusione della disciplina dell'immigrazione, creando un modo anomalo e illegittimo di stabilizzazione degli extracomunitari in Italia ⁵; di talché non si ritiene un "grave motivo" quello di far terminare al minore gli studi scolastici in Italia ⁶, né l'avvenuto inserimento positivo nel tessuto sociale italiano, ma si insiste sulla necessità di serie circostanze che comprovino la gravità dello scompenso nello sviluppo psicofisico del minore, sganciate da normalità e stabilità ⁷.

Diversamente "nessuna espulsione sarebbe più possibile perché ogni espulsione del genitore produce *ex se* disagio per il minore. L'eccezione diverrebbe regola e la regola l'eccezione" ⁸.

fondamentali"; MOROZZO DELLA ROCCA, *Sui presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno al familiare "nell'interesse del minore"*, in *Fam e dir.*, 2007, 224 ss.; GAMBINI, *Provvedimenti camerali del Tribunale per i minorenni: ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione e presupposti dell'autorizzazione alla permanenza sul territorio nazionale del familiare del minore extracomunitario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 913, con ulteriori riferimenti bibliografici; COCCHINI, *Tutela del minore straniero e diritto all'unità familiare: l'art. 31, comma 3, t.u. immigrazione, non tutela situazioni di stabilità e normalità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 998; VILLA, *op. cit.*, 375-376 con ampi riferimenti bibliografici; mette in evidenza paradossi applicativi della norma di cui all'art. 31, ma sottolinea la natura "derogativa e non abrogativa" della normativa in essere MOROZZO DELLA ROCCA, *L'art. 31, comma 3, d. lgs 286/1998 e la clausola generale dei gravi motivi*, in *Corr. giur.*, 2011, 182 ss.

⁴ In questo senso v. Cass. 14 giugno 2002, n. 8510, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2898 ss.; Cass. 19 marzo 2002, n. 3991, in *Giur. it.*, 2003, 688; Cass. 21 giugno 2002, n. 9088, in *Fam. e dir.*, 2003, 23; Cass. 14 novembre 2003, n. 17194, in *Foro it.*, 2004, I, 2826; Cass. 11 gennaio 2006, n. 396, in *Dir. giust.*, 2006, 23; Cass. 15 gennaio 2007, n. 747, in *Fam. dir.*, 2007, 221; Cass. 19 febbraio 2008, n. 4197, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 996; Cass. 10 marzo 2010, n. 5856, in *Dir. fam.*, 2010, 1639; per la giurisprudenza di merito v. App. Perugia, 18 marzo 2009, e Trib. min. Perugia 31 dicembre 2008, in *Giur. it.*, 2012, 66 ss.

⁵ BELFIORE, *I gravi motivi che legittimano la permanenza in Italia del familiare di un minore straniero devono essere attuali o anche solo futuribili?*, in *Giur. merito*, 2008, 125 ss.; ERAMO, *L'art. 31 del d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286: un'esistenza difficile e tormentata*, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, 696, in particolare 701: "L'interpretazione estensiva della norma in esame condurrebbe, inoltre, ad invertire il principio generale per il quale il bambino segue normalmente la condizione dei genitori, e non viceversa, senza che ciò sia giustificato dal principio del superiore interesse del minore, che non è una norma sovraordinata alle altre, ma un semplice criterio interpretativo".

⁶ Cass. 11 gennaio 2006, n. 396, *cit.*; Cass. 14 novembre 2003, n. 17194, *cit.*

⁷ App. Genova 27 febbraio 2007, n. 15 in *Giur. merito*, 2008, 125.

⁸ Così ERAMO, *L'art. 31 del d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286: un'esistenza difficile e tormentata*, *cit.*, 702.

Non solo. I sostenitori di tale orientamento sottolineano anche la necessaria “attualità” dei gravi motivi comprovata dal richiedente⁹.

Si inserisce in questo contesto una prima sentenza delle Sezioni Unite¹⁰ che, pur adita su una questione processuale, decide di intervenire anche sulle altre questioni del caso di specie, e, pur mantenendosi fedele all’orientamento rigorista, poiché afferma “che la presenza di gravi motivi richiede l’accertamento di situazioni di emergenza di natura eccezionale e contingente, di situazioni, cioè, che non siano quelle normali e stabilmente ricorrenti nella crescita di un minore secondo il ricorrente orientamento interpretativo della giurisprudenza di legittimità”, per la prima volta, distingue l’ipotesi della richiesta di autorizzazione “all’ingresso” da quella di autorizzazione a “permanere” sul territorio dello Stato.

In effetti il testo dell’art. 31 contempla due possibilità autorizzative (di ingresso o di permanenza) senza in realtà distinguere una disciplina specifica per ciascuna di esse, ma gli ermellini, al contrario, discettano sul fatto che “solo nell’ipotesi di richiesta di autorizzazione all’ingresso del familiare nel territorio nazionale in deroga alla disciplina generale dell’immigrazione” deve essere dedotta puntualmente dal richiedente la presenza dei “gravi motivi”, mentre la situazione eccezionale nella quale ravvisare i gravi motivi per la permanenza, “può essere attuale, ma può essere anche dedotta quale conseguenza dell’allontanamento improvviso del familiare sino allora presente e cioè di una situazione futura ed eventuale rimessa all’accertamento del giudice minorile”.

La circostanza, ammessa dalle Sezioni Unite, che i gravi motivi possano essere anche futuri, cioè non presenti né attuali, apre una prospettiva all’orientamento liberista.

L’orientamento cd. liberista¹¹ si fonda essenzialmente sull’interesse del minore e fa ruotare tutta l’azione interpretativa attorno al “principio-valore

⁹ BELFIORE, *I gravi motivi che legittimano la permanenza in Italia del familiare di un minore straniero devono essere attuali o anche solo futuribili?*, cit., 127.

¹⁰ Cass. SS.UU. 16 ottobre 2006, n. 22216, in *Dir. fam. e pers.*, 2007, 686 ss. per la decisione sul contrasto di giurisprudenza verificatosi circa la natura contenziosa del procedimento camerale e la definitività dei provvedimenti in materia minorile di cui all’art. 31, comma 3, del d. lgs. n. 286 del 1998 e quindi la loro ricorribilità per cassazione ai sensi dell’art. 111 Cost.

¹¹ Si v. fra le altre App. Perugia 10 aprile 2002, in *Giur. Merito*, 2003, 1260 ss., che in realtà si oppone all’interpretazione rigorista del Tribunale per i Minorenni che affermava che la più liberale interpretazione della norma consentirebbe una deprecabile elusione della disciplina dell’immigrazione, facendo leva sull’opinione espressa che “la *voluntas legis* è quella di proteggere il minore” oltre al fatto che il T.U. sull’immigrazione faccia riferimento “al superiore interesse del fanciullo come ad un imprescindibile parametro di valutazione per tutti i procedimenti giurisdizionali concernenti i minori (..)”, 1262-1263; per la giurisprudenza di legittimità v. Cass. 19 gennaio 2010, n. 823, in *Giust. civ.*, 2010, I, 281, in cui: “La

del *favor minoris* (che) è e deve essere il punto di partenza nell'interpretazione della norma *de qua* (leggasi art. 31, comma 3, d.lg. n. 286/1998)".

La giurisprudenza schierata in tal senso, ritiene che il testo letterale e la *ratio* dell'art. 31, comma 3, non facciano riferimento a "situazioni eccezionali o eccezionalissime, necessariamente collegate alla salute del minore (malattia, disabilità, ecc.), ma più semplicemente di gravi motivi, connessi con lo sviluppo psicofisico (che per il minore è evidentemente un dato puramente fisiologico), che vanno valutati, tenendo conto delle condizioni di salute (anche in tal caso non viene necessariamente in considerazione una dimensione di eccezionalità) e – profilo particolarmente significativo – dell'età del minore"¹².

Non solo.

Il senso della *ratio* della previsione, in sé "eccezionale" perché in deroga alle altre disposizioni del d.lgs. 286/98, viene ricondotto ad "una incisiva protezione del diritto del minore alla famiglia e a mantenere rapporti continuativi con entrambi i genitori"¹³.

Sul conflitto giurisprudenziale venutosi a creare intervengono le Sezioni Unite, che elaborano un indirizzo intermedio¹⁴ con l'attribuzione di una non scontata centralità alla valutazione dei fatti da parte del giudice, che deve attribuire il giusto significato alla clausola generale dei "gravi motivi", tale da non consentire una standardizzazione dei casi, ma affidare

temporanea autorizzazione all'ingresso o alla permanenza in Italia del familiare del minore, prevista dall'art. 31 d. lgs. n. 286 del 1998 in presenza di gravi motivi connessi allo sviluppo psicofisico del minore e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del medesimo, non postula necessariamente l'esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla sua salute, potendo essere connessa anche soltanto all'età del minore, tenuto conto della grave compromissione all'equilibrio psico-fisico che determina in tale situazione l'allontanamento o la mancanza di uno dei genitori". In dottrina ASTIGGIANO, *Superiore interesse del minore ed immigrazione: sull'interpretazione dell'art. 31 d. lgs. n. 286/1998*, in *Fam e dir.*, 2010, 227; ODDI, *Genitore irregolarmente soggiornante: l'autorizzazione alla permanenza è subordinata all'esclusivo interesse del minore*, in *www.ilfamiliarista.it* che pur dopo la pronuncia delle Sez. Unite, si mostra critico verso i Tribunali dei minorenni che "...valorizzando come ostativi i carichi pendenti o i precedenti penali del familiare richiedente l'autorizzazione ed omettendo, erroneamente, il puntuale bilanciamento richiesto, a detrimento della salvaguardia del miglior interesse del minore straniero".

¹² Così testualmente Cass. 16 ottobre 2009, n. 22080, in *Fam. e dir.*, 2010, 225 ss.

¹³ Di nuovo Cass. 16 ottobre 2009, n. 22080, *cit.*

¹⁴ Cfr. Cass. SS.UU., 25 ottobre 2010, n. 21799, in *Guida dir.*, 2010, 45, 30; coeva e conforme Cass. SS.UU. 25 ottobre 2010, n. 21803, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2354. In dottrina per un positivo apprezzamento della soluzione adottata v. MORANI, *L'ultima pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione civile in composizione del contrasto all'interno della I Sezione sulla temporanea autorizzazione alla permanenza in Italia del minore*, in *Giur. It.*, 2012, 67 ss.

all'accertamento e all'analisi del Tribunale dei minori le decisioni caso per caso.

Le Sezioni Unite osservano come sia necessario un bilanciamento fra il diritto all'unità familiare, che risulta tutelato dalla Costituzione e da una serie di trattati internazionali, e il diritto all'ordine pubblico e alla sicurezza nazionale, ispiratori della normativa sull'immigrazione, spesso fondati su principi contrapposti, ed assegnano proprio all'art. 31 d.lgs. 286/98 "la funzione di norma di chiusura del sistema di tutela dei minori stranieri, fondato in via ordinaria sull'istituto del ricongiungimento familiare, ed apportando una eccezione alla disciplina sull'ingresso e sul soggiorno dello straniero dettata dalle norme precedenti quando ricorrano le condizioni per salvaguardarne il *preminente interesse* in situazioni nelle quali l'allontanamento suo o di un suo familiare potrebbe pregiudicarne gravemente l'integrità fisio-psichica".

L'interpretazione costituzionalmente orientata non consente di sposare né l'interpretazione "rigorista", né quella "liberista" sino a quel momento affermatesi, ma individua un nuovo criterio nella subordinazione dell'autorizzazione alla permanenza del familiare all'accertamento di "gravi motivi connessi allo sviluppo psicofisico del minore" sempre in divenire, giustificando una periodica rivalutazione; viene elaborato il principio secondo cui, escludendo la necessaria esistenza di situazioni di emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali strettamente collegate alla salute del minore, i gravi motivi per concedere la temporanea autorizzazione alla permanenza del familiare possono ricomprendere "qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile ed oggettivamente grave che in considerazione dell'età o delle condizioni di salute ricollegabili al complessivo equilibrio psico-fisico deriva o deriverà certamente al minore dall'allontanamento del familiare o dal suo definitivo sradicamento dall'ambiente in cui è cresciuto. Trattasi di situazioni di per sé non di lunga o indeterminabile durata, non aventi carattere di stabilità che, pur non prestandosi ad essere preventivamente catalogate e standardizzate, si concretano in eventi traumatici e non prevedibili nella vita del fanciullo che necessariamente trascendono il normale e comprensibile disagio del rimpatrio suo o del suo familiare" ⁽¹⁵⁾.

¹⁵ Da questo momento in poi la giurisprudenza della Suprema Corte si uniforma tendenzialmente al principio dettato dalle SS.UU., si v. Cass. 3 febbraio 2011, n. 2647, in *Dir. giust. online*, 2011; Cass. 18 giugno 2014, n. 13848, in *Fam. dir.*, 2014, 840; Cass. 17 dicembre 2015, n. 25419, in *Dir. giust.*, 2015, 18 dicembre; Cass. 8 giugno 2016, n. 11788, in *Dir. giust.*, 2016, 6; Cass. 12 dicembre 2017, n. 29795, *ibidem*, 2017, 12 dicembre; nel merito App. Salerno, 15 gennaio 2019, in www.ilfamiliariista.it. In dottrina aveva criticato l'ultima parte della massima definito "infelice inciso finale.....probabilmente nella mente dell'estensore, purtroppo non coerentemente seguita dalla penna, la temporaneità delle situazioni era un tutt'uno – e nulla di più –

3. – Se l'ampia disamina operata a più riprese sul concetto di "gravi motivi" ha reso convincente l'idea che il legislatore, con l'utilizzo della suddetta "clausola generale", abbia inteso attribuire ai Tribunali per i minori quella discrezionalità del caso concreto, volutamente non standardizzato né precisamente delineato nel testo normativo, così da assecondare al meglio la ricerca del bilanciamento fra interessi contrapposti (l'interesse del minore e quello della sicurezza collettiva), non si possono ulteriormente allargare i confini della discrezionalità, pena la caduta nell'arbitrarietà giudiziale, nella disamina degli altri criteri indicati dall'art. 31, comma 3.

Il ruolo del giudice di merito diviene così centrale nella consapevolezza che le "clausole generali", quando imposte dal legislatore, hanno bisogno di essere tradotte in regole del caso specifico, operazione spesso garantita da competenza, specializzazione e elementi di fatto a disposizione dei Tribunali dei minori ¹⁶.

Il parametro dell'età del minore (e delle condizioni di salute) di per sé oggettivo in quanto anagrafico, dovrebbe poter assumere, nell'ottica di evitare arbitrarietà giudiziale, una valutazione abbastanza standardizzata, nel senso che, se è vero – come è vero – che non possano essere le situazioni di normalità a giustificare l'autorizzazione in deroga di cui all'art. 31, allora ne discende logicamente che, per minori molto piccoli, soltanto motivi di salute, quali ad esempio gravi patologie incurabili nel paese d'origine, possano consentire la deroga al principio generale che il minore debba seguire i genitori in caso di rimpatrio per la mancanza di condizioni degli stessi a permanere sul territorio nazionale. Tale interpretazione certo non si traduce, a nostro parere, in una espulsione di fatto del minore, bensì è la naturale conseguenza della tutela del diritto alla coesione familiare di cui si accennava sopra. I figli meritano di seguire e convivere con i propri genitori.

È chiaro a tutti come il semplice allontanamento da un genitore, o da entrambi, possa sempre comportare scompenso ad un figlio, quasi sia una

con quella stessa temporaneità degli effetti del provvedimento che derivano dal possibile ed anzi sicuro evolversi delle condizioni del minore nel tempo" MOROZZO DELLA ROCCA, *L'art. 31, comma 3, d. lgs 286/1998 e la clausola generale dei gravi motivi*, cit., 187.

¹⁶ In questo senso si veda MOROZZO DELLA ROCCA, *L'art. 31, comma 3, d. lgs 286/1998 e la clausola generale dei gravi motivi*, cit., 188.; di recente v. CARAPEZZA FIGLIA, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, in *Dir. Fam. pers.*, 2018, 227, in cui: "Nella complessa epoca del multiculturalismo, il pluralismo dei diritti richiede un pluralismo dei poteri, che eviti tanto il monopolio di un unico "padrone del diritto", quanto i pericoli del soggettivismo interpretativo. L'unitarietà del sistema non è più rimessa, allora, a un garante dotato dell'ultima parola, ma richiede la convergenza delle giurisdizioni, in spirito di leale collaborazione, verso una comune ermeneutica del controllo in grado di garantire una diffusa unitarietà applicativa".

conseguenza normale e stabile, che pertanto non si rifletterebbe in una deroga, ai sensi dell'art. 31, ma diventerebbe regola.

Sembra abbastanza scontato osservare che più l'età del minore cresce e più la necessaria vicinanza del genitore possa essere vissuta con mezzi diversi dal quotidiano contatto.

Infatti sotto questo profilo è l'esperienza comune di tante famiglie italiane a mostrare come i figli adolescenti, autonomi nell'espletamento delle prime necessità, abbiano frequentazioni assolutamente diradate con i genitori, poiché passano la maggior parte del loro tempo a scuola, in attività sportive (auspicabili anche per l'acquisizione di un corretto e sano stile di vita) e il tempo libero con amici e coetanei con i quali condividono spesso interessi extrascolastici. In tale contesto voler a tutti i costi salvaguardare, in nome del prevalente interesse del minore, l'unità familiare presupponendo necessaria la convivenza e compresenza, rispetto alla sicurezza collettiva andrebbe meglio argomentato per essere condiviso.

4. – Nell'esame analitico della normativa, il fattore "tempo" rileva sotto almeno tre diversi profili:

1. innanzitutto il testo normativo (art. 31, comma 3) che prevede l'autorizzazione alla permanenza o all'ingresso "per un periodo di tempo determinato";

2. in secondo luogo, il provvedimento derogatorio a favore del minore si giustifica in base a una situazione di per sé dinamica, quale lo sviluppo psicofisico del minore, così che è corretto giustificare una "periodica rivalutazione" dell'autorizzazione;

3. il periodo di convivenza con il/i genitori.

Sotto il primo profilo pare assolutamente condivisibile il fatto che una *deroga* ai principi generali sia presa in considerazione per un periodo limitato e determinato, così che sia chiaro che la regola di fondo resta immutata, nel suo valore e nella sua applicazione, salvo i casi in cui vi siano presupposti che giustificano, per tempi limitati, provvedimenti diversi.

Sotto il secondo profilo, le situazioni rilevanti devono essere di non lunga o indeterminata durata e non caratterizzate da tendenziale stabilità¹⁷. In realtà è nella natura dei provvedimenti di natura familiare essere "provvisori" al fine di rispondere alle diverse esigenze che, nel tempo, si manifestano rispetto ai singoli componenti la famiglia. La Costituzione tutela la famiglia, in quanto "gruppo" socialmente rilevante, che va

¹⁷ La sentenza Cass. 10 settembre 2015, n. 17942, in *Dir. giust.* 2015, 76, con nota di ACHILLE, *Genitore straniero e diritto all'unità familiare: la Cassazione chiarisce i presupposti per l'autorizzazione a rimanere nel territorio nazionale*.

considerata non solo nel suo insieme, ma anche in relazione ai diritti dei singoli, e in contesti in cui la prole esiste, secondo il prevalente interesse di questa, destinato inevitabilmente a cambiare con il passare del tempo e l'età dei figli. Lo stesso concetto di “sviluppo psicofisico” evidenzia una situazione in divenire, che non può non avere rilevanza giuridica¹⁸.

Sotto il terzo profilo ci appare evidente che, se il minore abbia convissuto in territorio italiano per un periodo di tempo rilevante con i propri genitori o almeno con uno di essi, una volta bene inserito nel contesto culturale e sociale del Paese ospitante, allora si può presumere che l'allontanamento del/i genitori o lo sradicamento del minore, per seguire gli espellendi, potrebbero essere gravemente impattanti sullo sviluppo psicofisico del minore; diversamente solo casi eccezionali (ad es. pericolo di vita o malattie non curabili nel paese d'origine) potrebbero far derogare al principio che il minore segua i genitori nel paese d'origine¹⁹.

5. – La pronuncia delle Sezioni Unite si concentra su un aspetto ulteriore preso in esame dall'art. 31, comma 3, relativo alla sopravvenienza di attività del familiare che siano ostative alla sua permanenza nel territorio nazionale, e che, secondo il dato letterale, renderebbero revocabile l'autorizzazione concessa.

L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite espone che oltre alla interpretazione letterale della norma che fa riferimento alla sola “revoca” dell'autorizzazione per comportamenti illeciti o sconvenienti del familiare, contro l'interpretazione che dà rilievo agli stessi, anche in sede di “rilascio” dell'autorizzazione medesima, ci sarebbero: a) la natura sanzionatoria della

¹⁸ La pronuncia delle SS.UU. 25 ottobre 2010, n. 21799, *cit.*, nell'operazione di individuazione della migliore soluzione di bilanciamento degli interessi in potenziale conflitto, considera che: “...il provvedimento che esclude l'allontanamento in funzione esclusiva della tutela del minore e non del genitore o del familiare che, dovrebbe essere espulso; per cui, essendo la sua condizione fisio – psichica una situazione che si modifica e si evolve, la norma ne giustifica una periodica rivalutazione, a seguito della quale ove la gravità della situazione permane l'autorizzazione (significativamente prevista a tempo determinato) può essere prorogata. Mentre la stessa deve essere immediatamente revocata quando vengono a cessare i gravi motivi che ne giustificano il rilascio, pur se inizialmente presenti, e gli effetti siano, perciò, raggiunti prima della scadenza naturale del provvedimento”.

¹⁹ In questo senso di recente v. Cass. 16 aprile 2018, n. 9391, in www.iusexplorer.it, in cui: “...i ricorrenti non prospettano, se non in maniera del tutto generica e astratta, alcuna situazione di grave pregiudizio per il minore trascendente la rottura dell'unità familiare e il normale disagio conseguente, mancando altresì di censurare in maniera specifica quanto affermato, in maniera del tutto condivisibile, dal giudice di merito circa l'impossibilità di valorizzare il radicamento del minore sul territorio nazionale e il suo inserimento nel contesto sociale, avendo i ricorrenti presentato l'istanza il 20.11.2015, soltanto poche settimane dopo l'ingresso nel territorio nazionale”.

revoca a fronte dei comportamenti illegittimi del familiare; b) la natura derogatoria dell'autorizzazione *ex art. 31*; c) la rilevanza non tanto dei precedenti, bensì dell'attività incompatibile con la permanenza in Italia, “non una prognosi, bensì un comportamento in atto al momento della decisione, del quale viene predicata, non la pericolosità, ma la incompatibilità con la permanenza in Italia”.

Tale interpretazione viene rifiutata dalle Sezioni Unite che, correttamente a nostro parere, rilevano come la *ratio* della norma (art. 31 comma 3) sia destinata ad esplicarsi, con una sua intrinseca coerenza, non solo nella fase successiva all'autorizzazione, ma anche nella fase *ab origine* di rilascio della stessa.

La dimostrazione di ciò appare evidente laddove vi siano “attività incompatibili con i bisogni del minore”: l'autorizzazione in deroga si giustifica con l'espletamento della funzione genitoriale a beneficio del minore; se siano stati realizzati comportamenti incompatibili con esigenze del minore, essa non potrà logicamente essere concessa.

Ma allo stesso modo vale la riflessione in caso di “attività incompatibili con la permanenza del familiare in Italia”: “l'introduzione di tale parametro esterno rispetto al bene giuridico protetto dalla norma dimostra infatti che il legislatore ha inteso annettere rilevanza alle esigenze che riguardano l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, affidando al Tribunale per i minorenni, già al momento del rilascio dell'autorizzazione, un giudizio di bilanciamento tra la protezione del benessere psicofisico del minore (incluso il suo diritto al mantenimento dell'unità familiare), al cui scopo la presenza dell'adulto in Italia è finalizzata, e la tutela di quelle esigenze”²⁰.

Non solo. Seguendo il ragionamento del Collegio remittente si dovrebbe procedere al rilascio di un'autorizzazione che sarebbe poi immediatamente revocabile, stante l'attività incompatibile realizzata dal familiare, così che ciò non avrebbe alcun senso.

La logica razionale delle SS.UU. nel sottolineare, anche in questo frangente, la necessità di una valutazione in concreto e attraverso un esame complessivo della condotta del familiare al fine di realizzare quell'auspicato e auspicabile attento bilanciamento fra le esigenze personali del minore e le esigenze collettive di sicurezza nazionale e ordine pubblico ²¹, è turbata, a nostro parere, dalla incertezza insita nella clausola generale normativa dei “gravi motivi connessi allo sviluppo psicofisico del minore”.

²⁰ Così Cass. SS.UU., 12 giugno 2019, n. 15750, in commento.

²¹ In questo senso di recente si era pronunciata Cass., 4 giugno 2018, n. 14238, citata anche dalle SS.UU., in *Diritto & giustizia* 2018, 5 giugno.

In altri termini mentre da un lato l'accertamento dell'avvenuta realizzazione della condotta incompatibile con il soggiorno in Italia ha un percorso, magari processualmente lungo, ma delineato e sicuro una volta raggiunta la pronuncia giudiziale, e quindi incontestabile, dall'altro cosa significhi accertare, in un eventuale giudizio prognostico e futuro, l'alterazione dello sviluppo psicofisico di un minore che trascenda il normale disagio giovanile davanti al rimpatrio del genitore e sia transeunte e non stabile, certo appare molto complesso e aleatorio.

La psicologia e il diritto non sono scienze dure, in cui i risultati possono essere valutati secondo unità di misura lineari e scientifiche, ma devono, nel caso in cui siano evocate in sede di giustizia, garantire quella certezza che la legge richiede per essere davvero uguale per tutti.

Allora tornano utili delle comparazioni di situazioni simili al fine di verificare come il sistema affronta tali contesti.

Le ipotesi di separazione coniugale e di affidamento familiare pongono legislatore, dottrina e giurisprudenza di fronte al problema del mantenimento di una relazione parentale in un momento di crisi, esattamente come succede nel caso in cui un genitore debba essere allontanato o debba restare lontano dal minore in ottemperanza alla disciplina sull'immigrazione; pertanto l'analoga delle situazioni, nell'ottica dell'interesse del minore, comporta la valutazione delle soluzioni adottate per la famiglia italiana quali opportunità per la famiglia straniera, in una adeguata, coerente e sistematica lettura della disciplina vigente.

Innanzitutto un ricorrente orientamento esclude che il mantenimento della relazione personale parentale debba necessariamente tradursi nella convivenza dei componenti del nucleo familiare²², così come la più moderna,

²² La questione è stata affrontata anche dal legislatore nel testo rimodulato dal d.lgs. n. 154/2013, art. 337 ter c.c. che impone "al giudice – nel caso di crisi genitoriale – di assumere tutte le decisioni di sua competenza avendo riguardo, in via esclusiva, l'interesse modale e materiale della prole (...); tale criterio ispiratore è di difficile interpretazione ed applicazione allorché il genitore con cui la prole convive intenda, nell'esercizio di proprie scelte lavorative o esistenziali, di recarsi a vivere in luogo diverso da quello in cui si trovava, fino a quel momento, l'abituale residenza dei figli" l'osservazione è del Trib. Milano 12 agosto 2014 commentata da ARCERI, *Diritto alla bigenitorialità e trasferimento di residenza. I criteri di decisione del conflitto in una sentenza del tribunale di Milano*, in *Fam. e dir.*, 2015, 705 ss.; sul fatto che la convivenza neppure incide sull'esercizio della potestà genitoriale v. SGOBBO, *L'esercizio della potestà sui figli naturali da parte dei genitori non conviventi*, in *Giur. It.* 2012, 789 ss.; sul fatto che la coabitazione, pur importante, non rifletta "l'essenza dell'affidamento che, per contro, in una logica mirata, come detto, a corresponsabilizzare entrambi i genitori, richiede la presenza di un elemento che garantisca al minore un corretto sviluppo della personalità attraverso la cura e l'educazione da parte di entrambi i genitori" v. RUSCELLO, *Il rapporto genitori – figli nella crisi coniugale*, in *Nuova giur. civ.*, 2011, 2395 ss.

e condivisibile, disciplina della separazione coniugale con le relative interpretazioni, ha reso noto: prerogative educative e relazionali sono certamente favorite dalla compresenza dei genitori, ma quando si rompe l'equilibrio familiare, qualsiasi sia la motivazione, sia essa per la separazione coniugale o, per analogia si potrebbe pensare anche all'obbligo di rientro nel paese d'origine dello straniero, si devono trovare modalità che consentano di mantenere viva la relazione parentale nella legalità e nell'equilibrio personale e di sviluppo del minore.

