

Anno (X) 2021
Gennaio - Aprile
Fascicolo 1

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI



DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO DI DIREZIONE

Enrico Al Mureden, Francesco Antonio Genovese, Giuseppe Grisi, Daniela Memmo, Carlo Rimini, Laura Salvaneschi, Maria Cristina Vanz

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

Érico Andrade, Laura Baccaglini, Francesca Benatti, Marcelo José Magalhães Bonizzi, Maria Novella Bugetti, Juliana Cordeiro de Faria, Elena Depetris, Vincenzo De Sensi, Beatrice Ficarelli, Alessio Filippo Di Girolamo, Mariangela Ferrari, Elena Gabellini, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Michela Bailo Leucari, Andrea Lolli, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Juan Pablo Murga Fernández, Leonardo Netto Parentoni, Giacomo Pirotta, Stefano Pellegatta, Valentina Piccinini, Vincenzo Ruggiero, Tania Tomasi, Alberto Villa, Michelle Vanzetti, Diego Volpino, Martino Zulberti

COMITATO SCIENTIFICO

Paola Bilancia, Vincenzo Franceschelli, Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Gabriele Racugno Giuseppe Sbisà

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

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

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Davide Corrado, Livia Marcinkiewicz

EUROPEAN PRESS ACADEMIC PUBLISHING

Via Gramsci, 101 – Lamporecchio (PT)

www.e-p-a-p.com

email: info@e-p-a-p.com

PROCEDURA DI REFERAGGIO

I contributi pubblicati nella Rivista sono sottoposti ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione da parte di due revisori anonimi (*double blind peer review*) scelti nell'elenco pubblicato nel presente fascicolo.

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.

In caso di parere negativo il contributo non viene pubblicato.

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (X) 2021 – N. 1 – Gennaio – Aprile

ARTICOLI

HUMBERTO THEODORO JR., <i>Estabilização da demanda e “mutatio libelli”: breve visão comparatística entre os regimes do c.p.c. brasileiro e do c.p.c. italiano</i>	3
FILIPPO MAISTO, <i>Il (potenziale) ruolo del principio di sussidiarietà nell’espansione dell’autonomia contrattuale</i>	21
LAURA BACCAGLINI, <i>La sorte dei giudizi pendenti al momento dell’apertura di una procedura di liquidazione del patrimonio</i>	40
ALESSANDRO DI MAJO, <i>Profili, ricostruttivi e sistematici, degli strumenti per la soluzione della crisi dell’impresa</i>	58
MARCO CONFORTO, <i>L’adozione della relative priority rule per la riforma del Chapter 11 statunitense: il redemption option value come valore da garantire ai residual owners</i>	73

DIBATTITI

MONIA CASTELLINI, CATERINA FERRARIO, <i>La riforma della pubblica amministrazione italiana e il risk management: riflessioni su un processo in divenire</i>	94
---	----

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a sentenza

RITA MARUFFI, <i>La Corte Costituzionale e l’omessa pronuncia del giudice sulla richiesta di chiamata in causa del terzo</i>	111
SARA ORLANDO, <i>Questioni controverse in tema di impugnabilità del provvedimento sospensivo per litispendenza europea</i>	124

Sez. II – Osservatorio

Tutela monitoria e arbitrato: Tribunale di Roma, 27 gennaio 2020, n. 1695 143

Clausola risolutiva espressa – dichiarazione della parte non inadempiente di avvalersi dell’effetto risolutivo – clausola che attribuisce ad essa efficacia di recesso – caparra confirmatoria – diritto a trattenere la caparra o esigerne il doppio – sussistenza: Tribunale di Cagliari, 19 marzo 2021, n. 969..... 147

Lodo arbitrale – impugnazione per nullità – termine annuale – decorrenza – data dell’ultima sottoscrizione: Cassazione, sez. un., 30 marzo 2021, n. 8776 147

**ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA E “MUTATIO LIBELLI”:
BREVE VISÃO COMPARATÍSTICA ENTRE OS REGIMES
DO C.P.C. BRASILEIRO E DO C.P.C. ITALIANO**

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Professore emerito

nell'Università Federale di Minas Gerais

SOMMARIO: 1. Introdução. – 2. Regime brasileiro de estabilização da demanda. – 3. Revisão do tema à luz das inovações sistemáticas do c.p.c./2015. – 4. Nem sempre o autor dependerá de consentimento do réu para ampliar o objeto litigioso. – 5. A *mutatio libelli* no c.p.c. italiano. – 6. A ampliação (permitida no processo civil brasileiro) do objeto litigioso por meio da introdução de questão prejudicial, se aproxima, de certa forma, da *mutatio libelli* italiana. – 7. Tendências de flexibilização da teoria da estabilização da demanda no direito comparado contemporâneo. – 8. Conclusões.

1. – A necessidade de estabilização do objeto litigioso e a regulação da possibilidade de sua alteração no curso do processo são problemas antigos, mas cuja solução, nos últimos tempos, tem exigido do legislador e, principalmente da doutrina e jurisprudência, posturas inovadoras inspiradas na função atribuída à tutela jurisdicional marcada intensamente pela exigência de economia processual e de efetividade da composição dos litígios.

Uma vez que o processo civil brasileiro confessadamente tem raízes profundas nas tradições do sistema processual italiano, é sempre útil remontar à evolução por que passa o tratamento da *mutatio libelli* na Itália, a fim de, comparativamente, extrair algum proveito para a evolução também do nosso regime.

Desde logo, assinala-se que o Código de Processo Civil italiano se orienta mais no rumo de facilitar, dentro da fase postulatória do procedimento, as mutações da demanda, desde que resultem de questões suscitadas na resposta do réu e guardem conexão com o objeto litigioso proposto originariamente pelo autor (art. 183, c.p.c. italiano). Já o nosso Código preocupa-se apenas com a determinação das oportunidades em que o pedido ou a causa de pedir podem sofrer alteração, impondo condições restritivas que, em princípio, limitam bastante a faculdade reconhecida ao autor, na espécie (art. 329 do c.p.c. brasileiro).

Analisaremos, primeiro o sistema nacional e em seguida o italiano, para finalmente extrair da comparação algum proveito doutrinário para a melhor

interpretação e aplicação, entre nós, da moderna técnica da *emendatio* e da *mutatio libelli*.

2. – A relação processual é subjetivamente tríplice, envolvendo autor, juiz e réu¹, mas em sua completude, não se estabelece num só ato ou num só momento. Sua formação se dá progressivamente. De início, ao receber a petição do autor, o Estado-juiz vincula-se em relação apenas linear, por força do exercício do direito de ação por parte do demandante. Forma-se um dos lados da relação processual, o lado *ativo*: a ligação autor-juiz e juiz-autor, em torno do objeto do processo, delineado pelo sujeito ativo (o autor) na petição inicial.

Numa segunda fase, com a citação do réu, a relação processual se completa com o seu lado *passivo*: a ligação réu-juiz e juiz-réu, que, sucessivamente poderá acarretar eventuais reflexos sobre o objeto do processo, a depender do teor da defesa do sujeito passivo (o réu). Aí sim o processo estará perfeito em sua forma angular de *actus trium personarum*.

Nesse sentido, dispõe o art. 312 do c.p.c. que se considera proposta a ação quando a petição inicial for protocolada em juízo. Mas, ainda segundo o mesmo artigo, a propositura da ação, todavia, só produz efeitos quanto ao réu depois que for validamente citado. Vale dizer: o réu só é parte da relação processual (e, pois, se sujeita a seus efeitos) depois de regularmente citado. Esquemáticamente, tudo se passa assim:

- a) a propositura da ação vincula autor e juiz à relação processual por meio do exercício do direito de ação;
- b) a citação amplia a relação, nela integrando o réu, para assegurar-lhe o exercício do direito de defesa; e
- c) uma vez completa a relação tríplice, assegurado ao Estado-juiz estará o exercício pleno da jurisdição, nos limites do *objeto do processo*² definido pelas partes.

Na sistemática do c.p.c., a estabilidade do objeto litigioso representa exigência relevante no que diz respeito à instrução probatória, ao pleno exercício da ampla defesa, ao adequado debate da causa e à sua justa resolução em tempo razoável. Há, por isso, marcos temporais que limitam a faculdade de definir as pretensões em conflito e de eventualmente alterá-las, no curso do processo, antes de entrar na fase de julgamento em primeiro grau. Essas barreiras, em regra, localizam-se na citação, para o autor (art.

¹ *Iudicium est actus trium personarum*.

² H. THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, 61 ed., Rio de Janeiro, 2020, v. I, nº 518, 721.

329, I)³, e na contestação, para o réu (arts. 336 e 342)⁴, e para ambos, no saneamento do processo (art. 357, II e IV)⁵;

Os limites à modificabilidade do objeto litigioso, se são importantes para a boa condução do processo, não são rígidos ou absolutos. Examinados dentro do ângulo do autor, ver-se-á que se escoram, em princípio, em dois momentos processuais básicos: o da citação do réu e o do saneamento e organização do processo.

Com efeito, dispõe o art. 329, I, do c.p.c. que o autor pode, «até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente do consentimento do réu». E isso ocorre justamente porque, até então, a relação processual está incompleta, só existindo entre autor e juiz. Todavia, feita a citação e ampliada subjetivamente a relação processual, ainda será possível a *mutatio libelli*, até o saneamento do processo, mas somente se houver *consentimento do réu*, já então integrado à relação plurilateral do processo (art. 329, II)⁶. Ou seja: mediante a convenção das partes, a lei aceita as alterações tanto no pedido como na causa de pedir. Essa convencionalidade, porém, não deve, em regra, ultrapassar a decisão saneadora do processo, como se deduz da permissão contida no inc. II do art. 329 e da própria natureza e função daquela decisão.

3. – Mais uma vez, não se está diante de regra inflexível e absoluta, porquanto o Código não só valoriza e estimula em norma fundamental a autocomposição dos litígios (art. 3º, §§ 2º e 3º), como também franqueia às

³ «Art. 329. O autor poderá: I – até a citação aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com o consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir».

⁴ «Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir».

«Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: I – relativas a direito ou a fato superveniente; II – competir ao juiz conhecer delas de ofício; III – por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição».

⁵ «Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste capítulo, deverá o juiz, em *decisão de saneamento e de organização do processo*: (...) II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; (...) IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito».

⁶ No direito antigo, era a *litiscontestatio* que estabilizava o objeto da relação processual. No direito atual a estabilidade do pedido e da causa de pedir ocorre no momento em que o réu se inclui na relação processual por meio da citação válida.

partes a negociabilidade em torno dos direitos, faculdades e deveres processuais (art. 190).

Em primeiro lugar, é preciso saber que tipo de consentimento deve-se obter do réu para acolher a modificação do pedido ou da causa de pedir levada a cabo pelo autor após a citação. É preciso uma declaração expressa e formal ou seria suficiente uma anuência informal e tácita? Não havendo na lei a exigência de qualquer forma explícita ou solene, mas apenas de um consentimento do réu às modificações intentadas pelo autor, tudo indica que, para o Código, basta que a anuência reclamada pelo art. 329, II, se manifeste tacitamente, como, por exemplo, quando ciente da inovação realizada pelo autor, o réu não só se abstém de impugnar seu cabimento, como passa a debater o respectivo conteúdo, em amplo contraditório de mérito⁷.

É de se ter em mente que a convenção processual é um negócio jurídico, a respeito do qual o art. 190 do c.p.c. não exige que o consentimento das partes seja obrigatoriamente expresso. Vale, pois, a regra geral traçada pelo Código Civil de que a declaração negocial de vontade pode ser tácita (*i.é.*, por meio do silêncio), quando a lei não exigir que seja expressa (CC, art. 111)⁸.

⁷ Ao tempo do c.p.c./1973, a 3ª T. do STJ apreciou o tema e decidiu que «apresentada petição pelo autor, em que se altera a causa de pedir, e nenhuma objeção apresentando o réu, que, ao contrário, cuida de negar-lhe o fundamento, é de admitir-se que *consentiu na alteração*. Incidência da ressalva contida no art. 264 do c.p.c.» (REsp 21.940-5/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 09.02.1993, DJU 08.03.1993, 3.114). A 2ª Turma do mesmo Tribunal, porém, em outro caso decidiu que, para ampliação da demanda havia “necessidade de consentimento do réu” e que não podia este ser “tácito” (REsp 1.307.407/SC, Rel. Min. Mauro Campbel Marques, ac. 22.05.2012, DJe 29.05.2012). É bom destacar, contudo, que o sistema do c.p.c./1973 não prestigiava, como o atual, a autocomposição do litígio, a primazia da resolução de mérito, a formação da coisa julgada sobre o julgamento da questão prejudicial sem depender da ação declaratória, nem muito menos reconhecia, com amplitude, a liberdade das partes de praticar negócio jurídico sobre mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (art. 190).

⁸ O silêncio puro não equivale a declaração tácita de vontade, pois corresponde a uma ausência de determinada ação, uma “pura omissão” (P. VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, 2002, 409-410). Para que se tenha um consentimento tácito é preciso que a omissão de declaração expressa se dê em circunstâncias que evidenciem um comportamento voluntário incompatível com a intenção de negar o consentimento esperado (H. THEODORO JÚNIOR – H.L. FIGUEIREDO, *Negócio jurídico*, Rio de Janeiro, 2021, n. 19.3.1, 98-99). É nesse sentido que o art. 111 do Código Civil admite que «o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizem, e não for necessária a declaração de vontade expressa».

Nossa opinião doutrinária, desde a vigência do c.p.c./1973, lastreada em jurisprudência nacional e doutrina estrangeira, sempre foi no sentido da suficiência, na espécie, do consentimento tácito:

«Daí observar Hélio Tornaghi que, na espécie, ‘não há proibição de alterar o pedido ou a *causa petendi*, após a citação; apenas a mudança é negócio bilateral: exige, também, o assentimento do réu’⁹. Quanto à adesão do demandado, tanto pode ser *expressa* como *tácita*. Lino Palacio ensina, a propósito, que ‘la transformación de la pretensión es admisible cuando el demandado acepta, expresa o implícitamente, debatir los nuevos planteamientos introducidos por el actor’¹⁰. Isto quer dizer que basta a postura do réu, que deixa de impugnar a modificação e passa a discutir nos autos o novo pedido ou os novos fundamentos do pedido, para ter-se como tacitamente admitida a inovação processual»¹¹.

Porque o c.p.c. atual só regula, de forma explícita, a possibilidade de modificação do pedido e da causa de pedir pleiteada até o saneamento do processo, formou-se uma corrente no sentido de que a partir daquele momento a lei vedaria qualquer inovação no objeto litigioso¹².

No entanto, não é bem essa a conclusão a se extrair do texto do art. 329 do c.p.c./2015. Se é verdade que o dispositivo regulou a modificação do pedido e da causa de pedir somente até o saneamento, não é menos certo que não reproduziu a proibição de alterações ulteriores, da forma com que o fazia o c.p.c./1973. Como o c.p.c./2015, entretanto, permite alterações negociais do procedimento a qualquer tempo (art. 190), poderão as partes avançar, por meio de ajuste de tal natureza, ampliação ou redução do pedido e da causa de pedir, mesmo depois do saneamento, enquanto não sentenciada a causa.

⁹ H. TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*. série RT, São Paulo, 1975, v. II, 307.

¹⁰ L. PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, 4 ed., Buenos Aires, 1977, v. I, n. 53, 126-127.

¹¹ H. THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, 24 ed., Rio de Janeiro, 1998, nº 372-a, 369; e *Id.*, *op. cit.*, 61, 2020, v. I, nº 586, 775. O TJSP também admitiu o consentimento tácito, ainda ao tempo do c.p.c./1973, no caso em que o réu não havia consentido de forma expressa, mas contestou o conteúdo do aditamento da inicial (TJSP, Ap. 122.360-2, Rel. Des. Ferreira da Cruz, 9ª Câmara, ac. 19.11.1987, *RJTJSP*, 114/193).

¹² N. NERY JÚNIOR – R.M. NERY, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 2015, 900, nt. 6 ao art. 329; L.G.A. BONDIOLI, *Comentários ao art. 329*, in T.A.A. WAMBIER, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo, 2015, 833, nt. 1; G.R. AMARAL, *Comentários às alterações do novo c.p.c.*, São Paulo, 2015, 443, nt. 2.1, ao art. 329.

Não se pode entrever um conflito normativo entre os arts. 190 e 329, primeiro porque aquele não estabelece uma livre e completa negociabilidade, e este não veda, pelo menos expressamente, que o objeto litigioso sofra modificação após a fase de saneamento. É possível, portanto, uma convivência das duas normas, a fim de reconhecer ao Código de 2015 uma posição mais flexível quanto ao fenômeno da estabilização do processo.

A diferença que se pode estabelecer na aplicação das duas disposições legais reside em que até o saneamento o problema se resolve pela pura convenção entre as partes. Saneado o processo, o negócio jurídico fica sujeito ao controle e aprovação do juiz (art. 190, parágrafo único), o qual poderá reconhecer ou negar eficácia ao acordo das partes, levando em conta interesses públicos que acaso desaconselhem a reabertura da fase postulatória, em nome de seus deveres de velar pela rápida e efetiva composição do litígio.

Portanto, as possibilidades de alteração do pedido e da causa de pedir, no regime do c.p.c./2015, podem ser esquematicamente vistas da seguinte forma:

- a) *antes da citação*, a inovação pode dar-se por ato unilateral e livre do autor;
- b) *depois da citação e antes do saneamento do processo*, as partes são livres para fazê-lo, mediante consenso, independentemente de aprovação judicial;
- c) *depois da fase de saneamento*, as partes ainda poderão fazê-lo mediante negócio jurídico processual, cujo efeito, todavia, dependerá de controle e aprovação do juiz¹³.

4. – Já demonstramos que através de negócio jurídico processual é possível às partes alterar o objeto litigioso, fora dos parâmetros temporais do art. 329, II, do c.p.c. Além disso, as novas dimensões objetivas da coisa julgada não mais se medem apenas pelo pedido inicialmente formulado pelo autor, no momento da propositura da ação.

A força de lei atribuída à sentença transitada em julgado alcança não só a questão *principal* suscitada pelo autor na petição inicial, expressamente decidida (art. 503, *caput*), mas também a questão *prejudicial* arguida na defesa substancial do réu. Assim, a exceção de mérito (dita *exceção substancial*) manejada pelo demandado torna-se parte do objeto litigioso, independentemente da antiga e superada ação declaratória incidental¹⁴.

¹³ J.M.G. MEDINA, *Novo Código de Processo Civil comentado*, 3 ed., São Paulo, 2015, 545, nt. IV ao art. 329; L.G. MARINONI, – S.C. ARENHART – D. MITIDIERO, *Novo curso de processo civil*, São Paulo, 2015, v. 2, 164.

¹⁴ H. THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil cit.*, v. I, nº 586, 776. Ainda sobre a definição dos limites da coisa julgada a partir do objeto litigioso, e não apenas

Da mesma forma, ao responder em réplica à exceção substancial, o autor também terá condição de arguir questão incidental capaz de ampliar ou reduzir a dimensão do objeto litigioso já alterado pelo réu (art. 350). Tudo isso se passará, como exige a lei, em regime de pleno contraditório, seja por iniciativa do autor (art. 350), seja do réu (art. 503, § 1º, II). Fácil é, portanto, concluir-se que, na moderna sistemática processual, há modificações do objeto litigioso, e consequentemente do pedido primitivo, que não dependem do sistema tradicional de aquiescência da parte contrária e que decorrem da atual mecânica de inserção de questões prejudiciais no processo, tanto por provocação da defesa do réu, como da resposta do autor a questionamentos da espécie formulados em exceções substanciais opostas pelo demandado.

Outras hipóteses ainda há em que o autor pode, a qualquer tempo, acrescentar pretensões novas ao pedido inicial, tal como se passa com os fatos novos, com as prestações sucessivas das obrigações continuativas, com as consequências obrigatórias do acolhimento do pedido principal, com as matérias que o juiz deve conhecer de ofício, entre outras. Com efeito:

- a) Se o juiz deve tomar em consideração no julgamento do mérito fato ocorrido após o ajuizamento da ação, que tenha força constitutiva, modificativa ou extintiva sobre o direito substancial disputado entre as partes, podendo fazê-lo até de ofício, é claro que o autor tem legitimidade para provocar o exame respectivo através de pedido novo, sem necessidade alguma de anuência da parte contrária, como, aliás, prevê o art. 493 do c.p.c. E isto é possível em qualquer grau de jurisdição, e não apenas nos limites temporais do art. 329 do c.p.c./2015¹⁵. O mesmo se passa com os juros moratórios e a correção monetária¹⁶;

do pedido, cf. S. MATOS, *Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§ 1º e 2º, do c.p.c. /2015*, in F. DIDIER JÚNIOR – A. CABRAL (a cura di), *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*, Salvador, 2018, 207-229; R.F.K. THAMAY, *A coisa julgada do atual ao projetado novo Código de Processo Civil*, in L.A.G. SARRO (a cura di), *Novo Código de Processo Civil: principais alterações do sistema processual civil*, 2 ed., São Paulo, 2016, 283-302.

¹⁵ «O art. 462 do c.p.c. [art. 493 do c.p.c./2015] permite, tanto ao Juízo singular como ao Tribunal, a análise de circunstâncias outras que, devido a sua implementação tardia, não eram passíveis de resenha inicial. Tal diretriz deve ser observada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, *porquanto o art. 462 não possui aplicação restrita às instâncias ordinárias*» (STJ, 4ª T., REsp 704.637/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 17.03.2011, *DJe* 22.03.2011).

¹⁶ «Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado» (Cód. Civil, art. 389). «O pedido deve ser certo. § 1º. Compreende-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de

- b) «Na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las» (c.p.c., art. 323). Se, pois, o pedido do autor, na petição inicial, foi omissivo com relação às prestações vincendas, poderá ele a qualquer tempo aditá-lo para que o benefício do art. 323 do c.p.c. seja-lhe assegurado, sem cogitar de concordância ou não do demandado¹⁷;
- c) No campo da interpretação do pedido, a jurisprudência do STJ tem entendido que o reconhecimento da nulidade ou da resolução do contrato importa *ipso iure* o retorno das partes ao *status quo ante*, devendo a sentença determinar a restituição das prestações pagas pelo contratante, «independentemente de requerimento expresso nesse sentido sob pena de enriquecimento sem causa»¹⁸. Trata-se, na ótica do STJ, de concretização da “eficácia restitutória”, inerente à desconstituição do negócio jurídico, ou seja, uma “consequência natural” do evento jurídico em causa (CC, art. 182)¹⁹. Tendo, pois, havido omissão na petição inicial, o autor terá direito de aditá-la, a qualquer tempo, para explicitar a pretensão restitutória, sem que o demandado possa impedir a emenda respectiva;
- d) Nas demandas que envolvem matérias de ordem pública, a aplicação de medida diversa daquela invocada pelas partes – a exemplo do que se passa com as nulidades de pleno direito, com a prescrição e decadência, com a correção monetária, com o direito de família etc. –, não configura julgamento *extra* ou *ultra petita*²⁰. Por isso, não está impedido o autor de

sucumbência, inclusive os honorários advocatícios» (c.p.c., art. 322). Vale dizer, sendo omissivo o pedido inicial, o autor pode pedir tais acessórios a qualquer tempo, até na fase de liquidação e de cumprimento da sentença (Súmula 254 do STF; STJ, 4ª T., REsp 253.671/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 05.09.2000, DJU 09.10.2000, 154)

¹⁷ «Ademais, é sabido que, a teor do art. 290 do Código de Processo Civil [art. 323 do c.p.c./2015], nos casos de pedido de pagamento de prestações periódicas, independentemente destas serem requeridas, ou não, pelo autor, estarão elas incluídas na condenação» (STJ, 6ª T., REsp 1.055.806/PA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, ac. 19.03.2009, DJe 13.04.2009).

¹⁸ STJ, 3ª T., REsp 1.611.415/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, ac. 21.02.2017, DJe 07.03.2017; STJ, 4ª T., REsp 300.721/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 04.09.2001, DJU 29.10.2001, 210.

¹⁹ STJ, 3ª T., REsp 1.286.144/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 07.03.2013, DJe 01.04.2013; STJ, 4ª T., REsp 500.038/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, ac. 22.04.2003, DJU 25.08.2003, 322.

²⁰ «A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o

suprir lacuna da petição inicial, requerendo, durante a marcha do processo, a ampliação do pedido ou da causa de pedir para incluir o argumento de ordem pública. Mesmo porque o juiz estaria, pela natureza da matéria, autorizado a apreciá-la de ofício²¹. O mesmo se passa com a prescrição, em face do disposto no Código Civil, art.193, e no c.p.c., art. 487, II²².

5. – Segundo o art. 183 do c.p.c. italiano, diante da resposta do réu, o autor pode propor novas demandas e exceções «que sejam consequência da demanda reconvençional ou das exceções propostas pelo réu». Na audiência de “*trattazione della causa*”, que funciona, de certa forma, como nossa audiência de “saneamento e organização do processo” (c.p.c. brasileiro, art. 357), o mesmo dispositivo do c.p.c. italiano prevê que, naquele momento processual, “as partes podem *precisar* ou *modificar* as demandas, as exceções e as conclusões já formuladas”. A requerimento dos interessados, o juiz concederá prazos sucessivos de trinta dias, primeiro para que se produza a memória de precisão ou modificação das demandas, das exceções e das conclusões já propostas; e, depois, para contestar às demandas e exceções novas, ou modificadas, da outra parte, e, ainda, para propor as exceções que sejam consequência das demandas e exceções inovadas. Ao autor, na mesma oportunidade, é permitido requerer o chamamento de terceiro, nos termos dos arts. 106 e 269, 3º comma, se a exigência decorrer da defesa do demandado (art. 183, 3º comma).

poder aquisitivo original, sendo certo que *independe de pedido expresse* da parte interessada, não constituindo um *plus* que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita» (STJ, Corte Especial, REsp 1.112.524/DF, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 01.09.2010, DJe 30.09.2010). Em matéria de tutela ambiental, para o STJ, não há julgamento *ultra* ou *extra petita* quando a sentença acoberta área maior do que a definida no pedido do autor formulado na petição inicial, ou se funda em *causa petendi* diversa da que constou daquela peça processual: «Consectariamente, não há decisão *extra petita* quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial ou mesmo na apelação, desde que baseados em fatos ligados ao fato-base» (STJ, 1ª T., REsp 1.107.219/SP, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 02.09.2010, DJe 23.09.2010).

²¹ «As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes» (Cód. Civil, art. 168, parágrafo único).

²² «A prescrição pode ser alegada *em qualquer grau de jurisdição* pela parte a quem aproveita» (Cód. Civ., art. 193). «A revogação do art. 194 do Cód. Civil pela Lei 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento *de oficio da prescrição*, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida pelo art. 191 do texto codificado» (Enunciado 295 do CEJ). «Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) II – decidir, *de oficio* ou a *requerimento*, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição» (c.p.c., art. 487, II).

O que gerou controvérsia durante um bom tempo foi a dimensão a ser dada às novas demandas do autor enquadráveis na categoria de “consequência” da defesa proposta pelo réu. O que se admite seriam variações do *thema decidendum* (objeto litigioso) ou apenas do *thema probandum* (fato jurídico) para reafirmar e esclarecer o mesmo objeto litigioso?

A Corte de Cassação, por suas *Sezioni Unite*, assentou, em julgado de 15.06.2015 (n. 12.310) que as inovações autorizadas pelo art. 183 do c.p.c. vão além do *thema probandum*, podendo atingir uma alteração do “*thema decidendum*”, passando, por exemplo, da demanda de execução específica da obrigação de contratar à demanda de acerto do efeito translativo já realizado pelo mesmo contrato. O que se exige é que as diversas demandas sejam relativas à mesma “*vicenda sostanziale-esistenziale*”, ou seja, demandas originadas de uma só quadra fático-substancial, as quais o processo deva «saber acolher e definir em sua integralidade»²³. Trata-se das demandas que Claudio Consolo chama de “*complanari*”²⁴.

Em 13.09.2018 (julgado nº 22.404), a mesma Corte, pelo mesmo órgão colegiado, voltou a enfrentar o tema e, com aplausos da doutrina, esclareceu: «*la domanda complanare, ammissibile se formulata in corso di causa perchè entro la I memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c., non necessariamente dovrà sostituirsi alla domanda originaria, da considerarsi quindi rinunciata, ma potrà ad essa cumularsi (in cumulo subordinato o anche semplice)*». E à vista disso, concluiu pela possibilidade de a *mutatio libelli* autorizada pelo referido dispositivo do c.p.c. italiano, compreender o ajuizamento sucessivo da demanda de enriquecimento sem causa, como demanda complanaria, diante de uma causa fundada em direito diverso, qual seja, uma demanda de condenação contratual²⁵.

Esclarece a doutrina que, na linha do entendimento da Corte de Cassação, que a demanda inovadora (a “complanaria”) pode substituir a demanda originária, mas isto não necessariamente deve ocorrer, pois, é perfeitamente possível que a esta se cumule em somatório completo tanto

²³ E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da “alternatività sostanziale” nel giudizio di primo grado*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 807.

²⁴ C. CONSOLO – F. GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, in *Corr. giur.*, 2019, 263.

²⁵ C. CONSOLO – F. GODIO, *op. cit.*, *loc. cit.* O caso julgado pela Corte de Cassação foi assim resumido pelos autores: «o autor – um engenheiro – agiu para obter a condenação do réu ao pagamento do preço contratual pelo serviço prestado. O réu, com pretensão constitutiva, arguiu a nulidade do título (...). O autor, então, com a I memória, de acordo com o art. 183, comma 6, c.p.c., propõe, em via de subordinação em face da demanda de adimplemento contratual – que, assim, se mantém firme –, a demanda residual de enriquecimento, com base no art. 2.041 c.c.».

como em caráter alternativo ou subordinado (isto é, pedido sucessivo que só será apreciado caso seja rejeitado o pedido principal, o originário).

O que, enfim, se exige entre o pedido originário e o pedido inovado é que ambos se refiram, sem dúvida, ao mesmo evento substancial-existencial, do qual decorram direitos diferentes, mas ligados por relação de conexão que justifique pela origem comum a apreciação simultânea ou sucessiva numa única prestação jurisdicional. É isso, salvo melhor juízo, que permite, na definição da Corte de Cassação italiana, a *mutatio libelli* prevista no art. 183 do c.p.c., e que se enquadra na justificativa de demandas diferentes mas relativas a mesma “*vicenda sostanziale-esistenziale*”, as quais cabe ao processo acolher e definir em sua “*integralità*”.

Tal como se passa com o direito brasileiro (em que as alterações do pedido devem ser praticadas durante a fase de postulação, ou seja antes do saneamento do processo), também o direito italiano estabelece um limite temporal para a *mutatio libelli*: a audiência de organização da causa, seguida, eventualmente dos prazos de formalização da respectiva memória (art. 183, *comma* 6, nºs 1 e 2). Uma coisa, todavia, deve ser ressaltada: o c.p.c. italiano, no dispositivo que permite ao autor esclarecer ou modificar a demanda, após a contestação, não condiciona a medida ao consentimento do réu. Apenas exige que a nova demanda adicionada seja consequência da demanda reconvençional ou das exceções substanciais propostas pelo réu (art. 183, *comma* 5).

6. – Ao tempo do c.p.c. de 1973, para que a questão prejudicial de mérito fosse acolhida como ampliação do objeto litigioso, permitindo assim que sua resolução se acobertasse da autoridade de coisa julgada, era preciso que o interessado propusesse a chamada *ação declaratória incidental*²⁶. Se tal não se desse, o tema seria apreciado como simples motivo da sentença, sobre o qual o Código velho se negava a reconhecer a *res iudicata*²⁷. A propositura da *declaratória incidental*, pelo réu, deveria ser feita em reconvenção, ou pelo autor, na fase de impugnação à resposta do demandado.

²⁶ «Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença» (c.p.c./1973, art. 5º). Especialmente para o autor, o art. 325 do referido Código, permitia a propositura incidental da ação declaratória no fecho da fase postulatória, em resposta à contestação em que o réu negasse, em exceção substancial, o direito constitutivo do fundamento do pedido manifestado na petição inicial.

²⁷ O art. 469, III, do c.p.c./1973, afirmava textualmente não fazer coisa julgada «a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo». Mas o art. 470 daquele Código, ressaltava, todavia, que fazia coisa julgada «a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide».

O Código atual aboliu a ação declaratória incidental, para permitir que as questões outrora resolvidas por meio daquela ação pudessem ser suscitadas como simples matéria de defesa, por qualquer das partes, e mesmo assim reconheceu a possibilidade de a respectiva solução vir a recobrir-se da força de *res iudicata*. É condição, porém, dessa autoridade sentencial, que haja ampla discussão e instrução probatória a respeito (c.p.c./2015, art. 503, § 1º).

Diante da suscitação da questão prejudicial, terá sido, sem ajuizamento de outra ação, ampliado o objeto litigioso do processo em andamento. Em razão disso, na fase das providências preliminares, caberá ao juiz adotar medida similar à aplicada às defesas indiretas (isto é, as que configuram exceções substanciais, fundando-se em fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor): abertura de vista à parte contrária, pelo prazo de quinze dias, para manifestar-se, permitindo-lhe a produção de prova pertinente (c.p.c./2015, art. 350). Com isto, o contraditório exigido pelo § 1º do art. 503, do mesmo Código, terá sido resguardado, e a formação da coisa julgada terá sido viabilizada.

A política que orientou o c.p.c./2015 no tema em foco, foi segundo reconhecimento da doutrina, a de facilitar a inclusão da questão prejudicial no alcance da coisa julgada, a partir de um critério de economia processual «para que os jurisdicionados (e o Estado judicante) obtenham o máximo resultado possível em determinado processo»²⁸.

Vê-se, pois, que, em nosso direito positivo, o tratamento da coisa julgada sobre o objeto ampliado do processo, em decorrência de suscitação de questão prejudicial de mérito, após a litiscontestação, guarda bastante similaridade com o regime do art. 183 do c.p.c. italiano, já exposto acima, ou seja: lá como cá, é possível que as partes inovem seus pedidos e fundamentos jurídicos, amparados em suscitação de fatos e arguições novos trazidos pela contraparte. E se tais inovações e reações ocorrerem em tempo hábil na consideração da lei, a questão prejudicial ou conexa com o pedido ou sua *causa petendi* não poderá deixar de ser resolvida pela sentença de mérito, com a autoridade de *res iudicata*, para os fins tanto de direito processual como de direito substancial.

Portanto, no terreno da ampliação incidental do objeto litigioso, o pressuposto do direito italiano de demandas relativas à mesma “*vicenda sostanziale-esistenziale*” (“*domande complanari*”, no dizer de Consolo) equivale ao conceito brasileiro de *conexidade* entre pedidos e ações, presente nas defesas mediante exceções substanciais, nas reconvenções, na suscitação de

²⁸ F. BLOCH, *Coisa julgada e questão prejudicial no novo c.p.c.*, in A.I. AURELLI (a cura di), *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem à Thereza Alvim*, São Paulo, 2014, 736.

questões prejudiciais e na reunião de ações propostas separadamente para instrução comum e julgamento numa só sentença. Com efeito:

- a) A defesa indireta (exceção substancial), entre nós, somente pode ampliar o objeto litigioso quando se referir a fato jurídico, não cogitado na petição inicial, mas que se *reflete diretamente* sobre a eficácia do direito do autor, impedindo-a, causando-lhe modificações ou provocando sua extinção (c.p.c., art. 350)²⁹;
- b) Na reconvenção é permitido ao réu formular contra o autor *pretensão própria*, desde que conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa (art. 343)³⁰; sob os mesmos fundamentos, admite-se também reconvenção do autor primitivo contra a reconvenção intentada pelo réu³¹;
- c) A arguição incidental de questão prejudicial, cuja resolução seja passível de assumir a força de *res iudicata*, só acontecerá quando dela “depender o julgamento do mérito” da demanda originária (art. 503, I), o que se admite tanto em face da ação como da reconvenção ou da exceção substancial³².

²⁹ «Pode-se reconhecer que em todos os casos de exceções substanciais, cuja invocação na defesa do réu [ou na impugnação do autor à resposta do réu] importa exclusão ou redução do direito que o autor pretendeu fazer valer contra o excipiente, a contestação tem aptidão para assumir o feitiço reconvenicional, ou seja, provoca ampliação do objeto do processo e, conseqüentemente, dilata os limites objetivos da coisa julgada. Exemplos dessa contestação de força reconvenicional podem ser entrevistados nas arguições de prescrição, decadência, nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico por vício de consentimento, cláusula resolutória etc.» (H. THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil cit.*, v. I, nº 607, 796).

³⁰ «O instituto da reconvenção exige, como pressuposto de cabimento, a *conexão* entre a causa deduzida em juízo e a pretensão contraposta pelo réu. À conexão de causas, por sua vez, dá-se por coincidência de *objeto ou causa de pedir*» (STJ, 2ª T., REsp 72.065/RS, Rel. Min. Castro Meira, ac. 03.08.2004, DJU 06.09.2004, 185).

³¹ «Sendo a intimação para responder, e não apenas para contestar, o *reconvindo* pode *reconvir* diante da reconvenção» (T. NEGRÃO, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 51 ed., São Paulo, 2020, 443, nt. 9 ao art.343 com citação de diversos acórdãos de diferentes tribunais).

³² «Ou seja: apenas ficará coberta pela coisa julgada material a questão prejudicial que figurar como *fundamento necessário* do julgamento da causa» (T. NEGRÃO, *op. cit.*, 564, nt. 5 ao art. 503). «Observe-se que o mérito da causa pode, eventualmente, ser ampliado pela atuação do demandado (...) articulando o demandado defesas indiretas na contestação, isto é, alegando fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, estas alegações também formarão o mérito da causa» (D. MITIDIERO, *Abrangência da coisa julgada no plano objetivo – segurança jurídica*, in *Revista de Processo*, 184/317. Cf. também C.A.A. OLIVEIRA – D. MITIDIERO, *Curso de processo civil*, São Paulo, 2010, v. I, 69; J.F.N. FONSECA, *O direito de estar em juízo e a coisa julgada*, São Paulo, 2014, 773-787).

Muitas são, à vista do exposto, as afinidades entre a *mutatio libelli* nas hipóteses do direito italiano, geradas pela adição superveniente de pretensões “complanarias”, e aquelas situações de conexidade de pedidos e causa de pedir, que, no direito brasileiro permitem a alteração do objeto litigioso, após a resposta do réu à ação proposta pelo autor. Todas, lá e aqui, têm a consequência comum de alargar os limites da coisa julgada para além da resolução do pedido originário formulado na petição inicial com que o autor instaurou o processo.

Há de se ressaltar, além disso, que o c.p.c. brasileiro (a exemplo do c.p.c. italiano), ao disciplinar o saneamento e a organização do processo, encarrega o juiz de «delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito» (art. 357, IV), e quando a causa se apresentar complexa em matéria de fato ou de direito, deverá ele realizar o saneamento em audiência, com a cooperação das partes. Em tal oportunidade é permitido ao juiz convidar as partes «a *integrar* ou *esclarecer* suas alegações» (art. 357, § 3º). Vê-se, aí, uma salutar flexibilização da estabilidade da demanda, cuja provocação parte do próprio juiz, ensejando ao autor, não apenas aperfeiçoamento do pedido e da *causa petendi*, mas até mesmo acréscimos e alterações: o convite feito pelo juiz, é tanto para esclarecer como para *integrar* as pretensões, numa tentativa até mesmo de estimular negócio jurídico processual ou solução consensual parcial do objeto litigioso³³.

7. – Antes do advento do c.p.c. de 2015 (que lançou algumas luzes modernizantes sobre o tema), já observavam Alvaro De Oliveira e Daniel Mitidiero, em análise aos arts. 264 e 294 do Código de 1973, que a rigidez do princípio da estabilidade da demanda, nos termos da regulamentação processual então vigente, *não condizia com uma visão mais moderna do processo*: «O ideal – destacavam os autores – é que se tenha maior flexibilidade nesse campo, como demonstra a experiência do direito comparado»³⁴.

Além do exemplo italiano que já invocamos, Alvaro De Oliveira navega pelo direito comparado europeu para demonstrar, em matéria de alteração do pedido e da causa de pedir, que, à luz do direito positivo de vários outros países do Velho Mundo, «a experiência histórica mais

³³ N. NERY JR. – R.M. NERY, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 2015, 973, nt. 11 e 12 ao art. 357.

³⁴ C.A. ALVARO DE OLIVEIRA – D. MITIDIERO, *Curso de processo civil*. São Paulo, 2012, v. 2, 10-11: «A respeito, C.A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*, 4. ed., São Paulo, 2010, nº 20.2, 199-201. Pugnano igualmente pela flexibilização da preclusão na conformação da *causa petendi*, e do *petitum*, J.R.C. TUCCI. *A causa petendi no processo civil*, 3 ed., São Paulo, 2009, 185-192. D. MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2 ed., São Paulo, 2011, 128-130» (C.A. ALVARO DE OLIVEIRA – D. MITIDIERO, *op. cit.*, 11, nt. 15).

moderna tem estabelecido brechas nesse rigorismo formal, procurando coordená-lo com o princípio da economia processual, emprestando assim maior agilidade ao processo»³⁵. E exemplifica:

«Típico exemplo dessa orientação, o § 235, da Ordenança Processual austríaca, autoriza o juiz a permitir a modificação da demanda se não é de temer um retardamento relevante e ‘um agravamento’ no desenvolvimento do processo. Também a Ordenança Processual de Berna, § 94, admite a alteração da demanda principal ou reconvenção, sem o consentimento da parte contrária, se apoiada em causa de pedir *semelhante* à anterior pretensão ou *conexa* com a exercida desde que entenda o juiz não decorrer daí considerável agravamento ou demora no tratamento da causa».

Lembra, ainda, o mesmo autor que também a ZPO alemã, em seu § 263, admite desde 1933 a modificação da demanda, independente de anuência do adversário, se entendido pelo tribunal estar atendido o requisito da “oportunidade”. Entre esses casos, menciona-se permissão para alteração do objeto litigioso quando, ocorrem “alterações materiais” durante o processo, «a exemplo do perecimento da coisa durante a litispendência, permitindo inclusive posterior pedido de perdas e danos no mesmo processo»³⁶.

Emblemática é ainda a lembrança do c.p.c. português, que a partir da reforma de 1995 e 1996, passou a admitir na réplica do autor à resposta do réu, a alteração ou ampliação da *causa de pedir*; permite também, na mesma oportunidade, ampliar o *pedido*, podendo, em qualquer altura, reduzir o pedido, ou ampliá-lo, se a inovação consistir em desenvolvimento ou consequência do pedido primitivo. Há, ainda, vários outros exemplos de permissão de alteração ou ampliação do pedido, em matéria de aplicação de sanção pecuniária ao descumprimento de obrigações infungíveis; ou de imposição de renda vitalícia ou temporária em lugar de condenação em quantia certa. Há mesmo casos em que se permite até a alteração simultânea do *pedido* e da *causa* de pedir desde que se mantenha em controvérsia a mesma relação jurídica³⁷.

Escrevendo ao tempo do c.p.c./1973, advertia Alvaro De Oliveira que, «do ponto de vista cooperativo»³⁸, no atual estágio de desenvolvimento social

³⁵ C.A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, cit., 173.

³⁶ C.A. ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, 173-174

³⁷ C.A. ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, 174-175.

³⁸ Registre-se que o atual c.p.c./2015 brasileiro, acolheu a tese do caráter cooperativo do processo, como norma fundamental, e facilitou a ampliação do objeto litigioso por meio de questões prejudiciais manejáveis em simples réplica, sem

brasileiro, está mais do que em tempo de se começar a pensar na reforma da legislação processual para permitir a alteração do pedido e da causa de pedir, nos termos da legislação processual portuguesa atual. Dessa forma, mais uma vez seria estimulado o desejável diálogo entre o órgão judicial e as partes, quebrando-se ao mesmo tempo um formalismo excessivo, que não tem mais razão de ser»³⁹.

No direito espanhol, Victor Fairen Guillén lembra que, embora haja o interesse público na boa marcha do processo, «em muitas ocasiões, a alteração da demanda pode significar uma grande economia processual, evitando-se inútil e cara duplicidade»⁴⁰.

Também divagando sobre o sistema legal do c.p.c. anterior, Moreira Pinto anotava a existência de duas posições diferentes em face da estabilidade da demanda: a dos que a encaravam com a maior flexibilidade, buscando ampliar as perspectiva de melhor compor os litígios; e a dos que a viam sob a ótica da rigidez, a pretexto de se tratar de requisito necessário ao exercício do contraditório e da boa instrução processual. «Sob essa ótica, quanto antes se opera a imutabilidade, mais prestigiado sairá o contraditório:

No entanto, no processo se encontram em jogo outros valores não menos importantes. Um destes diz respeito aos próprios fins da atividade processual: a *busca da verdade*. Visando a jurisdição pacificar os litígios, utilizando-se da maior justiça possível, todas as questões vislumbradas pelo juiz, que interessam ao deslinde da causa, não podem ser desprezadas. Neste enfoque, quanto mais se alongar a fase postulatória, se aproximará o processo mais de seu escopo, qual seja a justa composição dos litígios.

E os modelos processuais há muito vêm se empenhando em buscar o melhor equacionamento desta matéria. Desde os mais flexíveis até os mais rígidos, a mutação e a diversidade dos modelos processuais divergem sensivelmente entre os diversos sistemas.

Talvez, em vez de se privilegiar um ou outro princípio, a solução esteja no temperamento dos valores mencionados»⁴¹.

depende de propositura de ação declaratória incidental, e com força de ampliar o alcance da coisa julgada para além do pedido e da causa de pedir originais.

³⁹ C.A. ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, 174.

⁴⁰ V. FAIREN GUILLÉN, *La transformación dela demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela – Porto, 1949, 105; C.A. ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, 173, nt. 39.

⁴¹ J.A. MOREIRA PINTO, *Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da demanda*, in J.R.C. TUCCI – J.R. BEDAQUE (a cura di), *Causa de pedir e pedido no processo civil*, São Paulo, 2002, 86.

Eis, em suma, uma corretíssima advertência:

«Jamais deve-se olvidar que acima de uma regra processual estabelecida para um fim específico está o próprio objetivo da norma, que uma vez satisfeito, dispensa a estrita e cega observância da regra»⁴².

Donde nossa conclusão, aplicável tanto no regime do c.p.c./1973 como ao do Código atual, inspirada não na literalidade do enunciado legal, mas na funcionalidade da norma: se não há prejuízo para o contraditório, nem se causa uma delonga exagerada do processo, nada deve impedir o aprimoramento ou a ampliação do objeto litigioso, se realizados ainda dentro da fase postulatória do processo e com respeito ao mesmo quadro fático-substancial que deu origem ao pedido primitivo. Os exemplos dos Códigos da Itália e de Portugal merecem ser seguidos.

8. – O *processo justo* ambiciona mais que a simples resolução técnica dos litígios, pois visa a uma justa e ampla pacificação social, dentro da qual os rigores tradicionais da estabilização da demanda não subsistem. Ao contrário, o que se impõe é a concepção flexível funcional e dinâmica da *mutatio libelli*, a qual, observado o respeito ao contraditório e ampla defesa, proporciona uma evolução do objeto litigioso capaz de conduzir o processo a uma completa, econômica, célere e eficiente resolução do conflito, em todas as dimensões que assume durante o debate produzido entre as partes na fase postulatória do *iter* procedimental.

Esse caráter do processo civil atual manifesta-se, com aplausos da doutrina, na construção jurisdicional da Corte de Cassação italiana da sistemática da *mutatio libelli* “complanaria”⁴³; e, entre nós, através da amplitude com que o c.p.c./2015, admite a introdução e os efeitos da questão prejudicial, do negócio jurídico processual e da invocação do fato novo, durante o curso do processo, com significativos reflexos sobre o objeto litigioso a ser resolvido pela sentença de mérito, sob a autoridade da coisa julgada.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ O princípio informante da *mutatio libelli* autorizado pelo art. 183 do c.p.c. italiano, segundo a interpretação da Corte de Cassação, aplaudida pela doutrina, é o mesmo que inspira todo o processo moderno: o da busca da maior efetividade da tutela jurisdicional, de modo que «l'ammissibilità delle domande 'complanari' non solo è coerente con i principi che governano il processo, ma li rende ancor più effettivi» (C. CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corr. giur.*, 2015, 961).

Longe de ser o regime brasileiro da *mutatio libelli* idêntico ao do direito italiano, a experiência e a evolução doutrinária e jurisprudencial vivenciadas na Itália revelam a possibilidade de nos aproximar, muito proveitosamente, do aprofundamento das construções jurídicas levadas a bom termo naquele país em torno do espinhoso problema da estabilização do objeto litigioso no processo civil contemporâneo.

Abstract

**“ESTABILIZAÇÃO” OF THE CLAIM AND “MUTATIO LIBELLI”:
COMPARATIVE REMARKS BETWEEN THE DISCIPLINE PROVIDED BY
BRASILIAN AND ITALIAN CODES OF CIVIL PROCEDURE**

L’Autore si confronta con il tema della modifica della domanda giudiziale, come regolato dal nuovo codice di procedura civile brasiliano del 2015, affrontando altresì la questione se, e a quali condizioni, il giudicato possa estendersi alle questioni pregiudiziali, ponendo a confronto le soluzioni dell’ordinamento brasiliano con quello italiano.

Author examines the iusses related to the modification of judicial claim, as regulated by the new Brazilian code of civil procedure of 2015, also facing to the problem if, and at which conditions, res judicata can cover the prejudicial questions, comparing the solution of Brazilian jurisdiction to the Italian one.

IL (POTENZIALE) RUOLO DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NELL'ESPANSIONE DELL'AUTONOMIA CONTRATTUALE

FILIPPO MAISTO
Professore ordinario
nell'Università della Calabria

SOMMARIO: 1. Il concepimento dell'apparato decisorio della sussidiarietà. – 2. La portata valutativa della formula in grado d'impattare sul sistema delle fonti e degli atti autoregolamentari del diritto civile. – 3. Le potenziali decisioni in cui si esplica il ruolo del principio di sussidiarietà nell'espansione dell'autonomia contrattuale. – 4. Trasposizione delle questioni applicative sul piano della teoria generale del diritto civile.

1. – La sussidiarietà è una categoria connotata da una forte carica decettiva. In senso metaforico, il sintagma principio di sussidiarietà richiama l'idea del sussidio/ausilio/supplenza¹, la quale, in modo fuorviante, riflette la presenza di una naturale inclinazione al *self-restraint*.

L'assunzione di una simile patina "buonista" non è casuale. Storicamente, all'origine si afferma prima la sussidiarietà orizzontale nel corpo di talune declamazioni politico-programmatiche delle Autorità ecclesiastiche, come l'Enciclica *Rerum novarum* del 1891 di papa Leone XIII². La Chiesa cattolica dichiarava la propria intenzione di svolgere attività di erogazione di servizi pubblici essenziali. Nel periodo post-unitario e pre-concordatario, è evidente che essa fosse preoccupata di assumere toni rassicuranti: come a dire, intendo svolgere attività di erogazione di servizi pubblici essenziali, senza, però, sostituirmi allo Stato. In tale contesto, la sussidiarietà esprime un programma di azione politica, piuttosto che assumere i connotati di una tecnica di valutazione giuridica.

L'apparato decisorio del principio di sussidiarietà si delinea compiutamente nel campo del diritto dell'Unione europea (prima art. 3 B Tratt. CE, poi art. 5 Tratt. CE, ora art. 5 Tratt. UE)³. Il principio di

¹ Cfr. R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, 3, spec. nt. 1.

² Per ulteriori riferimenti, v. C. MARTINEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Il principio di sussidiarietà ed il suo fondamento classico*, in AA.VV., *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi* a cura di G.P. Calabrò e P.B. Helzel, Napoli, 2009, 19 ss.; M. AYUSO, *L'ambigua sussidiarietà*, *ibidem*, 35 ss.

³ Attualmente, ai sensi dell'art. 5 Tratt. UE, il principio di sussidiarietà è preordinato a disporre un giudizio positivo di un'azione normativa o amministrativa dell'Unione, quando ricorrono le seguenti condizioni: «soltanto se e in quanto gli

sussidiarietà eurounitario non rappresenta soltanto il prototipo della sussidiarietà verticale. Più in generale, esso fissa il teorema fondamentale del giudizio di sussidiarietà, sia verticale che orizzontale. La formula risulta in grado di motivare una decisione pregiudiziale di legittimità/ammissibilità/validità/ (più genericamente) adeguatezza di un atto/attività/azione pubblicistica proveniente da un soggetto normalmente considerato incompetente o inadeguato ad occuparsi di determinate materie o per la composizione di determinati interessi. Conseguenzialmente, il giudice ordinario adotterà la decisione operativa della impegnatività delle condotte personali e delle vicende pratico-economiche programmate o, comunque, perseguite con quell'atto. Si usa la qualifica di sussidiarietà verticale, se il soggetto, altrimenti incompetente, è, comunque, un'istituzione. Si richiama la nozione di sussidiarietà orizzontale, quando l'autore dell'atto è un soggetto extraistituzionale. Condizione per il ricorso al principio di sussidiarietà è la dimostrazione che con simili determinazioni precettive si realizzi al meglio un obiettivo di politica del diritto/un utile per la collettività.

2. – Con simili definizioni, il principio di sussidiarietà acquisisce una potenziale portata decisoria in grado d'impattare profondamente sul sistema delle fonti e degli autoregolamenti del diritto civile. Nell'esperienza giuridica, però, si registra un atteggiamento ambivalente della giurisprudenza rispetto all'uso della sussidiarietà nei ragionamenti applicativi.

Talune decisioni fanno un uso "dirompente"/"demiurgico" della formula. Con riguardo alla sussidiarietà verticale, soprattutto, si segnala l'impianto valutativo in cui è attivata la tecnica della chiamata in sussidiarietà. La formula è usata per motivare la determinazione pregiudiziale dell'ammissibilità di una legge dello Stato diretta a stabilire le

obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione». Per un'analisi dei parametri richiamati dal principio di sussidiarietà in funzione della risoluzione dei conflitti tra la norma comunitaria e quella nazionale, tra gli altri, appaiono significativi, soprattutto, i seguenti contributi: P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, 3 ss., spec. 10; G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 59 ss., spec. 69; P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà "verticale"*, Milano, 2002, 45 ss.; P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI – F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, 143 ss.; F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione Europea*, Milano, 2007, 163 ss.

vicende utilitaristiche giudizialmente perseguibili in una materia riservata alla competenza delle Regioni. Si tratta di un'operazione ermeneutica "monumentale" effettuata dalla Corte costituzionale⁴, la quale ha finito per rimodulare nel profondo il sistema di ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni⁵.

Con riguardo alla sussidiarietà orizzontale, un uso significativo di questa nozione si presenta nelle decisioni sulle fondazioni bancarie⁶ e sul

⁴ Il riferimento è a un ponderoso orientamento giurisprudenziale, i cui *leading cases* sono dati dalle seguenti sentenze: Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1004; Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 6, in *Giur. cost.*, 2004, 104.

⁵ Diffusamente: R. FERRARA, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1018; S. GAMBINO, *Repubblica delle autonomie e sussidiarietà*, in AA. VV., *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi*, cit., 160 ss.; R. ROLLI, *Il principio di sussidiarietà nel diritto pubblico*, in AA. VV., *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi*, cit., 202 ss. Similmente, S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, 2008, 141 ss., perviene alla conclusione che «la Corte costituzionale ha riconosciuto al principio di sussidiarietà una rilevante importanza anche per quanto concerne il sistema di determinazione e regolazione della potestà legislativa, dato che una corretta interpretazione del medesimo potrebbe portare, secondo la stessa Corte, ad una deroga del normale riparto delle competenze stabilito dall'art. 117 della Costituzione».

⁶ Corte cost., 29 ottobre 2003, nn. 300 e 301, in *Foro it.*, 2006, I, cc. 1324-1326. In occasione di più recenti riforme concernenti l'organizzazione dell'attività bancaria (c.d. trasformazione delle banche popolari in s.p.a.), il principio di sussidiarietà "orizzontale" è stato richiamato per risolvere i nodi dei limiti di merito, oltre che di competenza, delle statuizioni legislative preposte a conformare una simile attività economica. In particolare, sono state sollevate delle questioni di costituzionalità, le quali muovevano dalla direttiva esplicativa che il principio di sussidiarietà "orizzontale" riprovi le prescrizioni operative in grado di escludere (*rectius* di marginalizzare) talune forme organizzative, in uso nella prassi, caratterizzate da uno scopo solidaristico (essenzialmente, banche popolari/credito cooperativo). La Corte ha sancito la costituzionalità degli interventi legislativi in questione (sent., 21 dicembre 2016, n. 287, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, II, 167). Questa decisione sulla "pregiudiziale" di legittimità appare coerente con i precedenti orientamenti, i quali hanno elaborato il criterio di giudizio che la legge (nazionale) è competente a stabilire misure ordinatorie in grado di conformare l'attività bancaria. In simili apparati valutativi, infatti, l'unica condizione richiesta per una valutazione positiva è la dimostrazione della preordinazione delle statuizioni di legge alla realizzazione di rilevanti obiettivi di politica economica e sociale (nel caso di specie, interesse pubblico alla tutela del risparmio e alla competitività del sistema bancario). D'altra parte, è facile osservare che il principio di sussidiarietà, intrinsecamente, implica una valutazione negativa soltanto di volizioni legislative capaci di escludere del tutto lo svolgimento di un'attività d'interesse sociale da parte di privati. Nel caso di specie, invece, la legge consentiva ai privati di (continuare a) svolgere l'attività bancaria, quanto meno in forme organizzative caratterizzate dallo scopo di lucro.

codice del terzo settore⁷. Da una simile nozione è stato inferito l'assunto che le fondazioni bancarie e gli enti *no profit* siano *tout court* soggetti di diritto civile⁸. Intrecciandosi la sussidiarietà orizzontale e quella verticale, è stata adottata la decisione pregiudiziale dell'ammissibilità di una legge statale disponente limiti e controlli sull'attività di questi soggetti.

Nell'esperienza giuridica, tuttavia, si riscontrano, soprattutto, talune "occasioni mancate", vale a dire decisioni per cui (è mancato, ma) sarebbe auspicabile un ricorso al principio di sussidiarietà.

Bisogna considerare, innanzitutto, i ragionamenti applicativi informati al canone dell'ammissibilità di un diritto civile regionale⁹. La sussidiarietà risulta in grado di giustificare la decisione pregiudiziale dell'ammissibilità di una legge regionale statuyente le facoltà e le restrizioni azionabili dagli interessati nei rapporti intersoggettivi, vale a dire nella materia dell'ordinamento civile riservata allo Stato *ex art. 117, comma 2, lett. l)*¹⁰.

⁷ Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 185, in *Giur. cost.*, 2018, 2051, sugli organismi di vigilanza istituiti dal codice del terzo settore (Organismo nazionale di controllo).

⁸ Il ruolo del principio di sussidiarietà "orizzontale" nell'affermazione di questo importante criterio di giudizio è stato opportunamente sottolineato da D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, 152.

⁹ Prima della riforma del «Titolo V», si è affermato un impianto valutativo preposto ad escludere l'idoneità delle leggi regionali a stabilire prescrizioni personali e/o patrimoniali coercibili nei rapporti intersoggettivi, deducendo questa decisione giudiziale dal rilievo di un'incompatibilità col principio di eguaglianza "formale" di cui all'art. 3, comma 1, cost. In senso opposto, però, si è parallelamente sviluppata la teoria che un giudizio positivo circa la vincolatività delle statuizioni civilistiche dettate dalla legge regionale potesse essere, comunque, motivato, richiamando il principio di eguaglianza "sostanziale" di cui al secondo comma dell'art. 3 cost. (sul punto, cfr. S. GIOVA, «*Ordinamento civile*» e *diritto privato regionale*, Napoli, 2008, 39 ss. e 61 ss.).