In situazioni in cui l'accesa conflittualità dei coniugi incida su decisioni importanti per la vita di un minore, la Cassazione ²³ ha stabilito che i giudici debbano prendere "provvedimenti convenienti" per l'interesse del minore *ex art. 333 c.c.*, che sono sia revocabili che reclamabili e quindi non definitivi, ma legati alla situazione transeunte della famiglia; in tale contesto si devono seguire due indirizzi: da un lato che il principio di bigenitorialità si traduce nel diritto di ciascun genitore ad essere presente in maniera significativa nella vita del figlio, ma senza comportare l'applicazione di una proporzione matematica in termini di parità di tempi di frequentazione del minore; dall'altro lato che "In tema di affidamento dei figli minori, il giudizio prognostico che il giudice, nell'esclusivo interesse morale e materiale della prole, deve operare circa la capacità dei genitori di crescere ed educare il figlio nella nuova situazione determinata dalla disgregazione dell'unione, va formulato tenendo conto, in base ad elementi concreti, del modo in cui i genitori hanno precedentemente svolto i propri compiti, delle rispettive capacità di relazione affettiva, attenzione, comprensione, educazione e disponibilità ad un assiduo rapporto, nonché della personalità del genitore, delle sue consuetudini di vita e dell'ambiente sociale e materiale che è in grado di offrire al minore..." ²⁴.

Ne deduciamo allora innanzitutto, che un genitore può svolgere la propria funzione anche senza essere presente quotidianamente e continuativamente nella vita del minore, senza che ciò influisca negativamente sullo sviluppo del minore; anzi, la volontà di recuperare credibilità e affezione verso il figlio dopo aver commesso atti illeciti, può ben esplicitarsi anche da lontano, nel Paese d'origine, attribuendo all'espulsione il giusto e sacrosanto carattere sanzionatorio, evocando così l'idea che chi sbaglia paga e raggiungendo un obiettivo educativo anche per il minore che meglio potrà percepire il principio del necessario rispetto della legge.

Inoltre il genitore deve aver dimostrato nella vita di avere le caratteristiche umane e morali per essere un bravo e giusto educatore, il che

²³ Cfr. Cass. 10 dicembre 2018, n. 31902, in *Guida al diritto* 2019, 17, 54.

²⁴ Così anche Cass., 23 settembre 2015, n. 18817, in *www.iusexplorer.it*.

ci appare piuttosto difficile per un soggetto condannato per gravi reati, quali sono quelli contemplati dalla disciplina del Testo Unico sull'immigrazione che escludono la possibilità di permanenza sul territorio italiano.

Tale concetto potrebbe inoltre essere mutuato dall'orientamento interpretativo assunto in caso di affidamento familiare, che presuppone una naturale transitorietà del provvedimento di allontanamento del minore dal suo contesto familiare (quando risulti essere controproducente per il minore restare in un ambiente conflittuale, disgregante o alienante) con la consapevolezza del necessario mantenimento dei contatti per un auspicabile quanto possibile reinserimento del minore nella famiglia d'origine al termine del periodo di crisi ²⁵.

Si è affermato che l'indubitabile valore rappresentato dalla "conservazione di un pieno e soddisfacente rapporto tra il minore ed entrambe le figure parentali appare, salvo casi minoritari, conforme all'interesse del minore stesso, ma non è affatto scontato che, in nome di tale interesse (...) il giudice possa giungere ad operare la compressione di libertà fondamentali quali la libertà di stabilimento, da riconoscersi in capo a ciascun componente della coppia genitoriale" ²⁶; ora se non si può chiedere, in termini assoluti, ad un genitore di sacrificare un diritto fondamentale e personale come la libertà di fissare il luogo di dimora a favore del proprio figlio, a maggior ragione non si può chiedere alla collettività di rinunciare alla tutela del proprio interesse alla sicurezza e all'ordine pubblico di fondamentale importanza per la comune convivenza.

Ancora l'orientamento giurisprudenziale in tema di adottabilità dei minori è utile per valutare come "la condizione di persistente mancanza di assistenza morale e materiale dei figli minorenni, e l'indisponibilità a porre rimedio a tale situazione da parte del genitore, non viene meno per effetto della mera dichiarazione di quest'ultimo a prendersene cura, che non si concretizzi in atti o comportamenti giudizialmente controllabili, tali da escludere la possibilità di un successivo abbandono" ²⁷. Il riferimento in tale contesto era proprio ad un padre che, in stato di detenzione, non poteva

²⁵ Sul punto v. LONG, *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e dir. priv.* 2016, 1059 ss.

²⁶ ARCERI, *op. cit.*, 709 e ancora al termine dello scritto in cui ribadisce: "...sembra di poter evincere, dalla lettura ragionata delle nuove norme in tema di affidamento, che non sia possibile – al fine di attuare il diritto del minore alla bigenitorialità – limitare l'insopprimibile libertà di ciascun genitore a fissare ove meglio ritenga la propria residenza, né la lontananza dalle abitazioni dei genitori può rappresentare, in sé e per sé considerata, fattore ostativo all'applicabilità dell'affidamento condiviso, o monogenitoriale".

²⁷ Cfr. Cass., 9 novembre 2017, n. 26624; Cass., 24 febbraio 2010, n. 4545; Cass., 17 luglio 2009, n. 16795; Cass., 28 febbraio 2006, n. 4408, tutte in *www.iusexplorer.it*.

ritenersi lontano e impossibilitato a dare assistenza ad un minore per causa di forza maggiore, bensì per una condotta criminosa dello stesso che aveva determinato uno stato di abbandono del minore.

I precedenti penali e le condanne in essere in capo a genitori richiedenti autorizzazione a restare sul territorio italiano per accudire i figli minori, sono, a nostro parere, elementi che, se accertati con la condanna, individuano un evidente limite sia a prestare le cure necessarie sia ad assicurare l'obbligo di mantenere, educare ed istruire la prole che la legge pone in capo ad un genitore; pertanto se questa situazione determina lo stato di abbandono di un minore per colpa grave del genitore, allora ben può giustificare l'allontanamento del genitore dal minore con il diniego all'ingresso o alla permanenza in Italia.

Tanto più la recidiva di un comportamento illegale dovrebbe dimostrare, praticamente in automatico (questo il nostro rilievo critico verso la pronuncia delle SS.UU.) che il genitore, al momento, non è idoneo a svolgere il delicato compito di educatore del minore e che nello stesso superiore interesse del minore, per il suo "benessere", il genitore va allontanato, espulso, rinviato al paese d'origine e scollegato dal mondo criminale in cui si trova inserito in Italia, in cui potrebbe trascinare anche il minore ²⁸.

Né risulta determinante che lo stato di detenzione del genitore sia temporaneo, "trattandosi di una circostanza che, in quanto imputabile alla condotta criminosa del genitore stesso, non integra gli estremi della causa di forza maggiore di carattere transitorio idonea a giustificare la mancata assistenza" ²⁹.

²⁸ In questo senso potrebbe leggersi anche l'affermazione della S.C. in commento (15750/19) in un ampio passaggio: "Ne consegue che comportamenti del familiare incompatibili con le esigenze del minore dovranno indurre il Tribunale per i minorenni a negare l'autorizzazione (o a revocarla in caso di condotte sopravvenute), giacché la verifica che tra il genitore richiedente e il minore sussista realmente un rapporto significativo e idoneo rappresenta una valutazione necessariamente implicita in quella concernente la sussistenza dei gravi motivi e non scindibile da essa.

Ma la soluzione interpretativa si presenta altrettanto evidente nell'ipotesi di attività del familiare incompatibili con la permanenza in Italia . (...). Con il comma 3 dell'art. 31, il legislatore del testo unico ha inteso perseguire l'interesse del minore nel grado più elevato possibile, assicurandogli il godimento pieno del suo diritto fondamentale all'effettività della vita familiare e della relazione con i propri genitori, ma nel rispetto della basilare esigenza di protezione dalla criminalità del Paese che offre accoglienza".

²⁹ In questo senso v. Cass., 9 novembre 2017, n. 26624, *cit.*; Cass., 2 ottobre 2015, n. 19735; Cass., 29 luglio 1998, n. 7422; Cass., 10 giugno 1998, n. 5755, tutte in www.iusexplorer.it.

Pertanto è da ritenersi che la responsabilità dei genitori verso i minori si rifletta anche sul comportamento tenuto dagli stessi adulti, così che azioni criminose o contrarie alla legge dello Stato ospitante, gravi da comportare l'espulsione, dimostrano da un lato l'inidoneità della personalità del genitore ad assicurare l'assistenza morale e materiale, educativa e istruttiva necessaria alla corretta crescita del minore al fine di garantire allo stesso un "equilibrato sviluppo psicofisico" della propria persona, dall'altro evidenziano la mancanza delle condizioni per tutelare il diritto all'unità familiare già disgregata, non per causa di forza maggiore, ma per comportamenti negativi e volontari dell'adulto; in tale contesto addirittura la vicinanza del genitore criminale al minore potrebbe avere effetti diseducativi e negativi per lo sviluppo psicofisico del minore ³⁰.

Ritornando perciò sul tema che interessa in questa sede commentare, se, nel nostro sistema giuridico, si configura uno stato di abbandono quando i genitori non siano in grado di garantire al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo, aiuto psicologico, indispensabili per assicurare un armonico sviluppo senza la presenza di una causa di forza maggiore di carattere transitorio ³¹, allora tali circostanze non possono non rilevare nel momento in cui il Tribunale debba decidere se autorizzare, al solo fine di tutelare il minore ³², il genitore a permanere sul territorio nazionale in deroga ad ogni norma sull'immigrazione.

In altri termini è indubbio che un genitore criminale sia pericoloso per la crescita e lo sviluppo psicofisico del minore, nonché assolutamente inidoneo come modello educativo ³³; sarebbe opportuno prevedere per il

³⁰ *Contra* però Cass. 4 giugno 2018, n. 14238, in *Dir. giust.*, 2018, 15.

³¹ Cfr. 20 febbraio 2018, n. 4097; Cass., 19 maggio 2011, n. 11069; Cass., 4 aprile 2011, n. 7608; Cass., 14 febbraio 2010, n. 4545, cit. in *www.iusexplorer.it*; di recente Cass., 18 giugno 2018, n. 16060, in *Ilprocessocivile.it*, 29 agosto 2018, con nota di commento di Matteini.

³² Si consideri che, come affermato esplicitamente dalla sentenza in commento al punto 4, tutto gira intorno al minore, mentre l'interesse del genitore è soltanto riflesso: "L'interesse del familiare ad ottenere l'autorizzazione alla permanenza o all'ingresso nel territorio nazionale riceve tutela in via riflessa, ovvero nella misura in cui sia funzionale a salvaguardare lo sviluppo psicofisico del minore, che è il bene giuridico protetto dalla norma nonché la ragione unica del provvedimento autorizzatorio".

³³ Sul punto la giurisprudenza ha accertato il collegamento fra atti di bullismo compiuti da un minore e una inadeguata capacità dei genitori di ottemperare ai propri doveri educativi e formativi, Trib. dei minorenni di Caltanissetta, 11 settembre 2018, in *www.lfamilarista.it*; *contra* Cass., 19 gennaio 2007. Di recente lo studio di taluni scienziati denominato "Birth Order and Delinquency: Evidence from Denmark and Florida" ha analizzato la situazione giovanile in due Stati assai diversi fra loro, Florida e Danimarca; gli scienziati hanno rilevato in entrambe gli Stati che i figli maschi secondogeniti sono maggiormente propensi a delinquere; stabilito che non vi sono né diversi stati di salute, né livelli di istruzione, hanno concluso che l'unico

benessere del minore il suo allontanamento e sradicamento da figure genitoriali che vivono condotte scellerate, senza ritenere necessario attendere la recidiva (che comunque ha escluso l'allontanamento automatico nel caso di specie trattato dalla S.C.) ovvero sottoporre l'espulsione del genitore all'accertamento di un "grado di pericolosità talmente elevato da non poter essere contrastato dall'esistenza del legame familiare (Cass. Pen., Sez. V, 16 gennaio 2019, n. 1953, Neagu)"³⁴.

Non si riesce a comprendere come nella valutazione e accertamento dello stato di adottabilità di un minore, per il quale viene ritenuto necessario l'allontanamento dalla famiglia per il suo equilibrato sviluppo e crescita, siano determinanti "i trascorsi di vita del padre per condotte violente" e spaccio di erba durante il periodo in cui il minore gli era affidato³⁵, mentre per garantire lo sviluppo psicofisico di un minore straniero sia possibile ignorare comportamenti illegali che abbiano comportato una condanna del genitore, e gli venga consentito il permanere, in deroga alle normative sulla sicurezza nazionale e per l'ordine pubblico, sul territorio nazionale italiano.

In tali situazioni la necessaria valutazione del caso concreto, al fine di trovare una giusta soluzione per il minore, dovrebbe centrarsi sulla possibilità che nel nucleo familiare, anche allargato a parenti, vi sia una figura di riferimento per garantire la crescita e l'educazione al minore in uno stato di equilibrato sviluppo psicofisico; nessuna giustificabile autorizzazione alla permanenza in Italia del genitore non meritevole³⁶.

Abstract

aspetto che potrebbe essere causa della maggiore tendenza a delinquere sarebbero "le differenti e minori cure ricevute dai secondogeniti da parte dei genitori".

³⁴ Cass. 15750/19.

³⁵ È il caso trattato in Cass., 26 giugno 2019, n. 17107, in *Dir. e Giust.*, 2019, 27 giugno. Si consideri poi il caso di genitori disabili per i quali apparentemente si potrebbe evidenziare il grave utilizzo di pesi e misure diversi cfr. Cass., 11 giugno 2019, n. 15730, in *Dir. e Giust.*, 2019, 11 giugno, in cui, pur nella consapevolezza e indubitabilità che la valutazione dello stato di adottabilità non possa fondarsi sulla disabilità del genitore, "fa eccezione a tale principio la situazione nella quale la condizione di disabilità dei genitori, nonostante tutti i supporti adeguati e possibili offerti dallo Stato, comprometta irreversibilmente la capacità di allevare e educare i figli, traducendosi in una totale inadeguatezza a prendersene cura"; dello stesso tenore Cass., 19 giugno 2019, n. 16499, sulla rilevanza dell'indisponibilità ad affrontare e superare le problematiche personali e sanitarie per lo stato di adottabilità del minore.

³⁶ Sul caso in cui il genitore colpito da misura di sicurezza espulsiva obbligatoria ex art. 235 c.p. non possa fruire dell'autorizzazione di cui all'art. 31, comma 3, v. Cass. 16 febbraio 2018, n. 3916, in *www.ilmfamiliarista.it*.

**THE COMBINED DIVISIONS IN THE SEARCH OF BALANCE BETWEEN THE
INTEREST OF FOREIGN MINORS AND NATIONAL SECURITY**

L'autore esamina la questione relativa all'applicazione dell'art. 31, comma 3°, d.lgs. 286/98 che concerne l'autorizzazione di un genitore all'ingresso o alla permanenza in Italia per un tempo determinato, per gravi motivi connessi allo sviluppo psicofisico del figlio minore, il cui diniego non può derivare automaticamente dalla pronuncia di condanna per uno dei reati che lo stesso T.U. sull'immigrazione considera ostativi all'ingresso o al soggiorno dello straniero.

The author examines the question concerning the application of the art. 31, paragraph 3, legislative decree no. 286/98 concerning the authorization of a parent to enter or stay in Italy for a fixed period, for serious reasons connected to the psychophysical development of the minor child, in one special situation when the parent is a criminal. The Court Supreme cannot reject automatically in case of the presence of a judgement for one of the crimes that the same TU on immigration considers hostile to entry or stay of the foreigner. It is necessary a balancing between the interest of child and the national security that the judge has to find.

Corte di cassazione, Sez. III, 21 gennaio 2020, n. 1149

Pres. Vivaldi – Rel. D'Arrigo

Non viola il principio dispositivo di cui all'art. 2938 c.c., né quello di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c., la decisione del giudice di merito che accolga l'eccezione di prescrizione ordinaria del diritto azionato sulla base di una ragione giuridica diversa da quella prospettata dalla parte che ha formulato l'eccezione.

L'insinuazione di un credito garantito da ipoteca al passivo del fallimento del debitore determina l'interruzione della prescrizione del credito anche verso il terzo acquirente del bene ipotecato. (massime non ufficiali).

(*Omissis*). I coniugi S.F. e Sc.Ma.Te. in data 11 maggio 1984 acquistavano dalla (*Omissis*) s.r.l. un'unità immobiliare sulla quale gravava, in misura frazionata, un'ipoteca posta a garanzia del mutuo fondiario che l'Istituto Bancario San Paolo IMI di Torino aveva concesso alla società costruttrice.

In data 27 gennaio 1988 la (*Omissis*) s.r.l. veniva dichiarata fallita. L'Istituto San Paolo IMI si insinuava tardivamente al passivo del fallimento, con istanza del 13 ottobre 1992 (data accertata, nel contrasto fra le parti, dalla Corte d'appello).

Con atto di precetto notificato il 17 marzo 2004, la International Credit Recovery (ICR) s.r.l. - succeduta, a seguito di molteplici passaggi, nella titolarità del credito che era dell'Istituto San Paolo IMI - intimava allo S. e alla Sc., nella qualità di terzi proprietari dell'immobile ipotecato, il pagamento della somma complessiva di Euro 75.320,70 oltre interessi. Successivamente, procedeva a pignorare l'unità immobiliare.

Gli esecutati proponevano opposizione ai sensi degli artt. 615 e 617 c.p.c., deducendo – fra l'altro e per quanto ora d'interesse – l'intervenuta prescrizione del credito. La ICR s.r.l. si costituiva contestando la fondatezza, in fatto e in diritto, dell'opposizione.

Gli opposenti chiamavano in causa anche la (*Omissis*) s.r.l., per essere tenuti indenni dalle conseguenze dell'esecuzione. La società fallita, tuttavia, non è più parte del rapporto processuale, poichè la stessa non veniva convenuta in grado d'appello e la Corte territoriale, con motivazione non impugnata sul punto, escludeva che dovesse essere ordinata l'integrazione del contraddittorio.

Il Tribunale di Tivoli, per ragioni che oggi non vengono in rilievo, accoglieva parzialmente l'opposizione, riducendo l'importo dovuto ad Euro 37.175,57.

La decisione era appellata in via principale dalla Sagrantino Italy s.r.l. (quale mandataria di Pirelli Re Credit Servicing s.r.l., cessionaria della ICR s.r.l.). Gli opposenti proponevano appello incidentale, insistendo sull'eccezione di prescrizione del credito.

La Corte d'appello di Roma, disattese alcune questioni preliminari, respingeva l'appello principale e accoglieva quello incidentale, dichiarando la nullità dell'atto di precetto per essere prescritto il relativo credito.

In particolare, la Corte d'appello ha ritenuto che gli effetti sospensivi del decorso della prescrizione, previsti dall'art. 2945 c.c., conseguenti all'insinuazione del creditore al passivo del fallimento della (*Omissis*) s.r.l. potessero estendersi, ai sensi dell'art. 1310 c.c., al debitore solidale e quindi, eventualmente, al fideiussore, ma non anche ai terzi acquirenti dell'immobile ipotecario, i quali, a meno che non si accollino il mutuo frazionato, non acquistano la qualità di debitori solidali, bensì di terzi proprietari del bene ipotecato.

Sostanzialmente, alla presentazione dell'istanza di ammissione al passivo è stato attribuito l'effetto di risolvere il contratto di mutuo e quindi di interrompere la prescrizione, ma non con effetti permanenti. Sicchè, non risultando atti interruttivi intermedi, alla data di notifica dell'atto di precetto il credito era in realtà già prescritto.

Contro tale sentenza la Sagrantino Italy s.r.l. (divenuta, nel frattempo, mandataria della Cerved Credit Management s.p.a., nuova titolare del credito) ha proposto ricorso per cassazione, articolato in tre motivi.

Lo S. e la Sc. hanno resistito con controricorso ed hanno depositato memorie difensive.

Il ricorso è stato chiamato una prima volta in adunanza camerale, ai sensi dell'art. 380-bis-1 c.p.c. Ma, in considerazione del carattere di novità e del rilievo nomofilattico delle questioni di diritto prospettate, con ordinanza interlocutoria del 1 aprile 2019 ne è stata disposta la trattazione in pubblica udienza.

RAGIONI DELLA DECISIONE

(*Omissis*). 2.1 Venendo all'esame del ricorso, con il primo motivo si deduce – ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4 – la violazione e falsa applicazione dell'art. 2938 c.c. e dell'art. 112 c.p.c. In particolare, la società ricorrente censura la decisione della corte d'appello nella parte in cui avrebbe ampliato d'ufficio l'eccezione di prescrizione formulata dagli opposenti.

Quest'ultimi, infatti, con le memorie *ex art.* 183 c.p.c. avevano sostenuto che la prescrizione del credito fosse iniziata a decorrere non dalla scadenza dell'ultima rata del mutuo, prevista per il 10 luglio 1999, bensì dal momento dell'ammissione della banca San Paolo IMI al passivo fallimentare. La corte territoriale, invece, avrebbe dichiarato la prescrizione del credito sulla base di un rilievo diverso da quello formulato dagli opposenti, ossia spiegando che l'istanza di insinuazione al passivo aveva determinato, ai sensi degli art. 2945 e 1310 c.c., l'interruzione della prescrizione solo nei confronti del debitore principale e dei condebitori solidali, non anche nei confronti dei terzi proprietari estranei alla procedura. In tal modo, il giudice d'appello avrebbe individuato d'ufficio una prescrizione nuova e diversa da quella prospettata dagli opposenti, in violazione sia dell'art. 2938 c.c. sia dell'art. 112 c.p.c.

Il motivo è infondato.

2.2 La questione sollevata dalla ricorrente involve il tema dei limiti e della estensione dei poteri di pronuncia del giudice di merito investito dell'eccezione di prescrizione sollevata dalla parte.

Si discute, cioè, se il giudice di merito, nel pronunciare sull'eccezione di prescrizione, debba necessariamente attenersi alle prospettazioni delle parti o se, invece, egli possa dichiarare l'estinzione del diritto sulla base di ragioni diverse.

Sul punto, gli orientamenti giurisprudenziali non sono univoci.

Un orientamento più risalente propende per la soluzione restrittiva ed esclude il potere del giudice di dichiarare una prescrizione diversa, o comunque fondata su ragioni diverse, rispetto a quella eccepita dalla parte. Ciò implicherebbe infatti il rilievo da parte del giudice di una prescrizione non opposta, in violazione sia del carattere dispositivo dell'eccezione di prescrizione sia del principio di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato (Sez. U, Sentenza n. 1607 del 03/04/1989, Rv. 462389 - 01; Sez. L, Sentenza n. 6261 del 15/05/2000, Rv. 536529 - 01). Ed inoltre, il giudice d'appello che abbia applicato una prescrizione "diversa" da quella dedotta, violerebbe il principio del contraddittorio, nonché il divieto di eccezioni nuove in appello posto dall'art. 345 c.p.c. (Sez. L, Sentenza n. 4456 del 08/04/2000, Rv. 535458 - 01). In conclusione, dal carattere dispositivo della prescrizione deriverebbe, per la parte che propone la relativa eccezione, l'onere di tipizzarla in base ad una delle varie ipotesi previste dalla legge, anche se indipendentemente dall'adozione di formule rituali e dall'indicazione di specifiche norme (Sez. L, Sentenza n. 10904 del 07/12/1996, Rv. 501094 - 01).

L'opposta opinione sostiene, invece, che il giudice, in virtù del principio *iura novit curia*, possa dichiarare anche una prescrizione diversa da quella eccepita dalla parte. Infatti, compete soltanto al giudice l'individuazione della norma corretta da applicare al caso di specie. Sicché, una volta che la parte abbia assolto al proprio onere di formulare l'eccezione di prescrizione e, in ossequio al carattere dispositivo dell'art. 2938 c.c., di allegare i fatti costitutivi e di manifestare la volontà di profittare di quell'effetto, spetta al giudice analizzare l'eccezione di parte e individuare le norme applicabili alla fattispecie dedotta (Sez. U, Sentenza n. 10955 del 25/07/2002, Rv. 556223 - 01). Pertanto, sarebbe irrilevante l'evenienza che colui che invochi la prescrizione abbia erroneamente individuato il termine applicabile, ovvero il momento iniziale o finale di esso (Sez. 1, Sentenza n. 11843 del 22/05/2007, Rv. 597118 - 01; Sez. L, Sentenza n. 9825 del 26/07/2000, Rv. 538836 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 15631 del 27/07/2016, Rv. 640674 - 01).

2.3 Occorre rilevare che la ragione principale addotta da chi sostiene la tesi più restrittiva dei poteri officiosi del giudice risiede nell'esigenza di garantire l'esercizio della difesa da parte di colui contro il quale è stata eccepita la prescrizione, il quale, confidando sulla prospettazione di controparte, ben potrebbe aver limitato la sua difesa all'ambito temporale corrispondere al regime prescrizionale eccepito, trascurando ogni deduzione e allegazione (ad esempio relativa a fatti interruttivi) con riguardo ad un più ampio periodo.

Tale esigenza si pone alla base di una opinione, per così dire, intermedia, secondo cui, nell'ipotesi in cui la parte abbia eccepito la prescrizione decennale, il giudice può ritenere invece che si sia verificata una prescrizione più breve, senza che ciò comporti una violazione del principio dispositivo, sia perché è suo compito la qualificazione giuridica dei fatti, sia perché l'allegazione del decorso del decennio implica l'allegazione di un termine eventualmente più breve, salvo che si tratti di casi in cui la legge, stabilendo la prescrizione breve, abbia anche dettato particolari disposizioni per la sospensione o l'interruzione. Viceversa, nel caso in cui la parte abbia eccepito una prescrizione quinquennale, così limitando a tale periodo la correlata difesa della controparte, deve reputarsi inammissibile la successiva qualificazione della prescrizione come decennale (Sez. L, Sentenza n. 13898 del 11/12/1999, Rv. 532050 - 01).

Questo arresto giurisprudenziale ha il merito di porre a fuoco la circostanza che il nodo irrisolto dalla giurisprudenza concerne, in pratica, solamente i casi in cui, avendo l'obbligato eccepito una prescrizione quinquennale (o comunque breve, purché non presuntiva), il giudice abbia invece ritenuto che si dovesse applicare il termine decennale, rispetto al

quale ha ritenuto il diritto estinto. Nell'ipotesi inversa, in cui è stato eccepito l'intero decorso del termine ordinario decennale, ma ex officio è stata rilevata l'applicabilità di un termine più breve, le incertezze giurisprudenziali sono pressoché assenti, essendo stato comunque assicurato il contraddittorio circa l'esistenza di fatti interruttivi o sospensivi su un arco temporale maggiore di quello concretamente preso in esame dal giudice.