¹⁰ L'uso della formula della «legislazione esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile» per motivare una decisione contraria all'applicazione di una legge regionale, la quale sia preposta a modellare le determinazioni precettive azionabili nei rapporti tra soggetti considerati in posizione pariordinata, è stato effettuato, di recente, dalle seguenti sentenze dei giudici costituzionali: Corte cost., 24 ottobre 2016, n. 228, in *Foro it.*, 2016, I, 3701, statuyente l'illegittimità di una legge regionale toscana preordinata a conformare i diritti di soggetti non istituzionali al godimento/sfruttamento delle cave di marmo delle Alpi apuane; Corte cost., 16 gennaio 2013, n. 6, in *Corr. giur.*, 2013, 1057 ss., disponente l'incostituzionalità di una legge regionale marchigiana, la quale stabiliva delle prescrizioni operative in grado di comportare un'alterazione degli assetti d'interessi delineati dalla regolamentazione nazionale delle distanze tra edifici confinanti; Corte cost., 11 marzo 2011, n. 77, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1294, emanante una decisione negativa circa una legge regionale molisana, la quale dettava delle determinazioni precettive dirette a modellare il trattamento economico (in particolare, il diritto all'erogazione di buonipasto) riconosciuto ai dipendenti regionali "privatizzati". In reazione a questo uso giurisprudenziale, differenti ragionamenti applicativi sono stati sviluppati, rilevando una relazione di *genus ad speciem* tra «diritto privato» e «ordinamento civile»: da un

Occorre segnalare che la Corte costituzionale ha finito anche per adottare simili determinazioni innovative, ma seguendo un *iter* argomentativo slegato dalla sussidiarietà¹¹.

Degne di essere richiamate, poi, sono talune decisioni pregiudiziali in campo di diritto internazionale privato (*rectius* diritto civile transnazionale)¹², le quali concernono l'applicabilità di una norma straniera anche in contrasto con le indicazioni dei criteri di collegamento fissati dalla

lato, si ammette la configurabilità di un diritto privato regionale; dall'altro, si circoscrive, preliminarmente, la competenza della legge regionale alla regolamentazione di rapporti intersoggettivi segnati da determinate caratteristiche. Tra le diverse teorie che propendono per il riconoscimento di un diritto privato (*rectius* civile) regionale, desumendolo (non dal principio di sussidiarietà, ma) dall'argomento della non perfetta coincidenza tra «ordinamento civile» e «diritto privato», cfr.: G. ALPA, *L'ordinamento civile nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Contratti*, 2004, 186; F. GHERA, *Ordinamento civile e autonomia regionale: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giur. cost.*, 2011, 1182 ss.; A.M. BENEDETTI, *Proprietà e diritto privato regionale (a proposito di Corte cost. n. 228/2016)*, in *Dir. civ. cont.*, 3 febbraio 2017.

¹¹ Ad una soluzione ordinatoria simile è, di recente, pervenuta, ad esempio, Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 41, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2566. In particolare, questa pronuncia ha, in astratto, prospettato una valutazione positiva di una virtuale legge regionale diretta a manifestare la volontà sovrana di permettere anche a privati (*rectius* soggetti privi di poteri autoritativi) il compimento di condotte edificatorie in difformità dalle distanze minime tra edifici stabilite nelle normative statali, ma «solo a condizione che la deroga sia giustificata dall'esigenza di interessi pubblici legati al governo del territorio». Non richiamando, tuttavia, espressamente in argomentazione il generale principio di sussidiarietà «verticale», la Corte appare eccessivamente preoccupata di predisporre dei limiti «preconcreti» alla portata di un simile ragionamento applicativo (quali la limitazione ad una determinata tipologia di strumenti urbanistici).

¹² Queste ricostruzioni, oltre alle prospettate ricadute pratiche, assumono anche una fondamentale importanza sistemica. Esse segnano il passaggio dalla tradizionale concezione savigniana del carattere «avalutativo» del diritto internazionale privato (l'idea della neutralità assiologica del diritto internazionale privato ritrova la sua matrice nel pensiero di F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, VIII, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1898, 27 ss. spec. 30, in quanto l'illustre a. giustifica l'efficacia della norma straniera in modo asettico, facendo appello ad un astratto principio consuetudinario «di una comunione di diritto internazionale fra Stati indipendenti») ad una teoria, la quale, attraverso il principio di sussidiarietà, individua nella realizzazione di rilevanti obiettivi di politica socioeconomica il fondamento assiologico unificante di ogni operazione decisoria implicante la pretendibilità delle utilità personali e/o patrimoniali disposte da una norma civilistica straniera. Similmente, G. CARELLA, *Specificità del metodo conflittuale e materializzazione del diritto internazionale privato*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, 59 ss., prospetta un progressivo superamento del «metodo tradizionale savigniano delle norme di conflitto localizzatrici» ad opera di tecniche ordinarie impregnate su rilievi assiologico-teleologici sintetizzate dall'espressione «materializzazione del diritto internazionale privato».

legge nazionale¹³. In tali pronunce, i giudici hanno adottato queste soluzioni ordinatorie fortemente innovative, ma con spiegazioni diverse dalla sussidiarietà.

In detta prospettiva, meritano di essere valutate anche le potenziali decisioni pregiudiziali sull'applicabilità dei precetti della *lex mercatoria* contrari alla legge nazionale¹⁴. Un simile ragionamento applicativo è in grado di motivare, ad es., una decisione pregiudiziale di legittimità delle pratiche commerciali dei mercati globali implicanti il criterio di giudizio dell'impegnatività di promesse unilaterali atipiche e innominate, il quale deroga (evidentemente) all'art. 1987 c.c.¹⁵. Per spiegare simili determinazioni, piuttosto che richiamare il principio di sussidiarietà, si continua a ricorrere, surrettiziamente, all'artificio, prospettato autorevolmente da Galgano, basato sull'insindacabilità dei lodi arbitrali internazionali¹⁶.

¹³ Corte di Giustizia CE, Sez. Grande, Grunkin-Paul v. Standesamt Niebüll, 14 ottobre 2008, n. C-353/06, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2009, 221; Corte di Giustizia CE, Garcia Avello v. Gov. Belgio, 2 ottobre 2003, n. C-148/02, in *Cons. Stato*, 2003, II, 1891. Riguardo all'ottemperanza in Italia di quest'ultima decisione, emblematica è la pronuncia di Trib. Bologna, 9 giugno 2004, in *Fam. dir.*, 2004, 441. Per maggiori approfondimenti circa il punto dell'incompatibilità in questi casi tra l'impiego della norma straniera e i criteri di collegamento specifici, cfr. F. MAISTO, *Personalismo e solidarismo familiare nel diritto internazionale privato*, Napoli, 2011, 92 ss. Bisogna dire che questi apparati decisorii, i quali sono configurabili come applicazione diretta del principio di sussidiarietà, hanno consentito di anticipare nell'ambito settoriale (ristretto) del diritto internazionale privato soluzioni ordinatorie simili a quelle estese, ora, anche ai rapporti puramente "domestici" dalla decisione di Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1 ss.

¹⁴ Per questa teoria, *amplius*, v. F. MAISTO, *Promesse unilaterali*, in P. PERLINGIERI, *Tratt. dir. civ. CNN*, IV, 42, 2014, 66 ss. È opportuno aggiungere che il principio di sussidiarietà "orizzontale" consente di ricorrere ai medesimi apparati valutativi anche in modo da configurare le ragioni e i limiti della impegnatività delle prescrizioni operative, le quali siano stabilite da altre convenzioni sociali, assimilabili alla *lex mercatoria*, quali la c.d. *lex electronica/informatica/digitalis* (così, P. LAGHI, *Cyberspazio e sussidiarietà*, Napoli, 2015, 117 ss.). Sulla tesi della giuridicità della *lex electronica/informatica/digitalis* converge, con differenti argomentazioni, anche l'analisi di F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contr. impr.*, 2016, 1345 ss., spec. 1386 ss. In particolare, questo a. ritiene che la forza compulsiva di tali regole di condotta discenda – non da un riconoscimento dello Stato sulla base del principio di sussidiarietà ex art. 118, u.c., cost., ma – da un'attitudine sovrana intrinseca delle *communities* digitali globali secondo lo schema romano *ubi societas ibi ius*.

¹⁵ Cfr. F. MAISTO, *o.u.c.*, 63 ss., spec. 75 ss. Specificamente questi ragionamenti ordinatori sono riferibili ai seguenti paradigmi di atti di autonomia: lettere di *patronage*; *surety bonds*; polizza di credito commerciale; offerta spontanea di rinegoziazione in ottemperanza a clausole di *hardship*.

¹⁶ Cfr. F. GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, 190). Particolare è la posizione di F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex*

3. – Soprattutto, in talune potenziali decisioni si esplica il ruolo della sussidiarietà nell'espansione dell'ambito dell'autonomia contrattuale.

La sussidiarietà orizzontale può essere impiegata per motivare la decisione della vincolatività di un accordo concernente la disposizione di beni e utilità soggetti al volere della P.A. In detto apparato decisorio si attiva il precetto dell'ammissibilità di un contratto sostitutivo di un provvedimento amministrativo¹⁷. Un simile costrutto non ha meramente portata teorico-descrittiva. Bisogna avanzare il rilievo che la logica della sussidiarietà implica il riconoscimento a questi autoregolamenti della qualifica di veri e propri contratti. Tale assunto si spiega, in base al dato che la sussidiarietà fa riferimento a categorie di atti che il soggetto altrimenti incompetente/inadeguato compie nella propria ordinaria sfera gestoria. Essendo i contratti gli accordi normalmente impiegati dai soggetti di diritto civile, a questa categoria devono essere ricondotti anche gli autoregolamenti legittimati dalla formula della sussidiarietà. D'altra parte, quando una direttiva euromunitaria o una legge statale sono valutati ammissibili in base al principio di sussidiarietà, nessuno dubita che tali atti non subiscano alcuno snaturamento. Una simile qualificazione delinea l'opportunità di

mercatoria, Napoli, 2008, 114 ss., il quale, pur richiamando preliminarmente il principio di sussidiarietà, in definitiva, sembra ritenere che la capacità della *lex mercatoria* di dettare (limitatamente ai rapporti transnazionali) soluzioni ordinatorie contrarie a quelle della legge si spieghi, sostanzialmente, con il ricorso all'artificio della limitata sindacabilità dei lodi arbitrali internazionali, aderendo così alla linea ermeneutica già prospettata, prima della formalizzazione del principio di sussidiarietà, da Galgano.

¹⁷ Sulla categoria dei «contratti sostitutivi di provvedimenti amministrativi», F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, 128 ss. Naturalmente, dal principio di sussidiarietà "orizzontale" scaturisce anche la rappresentazione dell'idoneità (non tanto di un atto/contratto, quanto) di una complessiva attività di un soggetto non istituzionale a realizzare un servizio normalmente appannaggio della P.A. Una tale connotazione, nella concreta esperienza giuridica, si riscontra nell'attività di certificazione pubblica che la legge assegna alla categoria professionale del notaio in funzione del conseguimento del bene comune della sicurezza dei traffici giuridici, soprattutto, immobiliari (art. 1, l. 16 febbraio 1913, n. 89). In questo senso, si può condividere la rappresentazione che «il notaio è, infatti, una figura emblematica ed anticipatrice, rispetto agli odierni interventi legislativi, della sussidiarietà orizzontale» (cfr. G. CELESTE, *La deontologia professionale del notaio nella legalità costituzionale*, in L. MEZZASOMA – L. RUGGERI (a cura di), *La giustizia disciplinare nelle professioni legali*, Napoli, 2014, 243). Una simile "copertura" costituzionale del ruolo del notaio ha anche delle importanti implicazioni pratiche: essa è potenzialmente in grado di motivare un giudizio di contrarietà alla Costituzione (in particolare, all'art. 118, comma 4) delle riforme legislative, le quali statuiscano regole cogenti preposte a conformare le funzioni e/o l'organizzazione della professione notarile in senso 'peggiorativo' rispetto all'utile della collettività.

un'interpretazione evolutiva dell'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241, sulle «convenzioni urbanistiche»¹⁸. La medesima interpretazione si estende anche ad altre disposizioni di legge specifiche, come l'art. 306-bis del codice dell'ambiente statuyente la vincolatività dell'atto di «transazione ambientale»¹⁹. Con detta interpretazione, risultano automaticamente azionabili le regole dell'autonomia contrattuale sulla responsabilità precontrattuale, l'impugnazione per incapacità e vizi della volontà, ecc.

Similmente, il ricorso alla sussidiarietà orizzontale è in grado di giustificare la determinazione dell'impegnatività di accordi preordinati alla risoluzione delle controversie. In questo impianto valutativo si attiva il criterio di giudizio della configurabilità di contratti alternativi ai provvedimenti giurisdizionali²⁰. Un simile costrutto ha una significativa portata applicativa. Innanzitutto, si spiega l'azionabilità delle regole dell'autonomia contrattuale. Surretiziamente, si concepisce, in qualche misura, un giudizio d'incostituzionalità di leggi manifestanti la volizione sovrana di limitare il ricorso ad arbitrati e a mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, come l'art. 241, 1° co., d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Soprattutto, la formula della sussidiarietà orizzontale può essere usata per legittimare la decisione della vincolatività di accordi contenenti la programmazione di vicende utilitaristiche normalmente riservate alla legge. In un simile apparato decisorio si attiva il precetto dell'efficacia (anche esterna) di contratti normativi *stricto sensu*/contratti fonte del diritto²¹. Si

¹⁸ In generale, si prospetta l'opportunità di un'interpretazione evolutiva dell'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241, la quale superi le visioni preconette finora affermatesi presso la dottrina gius-amministrativistica (tra gli altri, v.: G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002, 161 ss.; ID., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 86 ss.; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 436; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, 224; G.D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 205).

¹⁹ Così, M. MELI, *La nuova disciplina delle transazioni nelle procedure di bonifica e di riparazione del danno ambientale concernente i siti di interesse nazionale*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 2016, 456 ss., spec. 480. *Contra*, U. SALANITRO, *Dal "contratto" all'"accordo": la riforma della "transazione" ambientale*, in *Giust. civ.*, 2017, 411 ss. e 421 ss., il quale solleva il seguente argomento (antinomico rispetto al principio di sussidiarietà "orizzontale"): «Appare coerente con la natura pubblica degli interessi coinvolti (determinazione delle misure di riparazione) che l'atto transattivo non sia ricondotto alla categoria dei contratti di diritto privato».

²⁰ Sul paradigma dei «contratti alternativi ai provvedimenti giurisdizionali», F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale*, cit., 129 ss.

²¹ Sulla figura del «contratto-fonte del diritto», F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale*, cit., 130 ss. In dottrina si usa, diffusamente, anche la metafora de «la formazione negoziale del diritto» (cfr.: N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 307 ss., e ID., *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 166 ss.; G. ALPA, *Il*

tratta, principalmente, di autoregolamenti costituiti dalla pianificazione dell'attuazione di condotte personali ed eventi pratico-economici nei rapporti con i terzi. Esempi di detti autoregolamenti con efficacia esterna sono: i regolamenti di condominio, gli statuti associativi, le condizioni generali di contratto²², i contratti collettivi di lavoro²³, gli accordi alla base dell'ordinamento sportivo²⁴, i codici deontologici²⁵. La categoria, però,

contratto in generale, Milano, 2014, 293 ss.). Esprime scetticismo su questo costruito, invece, E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2014, 387, secondo il quale «se il principio di sussidiarietà renda l'autonomia privata fonte del diritto è quesito, in fondo, ozioso, che involge il tema, noto, della pluralità degli ordinamenti giuridici». In vero, l'opportunità di distinguere la figura dei «contratti-fonte del diritto» rispetto a tutti gli altri contratti, i quali pure risultano *ex art.* 1372 c.c. provvisti della «forza di legge» si spiega, perché un simile costruito ermeneutico è in grado di determinare rilevanti operazioni valutative. Soltanto con riferimento ad autoregolamenti, i quali si dimostrino virtualmente sostitutivi delle prescrizioni operative imposte dalla legge, è opportuno che il principio di sussidiarietà serva (non soltanto come criterio di legittimazione delle decisioni precettive, ma anche) come criterio di risoluzione dei conflitti con le fonti sopraordinate (soprattutto, con la legge stessa): una tale motivazione tecnica, infatti, è in grado di giustificare la vincolatività dei diritti e obblighi concordati da (tutti o taluni de) gli interessati anche contro una difforme previsione di legge, là dove se ne dimostri la maggiore idoneità a realizzare un preminente obiettivo di politica del diritto (cfr. F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale*, cit., 131, nt. 272). Parzialmente diversa, pertanto, risulta la ricostruzione di R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 105 ss., spec. 108, secondo il quale il principio di sussidiarietà «orizzontale» *ex art.* 118, u.c., cost. non si limiterebbe a fungere da fondamento unificante degli atti di autonomia (v., *infra*, nota 36), ma eleverebbe indifferenziatamente ciascuno di essi a vera e propria «fonte del diritto».

²² Una qualificazione simile è prospettata anche dalla dottrina, la quale segue una differente impostazione metodologica. Così, M. ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, in F. MACARIO – M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, 347 ss.

²³ Per tutti, N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 171 ss. La metafora della fonte del diritto è richiamata anche da M. CERIONI, *Prime riflessioni sulle fonti dell'autonomia privata*, in *Annali della Facoltà giuridica di Camerino*, 2012, 1, 147. Ella, tuttavia, con significative differenze riguardo alla questione del coordinamento gerarchico con le fonti primarie, qualifica il contratto collettivo come semplice «fonte fatto», la cui valenza decisoria sarebbe fondata «sull'autonomia collettiva di cui all'art. 39 Cost.».

²⁴ In argomento: M. CIMMINO, *Sussidiarietà orizzontale e ordinamento sportivo*, cit., 225 ss.; G. SANTORELLI, *Sussidiarietà e regole di validità dei contratti sportivi*, *ibidem*, 235 ss. Diversamente, M.P. PIGNALOSA, *Ordinamento sportivo e fonti private*, in *Jus Civile*, 6, 2017, 665 ss., ritiene che il principio di sussidiarietà non sia in grado di conferire a tali autoregolamenti una valenza decisoria pari a quella della legge. Specificamente, ella ritiene che non si possa azionare il criterio di giudizio dell'inderogabilità da parte di contratti tra gli interessati: a maggior ragione, una simile ricostruzione implica

contempla anche autoregolamenti con efficacia eminentemente *inter partes*, come il negozio di scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali di cui alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (c.d. *lex voluntatis*)²⁶.

A questo punto, mi preme segnalare che la ricostruzione sopra delineata si distacca nettamente da quella autorevolmente proposta da un grande Maestro della civilistica italiana²⁷. Egli, pure, ritiene che sia corretto l'uso della sussidiarietà per spiegare la determinazione dell'impegnatività di simili autoregolamenti. Egli, però, sostiene la natura *sui generis*/non contrattuale di detti accordi. Egli solleva l'argomento che il paradigma contrattuale sia ontologicamente inidoneo a perseguire interessi superindividuali. Un simile assunto, pur essendo molto radicato nella scienza civilistica²⁸, merita di essere confutato in base al ruolo del contratto nel sistema di allocazione delle risorse approvato dalla nostra Costituzione. I tradizionali fondamenti etici del vincolo contrattuale – riassunti dagli aforismi *pacta sunt servanda*²⁹, *solus consensus obligat*³⁰, *qui dit contractuel dit juste*³¹ – risultano in distonia rispetto alle effettive dinamiche dell'organizzazione della civile convivenza voluta dal potere costituente. Se Tizio mi ruba l'automobile e mi offre un "cavallo di ritorno", non vi è alcuna ragione etica di rispettare l'accordo con il ladro. Di là dai contratti immorali,

l'attivazione del precetto dell'inidoneità a derogare ad una specifica disposizione di legge.

²⁵ Sul tema, diffusamente: A. BELLELLI, *Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni*, in AA.VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., 79 ss.; E. DEL PRATO, *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà*, *ibidem*, 91 ss.

²⁶ Diffusamente, F. SBORDONE, *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003, 184 ss.

²⁷ M. NUZZO, *Prefazione*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., XVI ss., a detta del quale «l'autonomia dell'art. 1322 c.c. si esprime nel contratto ed è per sua natura autorizzata a regolare rapporti tra le parti del contratto; ad essa è estranea la regolazione di interessi generali». Il medesimo rilievo è sollevato anche da R. CARLEO, *o.c.*, 9 ss.

²⁸ In tal senso, è emblematica la teoria di L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 281 ss., il quale afferma che un accordo «se ed in quanto pone una norma non può essere contratto, che, in quanto sottospecie del negozio giuridico, non può che costituire, regolare, cioè modificare e accertare, od estinguere rapporti giuridici, e non può porre norme giuridiche, onde l'ulteriore deduzione dell'inammissibilità di un contratto normativo vero e proprio».

²⁹ Secondo la massima di Cicerone: «*Pacta et promissa semperne servanda sint, quæ nec vi nec dolo malo, ut prætores solent, facta sint*» (*De officiis*, 3, 92, 24).

³⁰ Cfr. G. ASTUTI, *Contratto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 779, il quale riconduce l'apoteigma in questione a S. PUFENDORF (*De jure naturæ et gentium*, III, 5-6, v. 2) e H. GROTIUS (*De iure belli ac pacis*, II, 11-12).

³¹ Cfr.: A. FOUILÉE, *La science sociale contemporaine*, 2^a ed., Paris, 1885, 410; J.F. SPITZ, «*Qui dit contractuel dit juste*»: quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, in *Rev. trim. droit civil*, 2007, 281 ss.

è opportuno considerare anche una banalissima compravendita: la ragione per cui taluno si vincola al contratto è che gli manca un bene di cui ha bisogno e, al contempo, qualcun altro ha a disposizione un bene di cui può fare a meno. In generale, si osserva che alla base del vincolo contrattuale si pone una scelta politica delle istituzioni sovrane circa l'allocazione delle risorse disponibili. In questa prospettiva, merita apprezzamento il ruolo dell'autonomia contrattuale nel promuovere l'assetto allocativo della giustizia retributiva promosso dal comb. disp. artt. 3 e 23 cost.: per il principio di eguaglianza formale *ex* art. 3 cost. tutti sono eguali davanti alla legge, per cui, se taluno ha la proprietà di beni e altri no, un simile assetto allocativo si spiega (oltre che per l'abilità nel produrre) anche perché, compatibilmente con l'art. 23 cost., gli stessi interessati l'hanno voluto con un contratto di scambio o, più genericamente, di alienazione³². Allo stesso modo, ai sensi degli artt. 41 e 42 cost.³³, deve essere valutata positivamente

³² Cfr., F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, cit., 119, dove si precisa: «Occorre osservare che, esplicandosi l'autonomia contrattuale, un soggetto diviene titolare di diritti ed obblighi da lui stesso voluti. Da una simile premessa logica s'inferisce la rappresentazione che la diversità dei diritti ed obblighi attribuiti a ciascun individuo non discende da una statuizione di legge, ma dalla stessa volontà degli individui. In conclusione, l'autonomia contrattuale assolve la funzione logica di determinare l'armonizzazione tra due concetti altrimenti antinomici: che la legge attribuisce agli individui diritti e doveri diversi; che tutti gli individui sono eguali di fronte alla legge. Fissato un simile impianto valutativo, l'autoregolamentazione risponde all'esigenza ideologica dello Stato di diritto di conciliare l'eguaglianza formale predicata dalla filosofia politica del liberalismo con la giustizia retributiva imposta dalla teoria economica del liberismo». In tal senso, merita di essere riconsiderata la rappresentazione prospettata da F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978, 67, il quale, a proposito del negozio giuridico, sottolinea che «il processo di astrazione, dal quale nasce la categoria, si inquadra nel più vasto processo che attraverso l'astrazione mira all'uguaglianza formale del diritto». Di pregio è anche la notazione di C. DONISI, *o.u.c.*, 28, secondo il quale all'origine del disfavore nei confronti della categoria dei negozi unilaterali sta «la diffusa, seppur latente, convinzione [...] che la struttura "bilaterale" dei fenomeni sociali in genere (e dunque anche di quelli giuridici) fosse, per ciò solo, garanzia di eguaglianza, di possibilità di cooperazione, di attività democratica». In vero, una simile ascendenza assiologica è stata, per lo più trascurata. La dottrina, privilegiando la considerazione degli aspetti strettamente economici rispetto alla ricostruzione delle ricadute sociali, ha solitamente ricostruito il fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale (e, in generale, dell'autonomia privata) – senza alcun riferimento all'art. 3 cost. – con riferimento alle disposizioni degli artt. 41 e 42 cost. concernenti la libertà di iniziativa economica privata e il riconoscimento della proprietà privata (v., *infra*, nota seguente).

³³ Circa la teoria dell'individuazione del fondamento costituzionale (indiretto) dell'autonomia contrattuale (e, in generale, dell'autonomia privata) nelle disposizioni degli artt. 41 e 42 cost. statuenti la libertà di iniziativa economica privata e il

la capacità efficientistica del contratto consistente nella massimizzazione delle utilità individuali, secondo la logica che ciascuno è il miglior giudice dei propri interessi³⁴. Infine, è degna di nota anche la capacità dei contratti di scambio, secondo la concezione della *bargain theory*³⁵, di produrre utilità marginali. In sintesi, nel quadro costituzionale, la ragione della vincolatività del contratto non consiste nell'esigenza degli individui di dimostrare il proprio senso dell'onore, ma, piuttosto, nella sua attitudine a perseguire obiettivi di politica del diritto³⁶.

riconoscimento della proprietà privata, cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, I, 2.

³⁴ In questo senso, merita di essere ricordata la lezione di G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 478. Egli ricorda che la Scuola economica liberale «riteneva che il maggior benessere collettivo dovesse attendersi dalla libera concorrenza delle iniziative individuali». Da questa considerazione è desunta la rappresentazione che «in un sistema positivo ispirato, qual'era quello del nostro Codice del 1865, ai canoni di quella scuola, l'autonomia della privata volontà nel campo dei contratti era tutelata in tanto in quanto era considerata come il miglior modo di realizzazione dell'interesse economico della collettività: e quindi fondamento dell'efficacia del contratto era pur sempre l'interesse sociale, e l'autonomia della volontà privata era riconosciuta e protetta perché ritenuta socialmente utile». Sulla storicità della saldatura tra l'ascesa della borghesia e lo sviluppo dell'autonomia contrattuale, v. R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., 12 ss.; riguardo alla compenetrazione tra le teorie delle scienze filosofiche e sociali informate al dogma dell'utilitarismo e la tendenza di politica del diritto a rendere coercibile, nella maniera più ampia possibile, l'attuazione delle prestazioni e spostamenti patrimoniali programmati in un contratto, diffusamente, F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto*, Torino, 2011, *passim*, spec. 4 ss. e 16 ss. Sul punto, egli osserva che: «L'idea di fondo, come oramai ampiamente riconosciuto, e come già in precedenza cennato, è che il contratto, concretizzando la tensione umana allo scambio finalizzato a realizzare i bisogni umani, sia in grado di allocare le risorse esistenti in natura presso colui che è in grado di valorizzarle e apprezzarle al meglio».

³⁵ Emblematici i rilievi di R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (a cura di), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2004, 17. In particolare, l'illustre a. nota che: «Là dove interviene lo scambio consensuale, l'autonomia si fa garante di un risultato prezioso. Ognuno dei due contraenti accede allo scambio perché *per lui* la prestazione che riceve ha un valore maggiore alla prestazione che esegue». Il suseposto ordine d'idee rappresenta l'essenza della «*bargain theory*». Un simile costrutto è comunemente fatto risalire al pensiero di O.W. HOLMES, *The common law*, Boston, 1881, 230.

³⁶ Alla luce di questa ricostruzione, in prospettiva teorica, è corretto sostenere l'assunto che il principio di sussidiarietà «orizzontale» funga da fondamento (non soltanto dell'estensione dell'ambito di ammissibilità, ma) del generale riconoscimento della capacità autoregolamentare del contratto e degli atti di autonomia (cfr.: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV, 4ª ed., Napoli, 2020, 30; già prima, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, 396; ID., *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 688; ID.,

Una volta confutato l'argomento contrario, merita di essere ripreso il rilievo – già sviluppato a proposito dei contratti sostitutivi di provvedimenti amministrativi – che la logica della sussidiarietà implica la riconduzione di questi autoregolamenti al paradigma del contratto³⁷. Una simile impostazione ha importanti riflessi operativi. Bisogna osservare che l'efficacia esterna di siffatti autoregolamenti non dipende dalla loro estraneità al campo di applicazione del principio di relatività di cui all'art. 1372, comma 2, c.c., ma integra una vera e propria deroga a detta disposizione. Più in generale, si autorizza un'operazione ermeneutica per cui la formula della sussidiarietà risulta in grado di legittimare la decisione dell'impegnatività di questi autoregolamenti anche in deroga alla legge. Naturalmente, è necessario che si presenti l'esigenza di attuare al meglio un interesse superiore della società civile. Una tale valutazione si può dispiegare, ad es., per i seguenti autoregolamenti: un contratto collettivo di lavoro contenente degli *standards* per la tutela della parità di genere più stringenti di quelli indicati dalla legge; un accordo di diritto sportivo, il quale, per il bene sociale dello sport, consenta lo svolgimento di attività sportiva professionistica di altissimo livello con garanzie per la salute pubblica diverse da quelle predisposte per tutti i cittadini da un atto avente forza di legge (è il caso dei Protocolli FIGC per allenamenti e partite delle squadre di calcio professionistiche durante l'emergenza Covid-19); un codice deontologico giornalistico, che, nell'interesse della civile convivenza, stabilisca delle restrizioni per l'attività di cronaca maggiori di quelle imposte dalla legge; ecc.

«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 208). In considerazione degli sviluppi operativi, tuttavia, è evidente che il parametro in questione presenti un valore aggiunto con riguardo agli autoregolamenti sostitutivi di pubblici poteri, dato che queste figure (a differenza di quelle tradizionali), difficilmente possono rinvenire nelle manifestazioni supreme di sovranità (Costituzione e Carte sovranazionali) anche un riferimento testuale più specifico (v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV, 4ª ed., cit., 45 ss.; in precedenza, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., cit., 326 ss.). Un ruolo ancora più complesso, poi, è potenzialmente espletato dall'art. 118, u.c., cost. con riguardo alla specifica figura del «contratto fonte del diritto» (v., *retro*, nota 21).

³⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV, Napoli, 2020, 29 ss., il quale testualmente afferma: «Il principio di sussidiarietà non stravolge il concetto di autonomia negoziale, in quanto, già prima e indipendentemente da esso, era ravvisabile nel contratto uno strumento capace di spiegare i propri effetti anche verso terzi e di realizzare interessi di carattere generale».

4. – In conclusione, si è cercato di prospettare un uso fortemente innovativo (addirittura, “demiurgico”) della formula della sussidiarietà. Simili ragionamenti applicativi hanno la fisionomia della *Drittwirkung* del principio di sussidiarietà³⁸. Dal punto di vista della teoria generale, essi segnano il passaggio da un sistema delle fonti imperniato su una gerarchia delle fonti ad uno informato alla gerarchia dei valori. Evidentemente, possono essere sollevate diverse obiezioni tecniche, le quali, però, si riconducono tutte alla medesima questione sostanziale. In senso critico, si potrebbe osservare che, essendo il diritto cultura³⁹, bisogna adeguatamente considerare la ritrosia dei giudici a ricorrere a queste tecniche valutative. La ragione di una simile tendenza, tuttavia, non è focalizzata sul timore del giudice di perdere il bene della certezza del diritto, sprofondando nel baratro dell’incalcolabilità della decisione⁴⁰: tanto è vero che, come si è visto, spesso, i giudici adottano, al cospetto di istanze superiori, queste soluzioni ordinatorie anche estreme, ma attraverso argomentazioni diverse dalla sussidiarietà.

In prospettiva più generale, appare corretta la concezione controintuitiva che il metodo dell’applicazione diretta dei principi non contrasti affatto, ma favorisca il perseguimento del bene della certezza del diritto. Fa d’uopo osservare che in contrapposizione al metodo dell’individuazione assiologico-teleologica delle determinazioni precettive applicabili nel caso concreto, tradizionalmente, si sollevano due argomenti: l’inadeguatezza rispetto all’obiettivo di assicurare la prevedibilità delle decisioni giudiziali (*i.e.* la certezza del diritto); l’inottemperanza all’esigenza di imporre la neutralità ideologica delle decisioni giudiziali (*i.e.* l’imparzialità nell’applicazione del diritto). In alternativa, la realizzazione di simili beni per la convivenza civile sarebbe favorita dal ricorso al metodo dogmatico-formalistico.

³⁸ Di là dalle varie sfumature definitorie, nella sua essenza, l’applicazione diretta dei principi è un’operazione ermeneutica connotata dalla capacità di motivare la decisione, in concreto, dell’impegnatività di vicende utilitaristiche diverse da quelle imposte dal testo di una disposizione di legge specifica, senza che questa sia definitivamente espunta dall’ordinamento giuridico attraverso un sindacato di assoluta incostituzionalità. In tal senso, cfr. G. D’AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in G. D’AMICO e S. PAGLIANTINI, *L’armonizzazione degli ordinamenti dell’Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018, 18 ss., il quale ritiene inammissibile il ricorso ad una simile tecnica decisoria.

³⁹ A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 773 ss.; ID., *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 2008, 395 ss.

⁴⁰ In altra prospettiva, R. CARLEO, *o.c.*, 13 ss., esprime la preoccupazione che questi ragionamenti applicativi finiscano per introdurre «un nuovo significato (se non un declino) della “certezza del diritto”» e per portare «alle sue ultime conseguenze “la crisi della fattispecie”».

Simili rilievi devono essere storicizzati. In questa prospettiva, è opportuno notare che all'origine i suddetti obiettivi di politica del diritto sono abbastanza ai margini del formalismo della *Begriffsjurisprudenz*. Rovesciando la *Begriffspyramide*, emerge il dato che alla base di una simile architettura dogmatica si pone lo *struggle for existence* tra i concetti ordinanti⁴¹. Esempio è la piramide concettuale della categoria della soggettività giuridica. In principio, si delinea la titolarità esclusiva di diritti e obblighi per i *Quirites patres familias*; progressivamente si afferma l'esigenza di riconoscere, eccezionalmente, la titolarità di particolari diritti e doveri anche alle donne, ai minori, agli stranieri e, addirittura, agli schiavi; successivamente, con l'influsso del Cristianesimo, si acquisisce l'idea che tutti gli esseri umani siano titolari dei diritti fondamentali della persona; in questo modo, dalla contrapposizione tra i suddetti concetti appaiono i caratteri sintetizzati dalla categoria della soggettività degli esseri umani. In tempi più recenti⁴², alla soggettività esclusiva degli esseri umani si contrappone l'opportunità di riconoscere la titolarità di diritti e obblighi anche alle organizzazioni esponenziali, la quale porta ad elaborare l'ulteriore concetto di persona giuridica; successivamente, questo ramo della soggettività giuridica si eleva al livello – di maggior astrazione – della nozione di soggettività degli enti, quando si afferma l'esigenza di distinguere tra enti personificati ed enti senza personalità giuridica⁴³. A séguito di questi processi mentali, la piramide si accresce di un ulteriore gradino rappresentato dalla nozione di soggettività giuridica in senso lato. È facile notare che nello *struggle for existence* tra concetti ordinanti non è garantita né la prevedibilità né la neutralità ideologica delle decisioni, visto che il giudice può ricavare, secondo i rapporti di forza maturatisi nel tempo, la soluzione applicabile al caso concreto sia dal "concetto originario" che dal "concetto dialetticamente contrapposto"⁴⁴.

⁴¹ Sul darwinismo giuridico in Italia, v.: P. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione nel diritto privato. Prelezione al corso di Diritto romano letta il 21 novembre 1881*, Camerino, 1882; G.P. CHIRONI, *Il darwinismo nel diritto. Discorso pronunciato per la commemorazione di C. Darwin tenuta nella R. Università di Siena il 21 maggio 1882*, Siena, 1882.

⁴² La piena emersione del concetto di persona giuridica di diritto civile è, convenzionalmente, fatta coincidere con l'istituzione della società anonima Compagnia inglese delle Indie orientali il 31 dicembre 1600 (cfr. F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna, 1993, 76 ss.).

⁴³ Questo ramo della piramide concettuale della soggettività giuridica sarebbe destinato ad innalzarsi nell'ulteriore livello dei soggetti del diritto non umani, là dove si consolidasse la proposta teorica di ricorrere a tale categoria per spiegare le determinazioni applicabili al cospetto di attività compiute automaticamente da algoritmi (cfr. G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019, 109 ss.).

⁴⁴ In vero, la *Begriffsjurisprudenz* si adatta, soprattutto, al perseguimento di una precisa strategia politica di conservatorismo socioeconomico. Bisogna, infatti, rilevare

La sintonia con gli obiettivi della certezza e della neutralità delle decisioni è stata ricercata in un successivo stadio evolutivo, quando il formalismo è stato declinato secondo i canoni della *dottrina pura del diritto* (*Reine Rechtslehre*)⁴⁵ e della teoria della fattispecie (*Tatbestand*)⁴⁶. Con un sistema delle fonti incentrato sul primato della legge, tali beni potevano essere effettivamente realizzati. Queste operazioni ermeneutiche, però, presentavano, comunque una controindicazione: quando per un'inadeguatezza della volontà delle Assemblee legislative o un mutamento del contesto socioeconomico la legge esprimeva valutazioni inique, esse portavano a sacrificare l'ideale della Giustizia (secondo i noti aforismi latini «*summum jus, summa injuria*» e «*dura lex, sed lex*»)⁴⁷.

Nel contesto attuale il sistema delle fonti, avendo assunto carattere *multilevel*, spesso preclude al metodo della (sussunzione nella) fattispecie di assicurare alcuna prevedibilità della decisione. Emblematico è il caso delle prestazioni spettanti all'agente non iscritto all'albo: per la legge italiana egli non aveva diritto alla provvigione (comb. disp. artt. 4, l. 9 maggio 1985, n. 204 e 1418, comma 1, c.c.); per il diritto comunitario egli era legittimato ad azionare la pretesa alla provvigione⁴⁸. In questo caso, essendo il fatto sussumibile in entrambe le discipline, il formalismo non garantiva alcuna prevedibilità della decisione. Il quadro, poi, si potrebbe ulteriormente complicare, se (come è verosimile) un'*Authority* intervenisse a fissare un

che, sulla falsariga dei processi evolucionistici, i concetti vecchi (*i.e.* i ragionamenti applicativi espressione di consolidati rapporti di forza tra classi sociali e individui) tendono a resistere e conservarsi (sia pure in ambito ridotto/con minor spazio vitale) rispetto all'affermazione dei concetti innovativi (*i.e.* le tecniche decisorie in grado di attuare i rapporti di forza in via di affermazione tra classi sociali e individui). Così, ad esempio, il criterio che soltanto i maschi cittadini adulti sono titolari di diritti si conserva, sfumando, prima, nel concetto che questi soggetti sono i principali titolari di diritti e, poi, in quello che anche questi soggetti sono titolari di diritti.

⁴⁵ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig/Wien, 1934.

⁴⁶ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corr. 2ª ed., Napoli, 1994 (rist. anast. Torino, 1950), 8, nt. 2, il quale sottolinea che una simile nozione «venne da noi introdotta nella prima edizione del nostro corso di "Istituz. di dir. rom.", § 45; poi è divenuta di uso comune».

⁴⁷ Sia pure in diversa ottica, anche F. RICCI, *Potere "normativo" dei privati, clausole generali, e disciplina dei contratti*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., 602, riconosce che l'approccio che si rifà al c.d. metodo tecnico-giuridico comporti il «sacrificio di una effettiva attuazione dei valori incorporati dalle norme, che la rigidità della norma impedisce di adattare alle variabili contingenze del caso concreto».

⁴⁸ Corte di Giustizia CE, 30 aprile 1988 (Bellone c. Yokohama s.p.a.), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0215>, con riferimento alla Direttiva CEE del 18 febbraio 1986, n. 653, nel periodo antecedente al recepimento.

ulteriore criterio di giudizio, come l'esistenza di un diritto ad una provvigione parzialmente ridotta, ecc.

Di là dai casi di conflitti tra norme "eterologhe" (i.e. dettate da fonti distinte), soprattutto, l'esigenza di impedire la conclamata ingiustizia delle decisioni giudiziali, ha costretto il metodo formalistico ad adattarsi. Una simile impostazione predica la vigenza degli impianti decisorii sottesi alle categorie "avalutative" della tradizione dogmatica, ma è disposta, nei "casi-limite", a riconoscere la giustiziabilità di pretese incompatibili con esse per evitare delle iniquità del tutto anacronistiche secondo l'argomento che «l'eccezione conferma la regola»⁴⁹. In questo modo, però, si accentua (anziché affievolirsi) il grado d'imprevedibilità e di discrezionalità delle decisioni.

Nel dibattito epistemologico in corso⁵⁰, pertanto, stanno affiorando delle innovative considerazioni per preferire il ricorso all'argomentazione assiologico-teleologica: paradossalmente (rispetto ai rilievi tradizionali) risulta sensato affermare che una simile impostazione metodologica – oltre ad assecondare il crescente bisogno di Giustizia delle decisioni – abbia un miglior esito proprio rispetto alle questioni della «certezza del diritto» e della «imparzialità della sua applicazione». Bisogna premettere che – come ha magistralmente dimostrato, in maniera controintuitiva, autorevolissima dottrina – nell'attuale esperienza giuridica, da un lato, il bene della «certezza del diritto» non può essere perseguito in senso di assoluta prevedibilità delle decisioni, assicurando una meccanicistica predeterminazione delle stesse. Dall'altro, un simile cardine della convivenza civile è attuabile in termini di «ragionevole prevedibilità delle decisioni», predisponendo la loro conformità ad un quadro di valori riconosciuto⁵¹. In quest'ottica, nella

⁴⁹ Una simile impostazione è stata esplicitata, soprattutto, in un'ottica giuspenalistica e gius-pubblicistica; cfr.: G. FORNASARI, *Antinomie giuridiche, norme di civiltà e l'ideologia dell'eccezione*, in S. BONINI – L. BUSATTA – I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto*, Trento, 2015, 417 ss.; C. CASONATO, *Eccezione e regola: definizioni, fisiologie e patologie, responsabilità*, *ibidem*, 423 ss. In una prospettiva di teoria generale, C. NITSCH, *La regola e l'eccezione. Su defettibilità, ambiguità e vaghezza delle norme giuridiche*, in R. BRIGHI – S. ZULLO (a cura di), *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica*, Ariccia, 2015, 341 ss.

⁵⁰ Sollecitato tra i civilisti dalle acute provocazioni intellettuali di: N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 987 ss.; ID. *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, *passim*.

⁵¹ Cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2015, 2, 55 ss. Bisogna, però rimarcare una *nuance* distintiva: secondo l'impostazione del «realismo giuridico» è corretto muovere i ragionamenti applicativi dal quadro dei valori condivisi dalla c.d. «comunità interpretativa», vale a dire dall'aggregato degli operatori teorici e pratici del diritto condividenti la cultura giuridica imperante in un certo momento storico (diffusamente, N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti*

moderna esperienza giuridica, la verificabilità *a posteriori* della conformità delle decisioni giudiziali agli obiettivi di politica sociale ed economica perseguiti dall'ordinamento risulta una condizione essenziale, là dove s'intenda perseguire il bene della «certezza del diritto». Al contempo, pur essendo esclusa *ex ante* la neutralità ideologica delle decisioni, è sempre praticabile *ex post* un controllo della loro conformità alla tavola dei valori recepita dalle manifestazioni della volontà sovrana delle istituzioni politiche espresse dal potere costituente.

Fissata una siffatta premessa teorica, nell'attuale esperienza giuridica si rivela preferibile il ricorso al metodo scientifico dell'applicazione del diritto (prevalentemente per) principi (non tecnici, ma) sostanziali, il quale consiste nel motivare la giustiziabilità di determinate pretese utilitaristiche mediante un'analisi degli interessi, coinvolti nella controversia intersoggettiva, condotta alla luce della gerarchia dei valori dell'ordinamento⁵². In questo modo, come si è visto, essendo verificabili i fondamenti assiologici e teleologici della decisione, si conseguono, per quanto attualmente possibile, anche i beni della certezza del diritto e dell'imparzialità della sua applicazione.

integrate del diritto, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1158 ss.); a parere di chi scrive, seguendo la Scuola di pensiero del «positivismo etico» (obbligato è il riferimento a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, 4ª ed., cit., *passim*, ma spec. 78 ss. e 249 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., cit., *passim*, ma spec. 192 ss.), è opportuno adeguare le decisioni operative alla tavola di valori delineata dai patti fondativi della convivenza civile (e cioè, principalmente, Costituzione, CEDU, Carta dei diritti fondamentali UE).

⁵² Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, 4ª ed., cit., 78 ss. e 249 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., cit., 192 ss., spec. 194. Una simile ricostruzione scientifica non ha un semplice valore descrittivo, ma può essere richiamata anche per motivare la valenza di specifiche situazioni soggettive. Premesso che «la gerarchia tra norme cede, in ragione del principio di legalità, dinanzi alla gerarchia assiologica», è stato plasmato l'impianto valutativo secondo cui, a determinate condizioni, la disciplina proveniente da una fonte gerarchicamente inferiore può essere reputata efficace a preferenza delle soluzioni ordinarie predisposte da una fonte di grado superiore. In detta prospettiva, è corretto ritenere che, «se, ad esempio, un regolamento governativo garantisce la tutela della persona in misura maggiore rispetto ad una legge statale o regionale (gerarchicamente sovraordinate), è comunque il primo a dover trovare applicazione» (v. P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 195). Altra impostazione, invece, ritiene, da un lato, che la gerarchia delle fonti permanga in forma rigida nei conflitti tra fonti nazionali, dall'altro, che non si presenti più alcun vincolo gerarchico rispetto al ricorso a fonti «esterne» alla sovranità nazionale, *i.e.* sovranazionali, internazionali o *extra ordinem* (così, F. BRAVO, *o.c.*, 1357, spec. nota 33).

Tirando le fila del discorso, la spiegazione dell'atteggiamento prudenziale dei giudici nei confronti della *Drittwirkung* del principio di sussidiarietà, pertanto, non discende affatto da un'avversione, insita nella cultura giuridica, per l'applicazione diretta dei principi. Essa, piuttosto, deve essere individuata nel "peccato originale" della formula: la patina "buonista", assunta all'origine del concepimento del principio di sussidiarietà, spesso finisce per occultare o frenare la valenza decisoria "demiurgica" potenzialmente sprigionata dalla formula.

Abstract

THE ROLE OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN EXPANDING FREEDOM OF CONTRACT

La formula della sussidiarietà può essere impiegata per legittimare la decisione della vincolatività di autoregolamenti strumentali al perseguimento d'interessi superindividuali. In tale prospettiva, l'autonomia contrattuale risulta estesa alle seguenti nuove figure: "contratti sostitutivi di provvedimenti amministrativi"; "contratti alternativi a provvedimenti giurisdizionali"; "contratti fonte del diritto".

The precept "according to the principle of subsidiarity" can be used to justify the enforceability of self-regulatory acts concerning superindividual interests. In such perspective freedom of contract is extended to new forms, namely: «contracts substitutive of administrative measures»; «contracts alternative to judicial settlements»; «contracts sources of legal rules».

LA SORTE DEI GIUDIZI PENDENTI AL MOMENTO DELL'APERTURA DI UNA PROCEDURA DI LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO¹

LAURA BACCAGLINI
*Professore associato
nell'Università di Trento*

SOMMARIO: 1. Premesse di indagine. – 2. L'assimilazione della liquidazione del patrimonio al fallimento, per struttura e funzione. – 3. Liti attive pendenti, perdita di legittimazione del sovraindebitato ed interruzione del processo. – 4. L'improcedibilità delle liti passive. – 5. L'esercizio delle azioni revocatorie da parte del liquidatore.

1. – La legge 18 dicembre 2020, n. 176, di conversione del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137 (c.d. Decreto Ristori), ha modificato la disciplina delle procedure da sovraindebitamento. La crisi economica, conseguente al protrarsi della situazione di emergenza sanitaria, ha indotto il legislatore ad anticipare l'entrata in vigore di alcune disposizioni del Codice della Crisi (d'ora in poi CCII), dedicate al sovraindebitamento, incidendo direttamente sul testo della legge n. 3/2012.

Rispetto alla procedura di liquidazione del patrimonio, che costituisce una delle procedure concorsuali destinate ai soggetti non fallibili, la recente riforma ha modificato l'art. 14-*decies*, relativo alle azioni del liquidatore.

Questa norma, nel suo tenore originario, si limitava a prevedere che il liquidatore potesse esercitare ogni azione prevista dalla legge, finalizzata al recupero dei beni compresi nel patrimonio del sovraindebitato o comunque relativa all'attività di amministrazione di quel patrimonio.

Il novellato art. 14-*decies* l. n. 3/2012, nel riprendere alla lettera il testo dell'art. 274 CCII, si arricchisce di contenuti. Il primo comma conferma la legittimazione del liquidatore ad instaurare (ma anche a proseguire) qualsiasi controversia diretta alla restituzione o alla rivendicazione di un bene del sovraindebitato o al recupero di un credito di costui. Il riferimento è qui alle c.d. liti attive, per impiegare una terminologia invalsa tra gli studiosi del fallimento.

Il nuovo secondo comma dell'art. 14-*decies* aggiunge che il liquidatore può esercitare o, se pendenti, proseguire anche le azioni dirette a rendere

¹ Lo scritto riproduce il contenuto della relazione tenuta in occasione del Seminario dal titolo "La nuova disciplina in materia di sovraindebitamento. Questioni di Diritto concorsuale", organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Trento, il 18 marzo 2021.

inefficaci gli atti di disposizione compiuti dal sovraindebitato sul proprio patrimonio, in pregiudizio dei creditori. La norma fuga così ogni dubbio circa il potere del liquidatore di promuovere l'azione revocatoria ordinaria, *ex art. 2901 c.c.*, o di far propria l'azione promossa dal singolo creditore, prima dell'apertura della procedura di liquidazione.

Infine, con l'aggiunta dell'ultimo comma all'art. 14-*decies*, si è chiarito che l'esercizio di queste azioni da parte del liquidatore è subordinato alla preventiva autorizzazione del giudice della procedura, da concedersi ogni qual volta si tratti di iniziative giudiziali utili ad incrementare la massa attiva.

Muovendo dalle novità introdotte, si intende qui verificare quali conseguenze processuali l'intervenuta legittimazione processuale del liquidatore provochi nelle liti in corso alla data di apertura della liquidazione del patrimonio.

L'indagine non riguarda solo i giudizi che il sovraindebitato abbia instaurato, prima dell'apertura della procedura, per rivendicare un bene o per recuperare un proprio credito (ai quali l'art. 14-*decies* espressamente si riferisce), ma si estende anche ad altri tipi di controversie: sia quelle già promosse contro il sovraindebitato per rivendicare un bene contro costui, o per ottenerne condanna al pagamento di un credito (liti c.d. passive), sia l'azione revocatoria ordinaria, *ex art. 2901 c.c.*, sorpresa *in itinere* al momento dell'apertura della liquidazione del patrimonio.

2. – La scelta del legislatore di introdurre una norma relativa all'esercizio delle azioni di cognizione, quando ad essere aperta sia la (sola) procedura di liquidazione del patrimonio, ha certamente una valenza sistematica.

Il silenzio serbato rispetto all'accordo e al piano del consumatore si spiega in ragione della diversa natura che queste procedure rivestono. Esse hanno un carattere negoziale, si fondano su un accordo tra il debitore e i creditori ed è certo che, per esse, l'effetto di spossessamento del debitore non operi, al pari di quanto accade per le omologhe procedure concorsuali c.d. maggiori: il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione. Il debitore rimane nella disponibilità del proprio patrimonio (pur potendo compiere solo atti di ordinaria amministrazione) e dunque mantiene la legittimazione processuale nei giudizi di cognizione².

Un discorso diverso merita, invece, la liquidazione del patrimonio, che è procedura schiettamente giudiziaria, dotata di una finalità esclusivamente liquidatoria, il cui riferimento più prossimo è costituito dall'attuale

² A. CARON, *L'omologazione dell'accordo e del piano*, in F. DI MARZIO – F. MACARIO – G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2013, 49-51.

fallimento (un domani, liquidazione giudiziale). La liquidazione del patrimonio, infatti, non presuppone alcun accordo tra creditori e debitore in ordine all'attuazione del principio della responsabilità patrimoniale, che dunque avviene secondo i canoni della *par condicio creditorum*³. Si tratta di una procedura dotata di attitudine universale, perché abbraccia la generalità dei creditori ed è tendenzialmente comprensiva dell'intero patrimonio del debitore, la cui amministrazione viene affidata ad un soggetto terzo (il liquidatore) e che viene sterilizzato tanto rispetto ai poteri dispositivi del debitore, quanto nei confronti delle iniziative esecutive dei creditori⁴.

Nonostante la contiguità con la procedura fallimentare, la liquidazione si discosta da questa per alcuni profili. Così è, ad esempio, rispetto alla declinazione del presupposto oggettivo, giacché lo stato di sovraindebitamento non presuppone necessariamente lo stato di insolvenza del debitore, poiché ricorre quando costui versi anche solo in uno stato di crisi⁵. Inoltre, diversamente dal fallimento, l'avvio della liquidazione è rimesso alla libera volontà del sovraindebitato.

³ D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto "oggettivamente" concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 765; S. LEUZZI, *La liquidazione del patrimonio dei soggetti sovraindebitati fra presente e futuro*, in *www.ilcaso.it*, 9 marzo 2019, 11; E. FRASCAROLI SANTI, *Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in F. VASSALLI – F.P. LUISO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, 579; M. FABIANI, *La regola della par condicio creditorum all'estero di una procedura di concorso*, in *Il fall.*, 2020, 335-336; S. GIAVARRINI, *Profili della liquidazione del patrimonio nella l. n. 3/2012*, Padova, 2018, 38 ss.; F. MICHELOTTI, *Osservazioni in tema di procedure di sovraindebitamento di cui alla L. n. 3/2012 e succ. mod. e integr.*, in *Il fall.*, 2015, 1229.

⁴ F. DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in F. DI MARZIO – F. MACARIO – G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 14; L. PANZANI, *Speciale Decreto Sviluppo-Bis. La nuova disciplina del sovraindebitamento dopo il d.l. 18 ottobre 2012*, n. 179, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, 4; A. GUIOTTO, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, in *Il fall.*, 2012, 1285 ss.; P. BOSTICCO, *L'alternativa liquidatoria*, in I. ARCURI – P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovraindebitamento*, Milano, 2013, 225; S. PACCHI, *I procedimenti concorsuali per la crisi da sovraindebitamento*, in A. CAIAFA – S. ROMEO (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, III, Milano, 2014, 737 nt. 147; S. LEUZZI, *La liquidazione*, cit., 11; L. PANZANI, *L'esdebitazione e la disciplina del sovraindebitamento*, in A. JORIO – B. SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, III, Milano, 2014, 723; M. CAMPOBASSO, *Dalla procedura di "liquidazione del patrimonio" alla "liquidazione controllata" del sovraindebitato*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Studi in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 142, nt. 12.

⁵ S. MASTURZI, voce *Sovraindebitamento (procedure di composizione da)*, in *Dig. disc. priv. (sez. comm.)*. Agg., Torino, 2015, 523; F. MACARIO, *Introduzione*, cit., 15; V. PICCININI, *Il sovraindebitamento del debitore civile (il fallimento del consumatore)*, in O. CAGNASSO – L. PANZANI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedura concorsuali*, III, Torino, 2016, 3812.

Proprio quest'ultima peculiarità ha fatto discutere gli interpreti, all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 3/2012: da un lato, si è dubitato che una procedura, la cui apertura può essere provocata, di regola, dall'interessato, possa qualificarsi come "coatta", al pari del fallimento⁶. Dall'altro lato, il profilo relativo alla legittimazione attiva ha indotto, addirittura, una parte degli interpreti ad attribuire alla liquidazione del patrimonio un carattere premiale, posto che di essa potrebbe beneficiare solo il debitore meritevole ma sfortunato.

Si tratta di affermazioni non condivisibili.

Anzitutto, giova chiarire che il (presunto) potere di disposizione della procedura, da parte del sovraindebitato, lungi dall'apprezzarsi sul piano degli effetti che esso provoca, resta circoscritto alla sola fase di avvio. Ciò che il debitore può scegliere è solo se promuovere o non promuovere l'apertura della liquidazione, la quale, però, una volta avviata, non può essere rinunciabile⁷. In ogni caso, la legittimazione attiva del debitore, che pur rappresenta la regola, non è esclusiva. Infatti (ancorché allo stato in casi circoscritti), anche i creditori possono domandare l'apertura della liquidazione, precisamente là dove le procedure negoziali (di accordo o di piano del consumatore) non siano giunte al loro esito fisiologico (per annullamento o risoluzione del primo – art. 14, commi 1 e 2, ovvero per cessazione degli effetti civili del secondo, art. 11, comma 5, l. n. 3/2012)⁸.

Già questa circostanza smentisce la finalità premiale della liquidazione del patrimonio. Se, infatti, la procedura rispondesse a questa logica, allora – per assurdo – sarebbe più conveniente per il debitore una risoluzione

⁶ D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto "oggettivamente" concorsuale*, cit., 765.

⁷ In questi termini, condivisibilmente, Trib. Venezia, 11 ottobre 2016, in *www.ilfallimentarista.it*, con nota di F. VALERINI, *La domanda di liquidazione dei beni è irrinunciabile*, e Trib. Treviso, 22 giugno 2017, in *Banca dati Dejure*; da ultimo, Trib. Lecco, 3 febbraio 2021, in *www.dirittodellacrisi.it*.

⁸ In argomento L. BALESTRA, *Annullamento e risoluzione dell'accordo sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 593 ss.; F. MICHELOTTI, *Osservazioni in tema di procedure di sovraindebitamento*, cit., 1226. Il CCII ha comunque opportunamente inciso sul profilo relativo alla legittimazione all'apertura della procedura, attribuendola anche senza limitazioni, ai creditori, pur quando siano pendenti azioni esecutive individuali, e al pubblico ministero, qualora il sovraindebitato sia un imprenditore sotto soglia (art. 268, comma 2, CCII). In arg. F. LAMANNA, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (IV)*, Milano, 2019, 56; A. NAPOLITANO, *La liquidazione controllata del sovraindebitato e l'esdebitazione*, in AA.VV., *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 238.

dell'accordo o del piano del consumatore con colpa, rispetto alla alternativa "incolpevole" che non consente il passaggio dall'una all'altra procedura⁹.

Né a me pare che la (presunta) finalità premiale della liquidazione trovi conferma nella "assenza del compimento di atti in frode ai creditori" che, stando alla lettera dell'art. 14-*quinquies* l. n. 3/2012, il giudice è tenuto a vagliare all'atto di apertura della procedura.