2.4 Orbene, nel caso in esame non si profila la predetta alternativa.

Ciò di cui la società ricorrente si duole è che il giudice sia pervenuto al medesimo risultato invocato dagli oppositori, cioè la declaratoria di prescrizione del credito, applicando la medesima norma invocata dagli stessi, ma sulla base di una ragione giuridica diversa da quella eccepita. Nel caso oggetto di censura, pertanto, non si versa nell'ipotesi in cui sia stato applicato un termine di prescrizione diverso da quello invocato dalla parte.

2.5 Il principio di diritto che deve essere applicato è dunque il seguente: «Non viola il principio dispositivo di cui all'art. 2938 c.c., né quello di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c., la decisione del giudice di merito che accolga l'eccezione di prescrizione ordinaria del diritto azionato sulla base di una ragione giuridica diversa da quella prospettata dalla parte che ha formulato l'eccezione (ad esempio, ritenendo che un determinato atto sia privo di efficacia interruttiva). Infatti, in base al principio *iura novit curia*, spetta al giudice individuare gli effetti giuridici dei singoli atti indicati dalle parti, attribuendo o negando a ciascuno di essi efficacia interruttiva o sospensiva della prescrizione, mentre la tutela del contraddittorio è assicurata ponendo la parte contro la quale è formulata l'eccezione nelle condizioni di difendersi deducendo l'esistenza di eventuali atti rilevanti ex artt. 2941, 2942, 2943 e 2944 c.c. per tutto l'arco temporale preso in considerazione dal giudice».

2.6 Questo principio non risulta violato nel caso in esame. Infatti, la Corte d'appello ha dichiarato l'intervenuta prescrizione del credito sulla base del medesimo regime (decennale ordinario) invocato dagli oppositori, limitandosi ad aggiungere una considerazione in punto di diritto implicitamente sottesa nell'eccezione.

Nel caso oggetto di censura, pertanto, non è stato applicato un termine di prescrizione diverso da quello invocato dai debitori (circostanza che, invece, avrebbe potuto ledere le facoltà difensive della creditrice) e non si ravvisano le violazioni di legge prospettate dalla società ricorrente.

Il motivo, pertanto, deve essere rigettato.

3.1 Con il secondo motivo si deduce, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la violazione e falsa applicazione degli artt. 1310, 2878, 2880 e 2945 c.c.

La censura concerne la sentenza impugnata nella parte in cui si afferma che, in base all'art. 1310 c.c., gli atti interruttivi della prescrizione non esplicherebbero effetto nei confronti dei terzi datori di ipoteca e dei terzi acquirenti dell'immobile ipotecato, in violazione del diritto di sequela caratteristico della garanzia reale.

Il motivo è fondato nei termini che seguono.

3.2 Stante il carattere accessorio dell'ipoteca rispetto al credito garantito, condizione necessaria per poter esercitare il diritto di garanzia sul bene ipotecato è che non si siano prescritti nè il credito, nè l'ipoteca.

Quando il bene ipotecato è di proprietà di un terzo - o perchè così è stata costituita la garanzia o per essersi reso il terzo acquirente dell'immobile già gravato da ipoteca - si pone il problema se gli atti interruttivi della prescrizione del credito, che ovviamente devono compiersi nei confronti del debitore, valgano anche nei riguardi del proprietario dell'immobile.

Il caso che più frequentemente si pone è quello in cui il creditore si insinua al passivo del fallimento del debitore garantito. Com'è noto, infatti, l'insinuazione al passivo fallimentare produce i medesimi effetti della proposizione di una domanda giudiziale e, pertanto, determina non solo l'interruzione della prescrizione del credito, ma anche la sospensione del suo decorso con effetti permanenti fino alla chiusura della procedura concorsuale, ai sensi dell'art. 2945 c.c., comma 2, (*ex plurimis*, Sez. 3, Ordinanza n. 9638 del 19/04/2018, Rv. 648427 - 01).

La questione di diritto rappresentata con il motivo in esame consiste nell'individuazione degli effetti, nei confronti del terzo datore di ipoteca o acquirente del bene ipotecato, dell'insinuazione al passivo del fallimento del debitore garantito. Se, cioè, tale atto determini anche l'interruzione della prescrizione dell'ipoteca e, nell'eventualità, se tale interruzione abbia effetti istantanei o permanenti.

3.3 Anche su questo punto sembra sussistere un contrasto fra diverse posizioni della giurisprudenza di legittimità.

Una prima posizione è dell'avviso che ove un bene immobile gravato da ipoteca sia acquistato da un terzo, l'insinuazione al passivo del fallimento del debitore garantito ha natura di atto interruttivo della prescrizione anche nei confronti del terzo acquirente del bene ipotecato (Sez. 3, Sentenza n. 20656 del 25/09/2009, Rv. 609350 - 01).

Un diverso arresto giurisprudenziale afferma, invece, che, stante la distinzione - presupposta dall'art. 2880 c.c. - tra diritto del creditore di espropriare il bene nei confronti del terzo acquirente e diritto di credito vantato nei confronti del debitore, il creditore, per evitare la prescrizione dell'ipoteca verso il terzo acquirente, deve promuovere contro il medesimo,

nei termini, il processo esecutivo individuale, senza che costituisca valido atto interruttivo della prescrizione del diritto di garanzia l'ammissione al passivo del fallimento del debitore iscritto, che di quel bene abbia perduto la disponibilità (Sez. 3, Sentenza n. 13940 del 07/07/2016, Rv. 640532 - 01).

3.4 In realtà, ogni considerazione sul tema deve muovere dalla premessa che i due diritti sono sottoposti ad un diverso regime prescrizioneale, decennale per il credito e ventennale per l'ipoteca (art. 2880 c.c.).

La Corte d'appello ha, invece, confuso i due piani, concludendo nel senso che l'insinuazione del creditore al passivo del fallimento del debitore originario non ha prodotto effetti nei confronti dell'acquirente del bene ipotecato.

Ora, nel caso che ci occupa, è dirimente la circostanza che dalla data dell'atto di acquisto dell'immobile ipotecato (11 maggio 1984) a quella di notificazione dell'atto di precetto (17 marzo 2004) sono intercorsi meno di venti anni.

Al contempo, neppure il credito nei confronti della (*Omissis*) s.r.l. si è estinto per prescrizione, in quanto ha operato l'effetto interruttivo dell'insinuazione al passivo (avvenuta entro 10 anni dalla chiusura del rapporto) con effetti sospensivi fino alla chiusura del fallimento (avvenuta il 31 maggio 2007).

In conclusione, il credito (diritto principale) non si è estinto, per essersi verificato un atto interruttivo nei confronti del debitore, mentre l'ipoteca non si è estinta in quanto non è decorso il ventennio.

Il motivo, quindi, deve essere accolto. (*Omissis*).

BREVI OSSERVAZIONI SU ACQUISTO DI BENE IPOTECATO E PRESCRIZIONE

RITA MARUFFI

*Professore aggregato
nell'Università di Milano-Bicocca*

1. – Due coniugi acquistavano un'unità immobiliare su cui gravava un'ipoteca, iscritta a garanzia del mutuo fondiario concesso al costruttore, e loro venditore. A seguito del fallimento di quest'ultimo, l'istituto di credito, che aveva concesso il mutuo, si insinuava nel passivo della procedura. Diversi anni dopo, la società, subentrata all'istituto nella titolarità del diritto di credito, promuoveva un'azione esecutiva contro gli acquirenti del bene,

che proponevano opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.*, deducendo, tra l'altro, la prescrizione del credito azionato.

La decisione del giudice di primo grado, che accoglieva parzialmente l'opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.*, riducendo l'importo di cui al precetto, riconosceva, per il resto, il diritto del creditore procedente ad agire *in executivis*. Per la Corte d'appello, invece, il precetto era da considerarsi nullo, a causa della prescrizione del relativo credito. Questa conclusione si basava sull'assunto che gli effetti interruttivi del decorso della prescrizione, conseguenti all'insinuazione nel fallimento, non sarebbero valsi nei confronti degli acquirenti dell'immobile ipotecato.

Proposto ricorso per cassazione nei confronti della decisione di secondo grado, la società ricorrente, con uno dei motivi, deduceva l'ampliamento *ex officio* dell'eccezione di prescrizione, in violazione degli artt. 2938 c.c. e 112 c.p.c.; censurava, inoltre, la sentenza nella parte in cui stabiliva che gli atti interruttivi della prescrizione non producessero effetto nei confronti dei terzi acquirenti dell'immobile ipotecato.

Sono questi i profili, d'indubbio interesse scientifico e pratico, intorno ai quali si sviluppa principalmente il ragionamento dei giudici di legittimità nella decisione qui pubblicata: il primo è quello dei poteri del giudice dinanzi al quale sia sollevata un'eccezione di prescrizione; il secondo, più rilevante rispetto alla fattispecie, concerne l'istituto della prescrizione verso i terzi acquirenti del bene su cui grava ipoteca.

2. – Il tema dell'estensione dei poteri del giudice che debba decidere su un'eccezione di prescrizione, è già stato affrontato dalla giurisprudenza di legittimità in precedenti occasioni, puntualmente richiamate nell'ambito della motivazione della sentenza qui in rassegna. Si tratta di stabilire, in particolare, se sia possibile dichiarare l'estinzione del diritto in base a ragioni diverse, rispetto a quelle addotte dalla parte, ad esempio individuando un altro termine di prescrizione – come avviene in caso di cambiamento del titolo della responsabilità – oppure un diverso momento di decorrenza della prescrizione stessa.

Il problema – riferisce la Cassazione – è stato variamente risolto: secondo un primo orientamento, più risalente e restrittivo, al giudice non sarebbe consentito di dichiarare una prescrizione diversa, o fondata su ragioni diverse rispetto a quelle addotte dalle parti, perché altrimenti vi sarebbe una violazione dell'art. 112 c.p.c., oltre che del principio dispositivo. Per un opposto indirizzo, invece, il giudice, analizzando l'eccezione,

potrebbe ritenere che si sia verificata una prescrizione diversa, in applicazione del principio *iura novit curia*¹.

La Suprema Corte, dopo aver chiarito che gli orientamenti sul tema non sono univoci, dichiara di aderire a una tesi che la stessa definisce «intermedia»²: al giudice, in sostanza, sarebbe consentito di applicare una prescrizione più breve rispetto a quella individuata dalla parte, «essendo stato comunque assicurato il contraddittorio circa l'esistenza di fatti interruttivi o sospensivi su un arco temporale maggiore di quello concretamente preso in esame dal giudice», ma non una prescrizione più lunga. Alla medesima conclusione si è giunti anche in dottrina: la tesi è che vi sarebbe, a diversamente ragionare, un'inaccettabile violazione del principio dispositivo, derivante dalla valorizzazione di un fatto diverso da quello dedotto³.

Nel caso di specie, tuttavia, questi principi non sono stati violati, posto che il giudice d'appello non ha applicato un altro regime di prescrizione, rispetto a quello dedotto dalla parte a sostegno della sua eccezione, ma ha ritenuto che la prescrizione non si sarebbe verificata perché l'atto interruttivo invocato non sarebbe stato efficace nei confronti dei terzi acquirenti.

3. – Questa conclusione, raggiunta nella sentenza d'appello, non criticabile, quindi, sotto il profilo della violazione dei poteri del giudice, è stata tuttavia ritenuta erranea, in accoglimento dell'altro motivo d'impugnazione proposto dalla ricorrente. La Cassazione ha stabilito, infatti, che è censurabile la sentenza «nella parte in cui si afferma che (...) gli atti interruttivi della prescrizione non esplicherebbero effetto nei confronti (...) dei terzi acquirenti dell'immobile ipotecato».

Al fine di valutare la questione, è necessario considerare la peculiare disciplina degli effetti dell'ipoteca nei confronti del terzo acquirente del bene gravato, delineata dal codice civile⁴. Quando un bene ipotecato è venduto a

¹ La Corte richiama molteplici pronunce in materia. Segnaliamo, in relazione all'orientamento restrittivo, Cass. 15 maggio 2000, n. 6261. Per quanto concerne l'indirizzo contrapposto v. Cass. 22 maggio 2007, n. 11843.

² V. Cass. 11 dicembre 1999, n. 13898 richiamata dalla Suprema Corte in riferimento alla tesi «intermedia».

³ MONTESANO, ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2001, 336. In argomento, cfr. altresì F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile*, 2^a ed., Napoli, 2015, 228.

⁴ La disciplina «degli effetti dell'ipoteca rispetto al terzo acquirente», è contenuta negli artt. 2858 ss. c.c. Vi è poi una disposizione, l'art. 2880 c.c., specificamente dedicata alla prescrizione dell'ipoteca riguardo ai beni acquistati da terzi, su cui ci si soffermerà nel prosieguo. In dottrina v., *ex multis*, GORLA, ZANELLI,

un terzo, egli non è personalmente obbligato al pagamento del credito garantito, ma è assoggettato all'azione esecutiva del creditore ipotecario. Se si estingue, per qualsiasi motivo, l'obbligazione garantita, si estingue anche l'ipoteca. Fra le cause di estinzione del credito vi è la prescrizione, che potrà essere impedita da eventuali atti interruttivi, opponibili al creditore anche da parte del terzo acquirente.

Dalla prescrizione del diritto di credito occorre distinguere la prescrizione del diritto di garanzia, rispetto alla quale il legislatore ha previsto una normativa specifica, e per certi versi un po' anomala, che è stata concepita per la tutela del terzo acquirente⁵. L'art. 2880 c.c. prevede, infatti, che, riguardo ai beni acquistati da terzi, l'ipoteca si estingua con il decorso di vent'anni dalla data di «trascrizione del titolo d'acquisto»⁶ del terzo, «indipendentemente dal credito», e a prescindere dalla sua esigibilità⁷: ciò significa che l'interruzione del termine di prescrizione, relativamente al diritto di credito, non incide sulla prescrizione del diritto di garanzia. Se trascorre il periodo indicato, senza che il creditore eserciti il diritto vantato verso il terzo, l'ipoteca sarà da considerarsi prescritta, quand'anche non lo sia l'obbligazione garantita. L'esigenza che l'alienazione non pregiudichi il creditore, attuata mediante la conservazione del suo diritto a soddisfarsi sul bene ipotecato, è riconosciuta quindi per un periodo limitato. La *ratio* dell'art. 2880 c.c. è quella di favorire la circolazione dei beni, non esponendo troppo a lungo il terzo acquirente alle vicende relative al credito e derivanti da rapporti personali fra il debitore e il creditore.

Se gli eventi interruttivi della prescrizione dell'obbligazione garantita non influiscono sulla decorrenza della prescrizione del diritto di garanzia, su di essa potranno però operare altre cause interruttive, attinenti al rapporto fra creditore e terzo acquirente⁸, come ad esempio «il pignoramento, l'intervento nel processo esecutivo già in corso, la notifica al terzo del titolo

Sub artt.2858 ss., *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. Scialoja, Branca*, Bologna-Roma, 1992.

⁵ La definisce anomala RAVAZZONI, *Le ipoteche, Trattato di diritto privato*, a cura di Rescigno, Torino 1990, 95 ss.

⁶ La trascrizione del titolo è necessaria a scopo di notizia, affinché il creditore sappia che esiste un terzo acquirente contro il quale possa esercitare il suo diritto. GORLA, ZANELLI, *Sub art. 2880*, cit., 505.

⁷ La fissazione di un termine ventennale (quindi più lungo rispetto al termine di prescrizione di norma decennale dei crediti) è collegata al fatto che la prescrizione a favore del terzo può cominciare a decorrere anche prima dell'esigibilità del credito. V. GORLA, ZANELLI, *Sub art. 2880 c.c.*, cit., 503 ss. Sull'art. 2880 c.c. v. inoltre, CHIANALE, TERLIZZI, *Sub art. 2880 c.c.*, *Commentario del codice civile*, a cura di Bonilini e Chizzini, Milano, 2015, 699 ss.

⁸ Non costituisce causa di interruzione la rinnovazione dell'ipoteca. Così RAVAZZONI, *Le ipoteche*, cit., 95.

esecutivo, la richiesta contro il terzo dei rimedi previsti dall'art. 2813 c.c., l'esercizio della surrogazione *ex art.* 2742 c.c. nonché il riconoscimento dell'ipoteca da parte del terzo»⁹.

La peculiarità presentata dalla fattispecie in esame è che la società costruttrice, a favore della quale è stato erogato il mutuo fondiario garantito da ipoteca, è stata dichiarata fallita. In questa ipotesi, gli effetti, interruttivo e sospensivo della prescrizione del credito, normalmente derivanti dalla proposizione della domanda giudiziale, si producono con la domanda d'insinuazione al passivo fallimentare¹⁰. La questione di diritto su cui, secondo la Suprema Corte, vi sarebbe un contrasto nella giurisprudenza di legittimità sarebbe invece «se tale atto determini anche l'interruzione della prescrizione dell'ipoteca (...)».

A sostegno dell'orientamento favorevole all'estensione degli effetti interruttivi della prescrizione verso il terzo acquirente la Cassazione richiama una decisione inerente a una fattispecie in cui era l'acquirente dell'immobile gravato da ipoteca, che aveva agito in giudizio nei confronti del creditore, al fine di ottenere la cancellazione dell'ipoteca stessa. Il presupposto della domanda era che il credito garantito sarebbe stato estinto, a seguito di integrale soddisfacimento del creditore nell'ambito del fallimento del debitore¹¹. L'acquirente rilevava altresì che il credito garantito, in ogni caso, sarebbe risultato estinto per decorso del termine di prescrizione, con conseguente prescrizione indiretta dell'ipoteca. Nel pronunciarsi sull'impugnazione della sentenza d'appello, la Suprema Corte stabiliva, per quanto qui d'interesse, per un verso, che la domanda di ammissione al passivo fallimentare interrompeva la prescrizione dei crediti «senza alcuna necessità di un autonomo atto interruttivo anche nei confronti del terzo proprietario datore di ipoteca». Per altro verso, precisava che la domanda giudiziale di cancellazione dell'ipoteca non costituiva – come invece ritenuto dal giudice di secondo grado – atto interruttivo della prescrizione del diritto di credito. E, dunque, in ragione dei necessari ulteriori accertamenti di fatto in ordine alla prescrizione del credito, cassava con rinvio.

Nella seconda pronuncia richiamata, che rappresenterebbe, secondo la Corte, una diversa posizione, è contenuta una pregevole ricostruzione dei rapporti sussistenti fra diritto di garanzia e diritto di credito, considerati distinti, ma interdipendenti¹². La vicenda giudiziaria, in questo caso, aveva

⁹ CHIANALE, TERLIZZI, *Sub art.* 2880 c.c., cit.

¹⁰ V. art. 94 l. fall., e art. 202 c.c.i.i.

¹¹ Cass. 25 settembre 2009, n. 20656.

¹² Cass. 7 luglio 2016, n. 13940.

inizio con un'azione esecutiva promossa dal creditore contro i terzi proprietari di un bene ipotecato, a distanza di più di vent'anni dalla trascrizione dell'acquisto. L'opposizione all'esecuzione, fondata sulla estinzione dell'ipoteca in ragione del decorso del termine ventennale di prescrizione di cui all'art. 2880 c.c., era accolta dal giudice di primo grado, con una statuizione successivamente confermata anche in sede d'appello.

Proposto ricorso per cassazione nei confronti della decisione di secondo grado, i giudici di legittimità erano chiamati a stabilire se l'ammissione al passivo del fallimento del debitore operasse «come atto interruttivo della prescrizione non solo del diritto di credito ma anche del diritto di garanzia». Il quesito era risolto in senso negativo, posto che, per interrompere il termine di prescrizione del diritto di garanzia, secondo la Corte, era necessario l'esperimento di una azione o la proposizione di «una domanda giudiziale verso il terzo acquirente finalizzata alla concreta attuazione della garanzia (quale, ad esempio, un pignoramento in danno del terzo ovvero l'intervento in una espropriazione forzata contro questi da altri intentata) oppure anche alla sola conservazione (*lato sensu* intesa) della garanzia reale». Per contro erano ritenuti irrilevanti, per quanto concerneva la garanzia, gli atti interruttivi del diritto di credito garantito, quale l'insinuazione al passivo del debitore nel frattempo fallito.

Le due decisioni richiamate dalla sentenza in rassegna non sembrano pertanto esprimere un contrasto giurisprudenziale in ordine alla idoneità dell'insinuazione al passivo ad interrompere la prescrizione dell'ipoteca, contrasto ravvisato, invece, dalla sentenza in rassegna. Come si è rilevato, il primo precedente richiamato concerne, infatti, l'idoneità dell'azione volta ad ottenere la cancellazione dell'ipoteca ad interrompere la prescrizione del termine di prescrizione del credito garantito. Nel secondo è chiaramente sancita la distinzione fra gli atti interruttivi della prescrizione del diritto di credito – dei quali può avvantaggiarsi anche il terzo acquirente dell'immobile ipotecato –, e atti interruttivi della prescrizione del diritto reale di garanzia.

Del resto è proprio su questa distinzione che i giudici di legittimità fondano la loro decisione nel caso di specie, rilevando, quanto al diritto di credito, che non si è estinto, essendosi verificato un atto interruttivo nei confronti del debitore; quanto al diritto di ipoteca, che parimenti non si è estinto, non essendo ancora decorso il termine di vent'anni dalla trascrizione del titolo di acquisto.

Abstract

**SHORT REMARKS ON PURCHASE
OF MORTGAGED ESTATE AND LIMITATION PERIOD**

L'Autore si confronta con la questione se l'insinuazione al passivo del fallimento del debitore per un credito garantito da ipoteca abbia effetti interruttivi sulla prescrizione anche nei confronti del terzo acquirente del bene ipotecato, domandandosi, in particolare, se sussista il contrasto giurisprudenziale – rilevato dalla sentenza commentata – in ordine all'idoneità di tale insinuazione ad interrompere la prescrizione del diritto di ipoteca verso il terzo acquirente.

The Author analyses the issue whether a claim in bankruptcy proceedings related to a guaranteed by a mortgage interrupts the limitation period even towards the purchaser of the mortgage estate. In particular the Author wonders if such a claim interrupts the limitation period of the mortgage towards the purchaser of the estate, having the Supreme Court affirmed the existence of a interpretative conflict in case law on this point.

Tribunale di Vicenza, 19 dicembre 2018, n. 2946

G.U. Caparello

La potestas iudicandi degli arbitri, anche se irrituali, si estende a tutte le controversie derivanti dal contratto, siano esse di natura contrattuale oppure extracontrattuale, a prescindere dal fatto che l'estensione anche a queste ultime sia stata espressamente prevista dai paciscenti, ai sensi dell'art. 808-bis c.p.c., nella convenzione di arbitrato.

L'art. 808-bis c.p.c. trova applicazione tanto con riferimento all'arbitrato rituale, quanto con riferimento all'arbitrato irrituale, con la conseguenza che anche gli arbitri irrituali possono essere chiamati a risolvere controversie di natura non contrattuale.

L'indisponibilità del diritto non deve essere confusa con l'inderogabilità della normativa applicabile al rapporto giuridico: solo la prima comporta, ai sensi dell'art. 806 c.p.c., l'inarbitrabilità della controversia, mentre la seconda risulta, sotto questo profilo, assolutamente irrilevante. (massime non ufficiali)

(Omissis) MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto notificato il 30 maggio 18, Is. ha citato in giudizio I. S.p.A. al fine di sentirla condannare al risarcimento danni per € 591.936,04, causato dalla condotta di quest'ultima, in quanto contraria ai doveri di buona fede.

(Omissis) Si è costituita I. eccependo, in via preliminare, l'improponibilità della domanda per l'attrazione della controversia alla competenza del collegio arbitrale, come statuito dal contratto siglato tra le parti e, nel merito, il rigetto della avversa pretesa.

(Omissis) In prima udienza parte convenuta ha insistito in merito alla improcedibilità della domanda.

Con ordinanza resa fuori udienza, il giudice ha fissato discussione orale della causa, sulla base del fatto che l'eccezione di incompetenza poteva profilarsi verosimilmente fondata.

All'udienza del 13 dicembre 2018, all'esito della discussione delle parti, vista la necessità di vagliare più approfonditamente le censure mosse in tale sede, il giudice ha trattenuto la causa in decisione, pur senza concedere i termini 190 c.p.c., attesa la concorde rinuncia, sul punto, delle parti.

L'eccezione di incompetenza del Tribunale adito, sollevata da parte convenuta, per essere la causa oggetto di clausola compromissoria contrattuale, deve essere accolta.

L'art. 28 delle condizioni generali allegate al contratto di subappalto (sub doc. 1, convenuta), siglato da Is., prevede infatti che «Tutte le controversie derivanti dal presente accordo saranno risolte da un Collegio Arbitrale di tre membri dei quali uno nominato dalla parte richiedente contestualmente alla richiesta di arbitrato, da effettuarsi con lettera raccomandata AR, il secondo dall'altra parte con la medesima modalità entro 15 giorni dalla

richiesta di arbitrato. Il terzo arbitro, con funzioni di Presidente, sarà nominato da due arbitri come sopra nominati, o, in difetto di accordo, entro 30 giorni dalla nomina dell'ultimo arbitro, dal Presidente del Tribunale di Vicenza che provvederà anche alla nomina dell'arbitro che la parte abbia omesso di nominare entro il termine di 15 giorni come sopra indicato. Sede dell'arbitrato è Vicenza. Gli arbitri decideranno in via irrituale secondo diritto e le parti si impegnano fin d'ora a considerare la loro decisione, ancorché assunta a maggioranza, come manifestazione della propria volontà contrattuale ed a darvi immediata esecuzione».

Come è dato evincersi dallo stesso tenore letterale del negozio in questione, tutte le controversie devono intendersi attratte alla competenza arbitrale.

Pertanto, le doglianze di parte attrice, a mente delle quali la controversia verterebbe su una fattispecie di responsabilità extracontrattuale e, quindi, estranea alla competenza arbitrale (per essere questa relativa solo alle controversie nascenti da inadempimenti contrattuali), non può essere accolta.

Del resto, l'art. 808 *quater* c.p.c., come correttamente rilevato da parte convenuta, prevede che «*Nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce*».

La disposizione è norma di *favor* per la competenza arbitrale nel senso dell'estensione, in caso di dubbio, della convenzione arbitrale a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce e, pertanto, anche alle questioni risarcitorie derivanti da una responsabilità extracontrattuale.

Né ad un diverso argomentare sarebbe possibile giungere, per il tramite della tesi di parte attrice, a tenore della quale il giudizio ha ad oggetto una responsabilità da condotta lesiva di norme di ordine pubblico e, pertanto, estranea alla competenza arbitrale.

Infatti, è pur vero che deve escludersi il deferimento agli arbitri di controversie riguardanti diritti indisponibili o che comunque presuppongano la risoluzione di questioni incidenti su tali diritti, ma nel caso per cui è causa, tale fattispecie non sussiste.

Infatti, l'indisponibilità del diritto è sì limite alla clausola compromissoria, ma essa non va confusa con l'inderogabilità della normativa applicabile al rapporto giuridico.

Tale è il principio di diritto al quale la Corte di cassazione ha inteso dare continuità in una recente ordinanza (Corte di cassazione, Sez. I, ordinanza 16 aprile 2018, n. 9344) e cui questo giudice intende dar seguito.