Vero è che, proprio muovendo dall'infelice collocazione topografica di questo presupposto, molta parte degli interpreti è giunta a ritenere che l'esistenza di atti in frode in danno ai creditori precluda l'accoglimento della domanda del debitore, marcando così il carattere premiale della liquidazione¹⁰. Ancora una volta la conclusione appare poco ragionevole, perché – a tacer d'altro – si dubita che il pregiudizio, per effetto della mancata apertura della liquidazione, gravi davvero proprio (e solo) sul debitore, non già sui suoi creditori, costretti all'avvio di (o all'intervento nelle) singole azioni esecutive individuali¹¹.

Semmai, se di premialità si vuol parlare, appare più corretto riferirsi alla esdebitazione, prevista dall'art. 14-*terdecies* l. n. 3/2012 quale effetto di inesigibilità dei crediti rimasti insoddisfatti dopo i riparti concorsuali, di cui il debitore può giovare una volta chiusa la procedura. Per come ricostruita dalla l. n. 3/2012, la liberazione dai debiti residui è effetto destinato a prodursi solo al ricorrere di presupposti che permettano di qualificare come

⁹ D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore*, cit., 777; L. D'ORAZIO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il fall.*, 2019, 708; V. BARONCINI, *Apertura della procedura di liquidazione del patrimonio e atti in frode ai creditori*, nota a Trib. Lecco, 28 giugno 2018, in *Giur. it.*, 2019, 580.

¹⁰ Trib. Milano, 18 novembre 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Prato, 28 settembre 2016, *ivi*; Trib. Verona, 9 maggio 2018, *ivi.*; in dottrina, D. MANENTE, *Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili. Introduzione alla disciplina della l. 27 gennaio 2012, n. 3, dopo il c.d. "Decreto Crescita-bis"*, in *Dir. fall.*, 2013, 595; F. VALERINI, *Sovraindebitamento: accesso alla procedura in presenza di atti in frode*, in *www.ilfallimentarista.it*, 5; in senso dubitativo, invece, F. PASQUARIELLO, *Sub art. 14-quinquies*, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 2066.

Da ultimo, Trib. Monza, 1° febbraio 2021, in Banca dati *Dejure* il quale peraltro, a seguito dell'attribuzione al liquidatore dell'esercizio dell'azione revocatoria ex art. 2901 c.c., ritiene che i soli "atti in frode ai creditori" in grado di condizionare l'apertura della procedura, siano quelli compiuti in prossimità o in vista dell'apertura della liquidazione, ovvero quelli posti in essere successivamente alla data di deposito della relativa domanda. Per contro, secondo il tribunale, non costituirebbero un ostacolo all'apertura della liquidazione quegli atti che "pur non strumentalmente posti in essere in vista della procedura, siano comunque revocabili", potendo essi fatti oggetto di azione ex art. 2901 c.c. dal liquidatore. Si tratta di una distinzione opinabile, perché priva di qualsiasi riscontro nel dato positivo.

¹¹ FAB. DI GIROLAMO, *La liquidazione e l'esdebitazione*, in A. PISANI MASSAMORMILE (a cura di), *La crisi del soggetto non fallibile*, Torino, 2017, 125.

meritevole il beneficiario, tra i quali anche il mancato compimento di atti in frode ai creditori (art. 14-terdecies, comma 2, lett. b), che dunque soltanto in quest'ambito può rilevare¹².

3. – In disparte le peculiarità evidenziate, gli artt. 14-bis ss. l. n. 3/2012 delineano una procedura, le cui fasi ricalcano quelle del fallimento: a seguito della apertura, si assiste ad una fase di accertamento del passivo, ad una deputata alla liquidazione coattiva dell'intero patrimonio, strumentale alla successiva ripartizione dei creditori, prodromica alla chiusura¹³.

La tecnica legislativa impiegata per la disciplina della liquidazione del patrimonio non può certo considerarsi inappuntabile: il legislatore omette di prendere posizione su molti aspetti (tra i quali la sorte dei contratti pendenti, il termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura, l'ammissibilità di domande tardive, i criteri con cui operare il riparto dell'attivo, il rendiconto del curatore, le fattispecie di chiusura della procedura); al contempo, manca una norma di rinvio generale alla legge fallimentare, per quanto non espressamente indicato¹⁴. Il che grava l'interprete del compito delicato di stabilire se e fino a che punto la lacuna può colmarsi tramite il ricorso all'applicazione per analogia delle norme dettate per il fallimento¹⁵.

Ad ogni modo, è difficilmente negabile che la procedura di liquidazione comporti, al pari del fallimento, lo spossessamento del sovraindebitato, ovvero la perdita del potere di amministrare e disporre dei beni ricompresi nella procedura e, dunque, la sopravvenuta carenza della legittimazione a stare in giudizio nelle liti che abbiano ad oggetto quel patrimonio.

Né rileva il fatto che la l. n. 3/2012 non riproduca alla lettera il disposto degli artt. 42 e 44 l. fall., che privano il fallito del potere di amministrare e disporre del proprio patrimonio, rendendo inopponibili alla massa i pagamenti effettuati dal (o al) fallito, dopo la sentenza di fallimento. Non v'è

¹² L. D'ORAZIO, *Il sovraindebitamento*, loc. cit.; Trib. Lecco, 28 giugno 2018, cit.

¹³ V. PICCININI, *Il sovraindebitamento del debitore civile (il fallimento del consumatore)*, cit., 3816; E. FRASCAROLI SANTI, *Procedure di composizione della crisi*, cit., 580.

¹⁴ Un'omissione, questa, davvero criticata dagli interpreti già all'indomani della legge 3/2012 e che si pone in netta controtendenza con il passato, visto che il legislatore, rispetto ad altre procedure concorsuali maggiori – come la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria – ha sempre fatto ricorso alla tecnica del rinvio. In arg., D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio*, cit., 767; ma anche P. FARINA, *Le procedure concorsuali di cui alla legge n. 3 del 2012 e la (limitata) compatibilità con la legge fallimentare. Le problematiche della domanda e dell'automatic stay*, in *Dir. fall.*, 2017, 45 ss. (testo e nt. 9).

¹⁵ R. DONZELLI, *Prime riflessioni sui profili processuali delle nuove procedure concorsuali in materia di sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2013, 614.

dubbio, infatti, che anche nei confronti del debitore soggetto alla liquidazione del patrimonio operi lo spossessamento c.d. pieno, cui è assoggettato il debitore, contro il quale sia aperto il fallimento¹⁶.

Infatti, lo spossessamento del sovraindebitato è comunque ricavabile dalla lettura sistematica di una serie di indici normativi: la vocazione universalistica della procedura emerge, anzitutto, dall'art. 14-ter, comma 1, ove si prevede che il debitore possa chiedere "la liquidazione di tutti i suoi beni", al netto di quelli indicati nell'art. 14-ter, comma 6, l. n. 3/2012: norma, questa, che ricalca, sia pur con un diverso ambito oggettivo, la previsione contenuta nell'art. 46 l. fall. che indica quali beni debbano escludersi dalla procedura di liquidazione. A ciò si aggiunga quanto dispone l'art. 14-undecies che comprende nel patrimonio liquidabile anche i beni e i crediti sopravvenuti, con norma analoga all'art. 42, comma 2, l. fall.¹⁷ Un altro dato è ricavabile dall'art. 14-novies, comma 2, l. n. 3/2012 che attribuisce al liquidatore, nominato con il decreto di apertura della procedura, l'amministrazione dei beni che compongono il patrimonio del debitore (art. 14-novies, comma 2, l. n. 3/2012)¹⁸. L'art. 14-quinquies, comma 3, equipara gli effetti del decreto di apertura a quelli di un pignoramento: il debitore ne perde dunque la disponibilità. E qui l'assonanza con gli effetti che il fallimento provoca sul debitore è davvero forte¹⁹.

Nel fallimento, proprio perché l'amministrazione del patrimonio oggetto della procedura è affidata al curatore, la controversia pendente, che abbia per oggetto diritti compresi in quel patrimonio, non può proseguire

¹⁶ In senso conforme, da ultimo, Trib. Milano, 1 marzo 2021, in Banca dati *Dejure*; È qui evidente il dissenso nei confronti di chi, invece, discorre di spossessamento "attenuato": L. PANZANI, *L'esdebitazione e la disciplina del sovraindebitamento*, cit., 725; D. MANENTE, *Gli strumenti di regolazione delle crisi*, cit., 597; L. BOTTAI, *La liquidazione del patrimonio del debitore in sovraindebitamento*, in *www.ilfallimentarista.it*, 21 dicembre 2012, 3; v. pure F. CESARE, *Sovraindebitamento. La liquidazione del patrimonio*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2019, 5, secondo cui quello in esame andrebbe a configurarsi come spossessamento "diversamente" attenuato, a meno che, con quella locazione, non si intenda far riferimento, certo in maniera non del tutto appropriata, alla possibilità (ex art. 14-quinquies, comma 2, lett. e) che il debitore sia autorizzato dal giudice all'utilizzazione di alcuni suoi beni in corso di procedura.

¹⁷ Valorizzano l'identità di funzione di queste norme con quelle di cui agli artt. 42-44 l. fall.; FAB. DI GIROLAMO, *La liquidazione e l'esdebitazione*, cit., 130, nt. 36; D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio*, cit., 783 e 785; S. GIAVARRINI, *Profili della liquidazione del patrimonio*, cit., 225 ss.; M. CAMPOBASSO, *Dalla procedura di "liquidazione del patrimonio" alla "liquidazione controllata"*, cit., 142 ss.

¹⁸ Scorgono in questa previsione la conferma dello spossessamento del debitore nella liquidazione del patrimonio, S. PACCHI, *I procedimenti concorsuali per la crisi da sovraindebitamento*, cit., 746; F. PASQUARIELLO, *Sub art. 14-quinquies*, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 2067.

¹⁹ R. DONZELLI, *Prime riflessioni sui profili processuali*, cit., 627.

nei confronti del debitore. Alla perdita del potere di disporre sul piano sostanziale corrisponde quella della legittimazione processuale del debitore, ossia l'impossibilità di conservare o di assumere la capacità di stare in giudizio nelle liti che riguardano il patrimonio compreso nella procedura. L'assunto è espresso chiaramente dall'art. 43 l. fall., il cui comma 1 prevede che "nelle controversie anche in corso alla data di apertura della procedura sta in giudizio il curatore". Precisa poi il comma 3 che la dichiarazione di fallimento interrompe d'ufficio la controversia in corso, onde consentire la prosecuzione con il curatore.

Il richiamo espresso all'interruzione – oltretutto operante *ex lege* –, fuga ogni dubbio, a mio avviso, circa il fatto che il fallito perda la capacità di stare in giudizio nelle liti relative ai beni compresi nella massa fallimentare²⁰. Del resto, come osservato in dottrina, le previsioni contenute negli artt. 42 e 43 l. fall. sono perfettamente speculari: tutto ciò che è inibito sul fronte sostanziale non può che esserlo sul piano processuale²¹.

Il principio codificato dall'art. 43, comma 1, l. fall. è riprodotto nell'art. 14-*decies*, secondo cui il liquidatore, autorizzato dal giudice, esercita o se pendente prosegue ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti.

L'aggiunta introdotta all'art. 14-*decies*, nel testo uscito dalla Riforma di dicembre 2020, consolida l'idea che la legittimazione del liquidatore sia di tipo esclusivo perché precisa, senza peraltro che ve ne fosse reale bisogno, che il liquidatore può promuovere ovvero, *se pendenti*, *proseguire* le c.d. liti attive. Si tratta di una logica conseguenza dovuta allo spossessamento che colpisce il debitore²².

²⁰ In argomento, sia consentito rinviare a L. BACCAGLINI, *Arbitrato rituale e fallimento. Profili di interrelazione ed autonomi tra i due procedimenti*, Trento, 2018, 76 ss. anche per richiami di dottrina e giurisprudenza; di recente, per un'espressa opinione contraria, v. F. CAPPAI, *I rapporti processuali del fallito: riflessioni a margine della transizione in atto dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2021, 269 ss.

²¹ M. FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2017, 165.

²² In questi termini concludeva D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio*, cit., 785, già nella vigenza del vecchio art. 14-*decies*.

Per una lettura parzialmente diversa dell'art. 14-*decies*, nel testo previgente la riforma, v. però F. PASQUARIELLO, *Sub art. 14-*decies**, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 2072 la quale, valorizzando un'interpretazione letterale della norma, ritiene che la legittimazione esclusiva del liquidatore spetti soltanto rispetto alle liti introdotte *ex novo*; al contrario, nelle liti in corso persisterebbe la legittimazione del debitore, mancando qualsiasi richiamo nella l. n. 3/2012 all'art. 43 l. fall. Il CCII, come si dirà, prospetta un'opposta soluzione perché impone espressamente l'applicazione dell'art. 143 (che corrisponde all'attuale art. 43 l. fall.) anche nella liquidazione controllata (v. *infra* nel testo).

Proprio per questa ragione non convince quella diversa ricostruzione prospettata in dottrina, all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 3/2012, secondo cui l'art. 14-*decies* attribuirebbe al liquidatore una legittimazione processuale soltanto concorrente con quella del sovraindebitato, sicché nessuna interruzione subirebbe la lite in corso, ove peraltro il liquidatore potrebbe intervenire, spiegando un intervento parificabile a quello del p.m., *ex art. 72 c.p.c.*²³. Resterebbe da spiegare come sia possibile che il sovraindebitato non possa disporre dei suoi beni sul piano sostanziale ma lo possa fare in sede giudiziale.

La prosecuzione ad opera del liquidatore delle liti pendenti postula chiaramente un fenomeno di interruzione del processo, con tutto quello che ciò importa in termini di sopravvenuta perdita della capacità di stare in giudizio del debitore. L'art. 14-*decies* non chiarisce però in che modo l'interruzione abbia ad operare. In astratto, due sono le soluzioni che si contendono il campo: la prima comporterebbe l'applicazione in via analogica dell'art. 43, comma 3, l. fall. (e dunque l'interruzione automatica, dal giorno della pubblicazione del provvedimento di apertura, *ex art. 14-quinquies*); la seconda soluzione permetterebbe di invocare la disciplina contenuta negli artt. 299-300 c.p.c., che invece subordina l'arresto temporaneo del giudizio alla preventiva deduzione dell'evento in giudizio e dunque ad un provvedimento giudiziale di natura costitutiva (art. 300 c.p.c.).

La scelta dell'uno o dell'altro capo dell'alternativa non è priva di rilievo, posto che solo nel primo caso gli atti compiuti dopo l'evento interruttivo, pur quando non dedotto in giudizio, devono considerarsi radicalmente nulli; nel secondo caso, invece, la lite potrebbe proseguire e metter capo ad una pronuncia insuscettibile di produrre effetti solo nei confronti della procedura (ma efficace tra le parti in lite, sebbene – resta inteso – solo una volta che la procedura di sovraindebitamento si sia conclusa)²⁴.

Tra le due soluzioni, a me pare debba preferirsi l'applicazione per analogia, nella fattispecie, dell'art. 43, comma 3, l. fall. La c.d. lite in corso

²³ In questi termini, R. DONZELLI, *Prime riflessioni*, cit., 632, che intravede in capo al liquidatore una legittimazione straordinaria ad agire a carattere surrogatorio, tant'è vero che, rispetto a controversie non ancora instaurate, l'A. ritiene che nel giudizio sia necessaria anche la partecipazione del sovraindebitato, *arg. ex art. 2900 c.c.*, offrendo così una soluzione più prossima a quella propria del concordato preventivo con liquidazione dei beni. In *arg. v.* anche V. BARONCINI, *Inibitorie delle azioni dei creditori e automatic stay*, Torino, 2017, 43-44.

²⁴ Come, del resto, accadeva sovente prima che il d.lgs. 5/2006 intervenisse nel testo dell'art. 43, comma 3, l. fall. opportunamente precisando l'interruzione d'ufficio della controversia, in ragione dell'avvenuta declaratoria di insolvenza.

deve considerarsi interrotta d'ufficio, dal giorno in cui il decreto di apertura della liquidazione è stato pubblicato.

Le ragioni che motivano questa scelta sono più d'una: per un verso, la regola espressa dall'art. 43, comma 3, l. fall., lungi dal trovare applicazione nel solo fallimento, è estesa anche alle altre procedure concorsuali maggiori costruite sul paradigma del primo (come la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria, nelle cui discipline normative non è fatto parimenti richiamo espresso all'art. 43, comma 3, l. fall.)²⁵; per altro verso, la soluzione prospettata, che si richiama integralmente alla norma fallimentare, trova conferma nella scelta compiuta dal CCII che, con norma di rinvio contenuta nell'art. 270, comma 5, estende alla procedura di liquidazione del patrimonio l'applicazione, per quanto compatibile, dell'art. 143 CCII (previsione, questa, che corrisponde a quella contenuta nell'art. 43 l. fall.)²⁶.

Diversamente da quanto si legge in una recente pronuncia giurisprudenziale²⁷, a me sembra che l'art. 270 CCII, lungi dall'assumere una portata innovativa, rivesta una natura ricognitiva, esplicitando quanto può desumersi già oggi dai principi di carattere generale. Del resto, le novità che

²⁵ Così, quanto alla l.c.a. (e all'art. 200 l. fall.), M. STELLA, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d.lgs. 180/2015 e del d.lgs. 99/2017 c.d. "Banche venete"*, Roma, 2018, spec. 117 ss.; D. VATTERMOLI, Sub art. 200, in A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006, 1160; analoga conclusione si esprime rispetto all'art. 303 CCII che continua a non operare alcun richiamo all'art. 143 CCII (che riproduce quanto oggi prevede l'art. 43, comma 3, l. fall.): A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2021, 527.

²⁶ A questo proposito, si è osservato che il limite di compatibilità enunciato dall'art. 270 CCII trova ragione nel fatto che il debitore soggetto a liquidazione controllata non è soggetto attivo del reato di bancarotta, perciò potrebbe intervenire nei giudizi iniziati o proseguiti dal liquidatore solo se la legge prevede il suo intervento. A. NAPOLITANO, *La liquidazione controllata del sovraindebitato*, cit., 250.

²⁷ Il riferimento è qui a Trib. Verona, 13 gennaio 2020, cit. secondo il quale il rinvio all'art. 143 CCII (quale norma applicabile oltre che alla liquidazione giudiziale anche alla liquidazione controllata) non legittimerebbe di per sé, oggi, l'applicazione del corrispondente art. 43 l. fall. alla liquidazione del patrimonio. Nel concludere in questi termini, il tribunale muove dalla premessa che la procedura di liquidazione del patrimonio, oggi, non sia tale da comportare lo spossessamento del sovraindebitato, il quale rimarrebbe nella disponibilità dei propri beni e dunque manterrebbe la legittimazione processuale nelle liti di cognizione che riguardano il patrimonio assoggettato alla procedura. Tant'è vero che, sotto questo profilo, il Tribunale invoca l'applicazione analogica dell'art. 168 l. fall. A me pare che questa conclusione si fondi su una petizione di principio e sia al contrario smentita dal dato normativo. Il quale – come sopra evidenziato – sembra piuttosto orientato verso lo spossessamento pieno del debitore.

il CCII apporta alla disciplina della liquidazione del patrimonio non ne stravolgono né la funzione, né la struttura.

Piuttosto, merita evidenziarsi che con l'entrata in vigore del CCII – e con esso il nuovo art. 143 – il problema che l'art. 43, comma 3, l. fall. ha lasciato irrisolto, troverà finalmente soluzione. Mi riferisco qui all'individuazione del *dies a quo* dal quale decorre il termine per la riassunzione del processo interrotto.

L'art. 143 CCII – nel ribadire l'interruzione automatica del processo, a far data dalla sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale (o dal decreto che dà avvio alla liquidazione controllata) – dispone che il giudizio debba essere riassunto entro tre mesi dal giorno in cui il giudice dichiarerà l'evento in giudizio. La norma si lascia particolarmente apprezzare perché introduce un *dies a quo* unico e valido per entrambe le parti: sia quella *in bonis*, sia il curatore.

Al contrario, l'attuale art. 43, comma 3, l. fall. si limita a stabilire l'interruzione automatica del processo in corso per effetto della declaratoria di insolvenza, senza peraltro prendere posizione né sull'ampiezza del termine per la riassunzione, né sul momento a partire dal quale esso decorre. A questo proposito, non è stata affatto risolutiva l'applicazione analogica dell'art. 305 c.p.c.: è vero che la norma del codice di rito impone che la riassunzione della lite, entro tre mesi dall'evento interruttivo; è però altrettanto vero che, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale del 2010, il *dies a quo*, dal quale computare la decorrenza del termine, coincide con il momento in cui la parte interessata alla riassunzione abbia avuto conoscenza legale dell'evento²⁸.

Proprio la questione, quando debba considerarsi acquisita la conoscenza legale del fallimento, sia in capo alla parte *in bonis* sia in capo al curatore, ha dato adito negli anni alla fioritura di diversi indirizzi interpretativi in sede di legittimità²⁹, al punto da indurre la prima Sezione

²⁸ Corte Cost., 21 gennaio 2010, n. 17, in *Il fall.*, 2010, 532, con nota di L. GROPPOLI, *Interruzione, riassunzione e tutela di difesa del curatore*. Pronuncia provocata dall'ordinanza di rimessione del Trib. Biella, 5 marzo 2009, in *Il fall.*, 2009, 955, con nota di C. CONSOLO – R. MURONI, *Amministrazione straordinaria e termine a quo dell'interruzione del processo e per la sua riassunzione*. Una pronuncia, questa, che appare in linea con le conclusioni maturate dalla Consulta nei casi di morte o impedimento del procuratore e per morte o sopravvenuta incapacità della parte, prima della sua costituzione in giudizio. Corte Cost., 15 dicembre 1967, n. 139, in *Giur. cost.*, 1967, 1653, con nota di V. ANDRIOLI, *Riassunzione del processo civile a tempo indeterminato*; Corte Cost., 6 luglio 1971, in *Foro it.*, 1971, I, 2, 2117. In arg., M.F. GHIRGA, *Interruzione del processo*, Bologna, 2014, 312.

²⁹ Tanto con riguardo al momento di conoscenza legale della parte *in bonis*, quanto con riguardo all'individuazione di quel momento per il curatore. In arg. l'analisi di S. VINCRE, *Tutele e simmetrie nella riassunzione del giudizio interrotto ex art. 43, 3° comma, l. fall.*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 891.

della Cassazione, quanto meno rispetto alla posizione della controparte del fallito, a rimettere la questione alle Sezioni Unite, nell'ottobre 2020³⁰.

4. – Una riflessione di ordine diverso va svolta con riferimento alla sorte delle c.d. liti passive pendenti alla data di apertura della procedura di liquidazione.

Se, per effetto della perdita della legittimazione processuale del sovraindebitato, le liti attive si interrompono, salvo proseguire nel contraddittorio con il liquidatore, quelle passive invece sono destinate all'improcedibilità³¹.

La conclusione si ricava ancora una volta dall'applicazione analogica della disciplina del fallimento, dove l'improcedibilità costituisce conseguenza del concorso formale, declinato nei termini di esclusività del rito dell'accertamento del passivo. L'art. 52, comma 2, l. fall. dispone che il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito, sì che ogni credito vantato nei confronti di costui, così come ogni diritto reale o personale su bene mobile e immobile del fallito devono essere accertati secondo le norme che regolano la verifica del passivo. La norma richiamata, riprodotta un domani nell'art. 151 CCII, è destinata ad operare anche nella (futura) liquidazione controllata, per effetto del rinvio contenuto nell'art. 270, comma 5.

Allo stato, invece, nessun esplicito richiamo all'art. 52, comma 2, l. fall. si ritrova nella l. n. 3/2012, sebbene essa contenga disposizioni attuative del concorso formale, consacrato in quella norma: gli artt. 14-*sexies* e 14-*septies* prevedono, infatti, che il liquidatore, ricevuta la documentazione depositata dal debitore al momento della proposizione della domanda, verifichi l'elenco dei creditori e comunichi a costoro e ai titolari dei diritti reali e personali, su beni mobili o immobili del debitore, che possono partecipare alla procedura di liquidazione mediante invio, al liquidatore stesso, della relativa domanda.

Per la verità giova osservare che, nella liquidazione del patrimonio, la struttura dell'accertamento del passivo somiglia più a quella a quella che si ritrova nella liquidazione coatta amministrativa, che a quella designata per l'accertamento dei crediti nel fallimento³².

³⁰ Cass., ord. 12 ottobre 2020, n. 21961, in *Il fall.*, 2021, 326 con nota di M. MONTANARI, *I nodi irrisolti della riassunzione del processo interrotto per fallimento di una delle parti al vaglio delle Sezioni Unite* cui si rinvia anche per un'indagine sui singoli contrasti manifestati dalle Sezioni Semplici. V. anche G. P. CALIFANO, *Sul termine per la riassunzione della causa interrotta per il fallimento della parte*, in *www.judicium.it*.

³¹ D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione*, cit., 785.

³² F. LAMANNA, *Il nuovo Codice della crisi*, cit., 65.

L'attività di verifica del passivo, infatti, lungi dall'essere demandata ad un giudice in entrambi i gradi di merito, è affidata, in prima battuta, al liquidatore chiamato a predisporre un progetto di stato passivo in forza delle domande pervenute dai creditori, da sottoporre poi alle loro osservazioni. Solo là dove vengano formulate contestazioni che al liquidatore appaiano insuperabili, gli atti vengono rimessi al giudice, e si apre dunque una fase schiettamente giurisdizionale.

In questo senso, dunque, ricorre anche nella liquidazione del patrimonio quella c.d. "bifasicità pura" dell'accertamento del passivo che si ritrova anche nella liquidazione coatta amministrativa³³.

L'assenza di una natura giurisdizionale, quanto meno in capo alla prima fase che si svolge davanti al liquidatore, non è però circostanza che impedisce di applicare alla liquidazione del patrimonio gli stessi principi dettati per le liti passive in corso al momento della apertura del fallimento. Proprio gli esiti omologhi cui gli interpreti giungono rispetto alla liquidazione coatta amministrativa costituiscono un argomento che milita in questo senso³⁴.

È, dunque, da escludersi che la controversia promossa da un creditore contro il sovraindebitato, interrotta dalla apertura della procedura, possa essere riassunta nel contraddittorio con il liquidatore; essa, piuttosto, va dichiarata improcedibile³⁵.

³³ A. CASTIELLO – D'ANTONIO – G. FALCONE, *Le liquidazioni coatte amministrative*, in F. VASSALLI – F.P. LUISO – E. GABRIELLI (diretto da), *Le altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, 740; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 987.

³⁴ Per tutti, M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in A. JORIO – B. SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, III, cit., 656 ss.

³⁵ Così, condivisibilmente, Trib. Milano, 1° marzo 2021, cit., che pur prendendo atto del mancato richiamo, nella l. n. 3/2012, all'art. 52, 2° co., l. fall., ha ritenuto ammissibile l'applicazione dei principi sottesi a quella norma (quali l'esclusività del rito dell'accertamento del passivo e, dunque, l'improcedibilità dei giudizi sui crediti pendenti contro il sovraindebitato) alla liquidazione del patrimonio. Del resto – si legge nel provvedimento – non v'è dubbio che questa procedura costituisca una "costola del fallimento per soggetti non altrimenti sottoponibili a procedure concorsuali", sì che "il combinato disposto dell'art. 43 e dell'art. 52, comma 2, l. fall. sono chiave di lettura certa della disciplina adottata dal legislatore, se si vuole trovare nella legge (n. 3/2012: *ndr*) un minimo di coerenza".

Muovendo da queste premesse, il Tribunale ha escluso l'opponibilità alla procedura: a) del decreto ingiuntivo non ancora divenuto definitivo al momento dell'apertura della liquidazione; b) della ipoteca giudiziale, iscritta sui beni dell'ingiunto, per effetto della concessione della provvisoria esecutività del decreto, in pendenza dell'opposizione ex art. 645 c.p.c.

In termini diametralmente opposti, Trib. Verona, 13 gennaio 2020, cit. Anche in quel caso si trattava di giudicare dell'ammissione al passivo di un credito assistito da ipoteca iscritta in forza di un decreto ingiuntivo, ottenuto contro il sovraindebitato

Ove, peraltro, il creditore risulti tale in forza di una sentenza non ancora passata in giudicato, nulla dovrebbe impedire al liquidatore di impugnare la sentenza, ammettendo con riserva quel credito. L'art. 96, comma 2, n. 3 non è espressamente richiamato (né qui, né nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa). Non vedo peraltro ragioni per rassegnare in tema di liquidazione del patrimonio una soluzione diversa da quella che opera nel caso della liquidazione coatta amministrativa dove l'ammissione condizionata è concessa³⁶.

quando ancora *in bonis*, ma reso esecutivo in sede di opposizione *ex art. 645 c.p.c.*, dopo l'apertura della liquidazione del patrimonio.

Nel progetto di stato passivo, il liquidatore aveva concluso per l'ammissione al chirografo di quel credito proprio invocando gli artt. 43 e 52, comma 2, l. fall.: dando seguito all'interpretazione diffusa e condivisa dagli interpreti che, nel fallimento, escludono che il decreto ingiuntivo possa essere parificato ad una sentenza, ai fini dell'applicazione dell'art. 96, comma 2, n. 3 l. fall., si era ritenuta improcedibile l'opposizione a decreto ingiuntivo. Per questa ragione, il liquidatore aveva considerato inopponibili alla massa sia il decreto ingiuntivo sia l'ipoteca che, in forza di esso, era stata iscritta sui beni del sovraindebitato. Di contrario avviso si è mostrato, invece, il Tribunale, adito *ex art. 14-octies*. Egli, infatti, ha riconosciuto fondata la contestazione al progetto di stato passivo formulata dal creditore; ha ritenuto perseguibile il giudizio *ex art. 645 c.p.c.* nel contraddittorio con il sovraindebitato, e ha ammesso con riserva il credito con prelazione, nell'attesa di conoscere gli esiti dell'opposizione.

La conclusione del Tribunale poggia sulla convinzione che gli artt. 43 e 52, comma 2, l. fall. siano norme eccezionali, non suscettibili di applicazione analogica nella liquidazione del patrimonio: il sovraindebitato, dunque, non perde la capacità di stare in giudizio né divengono improcedibili le liti passive pendenti. In aggiunta, si esclude abbia rilievo la scelta operata dal CCII (che, invece, ai principi contenuti in quelle norme si richiama), perché ritenuta innovativa rispetto alla normativa vigente. Il Tribunale ha, pertanto, concluso per l'ammissione al passivo di quel credito con riserva, nell'attesa di conoscere gli esiti dell'opposizione a decreto ingiuntivo. Del resto – si legge nel decreto – gli effetti della liquidazione del patrimonio, quanto al debitore, devono parificarsi a quelli che importa un concordato preventivo (dove, come noto, i giudizi di cognizione non si interrompono perché il debitore concordatario non subisce alcun spossessamento).

La pronuncia appare criticabile non solo per l'esito cui perviene (posto che finisce per rendere opponibile alla massa una causa legittima di prelazione sorta dopo l'apertura della liquidazione), ma anche per l'intima contraddizione degli argomenti che invoca. Infatti, da un lato, si nega l'operare degli artt. 43, 52 l. fall., ritenendo decisivo il silenzio della l. n. 3/2012 sul punto; dall'altro lato, però, si ammette l'applicazione di una norma (l'art. 96, comma 2, n. 3, l. fall.) che non solo non è richiamata nella l. n. 3/2012, al pari delle prime, ma che oltretutto, nel fallimento, si atteggia a deroga parziale del principio del concorso formale, la cui applicazione qui si pretenderebbe di negare.

³⁶ M. FABIANI, *La tutela dei crediti nelle procedure concorsuali*, cit., 660; G. D'ATTORRE, sub art. 209, in A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, cit., 1191 ss.; M. MONTANARI, *Arbitrato e procedure concorsuali*

5. – La l. n. 176/2020 ha inserito all'art. 14-*decies* il comma 2, chiarendo che il liquidatore può esercitare o proseguire le azioni dirette a fare dichiarare inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori, secondo le norme contenute nel codice civile.

Il chiaro riferimento all'azione revocatoria *ex art.* 2901 c.c. si lascia apprezzare perché pone fine ad un dibattito apertosi all'indomani della entrata in vigore della l. n. 3/2012.

Il tenore originario dell'art. 14-*decies* si limitava a stabilire che il liquidatore poteva esercitare tutte le azioni finalizzate a far conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio da liquidare.

Pacifica l'improponibilità dell'azione revocatoria fallimentare, ad una parte della dottrina la formula era parsa sufficientemente ampia da ricomprendere nel novero di queste azioni, oltre a quelle di schietta titolarità del sovraindebitato, anche l'azione revocatoria ordinaria *ex art.* 2901 c.c.³⁷ ed in generale tutte le iniziative giudiziali che mirano ad un effetto revocatorio, come l'azione *ex art.* 2929-*bis* c.c.³⁸.

Si trattava però di una conclusione non così partecipata: v'era chi ne dubitava proprio in ragione di una esplicita previsione in tal senso³⁹ e chi, addirittura, leggeva il silenzio del legislatore come volontà di sottrarre un siffatto potere al liquidatore, posto che l'eventuale sussistenza di atti in frode ai creditori avrebbe rappresentato fatto impeditivo all'apertura della liquidazione⁴⁰.

Né l'uno, né l'altro argomento apparivano però insuperabili. Certamente non il primo, giacché la formula impiegata dal legislatore (che

amministrare, in AA.Vv., *Procedure concorsuali e arbitrato*, Torino, 2020, 236 ss. anche per altri richiami di dottrina.

³⁷ D. VATTERMOLI, *La liquidazione del patrimonio*, cit., 788; F. PASQUARIELLO, *Sub art. 14-*decies**, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 2072; F. CESARE, *Sovraindebitamento. La liquidazione del patrimonio*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2019, 7; V. BARONCINI, *Apertura della procedura di liquidazione del patrimonio*, cit., 581; A. NAPOLITANO, *La liquidazione del patrimonio e la liquidazione controllata. Tra vecchia disciplina e normativa riformata*, in AA.Vv., *Sovraindebitamento del consumatore e crisi di impresa*, Milano, 2021, 217; V. ZANICHELLI, *Il corposo restyling della disciplina del sovraindebitamento*, in *Il fall.*, 2021, 457, secondo cui peraltro l'impossibilità di revocare un pagamento scaduto, per effetto della mancata operatività dell'art. 67 l. fall., rende ristretto il concreto ambito di applicazione della revocatoria ordinaria, circoscritta alle sole garanzie e cessioni.

³⁸ S. DE MATTEIS, *La liquidazione controllata nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2021, 376.

³⁹ L. PANZANI, *Speciale Decreto Sviluppo-Bis*, in *www.ilfallimentarista.it*, cit., 18; D. MANENTE, *Gli strumenti di regolazione della crisi*, cit., 587; F. CESARE, *Sovraindebitamento: Liquidazione del patrimonio*, *ivi*, 5-6.

⁴⁰ Trib. Lecco, 6 novembre 2018, in *Giur. it.*, 2019, 575.

testualmente si riferiva alle azioni finalizzate a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio liquidabile, era sufficientemente ampia per ricomprendervi anche l'azione revocatoria ordinaria); parimenti, non appariva dirimente il secondo argomento, se, come sopra osservato, la conversione delle procedure negoziali in procedura liquidatoria può avvenire per effetto del riscontrato compimento da parte del debitore di atti in frode. Il che, dunque, dimostra come il compimento da parte del debitore di atti pregiudizievoli alla massa non possa impedire l'apertura della procedura. Priva di fondamento, dunque, è l'affermazione che il liquidatore sarebbe privato del potere di agire in revocatoria perché non vi sarebbero atti da revocare.

Del resto, anche a voler ragionare diversamente (e dunque anche a voler concedere che l'assenza di questo presupposto costituisca requisito di accesso alla liquidazione)⁴¹, l'attribuzione al liquidatore del potere di agire *ex art. 2901 c.c.* potrebbe fungere da meccanismo di recupero rispetto ad operazioni sfuggite al controllo giudiziale in sede di apertura della procedura⁴².

Nell'espresso conferimento di siffatto potere, *ex art. comma 2 dell'art. 14-decies*, la più recente giurisprudenza ha scorto l'implicita irrilevanza del requisito degli atti in frode, quale presupposto di accesso alla liquidazione del patrimonio e dunque un'implicita abrogazione *in parte qua* dell'art. 14-*quinqüies*⁴³. Una soluzione, questa, destinata a trovare conferma con l'entrata in vigore del CCII, il quale, nel disciplinare la fase di apertura della liquidazione, omette qualsiasi richiamo agli atti pregiudizievoli, compiuti in danno ai creditori.

Al pari di quanto accade per le azioni di spettanza del sovraindebitato, che il liquidatore ritrova nel patrimonio assoggettabile alla procedura, l'art. 14-*decies*, comma 2, legittima il liquidatore non solo a promuovere nuove azioni revocatorie ordinarie ma anche a proseguire quelle pendenti al momento dell'apertura della liquidazione.

Proprio rispetto a questa specifica ipotesi, si porrà il problema di stabilire quale sia la sorte dell'azione promossa a suo tempo dal creditore. Ci si chiede se essa possa proseguire, in parallelo con quella proposta in via di intervento dal liquidatore ovvero se, per effetto di questa seconda azione, la prima sia destinata all'improcedibilità.

⁴¹ V. però in senso dubitativo, F. PASQUARIELLO, *Sub art. 14-quinquies*, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 2066.

⁴² V. BARONCINI, *La nozione di "atti in frode ai creditori" ex art. 14-quinquies*, l. n. 3/2012 alla luce del d.l. n. 137/2020, nota a Trib. Monza, 1° marzo 2021, in www.ilprocessocivile.it.

⁴³ Trib. Lecco, 16 gennaio 2021, in Banca dati Dejure.

Il quesito è analogo a quello sorto nel fallimento e v'è motivo di credere che si imporrà la stessa soluzione invalsa, in questo contesto, dopo l'intervento delle Sezioni Unite nel 2008⁴⁴. Stando al principio di diritto che queste hanno enunciato (e non da tutti, però, condiviso)⁴⁵, l'azione revocatoria individuale, instaurata anzitempo dal creditore, è destinata all'improcedibilità, per sopraggiunta perdita di interesse e di legittimazione ad agire dell'attore, se (e solo se) il curatore scelga di intervenire nel giudizio in corso⁴⁶.

Mutato quel che c'è da mutare, dunque, il creditore potrà proseguire l'azione revocatoria, una volta aperta la liquidazione, solo se il liquidatore ometta di intervenire nel giudizio, escludendo la convenienza di una siffatta iniziativa, ed evitando dunque di domandare la preventiva autorizzazione all'azione che oggi l'art. 14-*decies* impone tanto rispetto all'azione *ex* art. 2901 c.c. quanto, in generale, rispetto alle azioni recuperatorie di cui al comma 1 della norma richiamata.

Abstract

THE FATE OF LAWSUITS PENDING WHEN AN ASSET LIQUIDATION PROCEEDING HAS BEEN OPENED

La legge 176/2020 ha modificato la disciplina sulle procedure da sovraindebitamento. Rispetto alla liquidazione del patrimonio, la Novella ha inciso sull'art. 14-*decies* chiarendo, *inter alia*, che il liquidatore ha legittimazione all'esercizio o alla prosecuzione dell'azione revocatoria. Traendo spunto da questa modifica, si intende verificare quali conseguenze processuali importa l'apertura di una procedura di liquidazione del patrimonio su tutti i giudizi di cognizione in corso a quella data.

Law 176/2020 amended the rules on overindebtedness proceedings. With regard to the liquidation of assets, the new law has modified Article 14-decies; the new rule now provides, inter alia, that the liquidator has the right to bring or continue an avoidance action. On the

⁴⁴ Il riferimento è qui alle sentenze gemelle Cass., sez. un., 17 dicembre 2008, nn. 29420 e 29421, in *Corr. giur.*, 2009, 790, con nota parzialmente critica di M. MONTANARI, *L'improcedibilità (ormai soltanto) relativa dell'azione revocatoria intrapresa prima del fallimento: un'evoluzione giurisprudenziale non ancora completa*.

⁴⁵ Per una diversa ricostruzione del problema, incline a favorire la proseguibilità dell'azione promossa dal creditore, oltre a M. MONTANARI, si v. C. CONSOLO, *La revocatoria ordinaria nel fallimento tra ragioni creditorie individuali e ragioni di massa*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 391 ss. e già E.F. RICCI, *Le "azioni di recupero" dei creditori in pendenza di fallimento*, in *Quadrimestre*, 1987, 7 ss. spec. 15-16.

⁴⁶ Così da ultimo, Cass., 6 luglio 2020, n. 13862; Cass., 5 marzo 2019, n. 6327; Cass., 23 agosto 2018, n. 21013, che peraltro riconosce la liquidazione delle spese in favore del singolo creditore, parametrata al periodo antecedente alla sopravvenuta improcedibilità della domanda che era stata da lui proposta.

basis of this amendment, the question arises as to what procedural consequences the opening of proceedings for the liquidation of the assets has on all proceedings pending at that date.

PROFILI, RICOSTRUTTIVI E SISTEMATICI, DEGLI STRUMENTI PER LA SOLUZIONE DELLA CRISI DELL'IMPRESA

ALESSANDRO DI MAJO

Professore a contratto

nell'Università Telematica Internazionale Uninettuno

SOMMARIO: Premessa. – 2. Il concordato preventivo. – 3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. – 4. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari. – 5 Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14/2019). – 6. Conclusioni

1. – È opportuno evidenziare i profili, ricostruttivi e sistematici, degli strumenti che, a partire dall'inizio del secondo millennio, hanno caratterizzato le risposte alla situazione di crisi della impresa.

Le soluzioni hanno attraversato sia il terreno delle procedure che quello degli accordi negoziali, con prevalenza, a seconda dei casi, delle une o degli altri.

2. – Modello iniziale è stato indubbiamente quello del concordato preventivo che, pressoché ignorato dalla legge Fallimentare del 1942, se non nella forma di concordato successivo al fallimento (art. 124 L. fall.), ha la causa sostanziale nella soddisfazione dei crediti e nella ristrutturazione dei debiti “attraverso qualsiasi forma”, non legata dunque alla tipizzazione di strumenti a ciò destinati.

Il modello del concordato preventivo, così come previsto dall'art. 160 L. fall.¹, affida la propria legittimità alla previsione di una procedura, sotto il controllo del giudice, avente dunque carattere giurisdizionale, che inglobi indubbiamente elementi negoziali, quali la proposta del debitore e il consenso maggioritario dei creditori.

Elementi procedurali più che evidenti non sono tanto le finalità che si ripromette la domanda del debitore proponente il concordato, finalità che appartengono al suo potere negoziale, quanto i limiti di carattere sostanziale (quale ad es. la garanzia del pagamento di almeno il 20% dei chirografari nonché che i creditori assistiti da privilegio, pegno o ipoteca, abbiano ad

¹ Cfr. anche il concordato preventivo previsto nel d.lgs. n. 14/2019 (“Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”, artt. 84-120), integrato e corretto dal d.lgs. n.147/2020 (artt. 13-18).

essere soddisfatti in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione) che la caratterizzano e gli effetti che l'accompagnano (come quello, non certo appartenente al terreno della negozialità) di poter stabilire "trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse" (art. 160 L. fall.).

Il poter stabilire "trattamenti differenziati", così enunciati, non appartiene al linguaggio della negozialità ma all'interesse più generale, di agevolare la crisi della impresa, attraverso una suddivisione dei creditori in "classi diverse", così da consentire il diverso trattamento dei creditori (in funzione della diversa classe di appartenenza).

L'esistenza della classe diventa strumento per consentire che il singolo creditore, in quanto appartenente ad una classe diversa, possa subire un diverso trattamento rispetto al creditore appartenente ad altra classe. Una tale possibilità non può trovare il proprio fondamento se non, si ribadisce, in una procedura a carattere pubblico, che consenta il trattamento differenziato di singoli creditori, nella misura in cui appaia giustificato in ragione della classe di appartenenza.

Elementi altresì riconducibili al modello procedurale è l'esistenza "del piano", che, pur avendo riguardo alle modalità e ai tempi dell'adempimento della proposta, è proprio coesistente all'esistenza di una procedura, che non è realizzabile *uno actu* ma lungo il corso di una attività continuativa.

È persino inutile fare menzione degli ulteriori elementi o passaggi che non possono che spiegarsi che nel contesto di una procedura a carattere giurisdizionale. La stessa possibilità che il debitore abbia a mantenere l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa durante la procedura di concordato (art. 167 L. fall.) non può che aver luogo perché esiste una procedura, che consenta il continuo monitoraggio dell'attività del debitore.

Lo stesso dicasi del maggiore effetto costituito dal blocco delle azioni esecutive e cautelari, a far data dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione diventa definitivo (art. 168 L. fall.).

Appartiene altresì al modello procedurale il fatto che il concordato, per divenire efficace, possa essere approvato dalla maggioranza dei creditori riuniti in adunanza (art. 175 L. fall.).

La circostanza che la proposta del debitore non debba essere comunicata ad ogni singolo creditore per averne risposta, ma richieda che il consenso dei creditori venga espresso in apposita "adunanza", presieduta dal giudice delegato, è il segno più che evidente che ciò è ormai richiesto da una procedura, che prevede a fini di legittimità dell'intero percorso.

E, alla fine, l'omologazione del concordato ad opera del Tribunale è diretta a contrassegnare il raggiungimento della finalità della procedura, iniziata con la proposta del debitore e ciò nel senso della verifica della fattibilità sia giuridica che economica. Che il Tribunale non possa limitarsi solo a verificare la regolarità della procedura e l'esito della votazione, così come enunciato dall'art. 180 L. fall. ma debba verificare altresì "la fattibilità" del concordato, sembra esigenza corrispondente proprio alla finalità del modello procedurale, che non è un modello fine a se stesso ma finalizzato ad ottenere, quale risultato, la fattibilità, giuridica ed economica, "del piano" predisposto dal debitore. È solo con riguardo "ad una procedura", che può parlarsi di finalizzazione rispetto ad un risultato da raggiungere.

3. – A fronte dunque del modello del concordato preventivo, quello degli accordi di ristrutturazione dei debiti, previsto dall'art. 182-bis L. fall., si presenta innegabilmente distante, sia per natura che per finalità ⁽²⁾. Quanto

² Tra i numerosi contributi dedicati all'istituto si veda: F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Fall.*, 2013, 1177; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Fall.*, n. 8/2005, 137; ID., sub art. 182-bis, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario, Torino, 2007, 2533; M. ARATO, *Il nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti vs concordato preventivo*, in AA.VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, opera diretta da S. AMBROSINI, Torino, 2017, 732; L. BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corr. Giur.*, 2016, n. 4, 449 e ss.; A. BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*, 2005; P. BENAZZO, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: buona fede e principio di maggioranza*, in AA.VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, opera diretta da S. AMBROSINI, Torino, 2017, 742; M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. Fall.*, 2015, 530 e ss.; L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, III, 23; G. BUFFELLI, *Piano attestato e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: novità aziendalistiche e fiscali*, 2012, in *www.prof.Giuliano-Buffelli*; A. CAIAFA – L. PANZANI, *Sub 182-bis*, in A. CAIAFA (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Roma, 2017, 822; G. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, 918; B. CONCA, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: disciplina e prime considerazioni applicative*, in AA.VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, opera diretta da S. AMBROSINI, Torino, 2017, 714; A. DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione*, in L. GHIA – C. PICCININNI – F. SEVERINI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Milano, 2011, 661; F. DI MARZIO, *Un decreto legge in riforma del "diritto fallimentare"*, in *www.giustiziacivile.com*, 2015, n. 6; M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2018, 296; ID., *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, ivi, 2013, 6, 769; G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, in *Fall.*, 2005, 1448; ID., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 48; E.

alla finalità esso, in primo luogo, pur avendo anch'esso come scopo il superamento della crisi d'impresa, così da evitare il fallimento di essa, persegue l'obiettivo non già di arrivare al soddisfacimento dei creditori ma quello, ben diverso, di una ristrutturazione dei debiti e cioè sostanzialmente di una ricomposizione e ridefinizione della parte passiva del rapporto debitorio, così che, solo per tale via traversa, possa giungersi alla soddisfazione dei creditori.

FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, 81; E. GABRIELLI, *Autonomia privata e procedure concorsuali*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2005, 739; ID., *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in *Riv. Esec. Forzata*, 2006, 276; G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1170; F. GUERRERA, *La ristrutturazione 'negoziata' dell'impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*, in *www.ilfallimentarista.it*; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in L. CALVOSA (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza*, Pisa, 2017, 65; 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 *Contratto e Impresa*; 2011, 149; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in O. CAGNASSO – L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Torino, 2016, 3220 ss.; G. LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fall.*, 2005, 46; L. LUCCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: una procedura negoziale*, in AA.Vv., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, opera diretta da S. AMBROSINI, Torino, 2017, 676 e ss.; R. MARINO *Accordi di ristrutturazione dei debiti e responsabilità del professionista attestatore*, in *Resp. civ.*, 2012, 7, 490; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto delle crisi di imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014, 382; I. L. NOCERA, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2017, 52 e ss.; S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento di continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. Fall.*, 2019, I, 1259 e ss.; A. PALUCHOWSKY, *Gli accordi di ristrutturazione del debito a cinque anni dalla loro introduzione: un appuntamento mancato?*, in *www.ugctrani.it*; L. PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 83/2015*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 219 ss.; M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, in *Dir. fall.*, 2016, 1453; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 16; R. RANALLI, *I piani negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi in continuità tra il regime attuale e la loro evoluzione*, in *Fall.*, 2018, 1479; ID., *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182-septies*, in *Fall.*, 2016, 889 e ss.; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di "salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti dell'impresa)*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, 364 e ss.; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziati degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 3, 10337; G. TERRANOVA, *Problemi di diritto concorsuale*, Padova 2011; ID., *Il concordato con "continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. Fall.*, 2013, 15; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Fall.*, 2018, 988 ss.; P. VALENSISE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.Vv., *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, 1088; G. VETTORI, *Il contratto nella crisi d'impresa*, in *Obblig. Contr.*, 2009, 486.

É dunque un percorso del tutto diverso ed autonomo.

In tale percorso non v'ha bisogno di far ricorso ad una procedura garantistica, che sia tale appunto da assicurare la regolarità del percorso e del suo risultato finale, bensì è sufficiente che si faccia ricorso ai normali strumenti negoziali, che consentano di porre mano al rapporto-base debitorio, così da assicurare, per tale via, la soddisfazione della parte attiva del rapporto. Si può dire che il credito deve adeguarsi alle nuove forme che il debito è destinato ad assumere.

E tale è, per definizione, l'accordo che deve aver luogo con i creditori, sia pure nella maggioranza del sessanta per cento (art. 182-*bis*).

La richiesta che l'accordo debba incontrare almeno la maggioranza del 60% dei crediti non sembra un elemento contrastante con il carattere negoziale di esso. Il requisito così stabilito, indubbiamente a tutela della serietà dell'accordo, non si pone come elemento costitutivo, così da rendere quasi parte contraente la percentuale al 60% del ceto creditorio e non l'intero ceto, consenziente o dissenziente che sia, bensì è una condizione estrinseca, che è tale da dare fondamento in partenza al potere del creditore di addivenire all'accordo di ristrutturazione. É come dire che il potere riconosciuto al debitore di stringere accordi con i propri creditori, potere che sarebbe altrimenti ovvio e naturale, ove esso dovesse intervenire con tutti i creditori, qui è riconosciuto, invece, in via eccezionale, con una sola parte di essi (il 60%), ma alla sola condizione che i creditori estranei all'accordo abbiano ad essere integralmente pagati (art. 182-*bis*). La disposizione può apparire contraddittoria, con il riconoscimento che il debitore abbia a raggiungere accordi con una sola parte dei propri creditori, non dovendo esso incontrare limiti nella sua posizione di autonomia. Ma non è più contraddittoria, ove si inquadri la norma negli strumenti extra-giudiziali volti a risolvere la crisi dell'impresa e tali dunque da bypassare il fallimento, ove dunque il principio della universalità dei creditori e la *par condicio* di essi abbiano a subire deroga, attraverso un principio maggioritario, sin dal momento della formazione dell'accordo (il 60%) e la garanzia del pagamento integrale dei creditori rimasti estranei ad esso (art. 182-*bis*).

È doveroso allora chiedersi se una siffatta disposizione, a differenza di quanto accade per il concordato preventivo, non abbia anch'essa bisogno di un qualche ulteriore supporto normativo, sia esso la previsione di una procedura (come nel concordato) o di qualcos'altro. Ma così non è.

E la stessa norma di legge ad offrire il supporto alla legittimità di un accordo negoziale, tale da consentire che esso abbia ad intervenire solo con una parte dei creditori (pur nella maggioranza del 60%), ed essendo garantito l'integrale pagamento per i creditori (rimasti) estranei ad esso. Il

contesto in cui la norma è collocato è pur sempre quello del Tit. III, ove sono considerati tanto il concordato preventivo quanto gli accordi di ristrutturazione ed è tale da fornire pieno fondamento causale agli accordi. Entrambi gli strumenti (concordato ed accordo) sono accomunati dalla finalità di superare la crisi della impresa insolvente, con l'evitare il fallimento di essa.

La possibilità di derogare al principio delle universalità dei creditori, così declamata dall'art. 2741 c. c., da "dialogare" solo con una parte (pur nel 60%) di essi è una scelta da ricondurre ad un interesse di carattere più generale, che può richiamare a sua volta il principio più generale, secondo cui è consentito al legislatore di derogare ai limiti che incontrano gli accordi di natura privata, ove siano in gioco interessi "diversi" che trascendono quelli delle parti contraenti. Può richiamarsi al riguardo il principio che il contratto è fonte di integrazione nei suoi effetti, anche ad opera (dell'intervento) della legge (art. 1339 c.c. inserzione automatica di clausole). Nel caso di specie, l'intervento della legge si colloca a monte della predisposizione di accordi di ristrutturazione dei debiti, consentendo inizialmente che essi abbiano a derogare al principio "della universalità" dei creditori dell'impresa insolvente, ove esista una maggioranza al 60 % dei crediti.

Va osservato che la deroga non figura neutralizzata dal principio di maggioranza (60%), come potrebbe apparire, giacchè la maggioranza è chiamata ad intervenire già al momento della proposta di accordo, lasciando fuori il 40% dei creditori.

4. – La novità recata dal nuovo art. 182-*septies*, introdotto nella L. fall. con la L. n. 132/2015, recante nel titolo "Accordo di ristrutturazione", è che esso viene a derogare, in forma ancor più netta, al principio "della universalità" dei creditori, intervenendo con una particolare categoria di essi (banche e intermediari finanziari) e già all'interno di una parte di essi che si è espressa nel 60% (art. 182-*bis*) (ma purchè la categoria delle banche e degli intermediari si sia espressa nella misura del 75% in senso favorevole). Non solo. E all'interno di tale categoria si distingue ulteriormente la categoria di creditori "che abbiano tra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei" (art. 182-*septies*, 2° comma).

Il che significa consentire non solo che abbia a distinguersi una categoria di creditori (banche e intermediari finanziari) rispetto alla generalità e la cui funzione è quella di far credito e di fungere da intermediario nelle operazioni finanziarie - agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi sono quelli elencati nel Titolo VI-*bis* del T.U. bancario -

quanto che, tra di essi, abbiano ulteriormente a distinguersi creditori aventi “posizione giuridica e interessi economici omogenei”, così da consentire che ad essi abbia ad estendersi l’accordo, anche se non aderenti.

La scelta del legislatore è più che chiara. Sempre ai fini di agevolare la impresa in crisi o insolvente attraverso una soluzione extragiudiziale, si è pensato in primo luogo di operare una distinzione tra le categorie di creditori, individuando quella tra essi che, in quanto finanziatrice dell’impresa, può essere meglio in grado di apprezzare una soluzione “negoziata” più che giudiziale. E infine, sempre al fine di agevolare la portata ed efficacia degli accordi, si è individuata, all’interno di essa, una ulteriore categoria, quella di creditori avente “una posizione giuridica e interessi economici omogenei”, per estendere anche ai creditori non aderenti all’accordo di cui è causa.

Se già l’individuazione (di una particolare categoria) di soggetti creditori è tale da derogare al principio “dell’universalità” dei creditori, così come declamata dallo stesso codice civile all’art. 2741, secondo cui “i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore” e presupposta nella procedura fallimentare agli art. 182-*septies* L. fall., l’ulteriore ritaglio, all’interno della categoria prescelta di creditori, che si abbia a distinguere creditori aventi “posizione giuridica e interessi economici omogenei”, così da giustificare l’estensione dell’accordo anche “ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria”, è tale da assegnare agli accordi di cui è parola una iper-efficacia che si trova all’opposto del principio “di relatività” degli accordi negoziali (art. 1372 c.c.).

Né può trovare facile applicazione il richiamo alla figura del contratto a favore di terzo di cui agli artt. 1411 c.c. ss., giacché non può assolutamente dirsi che l’accordo di cui è parola possa definirsi come contratto destinato “a favore” di terzi che ad esso non abbiano preso parte. Che l’accordo infatti possa agevolare, per definizione, l’impresa anche al fine di consentire il soddisfacimento dei suoi creditori in larga parte non può però concludersi che esso, con riguardo alla posizione del singolo creditore, possa definirsi “a favore” di esso, come sembra richiedere la fattispecie del contratto a favore di terzo dell’art. 1411 c.c.

Occorre allora meglio approfondire la portata e novità del modello introdotto dall’art. 182-*septies* L. fall. rispetto al modello, più generale, dell’accordo di ristrutturazione dei debiti previsto dall’art. 182-*bis* L. fall. Che, anche con il modello delineato dall’art. 182-*septies*, in senso ancora più forte si sia inteso utilizzare la soluzione extragiudiziale per andare incontro alla impresa insolvente, è più che evidente. Del resto, la mancanza di una qualsiasi disposizione che possa significare richiamo alla esistenza “di una

procedura", tale da garantire i creditori, è anch'essa un fatto certo. Il modello introdotto dall'art. 182-*septies* è anch'esso, per così dire, "nudo", così come quello previsto dall'art. 182-*bis*.

Esso si è collocato bene al di là del modello dell'art. 182-*bis* nella misura in cui introduce, rendendola dunque legittima, una chiara forma di accordo che non solo si ritaglia un'ulteriore parte del ceto creditorio (banche e intermediari finanziari) accanto a quella del 60% ma, ulteriormente, all'interno di essa, distingue i creditori aventi "una posizione giuridica e interessi economici omogenei". L'immediato fondamento sembra essere non più quello dell'interesse della impresa insolvente, come nel modello previsto dall'art. 182-*bis*, bensì l'interesse dei creditori, considerati in una dimensione, a suo modo, collettiva. In tal caso, la dimensione collettiva dei creditori appare dunque strumento per poter procedere ad una più sollecita ristrutturazione dei debiti.

Taluno ha affermato che, in tal modo, la disposizione di cui all'art. 182-*septies* "abbia determinato una sicura virata verso la concorsualità" ⁽³⁾.

Tale affermazione è, nella sostanza, da condividere.

In questo caso non è quindi necessario ricercare il fondamento dell'accordo con una sola parte dei creditori (nella misura del 60%) in una ragione "esterna" ad esso, così come ipotizzato dal modello previsto dall'art. 182-*bis* L. fall., bensì in una ragione "interna" e co-essenziale al ceto creditorio, che ne evoca la dimensione "collettiva" e quindi, di riflesso, in senso forte, la concorsualità (per i creditori aventi posizioni "omogenee") ⁽⁴⁾.

Posti ora a fronte del problema di dare collocazione al modello di "accordi" previsti dall'art. 182-*septies*, a fronte di quello più generale previsto dall'art. 182-*bis*, si può convenire che trattasi di accordi tipizzati in senso forte, non solo quanto alla loro componente soggettiva in funzione della parte con cui intercorrono (banche e intermediari finanziari) e altresì per la loro causa, avente riguardo alla particolare natura del credito, ma anche per

³ Così M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, cit., 1453, e G. TERRANOVA, *L'autonomia del diritto concorsuale*, Torino, 2016, 110.

⁴ Si è parlato di "collettivizzazione dell'accordo" che sarebbe ormai un principio "predicabile" e "cioè di una posizione di limbo tra collegialità, maggioranza e contrattualismo" e "di superamento dei confini della negozialità in senso stretto" anche se in senso favorevole (anche) nell'interesse del creditore estraneo: M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, cit., 289 e 297. Sul punto cfr. altresì: G. FAUCEGLIA, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali*, in *Dir. Fall.* 2016, 728; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Dir. fall.*, 2015, 521.

il fatto che tale “tipizzazione” è destinata a integrarsi, per così dire, anche con riferimento alla dimensione “collettiva” del credito, tale da giustificare, al suo interno, la concorsualità.

La esistenza della soluzione extra-giudiziale va dunque confermata, come nel modello dell’art. 182-*bis*, anche se essa riceve una particolare connotazione nella scelta di una “tipizzazione” di accordi, in funzione della componente soggettiva della parte creditoria (banche e intermediari finanziari) nonché in ragione del profilo “collettivo” che essa può rivestire in ragione “della omogeneità” delle posizioni rivestite dai creditori.

Per altro verso, che il carattere vincolante di un accordo abbia a potersi stabilire con una particolare categoria di creditori (banche ed intermediari finanziari) anziché con tutti e che esso si estenda anche ai non aderenti in ragione di un ulteriore elemento economico (derivante dalla omogeneità delle loro posizioni), è conseguenza che può farsi derivare, in linea generale, dalla stessa conformazione “del tipo” di accordi e dalla natura in certa misura “collettiva” dei crediti su cui essi debbono incidere.

5. – Il nuovo “Codice” definito “della crisi d’impresa e dell’insolvenza”, introdotto dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14⁵, non ha potuto fare a meno di intervenire anche in ordine agli accordi di ristrutturazione dei debiti, estendendone l’applicazione anche all’imprenditore non commerciale ⁽⁶⁾ e a

⁵ Sul d.lgs. n.14/2019 (integrato e corretto dal d.lgs. n.147/2020), che sarebbe dovuto entrare in vigore decorsi 18 mesi dalla data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale avvenuta il 14 febbraio 2019 (salvo quanto previsto dal 2° comma dell’art. 389), entrata in vigore in seguito prorogata al 1° settembre 2021 (v. d.l. n.23/2020 conv. in l. n.40/2020), cfr.: M. ARATO, *Brevi note sui nuovi accordi di ristrutturazione*, in *www.ilcaso.it.*, 4 aprile 2019, 6; G. BONFANTE, *Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Giur. it.*, 2019, 1943 ss.; F. DI MARZIO, *Obbligazioni, insolvenza, impresa*, Milano, 2019, 127 e ss.; G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*, cit., 48 e ss.; G.B. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria nel nuovo codice della crisi e dell’insolvenza*, in AA.VV., *Diritto ed economia delle crisi aziendali*, a cura dell’Istituto per il Governo Societario (IGS), Santarcangelo di Romagna, 2020, 243 e ss.; G. GUERRIERI, *Il nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2019, 809 e ss.; L. JEANTET – P. VALLINO, *Piano attestato e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Il Codice della crisi d’impresa*, app. di *Italia Oggi*, 2019, 161 ss.; A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Dir. Fall.*, 2019, I, 283 e ss. e 297; F. LAMANNA, *Il nuovo codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Il civilista*, I, 2019, 30; G.B. NARDECCHIA, *Il nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. Disciplina, novità e problemi applicativi*, Molfetta, 2019; S. SANZO – D. BURRONI, *Il nuovo codice della crisi e dell’insolvenza*, Bologna, 2019; L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. Giur.*, 2019, 453 ss.; A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi*, in *Fall.*, 2019, 998 e ss.

⁶ Dunque anche l’imprenditore agricolo e le *start up* innovative.

quello diverso dall'imprenditore minore ma richiamando pressoché integralmente il modello ordinario degli accordi previsti dall'art. 182-*bis* L. fall.

Il nuovo "Codice" generalizza il modello della "efficacia esterna" con l'estensione anche ai creditori non aderenti "che appartengano alla medesima categoria, individuata tenuto conto della omogeneità di posizione giuridica e interessi economici" (art. 61, d.lgs. n. 14/2019). Il che significa, si ribadisce, che più non si ha riguardo solo ad una tipologia di creditori (banche ed intermediari finanziari) ma ad un criterio ben più ampio, che ha riguardo "alla omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori"⁷. La deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c. è espressamente declamata (art. 61 d.lgs. n.14/2019).

Ma ciò comporta abbandono del tradizionale principio civilistico "della relatività" degli accordi (art. 1372 c.c.), in ragione di una regolazione che privilegia l'interesse dei creditori, considerati "nella dimensione collettiva" della omogeneità della loro posizione e interessi. E ciò comporta che, a fronte della impresa insolvente, più non vi sono creditori *uti singuli* ma creditori aventi "posizioni omogenee". Il che dovrebbe più agevolmente consentire che si possa procedere ad una operazione di ristrutturazione dei debiti perché raffrontati a posizioni e interessi "omogenei".

La normativa introdotta dal d.lgs. n. 14/2019 è diretta ad accentuare ancor di più il valore "del piano" predisposto dal debitore perché stabilisce che sia esso a regolare, pur sempre per la sua durata, il rapporto debito - credito, così consentendo che, ove intervengano modifiche sostanziali del piano, occorrerà rinnovare l'attestazione di cui all'art. 57 del decreto nonché le manifestazioni di consenso dei creditori, parti degli accordi (art. 58 d.lgs. n. 14/2019)⁸.

⁷ Con accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa con le banche ed intermediari finanziari anche per il caso di piani di contenuto liquidatorio, se l'indebitamento verso detti istituti non è inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo (art. 61, 5° comma, del "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" - d.lgs. n.14/2019). E' da rilevare altresì che "occorre che: i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il settantacinque per cento di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria" (art. 61, 2° comma, lett.c), e che, ai sensi dell'art. 61, 2° comma, lett.d), "i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale", non facendosi, dunque, più riferimento alle "alternative concretamente praticabili" di cui all'art. 182-*septies*, 4° comma, lett.c), L. fall.

⁸ Ai sensi dell'art. 57, 4° comma, del d.lgs. n.14/2019 (corretto dall'art. 9, 1° comma lett.b, del d.lgs. n.147/2020), "Un professionista indipendente deve attestare la

Il che significa che il percorso normativo non è limitato alla proposta del debitore e al consenso dei creditori ma è ad efficacia, per così dire, continuata e differita, per la durata “del piano” predisposto dal debitore.

L'esame infine del decreto non può non completarsi con la previsione dei c.d. accordi di ristrutturazione agevolati, previsti dall'art. 60 del d.lgs. n.14/2019, in ordine ai quali l'agevolazione è condizionata alla non applicazione della moratoria ai creditori estranei agli accordi e alla rinuncia a chiedere misure protettive temporanee.

Dunque, il decreto di cui è parola sembra voler potenziare l'efficacia degli accordi di ristrutturazione, non solo allargandone la estensione (anche ai non aderenti) ma riducendo, nel caso di accordi agevolati (art. 60), la percentuale maggioritaria richiesta per la loro introduzione (metà del 60%), ove risulti meglio garantita la posizione dei creditori estranei agli accordi rispetto all'eventualità di dover subire moratoria nella loro soddisfazione o misura protettiva temporanea⁹.

6. – È a questo punto possibile tentare di qualificare gli accordi di ristrutturazione dei debiti, così come si sono venute evolvendo, specie nella legislazione.

È necessario allo scopo aver presenti taluni punti fermi. E cioè che negli accordi di cui è parola, sia nella loro versione ordinaria, prevista dall'art. 182-bis L. fall., come in quella più fortemente tipizzata dell'art. 182-septies L. fall., e con le modifiche significative introdotte dal d.lgs. n. 14/2019, la

veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano. L'attestazione deve specificare l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di cui al comma 3^o.

⁹ È da evidenziare altresì che, ai sensi dell'art. 59 del d.lgs. n. 14/2019, è prevista l'estensione degli effetti degli accordi di ristrutturazione ai coobbligati, ai fideiussori del debitore, ai soci illimitatamente responsabili ed agli obbligati in via di regresso. Del resto, ai sensi dell'art. 62 è previsto un ulteriore strumento negoziale volto alla regolazione della crisi ossia la convenzione di moratoria (c.d. “accordo di *standstill*”) attualmente disciplinato dall'art. 182-septies, 5° comma, L. fall. Anche in questo caso, come per gli accordi di ristrutturazione ex art. 61, è stato esteso l'ambito di applicazione dell'istituto non più limitato alle convenzioni stipulate con banche o intermediari finanziari. La disposizione regola tutte le convenzioni di moratoria intervenute tra un imprenditore, anche non commerciale, ed i suoi creditori. E' da evidenziare altresì che, ai sensi dell'art. 62, 2° comma lett. d), del d.lgs. n.14/2019, è prevista (come nell'art. 182-septies, 5° comma, L. fall.) l'attestazione rilasciata da un professionista indipendente, la quale ha ad oggetto la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, e la convenienza della convenzione per i creditori. Pertanto, vi è un ampliamento dell'oggetto dell'attestazione rispetto a quanto oggi previsto dall'art. 182-septies, 5° comma, L. fall.

normativa non fornisce che una identificazione “di contenuto”. Essi hanno riguardo, *sic et simpliciter*, ad una operazione di “ristrutturazione dei debiti”. Ma dell’*iter* procedurale che ne anticipa ed accompagna la conclusione, così come dei più particolari aspetti ed elementi della c.d. “strutturazione”, non v’è alcuna parola.

Sembra di poter capire che anch’essi vengano preceduti “da trattative”, così come ha luogo per la conclusione di ogni contratto. Anzi, dell’obbligo di tali trattative e dei doveri informativi forniti ad ogni singolo creditore è fatta esplicita menzione nella normativa, a tal punto che, almeno ove trattasi dell’estensione di tali accordi anche ai creditori non aderenti, l’informazione anche di essi è condizione di efficacia dell’estensione degli accordi anche ad essi (art. 182-*septies* L. fall.).

La normativa, come si è detto, si limita a definirne genericamente il contenuto come di accordi aventi ad oggetto “la ristrutturazione dei debiti”, facendo uso di una espressione del linguaggio aziendale, più che giuridico. Tale indicazione, se giova a far riferimento ad una attività destinata a “rimodulare” il complessivo rapporto che intercorre tra il debitore e i creditori, ridefinendone oggetto e modalità di adempimento nonché garanzie che vengono a presidiare il rapporto debitorio, nulla dice sulle forme concrete che tale ristrutturazione può assumere.

Si è parlato in dottrina di “causa unitaria” ⁽¹⁰⁾ e/o meglio “di un univoco atto a struttura plurilaterale con causa unitaria” e cioè richiamando il contratto plurilaterale con comunione di scopo.

In giurisprudenza è invece più corrente la tesi che si tratti di contratto bilaterale plurisoggettivo con causa unitaria.

Per meglio concentrare la problematica sui dati che ci appaiono essenziali per la qualificazione degli accordi di cui è causa, è anzitutto il caso di liberare la problematica da elementi che possono apparire ad essa impropri.

Il richiamo ad es. al concetto “di causa”, così come ha luogo per ogni contratto (art. 1325 c.c.), sia esso tipico o atipico, appare inutile.

In realtà, la circostanza che tali accordi siano espressamente previsti nel particolare contesto di strumenti negoziali, in sede extragiudiziale, destinati a governare la crisi in cui versa il debitore, con la prospettiva di evitare il fallimento (v. Titolo III Legge fall.) ed oggi meglio specificati dal decreto legislativo n. 14/2019 come “Strumenti negoziali stragiudiziali” di regolazione della crisi (v. Tit. IV d.lgs. n. 14/2019), non rende più necessario che di tali accordi si vada alla ricerca di un supporto causale, come ha luogo

¹⁰ Cfr. G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 728.

per ogni contratto. Siamo a fronte ad accordi, pienamente contestualizzati in un regime speciale che caratterizza l'impresa in crisi, specie ora in presenza di una normativa, che non è più concentrata sulla liquidazione giudiziale del patrimonio del debitore ma si ripropone lo scopo di regolare la crisi di impresa, sin dal suo inizio, anche in forme "assistite".

Chiedersi dunque se gli accordi di ristrutturazione debbano o meno avere una causa, è domanda che in sostanza sembra ignorare "il contesto" in cui essi sono collocati. Ancora più artificioso è concludere nel senso che la causa di essi possa essere lo stesso oggetto che contribuisce ad identificarli, quale cioè la ristrutturazione dei debiti.

Ma il vero è che, se siffatti accordi sono già di per sé "causalizzati" e/o meglio "contestualizzati" per le considerazioni fatte, essi tuttavia non si sottraggono all'esigenza di doverli qualificare nella tipologia dei possibili accordi o contratti che si conoscono.

E già una prima risposta può essere data, nel senso che essi sembrano sottrarsi a quel profilo "di conflittualità" che, com'è noto, è proprio di ogni contratto, sia bilaterale che plurilaterale.

Non è un caso che la stessa legislazione abbia usato l'espressione più propria di "accordi". Se anche il contratto è un accordo, ben diverso è l'accordo cui si giunge a partire da una proposta del debitore, che deve essere assentita dai creditori, e che ha come scopo una ri-definizione del rapporto di debito - credito tra di essi. Può non essere improprio richiamare il concetto di "comunione di scopo", avendo appunto riguardo ad una situazione che non presenta un conflitto di interessi ma proprio il suo superamento attraverso una diversa definizione del rapporto di debito - credito tra i soggetti di esso, attivi e passivi.

Ma in ciò anche la qualifica di contratto "plurilaterale" può apparire impropria. Esso allude, per definizione, ad un contratto caratterizzato da una comunione di scopo ma "con prestazioni diverse" a carico di ciascuna delle parti (come nel contratto di società dati i diversi conferimenti dei soci), così da doversi porre il problema, laddove fosse nullo il vincolo di una delle parti, se l'intero contratto debba o meno dichiararsi nullo (art. 1420 c.c.).

Ebbene, tale problematica è del tutto assente per gli accordi di ristrutturazione, in ordine ai quali non sono ipotizzabili "prestazioni" a carico del debitore o di ciascun creditore ma soltanto il comune intento avente ad oggetto una diversa ridefinizione del rapporto di debito - credito.

Il vero è che, andando veramente a verificare l'oggetto degli accordi di ristrutturazione e la mancanza in essi di ogni profilo di conflittualità, tale da richiamare lo schema del contratto bilaterale, nel quale da una parte v'è il debitore proponente e dall'altra il ceto creditorio (magari in percentuale), si

rischia di applicare un profilo di contrattualità, che sempre presuppone posizioni contrapposte, ad un accordo, che invece si basa non già sulla contrapposizione di posizioni, che il contratto ha lo scopo di conciliare, bensì, si ribadisce, sul comune obiettivo da fornire una rimodulazione del rapporto debito - credito.

Ed è a tal punto che occorre anche specificare come ha luogo tale rimodulazione. Essa, si può dire, non fa capo ad effetti immediati o diretti, quali l'assunzione di obblighi e/o il trasferimento di diritti, come ha luogo per ogni contratto, sia esso ad effetti obbligatori o reali, bensì ha luogo più propriamente attraverso la predisposizione di regole o criteri, destinati, si è detto, a rimodulare il rapporto di debito - credito. Ed è in base alle regole e criteri, così enunciati negli accordi, che potranno poi prendere forma, quali atti attuativi di enunciazione di termini, rinunce, modalità di pagamento, cessioni, remissioni, assunzioni di garanzie, intervento di terzi assuntori e quant'altro. È il campo dunque assai vasto dell'area di attuazione degli accordi, per il quale anche l'espressione "atti dovuti" sembra insufficiente.

Se è consentito proporre una qualificazione più propria di accordi non destinati "ad effetti immediati o diretti", ma destinati ad operare su di un rapporto già esistente tra le parti e la cui diversa modulazione appare propedeutica a costituire risposta alla crisi dell'impresa, si può richiamare la categoria degli accordi normativi, cioè degli accordi fonti di regole (più che di effetti), da valere tra le parti e/o meglio (di fonti) di regole di comportamento, come tali pienamente vincolanti e bisognose tuttavia di essere verificate ed attuate attraverso atti successivi. La causa più prossima di tali secondi è nello stesso potere di autonomia delle parti, debentrici e creditrici, che, così come hanno dato vita a suo tempo al rapporto debitorio, sono in grado di diversamente definirlo in un contesto, che non è quello del tradizionale conflitto di interessi, proprio di ogni contratto, ma dell'obiettivo di superare la crisi del comune debitore attraverso strumenti negoziali che, per mezzo della ridefinizione del rapporto debito - credito, abbiano a risolvere la crisi del debito.

Del resto, giova osservare che già il rapporto di debito - credito, sui quali interviene la ristrutturazione in via diretta, è un rapporto regolato da norme, onde alle norme di esso vanno aggiunte altre norme, che meglio ne ridefiniscano, nel caso di specie, entità e modalità, tali da giustificare il piano attuativo. Ma ciò è il segno che si è fuori di un normale contratto, bilaterale o plurilaterale, fonte di effetti immediati, siano essi obbligatori o reali, ma più propriamente dell'instaurazione di un diverso regime normativo (di modulazione) del rapporto, che abbia a costituire il percorso verso la soluzione della crisi della impresa insolvente.

Abstract

**PROFILES, RECONSTRUCTIVE AND SYSTEMATIC, OF THE TOOLS FOR THE
SOLUTION OF THE CRISIS OF THE ENTERPRISE**

Il presente contributo evidenzia i profili, ricostruttivi e sistematici, degli strumenti che, a partire dall'inizio del secondo millennio, hanno caratterizzato le risposte alla situazione di crisi della impresa. Le soluzioni hanno attraversato sia il terreno delle procedure che quello degli accordi negoziali, con prevalenza, a seconda dei casi, delle une o degli altri.

This contribution highlights the reconstructive and systematic profiles of the instruments that, since the beginning of the second millennium, have characterized the responses to the crisis situation of the company. The solutions have gone through both the procedures and the negotiating agreements, predominantly with each other, as the case may be.

L'ADOZIONE DELLA *RELATIVE PRIORITY RULE* PER LA RIFORMA DEL CHAPTER 11 STATUNITENSE: IL *REDEMPTION OPTION VALUE* COME VALORE DA GARANTIRE AI *RESIDUAL OWNERS*

MARCO CONFORTO

Dottore di ricerca

SOMMARIO: 1. I motivi della riforma: il conflitto tra creditori *secured* e *unsecured* nel *Bankruptcy Code* – 2. I diritti patrimoniali dei *secured creditors*: le tutele contro il rischio di insuccesso – 3. Il potere amministrativo dei *secured creditors* – 4. La proposta dell'*American Bankruptcy Institute*: il *Redemption Option Value* – 5. Spunti di riflessione e possibili interventi del legislatore domestico.

1. – È noto che la procedura di *reorganization*, disciplinata nel *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense, ha come scopo il soddisfacimento delle ragioni creditorie attraverso la salvaguardia dei livelli occupazionali e degli *assets viables*¹. Tale proposito, nel corso degli anni, è divenuto – sempre più – il vero obiettivo del diritto della crisi delle imprese, tant'è che la *reorganization* è stata assunta a modello in molti altri ordinamenti, sia di *civil* che di *common law*². Pur rappresentando la procedura d'insolvenza più

¹ Sullo scopo perseguito dalla procedura di *reorganization* cfr. H. R. MILLER, *Is chapter 11 bankrupt*, in *BCL Rev*, 2005, 47, 129. secondo cui “the purpose of a business reorganization case [under chapter 11] (...) is to restructure a business's finances so that it may continue to operate, provide its employees with jobs, pay its creditors, and produce a return for its stockholders”.

² Ad esempio, il legislatore italiano, così come altri in Europa (Olanda, Germania e Spagna), nel disegnare la procedura di concordato preventivo (e, in particolare quello con continuità aziendale) si è chiaramente ispirato al *Chapter 11*. Anche a livello comunitario gli obiettivi perseguiti sono in linea con quelli ricercati dal legislatore statunitense, soprattutto in seguito alla recente emanazione della Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, “riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132”. Sulla Direttiva (UE) 2019/1023 v. S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella direttiva del parlamento europeo e del consiglio 2019/1023*, in *Dir. fall.*, 2020, I, 1259; A. NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 201; L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fall.*, 2017, 873.

emulata³, nella dottrina statunitense si è avviato un vivace dibattito tra chi ritiene necessaria una riforma che adegui la *reorganization* alle moderne esigenze dei mercati e chi, al contrario, non reputa opportuna tale riforma⁴.

Il dato statistico sembrerebbe far propendere per una prossima riforma. Volgendo lo sguardo al passato, infatti, ci si accorge di come i più importanti interventi legislativi volti all'adeguamento del *Bankruptcy Code* si siano avvicendati con cadenza quarantennale: il *Bankruptcy Act* del 1898 fu riformato, prima, nel 1938 dal c.d. *Chandler Act* e, in seguito, nel 1978 dal *Bankruptcy Reform Act* che ha introdotto la procedura di *reorganization*. Seguendo questa serie storica, si sarebbe dovuto procedere ad una rivisitazione dell'attuale normativa già nel 2018.

Messo da parte l'argomento statistico, in questa sede si tenterà di evidenziare le ragioni che, sul piano sostanziale, giustificano (o giustificherebbero) la riforma.

Conviene partire dallo stato d'insolvenza che designa l'impossibilità di adempiere le obbligazioni assunte, dando luogo all'avvio delle azioni esecutive individuali dei creditori. L'aggressione atomistica dei beni è, però, considerata in contrasto con gli obiettivi perseguiti poiché, da un lato,

³ B. WESSELES – R.J. DE WEIJS, *Proposed recommendations for the reform of Chapter 11 US Bankruptcy Code, Ondernemingsrecht*, 2015, 210-220 (disponibile on-line sul sito http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2595577)

⁴ Si registrano le opposte posizioni, da un lato, di D.G. BAIRD – R. K. RASMUSSEN, *The End of Bankruptcy*, in *Stan. L. Rev.*, 2002, 751 critici con la attuale normativa al punto da ritenere che “*Corporate reorganizations have all but disappeared. Giant corporations make headlines when they file for Chapter 11, but they are no longer using it to rescue a firm from imminent failure. Many use Chapter 11 merely to sell their assets and divide up the proceeds (...) Even when a large firm uses Chapter 11 as something other than a convenient auction block its principal lenders are usually already in control and Chapter 11 merely puts in place a preexisting deal. Rarely is Chapter 11 a forum where the various stakeholders in a publicly held firm negotiate among each other over the firm's destiny*”; e, dall'altro lato, di L. M. LO PUCKI, *The Nature of the Bankrupt Firm: A Response to Baird and Rasmussen's The End of Bankruptcy*, in *Stan. L. Rev.*, 2003, 645 che a difesa della procedura di *reorganization* così risponde: “*Big-case bankruptcy reorganizations have not ended. They are booming. Their survival casts doubt on the theories that Baird and Rasmussen present in The End of Bankruptcy. But those theories fail for reasons more basic than the theories' inability to account for the pattern of dispositions in the bankruptcy courts*”. La dottrina maggioritaria concorda con la tesi riformista cfr. S. J. LUBBEN, *Some Realism About Reorganization: Explaining the Failure of Chapter 11 Theory*, in 106 *Dick. L. Rev.*, 2001, 267; D. G. BAIRD – R. K. RASMUSSEN, *Chapter 11 at Twilight*, in *Stan. L. Rev.*, 2003, 673; J. H. M. SPRAYREGEN ET AL., *Chapter 11: Not Perfect, but Better than the Alternative*, in *ABI Journal*, 2005, 1; H. R. MILLER, *Chapter 11 in Transition - From Boom to Bust and into the Future*, in *Am. Bankr. LJ*, 2007, 375; R. LEVIN – K. KLEE, *Rethinking Chapter 11*, in *Norton-Journal of Bankruptcy Law and Practice*, 2012, 465.

innesca tra i creditori un costosissimo gioco a somma zero⁵ e, dall'altro lato, provoca la svalutazione del patrimonio responsabile⁶. In ragione della struttura finanziaria tipica dell'impresa, caratterizzata da una molteplicità di aventi diritto sul patrimonio del debitore, ogni creditore tenderà di appropriarsi per primo di singoli pezzi aziendali frantumando il complesso produttivo aggregato e deprezzando il patrimonio nel suo insieme. Il diritto della crisi delle imprese ha l'obiettivo di scongiurare tale risultato, perseguendo, attraverso la tutela collettiva del credito, lo scopo della massimizzazione del valore del patrimonio responsabile⁷. A tal fine, è necessario che le decisioni strategiche in ordine alla gestione della crisi siano rimesse nelle mani dei creditori poiché, nella struttura finanziaria dell'impresa, occuperanno la posizione di *residual claimants*, divenendo le parti interessate all'efficiente gestione del patrimonio responsabile⁸.

⁵ F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in Riv. Soc., 2010, 57, secondo il quale "Quando il debitore diviene insolvente "il gioco tra creditori diventa a somma zero, nel senso che quello che guadagna un creditore viene necessariamente perso da un altro". In questa logica le norme che "lasciano più spazio all'autotutela dei creditori finiscono inevitabilmente per penalizzare (in caso di insolvenza del debitore) i creditori che hanno minori possibilità di auto tutelarsi".

⁶ Il valore dell'impresa in funzionamento è superiore alla sommatoria del valore dei singoli beni che la compongono. In argomento v. T.H. JACKSON, *Bankruptcy, Non Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*, in Yale L.J., 1982, 857. I. TIRADO, *Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal» (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)*, in ADC, 2009, 90.

⁷ Sul tema così si è espresso E. JANGER, *The Logic and Limits of Liens*, in Ill. L. Rev., 2015, 590: "Bankruptcy law exists solely because the first-in-time nature of state law remedies can lead to a race of diligence and inefficient dismemberment of viable debtors. Thus, the purpose of bankruptcy policy should be limited to avoiding these inefficient liquidations-preserving going concern value where it exists, while respecting nonbankruptcy distributional priorities".

⁸ Su tutti B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in Giur. comm., 2001, I, 327, secondo cui: "stante il maggior rischio che corre, è equilibrato riconoscere il potere di gestire l'impresa a chi fornisce il capitale di rischio. Così tuttavia fin quando l'investimento di rischio si conservi nell'attivazione dell'impresa, fin quando l'impresa si esprima come going concern. Quando i risultati negativi abbiano bruciato l'investimento di rischio, fermo restando che sembra ragionevole concedere a chi abbia investito a rischio opzione privilegiata nel rinnovare l'investimento, se ciò non avviene e il capitale di rischio risulti azzerato e non rinnovato, la legittimazione alla gestione dell'impresa, ormai qualificata come in crisi perché incapace di produrre reddito per soddisfare nella naturale sequenza economica i debiti assunti, scende di uno scalino: passa cioè dall'investimento di rischio, che non c'è più, al capitale di credito, senza traumi particolari. Lo spossessamento del debitore insolvente si traduce tout court nell'impossessamento della nuova classe di portatori d'interesse, postergata nella gestione dell'impresa rispetto all'investimento di rischio finché l'impresa sia in bonis, privilegiata rispetto a ogni altro quando l'impresa sia caduta in crisi". Si veda inoltre L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna, 2007, 50, che identifica uno degli obiettivi delle procedure

A ben vedere, però, all'interno della variegata platea di creditori gli interessi sono tanti e diversi⁹. Agli estremi di tale differenziato insieme si trovano, da un lato, i creditori garantiti e, dall'altro lato i creditori non garantiti.

I *secured creditors*, qualora il valore del bene o diritto sul quale grava il privilegio sia capiente rispetto all'importo del credito vantato, non ottengono alcun vantaggio da una procedura di risanamento, quale la *reorganization*¹⁰. In ipotesi di successo della procedura, il credito sarà soddisfatto integralmente così come avverrebbe in caso di liquidazione; mentre, in ipotesi d'insuccesso i beni sui quali insiste la garanzia potrebbero svalutarsi con conseguente minor soddisfazione dei diritti vantati.

Ponendo il potere di gestione del patrimonio in capo ai creditori garantiti, dunque, la preferenza tra le possibili alternative ricadrebbe sempre per una rapida, ma non necessariamente efficiente¹¹, monetizzazione del valore di liquidazione del patrimonio; anche quando, cioè, la riorganizzazione porterebbe a un miglior soddisfacimento dei creditori *juniors*.

La scelta di riconoscere il governo del patrimonio in crisi ai creditori *unsecured* potrebbe, d'altro canto, recare un pregiudizio in capo ai creditori garantiti. Atteso che il risultato finale della *reorganization* è incerto (è dubbio, cioè, che la procedura di risanamento abbia successo e conduca alla valorizzazione del patrimonio), dev'essere evitato il pericolo che un

d'insolvenza nel "trasferire il controllo dell'impresa in crisi da un soggetto che ha ormai un sistema di incentivi distorto e inefficiente (il vecchio imprenditore, gli amministratori espressione dei soci) alla categoria di soggetti che ormai loro malgrado forniscono il capitale di rischio: i creditori" e F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, op. cit., 59: "Il controllo spettante agli azionisti sulla società in bonis dovrebbe infatti passare in caso di insolvenza ai creditori che si dovrebbero sostituire ai primi quali nuovi residual claimants"

⁹ M. SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 566 ss. il quale sul punto ritiene che "Altro infatti sarà il cliente che debba ancora ricevere una prestazione dall'impresa in crisi; altro sarà il portatore delle obbligazioni da questa emesse; altro sarà il lavoratore che sulla medesima impresa appunti le sue aspettative di retribuzione futura; altro ancora sarà il fornitore che deve quanto prima recuperare liquidità, o che magari auspichi la sopravvivenza del riformito; altro, infine, sarà l'intermediario finanziario che della trasformazione delle scadenze fa la sua professione; per non tacere poi di quei creditori che sanno di poter comunque confidare nella realizzazione del proprio credito grazie alla garanzia di un bene "capiente" e che non hanno interesse alcuno a soluzioni concordatarie che finiscano col procrastinare la certa realizzazione del proprio diritto".

¹⁰ D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, 2012, Milano, 356.

¹¹ Inefficente in ragione di un'errata valorizzazione della massa attiva dovuta alla mancata attenzione rivolta alle possibili alternative (ristrutturazione/liquidazione).

eventuale insuccesso generi la svalutazione del valore atomistico dei beni del debitore, con conseguente danno per i creditori garantiti.

Proprio a tal fine il *Bankruptcy Code* prevede molteplici norme volte alla tutela dei *secured creditors*. Tali norme, però, così come sono oggi concepite dall'ordinamento statunitense, hanno l'effetto controproducente di collocare i *secured creditors* in situazione di forza rispetto ai creditori *unsecured*. Nella prassi, infatti, i creditori garantiti esercitano una rilevante influenza sulle scelte strategiche compiute dall'organo di gestione della crisi, mentre gli *unsecured creditors* sono esclusi dal governo del patrimonio¹². Da indagini empiriche si è rilevato che numerose procedure di riorganizzazione hanno registrato, prima della presentazione formale del *plan*, cessioni atomistiche, o in blocco, dell'attivo del tutto inefficienti¹³. Al fine di ottenere una celere soddisfazione sul ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di garanzia, i *secured creditors* hanno indirizzato le scelte strategiche del *Trustee* (ovvero del *Debtor in possession*) verso tali cessioni.

È evidente che il conflitto esistente tra creditori di diverso rango ha condotto a risultati inefficienti in termini, sia di valorizzazione della massa attiva, sia di tutela degli aventi diritti sul patrimonio.

Seguendo quella che è definita *residual owner doctrine*, per garantire un'efficiente gestione della crisi, il controllo della procedura dovrebbe essere affidato ai creditori che, secondo l'ordine verticale di distribuzione del patrimonio responsabile, sono gli ultimi ad essere soddisfatti¹⁴. È necessario, pertanto, affidare la gestione del patrimonio responsabile ai creditori che in ipotesi di liquidazione trarrebbero una soddisfazione parziale della pretesa vantata, in percentuale rispetto ai diritti vantati. Tali creditori, invero, subiscono gli effetti, positivi o negativi, generati dalla valorizzazione o svalutazione del patrimonio. La *reorganization*, in caso di successo, potrebbe

¹² D.G. BAIRD – R.K. RASMUSSEN, *The End of Bankruptcy*, op. cit.; H.R. MILLER – S.Y. WAISMAN, *Is Chapter11 Bankrupt?*, op. cit.; D. A. SKEEL, JR., *Creditors' Ball: The "New" New Corporate Governance in Chapter11*, in *U. P.A. L. Rev.*, 2003, 917-920; E. WARREN – J.L. WESTBROOK, *Secured Party in Possession*, in *Am. Bankr. Inst. J.*, 2003, 12; J. L. WESTBROOK, *The Control of Wealth in Bankruptcy*, in *Tex. L. Rev.* 2004, 843-44

¹³ D.G. BAIRD – R. K. RASMUSSEN, *The End of Bankruptcy*, op.cit.; D.G. BAIRD – R. K. RASMUSSEN, *Chapter 11 at Twilight*, op.cit. Sul punto v. anche D. VATTERMOLI, *Chapter11 e tutela dei creditori (note a margine del caso Lehman Brothers)*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2009, 67 ss.

¹⁴ Si ritiene che i *residual owners* siano "persons whose interests are identical with those of the firm as a whole" così L.M. LOPUCKY, *The Myth of the Residual Owner: An empirical study*, in *Law and Economics Res. Papers*, n. 3/11, 2003, 1342. La *residual owner doctrine* è stata di recente oggetto di studio da parte di D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine*, in *Riv. Soc.*, 2018, 858 ss.

aumentare tale percentuale; mentre l'insuccesso potrebbe diminuirla. Solo essi, pertanto, hanno interesse ad un progetto di risanamento dell'impresa insolvente che non sia rischioso a tal punto da poter pregiudicare, in caso di insuccesso, la parte di credito che sarebbe soddisfatta in sede di *liquidation*.

A tal fine, l'*American Bankruptcy Institute* (ABI)¹⁵ ha istituito una commissione che ha elaborato una proposta di riforma del *Chapter 11*. Scopo di questo lavoro è analizzare come la commissione intenda individuare il *residual owner* e risolvere il conflitto esistente tra i creditori di rango diverso. In particolare, l'indagine avrà ad oggetto la proposta avanzata inerente l'introduzione del *redemption option value* come valore da attribuire, in deroga al principio generale della *Absolute Priority Rule*¹⁶, ai *residual owners* (definiti nel *report* creditori *immediately juniors*).

Prima di entrare nel dettaglio, sembra opportuno premettere qualche breve cenno sui diritti ed i poteri, patrimoniali e amministrativi, che l'attuale ordinamento statunitense garantisce ai *secured creditors*. Lo studio si chiuderà con alcune riflessioni per valutare se il legislatore italiano possa – e in che modo – prendere spunto dall'esperienza statunitense.

2. – L'indagine, dunque, procederà con l'analisi di quelli che sono i diritti patrimoniali dei *secured creditors*.

È noto che obiettivo del debitore è l'omologa giudiziale del piano (*confirmation*), e che il *Bankruptcy Code* disciplini due ipotesi di omologazione: la prima, conforme alla volontà dei creditori; la seconda, contraria alla volontà (di parte) dei creditori (procedimento di *cram down*).

Nonostante il carattere privatistico della procedura, la Corte, in questa seconda ipotesi, previa richiesta di parte interessata, ha il potere di omologare il piano che non discrimini ingiustamente (*discriminate unfairly*) la classe di creditori non aderenti e che sia valutato equo e giusto (*fair and equitable*)¹⁷.

¹⁵ Sul sito web www.abi.org/about-us si legge che: "With more than 12,000 members, the American Bankruptcy Institute (ABI) is the largest multi-disciplinary, non-partisan organization dedicated to research and education on matters related to insolvency. Founded in 1982 to provide Congress and the public with unbiased analysis of bankruptcy issues, ABI is the premier professional organization in the field. Members span the entire spectrum of professionals and include attorneys, accountants, auctioneers, judges, lenders, academics, turnaround specialists, credit professionals and many others".

¹⁶ Sulla *Absolute Priority Rule* si segnala un recente scritto di L. M. MÉJAN, *Regla de la prioridad absoluta*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2020, I, 119 ss.

¹⁷ Con riferimento a questa seconda ipotesi v. M. SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo*, op. cit., 568: "Questa chance accordata al debitore è di massima importanza per una agevole ed economica approvazione del piano".

La condizione di piano equo e giusto, strettamente connessa alla regola di distribuzione verticale del patrimonio responsabile, è stata introdotta dal *Bankruptcy Act* del 1898. Il piano era considerato *fair and equitable* quando la soddisfazione dei creditori di rango *junior* veniva subordinata all'integrale pagamento dei creditori di rango *senior*.

Il *Bankruptcy Code*, affinché il piano possa dirsi equo e giusto, prevede, oltre al rispetto della regola dell'*Absolute Priority Rule*, una serie di requisiti a seconda che la classe non aderente sia rappresentata dai *secured creditors*, dai creditori *unsecured* ovvero dai titolari di azioni o quote. Nel caso in cui la classe dissenziente sia composta dai *secured creditors*, la condizione di piano equo e giusto sarebbe rispettata al verificarsi di una delle tre seguenti condizioni:

a) ai creditori garantiti è offerto un pagamento dilazionato nel tempo pari al totale del credito vantato. Tale ipotesi è subordinata al mantenimento della garanzia fino a concorrenza dell'intero pagamento, anche nel caso di cessione a terzi del bene¹⁸;

b) il piano prevede la soddisfazione del creditore garantito sul ricavato dalla vendita del bene gravato da privilegio. In tal caso il *collateral* è ceduto a terzi libero da gravami¹⁹;

c) il piano prevede che i *secured creditors* realizzino dalla procedura una somma indubbiamente equivalente al valore dei diritti vantati (*indubitable equivalent of such claims*)²⁰.

Qualora il *collateral* fosse essenziale ai fini di un'efficiente riorganizzazione dell'attività d'impresa, il debitore, per usufruirne, potrebbe optare per due delle tre alternative, segnatamente quelle descritte ai punti *sub a)* e *c)*.

In ipotesi di dilazione di pagamento, di cui al punto *sub a)*, la quota capitale del credito dev'essere maggiorata con gli interessi dovuti fino al giorno previsto per la soddisfazione. Il tasso d'interesse da corrispondere al creditore garantito dovrà comprendere, deve ritenersi, una componente che vada a coprire il rischio di *default*, ossia il rischio che, alle scadenze pattuite, il debitore non riesca ad adempiere le obbligazioni. La determinazione di tale variabile è tutt'altro che agevole e, spesso, è oggetto di contestazione da parte del creditore garantito, determinando problemi ai fini dell'omologa.

¹⁸ Section 1129 (b) (2) (A) (i) (I) U.S. Code.

¹⁹ Section 1129 (b) (2) (A) (i) (II) U.S. Code.

²⁰ Section 1129 (b) (2) (A) (iii) U.S. Code. La dottrina della "*indubitable equivalent*" – dalla quale ha tratto origine la norma – è stata elaborata, per la prima volta, sentenza in *re Muriel Holding Corporation*, 75 F. 2d 941, 2nd. Cir. 1935.

Con riguardo all'ipotesi descritta al punto *sub c)*, si è registrato, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, un vivace dibattito su ciò che debba intendersi con l'espressione "*indubitable equivalent of such claims*"²¹. Più in particolare, se è certo che il valore da prendere in considerazione è quello dei diritti vantati sul *collateral*, assai più dubbio è se il valore di tali diritti, per essere considerato indubbiamente equivalente a quanto proposto dal piano, debba compensare, anche in tale ipotesi, il rischio d'insuccesso della *reorganization*²². Come detto, però, misurare il tasso di rischio sopportato dal creditore garantito nel riorganizzare gli *assets* del debitore è operazione complessa che, in ogni caso, conduce a risultati discutibili. È ragionevole pensare, dunque, che tali incertezze creino numerose difficoltà nel momento in cui si voglia ottenere l'omologa in regime di *cram down*²³, con la conseguenza che per evitare il pericolo di veder respinta la domanda di *reorganization*, il debitore si piegherà a qualsiasi richiesta avanzata dai creditori garantiti.

3. – L'omologa giudiziale attraverso il procedimento di *cram down* è un

²¹ AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, *ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11: Final Report and Recommendation*, 2014, 229: "The valuation of a secured creditor's claim thus involves at least two questions, both of which can provoke litigation: What is the appropriate valuation standard for the property included in the secured creditor's collateral, and what is the appropriate standard for determining the value of the secured creditor's interest in such collateral under that standard? It also can raise a third issue concerning the appropriate valuation methodology - e.g., discounted cash flow, precedent sale transactions, and comparable company analysis. Courts have taken different approaches to questions of valuation in chapter 11. Some courts suggest that liquidation value is always an appropriate standard for determining the value of the secured creditor's interest in collateral because the debtor is operating in bankruptcy. Other courts apply a liquidation standard when valuing claims in chapter 7, and a going concern standard in reorganizations under chapter 11 on the theory that the valuation should be based on how the collateral is being used. Still other courts struggle with whether a liquidation standard, if appropriate, should be analyzed on a forced-sale or orderly-sale basis. The uncertainty surrounding valuation issues generates both litigation and, arguably, consensual resolutions". Sul punto, in *re Ridge Development Corp.*, la Corte ha così stabilito: "If reasonable people can differ on the valuation of property, the valuation might be proved by a preponderance of the evidence but the conclusion would not be indubitable". Si veda anche *In re Walat Farms, Inc.*, 70 B.R. 330, 333, 15 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 758, Bankr. L. Rep. (CCH) P 71721 (Bankr. E.D. Mich. 1987).

²² La giurisprudenza ritiene infatti che il quantum da offrire ai creditori garantiti debba compensare sia il valore del credito, sia il rischio d'insoddisfazione nel caso d'insuccesso della procedura v. *In Re Sparks*, 181 B.R. 341 (Bankr. N.D.Ill.1995) (disponibile on-line sul sito <https://www.courtlistener.com/opinion/1878381/in-re-sparks/>)

²³ Si veda D.G. BAIRD – D.S. BERNSTEIN, *Absolute Priority, Valuation Uncertainty, and the Reorganization Bargain*, in *Yale L.J.*, 2006, 1930 ss.

procedimento estremamente complesso. Si è detto delle difficoltà che incontra il debitore nel predisporre un piano che preveda, con riguardo ai *secured creditors*, un'offerta indubbiamente equivalente ai diritti vantati. La semplice minaccia di un voto contrario, quindi, permette ai *secured creditors* di controllare l'andamento della procedura, ed avendo essi, come detto, esclusivo interesse alla celere liquidazione del *collateral*, imporranno al debitore l'utilizzo dello strumento disciplinato dalla *section 363 (b)* del *Bankruptcy Code*²⁴.

La *section 363 (b)* del *Bankruptcy Code* consente, previa autorizzazione della Corte, la rapida cessione di tutti, o sostanzialmente tutti gli *assets* del debitore anche fuori dal normale corso delle attività d'impresa. La richiesta autorizzazione dev'essere formulata nel periodo che intercorre tra la domanda di *reorganization* e la realizzazione del piano.

È noto che il *Chapter 11* fa perno proprio sulla predisposizione, approvazione ed omologazione del c.d. *plan*²⁵; ciononostante, la *section 363 (b)* consente al *Trustee* (o al *Debtor in Possession*) di liquidare gran parte dell'attivo prima dell'omologazione del piano. Tale ipotesi, in teoria, dovrebbe rappresentare l'eccezione e non la regola della procedura; il legislatore statunitense ha, infatti, inteso offrire un'alternativa al caso abituale (che, come detto, prevede il deposito di un piano di riorganizzazione seguito dall'approvazione dei creditori), per eventualità rare nelle quali l'attivo del debitore presenti beni soggetti a rapido deterioramento.

Per comprendere la *ratio* sottesa alla disciplina è utile indagare l'evoluzione storica della stessa, partendo dalla versione originaria del *Bankruptcy Act* del 1867 e terminando con la versione attuale, introdotta dal *Bankruptcy Reform Act* nel 1978.

A. La *section 25* del *Bankruptcy Act* del 1867 stabiliva che: "*And be it further enacted, that when it appears to the satisfaction of the court that the estate of the debtor, or any part thereof, is of a perishable nature, or liable to deteriorate in value, the court may order the same to be sold, in such manner as may be deemed most expedient, under the direction of the messenger or assignee, as the case may be, who shall hold the funds received in place of the estate disposed of (...)*". La

²⁴ Su tutti cfr. C. J. TABB, *The Bankruptcy Clause, the Fifth Amendment, and the Limited Rights of Secured Creditors in Bankruptcy*, in *U. Ill. L. Rev.*, 2015, 771.

²⁵ L.U. DAVIS JR. – M.B. MCCULLOUGH – E.P. McNULTY – R.W. SCHULER, *Corporate Reorganization in the 1990s: Guiding Directors of Troubled Corporation Through Uncertain Territory*, in *The Business Lawyer*, 47, 1, 1991, 21 ha correttamente ritenuto che: "il piano è la pietra angolare della *reorganization*". Sul punto v. anche L. PICONE, *La reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, 87 ss.

condizione per procedere alla vendita era, dunque, quella della “*perishable nature, or liable to deteriorate in value*” dei beni, potendo la cessione aver luogo solo nel caso di beni soggetti a rapido deterioramento, con l’intento di conservarne il valore di liquidazione.

B. Con la riforma del 1898 la norma fu abrogata, ma si registrarono casi nei quali la Corte autorizzò la cessione di parte del patrimonio per evitare una perdita di valore nel tempo²⁶.

C. Il *Chandler Act* del 1938 interviene per disciplinare nuovamente la fattispecie, e alla *section 116 (3)* dispone: “*Upon the approval of a petition, the judge may (...) authorize a receiver or a trustee or a debtor in possession, upon such notice as the judge may prescribe and upon cause shown, to lease or sell any property of the debtor, whether real or personal, upon such terms and conditions as the judge may approve*”. In capo al *Trustee*, ovvero al debitore in ipotesi di *Debtor in Possession*, sorge l’obbligo di dimostrare quale sia la ragione (*upon cause shown*) per la quale sia necessario *to lease or sell any property of the debtor*.

D. Ai sensi della *section 363 (b)* del *Barnkrutpcy Code*: “*The trustee, after notice and a hearing, may use, sell, or lease, other than in the ordinary course of business, property of the estate*”. Tale norma dispone, per l’approvazione della vendita, obblighi meramente informativi (*notice and hearing*). Nel silenzio della legge, si è ritenuto che l’intento del legislatore fosse quello di legittimare ogni cessione sorretta da una *good business opportunity and business justification*²⁷, ampliando così il ventaglio delle possibili liquidazioni: il *Bankruptcy Act* del 1867 e il *Chandler Act* del 1938 impongono, ai fini del rilascio dell’autorizzazione per la vendita, requisiti più severi quali la “*perishability dei beni*” ed il dovere di “*show cause of the sale*”, circoscrivendo il campo delle liquidazioni meramente a limitate ipotesi.

L’indagine storica aiuta a comprendere che la disciplina di cui alla *section 363 (b)*, dovrebbe perseguire l’obiettivo di valorizzare l’attivo patrimoniale del debitore, evitando una svalutazione nel tempo che intercorre tra la domanda di *reorganization* e la predisposizione del piano.

²⁶ *In re Pedlow*, 209 F. 841, 842 (2d Cir.1913). V. inoltre *Hill v. Douglass*, 78 F.2d 851, 853-54 (9th Cir.1935).

²⁷ *In re Lionel Corp.*, 722 F.2d 1063, 1066, (2Cir. 1983) (disponibile on-line sul sito <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/722/722.F2d.1063.83-5060.517.html>), la Corte ha ritenuto che: “[T]here must be some articulated business justification, other than appeasement of major creditors for using, selling or leasing property out of the ordinary course of business before the bankruptcy judge may order such disposition under 363(b)”.

Come visto, la procedura per il rilascio dell'autorizzazione per la vendita richiede oggi requisiti meno stringenti rispetto al passato. Proprio perché nella vendita sussisterebbero *good business opportunities and business justifications*, il procedimento di autorizzazione dev'essere snello e veloce, tale da evitare che il trascorrere del tempo conduca alla svalutazione degli *assets*²⁸. È noto, però, che i giudizi caratterizzati da speditezza comportano un arretramento delle garanzie processuali. Ed invero, tali procedimenti sono carenti dei principi essenziali del "giusto processo" quali, ad esempio, il contraddittorio tra le parti e il diritto alla prova. La rapidità che caratterizza il procedimento disposto dalla *section 363 (b)*, proprio perché nega il contraddittorio tra le parti e il diritto alla prova, colloca i creditori *unsecured* fuori dal governo del patrimonio. Nella prassi, infatti, i creditori *unsecured* si sono trovati nell'impossibilità di tutelare il loro interesse alla riorganizzazione piuttosto che alla liquidazione; al contrario, i *secured creditors* hanno conquistato il "potere amministrativo" indirizzando la procedura, attraverso l'utilizzo dello strumento disciplinato dalla *section 363 (b)* del *Bakruptcy Code*, verso la rapida cessione dei beni prima della predisposizione del piano di *reorganization*.

4. – Dall'indagine sui diritti e poteri, patrimoniali e amministrativi, che l'attuale ordinamento statunitense garantisce ai *secured creditors*, sono emerse le ragioni sulla base delle quali le scelte strategiche in ordine alla gestione del patrimonio in crisi sono nelle mani dei creditori garantiti²⁹. Qualora, al contrario, le decisioni fossero assunte nell'interesse dei *residual owners* che, come detto, sono i più interessati a che la gestione sia la più efficiente possibile, l'obiettivo di massimizzare la soddisfazione dei creditori attraverso la valorizzazione del patrimonio del debitore in crisi verrebbe conseguito.

Al fine di bilanciare gli interessi in gioco, la commissione istituita dall'*American Bankruptcy Institute* ha proposto l'introduzione di un procedimento volto a regolare, in ipotesi di *section 363 (b)*, il rilascio dell'autorizzazione alla vendita. La Corte potrà autorizzare la liquidazione dei beni solo se sia stata garantita una realizzazione delle pretese vantate,

²⁸ La *good business opportunity and business justification* è eretta dalla circostanza che il trascorrere del tempo determina alla svalutazione dei beni, obbligando il debitore alla rapida cessione.

²⁹ Le difficoltà, in ipotesi di *cram down*, nel predisporre un'offerta indubbiamente equivalente al valore dei diritti vantati dai creditori garantiti e la facilità, attraverso il procedimento disciplinato dalla *section 363 (b)*, di liquidare atomisticamente gli *assets*, consegnano il governo della procedura nelle mani dei *secured creditors*.

almeno pari al *redemption option value*³⁰, in favore di chi si trova – seguendo l'*Absolute Priority Rule* – in posizione *immediately junior* rispetto all'ultimo creditore soddisfatto.

Per comprendere la *ratio* sottesa alla proposta è opportuno avvalersi di un esempio numerico.

Supponiamo che si apra la *reorganization* dell'impresa Alfa. Il *liquidation value* del patrimonio è pari ad € 1.000.

Il passivo è costituito da quattro creditori:

- A, privilegiato di primo grado, concorre sul patrimonio per € 200;
- B, privilegiato di secondo grado, concorre sul patrimonio per € 750;
- C, chirografo concorre sul patrimonio per € 500;
- D, postergato assoluto, concorre sul patrimonio per € 750.

In caso di successo, si stima che il *reorganization value* sarà uguale ad € 1.200.

Il creditore A, vantando pretese per € 200, con privilegio di primo grado su un patrimonio di € 1.000, ha numerose probabilità di veder integralmente soddisfatte le ragioni vantate, anche in caso di insuccesso della *reorganization*. Ed invero, il credito sarebbe insoddisfatto solo nella remota ipotesi che la gestione della massa attiva generi una svalutazione del patrimonio superiore all'80%.

Il creditore B, vantando pretese per € 750, con privilegio di secondo grado sul patrimonio dell'impresa Alfa, si trova in posizione *immediately junior* rispetto ad A e in posizione *senior* rispetto a C. Secondo la regola di assoluta priorità, prima di iniziare un riparto in favore di B è necessario il soddisfacimento integrale delle ragioni vantate dal creditore A. Da ciò segue che, il valore dei beni sui quali insiste il privilegio è uguale alla differenza tra il *liquidation value* dell'impresa Alfa (euro 1.000) e il credito vantato da A (euro 200), pari ad € 800 e, pertanto, capiente ai fini del soddisfacimento integrale del credito vantato da B (euro 750). L'insuccesso della *reorganization*, nel caso in cui generi una svalutazione del *liquidation value*, comporterebbe un pregiudizio in capo a B che correrebbe il rischio di non veder integralmente soddisfatto il credito vantato. Può dirsi che il creditore B non ha nulla da guadagnare, ma solo da perdere, dall'avvio di una procedura di risanamento.

Il creditore C si trova in posizione *immediately junior* a B e *senior* rispetto a D. Sempre in ragione dell'*Absolute Priority Rule*, la soddisfazione delle pretese vantate da C è postergata al soddisfacimento integrale dei crediti

³⁰ Il "*Redemption option value*" rappresenta valore di una "teorica" opzione finanziaria *call* che abbia come sottostante l'intero patrimonio del debitore.

vantati da A e B. Il valore dei beni sul quale insiste la garanzia di C è uguale alla differenza tra il *liquidation value* (euro 1.000) e la somma dei crediti vantati da A e B (euro 950). Il creditore C, in caso di liquidazione del patrimonio responsabile sarebbe soddisfatto parzialmente per € 50.

In ipotesi di efficiente gestione della procedura collettiva, si è ipotizzato un *reorganization value* uguale ad € 1.200; tale valorizzazione del patrimonio consentirebbe una migliore soddisfazione – pari ad euro 250 – delle pretese vantate da C. L’insuccesso della procedura di risanamento, però, potrebbe generare una svalutazione del patrimonio responsabile tale da determinare il mancato soddisfacimento di quanto otterrebbe C in ipotesi di liquidazione, ovvero euro 50. A ben vedere, può dirsi che C è il *residual owner* poiché subisce gli effetti – positivi o negativi – che genera la procedura.

Il creditore D, postergato assoluto, è sempre fuori dai giochi (*out of the money*): né il *liquidation value*, né il *reorganization value* consentono una valorizzazione del patrimonio tale da garantire la soddisfazione integrale di tutti i creditori *seniors* a D.

Il conflitto esiste tra B – totalmente avverso al rischio poiché dalla riorganizzazione ha solo da perdere – e C che, al contrario, ha interesse alla valorizzazione della massa attiva attraverso un’efficiente gestione degli *assets*. Esiste, dunque, tra il *secured creditor* che seguendo l’*Absolute Priority Rule* sarà l’ultimo ad essere soddisfatto integralmente e il creditore *immediately junior* ad esso, che si troverà in posizione di *residual owner*³¹.

³¹ L’esempio sopra considerato è utile, altresì, per comprendere il concetto di *parti interessate* di cui all’art. 2, co.1, n. 2 della Direttiva (UE) 2019/1023 sulla ristrutturazione e sull’insolvenza. A ben vedere, al suo interno, la direttiva distingue tra “*parti interessate dal piano di ristrutturazione*”, per tali intendendosi i creditori, i lavoratori, o i detentori di strumenti di capitale, “*su cui rispettivi crediti o interessi incide direttamente il piano di ristrutturazione*”; e “*parti non interessate dal piano di ristrutturazione*”. Con riguardo alle parti non interessate all’art. 8, co. 1, lett. e) è stabilito che il piano di ristrutturazione deve descrivere i motivi per cui si propone che non siano interessate.

Nel nostro caso, può dirsi che i creditori A e D siano le “*parti non interessate dal piano di ristrutturazione*”; mentre i creditori B e C siano “*le parti interessate dal piano di ristrutturazione*”. Il creditore A, invero, non avrebbe alcun interesse all’andamento della procedura poiché sarebbe integralmente soddisfatto, sia in caso di successo, sia in caso d’insuccesso della *reorganization*; così come il creditore D che, qualsiasi sia l’esito finale della procedura, mai troverà soddisfazione della pretesa vantata. Al contrario, si è visto che il creditore B è interessato all’andamento della *reorganization* poiché potrebbe veder pregiudicate le pretese vantate nell’ipotesi in cui una cattiva gestione della procedura determini la svalutazione del patrimonio responsabile; così come, il creditore C è indubbiamente interessato poiché subisce gli effetti positivi e negativi generati dal successo o dall’insuccesso della procedura.

La disciplina descritta dalla direttiva comunitaria esclude le parti *non interessate* dai legittimati al voto sull’adozione del piano di ristrutturazione. Al

Il creditore B, attraverso quelli che abbiamo definito come diritti patrimoniali e poteri amministrativi, potrà imporre al debitore la liquidazione degli *assets* tramite lo strumento disciplinato dalla *section 363 (b)* del *Code*. Il creditore C, non potendo contestare l'evidenza che la riorganizzazione dell'impresa porterebbe ad un miglior soddisfacimento delle pretese vantate, sarebbe messo *out of the money* e dovrebbe accontentarsi del *liquidation value*.

Al fine di contemperare gli interessi in gioco, garantendo un'adeguata tutela alle ragioni vantate dal *residual owner*, ispirandosi alla dottrina statunitense meglio conosciuta con l'espressione *Relative Priority Rule*, la commissione istituita dall'*American Bankruptcy Institute* propone di attribuire il *redemption option value* al creditore C³². La soluzione consentirebbe: i) al

contrario, le parti interessate sono legittimate al voto e, in caso di dissenso, possono contestare l'omologa chiedendo la verifica sul valore dell'impresa in crisi per presunta violazione della regola del miglior soddisfacimento dei creditori. A ben vedere, però, la valutazione del patrimonio in crisi è tutt'altro che agevole, varia a seconda del metodo di valutazione adottato e, spesso, è oggetto di contestazione determinando problemi ai fini dell'omologa. Sul punto v. A. SCHWARTZ, *A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy*, in Yale L.J., 1998, 807 ss.; e M. Sciuto, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo*, op. cit., 569 secondo il quale il vero problema della *reorganization* consiste nel "dover ad procedere una stima (meglio sarebbe a dirsi: una scommessa) del valore dell'impresa riorganizzata (a seguito cioè della prevista riorganizzazione), onde stabilire quanto sarebbe dovuto spettare a ciascuna classe se si fosse rispettata la *priority rule*."

Questo processo - l'esperienza lo ha dimostrato fuor di dubbio - può essere lunghissimo (e quindi fonte di incertezza e di ritardi capaci di ripercuotersi fatalmente sull'avviamento dell'impresa) e molto costoso (a causa delle parcelle dei professionisti che coinvolgerebbe) (...) E comunque, il processo di valutazione resta fortemente impreciso, fondandosi esclusivamente su una prognosi di futuri guadagni, attualizzati secondo un tasso di interesse anch'esso oggetto di incertezza e di forti contrasti. Si tratta insomma di un procedimento che può richiedere "a high degree of crystal-ball gazing" e che, a causa dei lunghi accertamenti, rischia di (...) far morire il paziente mentre i medici discutono al suo capezzale. La valutazione dell'impresa in esercizio - può dirsi allora senza timore di esagerazioni - è il problema della *Reorganization statunitense*. È perciò che spesso, di fronte al possibile dissenso di qualche classe (che richiederebbe il ricorso ad un *cram down* e allora l'esperimento di un *fair and equitable test*, previa stima del *going concern value*), si preferisce rinegoziare il trattamento della *dissenting class* al fine di strapparle quel consenso che consenta di evitare del tutto il *cram down*".