Il limite di disponibilità, osserva la Corte, «*si fonda, come rilevato in dottrina, sulla stessa configurazione del giudizio arbitrale, dal momento che rimane tra arbitro e giudice, una differenza fondamentale: il giudice decide per autorità propria, mentre l'arbitro deriva il suo potere dalle parti: è per tale motivo che se per il giudice è del tutto irrilevante che le parti possano disporre della situazione sostanziale sottopostagli, l'arbitro, al contrario, derivando il*

suo potere da quello delle parti, non può decidere una controversia relativa a diritti sottratti alla disponibilità delle parti stesse. L'area della compromettibilità in arbitrato, specifica la Cassazione, che, alla luce della disposizione richiamata, è la regola, coincide dunque oggi con quella della disponibilità del diritto.

Tanto premesso, la disponibilità deve essere commisurata al diritto oggetto della controversia e non già alle questioni che gli arbitri devono sciogliere in vista della decisione: quest'ultime sono infatti suscettibili di essere affrontate con effetti incidenter tantum, essendo essi tenuti a sospendere il procedimento arbitrale solo se sorge questione pregiudiziale su materia che non può formare oggetto di convenzione d'arbitrato e per legge deve essere decisa con autorità di giudicato (cfr., art. 819-bis cod. proc. civ.).

Quanto al rapporto tra indisponibilità del diritto oggetto della controversia ed inderogabilità o imperatività della disciplina sostanziale che lo regola, la Corte regolatrice ritiene, in adesione alla prevalente dottrina, che l'inderogabilità o imperatività della norma che regola il diritto non renda automaticamente quest'ultimo indisponibile, rimanendo viceversa tenuti gli arbitri ad applicare la normativa cogente in materia prevista.

L'indisponibilità del diritto, conclude sul punto la Corte evocando un proprio specifico precedente (cfr., Cass. civ. n. 3975/2004), che costituisce il limite alla operatività della clausola compromissoria, non deve pertanto confondersi con l'inderogabilità della normativa applicabile al rapporto giuridico, la quale non impedisce la compromissione in arbitrato, con il quale si potrà accertare la violazione di norma imperativa senza determinare con il lodo effetti vietati dalla legge».

Ciò premesso, a prescindere dalla inderogabilità della disciplina invocata da parte attrice, risulta tuttavia incontestato che oggetto di tutela è qui un diritto patrimoniale, stante il fatto che Is. chiede un risarcimento del danno.

Pertanto, deve essere dichiarata la competenza del collegio arbitrale. (*Omissis*).

I LIMITI OGGETTIVI DELLA CONVENZIONE DI ARBITRATO (ANCHE PER ARBITRATO IRRITUALE) CON RIFERIMENTO ALLE CONTROVERSIE DI NATURA EXTRA CONTRATTUALE

ALESSIO FILIPPO DI GIROLAMO

Dottore di ricerca

1. – La fattispecie sottoposta all'esame del Tribunale di Vicenza è alquanto complessa, tuttavia, ai fini che qui interessano, può essere riassunta nei termini che seguono: una società agiva, davanti all'a.g.o., nei confronti di un'altra società, asserendo che quest'ultima, nella fase esecutiva del contratto di subappalto da esse stipulato, avesse violato gli «obblighi di condotta sanciti dagli artt. 1175 e 2043 cod. civ.» e che, pertanto, ad essa fosse

addebitabile una responsabilità (espressamente qualificata come) di natura extracontrattuale¹. La società convenuta, nel costituirsi in giudizio, eccepiva tempestivamente, in via pregiudiziale, la carenza di *potestas iudicandi* dell'adito Tribunale, in ragione del fatto che il predetto contratto di subappalto² conteneva una clausola compromissoria (per arbitrato irrituale), nella cui sfera di applicazione avrebbe dovuto essere ricompresa anche la controversia in esame perché connessa all'esecuzione del contratto medesimo. La società attrice, dal canto suo, replicava che, in assenza di previsione espressa delle parti che la estenda anche alle controversie extracontrattuali (*ex art. 808-bis c.p.c.*), la *potestas iudicandi* degli arbitri risulterebbe limitata alle sole controversie di natura contrattuale.

Il Tribunale di Vicenza, con la sentenza qui commentata, ha aderito alla tesi sostenuta dalla società convenuta, statuendo che i limiti oggettivi della convenzione di arbitrato si estendono fino a ricomprendere anche le controversie di natura extracontrattuale, derivanti dal rapporto cui si riferisce la convenzione medesima, ancorché questa estensione non sia stata espressamente prevista dai paciscenti: si tratta di una pronuncia più che condivisibile, che risulta particolarmente significativa perché in contrasto, come subito si vedrà, con la posizione assunta, in più di un'occasione, dalla giurisprudenza.

2. – Deve essere ricordato, per chiarezza espositiva, che la giurisprudenza maggioritaria ritiene che – in assenza di una espressa previsione dei paciscenti *ex art. 808-bis c.p.c.* – la *potestas iudicandi* degli arbitri sia limitata alle sole controversie di natura contrattuale e, pertanto, non possa estendersi anche a quelle di natura extracontrattuale, ancorché derivanti dal medesimo rapporto sostanziale.

A questa conclusione, essa è pervenuta con riferimento ad una vasta gamma di controversie di natura extracontrattuale (o, comunque, ritenute tali), quali, ad esempio, quelle aventi ad oggetto azioni volte a sentire accertare la responsabilità precontrattuale, anche se per dolo incidente³, l'arricchimento senza causa, la ripetizione di indebito e la concorrenza sleale⁴: particolarmente significative, ai fini della presente nota, risultano le

¹ Così si trova scritto nella motivazione della sentenza qui commentata.

² *Rectius*, le «condizioni generali» ad esso allegate.

³ La questione della *potestas iudicandi* degli arbitri con riferimento al dolo incidente è oggetto di ampio dibattito. A questo proposito, tra gli altri, v: SALVANESCHI, *Ambito oggettivo della clausola compromissoria e dolo incidente*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 659 ss.; EAD., *Arbitrato*, Bologna, 2014, p. 132-133; CARLEO, *Ancora su arbitrato e dolo incidente*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 193 ss.

⁴ Quanto alla esclusione della *potestas iudicandi* degli arbitri, ove la convenzione di arbitrato non faccia espressamente riferimento con riferimento alle domande

pronunce rese con riferimento alle domande, generalmente ritenute di natura extracontrattuale⁵, volte ad accertare la responsabilità dell'appaltatore (oppure del venditore-costruttore di immobile di nuova costruzione) ex art. 1669 c.c.⁶, inserendosi nell'alveo dei rapporti scaturenti

aventi ad oggetto l'arricchimento senza causa, v. Cass., 9 settembre 2011, n. 18567, in *Banca dati Defure*, e Cass., 22 gennaio 1999, n. 565, *ivi*, nonché Coll. Arb., Ferrara, 30 ottobre 1998, in *Riv. arb.*, 2002, p. 375 ss. (con nota adesiva di LONGO, *Osservazioni in tema di efficacia della clausola compromissoria*); con riferimento a quelle aventi ad oggetto il dolo incidente, v. Coll. Arb., Milano, 9 gennaio 2012, in *Riv. arb.*, 2013, p. 187 ss. (con nota critica di CARLEO, *op. cit.*); con riferimento a quelle aventi ad oggetto la concorrenza sleale e la responsabilità precontrattuale, v. Cass., 13 ottobre 2016, n. 20673, in *Riv. arb.*, 2017, p. 733 ss. (con nota critica di LICCI, *L'interpretazione della convenzione arbitrale in materia non contrattuale*); con riferimento a quelle in tema di ripetizione di indebito, v. Trib. Milano, 22 agosto 2019, n. 7884, in www.ildirittodegliaffari.

⁵ In questo senso, per la giurisprudenza di legittimità, v.: Cass., 27 novembre 2017, n. 28233, in *Guida al dir.*, 2018, 15, p. 93 ss.; Cass., 9 novembre 2017, n. 26552, *ivi*, 2018, 11, p. 39 ss.; Cass., 16 settembre 2016, n. 18831, *ivi*, 2017, 4, p. 61 ss.; Cass., 21 settembre 2016, n. 18522, in *Dir. & Giust.*, 2016, 22 settembre; Cass., 14 dicembre 1993, n. 12304, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2563 ss. Per la giurisprudenza di merito, v.: Trib. Sassari, 6 febbraio 2018, n. 175, in *Redaz. Giuffrè*, 2018; Trib. Mantova, 23 gennaio 2018, n. 47, *ivi*, 2018; Trib. Rovereto, 14 luglio 2017, n. 218, *ivi*, 2018; Trib. Milano, Sez. VII, 19 giugno 2017, n. 6841, in *Guida al dir.*, 2018, 3, p. 32 ss.; Trib. Bari, Sez. IV, 21 marzo 2017, n. 1548, in *Redaz. Giuffrè*, 2017. La natura extracontrattuale della responsabilità ex art. 1669 c.c., peraltro, non è affatto pacifica: un risalente orientamento giurisprudenziale (Cass., 27 aprile 1989, n. 1948, in *Banca dati Defure*; Cass., 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Foro it.*, 1982, I, c. 698 ss.) e, soprattutto, buona parte della dottrina, infatti, giungono ad una conclusione opposta, qualificandola come responsabilità contrattuale. A questo proposito, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, fra gli altri, v.: DELLACASA, *Appalto. Garanzie e responsabilità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Roppo, Vol. III, Milano, 2014, p. 446 ss.; BRUNELLI, *Tutela giurisdizionale e arbitrato per i gravi difetti nell'appalto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 353 ss.; BASSO, *Rovina e difetti di cose immobili: responsabilità contrattuale o extracontrattuale? Una voce fuori dal coro*, in *Risarcimento Danno Responsabilità*, 13 ottobre 2017. La questione è troppo complessa per poter essere trattata nella presente sede, tuttavia non ci si può esimere dal rilevare che la natura della responsabilità in esame è di difficile identificazione in quanto, a ben vedere, si colloca a cavallo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: come di recente osservato dalle Sezioni Unite, infatti, (proprio) «la categoria dei gravi difetti tende a spostare il baricentro dell'art. 1669 c.c., dall'incolumità dei terzi alla compromissione del godimento normale del bene, e dunque da un'ottica pubblicistica ed aquiliana ad una privatistica e contrattuale» (v. Cass., Sez. Un., 27 marzo 2017, n. 7756, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1579 ss.).

⁶ Cass., 3 febbraio 2012, n. 1674, in *Riv. arb.*, 2014, 589 (con nota di CASCELLI, *Clausola compromissoria e liti extracontrattuali: questioni interpretative*). Nel medesimo senso, più di recente, per la giurisprudenza di legittimità, v. Cass., 15 febbraio 2017, n. 4035, in *Banca dati Defure*, e, per la giurisprudenza di merito, v. Trib. Bergamo, 24 aprile 2017, n. 1078, *ivi*, ed App. Napoli, 15 marzo 2011, in *Pluris Utet. Contra*, v.: App. Torino, 15 aprile 2003, in *Giur. merito*, 2003, p. 2430 ss. (anch'essa pronunciata con riferimento ad un arbitrato irrituale); App. Milano, 8 agosto 2016, in *Riv. arb.*, 2017, p. 115 ss., con nota di BOCCAGNA, *Spunti in tema di violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel giudizio arbitrale* (pronunciata, peraltro, con

dal contratto di appalto e, dunque, da un contratto sostanzialmente analogo a quello (di subappalto) oggetto del giudizio instaurato davanti al Tribunale di Vicenza.

In particolare, con la sentenza n. 1674/2012 (poi richiamata, più di recente, dalla sentenza n. 4035/2017), la Suprema Corte ha dapprima premesso, sul piano generale, che la *«clausola compromissoria riferentesi genericamente alle controversie nascenti dal contratto cui inerisce, deve essere interpretata, in mancanza di espressa volontà contraria, nel senso che rientrano nella competenza arbitrale (tutte) le controversie relative a pretese aventi la loro causa petendi nel contratto medesimo»*.

Muovendo da questa premessa, la Suprema Corte ha escluso la *potestas iudicandi* degli arbitri, con riferimento all'azione di cui all'art. 1669 c.c., affermando che, in questo caso, *«il contratto di compravendita costituisce il presupposto storico sullo sfondo del quale si innesta l'azione proposta, ma non la causa petendi della stessa, perché il grave difetto costruttivo denunciato, essendo un comportamento rilevante solo sotto il profilo di un'eventuale responsabilità aquiliana, è un fatto che non sostanzia una domanda di fonte contrattuale, alla quale soltanto si riferisce la clausola arbitrale sottoscritta dalle medesime parti»*.

In sostanza, la volontà dei paciscenti di estendere la sfera di operatività della convenzione di arbitrato anche alle controversie aventi natura extracontrattuale dovrebbe risultare in modo espresso, con la conseguenza che, ove invece la convenzione medesima – come spesso accade – nulla dica sul punto, la *potestas iudicandi* degli arbitri dovrebbe ritenersi, sempre e comunque, automaticamente esclusa con riferimento a queste controversie.

3. – L'approdo al quale perviene la giurisprudenza maggioritaria, appena ricordato, non pare condivisibile⁷ e, pertanto, bene ha fatto il Tribunale di Vicenza a discostarsene, valorizzando, in particolare, la previsione di cui all'art. 808-*quater* c.p.c.⁸, ritenuta norma di evidente *«favor per la competenza arbitrale nel senso dell'estensione, in caso di dubbio, della convenzione arbitrale a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal*

riferimento ad un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale non riconducibile a quella di cui all'art. 1669 c.c.).

⁷ Come ho già avuto modo di rilevare in passato: sia, pertanto, consentito rinviare, anche per gli ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali, ad A.F. DI GIROLAMO, *La potestas iudicandi degli arbitri in materia non contrattuale (anche, ma non solo, con riferimento all'azione esercitata dal compratore di un immobile di nuova costruzione ai sensi dell'art. 1669 c.c.)*, in *Riv. arb.*, 2019, p. 31 ss.

⁸ Il quale prevede che *«[n]el dubbio, la convenzione d'arbitrato di interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione di riferisce»*.

rapporto cui la convenzione si riferisce e, pertanto, anche alle questioni risarcitorie derivanti da una responsabilità extracontrattuale»⁹.

Del resto, pare difficilmente contestabile che la soluzione prospettata dalla giurisprudenza maggioritaria risulti non compatibile con l'attuale dato normativo e, più in generale, con il *favor arbitrati* che il legislatore ha accolto con sempre maggiore convinzione¹⁰.

A questo proposito, merita di essere ricordata l'introduzione, in occasione della riforma del 2006, non solo dell'art. 808-*quater* c.p.c.¹¹, espressamente richiamato dal Tribunale di Vicenza, ma anche dell'art. 808-*bis* c.p.c.¹², mediante la quale il legislatore ha voluto superare risalenti (e più o meno consolidati) orientamenti giurisprudenziali e/o dottrinali che avevano influito negativamente sulla diffusione dell'arbitrato nel nostro Paese.

In particolare, con l'art. 808-*bis* c.p.c., il legislatore – così avvicinando le previsioni contenute nel nostro codice di rito a quelle contenute nelle fonti sovranazionali¹³ – ha voluto consegnare alla storia quell'orientamento, di

⁹ Così, testualmente, il Tribunale di Vicenza nella sentenza qui commentata.

¹⁰ Osserva Trib. Monza, 23 marzo 2015, n. 348, in *Redaz. Giuffrè*, 2015, che «la riforma del capo II del Libro IV titolo VIII del codice di procedura civile è ispirata indubbiamente al c.d. *favor arbitrati*». Nei medesimi termini, più di recente, v. Cass., 6 aprile 2018, n. 8595, in *Banca dati DeJure*, e Trib. L'Aquila, 31 dicembre 2018, in *Riv. arb.*, 2019, p. 113 ss. (con nota di AMENDOLAGINE, *Criteri interpretativi della clausola compromissoria e favor arbitrati*). Sul punto, in dottrina, v.: VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2010, p. 63; ATTERITANO, *Sub art. 808-*quater**, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, 2009, p. 568 ss.; NELA, *Sub art. 808-*quater**, ne *Le recenti riforme del processo civile*, commentario diretto da Chiarloni, Bologna, 2007, p. 1649; PISAPIA, *La clausola compromissoria: tecniche redazionali e principi interpretativi*, in *www.dirittobancario.it*, p. 7 ss.; COMASTRI, *Favor arbitrati e art. 808-*quater* c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 81 ss.; LICCI, *op. cit.*, p. 745; CARRATO - DI MARZIO - GIORDANO - LAZZARO - SCARPA, *Procedimenti alternativi al rito ordinario*, Milano, 2016, p. 476. Il *favor arbitrati* è sempre più diffuso anche a livello internazionale, come osservato da: RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna, 2010, p. 1 ss.; DONATIVI, *L'arbitrato societario. Presupposti di compromettibilità*, Torino, 2015, p. 6, nota 11; CAFARO, *Le procedure arbitrali e di ADR*, Padova, 2005, p. 154 ss.; AULETTA, *L'istruzione probatoria mediante consulente tecnico nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 1137-1138.

¹¹ Il quale, rubricato «[i]nterpretazione della convenzione d'arbitrato», prevede che «[n]el dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce».

¹² Il quale, rubricato «[c]onvenzione di arbitrato in materia non contrattuale», prevede che «[l]e parti possono stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati. La convenzione deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807».

¹³ V., innanzitutto, l'art. 2, comma 1, della Convenzione di New York nonché l'art. 7 della UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Sul punto, v. BRIGUGLIO, *La dimensione transnazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2005, pp. 699-700.

gran lunga maggioritario, che escludeva la possibilità di compromettere controversie future di natura extracontrattuale, limitando tale possibilità alle controversie già insorte: con la conseguenza che, mentre era ritenuta ammissibile la stipulazione di un compromesso avente ad oggetto una controversia di natura extracontrattuale, veniva, tendenzialmente, esclusa la valida stipulazione di una clausola compromissoria avente il medesimo oggetto¹⁴.

Ciò che pare opportuno rilevare fin d'ora è che il legislatore non si è limitato a prevedere – come sarebbe stato opportuno, onde evitare inutili complicazioni – che la clausola compromissoria possa avere ad oggetto anche controversie (future) di natura extracontrattuale, ma ha preferito introdurre, accanto al compromesso (art. 807 c.p.c.) ed alla clausola compromissoria (art. 808 c.p.c.), una terza fattispecie, denominata «[c]onvenzione di arbitrato in materia non contrattuale» (art. 808-bis c.p.c.). Cionondimeno, come correttamente rilevato dalla più attenta dottrina, nulla vieta che tale «convenzione» sia inserita nel corpo di una clausola compromissoria, con la conseguenza che quest'ultima attribuirà agli arbitri la *potestas iudicandi* sia con riferimento alle controversie future di natura contrattuale che con riferimento a quelle di natura extracontrattuale che «*si trovano in relazione con la fattispecie contrattuale più ampia, in cui la convenzione si colloca*»¹⁵.

¹⁴ A questo proposito, v.: PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Vol. I, Padova, 2012, pp. 650-651; ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 259; RUFFINI, *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 716; ID., *Sub art. 808-bis*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, diretto da Benedettelli, Consolo e Radicati di Brozolo, Padova, 2010, pp. 55-56; NELA, *Sub art. 808-bis*, ne *Le recenti riforme del processo civile*, commentario diretto da Chiarloni, Bologna, 2007, p. 1626; MOTTO, *Sub art. 808-bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, 2009, pp. 516-517; VANONI, *La convenzione arbitrale e il contratto di arbitrato*, ne *La prassi dell'arbitrato rituale*, a cura di Bossi, Torino, 2012, p. 81; IACOVIELLO, *La convenzione arbitrale*, in AA.VV., *Arbitrato*, Milano, 2012, pp. 43-44; MERONE, *Sub art. 808-bis*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio - Consolo - Sassani - Vaccarella, Torino, 2014, pp. 98-99 (ai quali si rimanda anche per i riferimenti bibliografici relativi ai sostenitori dell'una, piuttosto che dell'altra, tesi).

¹⁵ NELA, *Sub art. 808-bis*, cit., p. 1627. A questo proposito, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808-bis*, in *Arbitrato*, diretto da Carpi, Bologna, 2016, p. 181, osserva che «ciò significa che se una clausola compromissoria contiene l'espresso riferimento, accanto alle liti nascenti dal contratto, ad eventuali controversie di natura non contrattuale, sempre connesse al regolamento negoziale, la scelta arbitrale potrà coprire l'intera materia del contendere». Nel medesimo senso, v.: SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., pp. 131-132; PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. I, p. 651; RUFFINI, *Sub art. 808-bis*, cit., p. 57; CARLEVARIS, *Ambito oggettivo dell'accordo compromissorio e arbitrabilità delle controversie non contrattuali*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 621; MERONE, *op. cit.*, p. 100; LICCI, *op. cit.*, p. 743; IACOVIELLO, *op. cit.*, p. 44.

Con l'art. 808-*quater* c.p.c.¹⁶, invece, il legislatore¹⁷ ha inteso superare quell'orientamento, diffuso in giurisprudenza¹⁸, secondo cui, sussistendo il dubbio circa il fatto che una determinata controversia rientrasse, o non rientrasse, nella *potestas iudicandi* degli arbitri, avrebbe dovuto prediligersi la competenza dell'a.g.o.¹⁹: a tal fine, è stato introdotto uno specifico canone ermeneutico – che va ad aggiungersi a quelli ordinari²⁰ previsti dagli artt.

¹⁶ Norma, questa, che viene particolarmente valorizzata anche in materia concorsuale, al fine di estendere l'ambito oggettivo della convenzione di arbitrato fino a ricomprendervi le controversie relative all'indennizzo (oppure al credito corrispettivo che dovrebbe essere pagato in prededuzione) previsto per il caso di scioglimento, a seguito di ammissione al concordato preventivo, da contratti ancora pendenti (sul punto, v. BRIGUGLIO, *Arbitrato e concordato preventivo*, in *Arbitrato e impresa in crisi*, a cura di Castagnola, Fumagalli, Sacchi, Salvaneschi e Sica, Milano, 2019, p. 160).

¹⁷ Così, secondo ODORISIO, *Prime osservazioni*, cit., p. 255, incorrendo nel vizio di eccesso di delega. Sul punto, però, cfr. ATTERITANO, *op. cit.*, p. 570, e FABBI, *Sub art. 808-*quater**, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Comoglio - Consolo - Sassani - Vaccarella, Torino, 2014, p. 142.

¹⁸ In forza del quale, in caso di «persistente dubbio nell'interpretazione della clausola compromissoria», tale dubbio «va risolto a favore della cognizione del giudice ordinario quale giudice naturale» (Cass., 10 giugno 1998, n. 5717, in *Riv. arb.*, 1999, p. 53 ss., con nota critica di RUFFINI, *In tema di interpretazione della clausola compromissoria: i «dubbi» della Suprema Corte e l'art. 1367 cod. civ.*, il quale osserva, condivisibilmente, che la decisione in commento «appare inaccettabile laddove ritiene 'eccezionale' la devoluzione delle controversie ad arbitri, e afferma la prevalenza della competenza del giudice ordinario quale 'giudice naturale'»). Nel medesimo senso, v.: Cass., 26 aprile 2005, n. 8575, in *Banca dati DeJure*; Cass. 23 luglio 2004, n. 13830, *ivi*; Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Diritto maritt.*, 2000, p. 216 ss.. Va, peraltro, rilevato che, già prima della riforma, alcune pronunce avevano aderito ad una interpretazione meno rigorosa dei limiti oggettivi della clausola compromissoria, affermando che «il collegio arbitrale, al quale con una clausola siano state deferite le controversie in materia di interpretazione o di applicazione del contratto, è competente a decidere anche in materia d'inadempimento o di risoluzione del contratto stesso poiché detto patto, in assenza di espressa volontà contraria, deve essere interpretato in senso lato, con riferimento a tutte le controversie relative a pretese aventi causa nel contratto» (Cass., 22 dicembre 2005, n. 28485, in *Banca dati DeJure*. Nel medesimo senso, v.: Cass., 2 febbraio 2001, n. 1496, *ivi*; Cass., 20 febbraio 1997, n. 1559, *ivi*; Cass., 14 aprile 1994, n. 3504, in *Giur. it.*, 1994, I, c. 1264 ss.). Sul punto, cfr.: NELA, *Sub art. 808-*quater**, cit., pp. 1650-1651; PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. I, p. 641; FABBI, *op. cit.*, pp. 145-146; RUFFINI, *Sub art. 808-*quater**, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, diretto da Benedettelli, Consolo e Radicati di Brozolo, Padova, 2010, pp. 103-104; SANGERMANO, *Criteri di interpretazione della clausola compromissoria*, in *Contratti*, 2012, p. 97 ss.

¹⁹ Lo rilevano, fra gli altri, anche: PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. I, p. 634; ODORISIO, *Prime osservazioni*, cit., p. 255; NELA, *Sub art. 808-*quater**, cit., p. 1650; CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 621; LUISO, *Diritto processuale civile*, Vol. V, Milano, 2011, p. 98; FABBI, *op. cit.*, p. 141; COMASTRI, *op. cit.*, p. 83; SIROTTI GAUDENZI, *Procedimento arbitrale e rapporti con il processo civile dopo la Legge 162/2014*, Rimini, 2015, p. 88; SANGERMANO, *op. cit.*, p. 97 ss.; IACOVIELLO, *op. cit.*, p. 28 ss.; CARRATO - DI MARZIO - GIORDANO - LAZZARO - SCARPA, *op. cit.*, pp. 476-477; VANONI, *op. cit.*, p. 96.

²⁰ PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. I, p. 633 ss.; SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 191; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808-*quater**, in *Arbitrato*, diretto da Carpi,

1362 ss. c.c.²¹ – in forza del quale, per l'appunto, nel dubbio va privilegiata la via arbitrale²².

Le due norme da ultimo richiamate, oltre ad essere state introdotte contestualmente e ad essere espressione del medesimo *favor arbitrati*, risultano fra loro connesse, dal momento che l'art. 808-*quater* c.p.c. prevede che il canone ermeneutico da esso introdotto (*in dubio pro arbitrato*) trovi applicazione non solo con riferimento alle controversie «che derivano dal contratto», ma anche a quelle che derivano «dal rapporto cui la convenzione si riferisce», così richiamando, espressamente, anche la convenzione di arbitrato in materia non contrattuale di cui all'art. 808-*bis* c.p.c.²³.

Alla luce dell'attuale dato normativo, risulta oggi chiaro, dunque, che i paciscenti possono, pur nell'ambito della medesima clausola compromissoria, prevedere espressamente che (anche) le controversie di natura extracontrattuale, in qualche modo connesse con il rapporto cui si riferisce la clausola medesima, siano devolute alla cognizione arbitrale: a quel punto, ove sussistano dubbi sulla interpretazione della clausola in esame, dovrà prevalere la via arbitrale.

Ciò che, invece, non risulta affatto chiaro è cosa accada allorché – come, peraltro, solitamente avviene (e come, del resto, è avvenuto nel caso sottoposto all'esame del Tribunale di Vicenza) – i paciscenti, nella clausola compromissoria, si limitino a fare riferimento alle controversie nascenti dal contratto, senza specificare nulla circa il fatto che la *potestas iudicandi* degli arbitri si estenda, oppure non si estenda, anche alle controversie di natura extracontrattuale in qualche modo connesse con quel rapporto²⁴.

Ebbene, le soluzioni ipotizzabili sembrano essere due.