³² Sull'adozione della *Relative Priority Rule*, v. D. BAIRD, *Priority Matters: Absolute Priority, Relative Priority, and the Cost of Bankruptcy*, in U. Pa. L. Rev., 2017, 785. Sempre in tema di *Relative Priority Rule*, benché in merito al conflitto tra soci e creditori nel concordato preventivo in continuità aziendale, così si è espresso D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci*, op. cit., 868: "la RPR si fonda sull'attribuzione ai titolari di posizioni junior sul patrimonio del debitore - nel caso che qui ne occupa, i soci della società in concordato in continuità - di una *call option*, il cui esercizio, ad una data (*exercise date*) e

senior creditor di assicurarsi il potere di gestione per indirizzare la procedura verso una serena liquidazione degli *assets*; e ii) al *residual owner*, identificato nel creditore *immediatly junior*, di soddisfarsi attraverso il *redemption option value*.

Affinché tale proposta possa essere accolta senza recare un pregiudizio ai *residual owners* che, si osservi, verrebbero spossessati del potere di gestione del patrimonio, è necessario assicurare che il *redemption option value* corrisponda al valore delle azioni della società in crisi. In astratto, infatti, si ritiene che i *residual owners* si sostituiscano ai soci quali investitori di capitale di rischio, divenendo (fittiziamente) i nuovi detentori delle azioni della società. Per spossessarli dal governo del patrimonio, è necessario offrire loro una somma pari al valore dei titoli azionari ma, com'è noto, la determinazione di tale valore varia a seconda del metodo di valutazione adottato. La commissione, pertanto, reputa opportuno introdurre nel sistema legislativo i criteri sulla base dei quali debba essere stimato il valore del patrimonio responsabile. A tal proposito, dopo aver a lungo indagato sui vari metodi offerti dalla dottrina aziendalistica, i commissari hanno scelto il *Black and Scholes model*. Tale modello equipara il valore del capitale proprio al valore di un'opzione finanziaria *call* su valore dell'impresa stessa³³. Com'è noto, le opzioni *call* garantiscono al portatore il diritto di acquistare un'attività, detta sottostante, entro una data certa, previo pagamento di un "premio" iniziale. Il portatore esercita l'opzione "scommettendo" che il valore del sottostante, alla scadenza, sia superiore rispetto al premio iniziale pagato. Nell'ipotesi di impresa in crisi, il portatore di tale "fittizia" opzione è il *residual owner*³⁴. In sostanza, il *residual owner* "scommette" che la gestione efficiente della *reorganization* sarà in grado di aumentare il valore del patrimonio in modo da massimizzare la *recovery* delle pretese vantate.

Il creditore *senior* potrà sostituirsi nelle ragioni del *residual owner*, spossessandolo del potere di gestione, solo pagando il prezzo di tale "fittizia" opzione finanziaria *call*.

Al fine della determinazione del "prezzo" dell'opzione, il modello di *Black and Scholes* utilizza quattro variabili: la data entro la quale esercitare il diritto di opzione (*expiration date*); la volatilità del prezzo dell'azione

ad un prezzo (strike price) prefissati, consente loro di estromettere i titolari di posizioni *senior* dalla partecipazione al capitale sociale dell'ente risanato".

³³ F. BLACK, M. SCHOLES, *The pricing of the Options and Corporate Liabilities*, in *Journal of Political Economy*, 1973, 637-654.

³⁴ Nell'esempio il creditore C. Il creditore *senior* (cioè B), per mettere fuori dai giochi il *residual owner* (cioè C) deve corrispondere il valore della teorica opzione finanziaria *call* di cui è portatore in caso di crisi.

(*volatility*); il tasso privo di rischio (*risk free rate*); e il prezzo di esercizio (*strike price*). Nel *report* finale, la commissione chiarisce quali sono i criteri da adottare per la determinazione di tali variabili.

– Quanto alla *expiration date*, in ragione della durata media del *reorganization plan*, è stata fissata alla scadenza del terzo anno successivo alla data della domanda;

– La *volatility* secondo i commissari può essere alternativamente determinata (i) o in relazione alla volatilità che storicamente ha caratterizzato le imprese simili, (ii) o di comune accordo tra le parti, (iii) ovvero utilizzando l'indice fornito da *S&P500 Index*;

– Il *risk free rate* sarà uguale al tasso dei titoli di stato;

– Lo *strike price* sarà pari all'indebitamento complessivo dell'impresa stessa³⁵.

È opportuno soffermarsi sullo *strike price* poiché può risultare estremamente difficile individuare il livello di indebitamento complessivo dell'impresa in stato di crisi. Ed invero, si è detto che il portatore di tale opzione finanziaria *call* è il *residual owner* che si sostituisce – fittiziamente – agli azionisti a seguito della conversione del credito in titoli azionari. Atteso che, da un lato, il capitale sociale è eroso dalle perdite e, dall'altro lato, i creditori che si trovano in posizione *junior* rispetto al *residual owner* sono *out of the money*³⁶, il valore dell'indebitamento dovrà essere valutato pari alle pretese vantate da chi si trova, secondo lo schema di assoluta priorità, in posizione *senior* rispetto al *residual owner*. A ben vedere, la difficoltà principale che si registra in merito alla determinazione dello *strike price* è data dalla corretta individuazione del *residual owner*. Riconoscere chi, nel novero del differenziato insieme dei creditori, occupi la posizione di *residual owners* è operazione molto complessa. In linea di massima, i *residual owners* vengono identificati nei creditori *unsecured*³⁷, poiché essendo soddisfatti parzialmente subiscono gli effetti positivi e negativi della procedura. Va detto, però, che anche all'interno di tale macro-categoria è possibile rinvenire soggetti con interessi eterogenei. Ed invero, è possibile trovare i) i creditori garantiti da un bene incapiente; ii) i creditori chirografari in senso stretto; iii) i creditori "relativamente" subordinati, la cui soddisfazione

³⁵ Sul punto così S. FONTANA, *L'applicazione della formula di Black and Scholes per la stima del capitale economico delle aziende*, Roma, 2011, 44: "L'emissione delle obbligazioni comporta teoricamente la cessione dell'impresa ai creditori e il diritto di opzione degli azionisti di "riacquistare" l'impresa rimborsando il debito alla scadenza. Detto importo rappresenta il prezzo d'esercizio (*strike price*), mentre il valore totale dell'impresa funge da attività sottostante".

³⁶ Perché in nessun caso saranno soddisfatti.

³⁷ D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati*, op. cit., 356, nt. 4.

dipende dal previo soddisfacimento integrale di alcuni (e non tutti) gli aventi diritto sul patrimonio del debitore; ovvero *iv*) i creditori che in nessun caso saranno soddisfatti poiché *juniors* nell'ambito di un patrimonio insufficiente a soddisfare integralmente le ragioni dei *seniors*³⁸. L'idea di equiparare il valore del capitale proprio al valore di un'opzione finanziaria *call* su valore dell'impresa stessa, è valida principalmente perché consente l'emersione spontanea del *residual owner*. Ed invero, risulta semplice notare come solo il *residual owner* abbia interesse ad investire nella *reorganization* "scommettendo" che la gestione efficiente della procedura sarà in grado di aumentare il valore del patrimonio in modo da massimizzare la *recovery* delle pretese vantate. Allo stesso modo, è agevole osservare che solo chi si trova in una posizione *immediately senior* al *residual owner* possa essere interessato a "pagare" il prezzo delle azioni per indirizzare la gestione della procedura verso una serena liquidazione degli *assets*. Ed infatti, nell'esempio proposto, il creditore A non trae alcuna convenienza nel pagare il *redemption option value* al creditore C, in quanto ha una probabilità molto elevata di vedere soddisfatte le pretese vantate al termine della procedura³⁹. Diversamente, il creditore B, che occupa la posizione di *immediately senior* rispetto a C, potrebbe avere interesse a pagare un prezzo per esercitare l'opzione *call* ed indirizzare la procedura verso una rapida e sicura liquidazione dei beni. Da quanto innanzi osservato discende, dunque, che *i*) il creditore *immediately junior* – rispetto a chi esercita l'opzione – si trova nella posizione di proprietario residuale; e *ii*) l'indebitamento dell'impresa in crisi è pari al valore delle pretese vantate da chi si trova in posizione *senior* rispetto al creditore *immediately junior*⁴⁰.

³⁸ Nell'esempio sopra considerato, il creditore D fa parte della macro-categoria degli *unsecured*, ma non vi è alcun motivo per cui la gestione della procedura debba indirizzarsi nel suo interesse, proprio perché, come detto, sarà insoddisfatto anche in ogni caso. Al contrario, il creditore C, anch'esso facente parte della classe di creditori *unsecured*, poiché soddisfatto parzialmente, trae un vantaggio dalla massimizzazione del valore del patrimonio, ed è pertanto che nel suo interesse gli organi della procedura dovrebbero operare.

³⁹ Si ricorda che nell'esempio proposto, ai fini di una soddisfazione parziale del creditore A, l'insuccesso della procedura di *reorganization* dovrebbe generare una svalutazione del patrimonio responsabile dell'80% rispetto al *liquidation value*. Risulta, pertanto, oggettivamente probabile, che qualunque sia la scelta strategica assunta dagli organi della procedura, il creditore A sarà soddisfatto integralmente delle pretese vantate.

⁴⁰ Sul punto v. AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, *ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11: Final Report and Recommendation*, 2014, 226

5. – La proposta avanzata dall'*American Bankruptcy Institute*, senza dubbio coraggiosa, mira a garantire l'efficienza del sistema concorsuale consentendo una deroga all'*Absolute Priority Rule*. Proprio la violazione della regola verticale di distribuzione del patrimonio responsabile che, come noto, rappresenta uno dei principi cardine delle procedure concorsuali, indubbiamente rivolto alla tutela degli interessi dei *secured creditors*, rappresenta la critica più rilevante mossa alla proposta in commento. Il creditore *immediately junior*, per essere spossessato della gestione del patrimonio, è soddisfatto, attraverso il *redemption option value*, antecedentemente alla soddisfazione integrale dei creditori di rango *senior*⁴¹. A tal proposito, è stato detto che l'introduzione del *redemption option value* comporterebbe "*significant and negative implications for Secured Lenders*"⁴².

A ben vedere, però, non sarebbe la prima deroga alla regola di assoluta priorità. Ed invero, la giurisprudenza statunitense ha da tempo elaborato la teoria conosciuta come "*new value exception*" che intende risolvere, nell'ambito delle procedure di risanamento, il conflitto che sorge tra soci, interessati a mantenere una quota del capitale sociale, e creditori, interessati ad essere soddisfatti integralmente. Seguendo quello che è, appunto, l'ordine verticale di distribuzione del patrimonio responsabile, i soci avrebbero diritto a mantenere il possesso delle partecipazioni sociali solo dopo aver soddisfatto integralmente tutti i creditori. Al contrario, tramite l'applicazione della *new value exception*, i soci avranno diritto a mantenere la proprietà delle quote di capitale previo pagamento di un prezzo, pari al valore teorico delle azioni, in favore dei creditori soddisfatti in percentuale.

Il *redemption option value*, all'opposto della *new value doctrine*, contempera il conflitto d'interesse che nasce tra i creditori di diverso rango.

Se è vero che la *new value doctrine* può essere replicata, seppure con alcuni temperamenti, nell'ordinamento domestico, in particolare nell'ipotesi di concordato con continuità aziendale⁴³, è da valutare l'idea di una

⁴¹ È probabile, altresì, che la liquidazione degli *assets* si rilevi rapida ma inefficiente, pregiudicando – conseguentemente – le pretese vantate dal creditore *senior* che ha esercitato l'opzione. Al contrario il creditore, *immediately junior* riceverà prima della liquidazione del patrimonio responsabile una soddisfazione pari al *redemption option value*.

⁴² CHAPMAN & CUTLER LLP, *Redemption option value: Broad Implications for Secured Lenders*, disponibile on-line sul sito https://www.chapman.com/media/publication/470_Chapman_ABI_Commission_Chapter_11_Reform_Redemption_Option_Value_Secured_Lenders_010515.pdf

⁴³ D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 331 ss.

rivisitazione del concordato preventivo di liquidazione in ragione del *redemption option value*.

Come noto, l'art. 177, co. 2, l. fall. (ripreso dall'art. 109, co. 3 cci) esclude dai legittimati al voto i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento⁴⁴.

Dal contenuto della norma citata emerge l'intento del legislatore domestico di rimettere il controllo della procedura nelle mani dei chirografari, individuando il *residual owner* all'interno di tale categoria di creditori. La *ratio* della disciplina è rinvenuta nella carenza di interesse dei prelatizi soddisfatti integralmente, circa l'esito della procedura.

In realtà, come visto, i creditori privilegiati potrebbero perseguire quale obiettivo quello di essere soddisfatti nel più breve tempo possibile, attraverso una gestione prudente della massa attiva evitando il rischio che l'insuccesso della riorganizzazione (del concordato in continuità aziendale) comporti, nel tempo, la svalutazione degli *assets* del debitore. I creditori prelatizi potrebbero avere interesse a corrispondere un "prezzo" in favore dei creditori *juniors* per entrare nel controllo della procedura e indirizzarla verso una rapida liquidazione.

A tal fine, potrebbe immaginarsi una procedura concordataria che preveda la distribuzione del *redemption option value* ai creditori chirografari e ammetta al voto i creditori privilegiati soddisfatti parzialmente. In tal caso, i creditori chirografari sarebbero esclusi dai legittimati al voto poiché otterrebbero il massimo valore estraibile dall'impresa in concordato. La perdita della legittimazione al voto andrebbe bilanciata da una norma che riconosca il diritto di opposizione all'omologazione a tutti i creditori chirografari (i quali potrebbero, infatti, contestare la determinazione del *redemption option value*).

Sempre ragionando *de jure condendo*, va detto che, nonostante il nostro ordinamento contempli una serie di norme che, al fine dell'applicazione, richiedono la stima del patrimonio responsabile, è al momento assente una disposizione volta a chiarire quale sia il corretto metodo di valutazione. Si pensi all'art. 182-*quinquies* l. fall. (art. 99, co. 3 cci) – che disciplina l'autorizzazione a contrarre finanziamenti funzionali ad una miglior

⁴⁴ Sul trattamento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo v. A. Patti, *Il trattamento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2014, 127 ss.; L. BENEDETTI, *Il trattamento dei creditori con diritti di prelazione nel nuovo concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, 1044 ss.; S. BONFATTI, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2013, disponibile on line al sito <https://blog.ilcaso.it/stampa/454>.

soddisfazione dei creditori⁴⁵ –, a quanto stabilito dall'art. 186-bis (art. 87, co. 3 cci) – laddove l'esperto deve attestare che la continuità aziendale sia funzionale alla miglior soddisfazione dei creditori –, e per ultimo al principio del “no creditor worse off” (NCWO), proprio della risoluzione bancaria, in base al quale azionisti e creditori non possono ricevere meno di quanto essi riceverebbero in caso di apertura della liquidazione coatta amministrativa nei confronti dell'ente sottoposto a *bail-in*⁴⁶.

Il legislatore domestico affida il compito della stima al professionista, ma non stabilisce, *ex ante*, quale sia il metodo corretto da utilizzare. La scelta del criterio di valutazione dell'impresa in crisi, a seconda che si adotti una stima a valori di funzionamento ovvero a valori di liquidazione, può determinare risultati tra loro molto differenti. Ciò genera incertezza nell'applicazione delle regole in cui è richiesta la valutazione del patrimonio, aumentando i conflitti esistenti tra *secured* e *unsecured creditors* in ordine alla gestione del patrimonio del debitore. È alla luce di tali considerazioni, dunque, che appare interessante e condivisibile la proposta della commissione istituita dall'*American Bankruptcy Institute*, che prevede l'introduzione nel sistema legislativo dei criteri sulla base dei quali debba essere stimato il valore del patrimonio responsabile.

Abstract

THE ADOPTION OF THE RELATIVE PRIORITY RULE TO REFORM THE US CHAPTER 11: THE REDEMPTION OPTION VALUE AS THE VALUE TO BE ENSURED TO RESIDUAL OWNERS

Nel campo della crisi d'impresa, il conflitto esistente tra creditori di diverso rango ha spesso condotto a risultati inefficienti in termini sia di valorizzazione della massa attiva, sia di tutela degli aventi diritti sul patrimonio.

⁴⁵ Secondo S. AMBROSINI, *La tutela dei finanziamenti all'impresa in crisi*, in F. VASSALLI – F.P. LUISO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, Giappichelli, 2013, 450: “è proprio nella miglior soddisfazione dei creditori che sta l'architrave su cui poggia la norma: la concessione di nuovo credito in tanto può essere autorizzata, in quanto l'esperto sia in grado, sotto la sua responsabilità, di attestare la funzionalità rispetto all'obiettivo che a ben vedere permea di sé l'intera legge fallimentare: la migliore soddisfazione dei creditori”

⁴⁶ Al fine del rispetto del principio del “no creditor worse off” (NCWO), un esperto incaricato dall'Autorità di Vigilanza valutare, prima che si possa procedere all'applicazione della misura, il trattamento che i creditori riceverebbero se l'ente venisse liquidato, appunto, nell'ambito della procedura di l.c.a. In tema di *bail-in* v. J. P. EZQUERRA, *Risoluzione della banca e “bail-in”*: “no creditor worse off”, in *Dir. fall.*, 2020, I, 750 ss.; G. G. TERRANOVA, *Diritti soggettivi senza sovranità (a proposito di bail-in, cram-down e altro)*, in *Dir. fall.*, 2018, I, 93 ss.

Da un lato, i *secured creditors*, qualora il valore del bene o diritto sul quale grava il privilegio sia capiente rispetto all'importo del credito vantato, non ottenendo alcun vantaggio da una procedura di risanamento, hanno esclusivo interesse alla celere liquidazione degli *assets*.

Dall'altro lato, gli *unsecured creditors*, per una miglior soddisfazione delle pretese vantate, sono interessati alla valorizzazione del patrimonio responsabile attraverso la riorganizzazione dei beni e la salvaguardia del *going concern*.

Al fine di contemperare il conflitto esistente tra le diverse tipologie di creditori, l'*American Bankruptcy Institute*, con specifico riferimento alla procedura statunitense di *reorganization*, ha consigliato l'introduzione del *redemption option value* come valore da offrire ai creditori definiti *immediatly junior*.

Scopo della ricerca è quello di analizzare, da un punto di vista sia giuridico sia finanziario, se il *redemption option value* riesca a bilanciare i diversi interessi in gioco e se il legislatore italiano possa introdurre una soluzione simile nell'ordinamento domestico.

In the field of insolvency, the conflict among creditors has often led to inefficient results.

On one hand, secured creditors have an exclusive interest in the rapid liquidation of the assets.

On the other hand, the unsecured creditors, in order to better satisfy their claims, are interested in enhancing the value of the assets through the reorganization.

In order to balance the conflict between the different types of creditors, the American Bankruptcy Institute, with specific reference to the U.S. reorganization procedure, has recommended the introduction of the redemption option value as a value to be offered to creditors defined as immediately junior.

The purpose of this research is to analyze, from both a legal and a financial point of view, whether the redemption option value balances the different interests and whether the Italian legislator could introduce a similar solution in the domestic system.

**LA RIFORMA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
ITALIANA E IL RISK MANAGEMENT:
RIFLESSIONI SU UN PROCESSO IN DIVENIRE**

MONIA CASTELLINI
Ricercatore
nell'Università di Ferrara

CATERINA FERRARIO
Professore associato
nell'Università di Ferrara

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La riforma della pubblica amministrazione italiana. – 3. L'introduzione del *risk management* nella pubblica amministrazione. – 4. Il *risk management* nella pubblica amministrazione italiana. – 5. Conclusioni.

1. – A partire dagli anni '80 del secolo scorso, un'ampia riflessione teorica si è sviluppata a livello internazionale intorno al tema dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione della pubblica amministrazione. Non appartiene agli obiettivi di questo lavoro indagare approfonditamente le cause di questo fenomeno. Tuttavia, è opportuno ricordare che tra le principali determinanti vi furono l'evoluzione macroeconomica ed il crescente peso del settore pubblico sull'economia di tutti i maggiori paesi occidentali¹. Con gli anni '80, infatti, si andava esaurendo in tutti i paesi occidentali la fase post-bellica di crescita sostenuta dell'economia e di attuazione di sistemi di welfare state moderno. La consistente dimensione raggiunta dal settore pubblico e la dinamica di costante crescita del peso della spesa pubblica sul PIL, seppur con significative differenze tra i diversi contesti nazionali, rese inevitabile la riflessione sull'efficienza e l'efficacia dell'utilizzo di risorse sempre crescenti da parte del settore pubblico, per gli inevitabili impatti anche sull'efficienza economica complessiva. Sul piano politico, in questi anni si affermarono posizioni ideologiche neoliberali che si opponevano all'espansione del welfare state e del settore pubblico, evidenziando l'inefficienza delle burocrazie pubbliche e la superiorità dei meccanismi di mercato.

A livello teorico ed in contesti anglosassoni, queste riflessioni diedero origine al *New public management*, un approccio di riforma della pubblica amministrazione volto ad introdurre in ambito pubblico logiche manageriali

¹ M.S. HAQUE 2004, *New public management: origins, dimensions, and critical implications*, in K. K. TUMMALA (a cura di) *Public administration and public policy*, Oxford (UK), 2004.

proprie del settore privato². Queste venivano ritenute più efficienti ed efficaci, perché sviluppate sotto la pressione di meccanismi concorrenziali tali da non consentire la sopravvivenza di attività inefficienti. Pertanto, nel *New public management* il modello teorico di riferimento è quello del mercato autoregolantesi sulla base di processi competitivi. In quest'ottica la pubblica amministrazione avrebbe dovuto abbandonare logiche operative di natura burocratica, per abbracciare metodi, strumenti e tecniche proprie del settore privato, per raggiungere con efficacia ed efficienza i propri obiettivi istituzionali³. Il *New public management* come filosofia di riforma del settore pubblico si affermò inizialmente in Gran Bretagna, Stati Uniti, Australia e Nuova Zelanda. Presto queste idee si diffusero ed influenzarono processi di riforma della pubblica amministrazione in un ambito molto più ampio, fino a coinvolgere la generalità dei paesi occidentali, seppur con notevoli differenze tra i diversi contesti nazionali.

2. – In Italia, in particolare, la riflessione teorica e politica sull'efficienza dell'amministrazione pubblica si sviluppò anche sotto lo stimolo delle ampie trasformazioni economico-sociali e politiche di fine anni '80-inizio anni '90 e contestualmente all'evolversi del processo di integrazione europea, che determinò per il nostro paese la necessità di soddisfare i cosiddetti «parametri di Maastricht». In questo contesto, l'efficienza e l'efficacia dell'azione pubblica divennero cruciali, per il loro significativo impatto sulle possibilità di riduzione della spesa pubblica e quindi di controllo della dinamica di deficit e debito pubblico. A partire dai primi anni '90 iniziò quindi una stagione di riforma della pubblica amministrazione italiana, fortemente influenzata dal paradigma teorico del *New public management*⁴, e purtuttavia con connotazioni specifiche legate al contesto giuridico che regola l'azione della pubblica amministrazione in Italia. Così, nel nostro paese, il principale obiettivo di riforma consistette nel passaggio da un modello burocratico-amministrativo, fondato sulla correttezza formale e centrato sul rispetto delle procedure, ad un modello di azione pubblica di

² C. HOOD – M. JACKSON, *The New public management: a recipe for disaster*, in D. PARKER – J. HANDMER (a cura di), *Hazard management and emergency planning: Perspectives on Britain*, Londra, 1992, 109-125; P. DUNLEAVY – C. HOOD, *From old public administration to New public management*, in *Public money and management* 14(3) 1994, 9-16.

³ F. EWAN – L. ASHBURNER – L. FITZGERALD – A. PETTIGREW, *The New public management in action*, Oxford, 1996; L.D. PARKER – K. JACOBS – J. SCHMITZ, *New public management and the rise of public sector performance audit*, in *Accounting, auditing and accountability journal* 32(1) 2019, 280-306.

⁴ R. MUSSARI, *Il controllo di gestione nell'amministrazione finanziaria dello Stato: l'esperienza dell'Agenzia delle entrate*, Soveria Mannelli (CZ), 2002.

tipo manageriale, basato sulla valutazione dei risultati e sull'ottimizzazione del rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti⁵.

Tra i tanti interventi normativi, i primi e più significativi furono la l. 142/90 (recante «ordinamento delle autonomie locali») e la l. 241/90 («Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»), la l. 421/92 («legge delega per la riforma del pubblico impiego»), la l. 81/93 («Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale»), il d. lgs. 77/95 («Ordinamento finanziario e contabile degli enti locali») e il complesso delle norme riconducibili alla cosiddetta «Riforma Bassanini» (l. 59/97; l. 127/97; l. 191/98; l. 50/99).

Questi interventi normativi perseguirono lo spostamento dell'obiettivo sui risultati anziché sulle procedure, la separazione tra politica e amministrazione, con il contestuale riconoscimento di maggiore autonomia alla dirigenza pubblica, e l'introduzione di nuovi strumenti manageriali.

Con riferimento a quest'ultimo punto, elemento fondamentale di svolta fu il d.lgs. 77/95, concernente l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali.

Nell'ultimo decennio vi è stata una forte spinta verso l'introduzione di logiche manageriali. Ricordiamo in particolare il processo di semplificazione (l. 124/2015), volto ad assicurare la certezza del diritto senza ostacolare un agire delle aziende pubbliche verso obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità.

Lo stesso processo di ridefinizione delle competenze e delle autonomie dei diversi livelli di governo in ragione del ruolo istituzionale e dei fini ad esso correlati, è orientato a rendere più agevole per i vertici la definizione degli obiettivi e la relativa pianificazione strategica. Sempre nella stessa logica si annovera l'introduzione della valutazione della performance aziendale, organizzativa e individuale, che vede una continua evoluzione nella sua portata applicativa (d.lgs. n. 150/2009; d.lgs. n. 74/2017).

Il processo di introduzione di logiche manageriali può essere letto seguendo due diversi approcci, quello istituzionale o quello manageriale. Seppure ad una prima analisi i due approcci sembrino in opposizione l'uno all'altro, in realtà oggi più che mai vanno letti in modo integrato in quanto di supporto l'uno all'altro. Se l'approccio manageriale tende a considerare la norma come una sorta di ostacolo verso l'attuazione spontanea di strumenti e logiche gestionali, l'approccio istituzionale, di contro, si sofferma sull'analisi dell'attuazione delle norme stesse senza entrare nel merito delle

⁵ E. BORGONOVÌ, *Management pubblico: evoluzione della disciplina e delle riforme*, in *Rivista italiana di public management* 1(1) 2018, 22-28.

implicazioni gestionali. Nell'attuale processo di riforma le due anime non possono non trovare una linea comune e sinergica.

La riforma stessa è andata introducendo strumenti e logiche sempre più a favore di un processo di miglioramento della performance della pubblica amministrazione rispetto al quale, quindi, l'approccio manageriale e istituzionale trovano elementi di compensazione e stimolo reciproco. La spinta all'introduzione di sistemi di controllo di gestione nella pubblica amministrazione è sempre più incisiva e mirata.

In particolare, le innovazioni normative hanno introdotto l'obbligo per gli enti della pubblica amministrazione di adottare sistemi di controllo di gestione, con un revisore interno⁶, importando tale strumento dal settore privato, dove è impiegato comunemente. Si ricorda come questa figura abbia la funzione di intervenire sulla legittimità delle scelte contabili, nel rispetto delle normative, ma anche nel rispetto dei principi di una corretta gestione. L'indirizzo sembra essere, dunque, quello di intensificare il processo di riforma nella pubblica amministrazione, processo che, nonostante i diversi interventi fino all'inizio degli anni 2000 si è comunque caratterizzato per un'attuazione parziale e di stretto respiro. Con l'ultima spinta verso logiche di aziendalizzazione diviene ancora più stringente prevedere l'inserimento di tutti gli strumenti di gestione funzionali all'ampliamento di tutte quelle informazioni utili ai vertici politici e manageriali.

3. – Mentre con la fine del secolo scorso nel settore pubblico si sviluppavano le riforme avviate dal *New public management*, contestualmente, nel settore privato i sistemi di controllo di gestione subirono una significativa evoluzione. Tra le varie innovazioni vi fu anche l'integrazione nell'ambito del controllo di gestione di sistemi di *risk management*⁷. Le esperienze pratiche mostrarono la significativa utilità gestionale di tale strumento che oggi raggiunge ampia diffusione. A fronte di questo processo, le organizzazioni internazionali di settore crearono i primi framework e standard, come l'*Enterprise risk management*, proposto nel

⁶ J. GUTHRIE – F. MANES-ROSSI – R. LEVY ORELLI, *Integrated reporting and integrated thinking in Italian public sector organisations*, in *Mediterranean accountancy research* 25(4) 2017, 553-573; M. ARENA – M. ARNABOLDI – G. AZZONE, *Internal audit in Italian organizations*, in *Managerial auditing journal* 21(3) 2006, 275-292.

⁷ L.F. SPIRA – M. PAGE, *Risk management: The reinvention of internal control and the changing role of internal audit*, in *Accounting, auditing and accountability journal* 16(4) 2003, 640-661.

COSO FRAMEWORK⁸ o l'ISO 31000 proposto dall'International Standard Organization⁹, per citarne alcuni.

Il *risk management* è un processo aziendale volto alla gestione completa ed integrata dei rischi, mediante attività sistematiche quali identificazione, misurazione, valutazione, trattamento del rischio. L'UNI 11230 lo definisce come «l'insieme di attività, metodologie e risorse coordinate per guidare e tenere sotto controllo un'organizzazione con riferimento ai rischi».

La funzione del *risk management* è quella di tutelare e accrescere il valore di un'azienda a vantaggio dei suoi stakeholder, grazie alla realizzazione di un quadro metodologico sistematico volto a consentire il monitoraggio delle attività future. Esso supporta il raggiungimento degli obiettivi futuri aziendali, anche grazie al miglioramento del processo decisionale, la pianificazione e la creazione di priorità, attraverso una comprensione esauriente e strutturata dell'attività stessa.

Il processo di *risk management* intende, altresì, favorire un impiego e una destinazione delle risorse economiche e finanziarie più razionale, garantendo una maggior tutela del capitale aziendale e, al contempo, tende a massimizzare l'efficienza operativa¹⁰.

Come risultato di questi sviluppi, nello spirito del New Public Management e della riforma della pubblica amministrazione, a livello internazionale si sviluppò una riflessione sull'importanza di introdurre nel settore pubblico anche il *risk management*, così come già era stato fatto con altri strumenti, tecniche e pratiche manageriali sviluppate nel settore privato. L'Organizzazione internazionale delle istituzioni superiori di controllo (International Organization of Supreme Audit Institutions - INTOSAI) fornì le linee guida per l'applicazione dei principi base per la gestione del rischio nel settore pubblico, denominato INTOSAI GOV 9130¹¹.

Così come nel settore privato, il *risk management* favorisce la capacità di un'organizzazione pubblica di raggiungere i propri obiettivi operativi e di aumentare le proprie prestazioni¹². Varie sono le motivazioni addotte per sostenere l'introduzione del *risk management* nel settore pubblico. Potenzialmente esso rappresenta uno strumento chiave per consentire il

⁸ CoSO. *Enterprise risk management*, in <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Italian.pdf> 2004.

⁹ ISO, *ISO 31000 – Risk management: principles and guidelines*, in <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:31000:ed-2:v1:en>, 2018.

¹⁰ Come sostenuto anche dall'Associazione Nazionale dei Risk Manager e Responsabili delle Assicurazioni Aziendali (ANRA)

¹¹ E.N.C. HATVANI, *Risk analysis and risk management in the public sector and in public auditing*, in *Public finance quarterly* 1(7) 2015, 7-28.

¹² S. GATES – J.L. NICOLAS – P.L. WALKER, *Enterprise risk management: A process for enhanced management and improved performance*, in *Management accounting quarterly* 13(3) 2012, 28-38.

raggiungimento degli obiettivi istituzionali delle amministrazioni pubbliche¹³. Al riguardo, P. RICCI – R. CIVITILLO (2018)¹⁴ affermano che «la performance finanziaria non dovrebbe essere l'obiettivo ultimo della gestione pubblica ma piuttosto uno strumento per valutare la comparabilità finanziaria delle varie priorità da raggiungere (valore pubblico, sociale, ambientale, ecc.)».

In particolare, è evidente la possibilità di un'utile integrazione tra informazioni, e quindi conoscenze, derivanti dalla gestione rischio e il sistema di controllo di gestione. È stato affermato che l'introduzione del *risk management* all'interno del più ampio sistema di controllo di gestione dell'ente pubblico ne connota la «maturità»¹⁵. Come evidenziato da L.F. SPIRA E M. PAGE (2003)¹⁶, i vantaggi che ne possono derivare concernono essenzialmente le seguenti prospettive:

- Politica: le conoscenze in materia di *risk management* consentono alla pubblica amministrazione di aumentare la trasparenza della propria azione e incrementare la responsabilizzazione nei confronti delle diverse controparti e dei portatori di interessi¹⁷;
- Sociale e ambientale: il *risk management* aiuta ad affrontare con maggiore efficacia eventi avversi derivanti da calamità naturali o azioni umane;
- Economica: la necessità di contenimento della spesa pubblica, e di contestuale mantenimento della qualità dei servizi pubblici, richiede sistemi di controllo di gestione che evitino lo spreco di risorse e

¹³ T.H. STANTON, *Risk management is essential at a time of downsizing*, in *Public administration review* 73(2) 2013, 219-220; Y.T. KEBAN, *Risk management: a neglected vital instrument in public administration in Indonesia*, in *Management research and practice* 9(4) 2017, 5-21.

¹⁴ P. RICCI – R. CIVITILLO, *Italian public administration reform: What are the limits of financial performance measures*, in E. BORGONOVÌ – E. ANESSI PESSINA – C. BIANCHI (a cura di) *Outcome-based performance management in the public sector*, Springer, 2018, 121-140.

¹⁵ INTOSAI, INTOSAI GOV 9130 – *Guidelines for internal control standards for the public sector – Further information on entity risk management*, in <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/06/6887-0C4367F8CC04548E4960293ABE341FE111CEF21C.pdf>, 2007, 15.

¹⁶ L.F. SPIRA – M. PAGE, *Risk management: The reinvention of internal control and the changing role of internal audit*, cit.

¹⁷ T. RANA – D. WICKRAMASINGHE – E. BRACCI, *New development: Integrating risk management in management control systems – Lessons for public sector managers*, in *Public money and management* 39(2) 2019, 148-151; S. GATES – J.L. NICOLAS – P.L. WALKER, *Enterprise risk management: A process for enhanced management and improved performance*, cit.; J. UNERMAN, *Strategic reputation risk management and corporate social responsibility reporting*, in *Accounting, auditing and accountability journal*, 21(3) 2008, 362-364.

consentano un efficace raggiungimento degli obiettivi dell'azione pubblica. I recenti interventi di riduzione della spesa pubblica¹⁸ o di *spending review*¹⁹ rispondono a questo obiettivo. In questo contesto, l'efficace gestione del rischio diventa strumento imprescindibile per contribuire ad assicurare il raggiungimento di tali risultati in modo economico.

In effetti, la nozione di rischio è ora un tema centrale nella gestione delle organizzazioni private e pubbliche²⁰. Tuttavia, nella pubblica amministrazione non sono ancora sufficientemente indagati il grado e le modalità di attuazione dei sistemi di gestione del rischio, sebbene la letteratura fornisca già evidenza dei benefici potenziali che ne discendono²¹.

4. – Con riferimento alla pubblica amministrazione italiana, lo strumento del *risk management* in anni recenti ha iniziato ad essere adottato da diverse amministrazioni. Si ritiene che il processo di gestione del rischio aziendale debba comprendere il controllo interno, ma al contempo, possa essere inteso come un approccio culturale più ampio a supporto del sistema decisionale e quindi dei manager per il conseguimento degli obiettivi pianificati.

Tuttavia, nel contesto italiano queste pratiche sono ancora di limitata diffusione, probabilmente per l'assenza di disposizioni legislative che ne regolino l'impiego²². Il quadro legislativo, infatti, contempla in astratto l'adozione di strumenti formali necessari ad assicurare la funzionalità del sistema di controllo interno, ma ad oggi non vi è alcun chiaro riferimento alla combinazione di controllo di gestione e gestione del rischio nell'ambito

¹⁸ F. ISLAM, *New Public Management (NPM): A dominating paradigm in public sectors*, in *African journal of political science and international relations*, 9(4) 2015, 141-151.

¹⁹ C. COTTARELLI, *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare*, Milano, 2015.

²⁰ T. RANA – D. WICKRAMASINGHE – E. BRACCI, *New development: integrating risk management in management control systems – Lessons for public sector managers*, cit.; K. SOIN – P. COLLIER, *Risk and risk management in management accounting and control*, in *Management Accounting Research* 24(2) 2013, 82-87.

²¹ A. HINNA – D. SCAROZZA – F. ROTUNDI, *Implementing risk management in the Italian public sector: Hybridization between old and new practices*, in *International journal of public administration* 41(2) 2018, 110-128; M. WOODS, *A contingency theory perspective on the risk management control system within Birmingham City Council*, in *Management accounting research* 20(1) 2009, 69-81; F. LEUNG – F. ISAACS, *Risk management in public sector research: approach and lessons learned at a national research organization*, in *R&D management* 38(5) 2008, 510-519.

²² A. PETA, *I controlli interni della pubblica amministrazione: Criticità e prospettive evolutive*, in *Bank of Italy Occasional Paper* 312, Roma, 2016.

della pubblica amministrazione²³. Infatti, la legislazione italiana non prevede espressamente l'integrazione tra *risk management* e sistemi di controllo di gestione²⁴. Come risultato, l'azione pubblica non appare ancora significativamente informata alla logica del rischio²⁵. Certamente, l'introduzione di sistemi di *risk management* nel settore pubblico presenta difficoltà specifiche diverse da quelle del settore privato e per alcuni autori anche maggiore complessità. Altrettanto complessa appare l'integrazione tra sistemi di *risk management* e controllo di gestione²⁶.

Sebbene in assenza di specifiche indicazioni legislative, esperienze di *risk management*, come in precedenza richiamato, sono comunque identificabili nella pubblica amministrazione italiana. Tuttavia, anche per l'Italia vale la considerazione che sono scarse le analisi empiriche volte ad analizzare l'estensione e le caratteristiche di questo processo²⁷.

Una recente analisi²⁸ illustra come su un campione di 500 grandi comuni italiani, ben il 73% delle amministrazioni comunali abbia implementato procedure di *risk management*. Un dato questo che mostra come l'adozione di strumenti di gestione del rischio sia ormai significativa (almeno nelle amministrazioni comunali di grandi dimensioni). Tuttavia, ad oggi non risultano studi di portata nazionale che indaghino il grado di diffusione di questo strumento nella pubblica amministrazione italiana, ad eccezione di alcuni ambiti, quali ad esempio la sanità, per peculiarità proprie²⁹. In questo ambito è sicuramente auspicabile che siano svolte analisi più approfondite sulle esperienze empiriche, anche perché è solo tramite la conoscenza sulla diffusione e sulle caratteristiche del fenomeno che possono

²³ A. PETA, *I controlli interni della pubblica amministrazione: Criticità e prospettive evolutive*, cit., 24.

²⁴ V. RISO – M. CASTELLINI, *Poor integration between operational risk management activities and internal control system in the municipalities: an analysis of the Italian legislative framework*, in *Economia aziendale online* 10(1) 2019, 149-158.

²⁵ A. PETA, *I controlli interni della pubblica amministrazione: Criticità e prospettive evolutive*, in *Bank of Italy Occasional Paper* 312, cit.

²⁶ S. BRAIG – B. GEBRE – A. SELLGREN, *Strengthening risk management in the US public sector*, in *McKinsey Working Papers on risk* 28 2011, 1-10.

²⁷ A. HINNA – D. SCAROZZA – F. ROTUNDI, *Implementing risk management in the Italian public sector: Hybridization between old and new practices*, cit.; M. WOODS, *A contingency theory perspective on the risk management control system within Birmingham City Council*, cit.; F. LEUNG – F. ISAACS, *Risk management in public sector research: approach and lessons learned at a national research organization*, cit.

²⁸ M. CASTELLINI – C. FERRARIO – V. RISO, *From New Public Management to public risk management: An overview of Italian municipalities*, in *Quaderni del Dipartimento di Economia e Management* 2 2021, Università di Ferrara.

²⁹ Nelle aziende sanitarie, le attività di gestione del rischio sono consolidate ed il quadro normativo di riferimento è dato primariamente dal d.m.70/2015, dalla l. 208/2015 (legge di stabilità 2016) e dalla l. 24/2017.

essere fatte valutazioni sull'utilità e sull'impatto del *risk management* in termini di efficienza ed efficacia della pubblica amministrazione italiana. Dati empirici servirebbero anche per meglio comprendere quali strategie possano essere adottate al fine di favorire ulteriormente l'introduzione dello strumento. In questo senso, T. RANA – D. WICKRAMASINGHE – E. BRACCI (2019, 150)³⁰ ritengono che l'attenzione a questo tema da parte del mondo accademico sia vitale per l'elaborazione di soluzioni che favoriscano l'efficace introduzione del *risk management* e la sua integrazione con i sistemi di controllo di gestione nel settore pubblico.

Diversi fattori, infatti, possono rallentare o ostacolare l'introduzione del *risk management* nelle amministrazioni pubbliche italiane. Ad esempio, A.S. NILSEN, O.E. OLSEN (2005)³¹, con riferimento alle amministrazioni comunali, osservano la presenza di importanti fattori di ostacolo all'innovazione, quali l'approccio burocratico allo svolgimento delle attività, con una prevalenza dell'attenzione al rispetto delle procedure piuttosto che al raggiungimento degli obiettivi, e la mancanza di un approccio gestionale. Ampiamente documentata, d'altronde, è la difficoltà per le amministrazioni pubbliche di passare da un approccio burocratico ad un approccio manageriale³². Sebbene siano ormai passati quarant'anni dall'avvio delle riflessioni teoriche del *New public management* e, in Italia, circa trenta dalle prime riforme della pubblica amministrazione influenzate dal paradigma teorico del *New public management*, tuttavia non tutte le amministrazioni sono state in grado di implementare e sfruttare pienamente le trasformazioni previste dalla normativa³³. Pur nella consapevolezza che per una trasformazione che non sia solo procedurale, ma soprattutto culturale, sono ovviamente necessari tempi lunghi, è pur vero che il processo di cambiamento culturale portato dal *New public management* può favorire un processo di implementazione del *risk management* più agevole e consapevole nella pubblica amministrazione italiana. Rispetto a questo obiettivo sarà necessario monitorare e supportare le diverse realtà della pubblica amministrazione, anche attraverso studi specifici da parte del mondo accademico per agevolarne l'attuazione.

³⁰ T. RANA – D. WICKRAMASINGHE – E. BRACCI, *New development: integrating risk management in management control systems – Lessons for public sector managers*, cit.

³¹ A.S. NILSEN – O.E. OLSEN, *Different strategies – Equal practice? Risk assessment and management in municipalities*, in *Risk management* 7(2) 2005, 37-47.

³² R. MUSSARI – D. SORRENTINO, *Italian public sector accounting reform: A step towards European public sector accounting harmonization*, in *Accounting, economics, and law: A convivium* 7(2) 2017, 137-153.

³³ I. STECCOLINI, *Accounting and the post-new public management*, in *Accounting, auditing and accountability journal* 32(1) 2019, 255-279; A. HINNA – F. CESCHEL, *Public management reform in Italy*, in M. DECASTRI – S. BATTINI – F. BUONOCORE – F. GAGLIARDUCCI (a cura di) *Organizational development in public administration: the Italian way*, Londra, 2021, 105-137.

5. – Il *risk management* è strumento di supporto alla gestione aziendale che ha vasto impiego nel settore privato e che di recente trova sempre più ampio utilizzo anche nella pubblica amministrazione. Un processo che potremmo definire di *cross-fertilization* che, nello spirito del *New public management*, vede nel trasferimento di tecniche e strumenti manageriali dal settore privato a quello pubblico la chiave per l'ulteriore ammodernamento della pubblica amministrazione e per una trasformazione procedurale e culturale della stessa, per consentirle di raggiungere più ampi margini di efficienza ed efficacia.

Anche in Italia vi sono significativi esempi di implementazione di sistemi di *risk management* nel contesto pubblico. Tralasciando l'ambito della sanità, che per la peculiarità delle proprie attività, da tempo implementa articolati sistemi di gestione del rischio, vi sono evidenze empiriche che anche nelle amministrazioni statali e locali si trova l'impiego di questo strumento.

Allo stato attuale sembra però mancare una conoscenza completa dello stato di attuazione del processo di introduzione del *risk management* nelle amministrazioni pubbliche, in senso dell'ampiezza dello stesso e delle specificità e criticità che lo caratterizzano. Sembra dunque necessario un approfondimento delle analisi empiriche, preconditione utile per migliorare l'impiego di tale strumento e sfruttare pienamente il potenziale del *risk management* anche nel settore pubblico, così come già avviene nel privato.

Abstract

ITALIAN PUBLIC ADMINISTRATION REFORM AND RISK MANAGEMENT: AN OPPORTUNITY NOT FULLY EXPLOITED

Circa quarant'anni dopo le prime riflessioni del *New Public Management* sulla riforma del settore pubblico, oggi una delle sfide per migliorare l'efficienza e l'efficacia della pubblica amministrazione, in Italia e non solo, concerne la capacità di attuare sistemi di gestione del rischio completi e integrati nei sistemi di controllo di gestione già esistenti.

Questo articolo si propone di ripercorrere brevemente le ragioni e gli obiettivi delle riforme che hanno interessato la pubblica amministrazione a partire dagli anni '80 del secolo scorso, per poi porre l'attenzione allo strumento del *risk management*, per delinearne le caratteristiche e le potenzialità in ambito pubblico. A conclusione, si propongono alcune riflessioni sulle criticità esistenti, che ancora limitano un'efficace introduzione di sistemi di gestione del rischio nella pubblica amministrazione italiana, e sulla necessità di attuare strategie per il superamento di tali criticità.

Approximately forty years after the surge of New Public Management, today an important key to improve public sector efficiency and effectiveness, in Italy as well as in other

countries, is the introduction of risk management systems and their integration on existing management control systems.

This paper briefly reviews the origins of public sector reforms that have been implemented since the early 1980s. Then it focuses on risk management and describes the features of this management tool and the potential gains from its exploitation in the public sector. It concludes with some reflections on existing problems, which limit an effective introduction of risk management in the Italian public administration, and on the need for specific strategies to overcome these limits.

Corte Costituzionale, 26 marzo 2020, n. 58

Pres. Cartabia – Red. Petitti

È dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Corte d'appello di Milano in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, dell'art. 354 cod. proc. civ., che non include tra le ipotesi di remissione in primo grado quella della pretermissione dell'istanza del convenuto-opponente di chiamata di un terzo in garanzia.

1. Con ordinanza del 30 gennaio 2019, la Corte d'appello di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 354 del codice di procedura civile, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.

La disposizione censurata violerebbe gli evocati parametri costituzionali «nella parte in cui non prevede che il giudice d'appello debba rimettere la causa al giudice di primo grado, se è mancato il contraddittorio, non essendo stata da questo neppure valutata, in conseguenza di un'erronea dichiarazione di improcedibilità dell'opposizione, la richiesta di chiamata in causa del terzo, proposta dall'opponente in primo grado, con conseguente lesione del diritto di difesa di una delle parti».

1.1. L'art. 354, primo comma, cod. proc. civ. stabilisce che «[f]uori dei casi previsti nell'articolo precedente, il giudice d'appello non può rimettere la causa al primo giudice, tranne che dichiarare nulla la notificazione della citazione introduttiva, oppure riconosca che nel giudizio di primo grado doveva essere integrato il contraddittorio o non doveva essere estromessa una parte, ovvero dichiarare la nullità della sentenza di primo grado a norma dell'articolo 161, secondo comma».

Il secondo comma, prevede che «[i]l giudice d'appello rimette la causa al primo giudice anche nel caso di riforma della sentenza che ha pronunciato sulla estinzione del processo a norma e nelle forme dell'articolo 308».

L'art. 354 cod. proc. civ. richiama ed integra il precedente art. 353, il quale, a sua volta, stabilisce che «[i]l giudice d'appello, se riforma la sentenza di primo grado dichiarando che il giudice ordinario ha sulla causa la giurisdizione negata dal primo giudice, pronuncia sentenza con la quale rimanda le parti davanti al primo giudice».

2. La Corte d'appello di Milano riferisce che il giudice di primo grado, quale giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, aveva dichiarato l'opposizione stessa improcedibile per mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione.

Il primo giudice non aveva, quindi, neppure valutato l'istanza dell'opponente, il quale, con l'atto stesso di opposizione, aveva chiesto di chiamare in causa la compagnia assicuratrice garante della restituzione del finanziamento oggetto dell'iniziativa monitoria.

2.1. Il giudice a quo precisa che, investito dell'appello dell'opponente, aveva assegnato il termine di legge per l'esperimento della mediazione obbligatoria, come avrebbe dovuto fare il primo giudice, e che, in tal modo soddisfatta la condizione di procedibilità dell'opposizione, era finalmente da valutarsi l'istanza di chiamata in garanzia, come reiterata dall'appellante, previa rimessione della causa al giudice di primo grado.

La Corte rimettente osserva che l'intervento del garante non avrebbe potuto essere provocato in grado d'appello, nel quale l'intervento del terzo è consentito soltanto ai soggetti legittimati all'opposizione di terzo, per effetto del combinato disposto degli artt. 344 e 404 cod. proc. civ.

Posto che l'appellante ha chiesto la rimessione della causa al giudice di primo grado, in applicazione analogica degli artt. 353 e 354 cod. proc. civ., per potervi svolgere la chiamata del terzo in garanzia, la Corte d'appello di Milano rileva come a tale istanza osti il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, che qualifica come tassative, eccezionali e insuscettibili di applicazione analogica le ipotesi di rimessione in primo grado contemplate dagli artt. 353 e 354 cod. proc. civ.

3. Ad avviso del giudice a quo, l'impossibilità della rimessione della causa al giudice di primo grado pregiudica il diritto di difesa dell'opponente, che si vede costretto ad agire in via autonoma contro il garante, senza potersi avvalere, nei suoi confronti, del giudicato formatosi sull'azione principale.

Il principio di tassatività ed eccezionalità delle cause di rimessione in primo grado dovrebbe essere ripensato, quindi, anche alla luce della metamorfosi del giudizio d'appello, che il legislatore avrebbe progressivamente trasformato da novum iudicium, di carattere sostitutivo, in revisio prioris instantiae, di stampo cassatorio.

3.1. Il giudice a quo fa riferimento alla disposizione dell'art. 105 dell'Allegato 1 (Codice del processo amministrativo) al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), che prevede la rimessione in primo grado con una formula "aperta", «se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti», sicché l'omessa previsione della rimessione in ogni ipotesi di difetto del contraddittorio ed ogni lesione del diritto di difesa anche nel processo civile paleserebbe un'irragionevole disparità tra modelli processuali.

L'art. 354 cod. proc. civ. violerebbe, pertanto, gli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, «nella parte in cui non prevede che il giudice d'appello debba rimettere la causa al primo giudice, se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti».

4. Nel giudizio innanzi a questa Corte è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha eccepito l'inammissibilità della questione, sotto due distinti profili.

(omissis)

Considerato in diritto

1. La Corte d'appello di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 354 del codice di procedura civile, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, «nella parte in cui non prevede che il giudice d'appello debba rimettere la causa al giudice di primo grado, se è mancato il contraddittorio, non essendo stata da questo neppure valutata, in conseguenza di un'erronea dichiarazione di improcedibilità dell'opposizione, la richiesta di chiamata in causa del terzo, proposta dall'opponente in primo grado, con conseguente lesione del diritto di difesa di una delle parti».

1.1. Ad avviso del giudice a quo, l'impossibilità della rimessione della causa al giudice di primo grado, derivante dal consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità che qualifica come tassative, eccezionali e insuscettibili di applicazione analogica le ipotesi di rimessione contemplate dagli artt. 353 e 354 cod. proc. civ., pregiudicherebbe il diritto di difesa dell'opponente, che sarebbe costretto ad agire in via autonoma contro il garante, senza potersi avvalere, nei suoi confronti, del giudicato formatosi sull'azione principale.

1.2. Secondo il giudice a quo, il principio di tassatività ed eccezionalità delle ipotesi di rimessione dovrebbe essere rivisto alla luce della progressiva trasformazione dell'appello civile, che avrebbe ormai assunto, per effetto delle riforme succedutesi nel tempo, i caratteri di una *revisio prioris instantiae* di natura cassatoria.

1.3. Il principio di tassatività ed eccezionalità delle ipotesi di rimessione dovrebbe essere riconsiderato anche alla luce della disposizione dell'art. 105 dell'Allegato 1 (Codice del processo amministrativo) al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), che prevede la rimessione in primo grado con una locuzione generale, riferita ad ogni difetto del contraddittorio e ad ogni lesione del diritto di difesa.

(omissis)

3. Nel merito, la questione non è fondata.

3.1. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute, limite che, con riferimento specifico all'art. 24 Cost., viene superato solo qualora emerga un'ingiustificabile compressione del diritto di agire, mentre il parametro evocato non esige che il cittadino sia messo in grado di conseguire la tutela giurisdizionale sempre nello stesso modo e con i medesimi effetti, purché non vengano imposti oneri o prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività

processuale (ex plurimis, sentenze n. 271 del 2019, n. 199 del 2017, n. 121 e n. 44 del 2016).

In particolare, nella sentenza n. 1 del 2002, si è evidenziato che «nell'ordinamento processuale civile, la rimessione al primo giudice è fenomeno limitato ai casi previsti dagli artt. 353 e 354 cod. proc. civ.», sicché corrisponde ai principi che il secondo giudice decida nel merito, senza dare luogo a rimessione, qualora abbia «constatata una violazione in prima istanza delle regole del contraddittorio o del diritto di difesa non riconducibile ai casi di rimessione espressamente previsti».

3.1.1. La tassatività ed eccezionalità delle ipotesi normative di rimessione in primo grado, del resto, è affermata dall'univoca e risalente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, come un riflesso della natura prevalentemente rescissoria del giudizio d'appello, coerente con la regola di assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame, potendo il giudice d'appello limitarsi ad emettere una pronuncia rescindente, cioè di mero annullamento con rinvio, nei soli casi espressamente indicati dal legislatore (sentenze 14 novembre 1972, n. 3368, 12 gennaio 1963, n. 34 e 28 luglio 1962, n. 2208; conformi, tra molte, Corte di cassazione, sezione terza civile, sentenza 17 marzo 2006, n. 5907, e sezione seconda civile, sentenza 15 maggio 2002, n. 7057).

3.2. Né meritevole di accoglimento appare la deduzione del giudice a quo, secondo cui la necessità di agire in via autonoma contro il terzo garante, derivante dall'impossibilità del regresso in primo grado, lederebbe il diritto di difesa del convenuto-opponente poiché questo verrebbe privato del vantaggio del processo simultaneo, segnatamente del beneficio della formazione contestuale del giudicato sul rapporto principale e sul rapporto di garanzia.

3.2.1. Questa Corte ha, infatti, più volte evidenziato che, nel quadro della discrezionalità conformativa del legislatore processuale, il simultaneus processus non gode di garanzia costituzionale, trattandosi di un mero espediente tecnico finalizzato, laddove possibile, a realizzare un'economia dei giudizi e a prevenire il conflitto tra giudicati, sicché la sua inattuabilità non lede il diritto di azione, né quello di difesa, se la pretesa sostanziale dell'interessato può essere fatta valere nella competente, pur se distinta, sede giudiziaria con pienezza di contraddittorio e difesa (ex plurimis, sentenze n. 451 del 1997 e n. 295 del 1995; ordinanze n. 215 e n. 124 del 2005, n. 18 del 1999 e n. 308 del 1991).

La scelta del legislatore di non includere tra le ipotesi di rimessione in primo grado quella della pretermissione dell'istanza del convenuto-opponente di chiamata di un terzo in garanzia impedisce di recuperare il processo simultaneo tra la domanda principale e la domanda di garanzia, ma non impedisce che quest'ultima sia fatta valere nella competente, pur se distinta, sede giudiziaria con pienezza di contraddittorio e difesa.

3.3. Né è ravvisabile, per effetto delle modifiche introdotte dal legislatore nella disciplina del giudizio civile d'appello, una sua piena trasformazione dal modello

sostitutivo del novum iudicium a quello di una revisio prioris instantiae di tipo cassatorio, sicché la configurazione in termini di tassatività e di eccezionalità delle ipotesi di rimessione in primo grado non sarebbe più coerente con l'attuale struttura dell'appello civile.

3.3.1. In realtà, come evidenziato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, l'accentuazione dei tratti di revisione determinata dalle riforme del codice di rito, in particolare da quella di cui al decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134, non ha certamente trasformato l'appello civile in un mezzo di impugnazione a critica vincolata, «una sorta di anticipato ricorso per cassazione» (sentenza 16 novembre 2017, n. 27199).

Alla struttura del giudizio d'appello resta connaturato il profilo rescissorio, mantenendosi tassative ed eccezionali le ipotesi normative nelle quali il gravame può arrestarsi al solo profilo rescindente, in funzione della rimessione della causa al primo giudice (Corte di cassazione, sezione seconda civile, ordinanza 17 aprile 2019, n. 10744).

3.4. Neanche può essere accolta la deduzione del giudice a quo, secondo cui la formula ampia dell'art. 105 cod. proc. amm., laddove prevede la rimessione in primo grado «se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti», raffrontata alla più restrittiva disposizione del codice di rito civile, metterebbe in luce un'irragionevole disparità tra modelli processuali, che andrebbe ricomposta attraverso il superamento del principio di tassatività di cui agli artt. 353 e 354 cod. proc. civ.

3.4.1. Così argomentando, infatti, il rimettente inverte il rapporto sistematico tra la disciplina del processo civile e quella del processo amministrativo, nel momento in cui eleva quest'ultima a paradigma dell'altra, in aperta contraddizione con quanto indicato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), che, all'art. 44, reca la «delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo».

L'art. 44, comma 1, della legge n. 69 del 2009 individua tra le finalità della riforma delle norme sul processo amministrativo quella «di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali», sicché è la disciplina del processo amministrativo a sperimentare un percorso di assimilazione alla disciplina di principio del processo civile, e non viceversa, come testimonia, altresì, il rinvio esterno disposto dall'art. 39, comma 1, cod. proc. amm.

In tal senso, del resto, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che, nonostante la formulazione apparentemente indeterminata, il disposto dell'art. 105 cod. proc. amm. è in realtà allineato a quello degli artt. 353 e 354 cod. proc. civ., da intendersi, quest'ultimo, espressivo dei principi generali di sostitutività dell'appello e conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame, sicché, anche nel processo amministrativo, le ipotesi normative di rimessione al primo giudice sono da

qualificarsi come tassative ed eccezionali, insuscettibili di interpretazione analogica o estensiva (sentenze 30 luglio 2018, n. 10 e n. 11).