Bologna, 2016, p. 225; FABBI, *op. cit.*, pp. 143-144; CASCELLI, *op. cit.*, p. 596; VANONI, *op. cit.*, p. 96.

²¹ Norme, queste, ritenute pacificamente applicabili anche al fine di interpretare la volontà dei paciscenti trasfusa nella convenzione di arbitrato (tra le altre, v.: Cass., 10 maggio 2018, n. 11313, in *Banca dati DeJure*; Cass., 27 gennaio 2015, n. 1498, in *Guida al dir.*, 2015, 20, p. 72 ss.; Cass., 18 febbraio 2008, n. 3933, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1405 ss.; Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. arb.*, 2006, p. 82 ss., con nota di MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*; Cass., 17 gennaio 2001, n. 562, in *Banca dati DeJure*). Con riferimento alla interpretazione della clausola compromissoria, v. anche SANGERMANO, *op. cit.*, p. 97 ss.

²² In altri termini, come osservato da COMASTRI, *op. cit.*, p. 83, con l'art. 808-*quater* c.p.c. il legislatore ha «rovesciato l'ermeneutica della convenzione di arbitrato: non bisogna più stabilire se le parti abbiano inteso ricomprendere questa o quella controversia nella clausola, ma se l'abbiano voluta escludere».

²³ Fra gli altri, lo sottolineano: NELA, *Sub art. 808-quater*, cit., p. 1649; SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 191; ATTERITANO, *op. cit.*, p. 570.

²⁴ Sul punto, v. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 132 ss.

Una prima soluzione, che mantiene una significativa distinzione fra la sfera di applicazione delle due norme in esame e fa leva su una interpretazione rigorosa dell'inciso «*con apposita convenzione*» di cui all'art. 808-*bis* c.p.c., è quella secondo cui la volontà di compromettere (anche) le controversie di natura extracontrattuale dovrebbe risultare, necessariamente, in modo espresso, con la conseguenza che, nel silenzio dei paciscenti, la clausola compromissoria potrebbe operare solo con riferimento alle controversie contrattuali.

Una seconda soluzione, che valorizza, invece, la sinergia fra le due norme, è quella secondo cui la previsione dell'art. 808-*bis* c.p.c. andrebbe integrata con quanto previsto dall'art. 808-*quater* c.p.c., con la conseguenza che, ove nulla sia previsto dai paciscenti, la questione relativa ai limiti oggettivi della clausola compromissoria dovrebbe essere ricondotta, indipendentemente dalla natura della controversia, ad una questione ermeneutica, con prevalenza, nel dubbio, della via arbitrale.

La scelta fra l'una, piuttosto che l'altra, soluzione non risulta agevole perché non sussistono indici testuali univoci: sia l'art. 808-*bis* c.p.c., sia l'art. 808-*quater* c.p.c., infatti, contengono espressioni suscettibili di molteplici interpretazioni.

Quanto all'art. 808-*bis* c.p.c., esso prevede che i paciscenti possono, «*con apposita convenzione*», devolvere alla cognizione arbitrale le controversie future di natura non contrattuale. Per tal modo, la norma sembra richiedere che l'estensione dei limiti oggettivi della clausola compromissoria, fino a ricomprendervi (anche) le controversie di natura extracontrattuale, sia manifestata, necessariamente, in modo espresso: per dirlo con le parole della Suprema Corte, la formulazione della norma in esame renderebbe «*preferibile sostenere che l'art. 808-*quater* c.p.c. consenta una interpretazione favorevole alla competenza arbitrale tutte le volte in cui sorga contrasto sulla portata della clausola compromissoria fermo restando che il deferimento agli arbitri delle controversie extracontrattuali connesse a vicende negoziali debba essere espressamente previsto*»²⁵.

²⁵ Cass., 13 ottobre 2016, n. 20673, cit.. In dottrina, v. CASCELLI, *op. cit.*, p. 598, la quale osserva – commentando adesivamente la già richiamata sentenza n. 1674/2012 della Suprema Corte – che «*è necessario che vi sia una espressa volontà delle parti nel senso di comprendere nella clausola delle liti extracontrattuali, specificando i casi extracontrattuali devoluti in arbitri. Altrimenti questi ultimi si troverebbero a giudicare su una materia che esorbita dalla competenza loro devoluta*». In questo senso, parrebbe anche DE NOVA, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 431, il quale sembra ritenere che la scelta di devolvere alla cognizione arbitrale anche controversie non contrattuali, ai sensi dell'art. 808-*bis* c.p.c., debba risultare, necessariamente, in modo espresso.

Tuttavia, questa non sembra l'unica interpretazione possibile²⁶.

Ed infatti, posto che l'articolo in esame, come si è detto, ha introdotto una fattispecie autonoma, ossia la «[c]onvenzione di arbitrato in materia non contrattuale», che si affianca al compromesso ed alla clausola compromissoria, l'inciso di cui sopra potrebbe essere letto anche nel senso che – ove le parti vogliano devolvere ad arbitri la decisione delle (sole) controversie future aventi natura extracontrattuale²⁷ – tale “volontà compromissoria”²⁸ deve risultare espressamente e, cioè, da una «*apposita convenzione*»: così come, del resto, ove vogliano devolvere ad arbitri la decisione delle (sole) controversie future aventi natura contrattuale, dovranno stipulare una apposita clausola compromissoria e, ove vogliano devolvere ad arbitri la decisione delle (sole) controversie già insorte, indipendente dalla loro natura, dovranno stipulare un apposito compromesso.

In altri termini, l'inciso in esame potrebbe essere inteso come volto semplicemente a ribadire che, anche con riferimento alle controversie future di natura extracontrattuale (così come con riferimento a quelle future di natura contrattuale ed a quelle, di natura contrattuale o extracontrattuale, già insorte), da un lato, la volontà di escludere la competenza dell'a.g.o. deve risultare in modo espresso, ossia da «*apposita convenzione*», e, dall'altro lato, tale manifestazione di volontà deve essere espressa con «*atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'art. 807*» (così richiamando i medesimi requisiti di forma previsti per il compromesso e per la clausola compromissoria dagli artt. 807 ed 808 c.p.c.).

Aderendo a questa interpretazione, sembra potersi giungere ad affermare che, ove la volontà di escludere la competenza dell'a.g.o., in favore di quella arbitrale, sia già stata manifestata dalle parti mediante la stipulazione di una clausola compromissoria, il requisito di cui all'art. 808-bis c.p.c. (i.e. la presenza di una «*apposita convenzione*») potrebbe ritenersi già integrato (²⁹) e, a quel punto, la definizione dei limiti oggettivi della *potestas iudicandi* degli arbitri (nel senso di ricomprendere, o di escludere, le

²⁶ A questo proposito, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 133, sottolinea la sussistenza di «*qualche dubbio legato alla lettera della norma in esame*».

²⁷ In assenza, cioè, di clausole compromissorie o compromessi afferenti al medesimo rapporto. Sul punto, osserva IACOVIELLO, *op. cit.*, p. 44, che la «*funzione specifica*» della norma in esame sembra proprio «*quella di consentire la conclusione di accordi compromissori aventi ad oggetto esclusivamente diritti extracontrattuali, in assenza di alcun rapporto contrattuale sottostante*».

²⁸ Nel senso, generale, di volontà di adire la via arbitrale piuttosto che quella del giudizio ordinario, a prescindere, dunque, dal fatto che le controversie abbiano natura contrattuale o non contrattuale.

²⁹ Tenuto anche conto del fatto che l'art. 808-bis c.p.c. e l'art. 808 c.p.c. rimandano entrambi, quanto ai requisiti di forma, all'art. 807 c.p.c.

controversie di natura extracontrattuale) si risolverebbe in una mera questione interpretativa, con conseguente applicazione (anche) del canone ermeneutico *in dubio pro arbitrato*.

Quanto all'art. 808-*quater* c.p.c., esso prevede che, nel dubbio, la *potestas iudicandi* degli arbitri si estende a tutte le controversie «che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce»: la norma, quindi, sembra accomunare – così come ritenuto dal Tribunale di Vicenza³⁰ – controversie derivanti dal contratto (*i.e.* contrattuali) e controversie derivanti dal rapporto (*i.e.* extracontrattuali), come se il canone ermeneutico in esame trovasse applicazione, indistintamente, con riferimento sia alle une che alle altre, indipendentemente, cioè, dal fatto che i paciscenti abbiano, o non abbiano, previsto espressamente l'arbitrabilità delle controversie extracontrattuali³¹.

Anche in questo caso, tuttavia, la disposizione in esame si presta ad un'altra interpretazione.

Essa, infatti, può essere interpretata pure nel senso che, ove nulla sia previsto dai paciscenti, nel dubbio la *potestas iudicandi* degli arbitri si estenderà a tutte le controversie di natura contrattuale «che derivano dal contratto» (ma solo a quelle); mentre, ove sia espressamente prevista, ai sensi dell'art. 808-*bis* c.p.c., l'arbitrabilità delle controversie di natura extracontrattuale, nel dubbio tale *potestas iudicandi* si estenderà anche a tutte le controversie «che derivano...dal rapporto cui la convenzione si riferisce»³². In altri termini, secondo questa interpretazione, si ragionerebbe per “compartimenti stagni”, nel senso che il canone ermeneutico *in dubio pro arbitrato* potrebbe operare solo ed esclusivamente nell'ambito di uno dei tre “compartimenti” (solo contrattuale, solo extracontrattuale oppure contrattuale ed extracontrattuale) espressamente previsto nella convenzione medesima: con la conseguenza che, ove al “compartimento” extracontrattuale non si possa accedere, in quanto non espressamente previsto dai paciscenti ai sensi dell'art. 808-*bis* c.p.c., il predetto canone ermeneutico non potrà che operare, esclusivamente, all'interno (e nei limiti)

³⁰ Si trova scritto, nella sentenza qui commentata, che «[l]a disposizione è norma di favor per la competenza arbitrale nel senso dell'estensione, in caso di dubbio, della convenzione arbitrale a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce e, pertanto, anche alle questioni risarcitorie derivanti da una responsabilità extracontrattuale».

³¹ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808-quater*, cit., pp. 230-231.

³² Osserva SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 191, che tale interpretazione sarebbe confortata dal dato testuale, dal momento che la norma in esame prevede una «contrapposizione disgiuntiva tra le controversie che derivano dal contratto e quelle che derivano dal rapporto cui la convenzione si riferisce» (la norma, infatti, parla di controversie che derivano dal contratto «o», per l'appunto, dal rapporto cui la convenzione si riferisce).

del “compartimento” contrattuale (e, dunque, con riferimento alle sole controversie di natura contrattuale).

Preso atto che non sono rinvenibili indicazioni univoche sul piano testuale, sembra, allora, doversi considerare la *voluntas legis*, che traspare con chiarezza non solo dagli artt. 808-bis ed 808-quater c.p.c., ma anche dal complessivo impianto della riforma del 2006, che è quella di privilegiare ed incentivare, quanto più possibile, la risoluzione delle controversie per via arbitrale.

In quest’ottica, fra quelle sopra prospettate, la soluzione preferibile appare, senza dubbio, quella (in effetti, accolta dal Tribunale di Vicenza) che conduce alla integrazione della previsione dell’art. 808-bis c.p.c. con la previsione dall’art. 808-quater c.p.c., dal momento che essa consente di estendere in modo significativo la *potestas iudicandi* degli arbitri, pur a fronte di convenzioni di arbitrato che nulla dicano circa la natura delle controversie alle quali fanno riferimento³³, e risulta, in generale, maggiormente coerente con la finalità sottesa all’introduzione delle due norme in esame, che è quella di «non lasciare ‘monco’ il giudizio arbitrale rispetto a quello che sarebbe potuto essere il normale oggetto del processo davanti al giudice ordinario»³⁴ (favorendo così la concentrazione, in sede arbitrale, delle controversie relative al medesimo rapporto).

Del resto, in assenza di una disposizione che attribuisca al silenzio dei paciscenti un significato preciso, sembra più che legittimo, in presenza di questo silenzio, l’insorgere di quel «dubbio» circa la volontà dei paciscenti medesimi che legittima il ricorso al canone ermeneutico di cui all’art. 808-quater c.p.c., con la conseguenza che, di regola, e dunque salvo che non vi siano inequivocabili indicazioni in senso contrario³⁵, i limiti oggettivi della clausola compromissoria dovranno essere estesi fino a ricomprendervi anche

³³ In questo senso, fra gli altri, v.: ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808-bis*, cit., p. 182; EAD., *Sub art. 808-quater*, cit., pp. 230-231; SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., pp. 133 e 191 ss.; RUFFINI, *Sub art. 808-quater*, cit., p. 106; FABBI, *op. cit.*, p. 150 ss.; CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 621; ATTERITANO, *op. cit.*, p. 571; BOCCAGNA, *Spunti*, cit., p. 126; MOTTO, *Concorso di fattispecie*, ne bis in idem e ordine di esame delle questioni di rito, in *Riv. arb.*, 2012, p. 343; LICCI, *op. cit.*, p. 746; CARLEO, *op. cit.*, pp. 196-197; VANONI, *op. cit.*, p. 96 (quest’ultima, peraltro, si esprime in tono dubitativo). *Contra*, CASCELLI, *op. cit.*, p. 598, e, parrebbe, DE NOVA, *op. cit.*, p. 431.

³⁴ CARLEO, *op. cit.*, p. 197.

³⁵ Con riferimento all’ipotesi in cui, all’interno del medesimo contratto, siano presenti sia una clausola compromissoria che una clausola di elezione del foro, v.: SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., pp. 193-194; ATTERITANO, *op. cit.*, p. 571; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808-quater*, cit., pp. 227-228; NELA, *Sub art. 808-quater*, cit., pp. 1654-1655; LICCI, *op. cit.*, p. 746 ss.; FABBI, *op. cit.*, pp. 149-150. In giurisprudenza, v. Cass., 13 ottobre 2016, n. 20673, cit.

le controversie di natura extracontrattuale, purché, ovviamente, connesse con il rapporto cui si riferisce la clausola medesima³⁶.

Non solo, ma la soluzione qui preferita consente di non svilire la portata dell'art. 808-*quater* c.p.c., che risulterebbe, invece, grandemente ridimensionata ove si ritenesse che, in assenza di un'espressa manifestazione di volontà ai sensi dell'art. 808-*bis* c.p.c.³⁷, la *potestas iudicandi* andrebbe, comunque, limitata alle sole controversie di natura contrattuale.

4. – La soluzione adottata dal Tribunale di Vicenza, oltre che corretta sotto il profilo giuridico, si lascia apprezzare anche perché l'esclusione della *potestas iudicandi* degli arbitri con riferimento alle controversie di natura extracontrattuale, sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria, risulta foriera di notevoli complicazioni sul piano processuale, finendo per ostacolare l'efficiente amministrazione della giustizia, in aperto contrasto con il principio di economia processuale³⁸, e per condurre ad un risultato «insoddisfacente per l'efficienza dello strumento arbitrale»³⁹.

A questo proposito, va rilevato che l'effetto prodotto dall'orientamento qui criticato è il seguente: in presenza di una clausola compromissoria mediante la quale i paciscenti devolvono alla cognizione arbitrale tutte le controversie connesse, derivanti o, comunque, collegate ad un contratto, senza nulla dire circa la natura di tali controversie, si avrà, pur a fronte di questioni strettamente connesse tra loro, una frammentazione fra la *potestas iudicandi* arbitrale, che investirà le sole domande di natura contrattuale, e la

³⁶ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., pp. 133-134, osserva che, qualora, nel silenzio dei paciscenti, i limiti oggettivi della clausola compromissoria non risultino chiaramente individuabili, «dovrà ritenersi che le parti che hanno scelto l'arbitrato con riferimento alle liti future che derivano dal contratto, l'abbiano fatto con riferimento a tutte le liti che trovano la loro occasione nel contratto, anche se eventualmente appartenenti al genere della responsabilità precontrattuale o extracontrattuale, a meno che non ci siano indici specifici di una volontà di esclusione delle materia da ultimo menzionate da quelle devolute in arbitrato». In questo senso, v. anche App. Milano, 8 agosto 2016, cit., la quale, nel richiamare la posizione della «più recente ed autorevole [dottrina] processualistica», ha concluso che si deve ritenere che «la clausola compromissoria inserita in un contratto possa eventualmente operare anche rispetto alle controversie in materia di responsabilità da fatto illecito lato sensu collegate al contratto».

³⁷ Manifestazione che, come noto, ben di rado è rinvenibile nelle clausole compromissorie, le quali, solitamente, non fanno riferimento alla natura, contrattuale oppure extracontrattuale, delle controversie devolute alla cognizione arbitrale.

³⁸ FABBI, *op. cit.*, p. 143, rileva, condivisibilmente, che l'art. 808-*quater* c.p.c. è volto proprio al «perseguimento di esigenze di economia processuale», oltre che di «tutela della volontà delle parti». Sulla applicazione del principio di economia processuale anche all'arbitrato, v. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, p. 37 ss.

³⁹ CARLEO, *op. cit.*, pp. 199-200, il quale lo afferma avuto riguardo alla esclusione della *potestas iudicandi* degli arbitri con riferimento al dolo incidente.

competenza dell'a.g.o., che investirà le sole domande di natura extracontrattuale⁴⁰.

E, se è vero che la frammentazione del potere decisorio dovrebbe essere, per quanto possibile, sempre evitata in ossequio al principio dell'economia processuale (ed a quello di concentrazione che gli è preordinato) nonché al fine di scongiurare il rischio di contrasti fra decisioni⁴¹, è altrettanto vero che, a maggior ragione, essa andrebbe evitata allorché, come nel caso che qui ci occupa, la *potestas iudicandi* venga frazionata fra arbitri ed a.g.o.: ed infatti, l'attuale quadro normativo non prevede – a differenza di quanto avviene con riferimento al giudizio ordinario – efficaci meccanismi di coordinamento “preventivo” fra cause avviate in sede ordinaria e cause avviate in sede arbitrale⁴².

Anzi, avendo il legislatore del 2006, quantomeno secondo la dottrina ampiamente maggioritaria⁴³, aderito al modello delle c.dd. “vie parallele”, sarebbe da escludere, *in radice*, qualsivoglia forma di coordinamento preventivo fra le due vie⁴⁴, tenuto anche conto del fatto che l'art. 819-ter c.p.c.

⁴⁰ ATTERITANO, *op. cit.*, p. 573, osserva che, ove «la clausola compromissoria fosse interpretata restrittivamente, si correrebbe il rischio che i rapporti derivanti da un medesimo contratto vengano considerati distintamente, con la conseguenza che certi aspetti controversi rientrerebbero nella competenza del giudice e altri in quella arbitrale. Non solo. In molti casi, sarebbe perfino difficile stabilire se una data controversia rientri o meno nella competenza arbitrale, col rischio di aumentare i casi di pendenza della medesima lite, e in una fase preliminare, sia davanti al giudice sia davanti all'arbitro».

⁴¹ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 190, sottolinea proprio la «consapevolezza che la parcellizzazione delle questioni che nascono dallo stesso contratto tra organi giudicanti diversi comporta inconvenienti notevoli sul piano dell'economia dei giudizi e del coordinamento tra decisioni su materie connesse».

⁴² La circostanza è stata valorizzata, proprio con riferimento al tema delle domande ex art 1669 c.c., da E. MARINUCCI nel corso di un suo intervento, in qualità di relatrice, in occasione del convegno, dedicato alle «Nuove tendenze nell'arbitrato domestico e internazionale», tenutosi presso la Camera Arbitrale di Milano in data 23 maggio 2018.

⁴³ LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 788, ad esempio, sottolinea che «il nostro legislatore ha confermato i rapporti fra arbitro e giudice secondo il modello delle c.d. vie parallele, che si caratterizza per i seguenti elementi: non vi è la priorità di una rispetto all'altra; la pendenza della controversia in una sede non impedisce la proposizione della domanda nell'altra; il raccordo fra le due vie avviene attraverso le rispettive decisioni». Nel medesimo senso, fra gli altri, v.: E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1180 ss.; BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 357 ss.; CAPPONI, *Sub art. 819-ter*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Briguglio e Capponi, Vol. III, Tomo II, Padova, 2009, pp. 877-878; RUFFINI, *Sub art. 819-ter*, ne *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, p. 375 ss.

⁴⁴ La questione è alquanto complessa e non è possibile affrontarla in modo approfondito nella presente sede. Tuttavia, merita comunque di essere sottolineato che, secondo una parte (seppure minoritaria) della dottrina, nel nostro sistema non sarebbe stato accolto il principio delle c.dd. “vie parallele”, bensì quello, opposto, della litispendenza c.d. “a senso unico” o “zoppa”, secondo il quale, una volta instaurato il procedimento arbitrale, verrebbe automaticamente esclusa, fino alla

esclude espressamente l'applicabilità, nei «rapporti tra arbitrato e processo», dell'art. 295 c.p.c.⁴⁵.

Ne discende che, in tale situazione, la contemporanea pendenza dei giudizi comporterebbe un'inutile duplicazione di attività processuale, con il rischio di pervenire a decisioni fra loro contrastanti o, comunque, non pienamente compatibili⁴⁶: con la conseguenza che, come osservato dalla dottrina, «ciò che dovrebbe costituire un sistema rapido e snello di risoluzione delle controversie, si trasformerebbe in una infernale trappola processuale»⁴⁷.

pronuncia del lodo, la *potestas iudicandi* dell'a.g.o.. In particolare, è stato sostenuto che il combinato disposto degli artt. 819-ter ed 817, commi 1 e 2, c.p.c. farebbe sì che, «per l'ipotesi di attuale concorrenza fra sede arbitrale ed altra sede, la competenza degli arbitri a giudicare della convenzione e quindi della propria competenza non solo non è esclusa, ma esclude concorrenti poteri di giudicarla» (LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, p. 172; ODORISIO, *Prime osservazioni*, cit., p. 272). In forza di tale orientamento, la lettura combinata, in particolare, dell'art. 819-ter c.p.c. con l'art. 817, comma 2, c.p.c., comporterebbe che, «quanto al giudice civile di fronte a cui sia stata proposta domanda da chi più non voglia l'arbitrato e perciò ne contesti la convenzione, egli potrà giudicarla solo se non venga attivato l'arbitrato, e solo allora potrà trattenerla e rendere sentenza affermativa o negante la propria competenza» (S. LA CHINA, op. cit., p. 173). Non solo, ma il «principio della prevalenza dell'arbitrato rispetto al giudizio statale» sarebbe «confermato, a scanso di equivoci, dall'art. 819-ter c.p.c.», essendo il primo comma di detta norma «chiaro sul punto, affermando la priorità riconosciuta agli arbitri: la norma prevede che la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice. Dunque, anche quando sia già instaurato un processo civile, è possibile rivolgersi agli arbitri. Se invece il procedimento arbitrale è già iniziato, ciò preclude che si possa discutere davanti ai giudici statali della convenzione di arbitrato: la legge prevede che in pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi a oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato (art. 819-ter, comma 3, c.p.c.)» (SANGIOVANNI, *Brevi note sulle eccezioni d'incompetenza sollevate nel corso dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 564). In altri termini, ci sarebbe «un meccanismo di risoluzione preventiva del conflitto, inserito nell'ultimo comma dell'art. 819-ter» c.p.c., in base al quale «pendente il processo arbitrale, qualora una delle parti adisca il giudice statale sia per fare accertare l'invalidità o l'inefficacia della convenzione arbitrale sia, a nostro avviso, per far decidere la controversia in base al presupposto che la convenzione d'arbitrato sia invalida o inefficace, il giudice non deve dichiarare la litispendenza, ma deve pronunziare l'inammissibilità della domanda» (VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 23).

⁴⁵ Art. 819-ter, comma 2, c.p.c., il quale prevede la non applicabilità, nei rapporti tra arbitri ed a.g.o., anche degli artt. 44, 45, 48 e 50 c.p.c. (con la nota sentenza n. 223/2013, però, la Consulta ha dichiarato la incostituzionalità della disposizione in esame «nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 c.p.c.»). Sul punto, fra gli altri, v. G.F. RICCI, *Sub art. 819-ter*, in *Arbitrato*, diretto da Carpi, Bologna, 2016, pp. 628-630. Con riferimento alla possibilità di ritenere l'art. 295 c.p.c. applicabile, nonostante l'espressa previsione di cui all'art. 819-ter c.p.c., v. le interessanti riflessioni di BACCAGLINI, *Fallimento e arbitrato rituale. Profili di interrelazione e autonomia tra i due procedimenti*, Napoli, 2018, p. 61 ss.

⁴⁶ Nel caso di arbitrato irrituale, a differenza di quanto avviene per l'arbitrato rituale, non si potrebbe mai pervenire ad un vero e proprio contrasto fra giudicati, dal momento che il lodo irrituale non è idoneo ad acquisire l'efficacia di giudicato, tuttavia il contrasto fra la decisione degli arbitri e quella del giudice resterebbe possibile, con tutti gli inconvenienti che, comunque, inevitabilmente ne derivano.

⁴⁷ ATTERITANO, op. cit., p. 573. Nel medesimo senso, v. COMASTRI, op. cit., p. 84.

Inoltre, verrebbe significativamente ridotta la importante funzione deflattiva dell'arbitrato perché le controversie di natura extracontrattuale, ancorché strettamente connesse con la stipulazione e l'esecuzione del contratto contenente la convenzione di arbitrato, andrebbero, comunque, a gravare sull'a.g.o.

Trattasi di "controindicazione" alquanto rilevante, tenuto anche conto del fatto che tale funzione deflattiva – anche, e soprattutto, a motivo della situazione di grave crisi in cui si dibatte, da tempo, la giustizia civile – sta particolarmente a cuore al legislatore⁴⁸, tanto da averlo indotto, nel 2014⁴⁹, ad introdurre (peraltro, con scarso successo) il c.d. "arbitrato di prosecuzione", ossia uno strumento volto a consentire, a determinate condizioni, addirittura la trasmigrazione della causa, pendente davanti al tribunale ovvero alla corte di appello, dall'a.g.o. ad un collegio arbitrale costituito *ad hoc*⁵⁰.

5. – Per completezza, deve essere aggiunto che, nella fattispecie sottoposta all'esame del Tribunale di Vicenza, la controversia era devoluta alla cognizione arbitrale in forza di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, tuttavia a medesime conclusioni si dovrebbe pervenire allorché i paciscenti abbiano scelto la via dell'arbitrato rituale.

⁴⁸ Osserva PASSANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007, p. 7 ss., che, tanto nei sistemi di *common law*, quanto in quelli di *civil law*, «la diffusione in senso orizzontale della ADR», fra cui l'arbitrato, «acquista dimensioni tali da far dubitare che questa scelta abbia delle implicazioni ideologiche precise, e assume piuttosto i connotati di una risposta necessitata ad un bisogno forte che sembra appartenere più agli Stati che ai suoi cittadini»: Stati che, infatti, risultano sempre più spesso incapaci di far fronte alla richiesta di giustizia avanzata da questi ultimi.

⁴⁹ Con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla l. 10 novembre 2014, n. 162.

⁵⁰ Nel preambolo del d.l. n. 132/2014 vengono sottolineate la «necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di degiurisdizionalizzazione e adottare altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile...» nonché la «finalità di assicurare una maggiore funzionalità ed efficienza della giustizia civile mediante le predette urgenti misure». Con riferimento al c.d. "arbitrato di prosecuzione", fra gli altri, v.: BRIGUGLIO, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, in *Giustiziacivile.com*, 2014; E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale e le novità normative in materia di appello e di «degiurisdizionalizzazione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1135 ss.; CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nero sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1173 ss.; VIOLA, *Arbitrato di prosecuzione dopo la legge sulla degiurisdizionalizzazione (L. 162/2014)*, in *Judicium*, 12 febbraio 2015; ROMANO, *Il trasferimento dinanzi ad arbitri delle cause civili pendenti ex art. 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 474 ss.; CAPPONI, *Traslazione dei contenziosi: dai tribunali ai consigli dell'ordine*, in *questionegiustizia.it*, 2014; AMENDOLAGINE, *Processo civile: le novità del decreto degiurisdizionalizzazione*, Milano, 2014; DALMOTTO, *L'arbitrato deflattivo dei processi pendenti e la classe forense*, in *Giur. it.*, 2015, c. 1264 ss.; GIORDANO - VACCARI - MASONI, *Arbitrato deflattivo, negoziazione assistita e mediazione*, Milano, 2016, p. 3 ss.

Anzi, in quest'ultimo caso, la soluzione prospettata nella sentenza qui commentata risulterebbe addirittura rafforzata, dal momento che l'esclusione della *potestas iudicandi* degli arbitri con riferimento alle controversie di natura extracontrattuale, sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria, non risulterebbe coerente con la funzione che, secondo gli interpreti, l'arbitrato rituale è (oggi, più che mai) chiamato a svolgere all'interno del nostro ordinamento.

Non è possibile, nella presente sede, intrattenersi sulla *vexata quaestio* della natura dell'arbitrato, che ha interessato la più autorevole dottrina già nel vigore del codice di rito del 1865⁵¹ e che è stata, poi, costantemente oggetto di attenzione e di studio da parte degli interpreti, il cui interesse si è rinnovato, con particolare vigore, soprattutto in occasione della introduzione dell'attuale codice di rito e, poi, degli interventi che, nel 1983, nel 1994 e, da ultimo, nel 2006, hanno riguardato la disciplina dell'arbitrato.

Ciò che conta, tuttavia, è che all'arbitrato rituale risulta, ormai, riconosciuta dignità pari a quella della giustizia togata, in quanto chiamato a svolgere, ancorché con le sue innegabili peculiarità, una funzione pienamente (e compiutamente) sostitutiva rispetto a quest'ultima: approdo, questo, al quale autorevole dottrina era (condivisibilmente) giunta già da tempo⁵² ma che, oggi, può dirsi un dato ormai, sostanzialmente, pacifico, sia grazie a talune, chiare, prese di posizione del legislatore, quali, ad esempio, la introduzione dell'art. 824-bis c.p.c.⁵³ e dell'art. 819 c.p.c.⁵⁴; sia grazie al fatto

⁵¹ Fra i più significativi, v.: MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Vol. III, Milano, 1905, p. 37 ss.; CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Napoli, 1933/34, pp. 70-71; CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 374 ss.; AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1879, pp. 31-32; BARBARESCHI, *Gli arbitrati*, Milano, 1937, p. 14 ss.; CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, p. 13.

⁵² Fra questi, una menzione particolare deve essere riservata al Prof. Edoardo Ricci, il quale ha sempre sostenuto, con convinzione, la natura giurisdizionale dell'arbitrato. A questo proposito, fra le altre opere, v.: E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 635 ss.; ID., *L'«efficacia vincolante» del lodo dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 809 ss.; ID., *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1242 ss.; ID., *La delega sull'arbitrato, ne Le nuove norme processuali e fallimentari. Commento del D.L. 14 marzo 2005, n. 35 e della legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80*, a cura di Punzi ed E.F. Ricci, Padova, 2005, p. 251 ss.; ID., *La Cassazione si pronuncia ancora sulla «natura» della convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1294 ss.

⁵³ Il quale espressamente parifica, quanto ad effetti, lodo e sentenza.

⁵⁴ Come osservato dalla dottrina, la norma – che conferisce agli arbitri il potere di risolvere, ancorché senza autorità di giudicato, tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie non arbitrabili (con il solo limite di quelle che devono essere decise con efficacia di giudicato per legge) – «costituisce uno dei punti centrali di evoluzione della disciplina dell'arbitrato verso la sua

che, soprattutto negli ultimi decenni, si è assistito ad una costante erosione della sovranità statale in tutti i campi, il che ha reso accettabile, ed anzi fisiologico, che (anche) funzioni essenziali quali quelle della amministrazione della giustizia siano sottratte al monopolio dello Stato e delegate ad organi diversi dall'a.g.o.⁵⁵

Tanto che, sotto quest'ultimo profilo, si è giunti a parlare di «*tendenza alla delocalizzazione della giurisdizione*»⁵⁶, nel senso che «*la giurisdizione si è andata progressivamente allontanando dalla sovranità statale*», con conseguente «*coesistenza, accanto alla giurisdizione statale, di numerose forme di giustizia: comunitaria, internazionale e, in generale, non statale*», all'interno della quale «*devono essere ricomprese tutte le manifestazioni dell'arbitrato*»⁵⁷.

In altri termini, non esiste (quantomeno, sicuramente non esiste più) una giustizia di “serie A”, appannaggio esclusivo dello Stato (i.e. dell'a.g.o.), ed una giustizia di “serie B”, la cui amministrazione può essere devoluta alla cognizione arbitrale⁵⁸, bensì, molto più semplicemente, due diversi, ed

piena equiparazione con il giudizio ordinario e ne dimostra il raggiungimento» (SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 641).

⁵⁵ A questo proposito, particolarmente interessanti risultano le riflessioni di PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1 ss., il quale si chiede (spec. a p. 3 ss.), giungendo a fornire risposta affermativa, «*se è possibile pervenire ormai alla conclusione che oggi non solo si assiste allo sgretolamento del monopolio statale della giurisdizione, ma con tale disgregamento può considerarsi superata l'alternatività contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*». Sul punto, v. anche: RUFFINI, *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale: linee evolutive*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1 ss.; CARPI, *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 811 ss.; ID., *Note su arbitrato, processo e prova*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2015, p. 1145 ss.; CONSOLO, *Piroette arbitrali inutili*, in *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Milano, 2006, p. 54; VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 1 ss.; ID., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 371 ss.; SERRA, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, Napoli, 2016, p. 113 ss.; BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997; C. MARICONDA, *ADR tra mediazione e diritti. Profili comparatistici*, Napoli, 2008, p. 22 ss.; PERLINGERI, *Arbitrato e costituzione*, Napoli, 2002, p. 23 ss.

⁵⁶ PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 180.

⁵⁷ PUNZI, *Dalla crisi del monopolio*, cit., 4. Sottolinea, sul punto, TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, Milano, 2006, p. 280, che si è di fronte ad una «*nuova dimensione della giustizia amministrata dagli Stati a fronte di altre forme di giustizia espressione del pluralismo dei gruppi dotati di autonomia organizzativa e, prima ancora, del costante attenuarsi del concetto stesso di sovranità e di nazione rispetto al fenomeno del progressivo trascendere dei rapporti giuridici dai confini degli Stati e del conseguente irrompere di regole sovranazionali o anazionali*».

⁵⁸ Significativo, sotto questo profilo, è quanto era solita affermare la giurisprudenza, prima della introduzione dell'art. 808-*quater* c.p.c., al fine di privilegiare, nel dubbio circa le intenzioni dei paciscenti, la competenza dell'a.g.o.: la Suprema Corte osservava, infatti, che «*in caso di incertezza deve essere data prevalenza ad una interpretazione restrittiva della clausola in favore della competenza del giudice ordinario, istituzionalmente preposto alla risoluzione delle controversie*» (Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, cit.). Da tali espressioni, traspare il fatto che, secondo l'impostazione allora

equivalenti, modi, per il cittadino, di fruire del «‘servizio’ giustizia»⁵⁹, avvalendosi di giudici togati, nel primo caso, e di giudici privati⁶⁰, nel secondo caso, senza che quest’ultima scelta rivesta carattere eccezionale⁶¹: del resto, che la contrapposizione tra giustizia togata e giustizia “laica”, in precedenza netta, risulti, ormai, decisamente sfumata trova conferma nel fatto che – anche a causa dell’ingente carico di lavoro gravante sull’a.g.o. e della difficoltà, per i magistrati togati, di smaltire l’arretrato – la figura del giudice non togato (c.d. “onorario”) è andata diffondendosi, in modo significativo, anche nell’ambito dei giudizi instaurati davanti all’a.g.o.⁶².

I paciscenti, pertanto, scegliendo la via dell’arbitrato rituale, non scelgono una forma di tutela ridotta, parziale o, comunque, “menomata” rispetto a quella assicurata dal giudizio ordinario, bensì una forma di tutela pienamente sovrapponibile a quest’ultima e destinata a sfociare, all’esito di un giudizio che deve essere rispettoso di tutte le garanzie costituzionali, in un provvedimento, il lodo, che produce i medesimi effetti della sentenza pronunciata dall’a.g.o.⁶³.

Ebbene, considerata questa, ormai acquisita, equipollenza, pare, giocoforza, inevitabile che – salvi i casi in cui ciò sia espressamente escluso dalle parti (vigendo, pur sempre, il principio volontaristico), oppure

accolta dalla giurisprudenza, la risoluzione delle controversie doveva ritenersi rimessa all’a.g.o. (quale organo a ciò «istituzionalmente preposto»), mentre gli arbitri potevano, al più, svolgere un ruolo “sussidiario”.

⁵⁹ Al «‘servizio’ giustizia» fa riferimento PUNZI, *Dalla crisi del monopolio*, cit., p. 19.

⁶⁰ Un «giudice su misura», per dirla con parole di CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 77.

⁶¹ Osserva CARLEVARIS, *op. cit.*, p. 621, che l’art. 808-quater c.p.c. «sembra superare definitivamente ogni interpretazione restrittiva della convenzione arbitrale motivata dalla presunta natura eccezionale della deroga alla giurisdizione». In altri termini, come rilevato da PASSANTE, *op. cit.*, p. 9, si va «verso il superamento della dicotomia pubblico/privato» e la dottrina predilige «un’altra dicotomia», nella quale «si contrappongono i metodi di risoluzione delle controversie giudiziali (in-court) a quelli stragiudiziali (out-of-court), considerandosi alternativi i secondi ai primi» (sul punto, cfr. anche COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, pp. 322-323).

⁶² Questione, questa, che è stata oggetto, proprio di recente, di una profonda riforma, attuata con la legge, 28 aprile 2016, n. 57 e con il successivo d.lgs., 13 luglio 2017, n. 116. Quel che conta, comunque, è che, tutt’oggi, ai magistrati c.d. “onorari” può essere affidata (e viene, nella prassi, affidata), seppure con talune limitazioni, la «trattazione di procedimenti civili e penali di competenza del tribunale» (cfr. artt. 9 e 11 del predetto d.lgs. n. 116/2017). A questo proposito, le Sezioni Unite della Suprema Corte sono giunte ad affermare che i «giudici onorari possono decidere ogni processo e pronunciare qualsiasi sentenza per la quale non vi sia espresso divieto di legge, con piena assimilazione dei loro poteri a quelli dei magistrati togati» (Cass., Sez. Un., 19 maggio 2008, n. 12644, in *Banca dati DeJure*. Nel medesimo senso, v. anche: Cass. 9 novembre 2016 n. 22845, in *Banca dati DeJure*; Cass., 24 gennaio 2019, n. 2047, *ivi*; Cass., 28 febbraio 2019, n. 5808, in *Guida al dir.*, 2019, 18, p. 51 ss.).

⁶³ Eccezione fatta per i soli effetti esecutivi e per l’idoneità alla trascrizione, così come si ricava dal combinato disposto dell’art. 824-bis e dell’art. 825 c.p.c.

vengano in rilievo questioni relative a diritti indisponibili⁶⁴ – sia da privilegiare una soluzione che porti, per quanto possibile, alla equiparazione fra l'estensione del potere decisorio degli arbitri e dell'a.g.o., a prescindere dalla natura, contrattuale o non contrattuale, delle pretese fatte valere⁶⁵.

In altri termini, il presupposto dal quale si deve muovere è quello secondo cui, una volta espressa la preferenza per la via arbitrale, si deve presumere – salvo, ovviamente, che non vi siano chiari indici in senso contrario – che, con riferimento ad un determinato contratto e, più in generale, ad un determinato rapporto (arg. ex art. 808-*quater* c.p.c.), i paciscenti intendano devolvere alla cognizione arbitrale tutte le controversie che, in assenza di convenzione di arbitrato, sarebbero di competenza dell'a.g.o., senza limitazione alcuna⁶⁶.

Una volta compiuta la “scelta di campo” in favore dell'arbitrato (e fatto, così, salvo il principio volontaristico sotteso all'istituto arbitrale), è, pertanto, da ritenere che, di regola, i paciscenti vogliano che la tutela dei loro diritti

⁶⁴ Il limite della indisponibilità pare ancora difficilmente superabile stando al dato testuale offerto dall'art. 806 c.p.c., il quale correla l'arbitrabilità alla disponibilità dei diritti. Peraltro, ormai assodata la natura giurisdizionale dell'arbitrato e la funzione pienamente sostitutiva rispetto al giudizio ordinario, questo dogma meriterebbe, forse, di essere superato (o, quantomeno, rimeditato): del resto, come affermato dalla più autorevole dottrina, tale limite si giustifica sempre meno, dal momento che, «[p]er chi... pensa che il lodo arbitrale sia l'equivalente della decisione giudiziaria, compromettere in arbitri significa semplicemente scegliere un giudice invece di un altro; e, se il giudice privato è tenuto ad applicare il diritto esattamente come farebbe il giudice togato, l'arbitrato dovrebbe essere consentito” (E.F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in AA.VV., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Milano, 2006, pp. 28-29). Sul punto, cfr., da ultimo, MOTTO, *La compromettibilità in arbitrato secondo l'ordinamento italiano*, Milano, 2018, nonché, fra gli altri, i meno aggiornati: BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri: studio di diritto italiano e comparato*, Torino, 1999; CECHELLA, *Il contratto d'arbitrato*, ne *L'arbitrato*, a cura di Cecchella, Torino, 2005, p. 28 ss.; VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 66 ss.; CAVALLINI, *Profili dell'arbitrato rituale*, Milano, 2005, p. 38 ss.; CURATOLA, *Le materie arbitrabili*, in *Appunti di diritto dell'arbitrato*, a cura di Iudica, Torino, 2012, p. 37 ss.. Merita, peraltro, di essere aggiunto, quanto al limite in esame, che l'introduzione dell'arbitrato societario sembra averlo significativamente “allentato”, consentendo anche l'arbitrabilità di controversie aventi ad oggetto diritti non disponibili: sul punto, anche per ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali, v. E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 520 ss., il quale sottolinea che «l'arbitrato fa vistoso ingresso nel campo delle controversie in materia non disponibile, come del resto espressamente previsto dal comma 3° dell'art. 12 della l. di delega 3 ottobre 2001, n. 366».

⁶⁵ CARLEO, *op. cit.*, p. 197.

⁶⁶ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., pp. 133-134. Osserva CARLEVARIS, *op. cit.*, pp. 623-624, che «non può...escludersi (benché si tratti di ipotesi piuttosto remota, di cui non constano esempi nella prassi) che l'accordo compromissorio neghi espressamente la competenza arbitrale su pretese extracontrattuali connesse al rapporto», tuttavia, in «assenza di una chiara indicazione in tal senso, prevale un'interpretazione conforme all'interesse (e alla presumibile intenzione) delle parti di concentrare la soluzione delle controversie relative a un rapporto giuridico unitario davanti ad un unico foro». Sul punto, v. anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808-*quater**, cit., p. 230, e LICCI, *op. cit.*, pp. 746-747.

discendenti o, comunque, connessi con un determinato rapporto sia interamente devoluta alla cognizione arbitrale⁶⁷, rinunciando, del tutto, all'intervento dell'a.g.o. (che potrà rientrare in gioco solo, eventualmente, in sede di deposito del lodo ai sensi dell'art. 825 c.p.c. oppure in sede di impugnazione ai sensi degli artt. 827 ss. c.p.c.).

Resta da aggiungere, sul punto, che non pare affatto un caso il fatto che la posizione espressa dalla giurisprudenza con le pronunce richiamate sopra sia stata compiutamente elaborata all'inizio del 2012⁶⁸, prima, cioè, che i tempi fossero maturi perché la Suprema Corte, a distanza di oltre dieci anni dalla c.d. "svolta negoziale"⁶⁹ e di circa sette anni dall'entrata in vigore della riforma del 2006, tornasse ad accogliere la tesi giurisdizionale dell'arbitrato rituale e, per quanto qui maggiormente rileva, a riconoscere la funzione pienamente sostitutiva della giustizia arbitrale rispetto a quella togata⁷⁰: *revirement* che, infatti, deve collocarsi – dopo un timido (ancorché significativo) tentativo operato nel 2001 della Consulta⁷¹ – nel 2013,

⁶⁷ In questo senso si era espressa, ben prima delle riforme che hanno interessato l'arbitrato, la più autorevole dottrina, la quale sottolineava come, allorché si stipuli una clausola compromissoria, «la volontà delle parti, che non sono di solito legulei, è sempre nel senso della massima apertura verso il giudizio arbitrale, che altrimenti non avrebbe neppure ragion d'essere» (SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Vol. IV, Milano, 1971, p. 237).

⁶⁸ In particolare, la si deve a Cass., 3 febbraio 2012, n. 1674, cit.

⁶⁹ La c.d. "svolta negoziale" – mediante la quale la giurisprudenza di legittimità è tornata ad aderire alla tesi negoziale (o contrattuale), così ripudiando l'opposta tesi giurisdizionale, dell'arbitrato – è intervenuta con una nota sentenza del 2000 delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 254 ss.): tesi, quella negoziale (o contrattuale), che la Suprema Corte ha poi seguito con costanza per oltre due lustri. Senza pretesa di completezza, fra le molte, v.: Cass., SS.UU., 5 dicembre 2000, n. 1251, e Cass., 4 giugno 2001, n. 7533, entrambe in *Corr. giur.*, 2001, p. 1448 ss. (con nota di CONSOLO e MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità di competenza*, i quali analizzano, in chiave critica, il nuovo orientamento giurisprudenziale consacrato dalla pronuncia n. 527/2000); Cass., 3 luglio 2006, n. 15204, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 751 ss. (con nota di E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità di lodo arbitrale reso in materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*).

⁷⁰ Si sottolinea, nella Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione in legge del d.l., 12 settembre 2014, n. 132, «la natura propriamente giurisdizionale e sostitutiva dell'arbitrato in particolare rituale».

⁷¹ Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, mediante la quale la Consulta – pur «senza addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato rituale» – ha statuito che gli arbitri (rituali) possono sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale delle norme di legge che sono chiamati ad applicare. La sentenza è pubblicata in: *Riv. arb.*, 2001, p. 657 ss. (con nota di BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*); *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2883 ss. (con nota di VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*); *Giur. it.*, 2002, c. 689 ss. (con nota di CANALE, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*); *Corr. giur.*, 2002, p. 1009 ss. (con nota di FORNACIARI, *Arbitrato come giudizio a quo*); *Riv. trim. appalti*, 2002, p. 749 ss. (con nota

dapprima con la nota sentenza del Giudice delle leggi n. 223 del 19 luglio⁷² e poi, a distanza di pochi mesi, con la altrettanto nota ordinanza delle Sezioni Unite n. 24153 del 25 ottobre⁷³.

Trattasi, dunque, di un orientamento che affonda le sue radici in un sostrato interpretativo ormai ampiamente superato⁷⁴, sulla scorta del quale la giurisprudenza – prendendo le mosse dalla considerazione secondo cui la (ritenuta) «*natura privata dell'arbitrato*» (anche se rituale) sarebbe stata idonea ad «*escludere la configurabilità del processo arbitrale come affidamento agli arbitri di una frazione di quello stesso potere giurisdizionale che la legge attribuisce al giudice dello Stato, e come forma sostitutiva della giurisdizione degli organi dello Stato*» – giungeva ad affermare che il giudizio arbitrale sarebbe «*antitetico a quello giurisdizionale e ne constitui[rebbe] la negazione*»⁷⁵.

di GIACOBBE, *La questione di costituzionalità nel procedimento arbitrale*). Con riferimento alla sentenza in esame, v. anche i commenti di: E.F. RICCI, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 351 ss.; RUFFINI, *Arbitro, diritto e Costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2001, n. 376)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 263 ss.; ODORISIO, *La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge nel giudizio arbitrale*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 4219 ss.; LUISO - AULETTA - CAPPONI, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità (C. cost. n. 376 del 2001)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 59 ss.; BOVE, *Gli arbitri di fronte alla questione di legittimità costituzionale (riflessioni sulla sentenza della corte costituzionale 28 novembre 2001, n. 376)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 305 ss.; F. DANOVI, *Gli arbitri rituali come i giudici di fronte alla sospetta incostituzionalità della legge*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 471 ss.

⁷² Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in: *Corr. giur.*, 2013, p. 1107 ss. (con nota di CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*); *Foro it.*, 2013, I, c. 2690 ss. (con note di: D'ALESSANDRO, *Finalmente la Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*; ACONE, «*Translatio iudicii*» tra giudice ed arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca?); FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*); *Riv. arb.*, 2014, p. 81 ss. (con note di BRIGUGLIO, SASSANI, MENCHINI e BOVE); *Dir. & Giust.*, 2013, p. 984 ss. (con nota di VALERINI, *La translatio iudicii opera anche nei rapporti tra giudice e arbitro*). Inoltre, v. il commento di RASIA, *La parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter, comma 2°, c.p.c.: una decisione attesa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 291 ss.

⁷³ Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in: *Corr. giur.*, 2014, p. 85 ss. (con nota di VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*); *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1 ss., (con nota di PUNZI, *Dalla crisi del monopolio, cit.*); *Foro it.*, 2013, I, c. 3407 ss. (con nota di D'ALESSANDRO); *Riv. dir. internaz.*, 2014, p. 927 ss.; *Diritto & Giustizia*, 2013, 10 dicembre.

⁷⁴ Osserva, più in generale, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 189, che il «tema dell'ambito oggettivo della clausola compromissoria» è «nato in un'epoca storica ben lontana dalle riforme che hanno via via portato all'equiparazione dell'arbitrato rituale con la giurisdizione ordinaria» e «si è poi trascinato ben oltre le prime due grandi novelle in materia, favorito da non corrette tecniche di redazione della clausola in questione».

⁷⁵ Cass., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, cit.

Allo stato, invece, la acquisita «*natura giurisdizionale, e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, dell'attività degli arbitri rituali*»⁷⁶, così come induce a ritenere ormai superato il predetto sostrato interpretativo, induce altresì a ritenere superato pure l'orientamento espresso dalla Suprema Corte con la già richiamata sentenza n. 1674/2012: orientamento che, del resto, è figlio della diffidenza, oggi non più accettabile (anche perché espressamente sconfessata dal legislatore), manifestata per lungo tempo dalla giurisprudenza nei confronti dell'arbitrato⁷⁷, visto come qualcosa di diverso, e (soprattutto) di sottordinato, rispetto alla giustizia togata⁷⁸.

6. – La sentenza qui commentata risulta di interesse anche perché, nel ritenere che la *potestas iudicandi* degli arbitri irrituali si estenda, di regola, anche alle controversie di natura extracontrattuale, ha necessariamente accolto – pur non intrattenendosi sul punto – la tesi della applicabilità dell'art. 808-*bis* c.p.c. (che consente ai paciscenti di devolvere agli arbitri la soluzione di tali controversie) anche in caso di arbitrato irrituale⁷⁹.

Si tratta di soluzione, pure in questo caso, condivisibile ma per nulla pacifica: giova ricordare, infatti, che tanto la giurisprudenza⁸⁰, quanto parte

⁷⁶ Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit.

⁷⁷ LA CHINA, *op. cit.*, pp. 21-22, parla di «*reciproca diffidenza e sospetto della giurisdizione verso l'arbitrato e viceversa*» nonché di arbitrato «*come alternativa che impoverisce il campo d'azione della giurisdizione, le sottrae litigi e litiganti, attenta al monopolio che essa si arroga della applicazione autoritativa del diritto sostanziale*».

⁷⁸ Ad ulteriore conferma di ciò, si consideri che, con riferimento al tema, per molti versi sovrapponibile a quello di specie, relativo alla interpretazione dei limiti oggettivi della clausola contrattuale derogatoria della competenza territoriale, la Suprema Corte si è dimostrata meno rigorosa, affermando – pur all'esito di un discorso che pare eccessivamente “formalistico” (quanto alla esatta formulazione letterale della clausola medesima) – che il riferimento a «*tutte le controversie inerenti il contratto*» è idoneo a ricomprendere anche le controversie extracontrattuali in qualche modo connesse al contratto, il quale «*non assume necessariamente la funzione di fatto costitutivo dell'azione, che, quindi, debba essere di fonte contrattuale, bensì quella di fatto statico o dinamico in riferimento al quale debba essere insorta la controversia*» (Cass., 9 dicembre 2010, n. 24869, in *Diritto & Giustizia on-line*, 2011). Ed infatti, tale minor rigore rispetto a Cass. n. 1674/2012 sembra dovuto proprio al fatto che, per quanto implicitamente, secondo la Suprema Corte, allorché la deroga della competenza sia in favore di altro organo giudicante, pur sempre ricompreso nell'a.g.o., alle parti sarebbe, comunque, assicurata, sia in una sede che nell'altra, una tutela analoga (ciò che, invece, non sarebbe assicurato ove la deroga fosse in favore degli arbitri, sul presupposto, per l'appunto, che l'arbitrato non garantirebbe le tutele tipiche del giudizio ordinario). Sulla diversa posizione assunta dalla Suprema Corte, da un lato, con la sentenza n. 1674/2012 e, dall'altro lato, con la sentenza n. 24869/2010, v. CASCELLI, *op. cit.*, p. 599.

⁷⁹ Deve essere ricordato che, nel caso sottoposto all'esame del Tribunale di Vicenza, la clausola compromissoria prevedeva la devoluzione delle controversie ad arbitri irrituali.

⁸⁰ Cass., 17 gennaio 2013, n. 1158, in *Banca dati DeJure*.

della dottrina⁸¹, si sono espresse nel senso della inapplicabilità dell'art. 808-bis c.p.c. all'arbitrato irrituale, sul presupposto che quest'ultimo, avendo natura prettamente contrattuale, potrebbe avere ad oggetto unicamente controversie di natura contrattuale, sì che non vi sarebbe alcuna possibilità di estendere la *potestas iudicandi* degli arbitri a quelle di natura extracontrattuale⁸².

In altri termini, per dirlo con le parole della Suprema Corte, neppure si porrebbe «un problema di applicabilità dell'art. 808-bis» c.p.c., dal momento che «esso si riferisce alle convenzioni inerenti uno o più rapporti non contrattuali e, dunque, a materia che, essendo l'arbitrato irrituale un contratto e dando luogo a 'determinazione contrattuale' conseguente, è da ritenere non deducibile con esso, sì che già di per sé sottratta all'ambito delle norme che possono regolarlo»⁸³.

Trattasi di tesi che è stata efficacemente criticata da altra parte della dottrina, la quale ha condivisibilmente osservato che ciò che caratterizza l'arbitrato irrituale, rispetto all'arbitrato rituale, è che esso conduce alla pronuncia di un lodo di natura contrattuale (anziché di un lodo avente i medesimi effetti della sentenza *ex art. 824-bis c.p.c.*), mentre non vi sono differenze quanto al perimetro delle controversie che possono essere decise: in altri termini, non si deve confondere il piano degli effetti del lodo con quello dell'oggetto dell'arbitrato⁸⁴.