Non si registra, quindi, la disparità tra modelli processuali che il giudice a quo censura sotto il profilo dell'art. 3 Cost., bensì, al contrario, una convergenza di modelli processuali, orientata alla tassatività ed eccezionalità delle ipotesi normative di regressione in primo grado. Tale convergenza di principio non impedisce, peraltro, che le esigenze specifiche di ciascun modello possano comportare una diversa articolazione delle relative discipline.

3.5. Quanto detto finora esclude la prospettata violazione dei principi del giusto processo di cui agli artt. 111 Cost. e 6 CEDU, quest'ultimo parametro interposto dall'art. 117, primo comma, Cost.

Invero, acquisito che il doppio grado di giurisdizione di merito non è, di per sé, assistito da copertura costituzionale (ex plurimis, sentenze n. 199 del 2017 e n. 243 del 2014; ordinanze n. 42 del 2014, n. 226 e n. 190 del 2013), né convenzionale (Corte EDU, sentenza 20 ottobre 2015, Costantino Di Silvio contro Italia, paragrafo 50), questa Corte ha escluso che la mancata previsione della rimessione al giudice di primo grado in un caso di definizione in rito non contemplato dagli artt. 353 e 354 cod. proc. civ. (declinatoria di competenza del giudice di pace) integri un pregiudizio del diritto di difesa, atteso che «il diritto di difesa deve ritenersi rispettato quando la causa venga effettivamente sottoposta alla cognizione dei giudici di primo e di secondo grado, restando irrilevante che l'esame del fondamento della domanda non sia compiuto dall'uno, alla stregua di situazioni processuali preclusive, ma soltanto dall'altro» (ordinanza n. 585 del 2000).

3.5.1. È proprio la finalità di assicurare la ragionevole durata del processo, garantita dagli artt. 111 Cost. e 6 CEDU, ad opporsi, in linea di principio, alla rimessione del giudizio in primo grado, quando questa non sia imposta da esigenze indefettibili, come quella di integrare il contraddittorio rispetto ad una parte necessaria.

La regressione processuale diretta a consentire l'ingresso in giudizio del garante del convenuto, parte non necessaria, determinerebbe un ritardo, esso pure non necessario, nella definizione della controversia sul rapporto principale.

4. La scelta del legislatore di non includere tra le ipotesi di rimessione in primo grado quella della pretermissione dell'istanza del convenuto-opponente di chiamata di un terzo in garanzia è, dunque, un'opzione discrezionale, legittima perché non manifestamente irragionevole, attesa la sua funzionalità al valore costituzionale della ragionevole durata del processo sul rapporto principale, e non ingiustificatamente compressiva del diritto di azione, potendo il convenuto-opponente esercitare la domanda di garanzia tramite l'instaurazione di un autonomo giudizio contro il terzo.

Deve essere, pertanto, dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 354 cod. proc. civ. in riferimento a tutti i parametri evocati.

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 354 del codice di procedura civile, sollevata dalla Corte d'appello di Milano, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

LA CORTE COSTITUZIONALE E L'OMESSA PRONUNCIA DEL GIUDICE SULLA RICHIESTA DI CHIAMATA IN CAUSA DEL TERZO

RITA MARUFFI

*Professore aggregato
nell'Università di Milano-Bicocca*

1. – Con la decisione qui annotata la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Milano, in riferimento all'art. 354 c.p.c.¹, «nella parte in cui non prevede che il giudice di appello debba rimettere la causa al giudice di primo grado, se è mancato il contraddittorio, non essendo stata da questo neppure valutata, in conseguenza di una erronea dichiarazione di improcedibilità dell'opposizione, la richiesta di chiamata in causa del terzo, proposta dall'opponente in primo grado, con conseguente lesione del diritto di difesa di una delle parti»².

Il dubbio espresso nell'ordinanza di rimessione nasce da una vicenda giudiziaria piuttosto articolata, che vale la pena di riassumere brevemente. Un istituto bancario instaurava un procedimento monitorio per il recupero di un finanziamento erogato a un cliente; proposta opposizione contro il decreto, il giudizio si concludeva con una sentenza di primo grado che, da un lato, dichiarava l'improcedibilità dell'opposizione stessa, per mancato esperimento della mediazione e, dall'altro lato, non prendeva in considerazione la richiesta, formulata dall'opponente, di chiamare in causa la compagnia assicuratrice, che avrebbe dovuto garantirgli il rimborso del

¹ La decisione della Corte costituzionale 26 marzo 2020 n. 58 è stata annotata da G. FANELLI, *La Corte Costituzionale n. 58/2020 sull'art. 354 c.p.c.: prima lettura*, in *www.judicium.it*; L. DI COLA, *La Corte costituzionale sulla questione dei casi di remissione della causa al primo giudice*, in *ilprocessocivile.it*. Sull'istituto della rimessione ex artt. 353 e 354 c.p.c. v., senza pretesa di completezza, G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984; G. OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999.

² App. Milano 30 gennaio 2019, in G.U. 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale n.23 del 5 giugno 2019.

debito residuo in caso di perdita di impiego (perdita, a quanto pare, verificatasi).

Con l'impugnazione il debitore in primo luogo deduceva l'errore in cui era incorso il giudice di primo grado per avere chiuso il processo in rito, senza avere assegnato alle parti un termine entro il quale attivare la mediazione. Bisogna qui ricordare che l'accesso alla tutela monitoria non è condizionato al previo esperimento della mediazione, anche qualora si tratti di una controversia ricompresa nell'elenco di cui all'art. 5 del d.lgs n. 28/2010, che fissa i casi in cui questo adempimento preliminare è obbligatorio³. Il successivo comma 4 della medesima disposizione stabilisce, infatti, che il comma 1-*bis* non si applica «nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione». Questa norma consente dunque al creditore di ottenere immediatamente il decreto ingiuntivo, ripristinando, tuttavia, l'obbligo di attivare la mediazione nella successiva fase di opposizione. All'interprete è demandato così il non facile compito di individuare le modalità di applicazione dell'art. 5, comma 1-*bis*, una volta che il giudice si sia pronunciato *ex artt.* 648 e 649 c.p.c. Secondo un orientamento che ormai pare largamente diffuso in giurisprudenza, in caso di mancato esperimento della mediazione, il giudice davanti al quale sia radicato il giudizio di opposizione, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda⁴. Nel caso di specie, invece, era stata direttamente dichiarata l'improcedibilità del giudizio, senza consentire alle parti di attivarsi, al fine di tentare di raggiungere un accordo amichevole⁵. In accoglimento di questo motivo di impugnazione, pertanto, la Corte d'appello assegnava il termine per l'esperimento del procedimento di mediazione, che si concludeva, tuttavia, con esito negativo.

Con il secondo motivo di impugnazione, che è quello di ben più rilevante portata su cui si fonda la questione di costituzionalità prospettata – si contestava la mancata valutazione, da parte del giudice, dell'istanza di chiamata in causa del terzo, che veniva quindi riproposta in quella sede,

³ Sui rapporti fra la mediazione e tutela monitoria sia consentito, per ulteriori indicazioni bibliografiche, il rinvio a R. MARUFFI, *Una condivisibile presa di posizione delle Sezioni Unite sull'onere di attivare la mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Dir. affari*, 2020, 735 ss.

⁴ V., *ex multis*, Trib. Napoli, 28 settembre 2020, in *DeJure*.

⁵ Si segnala che le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la decisione del 18 settembre 2020, n. 19596 hanno stabilito che l'onere di promuovere la mediazione grava sull'opposto, capovolgendo così l'orientamento espresso in una decisione più risalente, che addossava invece all'opponente l'onere in questione (v. Cass., 03 dicembre 2015, n. 24629).

unitamente alla richiesta di rimettere la causa al giudice in primo grado *ex art. 354 c.p.c.* «affinché potessero svolgersi tutte le attività difensive impedita dalla erronea prematura conclusione del grado con la pronuncia di improcedibilità dell'opposizione». L'appellante assumeva, non a torto a mio avviso, che se il giudice avesse dato alle parti il termine per attivare la mediazione, a seguito del probabile fallimento del procedimento stragiudiziale, l'istanza di chiamata in causa sarebbe stata accolta, e così si sarebbe potuta svolgere, nell'ambito del giudizio, la trattazione simultanea dell'obbligazione dedotta dalla banca nei confronti del debitore, e di quella dedotta dal debitore nei confronti dell'impresa assicuratrice.

Il giudice, invece, aveva chiuso il processo, ignorando completamente la richiesta di autorizzazione a chiamare in causa l'impresa assicuratrice⁶: evidentemente aveva ritenuto che a seguito declaratoria di improcedibilità del giudizio di opposizione non dovesse essere presa in considerazione l'istanza del debitore. Forse il processo avrebbe potuto anche avere un esito diverso, se avesse trovato applicazione la tesi secondo cui l'improcedibilità del giudizio di opposizione non sarebbe ostativa alla prosecuzione del giudizio stesso per le ulteriori domande contenute nell'atto di citazione in opposizione⁷.

Mi pare tuttavia che valga la pena di concentrarsi sulle conseguenze derivanti dall'effettivo esito del giudizio di primo grado, piuttosto che ipotizzare altri sviluppi decisori. Quello che conta è che a causa dell'errore del giudice, che aveva dichiarato l'improcedibilità senza assegnare il termine per la mediazione, una parte era stata privata della possibilità di fare confluire in un unico processo la causa relativa al diritto di credito, e quella

⁶ Evidentemente la chiamata *ex art. 106 c.p.c.* è stata effettuata in conformità al discusso, ma consolidato orientamento giurisprudenziale che vieta la chiamata diretta del terzo da parte dell'opponente. V. *ex multis*, Cass. 26 agosto 2019, n. 21706 con nota di G. STASIO, *La Cassazione conferma che l'opponente a decreto ingiuntivo, per chiamare in causa un terzo, deve chiedere l'autorizzazione al giudice, ai sensi dell'art. 269 c.p.c., in quanto convenuto in senso sostanziale*, in *www.eclegal.it*. Questa tesi si espone alle critiche della dottrina, favorevole alla possibilità che l'opponente citi direttamente il terzo, senza chiedere l'autorizzazione del giudice. V. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 393 ss.; A. TEDOLDI, sub *art. 645 c.p.c.*, in L.P. COMOGGIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, VII, Torino, 2014, 766 ss.

⁷ In questo senso A. TEDOLDI, sub *art. 645 c.p.c.*, cit., 769. Il principio secondo cui l'improponibilità o l'inammissibilità dell'opposizione a d.i. «non osta a che l'opposizione stessa produca gli effetti di un ordinario atto di citazione (nel concorso dei necessari requisiti di legge) con riguardo alle domande che esso contenga, autonome e distinte rispetto alla richiesta di annullamento e revoca del decreto», v. *ex multis* Cass., 6 aprile 2006, n. 8083.

relativa all'obbligazione di garanzia, assunta dalla compagnia assicuratrice a suo favore.

Nell'ambito del giudizio di appello, infatti, secondo l'interpretazione consolidata della disciplina risultante dagli artt. 344 c.p.c. e 404 c.p.c. non poteva essere autorizzato l'intervento dell'impresa assicuratrice, posto che la chiamata in causa priverebbe il terzo della garanzia del doppio grado di giurisdizione⁸.

⁸ L'art. 344 c.p.c., com'è noto, circoscrive la possibilità di intervenire nel giudizio di appello ai terzi che potrebbero proporre opposizione *ex art.* 404 c.p.c. Questa disciplina, secondo la dottrina, si giustifica con l'esigenza di non consentire la proposizione di domande nuove in appello, che sarebbe in contrasto con il principio del doppio grado di giudizio. In questo senso E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, 304. Ritengono, fra gli altri, che non vi sia la possibilità di chiamare in causa un terzo *ex art.* 106 c.p.c. (ed *ex art.* 107 c.p.c.) nell'ambito del giudizio d'appello, A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 2001, 165; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2017, 398; G. TARZIA – F. DANOVÌ, *Lineamenti del processo di cognizione*, Milano, 2014, 387. La tesi trova ampio accoglimento anche in giurisprudenza. v. ad es. Cass., 22 giugno 2000, n. 8491; Cass., 18 marzo 1981, n. 1615.

Un'opinione in parte diversa è espressa da A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 496 secondo il quale, invece, «il problema andrebbe rimeditato, e l'intervento coatto, su istanza di parte o per ordine del giudice, andrebbe ammesso anche in appello ogni qual volta sia diretto unicamente a provocare la partecipazione al processo di un terzo titolare di un rapporto giuridicamente dipendente soggetto alla efficacia riflessa della sentenza, senza comportare la proposizione di alcuna domanda nei confronti del terzo». V. anche, con riferimento specifico all'intervento *iussu iudicis*, N. TROCKER, *L'intervento per ordine del giudice*, Milano, 1984, 499 che ritiene sia ammissibile «in tutte le ipotesi in cui questo si risolve in un ampliamento dei limiti solo soggettivi del processo; in un arricchimento di parti e non di materia del contendere». V. inoltre, a favore della chiamata in causa *ex art.* 106 c.p.c. in appello, L. DI COLA, *op. cit.*, che, proprio nell'ambito del commento alla pronuncia della Corte costituzionale qui annotata, afferma che, in mancanza di una copertura costituzionale del principio del doppio grado di giudizio, non vi sarebbe alcun ostacolo «a che davanti al giudice d'appello si svolga il giudizio di primo grado, quando nel primo giudizio di merito è stato violato il principio del contraddittorio o leso il diritto di difesa di una delle parti». Di conseguenza l'A. sostiene che si dovrebbe consentire la chiamata in garanzia all'appellante, che altrimenti dovrebbe iniziare un nuovo processo.

Non essendo possibile in questa sede, necessariamente limitata, approfondire un tema così complesso, mi limito a osservare che, una volta escluso che l'appello sia garantito dalla Costituzione (v. per tutti E.F. RICCI, voce *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1988, 9), non mi pare, tuttavia, che si possa privare il terzo della possibilità di ottenere due statuizioni sul diritto dedotto nel processo, da parte di due giudici diversi, solo perché la richiesta di chiamata non è stata accolta, erroneamente. Forse si potrebbe avviare una riflessione in relazione ai casi in cui l'errore del giudice abbia impedito il cumulo processuale in una situazione di connessione "forte" fra le cause, per domandarsi se si possa ipotizzare di sacrificare il terzo per non pregiudicare eccessivamente la parte che aveva interesse

Certo, restava per il debitore la possibilità di promuovere un autonomo processo nei confronti del terzo, nel quale, tuttavia, il giudicato eventualmente formatosi in sede di opposizione sull'obbligazione principale non sarebbe stato opponibile al terzo stesso, in virtù dell'operare delle regole sui limiti soggettivi di efficacia delle decisioni⁹.

Sulla base di queste considerazioni, la Corte milanese sollevava la questione di legittimità costituzionale, rilevando, appunto, che «il diniego della chiamata in primo grado e l'impossibilità di ammetterla nel giudizio d'appello», insieme all'inefficacia, nei confronti del terzo, del giudicato sull'obbligazione principale, si risolvevano in un pregiudizio per il diritto di difesa dell'opponente, «in contrasto con i fondamentali principi del giusto processo, sanciti dagli artt. 24 e 111 Cost., nonché dall'art. 6 CEDU, quale parametro interposto ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost». Pertanto – proseguiva l'ordinanza – sarebbe stato opportuno un ripensamento de «la limitazione della rimessione in primo grado» – chiesta dall'opponente – «a una serie di ipotesi tipizzate e tassativamente determinate per legge». In particolare l'esclusione della rimessione della causa in ipotesi di difetto del contraddittorio e di lesione di diritto di difesa risultava, secondo la Corte milanese, irragionevole, alla luce della trasformazione subita dal giudizio di appello, che pur essendo un mezzo a critica illimitata, si era progressivamente allontanato dal modello francese del *novum iudicium* per avvicinarsi a quello della *revisio prioris instantiae*.

2. – La Consulta, investita della questione di legittimità costituzionale, l'ha rigettata con una pronuncia lineare, incentrata principalmente sulla necessità di rispettare la libertà di scelta di cui dispone il legislatore «nella

alla trattazione congiunta delle cause, anche se il dato normativo da cui occorre partire, l'art. 344 c.p.c., come si è visto, depone certamente a sfavore del coinvolgimento dei terzi in grado d'appello.

⁹ Il tema dei limiti soggettivi del giudicato rispetto a terzi titolari di diritti dipendenti è uno dei più complessi in assoluto del diritto processuale civile, come dimostrato anche dai numerosi contributi in materia. Per una indispensabile ricostruzione del problema, in riferimento alle principali soluzioni interpretative proposte, v. S. MENCHINI – A. MOTTO, *Cosa giudicata*, in G. BONILINI – A. CHIZZINI (a cura di), in E. GABRIELLI (diretto da), *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del Codice civile*, 3, Milano, 2016, 126 ss. e spec. 133 ss. La tesi a mio avviso preferibile è quella secondo cui la sentenza pronunciata sul rapporto pregiudiziale non possa esplicare efficacia nei confronti del terzo titolare del rapporto dipendente (al di fuori dei casi in cui l'efficacia *ultra partes* sia prevista *ex lege*). Altrimenti si avrebbe una violazione delle garanzie costituzionali del diritto di difesa e del principio del contraddittorio. Resta salva, secondo gli autori, la possibilità per il titolare del diritto dipendente, di avvalersi del giudicato favorevole (spec. 141).

conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute».

Sul piano del diritto positivo, la formulazione letterale degli artt. 353 e 354 c.p.c. induce a ritenere inequivocabilmente che si sia voluta limitare la rimessione della causa al giudice del primo grado solo ad alcune ipotesi tassative la cui eccezionalità è stata ribadita più volte in dottrina e in giurisprudenza¹⁰. Dell'esistenza di un orientamento restrittivo nell'interpretazione di queste norme aveva dato atto, del resto, anche la Corte d'appello nella sua ordinanza, osservando che la mancata considerazione della chiamata avrebbe tuttavia comportato un'inaccettabile lesione al diritto di difesa, esclusa invece dalla Consulta con argomentazioni pienamente convincenti.

L'idea che in questo caso vi sia una violazione dei principi del giusto processo non è condivisibile, perché a livello sistematico la realizzazione del *simultaneus processus* non è assicurata alle parti ad ogni costo. La trattazione congiunta delle controversie connesse, che risponde all'esigenza di armonizzare le decisioni e di favorire l'economia processuale, è incentivata dal legislatore, come dimostrano le disposizioni contenute nel codice in materia. Gli istituti che ne consentono l'attuazione, tuttavia, ne fissano anche i limiti, sconfessando l'idea che si tratti di una garanzia costituzionale inviolabile, come afferma con chiarezza anche la Consulta nella decisione in commento.

Alla stessa logica appartiene anche la disciplina dell'intervento coatto su istanza di parte, su cui si concentra l'attenzione della Corte costituzionale. Il diniego, da parte del giudice, dell'autorizzazione o di un termine per la chiamata in causa del terzo, al pari della valutazione che egli è chiamato a compiere ex art. 107 c.p.c., è espressione di un potere discrezionale, e come tale non censurabile. In una situazione in cui il provvedimento del giudice non autorizzi la partecipazione del terzo richiesta ex art. 106 c.p.c., non si potrà invocare il rimedio posto dall'art. 354 c.p.c. per l'ipotesi di omessa integrazione del contraddittorio, con cui il legislatore, invece, «ha inteso dare rilievo esclusivamente alla mancata partecipazione al processo di un litisconsorte necessario»¹¹.

¹⁰ Va peraltro segnalato che la tassatività delle ipotesi elencate dagli artt. 353 e 354 c.p.c. è stata in alcuni casi superata in giurisprudenza: v. sul punto C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2019, 489, spec. nt. 149.

¹¹ G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, cit., 170. V. inoltre G. OLIVIERI, *op.cit.*, 450; B. GAMBINERI, sub Art. 354, *Dell'appello*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, 2018, 765; v. inoltre, nel senso che vada escluso che l'art. 354 c.p.c. si riferisca all'ipotesi di cui all'art. 107 c.p.c., B. SASSANI – R. GIORDANO, sub Art. 354, in L.P. COMOGGIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R.

Questa autorevole opinione trova largo riscontro anche in giurisprudenza¹², nonostante vada segnalata anche l'esistenza di qualche pronuncia difforme¹³. La Cassazione, in genere, tende a escludere la possibilità di estendere la rimessione alle ipotesi di comunanza di causa *ex art. 106 c.p.c.* «nelle quali la chiamata in causa del terzo può essere autorizzata od ordinata soltanto dal giudice di primo grado il cui potere al riguardo, per altro, involge valutazioni assolutamente discrezionali che, come tali non possono formare oggetto di appello e sono insuscettibili di sindacato in sede di legittimità»¹⁴. Il principio è stato affermato anche in relazione al caso in cui non vi sia stato un vero e proprio diniego di autorizzazione, bensì un'omissione di pronuncia sull'istanza formulata dalla parte *ex art. 106 c.p.c.*¹⁵, come verificatosi nella fattispecie sottoposta all'attenzione della Consulta. L'equiparazione delle due ipotesi, che di primo acchito può suscitare qualche perplessità, mancando del tutto, in un caso la valutazione del giudice, risulta ragionevole rispetto all'inapplicabilità dell'istituto della rimessione. La regressione al giudizio di primo grado comporta una dilatazione dei tempi processuali necessari per definire la controversia, pienamente accettabile nelle situazioni di inscindibilità delle cause, in cui la decisione di merito deve essere unica, per la dimensione soggettiva del rapporto sostanziale su cui incide. Nei casi di cause scindibili, invece – rileva la Corte costituzionale – è proprio la finalità di assicurare la ragionevole durata del processo, e quindi una garanzia costituzionale, a porsi come ostacolo all'ampliamento della rimessione nella direzione prospettata nell'ordinanza. L'affermazione mi sembra corretta e condivisibile, in linea di massima. Mi chiedo però se in alcune situazioni, i

VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, 499; A. TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino 2016, 609. Di diverso avviso pare S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1966, 164 secondo cui si ha rimessione «se in appello viene ammessa la chiamata di un terzo negata dal primo giudice».

¹² Così, *ex multis*, Cass., 10 aprile 1996, n. 3301; Cass., 26 settembre 2019, n. 23977; Cass., 21 settembre 2015, n. 18496.

¹³ V. Cass., 1 marzo 2007, n. 4800. Nella fattispecie, relativa a un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il giudice di primo grado riteneva inammissibile la richiesta di autorizzazione alla chiamata in causa del terzo, formulata dall'opponente, in base alla tesi che l'opponente dovesse procedere direttamente. La Cassazione, in accoglimento del ricorso, disponeva il rinvio al giudice di primo grado, in applicazione dell'art. 354 c.p.c. V. anche App. Potenza 26 maggio 2014 in *DeJure*, relativamente a un caso analogo.

¹⁴ Così Cass., 10 aprile 1996, n. 3301.

¹⁵ Cass., 26 agosto 2019, n. 21706 in un caso in cui il giudice di primo grado non si pronunciava sull'istanza di chiamata, dichiarava erronea la rimessione della causa *ex art. 354 c.p.c.* da parte del giudice d'appello.

vantaggi derivanti dall'unicità della decisione potrebbero compensare gli svantaggi che deriverebbero in termini di economia processuale, se si adottasse il rimedio di cui all'art. 354 c.p.c. Mi riferisco, in particolare, alle ipotesi di connessione particolarmente forte, in cui la garanzia della ragionevole durata del processo potrebbe cedere il passo dinanzi all'esigenza di assicurare un coordinamento dei rapporti a livello sostanziale, fondamentale anche per l'efficacia della tutela giurisdizionale.

3. – Un ulteriore argomento invocato dalla Corte d'appello a sostegno del dubbio di incostituzionalità sollevato, si basa sulla necessità di rivedere il principio di tassatività delle ipotesi di rimessione, a seguito delle modifiche che, in questi anni hanno inciso sulla struttura del giudizio d'appello. Le riforme hanno accentuato, soprattutto dopo l'intervento del 2012, i caratteri che lo rendono sempre di più uno strumento di controllo della decisione di primo grado.

L'istituto della rimessione pare invece maggiormente compatibile con un giudizio d'appello concepito come *revisio*, che non con il modello del *novum iudicium*¹⁶ al quale era originariamente ispirata la disciplina di matrice francese contenuta nel codice, come osservato dalla dottrina più autorevole: se i poteri del giudice di secondo grado sono di mero controllo, infatti, è più ragionevole ipotizzare un rinvio al giudice precedente.

Non sembra, tuttavia, che la progressiva trasformazione dell'appello in un'impugnazione sempre più chiusa, circoscritta ai motivi fatti valere dall'appellante, senza possibilità di introdurre elementi nuovi, implichi il superamento, per via costituzionale, della tassatività dei casi previsti dagli artt. 353 e 354 c.p.c. Ritengo che abbia ragione, quindi, la Corte, nell'affermare che le ipotesi di appello solo rescindente restino quelle fissate dal legislatore, nonostante gli interventi avvenuti in questi anni.

Per la verità un ampliamento dell'utilizzo della rimessione è stato auspicato in dottrina, in una prospettiva *de iure condendo*, dopo aver riconosciuto le difficoltà di pervenire a questo risultato attraverso una declaratoria di illegittimità costituzionale della disciplina. L'esigenza che al mutamento della fisionomia dell'appello corrisponda un potenziamento dell'istituto del rinvio al primo giudice è stata affermata, in particolare, con riferimento all'ipotesi in cui, a causa dell'errato accoglimento di un'eccezione, oppure della valutazione sbagliata con cui il giudice abbia escluso la necessità di assumere prove costituenti, abbia comportato la chiusura del giudizio in prime cure senza istruttoria. Rinviano la causa al

¹⁶ G. BALENA, *op. cit.*, 357.

giudice di primo grado si potrebbe evitare l'appesantimento che subirebbe il giudizio d'appello se in quella sede dovesse essere compiuta l'istruttoria non svolta precedentemente¹⁷.

Ma il caso affrontato dalla Consulta è diverso: mediante il rinvio al primo giudice si ottiene invece la trattazione simultanea della domanda principale e di quella di garanzia. Alla parte debitrice verrebbe così restituito il beneficio derivante dalla formazione contestuale di un giudicato sui due rapporti che la vedono protagonista, in un unico giudizio. Questo rimedio, tuttavia, come si è già osservato, potrebbe risultare troppo gravoso in termini di economia processuale, per il creditore che vedrebbe così vanificato un grado di giudizio.

4. – Un ultimo cenno va dedicato alla risposta della Consulta rispetto ai rilievi compiuti dalla Corte d'appello sull'art. 105 del codice del processo amministrativo. Il fatto che la norma preveda la rimessione al giudice di primo grado in tutti i casi in cui vi sia un vizio del contraddittorio o una lesione del diritto di difesa deporrebbe, secondo il giudice milanese, a favore di un ripensamento della disciplina contenuta negli artt. 353 e 354 c.p.c. Ma, come sottolinea il giudice delle leggi, non è la disciplina del processo civile a doversi assimilare a quella del processo amministrativo, essendo semmai vero il contrario, come risulta anche da alcune recenti decisioni dell'adunanza plenaria del Consiglio di stato, in cui si è stabilito che ai fini dell'interpretazione dell'art. 105 cod. proc. amm., occorre tenere in considerazione gli artt. 353 e 354 c.p.c., e dunque ritenere che i casi di rimessione al primo giudice siano del tutto eccezionali¹⁸.

Abstract

THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE FAILURE TO RULE ON A THIRD-PARTY NOTICE

L'Autore commenta la pronuncia con cui la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 354 c.p.c., nella parte in cui la norma non prevede la rimessione della causa nell'ipotesi in cui il giudice di

¹⁷ In questo senso A. TEDOLDI, *L'appello*, cit., 592. Il riferimento è alle ipotesi in cui il giudice abbia erroneamente accolto un'eccezione di rito o di merito, o abbia ritenuto che non vi fosse necessità di assumere prove costituende. In questo caso «pare irragionevole privare le parti di un grado di giudizio, di fatto non svoltosi e costringere i secondi giudici a svolgere l'istruttoria omessa in prime cure». Per l'A. occorrerebbe quindi ripensare ai limiti con cui è consentita la rimessione, attraverso una declaratoria di illegittimità costituzionale, che però - ammette l'A. - sarebbe «tutt'altro che agevole».

¹⁸ V. Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2018, n. 10 e n. 11.

primo grado non abbia valutato la richiesta di chiamata in causa di un terzo, condividendone le principali argomentazioni.

The Author comments favorably the judgement of the Constitutional Court, which declared not founded the question of constitutionality of Article 154 of the Italian code of civil procedure, in the part in which it does not provide the referral of the case back to the court of first instance in the case that court had not examined a third-party notice.

Corte di cassazione, sez. un., 15 dicembre 2020, n. 28675

Pres. Di Iasi – Rel. De Stefano

È inammissibile, in sede di regolamento di giurisdizione, ogni questione in materia di litispendenza europea. L'ordinanza del giudice del merito che dispone la sospensione del processo per litispendenza è impugnabile a mezzo regolamento di competenza, condividendo essa la medesima natura del provvedimento sospensivo per pregiudizialità-dipendenza.

(Omissis). Svolgimento del processo

1. Le società Institut fur Rundfunktechnik GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung; d'ora in avanti anche solo IRT) e BRMedia GmbH (cioè Bayerische Rundfunk Media, indicata dapprima come Ente di diritto pubblico; d'ora in avanti anche solo BRM) ricorrono per regolare la giurisdizione su numerose domande nei loro confronti dispiagate davanti al Tribunale di Torino (sezione specializzata in materia di impresa): dalla Società italiana per lo sviluppo dell'elettronica - S.I.Sv.El. spa, con atto di citazione del 04 luglio 2017 ed intervento adesivo della società AudioMPEG Inc. del 13 luglio 2017, iscritta al n. 16042/17 r.g.; da D.R., con atto del 19 luglio 2017, iscritta al n. 17910/17 r.g.; da d.S.G., con atto del 27 luglio 2017 anche nei confronti della stessa S.I.Sv.El. spa, iscritta al n. 18555/17 r.g.; da C.P., con atto del di 08 agosto 2017, iscritta al n. 19299/17 r.g.

2. Con tali domande, nel contesto di un pluridecennale rapporto tra intermediari fra imprenditori nel campo della tecnologia di alto livello e titolari di diritti sulla proprietà intellettuale che intendano sfruttarli economicamente mediante concessione di licenze, ciascuno degli attori ha chiesto, in estrema sintesi:

- l'accertamento negativo di ogni loro responsabilità in relazione ai fatti per i quali era stata proposta precedente domanda di conciliazione in Germania, fallita e seguita dall'instaurazione di giudizio davanti al *Landgericht Mannheim* (non prima del 18 luglio 2017): in particolare, in relazione a condotte prospettate dalla convenuta come a vario titolo scorrette o illegittime, anche in collusione con dipendenti o collaboratori degli enti tedeschi, volte a conseguire, mediante la sottoposizione di dati inesatti o incompleti sull'effettiva redditività di quei brevetti (in termini meramente descrittivi e pertanto inevitabilmente approssimati o anche imprecisi, quelli connessi al sistema - o standard di compressione dati - mpeg3, notoriamente di diffusione mondiale) ed in occasione dei rinnovi o degli aggiornamenti dei testi contrattuali regolanti i rapporti tra i titolari dei brevetti e l'intermediario professionale nella loro gestione, la pattuizione in via forfettaria del corrispettivo di un contratto di sfruttamento di brevetti in materia di alta tecnologia nel settore radio

e teletrasmissioni, in luogo della più remunerativa modalità a percentuale, così lucrando ingentissimi profitti, quantificati in diverse centinaia di milioni di Euro;

- l'accertamento dell'illegittimità delle condotte di diffamazione o denigrazione o di sleale concorrenza poste in essere dalle controparti tedesche, che quei presunti e negati illeciti avevano posto a base di una campagna di stampa o comunque su organi di informazione anche telematica in lingua tedesca, oltre che di iniziative giudiziarie, fortemente lesive della reputazione in un settore altamente specializzato come la gestione dei brevetti in materia di tecnologia della trasmissione; con contestuale domanda di condanna generica al risarcimento del danno così loro arrecato.

3. All'immediata contestazione della giurisdizione del giudice italiano sono seguiti la riunione delle quattro cause ed il rinvio per la definizione della relativa questione; ma poi, disposta invece l'assunzione di prove testimoniali anche su questioni prospettate come incidenti su di essa, le convenute si sono indotte a proporre il presente regolamento, articolato su almeno nove differenti questioni, cui è seguita la sospensione ex art. 367 c.p.c. da parte del giudice del merito.

4. In particolare, le ricorrenti negano la giurisdizione del giudice italiano (*Omissis*) invocando, al terzo motivo di regolamento, la litispendenza internazionale e, di conseguenza, l'art. 31 Reg. 1215/2012 e la sua *ratio* di neutralizzazione delle tattiche processuali scorrette (in sostanziale superamento della precedente disposizione dettata dal Reg. 44/2001, per la necessità del contrasto alle cosiddette *Italian Torpedo Actions*), applicabile perché già adottato, sia pure non in vigore, al momento della decorrenza dell'ultimo accordo, se non pure in ragione del tempo di proposizione della domanda. (*Omissis*).

Motivi della decisione (*Omissis*).

5. Va allora individuato il molteplice oggetto del presente regolamento, articolato su nove diversi motivi, culminanti nell'invocazione della declaratoria del difetto di giurisdizione del giudice italiano: (*Omissis*) c) su tutte le domande di S.i.sv.el., in ragione della litispendenza davanti al giudice tedesco, considerato adito per primo per rilevare a tal fine l'istanza di conciliazione; (*Omissis*).

9. In via logicamente preliminare, va ora esaminato il terzo dei motivi sopra riassunti al punto 5 - e quindi sub 5.c) - e relativo all'interferenza, coi giudizi intrapresi davanti al Tribunale di Torino, delle iniziative giudiziarie civili delle convenute società tedesche: ma ogni questione relativa alla litispendenza internazionale esula dall'ambito del regolamento di giurisdizione, riguardando una questione di applicazione di norma processuale e non l'astratta titolarità della giurisdizione in capo al giudice adito.

10. Infatti, già Cass. Sez. U. 22 dicembre 2017, n. 30877 (tra le altre confermata da Cass. Sez. U. 13 maggio 2019, n. 12638), ha superato la contraria impostazione di Cass. Sez. U. ord. 08 giugno 2011, n. 12410, per ritornare all'orientamento precedente

(su cui, per tutte, v. Cass. Sez. U. 28 aprile 1999, n. 274), sicché va negata la stessa astratta configurabilità di una questione di giurisdizione in caso di mancato riconoscimento della litispendenza internazionale, con conseguente inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, nemmeno convertibile, per non essere quello ammesso contro provvedimenti che la sospensione neghino, nel regolamento di competenza c.d. improprio (Cass. Sez. U. 29 gennaio 2001, n. 37).

11. Ne deriva l'inammissibilità del relativo motivo e di ogni questione ad esso connessa, con conseguente devoluzione al giudice del merito cui sarà riconosciuta spettare la giurisdizione anche di ogni potestà decisionale sulla questione della litispendenza internazionale; a tanto consegue poi il difetto di rilevanza in questa sede della relativa questione di interpretazione delle norme del Reg. che si chiede sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, con conseguente reiezione della corrispondente richiesta.

12. Neppure rileva in questa sede l'eventuale connessione almeno parzialmente soggettiva e in larga parte oggettiva per interdipendenza di *causae petendi* e di *petita* - tra le controversie pendenti in Italia e nella Repubblica federale tedesca: è vero che l'art. 30 del Reg. UE 1215/12 consente la sospensione del procedimento da parte dell'autorità giurisdizionale adita successivamente in caso di cause connesse; ma, poiché anche ogni relativa questione atterrebbe all'applicazione di norme sul procedimento e non sulla giurisdizione, non è dato in questa sede rilevarla, restando riservato il suo apprezzamento al giudice del merito munito di giurisdizione.

13. In altri termini, il concreto *thema decidendum* devoluto col presente regolamento preventivo di giurisdizione non solo esclude di verificare di ufficio altri profili di interferenza tra le due azioni sotto profili diversi dalla litispendenza già qualificata come irrilevante in questa sede, ma soprattutto non esime questa Corte dalla verifica della sussistenza della giurisdizione in capo al giudice italiano sulle domande originariamente proposte a questo, beninteso impregiudicata la valutazione, ad opera di quella tra le autorità giurisdizionali che dovesse ritenersi successivamente adita, dell'opportunità di sospendere il proprio procedimento in applicazione della richiamata norma Eurounitaria.

14. Tanto non è contraddetto dalla recente Cass. Sez. U. 13 maggio 2019, n. 12638, per la quale non è esperibile e deve essere dichiarato inammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, relativamente a controversie in cui sussista un'ipotesi di litispendenza o connessione.

15. In primo luogo, infatti, tale conclusione è raggiunta pur sempre nel caso, assolutamente peculiare ed al quale non può in alcun modo ricondursi la presente fattispecie, di conflitto fra clausole di proroga della giurisdizione che attribuiscono la competenza a giudici di diversi Paesi dell'Unione Europea ed ove il giudice straniero sia stato adito in forza di una clausola di attribuzione esclusiva della giurisdizione

preventivamente rispetto al giudice italiano, poi adito anch'esso in forza di una clausola attributiva in via esclusiva della giurisdizione.

16. In via dirimente, comunque, non può rilevarsi di ufficio in sede di regolamento preventivo di giurisdizione una questione di connessione o litispendenza, quando non sia stata direttamente (benché, come detto più sopra, in modo inammissibile, non riguardando una questione di giurisdizione, ma di applicazione di norma processuale sulla sospensione) dedotta dalla parte a sostegno esclusivo della negazione o dell'affermazione della giurisdizione: cosa che nella specie accade solo quanto alla dedotta litispendenza, ma non anche per alcuna ipotesi di connessione; infatti, l'inammissibilità del regolamento di giurisdizione colpisce lo specifico motivo incentrato sulla prospettata insussistenza della giurisdizione per la ragione invece meramente processuale della litispendenza Eurounitaria, ma non quello che involga la sussistenza o meno della giurisdizione sulla domanda originaria in sé e per sé considerata. (*Omissis*).

59. In definitiva, inammissibile il terzo motivo di regolamento (*Omissis*) vanno adottate le conseguenti declaratorie, in applicazione dei seguenti principi di diritto: "è inammissibile, in sede di regolamento di giurisdizione, ogni questione in materia di litispendenza internazionale, anche alla stregua del Reg. n. 1215/2012, questa non configurando una questione di giurisdizione neppure in caso di mancato o negato riconoscimento di detta litispendenza, né potendo convertirsi quel regolamento in quello di competenza c.d. improprio, mai consentito contro i provvedimenti che la sospensione non dispongano". (*Omissis*).

QUESTIONI CONTROVERSE IN MATERIA DI IMPUGNABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO SOSPENSIVO PER LITISPENDENZA EUROPEA

SARA ORLANDO
*Dottorando di ricerca
nell'Università di Trento*

1. – L'ordinanza che si annota affronta la questione relativa alla natura giuridica delle norme che si occupano di litispendenza europea¹ di cui alla

¹ In via preliminare, sia consentita una precisazione. Nell'ordinanza in commento viene in rilievo una questione di «litispendenza europea». Nel testo della decisione, tuttavia, il termine è impiegato in maniera interscambiabile con quello di «litispendenza internazionale». Non è questo un caso isolato: la S.C. ha spesso impiegato i due termini in maniera fungibile (si veda, per tutte, Cass. 22 dicembre 2017, n. 30877). L'art. 7 della L. n. 218/1995 e l'art. 29 del reg. U.E. n. 1215/2012 (e, prima di esso, gli artt. 27 del reg. C.E. n. 44/2001 e l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles del 1968), si occupano entrambi del fenomeno della contemporanea pendenza di due giudizi aventi il medesimo oggetto dinanzi a giudici di Stati diversi,

sezione nona del reg. U.E. n. 1215/2012 e alla individuazione del mezzo con cui dolersi del provvedimento emanato dal giudice nazionale che conosca una questione di litispendenza².

Si vuol qui riflettere sull'idoneità della soluzione proposta dalle Sezioni Unite a garantire una effettiva tutela alle parti coinvolte in controversie con elementi di transnazionalità e, soprattutto, sull'*enforcement* delle norme in materia di litispendenza europea. Resta così sullo sfondo la questione strettamente meritale relativa al caso *de quo*, del quale pertanto ci si limiterà ad illustrare il solo aspetto processuale-dinamico.

Dinnanzi al *Landgericht Mannheim*, due società tedesche avevano convenuto una società italiana e i suoi amministratori, instaurando una

ma in modo affatto differente. Il primo impone al giudice prevenuto di sospendere automaticamente il processo pendente dinanzi a sé in ragione del mero dato cronologico della prevenzione; il secondo invece, lascia al giudice prevenuto un margine di discrezionalità, consistente nella valutazione prognostica della riconoscibilità della decisione straniera secondo i criteri dettati agli artt. 64, 65 e 66 della l. 218 del 1995. Solo la sospensione disposta senza alcun margine di discrezionalità per litispendenza europea darebbe vita ad una questione di giurisdizione, non anche quella per litispendenza internazionale.

Da questa differenza, non colta dalle Sezioni Unite, deriva l'esigenza di mantener ben distinti i due concetti. In arg., C. CONSOLO, *Litispendenza "comunitaria", convenzione "parallela" di Lugano, interventi di terzi e sindacabilità in sede di regolamento di giurisdizione* (nota a Cass., sez. un., 13 febbraio 1998, n. 1514), in *Corr. giur.*, 1998, 1208; ID., *La base partecipativa e la aspirazione alla nomofiliachia*, in *Corr. giur.*, 2019, 1569 e S. BARONE, *La sospensione per litispendenza comunitaria e internazionale cui tout court si impartisce il regolamento necessario di competenza* (nota a Cass., sez. un., 22 dicembre 2017, n. 30877), in *Corr. giur.*, 2018, 840. Aderendo alle critiche mosse dagli A. citati relativamente alla fungibilità dei due concetti, le conclusioni raggiunte nel testo saranno da riferire esclusivamente al fenomeno della litispendenza europea.

² La sezione nona del reg. U.E. n. 1215/2012 è rubricata «litispendenza e connessione». Le norme che vengono in rilievo, ai fini del presente studio, sono in particolare gli artt. 29 e 31, i quali si occupano di distribuire la competenza giurisdizionale tra i giudici nazionali degli Stati Membri quando siano contemporaneamente pendenti due controversie aventi il medesimo titolo ed il medesimo oggetto in due Stati diversi. È essenziale notare come la versione italiana del testo del cit. reg. discorra di «norme sui conflitti di competenza», mentre le altre versioni linguistiche discorrono di «*rules of conflict of jurisdiction*», «*règles de conflit de juridictions*», «*normas sobre conflictos de jurisdicción*». L'anomalia lessicale è radicata nel linguaggio tecnico-giuridico italiano. È usuale, infatti, discorrere di «competenza giurisdizionale» per riferirsi alle norme relative al riparto di giurisdizione tra giudici interni e giudici di stati stranieri, distinguendole in tal modo da quelle che ripartiscono la giurisdizione tra giudici interni. Evidenzia tale singolarità A. CARRATTA, *Sospensione per connessione internazionale e regolamento necessario di competenza: un'impossibile "quadratura del cerchio"* (nota a Cass., 26 novembre 2004, n. 22335), in *Int'l Ls*, 2005, 87, il quale definisce l'espressione ossimorica, in quanto i criteri della competenza e quelli della giurisdizione operano su piani differenti.

pluralità di giudizi aventi ad oggetto la violazione dell'obbligo di correttezza professionale nell'esercizio della attività di mediazione compiuta dai convenuti nell'ambito dello sfruttamento economico di brevetti.

Nelle more dello svolgimento delle liti in Germania, la società italiana e gli amministratori adivano il Tribunale di Torino proponendo nei confronti delle società tedesche più domande aventi ad oggetto l'accertamento negativo delle medesime condotte illecite.

All'immediata contestazione della giurisdizione italiana da parte delle società tedesche, non aveva fatto seguito l'adozione di alcun provvedimento. Le convenute proponevano, quindi, regolamento preventivo di giurisdizione, cui seguiva la sospensione del processo ai sensi dell'art. 367 c.p.c.

Nel loro ricorso, per quanto qui interessa, le società tedesche lamentavano il difetto di giurisdizione del giudice italiano sulle domande di accertamento negativo ai sensi dell'art. 31 par. 2 reg. U.E. n. 1215/2012, in ragione dell'esistenza, tra le parti, di un accordo di proroga della giurisdizione a favore del giudice tedesco e della contemporanea pendenza di due giudizi identici in Stati Membri differenti.

Le Sezioni Unite hanno esaminato dapprima il motivo di ricorso da ultimo richiamato, perché ritenuto logicamente preliminare; esse sono giunte a dichiarare incontestabile, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, ogni questione di litispendenza europea, rimettendo l'applicazione delle relative norme al giudice del merito e precisando che ogni provvedimento in materia è sindacabile a mezzo regolamento di competenza.

Rispetto a questo secondo profilo, proprio il fatto che il giudice torinese non si fosse pronunciato sulla contemporanea pendenza di identici giudizi in diversi Stati Membri e che non avesse adottato alcun provvedimento sospensivo ai sensi dell'art. 31, par. 2, reg. U.E. n. 1215/2012, ha impedito la conversione del regolamento di giurisdizione in quello di competenza, esperibile solo avverso i provvedimenti che la sospensione dispongano.

2. – Al punto 9 della motivazione, con uno stringato richiamo ad alcuni precedenti giurisprudenziali³, la S.C. ha preso le distanze da quella ricostruzione che fonda l'ammissibilità del regolamento preventivo *ex art. 41*

³ Più precisamente, Cass., 22 dicembre 2017, n. 30877; Cass., 13 maggio 2019, n. 12638; Cass., 28 aprile 1999, n. 274.

c.p.c. contro le ordinanze che dichiarano la litispendenza europea, ravvisando in essa un “difetto temporaneo di giurisdizione” italiana⁴.

Al contrario, la sentenza in epigrafe vi ha scorto un’ipotesi di sospensione necessaria del processo accostabile a quella di cui all’art. 295 c.p.c., con la quale la sospensione per litispendenza europea condividerebbe la natura giuridica ed il rimedio impugnatorio del regolamento di competenza.

Al fine di evidenziare la criticità della ricostruzione giova ripercorrere brevemente gli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza di legittimità.

La pronuncia che si annota accoglie una risalente impostazione – fatta propria dalla S.C. sul finire degli anni ‘90 – che ha individuato nella sospensione per litispendenza internazionale una *species* del *genus* della sospensione necessaria ai sensi dell’art. 295 c.p.c.: il giudice adito per secondo avrebbe dovuto limitarsi a prendere atto della contemporanea pendenza di giudizi identici in due Stati diversi e sospendere il giudizio automaticamente, fino all’accertamento definitivo della competenza giurisdizionale del giudice preveniente. Come l’ordinanza di sospensione per pregiudizialità-dipendenza, il provvedimento sospensivo per litispendenza europea sarebbe stato impugnabile ai sensi dell’art. 42 c.p.c., anche in caso di rigetto dell’istanza di sospensione⁵.

In un secondo momento, la Corte si è assestata su una interpretazione più restrittiva, dichiarando inammissibile il controllo a mezzo regolamento di competenza sui provvedimenti di diniego della sospensione⁶.

Nel 2011, si assiste ad una dirompente inversione di rotta: la S.C. identifica nel provvedimento sospensivo per litispendenza la fonte di un “difetto temporaneo di giurisdizione”⁷. Il giudice prevenuto, infatti, si sarebbe trovato privato della propria *potestas iudicandi* per il tempo necessario al giudice preveniente ai fini dell’accertamento della propria giurisdizione; ne derivava la sicura proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione sia in caso di accoglimento sia in caso di rigetto dell’istanza di sospensione del processo prevenuto, in quest’ultimo caso al fine di ottenere dalla Corte di Cassazione il provvedimento sospensivo.

Nonostante il benvenuto *revirement*, nell’ordinanza in commento, il S.C. aderisce al risalente orientamento che accosta la sospensione per

⁴ Cfr. Cass., 8 giugno, 2011 n. 12411 e Cass., 2 agosto 2011, n. 16862.

⁵ Il riferimento è a Cass., 12 febbraio 1998, n. 1541.

⁶ Si vedano Cass., 12 dicembre 2000, n. 15843; Cass., 29 gennaio 2001, n. 37; e Cass., 17 maggio 2002, n. 7299.

⁷ Cass., 8 giugno 2011, n. 12411.

litispendenza europea (e internazionale) al meccanismo processuale proprio della sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.*

La pronuncia valorizza l'analisi dell'oggetto del sindacato che il giudice del merito è chiamato a porre in essere prima di decidere se accordare o meno la sospensione: egli si limita a vagliare l'effettiva sussistenza dell'identità di cause alla luce della nozione di litispendenza europea fornita dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea⁸. Nel caso in cui l'identità sia riscontrata, la sospensione sarebbe un meccanismo da attivare automaticamente, senza che residui spazio per alcuna valutazione di natura giurisdizionale⁹. Ciò è esatto, ma al contempo riduttivo.

Guardare soltanto all'oggetto del sindacato che il giudice del merito è tenuto ad effettuare significa trascurare la *ratio* sottesa alle norme in materia di litispendenza europea. Esse definiscono lo snodo dinamico della giurisdizione all'interno dello spazio giuridico europeo e proprio questa peculiare funzione non può che colorarle, a parer di chi scrive, di una sfumatura di "giurisdizionalità"¹⁰.

⁸ È nota l'autonomia della nozione di "litispendenza" elaborata nel contesto euronunitario. I confini del concetto di «identità di cause» sono stati notevolmente allargati dalla Corte di Giustizia, fino a considerare identiche una domanda volta ad ottenere la condanna alla esecuzione della prestazione contrattuale e quella finalizzata alla dichiarazione di risoluzione della medesima vicenda contrattuale per inadempimento, sulla scorta del ragionamento per il quale entrambe le controversie avrebbero ad oggetto la medesima forza obbligatoria del contratto. Il riferimento è a C-144/86, *Gubish c. Palumbo* e alla successiva *Tatry c. Maciej Rataj* (C-406/92), ove si afferma la coincidenza tra un giudizio di accertamento positivo e uno di accertamento negativo. Per una analisi critica delle decisioni e per l'influenza esercitata delle medesime sulla nozione di «oggetto del processo di cognizione» negli Stati Membri dell'Unione europea v. per tutti E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione – Tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzioni del diritto processuale*, Torino, 2016, 45 ss.

⁹ In dottrina, concordano con la citata ricostruzione della Corte, E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni Unite ribadiscono che è il regolamento necessario di competenza lo strumento utilizzabile avverso il provvedimento di sospensione del processo per litispendenza internazionale* (nota a Cass., sez. un. 22 dicembre 2017, n. 30877), in *Foro it.*, 2018, I, 521 ss.; A. GIUSSANI – G. DI FAZZIO, *Il difetto "temporaneo" di giurisdizione colpisce ancora* (nota a Cass., 8 giugno 2011, n. 12411 e Cass., 2 agosto 2011, n. 16862), in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1627; più di recente, A. GIUSSANI, *Sospensione per litispendenza internazionale e giudizio di legittimità* (nota a Cass., sez. un., 22 dicembre 2017, n. 30877), in *Riv. dir. proc.*, 2018, 829.

¹⁰ Sostengono la natura giurisdizionale delle norme in materia di litispendenza europea C. CONSOLO, *Litispendenza "comunitaria", convenzione "parallela" di Lugano, interventi di terzi e sindacabilità in sede di regolamento di giurisdizione*, cit., 1194 ss.; A. CARRATTA, *Sospensione per connessione internazionale*, cit., 90; S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Torino, 2009, 193, il quale discorre di «difetto di giurisdizione» del giudice adito per secondo; M.A. LUPOI, *La nuova*

3. – L'accostamento del provvedimento sospensivo per litispendenza europea a quello per pregiudizialità-dipendenza comporta una considerevole forzatura di concetti. L'art. 295 c.p.c. opera quale strumento processuale di coordinamento tra due giudizi legati da un nesso di pregiudizialità-dipendenza; affatto differente è il concetto di identità di cause, che viene in rilievo in materia di litispendenza europea¹¹.

Si aggiunga che, a sostegno della loro tesi, le Sezioni Unite si richiamano ad orientamenti giurisprudenziali secondo i quali l'ordinanza di sospensione del processo, pur se disposta per ragioni differenti dalla pregiudizialità-dipendenza, è sindacabile ai sensi dell'art. 42 c.p.c.¹². Il regolamento di competenza, come avviene nell'ordinanza in commento, è di fatto invocato di fronte a qualunque provvedimento che importi una stasi "necessaria" del processo¹³.

litispendenza comunitaria: aspetti procedurali, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1321 ss.; ID., *Giurisdizione italiana, efficacia di sentenze e atti stranieri*, Napoli, 2007, 252; M. STELLA, *Clausole di proroga della giurisdizione "confliggenti" e domande identiche: opera la disciplina della litispendenza ex art. 29 reg. 1215/2012* (nota a Cass., sez. un., 13 maggio 2019, n. 12638), in *Corr. giur.*, 2020, 236.

¹¹ In questo senso C. CONSOLO, *Litispendenza "comunitaria"*, cit., 1208; A. CARRATTA, *Sospensione per connessione internazionale*, cit., 88. Analogamente anche G. RAITI, *Ancora un revirement delle Sezioni Unite civili sul dilemma dell'impugnabilità dell'ordinanza sospensiva per litispendenza internazionale* (nota a Cass., sez. un., 22 dicembre 2017, n. 30877), in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 368.

Contra, invece, R. MARENGO, «Natura» della quaestio di litispendenza comunitaria e regime della rilevanza (nota a Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 37), in *Giur. it.*, 2002, 521, per il quale la sospensione per litispendenza comunitaria condividerebbe lo scopo della sospensione necessaria ex art. 295 c.c., e cioè quello di presidiare il rispetto del principio di economia; G. FIENGO, *Il regime di impugnazione dell'ordinanza dichiarativa della litispendenza internazionale* (nota a Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 37), in *GiustiziaCivile.com*, 2018; A. GIUSSANI – G. DI FAZZIO, *Il difetto "temporaneo" di giurisdizione colpisce ancora*, cit., 1632 e A. GIUSSANI, *Sospensione per litispendenza internazionale e giudizio di legittimità*, cit., 836 ss.

¹² Per tutte Cass., 22 dicembre 2017, n. 30877, la quale riporta, tra i casi in cui il regolamento di competenza è ammesso avverso provvedimenti assunti per ragioni differenti da quelle di pregiudizialità-dipendenza, la sospensione a seguito di istanza di ricasazione del giudice, ai sensi dell'art. 52 c.p.c. (Cass., 25 maggio 2005, n. 11010), la sospensione per querela di falso incidentale ai sensi dell'art. 313 c.p.c. (Cass., 4 agosto 2010, n. 14497), la sospensione di cui all'art. 16 reg. C.E. n. 1/2003 in materia di concorrenza (Cass., 25 maggio 2016, n. 10880).

¹³ Si noti che la stessa scelta legislativa, compiuta con la L. 353 del 1990, di erigere l'art. 42 c.p.c. a mezzo d'impugnazione dei provvedimenti assunti ai sensi dell'art. 295 c.p.c. è stata criticata dagli interpreti. Ben poco a che vedere con il tema della competenza ha infatti la necessaria sospensione del processo per pregiudizialità dipendenza. Così A. LEVONI, voce *Regolamento di competenza*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., Torino, XVI, 1997, 486 ss., il quale ammette che occorrono non pochi

La sospensione è una vicenda anomala del processo, il quale esiste, appunto, “per procedere”: qualunque sospensione dunque, e non solo quella per pregiudizialità-dipendenza, si traduce in un diniego di giustizia, sia pur temporaneo¹⁴. Questa riflessione ha spinto alcuni autori ad avanzare dubbi di legittimità costituzionale dell’art. 42 c.p.c. per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui prevede che solo il provvedimento emanato ai sensi dell’art. 295 c.p.c. sia impugnabile¹⁵. Tuttavia, l’interpretazione letterale della norma suggerisce chiaramente di limitare l’impugnabilità a mezzo regolamento di competenza ai provvedimenti sospensivi per pregiudizialità-dipendenza, cioè ai soli casi di cd. “sospensione propria”¹⁶. La necessità di

«contorsionismi logici» per attribuire ai provvedimenti assunti ex art. 295 c.p.c. un franco contenuto di pronuncia sulla giurisdizione. Lo stesso autore si era interrogato sulla possibilità di esperire il regolamento di giurisdizione contro provvedimenti sospensivi regolati in altre sedi testuali rispetto a quella di cui all’art. 295 c.p.c., concludendo in senso negativo. La regola discriminante per l’estensione del rimedio di cui all’art. 42 c.p.c. a casi differenti da quelli di pregiudizialità-dipendenza risiederebbe nell’essere o meno la causa sospensiva riconducibile alla categoria della pregiudizialità tecnica (riporta l’A. l’esempio degli artt. 313 e 315 c.p.c.).

¹⁴ In questi termini si esprime efficacemente G. TRISORIO LIUZZI, *Il regolamento di competenza e le sospensioni diverse da quella necessaria ex art. 295 c.p.c.* (nota a Cass., 27 settembre 2002, n. 14062), in *Foro it.*, 2003, I, 3139. Si veda anche S. MENCHINI, voce *Sospensione del processo civile*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1, spec. nt. 1.

¹⁵ Avanzano dubbi di legittimità costituzionale G. TRISORIO LIUZZI, *Il regolamento di competenza e le sospensioni diverse da quella necessaria ex art. 295 c.p.c.*, cit., 3139; ID., *Sospensione necessaria del processo e regolamento di competenza* (nota a Cass., 3 febbraio 1997, n. 1010), in *Foro it.*, 1997, I, 1115; A. LEVONI, voce *Regolamento di competenza*, cit., 486; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 46. Più precisamente, l’art. 42 c.p.c. contrasterebbe con l’art. 3 Cost. poiché viola il principio di eguaglianza, dal momento che tutte le sospensioni e non solo quella di cui all’art. 295 c.p.c. rappresentano un diniego, sia pur temporaneo, di giustizia; con l’art. 24 Cost. in quanto nega un controllo avverso un provvedimento, quello sospensivo, che limita temporaneamente il diritto di azione e di difesa; con l’art. 111 Cost., in quanto non assicura la ragionevole durata del processo.

¹⁶ E.T. LIEBMAN, *Sulla sospensione propria ed «impropria» del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 158. Per l’A., la sospensione si definisce propria se disposta per ragioni di pregiudizialità-dipendenza, se cioè l’esito della causa pendente dinanzi al giudice che dispone la sospensione dipenda dalla definizione di un giudizio pendente dinanzi a un diverso giudice. Al contrario, la sospensione è impropria se essa è solo “apparente”: in questi casi il giudizio continua il suo corso fisiologico in altra sede, dinanzi a un giudice esclusivamente competente a decidere una delle questioni del processo. Esempi sono il regolamento di giurisdizione, quello di competenza, la sospensione disposta in caso di promozione di un giudizio di legittimità costituzionale. Si veda altresì M. VANZETTI, *Incidente di falso, sospensione del processo ed efficacia naturale del processo* (nota a Cass., 16 maggio 2017, n. 12035), in *Giur. it.*, 2017, 2107. La pronuncia conferma la impugnabilità, a mezzo regolamento di competenza, del provvedimento di sospensione per querela di falso. L’A. aderisce alla soluzione della Corte, ma avverte che la ragione per cui l’estensione applicativa

un controllo sui provvedimenti che dispongano una stasi del processo per ragioni differenti dall'art. 295 c.p.c., tra i quali rientra l'ordinanza sospensiva per litispendenza europea, non giustifica la tensione della giurisprudenza di legittimità all'eccessivo allargamento delle maglie interpretative dell'art. 42 c.p.c.: non sempre infatti il regolamento di competenza si presenta come mezzo più idoneo a garantire tutela alla parte lesa, specialmente nei casi, come quello che ci occupa, in cui si necessita di un controllo caratterizzato da rapidità¹⁷.

Inoltre, muovendo dalla prospettiva della S.C., solo i provvedimenti che accolgano l'istanza di sospensione del processo sarebbero impugnabili a mezzo regolamento di competenza, mentre ne resterebbero esclusi quelli che rigettano l'istanza¹⁸. La giustificazione può essere ravvisata nel fatto che solo la sospensione potrebbe dar luogo ad un effettivo diniego di tutela giurisdizionale. Il medesimo rischio non sarebbe attuale, al contrario, in caso di prosecuzione del processo: alla parte che abbia visto risolvere

dell'art. 42 c.p.c. è corretta nel caso di specie risiede nella circostanza che la sospensione cui dà luogo la proposizione della querela di falso rientra nel concetto di sospensione "propria": la falsità di un documento sarebbe possibile oggetto di un autonomo giudizio, il quale si impone come pregiudiziale rispetto ad un altro giudizio già pendente. È solo la classificazione della sospensione come propria, nell'accezione intesa da Liebman, a suggerire l'utilizzazione del mezzo impugnatorio di cui all'art. 42 c.p.c., non utilizzabile dinanzi a provvedimenti di sospensione «impropria». Si veda anche M. VANZETTI, *Querela di falso e sospensione del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 1502. Per un ulteriore approfondimento in materia di sospensione del processo per querela di falso si rinvia a P. WIDMANN, *Il giudizio di querela di falso: natura ed oggetto*, Trento, 2020, 125.

¹⁷ Da più parti in dottrina si è proposto di prevedere la reclamabilità dei provvedimenti che decidono sulle istanze di sospensione. Il reclamo è infatti strumento più "leggero" rispetto alla impugnazione a mezzo regolamento di competenza e più idoneo a fornire tutela immediata. Per tutti, G. TRISORIO LIUZZI, *Il regolamento di competenza e le sospensioni diverse da quella necessaria ex art. 295 c.p.c.*, cit. 3140. Si veda anche A. GIUSSANI, voce *Sospensione del processo*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1997, 606, per il quale la garanzia dell'azione dovrebbe essere protetta da possibili abusi nell'applicazione delle regole sulla sospensione del processo con strumenti diversi da quello dell'applicazione analogica o estensiva dell'art. 42 c.p.c.: infatti, specialmente nei casi di impugnazione di provvedimenti che rigettino l'istanza di sospensione «il rimedio potrebbe rivelarsi peggiore del male»: la proposizione del regolamento farebbe scattare l'automatica sospensione del processo.

¹⁸ M.A. LUPOI, *Il coordinamento tra giurisdizioni nello spazio di giustizia europeo*: an update, Pisa, 2018, 106. L'A. evidenzia che ammettere l'impugnabilità del provvedimento che nega la sospensione per litispendenza europea vorrebbe dire porre fine al parallelismo con l'art. 295 c.p.c., poiché l'art. 42 c.p.c. limita l'impugnabilità ai soli provvedimenti che la sospensione dispongano.

negativamente la propria istanza sospensiva sarebbe pur sempre assicurata una tutela giurisdizionale¹⁹.

A ben vedere, però, proprio l'impossibilità di investire la S.C. della questione di litispendenza europea qualora il provvedimento di diniego della sospensione sia assunto *in thesi* in violazione delle regole in materia di litispendenza, genera un vuoto di tutela in capo alla parte convenuta, la quale si trova sprovvista di un rimedio idoneo a fronteggiare il fenomeno dei *parallel proceedings*.

È opportuno, allora, focalizzare l'attenzione sul profilo dell'*enforcement* delle norme in materia litispendenza nei singoli ordinamenti nazionali e sui rimedi di natura processuale o sostanziale previsti a favore della parte che lamenta una scorretta applicazione del diritto europeo da parte del giudice interno²⁰.

Osservando dapprima il piano processuale, tra i rimedi volti a prevenire la instaurazione di *parallel proceedings* è doveroso menzionare quello di matrice anglosassone dell'*anti-suit injunction*. In questa ipotesi, il giudice adito per primo ingiunge alle parti, a pena di *contempt of court*, di astenersi dal promuovere o proseguire un identico giudizio in un ordinamento diverso.

Un acceso dibattito circa tale prassi delle corti di *Common Law* si è sviluppato in materia di accordi di proroga della giurisdizione (la cui disciplina è oggi all'art. 25 reg. U.E. n. 1215/2012): in quest'ambito, il rimedio dell'*anti-suit injunction* era largamente utilizzato al fine di garantire effettività all'accordo di scelta del foro esclusivo, sino alla introduzione dell'odierno art. 31 reg. U.E. n. 1215/2012²¹. La Corte di Giustizia dell'Unione

¹⁹ Concorde E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni Unite ribadiscono che è il regolamento necessario di competenza lo strumento utilizzabile avverso il provvedimento di sospensione del processo per litispendenza internazionale*, cit., 523. Per l'A., la parte che veda rigettare l'eccezione di litispendenza internazionale non rimarrebbe priva di tutela processuale, solo che coltivi la richiesta in appello mediante appello incidentale. Sulla stessa linea si pone anche Cass., 12 maggio 2017, n. 11799.

²⁰ Evidenzia l'urgenza di spostare l'attenzione al profilo dell'*enforcement* delle norme in materia di litispendenza europea S. VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Milano, 2012, 35, la quale avverte che nella nozione di *enforcement*, in tema di accordi di proroga della giurisdizione, non rientrano solo i rimedi volti a ottenere la esecuzione in forma specifica degli accordi, ma anche rimedi indiretti quali le *anti-suit injunctions*, il risarcimento del danno in caso di violazione dell'accordo di proroga o il non riconoscimento delle decisioni rese dal giudice non prorogato.

²¹ Sull'impossibilità di utilizzare lo strumento della *anti-suit injunction* a tutela della effettività di un accordo di proroga della giurisdizione ai sensi dell'art. 31 reg. U.E. n. 1215/2012 si veda E. D'ALESSANDRO, *Danno da inadempimento dell'accordo di scelta del foro esclusivo: un'importante sentenza del Bundesgerichtshof*, in *Riv. Dir. Proc.*,

europea ha però dichiarato tale rimedio contrario al diritto europeo: il descritto meccanismo inibitorio, infatti, falserebbe l'applicazione delle norme sulla giurisdizione all'interno dello spazio giudiziario poiché priverebbe il giudice, adito in violazione dell'accordo, della *potestas* di valutare autonomamente la sussistenza della propria competenza giurisdizionale.²²

Ai sensi della normativa vigente, l'effettività degli accordi di proroga della giurisdizione è garantita da un meccanismo simile a quello previsto per la soluzione di questioni di litispendenza in assenza di *jurisdiction agreements*: il giudice non prorogato, a norma dell'art. 31 del reg. U.E. n. 1215/2012, deve sospendere il giudizio dinanzi a sé instaurato in attesa che il giudice prorogato affermi la propria giurisdizione.

Preso atto dell'impossibilità di impiegare il rimedio preventivo dell'*anti-suit injunction*²³, è opportuno verificare se il meccanismo che impone al giudice adito per secondo e al giudice non prorogato la

2020, 793. L'A. sottolinea che proprio la impossibilità di utilizzare le *anti-suit injunctions* a protezione della effettività degli accordi di scelta del foro esclusivo all'interno dello spazio giudiziario europeo ha indotto alla introduzione, con reg. U.E. 1215/2012, dell'art. 31, il quale detta norme procedurali volte a garantire il rispetto effettivo delle clausole di proroga, stabilendo un criterio di distribuzione della competenza giurisdizionale nel caso di adizione, oltre che del giudice prorogato, anche del giudice non prorogato. In argomento si veda anche G. VALLAR, *Litispendenza e sospensione del procedimento: il giudice italiano di fronte all'art. 31, par. 2, del Regolamento Bruxelles I-bis*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2020, 471, spec. nt. 46. Per una panoramica più dettagliata degli strumenti impiegati dalle Corti inglesi a garanzia dell'*enforcement* delle posizioni giuridiche sostanziali derivanti dagli accordi di proroga della giurisdizione si veda L. PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, Padova, 2012, 50 ss.

²² Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, caso *Turner c. Grovit*, 27 aprile 2004, causa C-159/02 con nota di E. MERLIN, *Le anti-suit injunctions e la loro incompatibilità con il sistema processuale comunitario*, in *Int'l Lis*, 2005, 14. L'A. pone l'accento sull'uso dell'*anti-suit injunction* come strumento per fronteggiare il fenomeno della litispendenza da parte delle corti inglesi, mantenendo pur sempre sullo sfondo la consapevolezza della "elastica" concezione dei criteri attributivi della competenza nei sistemi di *common law*.

²³ Non ci si può esimere dal segnalare l'impatto che la fuoriuscita dell'Inghilterra dall'Unione europea potrebbe avere sulla utilizzabilità, da parte delle Corti Inglesi, dello strumento delle *anti-suit injunctions*. L'Inghilterra, infatti, non sarebbe più soggetta al c.d. regime di Bruxelles e gli interpreti riflettono sulla possibilità che ciò comporti la reviviscenza di istituti giuridici che, ad oggi, sono stati dichiarati non in linea con il diritto europeo, come le *anti-suit injunctions*. Si rinvia a G. RÜHL, *Judicial cooperation in civil and commercial matters after Brexit: which way forward?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, 99-128 e R. LOMBARDI, *Le anti-suit injunctions nell'era della Brexit: quali prospettive rispetto all'Unione europea?*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, 275 ss.

sospensione del processo ai sensi degli artt. 29 e 31 del reg. U.E. n. 1215/2012 sia davvero idoneo a scongiurare il pericolo della instaurazione di *parallel proceedings*. La corretta applicazione delle norme citate garantisce l'effettiva individuazione del giudice giurisdizionalmente competente; l'ordinamento europeo, però, non detta regole processuali volte a reagire alla scorretta applicazione delle norme da parte dei giudici interni: in tale patologica evenienza, infatti, i due giudizi proseguono in parallelo²⁴. È naturale domandarsi cosa accada nel caso in cui il giudice interno non sospenda il giudizio, pur in presenza di una questione di litispendenza europea.

Secondo una recente pronuncia della Corte di Giustizia, non sussisterebbero ostacoli al riconoscimento della decisione assunta in violazione delle regole sulla litispendenza dal giudice prevenuto il cui processo si sia concluso prima rispetto a quello instaurato dinanzi al giudice adito per primo²⁵. Questa soluzione si basa sul rilievo per cui il giudice preveniente, richiesto del riconoscimento, non potrebbe sindacare la sussistenza della competenza giurisdizionale in capo al giudice che ha emanato la sentenza straniera.

Un siffatto meccanismo ostacola l'effettività dell'applicazione delle regole sulla litispendenza nello spazio giudiziario europeo²⁶, complice

²⁴ Il fatto che l'effettività delle norme europee in materia di litispendenza si fondi sul presupposto della loro puntuale applicazione da parte dei giudici concorrenti e, specialmente, del giudice adito per secondo (o del giudice non prorogato) è sottolineato da M.A. LUPOI, *Il coordinamento tra giurisdizioni nello spazio di giustizia europeo: an update*, cit., 69.

²⁵ In questi termini la Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Liberato c. Grigorescu*, 16 gennaio 2019, causa C-386/17. La Corte si esprime chiaramente, al punto 56 della motivazione, in questi termini: «le norme sulla litispendenza di cui all'articolo 27 del reg. C.E. n. 44/2001 e all'articolo 19 del reg. C.E. n. 2201/2003 devono essere interpretate nel senso che, qualora, nell'ambito di una controversia in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale o di obbligazioni alimentari, l'autorità giurisdizionale successivamente adita abbia adottato, in violazione di tali norme, una decisione poi divenuta definitiva, esse ostano a che le autorità giurisdizionali dello Stato membro cui appartiene l'autorità giurisdizionale preventivamente adita neghino, per questo solo motivo, il riconoscimento di tale decisione. In particolare, tale violazione non può, di per sé, giustificare il mancato riconoscimento di detta decisione per sua contrarietà manifesta all'ordine pubblico di tale Stato membro».

²⁶ Si esprime in termini di insoddisfazione nei confronti del sistema previsto dai regolamenti europei sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento delle decisioni L. PENASA, *Violazione della regola sulla litispendenza europea e riconoscimento della sentenza straniera*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2020, 852. L'A. propone, *de iure condendo*, la previsione di uno strumento volto a porre rimedio alle violazioni della regola sulla litispendenza; egli valorizza la proposta di Franchi, in G. FRANCHI, *Proposte di riforma della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *La Convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968*

l'assenza di idonei strumenti di controllo sui provvedimenti che erroneamente neghino la sospensione per litispendenza europea: come ribadito dall'ordinanza in commento, infatti, le Sezioni Unite negano l'impugnabilità del provvedimento di diniego della sospensione.

Appurata la mancanza di rimedi processuali, si prospetta l'opportunità di riflettere circa l'esistenza di rimedi sostanziali a vantaggio della parte che veda ingiustamente rigettata la propria istanza di sospensione per litispendenza, la quale è costretta a sostenere le spese di due processi: quello preveniente e quello prevenuto, a torto non sospeso.

Non si rinvergono rimedi sostanziali per il caso in cui il giudice prevenuto reputi erroneamente inesistente la questione di litispendenza europea. Diverso è il caso in cui le parti abbiano stipulato un accordo di proroga della giurisdizione e venga adito il giudice non prorogato, il quale non si avveda dell'accordo o, erroneamente, non ritenga la domanda presso di lui incardinata rientrando nel perimetro del medesimo. Prendendo in prestito le categorie del diritto sostanziale, può scorgersi l'inadempimento, da parte dell'attore che abbia incardinato la causa dinanzi al giudice non prorogato, dell'obbligazione assunta al momento della stipula dell'accordo. Tale comportamento della parte in mala fede è stato ritenuto, dalle Corti tedesche, idoneo a fondare una azione di risarcimento del danno da inadempimento dell'accordo di scelta del foro esclusivo²⁷. Ad oggi, analoga

e la riforma del processo civile italiano, Milano, 1985, 78, di prevedere un regolamento di competenza tramite il quale impugnare, dinanzi alla Corte di Giustizia, le decisioni dei giudici nazionali che facciano applicazione delle norme convenzionali sulla giurisdizione ipotizzando che, se un tale regolamento venisse istituito, sarebbe congruo estenderlo anche alle pronunce relative alla litispendenza e alla connessione.

²⁷ Sul punto si veda E. D'Alessandro, *Danno da inadempimento dell'accordo di scelta del foro esclusivo: un'importante sentenza del Bundesgerichtshof*, cit. 794, ove l'A. ricostruisce dettagliatamente la natura giuridica degli accordi di scelta del foro esclusivo, dei quali si discute circa la matrice sostanziale ovvero processuale. Interessante è porre mente alla ricostruzione offerta dal *Bundesgerichtshof*, il quale li definisce accordi aventi duplice oggetto: da una parte processuale, individuando essi, dal punto di vista dinamico, il giudice munito di giurisdizione esclusiva, con contestuale rinuncia delle parti alla giurisdizione di un giudice diverso; dall'altra sostanziale, nella misura in cui determinerebbero il sorgere di una obbligazione di *non facere*, avente ad oggetto l'impegno a comportarsi secondo buona fede e dunque a non adire una diversa autorità giurisdizionale rispetto a quella indicata nell'accordo di proroga. Proprio l'inadempimento di tale ultima obbligazione sarebbe fonte di un diritto al risarcimento dei danni. Si veda anche G. VALLAR, *Litispendenza e sospensione del procedimento: il giudice italiano di fronte all'art. 31, par. 2, del Regolamento Bruxelles I-bis*, cit., 472, nt. 47, la quale pure rimanda alla decisione del *Bundesgerichtshof*, e segnala altresì ulteriori casi di condanna al risarcimento del danno per violazione di una clausola di scelta del foro negli ordinamenti inglese e spagnolo. Sulla natura giuridica degli accordi di proroga della giurisdizione si v. L.

soluzione non risulta essere accolta dall'ordinamento italiano: la parte diligente rispetto alla esecuzione dell'accordo di proroga risulta, così, sprovvista di idonea tutela giurisdizionale, anche sul piano sostanziale.

Considerare inerenti alla giurisdizione le norme sulla litispendenza europea e consentire, di conseguenza, di investire della relativa questione la S.C. a mezzo regolamento preventivo di giurisdizione, può contribuire a colmare gravi lacune di effettività della tutela, assicurando una rapida soluzione della questione proprio quando essa risulti più urgente: nei casi cioè di erroneo diniego del provvedimento sospensivo²⁸.

4. – La prospettata soluzione trova conforto nelle argomentazioni dei giudici della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

A tal proposito si consideri il caso *Liberato c. Grigorescu* del 16 gennaio 2019, causa C-386/17²⁹. Riassumendo brevemente i fatti di causa, il giudice italiano veniva adito con una domanda di separazione, quello romeno con una domanda di divorzio³⁰. Il giudice della Romania, prevenuto nonostante

PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, cit., 80 ss., il quale attribuisce ai *jurisdiction agreements* natura di negozi bilaterali con effetti processuali e G. PAILLI, *Autonomia privata e accordi sulla giurisdizione*, Torino, 2020, 86 ss.

²⁸ Propongono, più autorevolmente, di devolvere la soluzione della questione di litispendenza europea alle sez. un. a mezzo regolamento preventivo di giurisdizione A. CARRATTA, *Sospensione per connessione internazionale*, cit., 90, il quale definisce quella del regolamento preventivo di giurisdizione la «strada maestra»; C. CONSOLO, *Litispendenza "comunitaria"*, cit., 1208; ID., *La base partecipativa e la aspirazione alla nomofiliachia*, cit., 1568, spec. nt. 3; M. STELLA, *Clausole di proroga della giurisdizione "confliggenti"*, cit., 236, spec. nt. 1; M.A. LUPOI, *Il coordinamento tra giurisdizioni nello spazio di giustizia europeo: an update*, cit., 104. Propone una lettura alternativa a quella «binaria» della Cassazione tra regolamento di competenza e regolamento di giurisdizione G. RAITI, *Ancora un revirement delle Sezioni Unite civili sul dilemma dell'impugnabilità dell'ordinanza sospensiva per litispendenza internazionale*, cit., 376.

²⁹ Per un commento della decisione si vedano L. PENASA, *Violazione della regola sulla litispendenza europea e riconoscimento della sentenza straniera*, cit., 840 ss.; M.C. BARUFFI, *Il divorzio nel diritto dell'Unione europea*, in *Famiglia e Diritto*, 2021, 99; E. EBAU, *Litispendenza e riconoscimento di provvedimenti stranieri – Litispendenza e riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale genitoriale*, in *Giur. it.*, 2019, 1338.

³⁰ Ai sensi dell'art. 19 del reg. C.E. n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: «qualora dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diversi e tra le stesse parti siano state proposte domande di divorzio, separazione personale dei coniugi e annullamento del matrimonio, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dall'autorità giurisdizionale preventivamente adita». Il meccanismo processuale dettato dalla norma è il medesimo previsto all'art. 29 del reg. U.E. n. 1215/2012, per il quale «[...] qualora davanti alle autorità giurisdizionali di Stati membri differenti e tra le medesime parti siano state proposte domande

la (fondata) eccezione di litispendenza, decideva il merito della causa, accogliendo la domanda di divorzio: la sentenza passava in giudicato. L'ex moglie, nel giudizio ancora pendente in Italia, chiedeva il riconoscimento della sentenza romena di divorzio ma l'ex marito si opponeva, facendo valere la contrarietà della decisione all'ordine pubblico italiano. Secondo l'opponente le autorità romene si erano pronunciate in violazione del reg. C.E. n. 2201/2003³¹ e delle ivi contenute norme in materia di litispendenza.

La vicenda approdava in Cassazione, che sospendeva il giudizio chiedendo alla Corte di Giustizia se la violazione delle regole sulla litispendenza europea potesse costituire motivo ostativo al riconoscimento della pronuncia assunta sotto il profilo dell'ordine pubblico processuale oppure se fosse applicabile l'art. 24 del reg. C.E. n. 2201/2003, rubricato «divieto di riesame della competenza giurisdizionale dell'autorità giurisdizionale d'origine», che impedisce di procedere al riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato Membro d'origine in sede di riconoscimento di una sentenza straniera.

Si poneva dunque una questione pregiudiziale relativa alla possibile qualificazione delle norme sulla litispendenza come norme sulla giurisdizione: in quanto tali, il giudice dello Stato richiesto sarebbe privato della possibilità di sindacare il loro rispetto da parte del giudice che ha emanato la sentenza, in conformità al disposto di cui all'art. 24 reg. C.E. n. 2201/2003.

La Corte di Giustizia ha opportunamente chiarito che le disposizioni sulla litispendenza siano qualificabili quali norme di competenza giurisdizionale. Di conseguenza, il sindacato relativo al loro rispetto è sottratto al giudice dello Stato d'arrivo, analogamente a quanto previsto per le norme sulla giurisdizione in generale.

5. – Attribuire natura di norme sulla giurisdizione a quelle che si occupano di litispendenza europea ha il pregio di consentire la devoluzione della relativa questione alle sez. un. a mezzo regolamento preventivo di

aventi il medesimo oggetto ed il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale adita in precedenza». Stante l'identità di scopo delle due norme, possono estendersi le conclusioni cui giunge la Corte di Giustizia dell'Unione europea circa l'interpretazione delle norme che regolano la litispendenza in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale nel caso Liberato a quelle che regolano il medesimo fenomeno in materia civile e commerciale.

³¹ Relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale

giurisdizione. Questo, lo si ribadisce, sia nel caso che il giudice del merito abbia negato la sospensione sia nel caso che l'abbia concessa, intravedendo in entrambe le ipotesi una minaccia alla effettività della tutela delle parti coinvolte.

Conviene dunque prender consapevolezza delle peculiarità che connotano lo strumento del regolamento di giurisdizione, la cui storia, esposta a fortune alterne, è travagliata³². Certo è che il regolamento *de quo* costituisce un *unicum* nel panorama giuridico europeo: dal punto di vista comparato, infatti, non si rinvencono strumenti analoghi negli ordinamenti degli Stati Membri. Il regolamento di giurisdizione è strumento preventivo, privo di qualunque sfumatura di gravame (al contrario del regolamento di competenza), utile anche al fine di risolvere la questione di giurisdizione prima che il pericolo di *parallel proceedings* si renda attuale. Tale strumento assai particolare merita – come è stato autorevolmente osservato – una “ricarburazione”³³.

Non valgono poi ad escludere la possibilità di avvalersi del regolamento di giurisdizione quegli orientamenti che individuano nella pronuncia sospensiva del giudice del merito relativa alla litispendenza europea un motivo ostativo alla proposizione del medesimo. Il regolamento di giurisdizione, infatti, è precluso solo una volta deciso il merito della controversia. È chiaro, invece, che la decisione relativa alla sospensione in costanza di una questione di litispendenza sia inidonea ad incidere sul merito³⁴.

³² Sul punto si veda F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1981, *passim*, cui adde G. TRISORIO LIUZZI, voce *Regolamento di giurisdizione*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1997, 509 ss.

³³ In questi termini C. CONSOLO, *La Italian Torpedo non fa naufragare per la seconda volta la petroliera Erika e la buona fede processual-internazionalistica (grazie al “ricarburato” e non più vituperando nostro regolamento di giurisdizione)*, in *Int'l Lis*, 2003, 99, il quale intravede nel regolamento di giurisdizione il ruolo di «promotore della buona fede processuale». Nel caso annotato, in particolare, il regolamento di giurisdizione veniva proposto quale mezzo di contrasto alle c.d. azioni *Torpedo*, proposte allo scopo di sfruttare la capacità inibitoria della prevenienza-litispendenza di un processo presso un foro privo di giurisdizione. È proprio in Stati come l'Italia, nota l'autore, che le azioni di tal genere sono più pericolose, stante la notoria lungaggine processuale. In questo contesto veniva a ritagliarsi un nuovo ruolo il regolamento di giurisdizione, finalmente «ricarburato» ed ormai lontano dalle critiche mossegli al momento del suo ingresso nel nostro sistema da Cipriani. Si veda altresì C. CONSOLO, *La buona fede internazionalprocessualistica ed il nostro «ricarburato» regolamento di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2003, 2056 ss.

³⁴ Lo sottolinea A. CARRATTA, *Sospensione per connessione internazionale*, cit., 90, il quale evidenzia il dato acquisito per cui il regolamento preventivo di giurisdizione deve intendersi precluso nel caso in cui sia intervenuta una decisione di merito,

Inoltre, raffrontando da un punto di vista dinamico il regolamento preventivo di giurisdizione con quello di competenza, emerge come il primo si presenti, agli occhi dell'operatore giuridico, come uno strumento più maneggevole. Il regolamento ai sensi dell'art. 41 c.p.c. non comporta una stasi automatica del processo, essendone valutata la opportunità dal giudice del merito, ai sensi dell'art. 367 c.p.c. Il regolamento di competenza, al contrario, genera una sospensione automatica, certamente meno in linea con il principio di economia.

Preferendo lo strumento del regolamento di giurisdizione si eviterebbe altresì di allargare eccessivamente le maglie interpretative dell'art. 42 c.p.c. e di scomodare accostamenti tra figure giuridiche che sono specchio, come visto, di *rationes* tra loro divergenti.

La Corte di cassazione, nella sua composizione più autorevole, conserverebbe inoltre il proprio ruolo di "giudice della giurisdizione" anche nelle sempre più frequenti controversie transfrontaliere e garantirebbe, nell'esercizio di tale mansione, una interpretazione uniforme delle norme europee in materia di litispendenza³⁵.

Si apre quindi una parentesi relativa alla posizione del giudice del merito di fronte all'ordinanza emanata dalle Sezioni Unite a conclusione del regolamento di giurisdizione, qualora venga in rilievo l'applicazione del diritto dell'Unione europea. Come noto, la decisione esplica, nei confronti del giudice del merito, una efficacia preclusiva interna rispetto alla valutazione della propria giurisdizione, vincolandolo al *dictum* della S.C. Vi è però un caso in cui il giudice nazionale può (*rectius*: deve) riappropriarsi del potere di valutare la sussistenza della propria competenza giurisdizionale. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, nel caso *Interedil*, si è intrattenuta proprio sul rapporto intercorrente tra le norme processuali di diritto interno che impongono ad un giudice non di ultima istanza di

anche limitata alla giurisdizione o ad una questione meramente processuale; parimenti egli mette in luce però che il concetto di "decisione in sede di merito" deve ricollegarsi ad un provvedimento che, a prescindere dalla sua forma di sentenza o di ordinanza, abbia una qualche incidenza sul merito della controversia. Questo non è il caso del provvedimento sospensivo emanato dal giudice di merito e relativo a una questione inerente la litispendenza europea. Sulla interpretazione dell'inciso "decisione in sede di merito", per tutti, G. TRISORIO LIUZZI, voce *Regolamento di competenza*, cit., 518.

³⁵ A. CARRATTA, *Sospensione per connessione internazionale*, cit., evidenzia che, assegnando alle Sezioni Unite il ruolo di giudice sulla giurisdizione nei casi di litispendenza europea, si evierebbe alla assenza di un organo di rilevanza sovranazionale al quale demandare il compito di risolvere eventuali conflitti positivi o negativi che dovessero sorgere con riferimento alle norme sulla litispendenza o sulla connessione internazionale.

uniformarsi al principio di diritto dettato da un giudice di grado superiore e la conformità del medesimo alle norme europee³⁶. Più precisamente, nel caso in cui il *dictum* risultante da un regolamento preventivo di giurisdizione sia contrario al diritto dell'Unione europea, il giudice del merito vede risorgere il potere di verificare la propria competenza giurisdizionale e di adire la Corte a mezzo rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE. La regola sancita dalla Corte può a prima vista sembrare dirompente, ma essa risulta specchio del c.d. principio di *primauté* del diritto europeo. Non si può negare, tuttavia, un incisivo impatto della medesima sull'ordinamento processuale interno, in quanto non pochi sono i casi di regolamento di giurisdizione in cui venga in rilievo l'applicazione di norme comunitarie³⁷.

Per concludere, il principio di prevenienza e la sospensione del giudizio prevenuto (o incardinato presso il giudice non prorogato), sono gli strumenti forniti dal reg. U.E. n. 1215/2012 per la gestione del fenomeno dei c.d. *parallel proceedings*. La razionale applicazione di queste norme garantisce l'efficiente distribuzione della competenza giurisdizionale tra gli Stati Membri. Il diritto processuale europeo, però, non prevede strumenti di reazione alla scorretta o mancata applicazione delle norme in materia di litispendenza.

L'urgenza di colmare tale lacuna legislativa è evidente sol che si ponga mente al carattere *lato sensu* definitivo del provvedimento del giudice nazionale che conosca una questione di litispendenza europea, disponga o meno la sospensione: da esso dipende infatti la concreta attribuzione della causa al giudice interno o al giudice straniero e l'effettiva prevenzione del fenomeno dei *parallel proceedings* nello spazio giudiziario europeo.

In assenza di un organo sovranazionale deputato a risolvere i conflitti di giurisdizione, spetta al diritto interno dei singoli Stati Membri il compito

³⁶ Si v. *Interedil*, 20 ottobre 2011, causa C-396/09 e *Rheinmülen Düsseldorf c. Einfuhr*, 12 febbraio 1974, causa C-146/73, *Elchinov*, 5 ottobre 2010, C-173/09, e *Krizan*, 15 gennaio 2013, causa C-416/10. Per una visione d'insieme dell'evoluzione giurisprudenziale si vedano: E. D'ALESSANDRO, *L'ordinanza conclusiva del regolamento di giurisdizione capitola dinanzi alla «primauté» del diritto dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2011, IV, 547; C. HONORATI, *Higher courts, lower courts and preliminary ruling: a lesson from Interedil*, in *Int'l Lis*, 2012, 134; G. RAITI, *Dopo Elchinov ed Interedil, Krizan: ribadita l'incompatibilità con il diritto dell'Unione del vincolo processuale interno all'enunciato in iure della corte superiore*, in *Int'l Lis*, 2013, 24.

³⁷ In particolare E. D'ALESSANDRO, *L'ordinanza conclusiva del regolamento di giurisdizione capitola dinanzi alla «primauté» del diritto dell'Unione europea*, cit., 548 osserva che non è escluso che il *dictum* della Corte di Giustizia per ora relativo alla cedevolezza del principio di diritto e della pronuncia sulla giurisdizione rispetto alla primazia del diritto europeo, sia in futuro esteso, per analogia di *ratio*, anche alle pronunce sulla mera competenza provenienti da una autorità giurisdizionale di grado superiore, ad esempio le ordinanze conclusive del regolamento di competenza.

di identificare gli strumenti processuali più idonei a garantire l'*enforcement* delle norme in materia di litispendenza europea ³⁸. Nel caso dell'Italia, la scelta, anche alla luce delle esposte riflessioni, non può che ricadere sul regolamento preventivo di giurisdizione.

È dunque auspicabile che la Corte di Cassazione ritorni sui suoi passi e riconsegni, alla parte convenuta in un giudizio con elementi di transnazionalità, un idoneo strumento di reazione al fenomeno dei *parallel proceedings*.

Abstract

CONTROVERSIAL ISSUES WITH REGARD TO THE CHALLENGE OF THE DECISION TO STAY THE PROCEEDING IN CASE OF *LIS PENDENS*

La Corte di Cassazione conferma che il provvedimento sospensivo per litispendenza europea è impugnabile con regolamento di competenza, scorgendovi una ipotesi di sospensione necessaria del processo e non una questione di

³⁸ La riflessione può estendersi anche ad altri ambiti del diritto, come quello fallimentare. Il caso *Interedil* causa C-396/09 è meritevole di attenzione sotto un ulteriore profilo oltre a quello già menzionato nel testo; le parti discutevano circa l'individuazione del *center of main interest* (c.d. COMI) di una società che aveva trasferito la propria sede sociale in altro Paese membro dell'Unione europea poco prima dell'apertura della procedura d'insolvenza. La definizione di COMI era centrale nella individuazione del giudice giurisdizionalmente competente per l'apertura della procedura di insolvenza a carattere principale, ai sensi dell'allora vigente art. 3 del reg. C.E. n. 1346/2000. Il fatto che il regolamento non fornisse una definizione di "centro degli interessi principali", ma che si limitasse ad introdurre una presunzione di coincidenza del medesimo con la sede statutaria della società, aveva incentivato il fenomeno del *bad forum shopping*, inducendo le società a deliberare lo spostamento della sede sociale in Stati con legislazione fallimentare più favorevole poco prima della apertura della procedura. Dunque, anche in materia di insolvenza transfrontaliera, proprio l'assenza di una definizione legislativa di COMI ed il conseguente dilagare del fenomeno del *forum shopping*, avevano contribuito a far emergere una lacuna nel sistema processuale europeo, e cioè la assenza di un organo sovranazionale deputato a regolare i conflitti di giurisdizione tra diversi Stati Membri dell'Unione europea. Lo rileva chiaramente L. BACCAGLINI, *In tema di giurisdizione fallimentare europea: trasferimento della sede legale all'estero e "centro degli interessi principali" della società nel pensiero della S.C., alla vigilia della modifica del reg. 1346/2000* (nota a Cass., sez. un., 11 marzo 2013, n. 5945), in *Int'l Lis*, 2013, 148. La soluzione di potenziali conflitti di giurisdizione, dovuti alla scarsa chiarezza delle norme europee volte a ripartire la giurisdizione in materia fallimentare, sembra essere demandata al diritto interno, e più precisamente alla S.C. adita a mezzo regolamento di giurisdizione. Anche nel caso *Interedil*, infatti, le parti si erano indotte a proporre un regolamento preventivo ai sensi dell'art. 41 c.p.c., affidando così, di fatto, l'*enforcement* delle norme sulla giurisdizione europea ad un meccanismo processuale nazionale.

giurisdizione. Scopo del commento è dimostrare la natura giurisdizionale della questione e l'inidoneità della ricostruzione della Corte a garantire l'*enforcement* delle norme in materia di litispendenza europea. In assenza di un organo sovranazionale deputato a risolvere i conflitti di giurisdizione in caso di litispendenza, si propone la devoluzione di tale compito alle sez. un. a mezzo regolamento di giurisdizione.

The Italian Corte di Cassazione confirms that the decision to stay the proceeding in case of lis pendens shall be challenged through the means of regolamento di competenza, since it represents a case of mandatory stay of the proceeding and not a jurisdictional matter. The aim of the article is to demonstrate the jurisdictional nature of the issue and the unsuitability of the solution of the Court to ensure the enforcement of the European rules on lis pendens. In the absence of a supranational body entrusted with the solution of conflict of jurisdiction in case of lis pendens, the proposal is to entrust the Supreme Court with that task through the means of regolamento di giurisdizione.

TUTELA MONITORIA E ARBITRATO

Tribunale di Roma, 27 gennaio 2020, n. 1695 (Est. Colazingari)

Il Tribunale di Roma, con la sentenza in rassegna, ha affermato due principi in tema di rapporti tra tutela monitoria e arbitrato. Il primo: il giudice adito con le forme del procedimento per decreto ingiuntivo, pur se ritenga che il diritto azionato sia fatto oggetto di devoluzione in arbitrato, deve, sussistendo i presupposti *ex art. 633 c.p.c.*, accogliere la domanda pronunciando il provvedimento di ingiunzione, dovendo necessariamente l'eccezione di arbitrato essere fatta valere dall'ingiunto attraverso la proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo. Il secondo: alla fondatezza dell'eccezione di arbitrato riscontrata in sede di opposizione consegue necessariamente la revoca del decreto ingiuntivo, con possibilità per le parti di riassumere la causa in sede arbitrale con *translatio* della stessa.

Per quanto riguarda la prima questione la decisione si uniforma ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, il quale esclude che il giudice della fase monitoria possa rigettare la domanda ancorché emerga *ex actis* la devoluzione in arbitrato della controversia (cfr., tra le altre, Trib. Civitavecchia, 12 marzo 2020, n. 309, in *Dejure*; Trib. Treviso 3 novembre 2016, in *Pluris*; Trib. Torino 10 febbraio 2016, in *Giur. it.*, 2016, 2216, con nota di C. CONSOLO, F. GODIO, *Trattatizi orientamenti sulla sorte del d.i. opposto per clausola arbitrale (rituale)*). Al rilievo officioso sarebbe, anzitutto, ostativo il disposto dell'art. 819-ter, comma 1, c.p.c. là dove impone che l'eccezione di arbitrato sia sollevata dal convenuto nella prima difesa, con venir meno, in difetto della stessa, della competenza arbitrale in relazione alla controversia che potrà essere decisa nel merito dal giudice togato. Si è poi escluso che nella fase monitoria si sia di fronte ad una "controversia" deferibile alla decisione degli arbitri (Trib. Velletri, 24 novembre 2009, in *Corriere merito*, 2010, 832, con nota di A. PERIN, *Il procedimento di ingiunzione e l'eccezione di clausola arbitrale*). Infine, non è mancato chi ha osservato che la tutela monitoria andrebbe garantita, tenuto conto che non è possibile per gli arbitri la pronuncia di provvedimenti di ingiunzione (Cass., sez. un., 21 settembre 2018, n. 22433; Trib. Civitavecchia, 12 marzo 2020, n. 309, cit.).

La soluzione, tuttavia, è ben lungi dall'essere pacifica in dottrina.

Secondo un orientamento permarrebbe la competenza del giudice togato all'emissione del decreto ingiuntivo, ma la fase a cognizione piena, introdotta a seguito dell'opposizione, non potrebbe approdare ad una decisione sul merito, sicché il giudice dell'opposizione dovrebbe declinare la propria *potestas iudicandi* (C. CONSOLO, F. GODIO, *Trattatizi orientamenti*, cit., 2216 ss.).

Altri negano che, a fronte della devoluzione in arbitrato il giudice della fase monitoria possa emettere l'ingiunzione di pagamento, dovendo rilevare d'ufficio la propria carenza di *potestas iudicandi* (C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 27^a ed. III, Torino, 2019, 17; C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, 201; L. BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, cit., 896 ss.; M. ABBAMONTE, *Clausola compromissoria e tutela ingiuntiva: un rapporto controverso*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 6), pur potendo le parti far salva, nella convenzione di arbitrato, la possibilità di ricorrere al procedimento ingiuntivo, non escludendo taluno che esse possano perfino attribuire agli arbitri il potere di concedere provvedimenti monitori (S.A. VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 904 ss.; *contra*, G. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, in *Riv. arb.*, 2019, 443 ss.).

L'opzione per l'arbitrato preclude, a mio avviso, la possibilità di richiedere l'emissione di un decreto ingiuntivo al giudice ordinario. La scelta per l'arbitrato, difatti, opera a monte rispetto alla scelta del rito, escludendo la *potestas iudicandi* sulla controversia rientrando nel campo d'applicazione della convenzione di arbitrato a prescindere dalle forme attraverso le quali la domanda sia proposta: il ricorso al procedimento di cui agli art. 633 ss. c.p.c. presuppone che il giudice ordinario abbia *potestas iudicandi* in ordine alla stessa. Si è dunque di fronte al medesimo errore in cui, a mio avviso, incorre quella parte della giurisprudenza quando ammette che sia percorribile il procedimento di convalida di sfratto a dispetto della devoluzione in arbitrato delle controversie derivanti dal rapporto di locazione (Cass. 16 gennaio 1991, n. 387; Cass. 23 giugno 1995, n. 7127).

Né l'esclusione dell'utilizzabilità del rito monitorio, che discende dall'opzione per l'arbitrato, solleva dubbi di legittimità costituzionale (prospettati invece da C. CONSOLO, F. GODIO, *Tralattizi orientamenti*, cit., 2218). Come è stato condivisibilmente osservato, alla volontarietà della scelta per la soluzione arbitrale consegue la legittimità alla rinuncia di talune forme di tutela proprie della giurisdizione statale, tenutosi conto, d'altronde, che la tutela monitoria non gode di copertura costituzionale (G. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, in *Riv. arb.*, 2019, 448). Ciò che il ricorso all'arbitrato non potrà precludere non è l'utilizzo dei procedimenti speciali, alternativi al giudizio ordinario di cognizione, ma il solo accesso alla tutela cautelare: e ciò è garantito dall'art. 669-*quinquies* c.p.c.

Sulla base di queste premesse il problema diviene quello di stabilire il regime di rilevanza dell'incompetenza del giudice a favore dell'arbitro, tenutosi conto che l'art. 819-*ter*, comma 1, c.p.c. sancisce, nei giudizi a contraddittorio pieno, la necessità di eccezione di parte. In modo analogo l'art. 38 c.p.c. richiede l'eccezione di parte per il rilievo del difetto di competenza territoriale semplice e ciò aveva portato la giurisprudenza ad

esprimersi per lungo tempo nel senso che, nella fase *inaudita altera parte*, non fosse possibile per il giudice il rilievo officioso, sicché l'eccezione di competenza era riservata alla successiva ed eventuale opposizione. Tuttavia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 410 del 2005 ha stabilito, con pronuncia interpretativa di rigetto, il principio per il quale anche l'incompetenza territoriale semplice può essere rilevata d'ufficio dal giudice della prima fase del procedimento per decreto ingiuntivo.

Il Giudice delle leggi ha valorizzato, in questa pronuncia, l'esigenza di «non imporre all'ingiunto una onerosa costituzione in giudizio solo per far valere la violazione di norme attinenti all'individuazione del giudice» e le medesime ragioni possono essere richiamate per la soluzione del problema in esame. Dunque, o si respinge, a monte, l'idea per la quale l'eccezione di incompetenza territoriale semplice può essere rilevata d'ufficio dal giudice della fase senza contraddittorio oppure, se la si ammette, ad una analoga conclusione non si può non approdare a fronte della carenza di *potestas iudicandi* per devoluzione della controversia in arbitrato (E.F. RICCI, *I poteri del giudice adito con ricorso per decreto ingiuntivo secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1477). Soluzione, quest'ultima, che mi pare rafforzata in ragione del fatto che i confini tra difetto di competenza e carenza di *potestas iudicandi* del giudice per devoluzione in arbitrato della controversia si sono sempre più assottigliati, se si tiene conto, per un verso, della impugnabilità, prevista dall'art. 819-ter, comma 1, c.p.c. con il regolamento di competenza della sentenza con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato e, per altro verso, della piena applicabilità, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale n. 233/13, dell'istituto della *translatio* nei rapporti tra arbitro e giudice.

È proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto che la pronuncia qui in rassegna appare d'interesse, là dove afferma che a seguito dell'accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo sulla base della eccezione di arbitrato, la causa può proseguire, previa riassunzione, davanti agli arbitri. L'assunto, difatti, non è pacifico essendo stato sostenuto da altro orientamento che il giudice dell'opposizione si dovrebbe limitare a definire l'opposizione declinando la propria *potestas iudicandi* e revocando il decreto ingiuntivo (Trib. Pordenone 16 maggio 2017, in *Pluris*). Nella medesima prospettiva si è altresì soggiunto che «se si nega che gli aderenti a un accordo compromissorio possano beneficiare della tutela monitoria erogata dall'a.g.o., deve poi parimenti e logicamente escludersi che l'opposizione a decreto ingiuntivo con la quale si deduca la violazione di tale limite possa avere un esito diverso dalla mera *absolutio ab instantia*» (G. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, in *Riv. arb.*, 2019, 452).

L'opinione non pare condivisibile.

Va infatti preferita la tesi opposta (Trib. Milano, 18 maggio 2018, n. 5650, in *Dejure*; Trib. Torino, 10 febbraio 2016, cit.; Trib. Treviso 3 novembre 2016, in *Dejure*; Trib. Modena, 11 giugno 2013, n. 945; in dottrina, v. C. CONSOLO, F. GODIO, *Tralatizi orientamenti*, cit., 2218; M. ABBAMONTE, *Clausola compromissoria e tutela ingiuntiva: un rapporto controverso*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 7), alla quale la sentenza in rassegna mostra di uniformarsi. Ciò in quanto è principio acquisito che l'opposizione a decreto ingiuntivo non ha ad oggetto la validità del decreto ingiuntivo, ma il diritto azionato dal creditore con ricorso per decreto ingiuntivo. La notifica del ricorso e del decreto ingiunzione porta con sé tutti gli effetti sostanziali e processuali della domanda, dei quali va garantita la salvezza al pari dell'ipotesi in cui la domanda fosse stata introdotta con le forme ordinarie.

Non vedo dunque ragione alcuna per escludere che la causa, una volta approdata alla fase a contraddittorio pieno, prosegua in sede arbitrale, previa revoca del decreto ingiuntivo, che peraltro, secondo l'opinione a nostro avviso preferibile, neppure avrebbe dovuto essere pronunciato.

ELENA MARINUCCI

Cassazione, sez. un., 30 marzo 2021, n. 8776 (Pres. Amendola, Rel. Nazzicone)

Lodo arbitrale – impugnazione per nullità – termine annuale – decorrenza – data dell’ultima sottoscrizione

Articoli di riferimento: artt. 2, 3, 24 Cost.; artt. 327, 153, 824, 824-bis, 828 c.p.c.

Il disposto di cui all’art. 828, comma 2, c.p.c. deve essere interpretato nel senso che il termine c.d. «lungo» per impugnare (per nullità) il lodo decorre dalla data dell’ultima sottoscrizione – e non dalla comunicazione del lodo alle parti o dal suo deposito –, in tal senso orientando non solo la lettera ma anche la ratio della norma citata, in coerenza con la logica e la struttura dell’intero sistema dell’arbitrato, atteso che il lodo, salvo quanto disposto dall’art. 825 c.p.c. ai fini dell’esecutività, produce gli effetti della sentenza pronunciata dall’Autorità giudiziaria proprio dalla data della sua ultima sottoscrizione. Tale specifica scelta del legislatore non contrasta con alcun precetto costituzionale, in quanto la tutela del soccombente è garantita dal lungo periodo per impugnare, nonché dalla certa sua conoscenza della decisione arbitrale mediante la comunicazione alle parti del lodo entro appena dieci giorni, la quale lascia a disposizione ancora un lungo lasso per impugnare il lodo stesso, senza alcuna compromissione del diritto di difesa, ove diligentemente esercitato.

Tribunale di Cagliari, 30 marzo 2021, n. 969 (Est. Campus)

Clausola risolutiva espressa – dichiarazione della parte non inadempiente di avvalersi dell’effetto risolutivo – clausola che attribuisce ad essa efficacia di recesso – caparra confirmatoria – diritto a trattenere la caparra o esigerne il doppio – sussistenza

Articoli di riferimento: artt. 1322, 1385, 1456 c.c.

La clausola contrattuale secondo cui la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa tiene luogo della dichiarazione di recesso di cui all’art. 1385, secondo comma, c.c., legittimando la parte non inadempiente a trattenere la caparra o ad esigerne il doppio della medesima, è da considerarsi valida ed efficace in quanto, concernendo diritti disponibili di natura patrimoniale, è rimessa alle parti, nell’ambito della loro autonomia contrattuale, giusto il disposto dell’art. 1322 c.c., convenire modifiche e integrazioni al sistema normativo della responsabilità civile,

anche al fine di rendere l'accordo più rispondente agli interessi che esse intendono perseguire, salvo, in ogni caso, il limite generale posto dall'art. 1229 c.c.

Hanno contribuito al fascicolo:

Baccaglini, Laura – Professore associato nell'Università di Trento

Castellini, Monia – Ricercatore nell'Università di Ferrara

Conforto, Marco – Dottore di ricerca

Di Majo, Alessandro – Professore a contratto nell'Università Telematica
Internazionale Uninettuno

Ferrario, Caterina – Professore associato nell'Università di Ferrara

Maisto, Filippo – Professore ordinario nell'Università della Calabria

Marinucci, Elena – Professore associato nell'Università di Trento

Maruffi Rita – Ricercatore nell'Università di Milano-Bicocca

Orlando, Sara – Dottorando di ricerca nell'Università di Trento

Theodoro, Humberto Jr. – Professore emerito nell'Università Federale di
Minas Gerais (Brasile)

DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO DI DIREZIONE

Enrico Al Mureden, Francesco Antonio Genovese, Giuseppe Grisi, Daniela Memmo, Carlo Rimini, Laura Salvaneschi, Maria Cristina Vanz

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

Érico Andrade, Laura Baccaglini, Francesca Benatti, Marcelo José Magalhães Bonizzi, Maria Novella Bugetti, Juliana Cordeiro de Faria, Elena Depetris, Vincenzo De Sensi, Beatrice Ficarelli, Alessio Filippo Di Girolamo, Mariangela Ferrari, Elena Gabellini, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Michela Bailo Leucari, Andrea Lolli, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Juan Pablo Murga Fernández, Leonardo Netto Parentoni, Giacomo Pirotta, Stefano Pellegatta, Valentina Piccinini, Vincenzo Ruggiero, Tania Tomasi, Alberto Villa, Michelle Vanzetti, Diego Volpino, Martino Zulberti

COMITATO SCIENTIFICO

Paola Bilancia, Vincenzo Franceschelli, Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Gabriele Racugno Giuseppe Sbisà

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

Francesca Benatti, Federico Ferraris, Giusella Finocchiaro, Lucio Imberti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muroi, Giacomo Pongelli, Paolo Rondini, Andrea Rossetti, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Davide Corraro, Livia Marcinkiewicz

EUROPEAN PRESS ACADEMIC PUBLISHING

Via Gramsci, 101 – Lamporecchio (PT)

www.e-p-a-p.com

email: info@e-p-a-p.com

PROCEDURA DI REFERAGGIO

I contributi pubblicati nella Rivista sono sottoposti ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione da parte di due revisori anonimi (*double blind peer review*) scelti nell'elenco pubblicato nel presente fascicolo.

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.

In caso di parere negativo il contributo non viene pubblicato.

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (X) 2021 – N. 1 – Gennaio – Aprile

ARTICOLI

HUMBERTO THEODORO JR., <i>Estabilização da demanda e “mutatio libelli”: breve visão comparatística entre os regimes do c.p.c. brasileiro e do c.p.c. italiano</i>	3
FILIPPO MAISTO, <i>Il (potenziale) ruolo del principio di sussidiarietà nell’espansione dell’autonomia contrattuale</i>	21
LAURA BACCAGLINI, <i>La sorte dei giudizi pendenti al momento dell’apertura di una procedura di liquidazione del patrimonio</i>	40
ALESSANDRO DI MAJO, <i>Profili, ricostruttivi e sistematici, degli strumenti per la soluzione della crisi dell’impresa</i>	58
MARCO CONFORTO, <i>L’adozione della relative priority rule per la riforma del Chapter 11 statunitense: il redemption option value come valore da garantire ai residual owners</i>	73

DIBATTITI

MONIA CASTELLINI, CATERINA FERRARIO, <i>La riforma della pubblica amministrazione italiana e il risk management: riflessioni su un processo in divenire</i>	94
---	----

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a sentenza

RITA MARUFFI, <i>La Corte Costituzionale e l’omessa pronuncia del giudice sulla richiesta di chiamata in causa del terzo</i>	111
SARA ORLANDO, <i>Questioni controverse in tema di impugnabilità del provvedimento sospensivo per litispendenza europea</i>	124

Sez. II – Osservatorio

Tutela monitoria e arbitrato: Tribunale di Roma, 27 gennaio 2020, n. 1695 143

Clausola risolutiva espressa – dichiarazione della parte non inadempiente di avvalersi dell’effetto risolutivo – clausola che attribuisce ad essa efficacia di recesso – caparra confirmatoria – diritto a trattenere la caparra o esigerne il doppio – sussistenza: Tribunale di Cagliari, 19 marzo 2021, n. 969..... 147

Lodo arbitrale – impugnazione per nullità – termine annuale – decorrenza – data dell’ultima sottoscrizione: Cassazione, sez. un., 30 marzo 2021, n. 8776 147

**ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA E “MUTATIO LIBELLI”:
BREVE VISÃO COMPARATÍSTICA ENTRE OS REGIMES
DO C.P.C. BRASILEIRO E DO C.P.C. ITALIANO**

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Professore emerito

nell'Università Federale di Minas Gerais

SOMMARIO: 1. Introdução. – 2. Regime brasileiro de estabilização da demanda. – 3. Revisão do tema à luz das inovações sistemáticas do c.p.c./2015. – 4. Nem sempre o autor dependerá de consentimento do réu para ampliar o objeto litigioso. – 5. A *mutatio libelli* no c.p.c. italiano. – 6. A ampliação (permitida no processo civil brasileiro) do objeto litigioso por meio da introdução de questão prejudicial, se aproxima, de certa forma, da *mutatio libelli* italiana. – 7. Tendências de flexibilização da teoria da estabilização da demanda no direito comparado contemporâneo. – 8. Conclusões.

1. – A necessidade de estabilização do objeto litigioso e a regulação da possibilidade de sua alteração no curso do processo são problemas antigos, mas cuja solução, nos últimos tempos, tem exigido do legislador e, principalmente da doutrina e jurisprudência, posturas inovadoras inspiradas na função atribuída à tutela jurisdicional marcada intensamente pela exigência de economia processual e de efetividade da composição dos litígios.

Uma vez que o processo civil brasileiro confessadamente tem raízes profundas nas tradições do sistema processual italiano, é sempre útil remontar à evolução por que passa o tratamento da *mutatio libelli* na Itália, a fim de, comparativamente, extrair algum proveito para a evolução também do nosso regime.

Desde logo, assinala-se que o Código de Processo Civil italiano se orienta mais no rumo de facilitar, dentro da fase postulatória do procedimento, as mutações da demanda, desde que resultem de questões suscitadas na resposta do réu e guardem conexão com o objeto litigioso proposto originariamente pelo autor (art. 183, c.p.c. italiano). Já o nosso Código preocupa-se apenas com a determinação das oportunidades em que o pedido ou a causa de pedir podem sofrer alteração, impondo condições restritivas que, em princípio, limitam bastante a faculdade reconhecida ao autor, na espécie (art. 329 do c.p.c. brasileiro).

Analisaremos, primeiro o sistema nacional e em seguida o italiano, para finalmente extrair da comparação algum proveito doutrinário para a melhor

interpretação e aplicação, entre nós, da moderna técnica da *emendatio* e da *mutatio libelli*.

2. – A relação processual é subjetivamente tríplice, envolvendo autor, juiz e réu¹, mas em sua completude, não se estabelece num só ato ou num só momento. Sua formação se dá progressivamente. De início, ao receber a petição do autor, o Estado-juiz vincula-se em relação apenas linear, por força do exercício do direito de ação por parte do demandante. Forma-se um dos lados da relação processual, o lado *ativo*: a ligação autor-juiz e juiz-autor, em torno do objeto do processo, delineado pelo sujeito ativo (o autor) na petição inicial.

Numa segunda fase, com a citação do réu, a relação processual se completa com o seu lado *passivo*: a ligação réu-juiz e juiz-réu, que, sucessivamente poderá acarretar eventuais reflexos sobre o objeto do processo, a depender do teor da defesa do sujeito passivo (o réu). Aí sim o processo estará perfeito em sua forma angular de *actus trium personarum*.

Nesse sentido, dispõe o art. 312 do c.p.c. que se considera proposta a ação quando a petição inicial for protocolada em juízo. Mas, ainda segundo o mesmo artigo, a propositura da ação, todavia, só produz efeitos quanto ao réu depois que for validamente citado. Vale dizer: o réu só é parte da relação processual (e, pois, se sujeita a seus efeitos) depois de regularmente citado. Esquemáticamente, tudo se passa assim:

- a) a propositura da ação vincula autor e juiz à relação processual por meio do exercício do direito de ação;
- b) a citação amplia a relação, nela integrando o réu, para assegurar-lhe o exercício do direito de defesa; e
- c) uma vez completa a relação tríplice, assegurado ao Estado-juiz estará o exercício pleno da jurisdição, nos limites do *objeto do processo*² definido pelas partes.

Na sistemática do c.p.c., a estabilidade do objeto litigioso representa exigência relevante no que diz respeito à instrução probatória, ao pleno exercício da ampla defesa, ao adequado debate da causa e à sua justa resolução em tempo razoável. Há, por isso, marcos temporais que limitam a faculdade de definir as pretensões em conflito e de eventualmente alterá-las, no curso do processo, antes de entrar na fase de julgamento em primeiro grau. Essas barreiras, em regra, localizam-se na citação, para o autor (art.

¹ *Iudicium est actus trium personarum*.

² H. THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, 61 ed., Rio de Janeiro, 2020, v. I, nº 518, 721.

329, I)³, e na contestação, para o réu (arts. 336 e 342)⁴, e para ambos, no saneamento do processo (art. 357, II e IV)⁵;

Os limites à modificabilidade do objeto litigioso, se são importantes para a boa condução do processo, não são rígidos ou absolutos. Examinados dentro do ângulo do autor, ver-se-á que se escoram, em princípio, em dois momentos processuais básicos: o da citação do réu e o do saneamento e organização do processo.

Com efeito, dispõe o art. 329, I, do c.p.c. que o autor pode, «até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente do consentimento do réu». E isso ocorre justamente porque, até então, a relação processual está incompleta, só existindo entre autor e juiz. Todavia, feita a citação e ampliada subjetivamente a relação processual, ainda será possível a *mutatio libelli*, até o saneamento do processo, mas somente se houver *consentimento do réu*, já então integrado à relação plurilateral do processo (art. 329, II)⁶. Ou seja: mediante a convenção das partes, a lei aceita as alterações tanto no pedido como na causa de pedir. Essa convencionalidade, porém, não deve, em regra, ultrapassar a decisão saneadora do processo, como se deduz da permissão contida no inc. II do art. 329 e da própria natureza e função daquela decisão.

3. – Mais uma vez, não se está diante de regra inflexível e absoluta, porquanto o Código não só valoriza e estimula em norma fundamental a autocomposição dos litígios (art. 3º, §§ 2º e 3º), como também franqueia às

³ «Art. 329. O autor poderá: I – até a citação aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu; II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com o consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir».

⁴ «Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir».

«Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: I – relativas a direito ou a fato superveniente; II – competir ao juiz conhecer delas de ofício; III – por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição».

⁵ «Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste capítulo, deverá o juiz, em *decisão de saneamento e de organização do processo*: (...) II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; (...) IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão de mérito».

⁶ No direito antigo, era a *litiscontestatio* que estabilizava o objeto da relação processual. No direito atual a estabilidade do pedido e da causa de pedir ocorre no momento em que o réu se inclui na relação processual por meio da citação válida.

partes a negociabilidade em torno dos direitos, faculdades e deveres processuais (art. 190).

Em primeiro lugar, é preciso saber que tipo de consentimento deve-se obter do réu para acolher a modificação do pedido ou da causa de pedir levada a cabo pelo autor após a citação. É preciso uma declaração expressa e formal ou seria suficiente uma anuência informal e tácita? Não havendo na lei a exigência de qualquer forma explícita ou solene, mas apenas de um consentimento do réu às modificações intentadas pelo autor, tudo indica que, para o Código, basta que a anuência reclamada pelo art. 329, II, se manifeste tacitamente, como, por exemplo, quando ciente da inovação realizada pelo autor, o réu não só se abstém de impugnar seu cabimento, como passa a debater o respectivo conteúdo, em amplo contraditório de mérito⁷.