L'orientamento da ultimo ricordato – al quale, come si è detto, ha evidentemente prestato implicita adesione il Tribunale di Vicenza – sembra

⁸¹ BIAVATI, *Sub art. 808-ter*, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2016, p. 198.

⁸² BIAVATI, *Sub art. 808-ter*, cit., p. 198, osserva, in particolare, che «[i]l risultato finale dell'arbitrato irrituale è un lodo con effetto di contratto tra le parti. Questo chiarimento legislativo implica che possano essere oggetto di questo arbitrato solo conflitti che permettano una determinazione contrattuale, secondo la definizione dell'art. 1321 c.c., e non meramente negoziale in senso ampio. L'area della compromettibilità per arbitrato irrituale occupa, quindi, uno spazio non necessariamente coincidente con quello che l'art. 806 c.p.c. riserva all'arbitrato rituale e certo non estensibile alle nuove materie che secondo l'art. 808 bis possono costituire oggetto di patto d'arbitrato».

⁸³ Cass., 17 gennaio 2013, n. 1158, cit.

⁸⁴ In questo senso, v. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., pp. 162-163, la quale, con riferimento all'«ambito oggettivo di efficacia della convenzione per arbitrato irrituale», afferma che esso «sembra del tutto analogo a quello proprio del patto compromissorio rituale. Non credo infatti che la natura contrattuale del lodo in esame debba portare a escludere dal suo ambito di applicazione le materie regolate dal nuovo art. 808-bis cod. proc. civ., perché quello che ha natura contrattuale è il prodotto finale dell'arbitrato irrituale, non il suo oggetto, in modo tale che non vi è alcuna contraddizione nel pensare che possa essere devoluta ad arbitrato irrituale anche una lite in materia di indebito arricchimento o relativa a una gestione di affari. La circostanza che queste materie non abbiano natura contrattuale non impedisce in alcun modo che le controversie correlative siano decise con lodo contrattuale, che non avrà gli effetti dell'art. 824-bis cod. proc. civ., ma quelli propri dell'art. 808-ter in esame». Nei medesimi termini, v. ZULBERTI, *La convenzione di arbitrato irrituale*, in corso di pubblicazione ne *L'arbitrato*, a cura di Graziosi e Salvaneschi, in *Forme e riforme del processo civile*, diretto da Didone, Pagni e F. De Santis, § 4.

quello preferibile, tenuto anche conto del fatto che nessuna delle norme che disciplinano la convenzione di arbitrato, individuando i limiti oggettivi della *potestas iudicandi* degli arbitri (artt. da 806 ad 808-*quinquies* c.p.c.), prevede (o anche solo legittima) l'introduzione di una arbitraria distinzione tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale⁸⁵.

Senza tenere conto del fatto che l'introduzione, in via interpretativa, di una simile distinzione, che condurrebbe al restringimento dell'area dell'arbitrabilità (allorché i paciscenti abbiano scelto la via dell'arbitrato irrituale), si porrebbe in netto contrasto con il *favor arbitrati* manifestato dal legislatore⁸⁶ e, inoltre, condurrebbe alle medesime (inaccettabili) complicazioni, sul piano processuale, di cui si è già detto sopra⁸⁷.

7. – Infine, la sentenza qui commentata merita attenzione allorché ribadisce il principio, ormai acquisito sia in dottrina⁸⁸ che in giurisprudenza⁸⁹, secondo cui il piano della disponibilità del diritto, cui fa riferimento l'art. 806 c.p.c. per individuare le controversie arbitrabili, deve essere tenuto distinto dal piano della inderogabilità della disciplina applicabile al rapporto giuridico.

Ne discende che un diritto ben può essere disponibile – e, come tale, arbitrabile – pur essendo disciplinato da norme inderogabili: semplicemente,

⁸⁵ Sembra, più in generale, da condividere la tesi che ravvisa una identità di funzione e di struttura tra le due forme di arbitrato, con la conseguenza che devono trovare applicazione all'arbitrato irrituale tutte le norme dettate per l'arbitrato rituale, ad eccezione di quelle incompatibili e salva, comunque, la diversa volontà delle parti (in questo senso, fra gli altri, v.: PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., Vol. II, p. 621; SASSANI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Dig. it., sez. civ., disc. priv.*, agg. III, 1, Milano, 2007, p. 116 s.; ZULBERTI, *op. cit.*, § 4.). *Contra*, nel senso, cioè, della non applicabilità all'arbitrato irrituale delle norme dettate per quello rituale, v.: BOVE, *La giustizia privata*, Milano, 2018, p. 261 ss.; Cass., 31 luglio 2017, n. 19060, in *Banca dati DeJure*. La questione è alquanto complessa e non può essere compiutamente trattata nella presente sede: sia, pertanto, consentito rinviare, anche per gli ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali, alla approfondita analisi di ZULBERTI, *op. cit.*, § 4.

⁸⁶ V. il precedente § 3.

⁸⁷ V. il precedente § 4.

⁸⁸ Fra gli altri, v.: MOTTO, *La compromettibilità*, cit., pp. 345-346; RUFFINI - MANZO, *Sub art. 806*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, diretto da Benedettelli, Consolo e Radicati di Brozolo, Padova, 2017, p. 35; SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 14 ss.; VERDE, *Lineamenti*, cit., p. 67; ID., *La convenzione di arbitrato*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Verde, Torino, 2005, pp. 93-94; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806*, ne *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Menchini, Padova, 2010, p. 6; PUNZI, *Ancora sulla delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 968; CECHELLA, *op. cit.*, p. 30 ss.

⁸⁹ In questo senso, oltre a Cass., 16 aprile 2018, n. 9344 (in *Banca dati DeJure*), espressamente richiamata dal Tribunale di Vicenza nella sentenza qui commentata, v. Cass., 27 febbraio 2004, n. 3975, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1769 ss.

gli arbitri saranno tenuti, al pari dell'a.g.o., a fare applicazione delle predette norme⁹⁰.

Abstract

THE OBJECTIVE LIMITS OF THE ARBITRATION CLAUSE (ALSO FOR NON-RITUAL ARBITRATION) WITH REFERENCE TO NON-CONTRACTUAL DISPUTES

L'Autore, nel condividere quanto deciso dal Tribunale di Vicenza con la sentenza in esame, si occupa della questione relativa alla sussistenza della potestas iudicandi degli arbitri in materia non contrattuale. In particolare, l'Autore sottopone a critica l'orientamento restrittivo accolto dalla Corte di Cassazione e sostiene che, salvo diversa disposizione dei paciscenti, la potestas iudicandi degli arbitri, anche se irrituali, di regola, dovrebbe estendersi anche alle controversie di natura non contrattuale.

The Author agrees with the decision of the Court of Vicenza on the ruling in question and deals, in particular, with the issue of whether arbitrators have potestas iudicandi in non-contractual matters, criticizing the restrictive approach of the Italian Court of Cassation and arguing that, unless otherwise provided by the contracting parties, the potestas iudicandi of arbitrators, even if in non-ritual arbitration, should also extend to non-contractual disputes.

⁹⁰ Come osservato da MOTTO, *La compromettibilità*, cit., pp. 345-346, «è 'disponibile' ai sensi dell'art. 806, comma 1, c.p.c., la situazione giuridica, per la quale norme inderogabili stabiliscano una regolamentazione necessaria, senza tuttavia inibire il rilievo dell'autonomia privata riguardo ad essa. Infatti, la necessaria regolamentazione, come può essere dettata in via di autonomia privata dalle parti stesse, così può essere enunciata dal lodo: le norme inderogabili attengono al quomodo della regolamentazione della situazione giuridica, non all'an del potere di autonomia privata e, quindi, neppure del potere decisorio degli arbitri. Si pone esclusivamente un problema di giustizia o di ingiustizia del lodo, di conformità o di contrasto della decisione rispetto alle norme imperative, ma non di idoneità del dictum arbitrale a costituire fonte legittima di disciplina del diritto de quo».

SULL' APPLICABILITÀ DELL'ART. 614-BIS C.P.C. IN RIFERIMENTO ALL'ART. 14

Corte di cassazione, Sez. I, 9 dicembre 2019, n. 32023 (Pres. De Chiara - Est. Cesare)

Con l'ordinanza segnalata, la corte di cassazione si esprime in merito all'ambito di applicazione delle misure di cui all'art. 614-bis c.p.c. quali strumenti di coercizione indiretta finalizzati ad incentivare il debitore all'adempimento dell'obbligazione.

Superando il vuoto normativo da tempo denunciato in particolare dalla dottrina, il legislatore italiano del 2009 (con la l. 18 giugno 2009, n. 69), ispirandosi in senso lato allo schema francese, ha infatti, come noto, costruito un modello suo proprio di misura coercitiva, disciplinandola in un'unica norma di formulazione non limpida e per questo foriera di molteplici dubbi interpretativi (su cui v. di recente NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia*, „ Uno studio comparatistico, Napoli, 2019. Nella dottrina più risalente tra i molti Autori che si sono occupati in via generale dell'art. 614-bis c.p.c. ed ai quali, senza pretesa di esaustività, si rinvia per tutte le problematiche inerenti l'istituto v. CONSOLO-GODIO, *Commento all'art. 614 bis*, in CONSOLO, DE CRISTOFARO, ZUFFI (a cura di), *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, a cura di, Milano, 2009, 277 ss.; CHIZZINI, *Commento all'art. 614 bis*, in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI (a cura di), *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, 160 ss.; CHIARLONI, *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, in www.treccani.it; BARRECA, *L'attuazione degli obblighi infungibili di fare o di non fare (art. 614 bis c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, p. 4 ss.; GAMBINERI, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 320 ss.; MERLIN, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1548 ss.; MONDINI, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, cit., 1 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Misure coercitive tra condanna e tutela esecutiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 389 ss; TOMMASEO, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 267 ss. Ci si permette infine di rinviare, al mio *Anticipazioni della "prova" e consulenze psicologiche ante causam*, in *Fam. dir.*, 2019, 435 ss.

Tra questi, il problema della proposizione della relativa istanza, per la prima volta, nel secondo grado di giudizio, che trova la dottrina divisa. Accanto agli Autori che propendono per l'inesistenza di preclusioni processuali nel giudizio di prime cure e che ne ammettono la possibilità di

trovare ingresso, per la prima volta, nel giudizio di secondo grado sia da parte dell'appellante che dell'appellato attraverso l'impugnazione incidentale (così ad es. NASCOSI, *op. cit.*, 146, e, con riferimento specifico ai provvedimenti di famiglia GRAZIOSI, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti in materia di famiglia*, in *Dir. fam.*, 2008, 249), un diverso orientamento esclude, invece, la possibilità di presentare per la prima volta in appello l'istanza diretta all'ottenimento di una misura coercitiva, in virtù dell'affermazione che l'appello (ed in genere i giudizi di gravame), sono finalizzati ad un riesame di questioni già dedotte in primo grado senza che rimanga spazio all'esame di nuove domande (così, ad es. CHIZZINI, *Commento*, cit.).

La Corte di cassazione, nel caso di specie, fa proprio il secondo fra gli orientamenti sopra ricordati.

Prendendo le mosse (nonché posizione) in ordine all'omessa pronuncia su un motivo di appello, la Corte stabilisce anzitutto che ciò non integra omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti, bensì la violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, in quanto il motivo di gravame “non costituisce un fatto principale o secondario, bensì la specifica domanda sottesa alla proposizione dell'appello”. Di poi, concentrandosi specificamente sulla proposizione da parte del ricorrente della domanda di condanna all'*astreinte* ex art. 614-bis c.p.c., solo nel giudizio di secondo grado come richiesta per l'esecuzione di una prestazione di fare infungibile – che, a quella misura, come noto, perfettamente si attaglia –, la Corte sottolinea che la legge processuale non esclude in modo univoco la proposizione successiva in separato giudizio della richiesta di emanazione della misura di coercizione indiretta, in un'ottica di progressivo rafforzamento della tutela di particolari categorie di creditori per equivalente. Nulla impedisce, infatti, continua la Corte, che il creditore possa introdurre in un secondo tempo ed in separato giudizio tale richiesta, in “esplicazione del principio dispositivo”, “a patto di giustificare adeguatamente la separata proposizione delle richieste e la conseguente frammentazione dell'istanza di tutela”, evitando una eventuale contestazione di “abuso del processo” e spiegando la propria condotta in una prospettiva di progressiva e bilanciata reazione all'avversario inadempimento.

Per tali motivi il Supremo Collegio conclude che l'omessa pronuncia su un motivo di appello avente ad oggetto il vizio della mancata statuizione da parte del giudice di primo grado sulla domanda di condanna ad un *facere* infungibile, integra un motivo di ricorso per cassazione ex art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c. per violazione dell'art. 112 c.p.c., stante l'ammissibilità di un tale genere di pronuncia, in quanto idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza dell'esecuzione volontaria da parte dell'obbligato, ed altresì

consente, oltre all'eventuale e successiva domanda di risarcimento del danno, anche l'adozione delle misure di coercizione indiretta *ex art. 614-bis c.p.c.*

BEATRICE FICCARELLI

LA RAPPRESENTANZA IN GIUDIZIO DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE-RISCOSSIONE

Corte di cassazione, Sez. Un., 19 novembre 2019, n. 30008 (Pres. Tirelli, Est. De Stefano)

Con la decisione segnalata, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha ritenuto necessario, nell'interesse della legge *ex art. 363 c.p.c.* e nonostante la rinuncia al ricorso da parte della ricorrente, esaminare la questione di particolare importanza relativa al patrocinio dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione al fine di pronunciare il principio di diritto idoneo a regolarne in astratto la fattispecie.

L'istituzione dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione (AdER), quale nuovo ente pubblico economico successore ope legis di Equitalia *ex art. 1 del D.L. n. 193 del 2016, conv. in L. n. 225 del 2016*, ha fin da subito comportato la necessità di identificare il regime della sua rappresentanza e assistenza in giudizio ai sensi del comma 8 del predetto art. 1.

Sul tema è dapprima intervenuta la Sezione Tributaria della Cassazione statuendo che l'AdER, nel costituirsi in un nuovo giudizio ovvero in uno già pendente, deve avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato a pena di nullità del mandato difensivo, salvo che allegghi le fonti del potere di rappresentanza dell'avvocato del libero foro (fonti individuate, congiuntamente, in un atto organizzativo generale contenente gli specifici criteri legittimanti il ricorso ad avvocati del libero foro e in un'apposita delibera motivata da sottoporre agli organi di vigilanza con le ragioni giustificatrici del ricorso alternativo).

L'indirizzo così affermatosi è stato poi esteso dai Giudici di legittimità ben oltre l'ambito della giurisdizione tributaria, fino a ricomprendere, in sostanza, ogni altra ipotesi di contenzioso dell'AdER. In tal senso, si è sottolineato che l'assetto normativo risultante dalla disciplina del patrocinio del nuovo Ente delinea un rapporto di regola ad eccezione tra la difesa erariale dell'Avvocatura dello Stato e la difesa affidata ad avvocati del libero foro.

Tale orientamento, tuttavia, è stato revocato in dubbio dall'ordinanza interlocutoria della Terza Sezione civile del 9 luglio 2019, n. 18350, con la quale i Giudici della Suprema Corte hanno evidenziato, per contro, che la stessa formulazione letterale del comma 8 dell'art. 1 in esame prevede su un piano di perfetta parità le due fattispecie alternative di patrocinio dell'AdER.

A tale riguardo, con la sentenza del 19 novembre 2019, n. 30008, le Sezioni Unite della Cassazione sono intervenute sulla vicenda al fine di analizzare il quadro normativo di riferimento della disciplina dello jus postulandi dell'AdER e delineare, in via definitiva, l'ambito applicativo dell'art. 1, comma 8, del D.L. n. 193 del 2016, conv. in l. n. 225 del 2016.

In sostanza, la lettera della norma sottoposta all'esame delle Sezioni Unite prevede, da un lato, l'avvalimento del patrocinio cd. autorizzato dell'Avvocatura dello Stato in via organica ed esclusiva su base convenzionale, salvo il caso di conflitto di interessi; dall'altro lato, la facoltà di avvalimento di avvocati del libero foro (nel rispetto dei criteri di cui agli artt. 4 e 17 del codice dei contratti pubblici e di quelli di appositi atti di carattere generale di cui all'art. 1, comma 5, D.L. n. 193 del 2016, conv. in L. n. 225 del 2016).

Nel pronunciarsi sulla questione in commento i Giudici della Suprema Corte hanno posto l'accento sulle peculiarità della disciplina che regola il patrocinio dell'AdER: in particolare, sul necessario bilanciamento tra l'esigenza di efficienza/effettività della difesa in giudizio e l'esigenza di razionalizzazione delle risorse pubbliche, da cui discenderebbe la scelta del legislatore di affidare ad una convenzione (intervenuta tra l'Avvocatura dello Stato e l'AdER con il Protocollo d'intesa stipulato il 22 giugno 2017) la delimitazione dell'ambito di operatività del patrocinio cd. autorizzato.

In tale prospettiva, nei casi in cui la convenzione riserva in via esclusiva all'Avvocatura dello Stato la rappresentanza in giudizio dell'AdER, l'Ente può farsi assistere da avvocati del libero foro solamente in caso di conflitto di interessi, o d'indisponibilità della stessa, ovvero ancora nel rispetto delle condizioni di cui all'art. 43, comma 4, R.D. n. 1611 del 1933 (vale a dire adottando un'apposita motivata delibera da sottoporre agli organi di vigilanza). Viceversa, negli altri casi, l'Ente può avvalersi di avvocati del libero foro senza che sia necessaria alcuna delibera motivata (purché sempre in applicazione dei criteri generali di cui all'art. 1, comma 5, D.L. n. 193 del 2016, conv. in L. n. 225 del 2016 e degli artt. 4 e 17 del codice dei contratti pubblici).

Alla luce del dettato normativo così esaminato, gli Ermellini delle Sezioni Unite hanno ritenuto di non poter condividere l'interpretazione fatta propria dai Giudici dell'ordinanza interlocutoria nel senso della piena equiordinazione tra il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato e il patrocinio

degli avvocati del libero foro. Al contrario, le Sezioni Unite hanno ribadito che la richiamata Convenzione costituisce un'autolimitazione di natura pattizia della facoltà dell'AdER di ricorrere ad avvocati del libero foro e, pertanto, l'avvalimento dell'Avvocatura Generale dello Stato continuerà ad essere obbligatorio per tutte quelle ipotesi ivi riservate in via esclusiva alla difesa erariale.

In aggiunta a tali considerazioni, i Giudici della Suprema Corte hanno altresì precisato che, al di là dell'alternativa stabilita su base convenzionale, resta salvo il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato nel caso in cui vengano in rilievo questioni di massima importanza o aventi notevoli riflessi di natura economica. Di talché, l'Avvocatura dello Stato sarà comunque tenuta alla rappresentanza in giudizio dell'AdER ogniqualvolta gli interessi dell'erario assumano una determinata rilevanza, anche a prescindere dalla ripartizione operata dalla Convenzione.

In definitiva, l'attesa pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione in commento, lungi dal legittimare la perfetta equiordinazione tra il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato e il patrocinio degli avvocati del libero foro, ha per contro confermato la ricostruzione del sistema della rappresentanza e difesa in giudizio dell'Agenzia delle Entrate-Riscossione come articolato alla luce dell'intervenuta Convenzione: l'alternativa degli avvocati del libero foro resterà dunque subordinata rispetto all'Avvocatura dello Stato in tutte le ipotesi di obbligatorietà della difesa erariale espressamente stabilite su base convenzionale ovvero aventi ad oggetto questioni di massima o di notevole riflesso economico.

MARTA MONZANI

LA CASSAZIONE SI PRONUNCIA ANCORA SULLA NON RICORRIBILITÀ PER CASSAZIONE DELL'ORDINE ESECUZIONE PROVVISORIA DEL PROVVEDIMENTO MONITORIO

Corte di cassazione, sez. VI, ord. 3 ottobre 2019, n. 24658 (Pres. D'Ascola - Est. Fortunato)

Con il provvedimento in rassegna, la Corte di cassazione torna a pronunciarsi sulla non impugnabilità, con ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., dell'ordinanza con la quale è concessa, o negata, l'esecuzione provvisoria al provvedimento monitorio (v. in dottrina le opere principali di GARBAGNATI, *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 1991, 189; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3ª ed., Napoli, 1964, 86).

Nel caso di specie, il creditore aveva ottenuto decreto ingiuntivo nei confronti di una società per il pagamento di alcuni importi documentati dalle fatture prodotte in giudizio, quali corrispettivo di una prestazione professionale di elaborazione dati. Nel procedimento di opposizione era stata concessa la provvisoria esecuzione al provvedimento monitorio ai sensi dell'art. 648 c.p.c. La società ricorrente impugnava così l'ordinanza di provvisoria esecuzione del decreto opposto.

La Corte di legittimità, riprendendo un principio pacifico della propria giurisprudenza, ribadisce che l'ordinanza con la quale, in pendenza del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, sia concessa o negata l'esecuzione provvisoria al provvedimento monitorio, non è impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. E ciò neppure nell'ipotesi in cui il giudice esamini questioni di merito per valutare il *fumus del credito*, in quanto, pur trattandosi di situazione avente natura anticipatoria della decisione, è comunque priva del carattere della definitività, ed i cui effetti sono destinati ad esaurirsi con la sentenza che pronuncia sull'opposizione (v. Cass. 19 giugno 2014, n. 13942; Cass. 16 giugno 2014, n. 1359).

La Corte precisa che, a precludere l'esperibilità del rimedio del ricorso per cassazione, non è tanto la non impugnabilità dell'ordinanza ex art. 648 c.p.c., quanto l'inidoneità del provvedimento ad assumere il carattere della definitività; carattere che deve riconoscersi esclusivamente alla sentenza che conclude il giudizio di opposizione e che non dipende dal fatto che la motivazione adottata risponda o meno ai requisiti minimi inderogabili, per come individuati dalla giurisprudenza di questa Corte ai sensi degli artt. 111 Cost. e 132, comma secondo, n. 4 c.p.c. (v. Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053).

Ancora, prosegue la Corte, la formazione anticipata del titolo esecutivo in danno del debitore, munito di stabilità fino alla sentenza, trova bilanciamento sia nella natura (artt. 633, comma 1, nn. 2 e 3, 635 e 636 c.p.c.) che nelle caratteristiche del credito (esigibilità e liquidità), oltre che nella particolare valenza della prova scritta necessaria per la emissione del decreto di ingiunzione. Requisiti, questi, espressamente qualificati come condizioni di ammissibilità del ricorso dal codice di rito (art. 633 c.p.c.), e che devono coesistere sin dalla fase monitoria. Ciò affinché il giudice possa pronunciarsi circa l'esecutività del decreto – e pur sempre nel rispetto del contraddittorio, sulla base di una mera prognosi di infondatezza delle ragioni dell'opposizione e, comunque, con piena discrezionalità nell'apprezzamento di tutte le risultanze processuali.

La previsione dell'art. 648 c.p.c. è dunque posta “a presidio della potenziale definitività del decreto ingiuntivo concesso ante causam, onde

scoraggiare opposizioni dilatorie e indurre l'opponente ad una immediata esauriente rappresentazione delle proprie ragioni" che nell'interesse dello stesso debitore ingiunto deve garantire la più ampia cognizione dei fatti di causa da parte del giudice (Così Corte cost. 8 marzo 1996, n. 65).

BEATRICE FICCARELLI

SULLA RECLAMABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI DINIEGO DI CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA EX ART. 696-BIS C.P.C.

Corte di cassazione, Sez. III, 26 settembre 2019, n. 23976 (Pres. Amendola - Est. Scrima)

Con il provvedimento in esame, a margine di una controversia in materia di locazione ultranovennale di immobile in cui si controverteva delle precarie condizioni igienico-sanitarie in cui versava l'immobile stesso dopo la riconsegna ai locatori, i medesimi proponevano, innanzi al Tribunale di Bari, ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*, chiedendo che fosse disposta una consulenza tecnica preventiva ai fini di composizione della lite. La domanda veniva dichiarata inammissibile in ragione di un'intervenuta transazione tra le parti, con condanna dei ricorrenti alle spese di lite in applicazione dell'*art. 669-septies c.p.c.*

Avverso tale ordinanza veniva proposto ricorso per cassazione basato su un unico motivo.

La Corte di cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso, sull'assunto che il provvedimento sarebbe privo dei caratteri della definitività e decisorietà, ritenendolo per contro soggetto a reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.* anche per quanto riguarda la statuizione relativa alle spese di lite. La Corte, in particolare, ha evidenziato che, a seguito degli interventi della Corte Costituzionale (Corte Cost. 16 maggio 2008, n. 144; v. anche Corte Cost. 28 gennaio 2010, n. 26, in relazione al carattere espansivo delle regole del procedimento cautelare uniforme, carattere che proprio nell'*art. 669-quaterdecies c.p.c.* è normativamente stabilito), trova applicazione, anche con riferimento ai procedimenti di istruzione preventiva, l'*art. 669-terdecies c.p.c.* in ordine alla reclamabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza per l'assunzione preventiva dei mezzi di prova di cui agli artt. 692 e 696 *c.p.c.*

Il Supremo Collegio ritiene di non condividere l'idea per la quale andrebbe esclusa la possibilità di estendere quanto affermato dalla Consulta con la richiamata sentenza del 2008 al caso di rigetto (o comunque di non

accoglimento, ad es. inammissibilità, come nella specie) della richiesta di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, in quanto la motivazione della sentenza della Corte Costituzionale si fonderebbe integralmente sull'urgenza dell'assunzione del mezzo istruttorio, requisito carente nell'art. 696-bis c.p.c. (vasta è la letteratura sull'istituto anche considerata la sua ibrida natura: cfr. G. ARIETA, *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, in *Trattato di diritto processuale*, III, 1, Padova, 2005, p. 549 s.; C. ASPRELLA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Codice di procedura civile. Commenti al nuovo rito riformato*, a cura di N. PICARDI, Milano, 2005, p. 96 ss.; C. BESSO, *I procedimenti di istruzione preventiva*, in S. CHIARLONI, C. CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali. I procedimenti cautelari*, II, 2, Torino, 2005, p. 1176 ss.; R. CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Foro it.*, 2005, V, 139; M.F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 822 ss.; F. CUOMO-ULLOA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini di composizione della lite*, in *Dig. it., disp. priv.*, sez. civ., agg., III, Torino, 2007, 273 ss.; A. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 805 ss.; A. PANZAROLA, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), in *Commentario alle riforme del processo civile*, I, Padova, 2007, 253 ss.; V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in M. TARUFFO (a cura di), *La prova nel processo civile, Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, 1070 ss.).

La Cassazione afferma infatti che, se è pur vero che, con riferimento alla consulenza tecnica preventiva di cui all'art. 669-bis c.p.c., difetta il presupposto del *periculum in mora* deve ritenersi che la disciplina dettata dagli artt. 692-699 c.p.c. non esclude «la natura cautelare delle relative misure», da intendersi, all'evidenza, latamente cautelare quanto al procedimento di cui all'art. 696-bis c.p.c., evidenziandosi che l'espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche in caso di urgenza. Ciò troverebbe conferma nello stesso tenore letterale dell'art. 696-bis c.p.c., il quale espressamente prevede che una siffatta consulenza possa essere richiesta “anche” al di fuori (e non solo in difetto) delle condizioni di cui all'art. 696, comma 1, c.p.c., il quale fa espresso riferimento al presupposto dell'urgenza.

A conferma di tale impostazione la Corte soggiunge che il rimedio del reclamo è compatibile anche con il rito previsto per provvedimenti non cautelari (basti pensare alla previsione di cui all'art. 739 c.p.c. in tema di procedimenti in camera di consiglio) e che, inoltre, militerebbe nel senso della reclamabilità del provvedimento in questione una ulteriore riflessione:

l'art. 696-bis c.p.c., al comma 1, secondo periodo, prevede che il giudice procede a norma dell'art. 696 c.p.c., comma 3 che, a sua volta, stabilisce che il giudice provvede nelle forme stabilite negli artt. 694 e 695 codice di rito.

Come già sopra rilevato, proprio l'art. 695 c.p.c. e l'art. 669-*quaerdecies* c.p.c. sono stati dichiarati incostituzionali, con la sentenza della Consulta n. 144 del 2008, nella parte in cui non prevedono la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza per l'assunzione preventiva dei mezzi di prova di cui agli artt. 692 e 696 c.p.c., sicché sarebbe del tutto irragionevole, secondo la Cassazione, l'esclusione della reclamabilità del provvedimento di mancato accoglimento dell'istanza *ex art. 696-bis c.p.c.*, atteso che quest'ultima norma fa indirettamente riferimento pure all'art. 695 c.p.c., nel modo di cui si è dato conto (sulla inammissibilità del reclamo v. Giordano, *Inammissibilità del reclamo contro i provvedimenti resi nel procedimento ex art.696-bis c.p.c.*, in *Ilprocessocivile.it* e V. AMENDOLAGINE, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, *ivi*).

BEATRICE FICCARELLI

RESPONSABILITÀ AGGRAVATA E ABUSO DEL PROCESSO

Corte di cassazione, Sez. Un., 13 settembre 2018, n. 22405 (Pres. Rordorf – Est. Campanile)

L'introduzione nel codice di procedura civile, per effetto della l. n. 69 del 2009, del terzo comma all'art. 96 dedicato alla "responsabilità aggravata" relativamente al capo dedicato alla responsabilità delle parti per le spese e per i danni processuali, è stata interpretata quale tentativo di introdurre nel corpo del codice di procedura civile una norma di carattere *latu sensu* "deflattivo". In base a tale disposizione, infatti, il giudice, quando pronuncia sulle spese, anche d'ufficio, può condannare la parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata.

La Corte di cassazione, ha subito tenuto a precisare come tale condanna concretasse una sanzione a carattere pubblicistico, del tutto indipendente rispetto alle previsioni di cui ai commi precedenti e, con queste, cumulabili, il tutto nell'ottica di reprimere il cd. "abuso del processo" che si configura allorquando si abbia agito o resistito pretestuosamente in giudizio; tutte le volte, cioè, in cui si sia utilizzato lo strumento processo per raggiungere obiettivi diversi o ulteriori rispetto al fine alla cui realizzazione esso dovrebbe tendere.

E la Cassazione ha anche precisato, nel corso degli anni, che configurano forme di abuso sia la pretestuosità dell'iniziativa giudiziaria per contrarietà al diritto vivente ed alla giurisprudenza consolidata, sia la manifesta inconsistenza giuridica delle censure in sede di gravame e, sempre a titolo esemplificativo e non certo esaustivo, la palese e strumentale infondatezza dei motivi di impugnazione (v., fra le altre, Cass. 22 febbraio 2016, n. 3376 e, in dottrina, SCARSELLI, *Il nuovo art. 96, 3° comma c.p.c.: istruzioni per l'uso*, in *Per un ritorno al passato*, Milano, 2012, 160 il quale precisa che con la suddetta normativa il legislatore non solo non ha voluto introdurre nel sistema un nuovo istituto, basato su altri presupposti e finalizzato al raggiungimento di altre finalità, ma anche che l'"agevolazione" del (nuovo) terzo comma non significa che le altre condizioni previste dalla norma – cioè la mala fede e la colpa grave – non debbano sussistere per poter giungere alla condanna del litigante temerario proprio perché si creerebbe un istituto che il legislatore non ha voluto introdurre).

Certamente il dibattito è occasionato dal fatto che il legislatore italiano, diversamente che altrove, non ha ritenuto di dover dettare una norma di carattere generale e di prevedere un altrettanto generale potere sanzionatorio del giudice. Di qui, la necessità di individuarlo nelle singole disposizioni processuali, facendo leva su quei doveri di lealtà e probità che gravano nel giudizio sia sulle parti che sui loro difensori ai sensi dell'art. 88 c.p.c. da leggersi in combinato disposto con l'art. 92 c.p.c. (che prevede il potere del giudice di condannare la parte, indipendentemente dalla soccombenza, al rimborso delle spese che la controparte abbia dovuto affrontare a seguito della violazione degli obblighi di lealtà e probità. Sull'indubbia valenza sanzionatoria della disposizione v. L.P. COMOGLIO, *L'abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 322; DONDI, *Manifestazione della nozione di abuso nel processo civile*, in *Dir. priv.*, 1997, 459).

Il richiamo a tali doveri implica che le parti sono lasciate libere di utilizzare gli strumenti previsti dall'ordinamento per far valere gli elementi a sé favorevoli e per conseguire una posizione di vantaggio, ciò però a condizione che detta posizione sia il frutto di abilità ed accortezza nell'uso degli strumenti processuali e non consegua, invece, a condotte sleali e fraudolente. Così intesi, gli obblighi di lealtà e probità assumono un ruolo centrale nell'esperienza processuale, divenendo anche modalità imprescindibile per l'attuazione del contraddittorio e, attraverso di esso, del giusto processo.

La Corte di Cassazione, nella sua formazione più autorevole, conferma anzitutto che ai fini dell'applicabilità dell'art. 96, comma 3, c.p.c. non si richiede, diversamente dalle previsioni contenute nei commi precedenti, né la domanda di parte né la prova del danno subito, essendo comunque

necessario l'accertamento della mala fede o colpa grave della parte soccombente. In favore di questa interpretazione è l'inserimento della relativa previsione nella disciplina della responsabilità aggravata, ed inoltre, il rilievo che non può considerarsi censurabile la mera azione in giudizio per far valere una pretesa che si riveli poi infondata, essendo necessario verificare, alla stregua dei principi in tema di sussistenza e apprezzamento della colpa grave della parte soccombente per la configurabilità della lite temeraria, la ricorrenza dei requisiti della mala fede, da ravvisarsi nei casi in cui emerga la consapevolezza dell'infondatezza della domanda ovvero della colpa grave, da individuarsi nelle ipotesi in cui risulti la carenza dell'ordinaria diligenza volta all'acquisizione di detta consapevolezza.

La Sezioni Unite, di conseguenza, dimostrano di accogliere la tesi per cui la condanna *ex art. 96, comma 3, c.p.c.* è volta a salvaguardare finalità pubblicistiche, correlate all'esigenza di una sollecita ed efficace definizione dei giudizi ed a sanzionare la violazione dei doveri di lealtà e probità sanciti dall'art. 88 c.p.c., realizzata attraverso un vero e proprio abuso della *potestas agendi* con l'utilizzazione del di per sé legittimo potere di promuovere la lite per fini diversi da quelli ai quali esso è preordinato (con conseguente produzione di effetti pregiudizievoli per la controparte).

BEATRICE FICCARELLI

PUBBLICAZIONE DI IMMAGINI DI MINORI SUI *SOCIAL NETWORK* E POTERI DEL GIUDICE CIVILE

Tribunale di Ravenna, sent. 15 ottobre 2019, n. 1038 (Est. De Maria)

Con la sentenza in rassegna il Tribunale di Ravenna si è pronunciato in tema di pubblicazione di fotografie di figli minorenni sul *web* senza l'assenso di entrambi i genitori, in particolare, statuendo che un genitore (o altri dal medesimo autorizzato) non può pubblicare sui *social network* fotografie della prole minorenne senza il consenso dell'altro e affermando che le immagini eventualmente già in rete debbono essere immediatamente rimosse, anche se i figli siano in regime di affidamento condiviso.

Il caso trae origine da una sfilata di moda in cui una bambina di tre anni, accompagnata sul palco dalla madre, aveva sfilato in costume da bagno durante un evento organizzato in un locale i cui proprietari, in seguito, avevano pubblicato sul profilo *facebook* del negozio ed a scopo promozionale, immagini della serata, comprese quelle della minore, peraltro ben riconoscibile. Il consenso alla pubblicazione delle fotografie della minore

era stato rilasciato solo dalla madre, sì che il padre, separato con affido condiviso della figlia, successivamente all'evento cui peraltro aveva partecipato, si è opposto alla pubblicazione delle fotografie, contestando la mancata raccolta del suo consenso, e agendo in giudizio per il risarcimento dei danni subiti in proprio e dalla figlia minore.

Il giudice romagnolo ha stabilito che la partecipazione della minore alla sfilata in costume da bagno a scopo promozionale e la conseguente pubblicazione delle foto sui profili *facebook* senza oscuramento del volto, in assenza di consenso espresso di entrambi i genitori, bensì soltanto di uno di essi, e dunque in violazione del regime giuridico dell'affido condiviso, costituisce un fatto illecito, generatore di danno risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c.; danno, peraltro, ritenuto non provato dall'attore nel caso di specie.

La decisione, là dove afferma l'illiceità della condotta consistente nella pubblicazione su *social networks* di immagine di minori, offre l'occasione per chiedersi quali siano le ulteriori forme di tutela concedibili in relazioni a tali condotte. Nelle situazioni sovraesposte, la forma di tutela più efficace è non già, infatti, quella risarcitoria – che si mostra insufficiente per la tutela dei diritti della personalità, trattandosi qui oltretutto di diritti della personalità di minori – bensì quella preventiva rispetto alla pubblicazione o quella volta ad ottenere l'immediata rimozione delle foto pubblicate.

A tal proposito può affermarsi che, qualora non sia stato dato ancora avvio al procedimento separativo o di divorzio, e si imponga pertanto una tutela cautelare *ante causam*, il genitore non consenziente può certamente agire ai sensi dell'art. 700 c.p.c., chiedendo al tribunale la rimozione immediata delle immagini dei figli minorenni dai *social network*, oltre ad ogni altro provvedimento che venga ritenuto necessario (conf., in giurisprudenza, Trib. Rieti 7 marzo 2019, in *Dejure*). Più problematica è la questione, invece, qualora la pubblicazione delle immagini dei figli minori avvenga quando il procedimento separativo o di divorzio sia già stato avviato (oppure sia stato instaurato un procedimento per la modifica delle condizioni di collocamento e/o mantenimento dei figli *ex art. 337-quinquies*, c.c.). In questo caso, infatti, si pone il problema se il giudice possa ordinare, nel corso di detti procedimenti, sulla base di una domanda di parte "nuova", "accessoria", e peraltro non cumulabile con quella principale, la rimozione delle immagini che riprendono sui *social* i figli minorenni.

La questione, in altre parole, è se il giudice disponga in tal caso di poteri officiosi in virtù delle finalità pubblicistiche sottese alla tutela dei figli minori ed alla stregua di quanto accade qualora si agisca ai sensi dell'art. 336 c.c. che, nei procedimenti per far dichiarare la decadenza dalla responsabilità genitoriale o la sospensione della responsabilità medesima, stabilisce come

in caso di urgente necessità il tribunale possa «adottare anche d'ufficio provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio». Se il previgente art. 155, comma 7, c.c. precisava esplicitamente che nell'emanare provvedimenti sull'affidamento dei figli e sul contributo al loro mantenimento il giudice poteva provvedere anche aldilà dell'accordo e magari in contrasto con le domande delle parti stesse in virtù della duplice esigenza, da un lato della tutela dell'autonomia della famiglia, dall'altro della garanzia nell'interesse del figlio, il nuovo art. 337 ter c.c. non contiene esplicite affermazioni in tal senso.

Pare di poter affermare, tuttavia, che se è pur vero che i procedimenti separativi e di divorzio prendono avvio su domanda di parte, l'espressione di cui all'art 337-ter c.c. per cui il giudice adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale della stessa, comporta di per sé che l'autorità giudiziaria non sia vincolata alle domande svolte dalle parti, dovendo adottare ogni decisione ritenuta più opportuna nell'interesse dei figli. Al giudice sarebbe conferita, pertanto, ampia discrezionalità nella determinazione del contenuto del provvedimento. Se ciò si verifica essenzialmente quando il giudice medesimo non ritiene congrue le determinazioni dei genitori in punto di mantenimento e di diritti di permanenza e visita in favore dei figli medesimi, anche nell'ipotesi di inopportune pubblicazioni di immagini di minori sui *social network*, pare pertanto sussistere un potere di pronuncia *ultra petita*.

In tal senso si è espressa anche parte della dottrina evidenziando che «in questi procedimenti il *thema decidendum* è interamente ricalcato sui provvedimenti nell'interesse di figli minori per i quali non vigono i principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato» né conseguentemente le preclusioni previste per il giudizio di cognizione ordinario se in relazione ai diritti indisponibili (A. GRAZIOSI, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i "figli" hanno eguali diritti dinanzi al tribunale ordinario*, in *Fam. dir.*, 2013, 109, il quale parla di "sterilizzazione" del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato. Cfr., altresì, Cass. 22 maggio 2014, n. 11412). Ne consegue che, qualora nel giudizio separativo o di divorzio (o della modifica ai provvedimenti ivi adottati) si alleggi da parte di un genitore l'inopportuna pubblicazione di immagini da parte dell'altro, non sia necessario avviare un'autonoma azione cautelare ex art. 700 c.p.c., ma sia possibile richiedere al giudice del procedimento in corso, il provvedimento inibitorio in base ai poteri (officiosi) che egli è comunque in grado di esercitare. La finalità pubblicistica sottesa ai procedimenti in cui i minori, pur non essendo parti processuali, lo siano dal punto di vista sostanziale, comporta pertanto la possibilità per il giudice di

intervenire a loro tutela, con ogni vantaggio in termini di economia processuale, dati i particolari diritti coinvolti.

La giurisprudenza appare orientata in senso favorevole alla concessione dei provvedimenti inibitori o di rimozione delle immagini. Si è affermato, ad esempio, in un procedimento di volontaria giurisdizione intentato ai sensi dell'art. 337-*quinquies*, c.c., che il giudice può inibire a uno dei genitori la pubblicazione di immagini dei figli sui *social networks* ed ordinare di provvedere immediatamente alla rimozione di tutte quelle già presenti, ritenendo l'inserimento di fotografie dei minori sui social comportamento potenzialmente pregiudizievole per essi (Trib. Mantova, 19 settembre 2017, in *www.personaedanno.it*); o, ancora, in un procedimento di revoca della potestà genitoriale, è stata ordinata d'ufficio non solo la rimozione delle fotografie del minore, ma altresì disposta una misura coercitiva indiretta ex art. 614-*bis* c.p.c. a presidio di tale ordine, in deroga al requisito dell'istanza di parte previsto da tale articolo (Trib. Roma, 23 dicembre 2017, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 2, 41, con nota di S. PERON, *Sul divieto di diffusione sui social network delle fotografie e di altri dati personali dei figli*).

In quest'ultima pronuncia, il potere ufficioso di rendere una misura coercitiva di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. è stato ricavato dall'art. 709-*ter* c.p.c., là dove prevede che il giudice possa adottare, a prescindere dall'istanza di parte, misure inerenti la tutela del minore; una soluzione che forse potrebbe essere condivisa in ragione anche dei poteri ufficiosi in ordine all'adozione di «provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio» che l'art. 336, comma 3, c.c. attribuisce al giudice nei procedimenti di revoca della potestà genitoriale.

BEATRICE FICCARELLI

CONFISCA PER EQUIVALENTE ED AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE IN STATO DI INSOLVENZA

Tribunale di Potenza, decr. 18 aprile 2019 (Est. Baglioni)

Il provvedimento segnalato si occupa della questione se sia possibile procedere a confisca per equivalente di beni anteriormente assoggettati ad una procedura di amministrazione straordinaria in caso di reati tributari.

Il Tribunale osserva che la confisca per equivalente prevista per alcuni reati tributari prevista dall'art. 1, comma 143, l. 27 dicembre 2007, n. 244 (sostituito, senza soluzione di continuità, dall'art. 12 *bis* d.lgs. 10 marzo 2000,

n. 74) è disciplinata dall'art. 322 *ter* c.p., a mente del quale essa viene disposta su beni «di cui il reo ha la disponibilità»: il quesito che si impone di risolvere è se i beni assoggettati a procedura concorsuale siano o non siano da considerarsi beni di cui il reo ha la disponibilità.

Il giudice lucano si richiama ad un orientamento del giudice di legittimità, il quale ha osservato che, per un verso, con la dichiarazione di fallimento viene meno, ai sensi dell'art. 42 l. fall., in capo al fallito il potere di disporre del proprio patrimonio e, per altro verso, la disponibilità sui beni in capo al reo, richiesta dall'art. 12 *bis*, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 per la confisca per equivalente, non coincide con la titolarità del diritto di proprietà, che rimane del fallito pur a seguito della dichiarazione di fallimento (Cass. pen., sez. III, 10 ottobre 2018, n. 45574; sul punto si vedano anche le riflessioni di Cass. pen., sez. III, 7 ottobre 2016, n. 42469; nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Bergamo, ord. 3 febbraio 2019, con nota di L. FERRAJOLI, *La dichiarazione di fallimento blocca sequestro e confisca*; Trib. Treviso, ord. 31 marzo 2017, con nota di E. BASILE, *I controversi rapporti tra confisca per equivalente e fallimento: legittimazione del curatore ad agire in sede esecutiva e criteri cronologici di prevalenza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 328 ss.; in termini dissimili, però, con riferimento al sequestro preventivo, cfr. Cass. pen., sez. IV, 19 febbraio 2019, n. 7550).

Secondo l'ordinanza in rassegna un tale principio trova estensione anche alla procedura di amministrazione straordinaria *ex* d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, precisandosi che, con riferimento ad essa, l'indisponibilità sui beni, che impedisce la confisca, si verificherebbe già con l'affidamento della gestione dell'impresa al commissario giudiziale, disposta *ex* art. 19 del d.lgs. cit. con la sentenza che dichiara l'insolvenza o con provvedimento successivo.

MARTINO ZULBERTI

Flavia Marisi, *Environmental Interests in Investment Arbitration. Challenges and Directions*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019.

Negli ultimi anni un crescente numero di decisioni arbitrali si è incentrato sul conflitto tra l'obbligo dello Stato di tutelare i propri cittadini, attraverso misure tese alla protezione dell'ambiente e della salute, e quello di proteggere gli investimenti esteri, sancito dai trattati internazionali di investimento. L'opera, strutturata in nove capitoli, si confronta con sessantacinque casi arbitrali, in cui tale conflitto è venuto in rilievo, con l'obiettivo di individuare ed indagare le principali questioni sottese questi contenziosi.

Il primo capitolo circoscrive il campo dell'indagine, chiarendo che essa si focalizzerà sui problemi allo stato meno indagati, coniugando l'analisi teorica di *hard* e *soft law* attraverso l'esame di casi arbitrali in cui essi stati risolti.

Il secondo capitolo compone i dati relativi ai casi selezionati in statistiche, evidenziando le principali ragioni per cui leggi e regolamenti per la protezione dell'ambiente di uno Stato ospite possono confliggere con la tutela degli investimenti esteri: l'Autrice evidenzia che ciò può avvenire a causa dell'approvazione o dell'applicazione o viceversa della mancata approvazione o applicazione di tali leggi e regolamenti e cerca di individuare le ragioni per cui altre situazioni possono non aver dato origine ad un contenzioso arbitrale internazionale.

Nel terzo capitolo vengono esaminati alcuni principi rilevanti in materia ambientale sanciti dalla Dichiarazione di Rio, principi che, nel corso del tempo, sono stati implementati nelle legislazioni nazionali e in quella internazionale e sono altresì stati posti alla base delle difese parti nel corso di arbitrati d'investimenti: si tratta, in particolare, del principio "chi inquina paga", del principio di prevenzione, di quello di precauzione, e di quello che impone la valutazione d'impatto ambientale.

L'Autrice dà risalto al fatto che la non cogenza delle convenzioni internazionali appartenenti alla *soft law* risulterebbe compensata, per un verso, dalla maggiore facilità con cui gli Stati stipulano tali accordi internazionali e, per altro verso, dalla possibilità che le norme di *soft law* entrino a far parte del diritto consuetudinario, divenendo vincolanti per tutti gli stati.

Vengono poi illustrati gli ambiti in cui i principi ambientali richiamati possono avere margine di applicazione, ritenendo che essi possano venire in rilievo al fine del controllo delle risorse naturali nazionali, della tutela

dell'ambiente entro e oltre i confini nazionali e della tutela dei beni ambientali di carattere globale.

L'opera prosegue con i capitoli quarto e quinto, nei quali si analizzano le possibili difese dello Stato ospite basate, rispettivamente sulle clausole del trattato internazionale applicabile e su norme di diritto consuetudinario. Più specificamente, il quarto capitolo si sofferma in particolare sul valore di preamboli, deroghe, eccezioni generali ed eccezioni della sicurezza nazionale, per un verso, mettendo in luce se e in quale misura le dichiarazioni di principio contenute nei preamboli, e l'introduzione di eccezioni o deroghe alla tutela degli investimenti stabilita in linea generale nei trattati possano rappresentare per lo Stato convenuto una difesa efficace e, per altro verso, chiedendosi se l'eccezione della sicurezza nazionale sia da considerare norma *self-judging*, vale a dire se, nell'applicazione dei trattati internazionali in cui essa è inserita, lo Stato che la invoca possa decidere autonomamente e insindacabilmente quali interessi rientrino in tale nozione. Il capitolo successivo è interamente dedicato all'analisi delle norme di diritto consuetudinario relative allo stato di necessità potenzialmente utilizzabili come difese in controversie vertenti sull'emanazione da parte dello Stato ospite di norme a tutela dell'ambiente, ponendo, in particolare, l'Autrice l'interrogativo se vi sia un legame inscindibile tra stato di necessità dello Stato convenuto ed esenzione di quest'ultimo dall'obbligo di risarcimento del danno patito dall'investitore.

Il sesto capitolo si confronta con l'interpretazione del principio di proporzionalità e delle dottrine dei *police powers* e del margine di apprezzamento. Quanto al primo, viene sostenuto che, affinché il tribunale arbitrale consideri un provvedimento emanato dallo Stato convenuto rispettoso del principio di proporzionalità, si impone che non esistano altri provvedimenti in grado di raggiungere gli stessi obiettivi, ma meno restrittivi dei diritti dell'investitore. In ordine alla dottrina dei *police powers* viene fatto riferimento all'insieme dei poteri statali finalizzati a preservare l'ordine e la sicurezza pubblica, i quali potrebbero essere a rischio qualora attività economiche condotte in un territorio senza il necessario rispetto per l'ambiente mettano in grave pericolo la salubrità del territorio stesso e la salute dei suoi abitanti. In relazione alla dottrina del margine di apprezzamento, vengono investigati i criteri che un tribunale arbitrale può adottare.

Nel settimo capitolo l'Autrice si confronta con questioni processuali, relative alle domande riconvenzionali che lo Stato convenuto può proporre al tribunale presso cui pende il giudizio arbitrale, in particolare quando volte alla condanna dell'investitore per danni ambientali nel territorio interessato dall'investimento, analizzando a quali condizioni le stesse

possano essere proposte e, nel caso di gruppi di società, la domanda riconvenzionale possa essere formulata contro una società, diversa dall'attrice, ma appartenente allo stesso gruppo.

Nell'ottavo capitolo l'Autrice affronta alcune questioni centrali in tema di arbitrato d'investimenti, quali, in particolare, il diritto dello Stato ospite ad adottare misure ritenute opportune per tutelare un interesse pubblico ed i principi in base ai quali si può riconoscere ai tribunali arbitrali la possibilità di adottare il criterio di valutazione di volta in volta più opportuno al fine di stabilire se le leggi e regolamenti emanati dallo Stato ospite si pongano o meno in contrasto con il trattato di investimento.

L'indagine si conclude con il nono capitolo, nel quale sono esaminati alcuni aspetti del quadro economico e politico relativo agli investimenti esteri: la relazione tra investimenti esteri diretti e commercio internazionale, le specifiche caratteristiche dell'investimento nei paesi emergenti, e il contributo che la *green economy* potrebbe offrire al superamento dei potenziali conflitti tra tutela degli investimenti e protezione dell'ambiente.

MARTINO ZULBERTI

MATERIALI

Per accedere al documento cliccare sul provvedimento.

Sez. I

LEGISLAZIONE E PRASSI

Regole tecniche in materia di procedure e metodologia di analisi e valutazione del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, di controlli interni, di adeguata verifica, anche semplificata, della clientela e di conservazione

Sez. II

GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione, Sez. Un. penali, 13 novembre 2019, n. 45936 (Pres. Carcano, Est. Zaza)

Sequestro preventivo ai fini di confisca – curatore fallimentare – legittimazione alla revoca del sequestro ed all’impugnazione dei provvedimenti cautelari – sussistenza – momento di apposizione del vincolo penale rispetto alla dichiarazione di fallimento – rilevanza – esclusione

Normativa di riferimento: artt. 322, 322 *bis*, 325 c.p.p.; art. 322 *ter* c.p.; artt. 42, 43 l. fall.; art. 320 d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14

Il curatore è legittimato a chiedere la revoca del sequestro preventivo ai fini di confisca di beni facenti parte del compendio fallimentare e ad impugnare i provvedimenti in materia cautelare reale concernenti tali beni, indipendentemente dal fatto che il vincolo sia stato disposto anteriormente o successivamente alla dichiarazione di fallimento (massima non ufficiale)

Corte d’Appello di Campobasso, 7 novembre 2019, n. 367 (Pres. D’Errico - Est. Ferrucci)

Litisconsorzio necessario – procedimento arbitrale – possibilità per gli arbitri di decidere nel merito a litisconsorzio non integro – sussistenza

Lodo rituale – pretermessione di un litisconsorte – nullità del lodo – insussistenza

Lodo rituale – litisconsorzio necessario – onere di sollevare l'eccezione nella prima difesa – sussistenza

Normativa di riferimento: art. 102 c.p.c.; art. 829 c.p.c.

Nel caso più parti siano legate dalla medesima convenzione di arbitrato la decisione nel merito è preclusa, in caso di litisconsorzio necessario, solo se non ricorre alcuna delle condizioni indicate dall'art. 819-quater c.p.c.

Va escluso che il lodo rituale reso in assenza di un litisconsorte necessario sia nullo ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4 c.p.c. per aver deciso il merito quando il merito non poteva essere deciso.

Il difetto di integrità del contraddittorio va eccepito in sede arbitrale ai sensi dell'art. 829, comma 2, c.p.c., risultando in difetto preclusa la possibilità di sollevare la relativa doglianza con l'impugnazione per nullità. (massima non ufficiale)

Tribunale di Vicenza, 30 aprile 2019, n. 951 (Est. Picardi)

Liquidazione coatta amministrativa bancaria – domande – anche di non condanna – improcedibilità

Normativa di riferimento: art. 83 TUB

Sono improcedibili le domande, anche non di condanna, che siano volte a far valere indirettamente un credito nei confronti di una banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa. (massima non ufficiale)

Tribunale di Vicenza, 9 maggio 2019, n. 1066 (Est. Biondo)

Liquidazione coatta amministrativa bancaria – domande di accertamento e costitutive – improcedibilità

Normativa di riferimento: art. 83 TUB

È improcedibile ogni domanda, anche di accertamento o costitutiva, nei confronti di una banca sottoposta a liquidazione coatta amministrativa. (massima non ufficiale)