É de se ter em mente que a convenção processual é um negócio jurídico, a respeito do qual o art. 190 do c.p.c. não exige que o consentimento das partes seja obrigatoriamente expresso. Vale, pois, a regra geral traçada pelo Código Civil de que a declaração negocial de vontade pode ser tácita (*i.é.*, por meio do silêncio), quando a lei não exigir que seja expressa (CC, art. 111)⁸.

⁷ Ao tempo do c.p.c./1973, a 3ª T. do STJ apreciou o tema e decidiu que «apresentada petição pelo autor, em que se altera a causa de pedir, e nenhuma objeção apresentando o réu, que, ao contrário, cuida de negar-lhe o fundamento, é de admitir-se que *consentiu na alteração*. Incidência da ressalva contida no art. 264 do c.p.c.» (REsp 21.940-5/MG, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 09.02.1993, DJU 08.03.1993, 3.114). A 2ª Turma do mesmo Tribunal, porém, em outro caso decidiu que, para ampliação da demanda havia “necessidade de consentimento do réu” e que não podia este ser “tácito” (REsp 1.307.407/SC, Rel. Min. Mauro Campbel Marques, ac. 22.05.2012, DJe 29.05.2012). É bom destacar, contudo, que o sistema do c.p.c./1973 não prestigiava, como o atual, a autocomposição do litígio, a primazia da resolução de mérito, a formação da coisa julgada sobre o julgamento da questão prejudicial sem depender da ação declaratória, nem muito menos reconhecia, com amplitude, a liberdade das partes de praticar negócio jurídico sobre mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (art. 190).

⁸ O silêncio puro não equivale a declaração tácita de vontade, pois corresponde a uma ausência de determinada ação, uma “pura omissão” (P. VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, Coimbra, 2002, 409-410). Para que se tenha um consentimento tácito é preciso que a omissão de declaração expressa se dê em circunstâncias que evidenciem um comportamento voluntário incompatível com a intenção de negar o consentimento esperado (H. THEODORO JÚNIOR – H.L. FIGUEIREDO, *Negócio jurídico*, Rio de Janeiro, 2021, n. 19.3.1, 98-99). É nesse sentido que o art. 111 do Código Civil admite que «o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizem, e não for necessária a declaração de vontade expressa».

Nossa opinião doutrinária, desde a vigência do c.p.c./1973, lastreada em jurisprudência nacional e doutrina estrangeira, sempre foi no sentido da suficiência, na espécie, do consentimento tácito:

«Daí observar Hélio Tornaghi que, na espécie, ‘não há proibição de alterar o pedido ou a *causa petendi*, após a citação; apenas a mudança é negócio bilateral: exige, também, o assentimento do réu’⁹. Quanto à adesão do demandado, tanto pode ser *expressa* como *tácita*. Lino Palacio ensina, a propósito, que ‘la transformación de la pretensión es admisible cuando el demandado acepta, expresa o implícitamente, debatir los nuevos planteamientos introducidos por el actor’¹⁰. Isto quer dizer que basta a postura do réu, que deixa de impugnar a modificação e passa a discutir nos autos o novo pedido ou os novos fundamentos do pedido, para ter-se como tacitamente admitida a inovação processual»¹¹.

Porque o c.p.c. atual só regula, de forma explícita, a possibilidade de modificação do pedido e da causa de pedir pleiteada até o saneamento do processo, formou-se uma corrente no sentido de que a partir daquele momento a lei vedaria qualquer inovação no objeto litigioso¹².

No entanto, não é bem essa a conclusão a se extrair do texto do art. 329 do c.p.c./2015. Se é verdade que o dispositivo regulou a modificação do pedido e da causa de pedir somente até o saneamento, não é menos certo que não reproduziu a proibição de alterações ulteriores, da forma com que o fazia o c.p.c./1973. Como o c.p.c./2015, entretanto, permite alterações negociais do procedimento a qualquer tempo (art. 190), poderão as partes avançar, por meio de ajuste de tal natureza, ampliação ou redução do pedido e da causa de pedir, mesmo depois do saneamento, enquanto não sentenciada a causa.

⁹ H. TORNAGHI, *Comentários ao Código de Processo Civil*. série RT, São Paulo, 1975, v. II, 307.

¹⁰ L. PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, 4 ed., Buenos Aires, 1977, v. I, n. 53, 126-127.

¹¹ H. THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, 24 ed., Rio de Janeiro, 1998, nº 372-a, 369; e *Id.*, *op. cit.*, 61, 2020, v. I, nº 586, 775. O TJSP também admitiu o consentimento tácito, ainda ao tempo do c.p.c./1973, no caso em que o réu não havia consentido de forma expressa, mas contestou o conteúdo do aditamento da inicial (TJSP, Ap. 122.360-2, Rel. Des. Ferreira da Cruz, 9ª Câmara, ac. 19.11.1987, *RJTJSP*, 114/193).

¹² N. NERY JÚNIOR – R.M. NERY, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 2015, 900, nt. 6 ao art. 329; L.G.A. BONDIOLI, *Comentários ao art. 329*, in T.A.A. WAMBIER, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo, 2015, 833, nt. 1; G.R. AMARAL, *Comentários às alterações do novo c.p.c.*, São Paulo, 2015, 443, nt. 2.1, ao art. 329.

Não se pode entrever um conflito normativo entre os arts. 190 e 329, primeiro porque aquele não estabelece uma livre e completa negociabilidade, e este não veda, pelo menos expressamente, que o objeto litigioso sofra modificação após a fase de saneamento. É possível, portanto, uma convivência das duas normas, a fim de reconhecer ao Código de 2015 uma posição mais flexível quanto ao fenômeno da estabilização do processo.

A diferença que se pode estabelecer na aplicação das duas disposições legais reside em que até o saneamento o problema se resolve pela pura convenção entre as partes. Saneado o processo, o negócio jurídico fica sujeito ao controle e aprovação do juiz (art. 190, parágrafo único), o qual poderá reconhecer ou negar eficácia ao acordo das partes, levando em conta interesses públicos que acaso desaconselhem a reabertura da fase postulatória, em nome de seus deveres de velar pela rápida e efetiva composição do litígio.

Portanto, as possibilidades de alteração do pedido e da causa de pedir, no regime do c.p.c./2015, podem ser esquematicamente vistas da seguinte forma:

- a) *antes da citação*, a inovação pode dar-se por ato unilateral e livre do autor;
- b) *depois da citação e antes do saneamento do processo*, as partes são livres para fazê-lo, mediante consenso, independentemente de aprovação judicial;
- c) *depois da fase de saneamento*, as partes ainda poderão fazê-lo mediante negócio jurídico processual, cujo efeito, todavia, dependerá de controle e aprovação do juiz¹³.

4. – Já demonstramos que através de negócio jurídico processual é possível às partes alterar o objeto litigioso, fora dos parâmetros temporais do art. 329, II, do c.p.c. Além disso, as novas dimensões objetivas da coisa julgada não mais se medem apenas pelo pedido inicialmente formulado pelo autor, no momento da propositura da ação.

A força de lei atribuída à sentença transitada em julgado alcança não só a questão *principal* suscitada pelo autor na petição inicial, expressamente decidida (art. 503, *caput*), mas também a questão *prejudicial* arguida na defesa substancial do réu. Assim, a exceção de mérito (dita *exceção substancial*) manejada pelo demandado torna-se parte do objeto litigioso, independentemente da antiga e superada ação declaratória incidental¹⁴.

¹³ J.M.G. MEDINA, *Novo Código de Processo Civil comentado*, 3 ed., São Paulo, 2015, 545, nt. IV ao art. 329; L.G. MARINONI, – S.C. ARENHART – D. MITIDIERO, *Novo curso de processo civil*, São Paulo, 2015, v. 2, 164.

¹⁴ H. THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil cit.*, v. I, nº 586, 776. Ainda sobre a definição dos limites da coisa julgada a partir do objeto litigioso, e não apenas

Da mesma forma, ao responder em réplica à exceção substancial, o autor também terá condição de arguir questão incidental capaz de ampliar ou reduzir a dimensão do objeto litigioso já alterado pelo réu (art. 350). Tudo isso se passará, como exige a lei, em regime de pleno contraditório, seja por iniciativa do autor (art. 350), seja do réu (art. 503, § 1º, II). Fácil é, portanto, concluir-se que, na moderna sistemática processual, há modificações do objeto litigioso, e conseqüentemente do pedido primitivo, que não dependem do sistema tradicional de aquiescência da parte contrária e que decorrem da atual mecânica de inserção de questões prejudiciais no processo, tanto por provocação da defesa do réu, como da resposta do autor a questionamentos da espécie formulados em exceções substanciais opostas pelo demandado.

Outras hipóteses ainda há em que o autor pode, a qualquer tempo, acrescentar pretensões novas ao pedido inicial, tal como se passa com os fatos novos, com as prestações sucessivas das obrigações continuativas, com as conseqüências obrigatórias do acolhimento do pedido principal, com as matérias que o juiz deve conhecer de ofício, entre outras. Com efeito:

- a) Se o juiz deve tomar em consideração no julgamento do mérito fato ocorrido após o ajuizamento da ação, que tenha força constitutiva, modificativa ou extintiva sobre o direito substancial disputado entre as partes, podendo fazê-lo até de ofício, é claro que o autor tem legitimidade para provocar o exame respectivo através de pedido novo, sem necessidade alguma de anuência da parte contrária, como, aliás, prevê o art. 493 do c.p.c. E isto é possível em qualquer grau de jurisdição, e não apenas nos limites temporais do art. 329 do c.p.c./2015¹⁵. O mesmo se passa com os juros moratórios e a correção monetária¹⁶;

do pedido, cf. S. MATOS, *Resolução de questão prejudicial e coisa julgada: primeiras linhas sobre o art. 503, §§ 1º e 2º, do c.p.c. /2015*, in F. DIDIER JÚNIOR – A. CABRAL (a cura di), *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*, Salvador, 2018, 207-229; R.F.K. THAMAY, *A coisa julgada do atual ao projetado novo Código de Processo Civil*, in L.A.G. SARRO (a cura di), *Novo Código de Processo Civil: principais alterações do sistema processual civil*, 2 ed., São Paulo, 2016, 283-302.

¹⁵ «O art. 462 do c.p.c. [art. 493 do c.p.c./2015] permite, tanto ao Juízo singular como ao Tribunal, a análise de circunstâncias outras que, devido a sua implementação tardia, não eram passíveis de resenha inicial. Tal diretriz deve ser observada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, *porquanto o art. 462 não possui aplicação restrita às instâncias ordinárias*» (STJ, 4ª T., REsp 704.637/RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 17.03.2011, *DJe* 22.03.2011).

¹⁶ «Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado» (Cód. Civil, art. 389). «O pedido deve ser certo. § 1º. Compreende-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de

- b) «Na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las» (c.p.c., art. 323). Se, pois, o pedido do autor, na petição inicial, foi omissivo com relação às prestações vincendas, poderá ele a qualquer tempo aditá-lo para que o benefício do art. 323 do c.p.c. seja-lhe assegurado, sem cogitar de concordância ou não do demandado¹⁷;
- c) No campo da interpretação do pedido, a jurisprudência do STJ tem entendido que o reconhecimento da nulidade ou da resolução do contrato importa *ipso iure* o retorno das partes ao *status quo ante*, devendo a sentença determinar a restituição das prestações pagas pelo contratante, «independentemente de requerimento expresso nesse sentido sob pena de enriquecimento sem causa»¹⁸. Trata-se, na ótica do STJ, de concretização da “eficácia restitutória”, inerente à desconstituição do negócio jurídico, ou seja, uma “consequência natural” do evento jurídico em causa (CC, art. 182)¹⁹. Tendo, pois, havido omissão na petição inicial, o autor terá direito de aditá-la, a qualquer tempo, para explicitar a pretensão restitutória, sem que o demandado possa impedir a emenda respectiva;
- d) Nas demandas que envolvem matérias de ordem pública, a aplicação de medida diversa daquela invocada pelas partes – a exemplo do que se passa com as nulidades de pleno direito, com a prescrição e decadência, com a correção monetária, com o direito de família etc. –, não configura julgamento *extra* ou *ultra petita*²⁰. Por isso, não está impedido o autor de

sucumbência, inclusive os honorários advocatícios» (c.p.c., art. 322). Vale dizer, sendo omissivo o pedido inicial, o autor pode pedir tais acessórios a qualquer tempo, até na fase de liquidação e de cumprimento da sentença (Súmula 254 do STF; STJ, 4ª T., REsp 253.671/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 05.09.2000, DJU 09.10.2000, 154)

¹⁷ «Ademais, é sabido que, a teor do art. 290 do Código de Processo Civil [art. 323 do c.p.c./2015], nos casos de pedido de pagamento de prestações periódicas, independentemente destas serem requeridas, ou não, pelo autor, estarão elas incluídas na condenação» (STJ, 6ª T., REsp 1.055.806/PA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, ac. 19.03.2009, DJe 13.04.2009).

¹⁸ STJ, 3ª T., REsp 1.611.415/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, ac. 21.02.2017, DJe 07.03.2017; STJ, 4ª T., REsp 300.721/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 04.09.2001, DJU 29.10.2001, 210.

¹⁹ STJ, 3ª T., REsp 1.286.144/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 07.03.2013, DJe 01.04.2013; STJ, 4ª T., REsp 500.038/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, ac. 22.04.2003, DJU 25.08.2003, 322.

²⁰ «A correção monetária plena é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda, com o escopo de se preservar o

suprir lacuna da petição inicial, requerendo, durante a marcha do processo, a ampliação do pedido ou da causa de pedir para incluir o argumento de ordem pública. Mesmo porque o juiz estaria, pela natureza da matéria, autorizado a apreciá-la de ofício²¹. O mesmo se passa com a prescrição, em face do disposto no Código Civil, art.193, e no c.p.c., art. 487, II²².

5. – Segundo o art. 183 do c.p.c. italiano, diante da resposta do réu, o autor pode propor novas demandas e exceções «que sejam consequência da demanda reconvençional ou das exceções propostas pelo réu». Na audiência de “*trattazione della causa*”, que funciona, de certa forma, como nossa audiência de “saneamento e organização do processo” (c.p.c. brasileiro, art. 357), o mesmo dispositivo do c.p.c. italiano prevê que, naquele momento processual, “as partes podem *precisar* ou *modificar* as demandas, as exceções e as conclusões já formuladas”. A requerimento dos interessados, o juiz concederá prazos sucessivos de trinta dias, primeiro para que se produza a memória de precisão ou modificação das demandas, das exceções e das conclusões já propostas; e, depois, para contestar às demandas e exceções novas, ou modificadas, da outra parte, e, ainda, para propor as exceções que sejam consequência das demandas e exceções inovadas. Ao autor, na mesma oportunidade, é permitido requerer o chamamento de terceiro, nos termos dos arts. 106 e 269, 3º comma, se a exigência decorrer da defesa do demandado (art. 183, 3º comma).

poder aquisitivo original, sendo certo que *independe de pedido expresse* da parte interessada, não constituindo um *plus* que se acrescenta ao crédito, mas um *minus* que se evita» (STJ, Corte Especial, REsp 1.112.524/DF, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 01.09.2010, DJe 30.09.2010). Em matéria de tutela ambiental, para o STJ, não há julgamento *ultra* ou *extra petita* quando a sentença acoberta área maior do que a definida no pedido do autor formulado na petição inicial, ou se funda em *causa petendi* diversa da que constou daquela peça processual: «Consectariamente, não há decisão *extra petita* quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial ou mesmo na apelação, desde que baseados em fatos ligados ao fato-base» (STJ, 1ª T., REsp 1.107.219/SP, Rel. Min. Luiz Fux, ac. 02.09.2010, DJe 23.09.2010).

²¹ «As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes» (Cód. Civil, art. 168, parágrafo único).

²² «A prescrição pode ser alegada *em qualquer grau de jurisdição* pela parte a quem aproveita» (Cód. Civ., art. 193). «A revogação do art. 194 do Cód. Civil pela Lei 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento *de oficio da prescrição*, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida pelo art. 191 do texto codificado» (Enunciado 295 do CEJ). «Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) II – decidir, *de oficio ou a requerimento*, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição» (c.p.c., art. 487, II).

O que gerou controvérsia durante um bom tempo foi a dimensão a ser dada às novas demandas do autor enquadráveis na categoria de “consequência” da defesa proposta pelo réu. O que se admite seriam variações do *thema decidendum* (objeto litigioso) ou apenas do *thema probandum* (fato jurídico) para reafirmar e esclarecer o mesmo objeto litigioso?

A Corte de Cassação, por suas *Sezioni Unite*, assentou, em julgado de 15.06.2015 (n. 12.310) que as inovações autorizadas pelo art. 183 do c.p.c. vão além do *thema probandum*, podendo atingir uma alteração do “*thema decidendum*”, passando, por exemplo, da demanda de execução específica da obrigação de contratar à demanda de acerto do efeito translativo já realizado pelo mesmo contrato. O que se exige é que as diversas demandas sejam relativas à mesma “*vicenda sostanziale-esistenziale*”, ou seja, demandas originadas de uma só quadra fático-substancial, as quais o processo deva «saber acolher e definir em sua integralidade»²³. Trata-se das demandas que Claudio Consolo chama de “*complanari*”²⁴.

Em 13.09.2018 (julgado nº 22.404), a mesma Corte, pelo mesmo órgão colegiado, voltou a enfrentar o tema e, com aplausos da doutrina, esclareceu: «*la domanda complanare, ammissibile se formulata in corso di causa perchè entro la I memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c., non necessariamente dovrà sostituirsi alla domanda originaria, da considerarsi quindi rinunciata, ma potrà ad essa cumularsi (in cumulo subordinato o anche semplice)*». E à vista disso, concluiu pela possibilidade de a *mutatio libelli* autorizada pelo referido dispositivo do c.p.c. italiano, compreender o ajuizamento sucessivo da demanda de enriquecimento sem causa, como demanda complanaria, diante de uma causa fundada em direito diverso, qual seja, uma demanda de condenação contratual²⁵.

Esclarece a doutrina que, na linha do entendimento da Corte de Cassação, que a demanda inovadora (a “complanaria”) pode substituir a demanda originária, mas isto não necessariamente deve ocorrer, pois, é perfeitamente possível que a esta se cumule em somatório completo tanto

²³ E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da “alternatività sostanziale” nel giudizio di primo grado*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 807.

²⁴ C. CONSOLO – F. GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, in *Corr. giur.*, 2019, 263.

²⁵ C. CONSOLO – F. GODIO, *op. cit.*, *loc. cit.* O caso julgado pela Corte de Cassação foi assim resumido pelos autores: «o autor – um engenheiro – agiu para obter a condenação do réu ao pagamento do preço contratual pelo serviço prestado. O réu, com pretensão constitutiva, arguiu a nulidade do título (...). O autor, então, com a I memória, de acordo com o art. 183, comma 6, c.p.c., propõe, em via de subordinação em face da demanda de adimplemento contratual – que, assim, se mantém firme –, a demanda residual de enriquecimento, com base no art. 2.041 c.c.».

como em caráter alternativo ou subordinado (isto é, pedido sucessivo que só será apreciado caso seja rejeitado o pedido principal, o originário).

O que, enfim, se exige entre o pedido originário e o pedido inovado é que ambos se refiram, sem dúvida, ao mesmo evento substancial-existencial, do qual decorram direitos diferentes, mas ligados por relação de conexão que justifique pela origem comum a apreciação simultânea ou sucessiva numa única prestação jurisdicional. É isso, salvo melhor juízo, que permite, na definição da Corte de Cassação italiana, a *mutatio libelli* prevista no art. 183 do c.p.c., e que se enquadra na justificativa de demandas diferentes mas relativas a mesma “*vicenda sostanziale-esistenziale*”, as quais cabe ao processo acolher e definir em sua “*integralità*”.

Tal como se passa com o direito brasileiro (em que as alterações do pedido devem ser praticadas durante a fase de postulação, ou seja antes do saneamento do processo), também o direito italiano estabelece um limite temporal para a *mutatio libelli*: a audiência de organização da causa, seguida, eventualmente dos prazos de formalização da respectiva memória (art. 183, *comma* 6, nºs 1 e 2). Uma coisa, todavia, deve ser ressaltada: o c.p.c. italiano, no dispositivo que permite ao autor esclarecer ou modificar a demanda, após a contestação, não condiciona a medida ao consentimento do réu. Apenas exige que a nova demanda adicionada seja consequência da demanda reconvençional ou das exceções substanciais propostas pelo réu (art. 183, *comma* 5).

6. – Ao tempo do c.p.c. de 1973, para que a questão prejudicial de mérito fosse acolhida como ampliação do objeto litigioso, permitindo assim que sua resolução se acobertasse da autoridade de coisa julgada, era preciso que o interessado propusesse a chamada *ação declaratória incidental*²⁶. Se tal não se desse, o tema seria apreciado como simples motivo da sentença, sobre o qual o Código velho se negava a reconhecer a *res iudicata*²⁷. A propositura da *declaratória incidental*, pelo réu, deveria ser feita em reconvenção, ou pelo autor, na fase de impugnação à resposta do demandado.

²⁶ «Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença» (c.p.c./1973, art. 5º). Especialmente para o autor, o art. 325 do referido Código, permitia a propositura incidental da ação declaratória no fecho da fase postulatória, em resposta à contestação em que o réu negasse, em exceção substancial, o direito constitutivo do fundamento do pedido manifestado na petição inicial.

²⁷ O art. 469, III, do c.p.c./1973, afirmava textualmente não fazer coisa julgada «a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo». Mas o art. 470 daquele Código, ressaltava, todavia, que fazia coisa julgada «a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide».

O Código atual aboliu a ação declaratória incidental, para permitir que as questões outrora resolvidas por meio daquela ação pudessem ser suscitadas como simples matéria de defesa, por qualquer das partes, e mesmo assim reconheceu a possibilidade de a respectiva solução vir a recobrir-se da força de *res iudicata*. É condição, porém, dessa autoridade sentencial, que haja ampla discussão e instrução probatória a respeito (c.p.c./2015, art. 503, § 1º).

Diante da suscitação da questão prejudicial, terá sido, sem ajuizamento de outra ação, ampliado o objeto litigioso do processo em andamento. Em razão disso, na fase das providências preliminares, caberá ao juiz adotar medida similar à aplicada às defesas indiretas (isto é, as que configuram exceções substanciais, fundando-se em fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor): abertura de vista à parte contrária, pelo prazo de quinze dias, para manifestar-se, permitindo-lhe a produção de prova pertinente (c.p.c./2015, art. 350). Com isto, o contraditório exigido pelo § 1º do art. 503, do mesmo Código, terá sido resguardado, e a formação da coisa julgada terá sido viabilizada.

A política que orientou o c.p.c./2015 no tema em foco, foi segundo reconhecimento da doutrina, a de facilitar a inclusão da questão prejudicial no alcance da coisa julgada, a partir de um critério de economia processual «para que os jurisdicionados (e o Estado judicante) obtenham o máximo resultado possível em determinado processo»²⁸.

Vê-se, pois, que, em nosso direito positivo, o tratamento da coisa julgada sobre o objeto ampliado do processo, em decorrência de suscitação de questão prejudicial de mérito, após a litiscontestação, guarda bastante similaridade com o regime do art. 183 do c.p.c. italiano, já exposto acima, ou seja: lá como cá, é possível que as partes inovem seus pedidos e fundamentos jurídicos, amparados em suscitação de fatos e arguições novos trazidos pela contraparte. E se tais inovações e reações ocorrerem em tempo hábil na consideração da lei, a questão prejudicial ou conexa com o pedido ou sua *causa petendi* não poderá deixar de ser resolvida pela sentença de mérito, com a autoridade de *res iudicata*, para os fins tanto de direito processual como de direito substancial.

Portanto, no terreno da ampliação incidental do objeto litigioso, o pressuposto do direito italiano de demandas relativas à mesma “*vicenda sostanziale-esistenziale*” (“*domande complanari*”, no dizer de Consolo) equivale ao conceito brasileiro de *conexidade* entre pedidos e ações, presente nas defesas mediante exceções substanciais, nas reconvenções, na suscitação de

²⁸ F. BLOCH, *Coisa julgada e questão prejudicial no novo c.p.c.*, in A.I. AURELLI (a cura di), *O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem à Thereza Alvim*, São Paulo, 2014, 736.

questões prejudiciais e na reunião de ações propostas separadamente para instrução comum e julgamento numa só sentença. Com efeito:

- a) A defesa indireta (exceção substancial), entre nós, somente pode ampliar o objeto litigioso quando se referir a fato jurídico, não cogitado na petição inicial, mas que se *reflete diretamente* sobre a eficácia do direito do autor, impedindo-a, causando-lhe modificações ou provocando sua extinção (c.p.c., art. 350)²⁹;
- b) Na reconvenção é permitido ao réu formular contra o autor *pretensão própria*, desde que conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa (art. 343)³⁰; sob os mesmos fundamentos, admite-se também reconvenção do autor primitivo contra a reconvenção intentada pelo réu³¹;
- c) A arguição incidental de questão prejudicial, cuja resolução seja passível de assumir a força de *res iudicata*, só acontecerá quando dela “depender o julgamento do mérito” da demanda originária (art. 503, I), o que se admite tanto em face da ação como da reconvenção ou da exceção substancial³².

²⁹ «Pode-se reconhecer que em todos os casos de exceções substanciais, cuja invocação na defesa do réu [ou na impugnação do autor à resposta do réu] importa exclusão ou redução do direito que o autor pretendeu fazer valer contra o excipiente, a contestação tem aptidão para assumir o feitiço reconvenicional, ou seja, provoca ampliação do objeto do processo e, conseqüentemente, dilata os limites objetivos da coisa julgada. Exemplos dessa contestação de força reconvenicional podem ser entrevistados nas arguições de prescrição, decadência, nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico por vício de consentimento, cláusula resolutória etc.» (H. THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil cit.*, v. I, nº 607, 796).

³⁰ «O instituto da reconvenção exige, como pressuposto de cabimento, a *conexão* entre a causa deduzida em juízo e a pretensão contraposta pelo réu. À conexão de causas, por sua vez, dá-se por coincidência de *objeto ou causa de pedir*» (STJ, 2ª T., REsp 72.065/RS, Rel. Min. Castro Meira, ac. 03.08.2004, DJU 06.09.2004, 185).

³¹ «Sendo a intimação para responder, e não apenas para contestar, o *reconvindo* pode *reconvir* diante da reconvenção» (T. NEGRÃO, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 51 ed., São Paulo, 2020, 443, nt. 9 ao art.343 com citação de diversos acórdãos de diferentes tribunais).

³² «Ou seja: apenas ficará coberta pela coisa julgada material a questão prejudicial que figurar como *fundamento necessário* do julgamento da causa» (T. NEGRÃO, *op. cit.*, 564, nt. 5 ao art. 503). «Observe-se que o mérito da causa pode, eventualmente, ser ampliado pela atuação do demandado (...) articulando o demandado defesas indiretas na contestação, isto é, alegando fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, estas alegações também formarão o mérito da causa» (D. MITIDIERO, *Abrangência da coisa julgada no plano objetivo – segurança jurídica*, in *Revista de Processo*, 184/317. Cf. também C.A.A. OLIVEIRA – D. MITIDIERO, *Curso de processo civil*, São Paulo, 2010, v. I, 69; J.F.N. FONSECA, *O direito de estar em juízo e a coisa julgada*, São Paulo, 2014, 773-787).

Muitas são, à vista do exposto, as afinidades entre a *mutatio libelli* nas hipóteses do direito italiano, geradas pela adição superveniente de pretensões “complanarias”, e aquelas situações de conexidade de pedidos e causa de pedir, que, no direito brasileiro permitem a alteração do objeto litigioso, após a resposta do réu à ação proposta pelo autor. Todas, lá e aqui, têm a consequência comum de alargar os limites da coisa julgada para além da resolução do pedido originário formulado na petição inicial com que o autor instaurou o processo.

Há de se ressaltar, além disso, que o c.p.c. brasileiro (a exemplo do c.p.c. italiano), ao disciplinar o saneamento e a organização do processo, encarrega o juiz de «delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito» (art. 357, IV), e quando a causa se apresentar complexa em matéria de fato ou de direito, deverá ele realizar o saneamento em audiência, com a cooperação das partes. Em tal oportunidade é permitido ao juiz convidar as partes «a *integrar* ou *esclarecer* suas alegações» (art. 357, § 3º). Vê-se, aí, uma salutar flexibilização da estabilidade da demanda, cuja provocação parte do próprio juiz, ensejando ao autor, não apenas aperfeiçoamento do pedido e da *causa petendi*, mas até mesmo acréscimos e alterações: o convite feito pelo juiz, é tanto para esclarecer como para *integrar* as pretensões, numa tentativa até mesmo de estimular negócio jurídico processual ou solução consensual parcial do objeto litigioso³³.

7. – Antes do advento do c.p.c. de 2015 (que lançou algumas luzes modernizantes sobre o tema), já observavam Alvaro De Oliveira e Daniel Mitidiero, em análise aos arts. 264 e 294 do Código de 1973, que a rigidez do princípio da estabilidade da demanda, nos termos da regulamentação processual então vigente, *não condizia com uma visão mais moderna do processo*: «O ideal – destacavam os autores – é que se tenha maior flexibilidade nesse campo, como demonstra a experiência do direito comparado»³⁴.

Além do exemplo italiano que já invocamos, Alvaro De Oliveira navega pelo direito comparado europeu para demonstrar, em matéria de alteração do pedido e da causa de pedir, que, à luz do direito positivo de vários outros países do Velho Mundo, «a experiência histórica mais

³³ N. NERY JR. – R.M. NERY, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, 2015, 973, nt. 11 e 12 ao art. 357.

³⁴ C.A. ALVARO DE OLIVEIRA – D. MITIDIERO, *Curso de processo civil*. São Paulo, 2012, v. 2, 10-11: «A respeito, C.A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo*, 4. ed., São Paulo, 2010, nº 20.2, 199-201. Pugnano igualmente pela flexibilização da preclusão na conformação da *causa petendi*, e do *petitum*, J.R.C. TUCCI. *A causa petendi no processo civil*, 3 ed., São Paulo, 2009, 185-192. D. MITIDIERO, *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2 ed., São Paulo, 2011, 128-130» (C.A. ALVARO DE OLIVEIRA – D. MITIDIERO, *op. cit.*, 11, nt. 15).

moderna tem estabelecido brechas nesse rigorismo formal, procurando coordená-lo com o princípio da economia processual, emprestando assim maior agilidade ao processo»³⁵. E exemplifica:

«Típico exemplo dessa orientação, o § 235, da Ordenança Processual austríaca, autoriza o juiz a permitir a modificação da demanda se não é de temer um retardamento relevante e ‘um agravamento’ no desenvolvimento do processo. Também a Ordenança Processual de Berna, § 94, admite a alteração da demanda principal ou reconvenção, sem o consentimento da parte contrária, se apoiada em causa de pedir *semelhante* à anterior pretensão ou *conexa* com a exercida desde que entenda o juiz não decorrer daí considerável agravamento ou demora no tratamento da causa».

Lembra, ainda, o mesmo autor que também a ZPO alemã, em seu § 263, admite desde 1933 a modificação da demanda, independente de anuência do adversário, se entendido pelo tribunal estar atendido o requisito da “oportunidade”. Entre esses casos, menciona-se permissão para alteração do objeto litigioso quando, ocorrem “alterações materiais” durante o processo, «a exemplo do perecimento da coisa durante a litispendência, permitindo inclusive posterior pedido de perdas e danos no mesmo processo»³⁶.

Emblemática é ainda a lembrança do c.p.c. português, que a partir da reforma de 1995 e 1996, passou a admitir na réplica do autor à resposta do réu, a alteração ou ampliação da *causa de pedir*; permite também, na mesma oportunidade, ampliar o *pedido*, podendo, em qualquer altura, reduzir o pedido, ou ampliá-lo, se a inovação consistir em desenvolvimento ou consequência do pedido primitivo. Há, ainda, vários outros exemplos de permissão de alteração ou ampliação do pedido, em matéria de aplicação de sanção pecuniária ao descumprimento de obrigações infungíveis; ou de imposição de renda vitalícia ou temporária em lugar de condenação em quantia certa. Há mesmo casos em que se permite até a alteração simultânea do *pedido* e da *causa* de pedir desde que se mantenha em controvérsia a mesma relação jurídica³⁷.

Escrevendo ao tempo do c.p.c./1973, advertia Alvaro De Oliveira que, «do ponto de vista cooperativo»³⁸, no atual estágio de desenvolvimento social

³⁵ C.A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, cit., 173.

³⁶ C.A. ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, 173-174

³⁷ C.A. ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, 174-175.

³⁸ Registre-se que o atual c.p.c./2015 brasileiro, acolheu a tese do caráter cooperativo do processo, como norma fundamental, e facilitou a ampliação do objeto litigioso por meio de questões prejudiciais manejáveis em simples réplica, sem

brasileiro, está mais do que em tempo de se começar a pensar na reforma da legislação processual para permitir a alteração do pedido e da causa de pedir, nos termos da legislação processual portuguesa atual. Dessa forma, mais uma vez seria estimulado o desejável diálogo entre o órgão judicial e as partes, quebrando-se ao mesmo tempo um formalismo excessivo, que não tem mais razão de ser»³⁹.

No direito espanhol, Victor Fairen Guillén lembra que, embora haja o interesse público na boa marcha do processo, «em muitas ocasiões, a alteração da demanda pode significar uma grande economia processual, evitando-se inútil e cara duplicidade»⁴⁰.

Também divagando sobre o sistema legal do c.p.c. anterior, Moreira Pinto anotava a existência de duas posições diferentes em face da estabilidade da demanda: a dos que a encaravam com a maior flexibilidade, buscando ampliar as perspectiva de melhor compor os litígios; e a dos que a viam sob a ótica da rigidez, a pretexto de se tratar de requisito necessário ao exercício do contraditório e da boa instrução processual. «Sob essa ótica, quanto antes se opera a imutabilidade, mais prestigiado sairá o contraditório:

No entanto, no processo se encontram em jogo outros valores não menos importantes. Um destes diz respeito aos próprios fins da atividade processual: a *busca da verdade*. Visando a jurisdição pacificar os litígios, utilizando-se da maior justiça possível, todas as questões vislumbradas pelo juiz, que interessam ao deslinde da causa, não podem ser desprezadas. Neste enfoque, quanto mais se alongar a fase postulatória, se aproximará o processo mais de seu escopo, qual seja a justa composição dos litígios.

E os modelos processuais há muito vêm se empenhando em buscar o melhor equacionamento desta matéria. Desde os mais flexíveis até os mais rígidos, a mutação e a diversidade dos modelos processuais divergem sensivelmente entre os diversos sistemas.

Talvez, em vez de se privilegiar um ou outro princípio, a solução esteja no temperamento dos valores mencionados»⁴¹.

depende de propositura de ação declaratória incidental, e com força de ampliar o alcance da coisa julgada para além do pedido e da causa de pedir originais.

³⁹ C.A. ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, 174.

⁴⁰ V. FAIREN GUILLÉN, *La transformación dela demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela – Porto, 1949, 105; C.A. ALVARO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, 173, nt. 39.

⁴¹ J.A. MOREIRA PINTO, *Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da demanda*, in J.R.C. TUCCI – J.R. BEDAQUE (a cura di), *Causa de pedir e pedido no processo civil*, São Paulo, 2002, 86.

Eis, em suma, uma corretíssima advertência:

«Jamais deve-se olvidar que acima de uma regra processual estabelecida para um fim específico está o próprio objetivo da norma, que uma vez satisfeito, dispensa a estrita e cega observância da regra»⁴².

Donde nossa conclusão, aplicável tanto no regime do c.p.c./1973 como ao do Código atual, inspirada não na literalidade do enunciado legal, mas na funcionalidade da norma: se não há prejuízo para o contraditório, nem se causa uma delonga exagerada do processo, nada deve impedir o aprimoramento ou a ampliação do objeto litigioso, se realizados ainda dentro da fase postulatória do processo e com respeito ao mesmo quadro fático-substancial que deu origem ao pedido primitivo. Os exemplos dos Códigos da Itália e de Portugal merecem ser seguidos.

8. – O *processo justo* ambiciona mais que a simples resolução técnica dos litígios, pois visa a uma justa e ampla pacificação social, dentro da qual os rigores tradicionais da estabilização da demanda não subsistem. Ao contrário, o que se impõe é a concepção flexível funcional e dinâmica da *mutatio libelli*, a qual, observado o respeito ao contraditório e ampla defesa, proporciona uma evolução do objeto litigioso capaz de conduzir o processo a uma completa, econômica, célere e eficiente resolução do conflito, em todas as dimensões que assume durante o debate produzido entre as partes na fase postulatória do *iter* procedimental.

Esse caráter do processo civil atual manifesta-se, com aplausos da doutrina, na construção jurisdicional da Corte de Cassação italiana da sistemática da *mutatio libelli* “complanaria”⁴³; e, entre nós, através da amplitude com que o c.p.c./2015, admite a introdução e os efeitos da questão prejudicial, do negócio jurídico processual e da invocação do fato novo, durante o curso do processo, com significativos reflexos sobre o objeto litigioso a ser resolvido pela sentença de mérito, sob a autoridade da coisa julgada.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ O princípio informante da *mutatio libelli* autorizado pelo art. 183 do c.p.c. italiano, segundo a interpretação da Corte de Cassação, aplaudida pela doutrina, é o mesmo que inspira todo o processo moderno: o da busca da maior efetividade da tutela jurisdicional, de modo que «l'ammissibilità delle domande 'complanari' non solo è coerente con i principi che governano il processo, ma li rende ancor più effettivi» (C. CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corr. giur.*, 2015, 961).

Longe de ser o regime brasileiro da *mutatio libelli* idêntico ao do direito italiano, a experiência e a evolução doutrinária e jurisprudencial vivenciadas na Itália revelam a possibilidade de nos aproximar, muito proveitosamente, do aprofundamento das construções jurídicas levadas a bom termo naquele país em torno do espinhoso problema da estabilização do objeto litigioso no processo civil contemporâneo.

Abstract

**“ESTABILIZAÇÃO” OF THE CLAIM AND “MUTATIO LIBELLI”:
COMPARATIVE REMARKS BETWEEN THE DISCIPLINE PROVIDED BY
BRASILIAN AND ITALIAN CODES OF CIVIL PROCEDURE**

L’Autore si confronta con il tema della modifica della domanda giudiziale, come regolato dal nuovo codice di procedura civile brasiliano del 2015, affrontando altresì la questione se, e a quali condizioni, il giudicato possa estendersi alle questioni pregiudiziali, ponendo a confronto le soluzioni dell’ordinamento brasiliano con quello italiano.

Author examines the iusses related to the modification of judicial claim, as regulated by the new Brazilian code of civil procedure of 2015, also facing to the problem if, and at which conditions, res judicata can cover the prejudicial questions, comparing the solution of Brazilian jurisdiction to the Italian one.

IL (POTENZIALE) RUOLO DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NELL'ESPANSIONE DELL'AUTONOMIA CONTRATTUALE

FILIPPO MAISTO
*Professore ordinario
nell'Università della Calabria*

SOMMARIO: 1. Il concepimento dell'apparato decisorio della sussidiarietà. – 2. La portata valutativa della formula in grado d'impattare sul sistema delle fonti e degli atti autoregolamentari del diritto civile. – 3. Le potenziali decisioni in cui si esplica il ruolo del principio di sussidiarietà nell'espansione dell'autonomia contrattuale. – 4. Trasposizione delle questioni applicative sul piano della teoria generale del diritto civile.

1. – La sussidiarietà è una categoria connotata da una forte carica decettiva. In senso metaforico, il sintagma principio di sussidiarietà richiama l'idea del sussidio/ausilio/supplenza¹, la quale, in modo fuorviante, riflette la presenza di una naturale inclinazione al *self-restraint*.

L'assunzione di una simile patina "buonista" non è casuale. Storicamente, all'origine si afferma prima la sussidiarietà orizzontale nel corpo di talune declamazioni politico-programmatiche delle Autorità ecclesiastiche, come l'Enciclica *Rerum novarum* del 1891 di papa Leone XIII². La Chiesa cattolica dichiarava la propria intenzione di svolgere attività di erogazione di servizi pubblici essenziali. Nel periodo post-unitario e pre-concordatario, è evidente che essa fosse preoccupata di assumere toni rassicuranti: come a dire, intendo svolgere attività di erogazione di servizi pubblici essenziali, senza, però, sostituirmi allo Stato. In tale contesto, la sussidiarietà esprime un programma di azione politica, piuttosto che assumere i connotati di una tecnica di valutazione giuridica.

L'apparato decisorio del principio di sussidiarietà si delinea compiutamente nel campo del diritto dell'Unione europea (prima art. 3 B Tratt. CE, poi art. 5 Tratt. CE, ora art. 5 Tratt. UE)³. Il principio di

¹ Cfr. R. CARLEO, *La sussidiarietà nel linguaggio dei giuristi*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, 3, spec. nt. 1.

² Per ulteriori riferimenti, v. C. MARTINEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Il principio di sussidiarietà ed il suo fondamento classico*, in AA.VV., *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi* a cura di G.P. Calabrò e P.B. Helzel, Napoli, 2009, 19 ss.; M. AYUSO, *L'ambigua sussidiarietà*, *ibidem*, 35 ss.

³ Attualmente, ai sensi dell'art. 5 Tratt. UE, il principio di sussidiarietà è preordinato a disporre un giudizio positivo di un'azione normativa o amministrativa dell'Unione, quando ricorrono le seguenti condizioni: «soltanto se e in quanto gli

sussidiarietà eurounitario non rappresenta soltanto il prototipo della sussidiarietà verticale. Più in generale, esso fissa il teorema fondamentale del giudizio di sussidiarietà, sia verticale che orizzontale. La formula risulta in grado di motivare una decisione pregiudiziale di legittimità/ammissibilità/validità/ (più genericamente) adeguatezza di un atto/attività/azione pubblicistica proveniente da un soggetto normalmente considerato incompetente o inadeguato ad occuparsi di determinate materie o per la composizione di determinati interessi. Conseguenzialmente, il giudice ordinario adotterà la decisione operativa della impegnatività delle condotte personali e delle vicende pratico-economiche programmate o, comunque, perseguite con quell'atto. Si usa la qualifica di sussidiarietà verticale, se il soggetto, altrimenti incompetente, è, comunque, un'istituzione. Si richiama la nozione di sussidiarietà orizzontale, quando l'autore dell'atto è un soggetto extraistituzionale. Condizione per il ricorso al principio di sussidiarietà è la dimostrazione che con simili determinazioni precettive si realizzi al meglio un obiettivo di politica del diritto/un utile per la collettività.

2. – Con simili definizioni, il principio di sussidiarietà acquisisce una potenziale portata decisoria in grado d'impattare profondamente sul sistema delle fonti e degli autoregolamenti del diritto civile. Nell'esperienza giuridica, però, si registra un atteggiamento ambivalente della giurisprudenza rispetto all'uso della sussidiarietà nei ragionamenti applicativi.

Talune decisioni fanno un uso "dirompente"/"demiurgico" della formula. Con riguardo alla sussidiarietà verticale, soprattutto, si segnala l'impianto valutativo in cui è attivata la tecnica della chiamata in sussidiarietà. La formula è usata per motivare la determinazione pregiudiziale dell'ammissibilità di una legge dello Stato diretta a stabilire le

obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione». Per un'analisi dei parametri richiamati dal principio di sussidiarietà in funzione della risoluzione dei conflitti tra la norma comunitaria e quella nazionale, tra gli altri, appaiono significativi, soprattutto, i seguenti contributi: P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, 3 ss., spec. 10; G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 59 ss., spec. 69; P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà "verticale"*, Milano, 2002, 45 ss.; P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI – F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, 143 ss.; F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione Europea*, Milano, 2007, 163 ss.

vicende utilitaristiche giudizialmente perseguibili in una materia riservata alla competenza delle Regioni. Si tratta di un'operazione ermeneutica "monumentale" effettuata dalla Corte costituzionale⁴, la quale ha finito per rimodulare nel profondo il sistema di ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni⁵.

Con riguardo alla sussidiarietà orizzontale, un uso significativo di questa nozione si presenta nelle decisioni sulle fondazioni bancarie⁶ e sul

⁴ Il riferimento è a un ponderoso orientamento giurisprudenziale, i cui *leading cases* sono dati dalle seguenti sentenze: Corte cost., 1° ottobre 2003, n. 303, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1004; Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 6, in *Giur. cost.*, 2004, 104.

⁵ Diffusamente: R. FERRARA, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1018; S. GAMBINO, *Repubblica delle autonomie e sussidiarietà*, in AA. Vv., *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi*, cit., 160 ss.; R. ROLLI, *Il principio di sussidiarietà nel diritto pubblico*, in AA. Vv., *La nozione di sussidiarietà tra teoria e prassi*, cit., 202 ss. Similmente, S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, 2008, 141 ss., perviene alla conclusione che «la Corte costituzionale ha riconosciuto al principio di sussidiarietà una rilevante importanza anche per quanto concerne il sistema di determinazione e regolazione della potestà legislativa, dato che una corretta interpretazione del medesimo potrebbe portare, secondo la stessa Corte, ad una deroga del normale riparto delle competenze stabilito dall'art. 117 della Costituzione».

⁶ Corte cost., 29 ottobre 2003, nn. 300 e 301, in *Foro it.*, 2006, I, cc. 1324-1326. In occasione di più recenti riforme concernenti l'organizzazione dell'attività bancaria (c.d. trasformazione delle banche popolari in s.p.a.), il principio di sussidiarietà "orizzontale" è stato richiamato per risolvere i nodi dei limiti di merito, oltre che di competenza, delle statuizioni legislative preposte a conformare una simile attività economica. In particolare, sono state sollevate delle questioni di costituzionalità, le quali muovevano dalla direttiva esplicativa che il principio di sussidiarietà "orizzontale" riprovi le prescrizioni operative in grado di escludere (*rectius* di marginalizzare) talune forme organizzative, in uso nella prassi, caratterizzate da uno scopo solidaristico (essenzialmente, banche popolari/credito cooperativo). La Corte ha sancito la costituzionalità degli interventi legislativi in questione (sent., 21 dicembre 2016, n. 287, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, II, 167). Questa decisione sulla "pregiudiziale" di legittimità appare coerente con i precedenti orientamenti, i quali hanno elaborato il criterio di giudizio che la legge (nazionale) è competente a stabilire misure ordinatorie in grado di conformare l'attività bancaria. In simili apparati valutativi, infatti, l'unica condizione richiesta per una valutazione positiva è la dimostrazione della preordinazione delle statuizioni di legge alla realizzazione di rilevanti obiettivi di politica economica e sociale (nel caso di specie, interesse pubblico alla tutela del risparmio e alla competitività del sistema bancario). D'altra parte, è facile osservare che il principio di sussidiarietà, intrinsecamente, implica una valutazione negativa soltanto di volizioni legislative capaci di escludere del tutto lo svolgimento di un'attività d'interesse sociale da parte di privati. Nel caso di specie, invece, la legge consentiva ai privati di (continuare a) svolgere l'attività bancaria, quanto meno in forme organizzative caratterizzate dallo scopo di lucro.

codice del terzo settore⁷. Da una simile nozione è stato inferito l'assunto che le fondazioni bancarie e gli enti *no profit* siano *tout court* soggetti di diritto civile⁸. Intrecciandosi la sussidiarietà orizzontale e quella verticale, è stata adottata la decisione pregiudiziale dell'ammissibilità di una legge statale disponente limiti e controlli sull'attività di questi soggetti.

Nell'esperienza giuridica, tuttavia, si riscontrano, soprattutto, talune "occasioni mancate", vale a dire decisioni per cui (è mancato, ma) sarebbe auspicabile un ricorso al principio di sussidiarietà.

Bisogna considerare, innanzitutto, i ragionamenti applicativi informati al canone dell'ammissibilità di un diritto civile regionale⁹. La sussidiarietà risulta in grado di giustificare la decisione pregiudiziale dell'ammissibilità di una legge regionale statuyente le facoltà e le restrizioni azionabili dagli interessati nei rapporti intersoggettivi, vale a dire nella materia dell'ordinamento civile riservata allo Stato *ex art. 117, comma 2, lett. l)*¹⁰.

⁷ Corte cost., 12 ottobre 2018, n. 185, in *Giur. cost.*, 2018, 2051, sugli organismi di vigilanza istituiti dal codice del terzo settore (Organismo nazionale di controllo).

⁸ Il ruolo del principio di sussidiarietà "orizzontale" nell'affermazione di questo importante criterio di giudizio è stato opportunamente sottolineato da D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, 152.

⁹ Prima della riforma del «Titolo V», si è affermato un impianto valutativo preposto ad escludere l'idoneità delle leggi regionali a stabilire prescrizioni personali e/o patrimoniali coercibili nei rapporti intersoggettivi, deducendo questa decisione giudiziale dal rilievo di un'incompatibilità col principio di eguaglianza "formale" di cui all'art. 3, comma 1, cost. In senso opposto, però, si è parallelamente sviluppata la teoria che un giudizio positivo circa la vincolatività delle statuizioni civilistiche dettate dalla legge regionale potesse essere, comunque, motivato, richiamando il principio di eguaglianza "sostanziale" di cui al secondo comma dell'art. 3 cost. (sul punto, cfr. S. GIOVA, «*Ordinamento civile*» e *diritto privato regionale*, Napoli, 2008, 39 ss. e 61 ss.).

¹⁰ L'uso della formula della «legislazione esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile» per motivare una decisione contraria all'applicazione di una legge regionale, la quale sia preposta a modellare le determinazioni precettive azionabili nei rapporti tra soggetti considerati in posizione pariordinata, è stato effettuato, di recente, dalle seguenti sentenze dei giudici costituzionali: Corte cost., 24 ottobre 2016, n. 228, in *Foro it.*, 2016, I, 3701, statuyente l'illegittimità di una legge regionale toscana preordinata a conformare i diritti di soggetti non istituzionali al godimento/sfruttamento delle cave di marmo delle Alpi apuane; Corte cost., 16 gennaio 2013, n. 6, in *Corr. giur.*, 2013, 1057 ss., disponente l'incostituzionalità di una legge regionale marchigiana, la quale stabiliva delle prescrizioni operative in grado di comportare un'alterazione degli assetti d'interessi delineati dalla regolamentazione nazionale delle distanze tra edifici confinanti; Corte cost., 11 marzo 2011, n. 77, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1294, emanante una decisione negativa circa una legge regionale molisana, la quale dettava delle determinazioni precettive dirette a modellare il trattamento economico (in particolare, il diritto all'erogazione di buonipasto) riconosciuto ai dipendenti regionali "privatizzati". In reazione a questo uso giurisprudenziale, differenti ragionamenti applicativi sono stati sviluppati, rilevando una relazione di *genus ad speciem* tra «diritto privato» e «ordinamento civile»: da un

Occorre segnalare che la Corte costituzionale ha finito anche per adottare simili determinazioni innovative, ma seguendo un *iter* argomentativo slegato dalla sussidiarietà¹¹.

Degne di essere richiamate, poi, sono talune decisioni pregiudiziali in campo di diritto internazionale privato (*rectius* diritto civile transnazionale)¹², le quali concernono l'applicabilità di una norma straniera anche in contrasto con le indicazioni dei criteri di collegamento fissati dalla

lato, si ammette la configurabilità di un diritto privato regionale; dall'altro, si circoscrive, preliminarmente, la competenza della legge regionale alla regolamentazione di rapporti intersoggettivi segnati da determinate caratteristiche. Tra le diverse teorie che propendono per il riconoscimento di un diritto privato (*rectius* civile) regionale, desumendolo (non dal principio di sussidiarietà, ma) dall'argomento della non perfetta coincidenza tra «ordinamento civile» e «diritto privato», cfr.: G. ALPA, *L'ordinamento civile nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Contratti*, 2004, 186; F. GHERA, *Ordinamento civile e autonomia regionale: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giur. cost.*, 2011, 1182 ss.; A.M. BENEDETTI, *Proprietà e diritto privato regionale (a proposito di Corte cost. n. 228/2016)*, in *Dir. civ. cont.*, 3 febbraio 2017.

¹¹ Ad una soluzione ordinatoria simile è, di recente, pervenuta, ad esempio, Corte cost., 24 febbraio 2017, n. 41, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2566. In particolare, questa pronuncia ha, in astratto, prospettato una valutazione positiva di una virtuale legge regionale diretta a manifestare la volontà sovrana di permettere anche a privati (*rectius* soggetti privi di poteri autoritativi) il compimento di condotte edificatorie in difformità dalle distanze minime tra edifici stabilite nelle normative statali, ma «solo a condizione che la deroga sia giustificata dall'esigenza di interessi pubblici legati al governo del territorio». Non richiamando, tuttavia, espressamente in argomentazione il generale principio di sussidiarietà «verticale», la Corte appare eccessivamente preoccupata di predisporre dei limiti «preconcreti» alla portata di un simile ragionamento applicativo (quali la limitazione ad una determinata tipologia di strumenti urbanistici).

¹² Queste ricostruzioni, oltre alle prospettate ricadute pratiche, assumono anche una fondamentale importanza sistemica. Esse segnano il passaggio dalla tradizionale concezione savigniana del carattere «avalutativo» del diritto internazionale privato (l'idea della neutralità assiologica del diritto internazionale privato ritrova la sua matrice nel pensiero di F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, VIII, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1898, 27 ss. spec. 30, in quanto l'illustre a. giustifica l'efficacia della norma straniera in modo asettico, facendo appello ad un astratto principio consuetudinario «di una comunione di diritto internazionale fra Stati indipendenti») ad una teoria, la quale, attraverso il principio di sussidiarietà, individua nella realizzazione di rilevanti obiettivi di politica socioeconomica il fondamento assiologico unificante di ogni operazione decisoria implicante la pretendibilità delle utilità personali e/o patrimoniali disposte da una norma civilistica straniera. Similmente, G. CARELLA, *Specificità del metodo conflittuale e materializzazione del diritto internazionale privato*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006, 59 ss., prospetta un progressivo superamento del «metodo tradizionale savigniano delle norme di conflitto localizzatrici» ad opera di tecniche ordinarie impregnate su rilievi assiologico-teleologici sintetizzate dall'espressione «materializzazione del diritto internazionale privato».

legge nazionale¹³. In tali pronunce, i giudici hanno adottato queste soluzioni ordinatorie fortemente innovative, ma con spiegazioni diverse dalla sussidiarietà.

In detta prospettiva, meritano di essere valutate anche le potenziali decisioni pregiudiziali sull'applicabilità dei precetti della *lex mercatoria* contrari alla legge nazionale¹⁴. Un simile ragionamento applicativo è in grado di motivare, ad es., una decisione pregiudiziale di legittimità delle pratiche commerciali dei mercati globali implicanti il criterio di giudizio dell'impegnatività di promesse unilaterali atipiche e innominate, il quale deroga (evidentemente) all'art. 1987 c.c.¹⁵. Per spiegare simili determinazioni, piuttosto che richiamare il principio di sussidiarietà, si continua a ricorrere, surrettiziamente, all'artificio, prospettato autorevolmente da Galgano, basato sull'insindacabilità dei lodi arbitrali internazionali¹⁶.

¹³ Corte di Giustizia CE, Sez. Grande, Grunkin-Paul v. Standesamt Niebüll, 14 ottobre 2008, n. C-353/06, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2009, 221; Corte di Giustizia CE, Garcia Avello v. Gov. Belgio, 2 ottobre 2003, n. C-148/02, in *Cons. Stato*, 2003, II, 1891. Riguardo all'ottemperanza in Italia di quest'ultima decisione, emblematica è la pronuncia di Trib. Bologna, 9 giugno 2004, in *Fam. dir.*, 2004, 441. Per maggiori approfondimenti circa il punto dell'incompatibilità in questi casi tra l'impiego della norma straniera e i criteri di collegamento specifici, cfr. F. MAISTO, *Personalismo e solidarismo familiare nel diritto internazionale privato*, Napoli, 2011, 92 ss. Bisogna dire che questi apparati decisorii, i quali sono configurabili come applicazione diretta del principio di sussidiarietà, hanno consentito di anticipare nell'ambito settoriale (ristretto) del diritto internazionale privato soluzioni ordinatorie simili a quelle estese, ora, anche ai rapporti puramente "domestici" dalla decisione di Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1 ss.

¹⁴ Per questa teoria, *amplius*, v. F. MAISTO, *Promesse unilaterali*, in P. PERLINGIERI, *Tratt. dir. civ. CNN*, IV, 42, 2014, 66 ss. È opportuno aggiungere che il principio di sussidiarietà "orizzontale" consente di ricorrere ai medesimi apparati valutativi anche in modo da configurare le ragioni e i limiti della impegnatività delle prescrizioni operative, le quali siano stabilite da altre convenzioni sociali, assimilabili alla *lex mercatoria*, quali la c.d. *lex electronica/informatica/digitalis* (così, P. LAGHI, *Cyberspazio e sussidiarietà*, Napoli, 2015, 117 ss.). Sulla tesi della giuridicità della *lex electronica/informatica/digitalis* converge, con differenti argomentazioni, anche l'analisi di F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contr. impr.*, 2016, 1345 ss., spec. 1386 ss. In particolare, questo a. ritiene che la forza compulsiva di tali regole di condotta discenda – non da un riconoscimento dello Stato sulla base del principio di sussidiarietà ex art. 118, u.c., cost., ma – da un'attitudine sovrana intrinseca delle *communities* digitali globali secondo lo schema romano *ubi societas ibi ius*.

¹⁵ Cfr. F. MAISTO, *o.u.c.*, 63 ss., spec. 75 ss. Specificamente questi ragionamenti ordinatori sono riferibili ai seguenti paradigmi di atti di autonomia: lettere di *patronage*; *surety bonds*; polizza di credito commerciale; offerta spontanea di rinegoziazione in ottemperanza a clausole di *hardship*.

¹⁶ Cfr. F. GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, 190). Particolare è la posizione di F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex*

3. – Soprattutto, in talune potenziali decisioni si esplica il ruolo della sussidiarietà nell'espansione dell'ambito dell'autonomia contrattuale.

La sussidiarietà orizzontale può essere impiegata per motivare la decisione della vincolatività di un accordo concernente la disposizione di beni e utilità soggetti al volere della P.A. In detto apparato decisorio si attiva il precetto dell'ammissibilità di un contratto sostitutivo di un provvedimento amministrativo¹⁷. Un simile costrutto non ha meramente portata teorico-descrittiva. Bisogna avanzare il rilievo che la logica della sussidiarietà implica il riconoscimento a questi autoregolamenti della qualifica di veri e propri contratti. Tale assunto si spiega, in base al dato che la sussidiarietà fa riferimento a categorie di atti che il soggetto altrimenti incompetente/inadeguato compie nella propria ordinaria sfera gestoria. Essendo i contratti gli accordi normalmente impiegati dai soggetti di diritto civile, a questa categoria devono essere ricondotti anche gli autoregolamenti legittimati dalla formula della sussidiarietà. D'altra parte, quando una direttiva eurolunitaria o una legge statale sono valutati ammissibili in base al principio di sussidiarietà, nessuno dubita che tali atti non subiscano alcuno snaturamento. Una simile qualificazione delinea l'opportunità di

mercatoria, Napoli, 2008, 114 ss., il quale, pur richiamando preliminarmente il principio di sussidiarietà, in definitiva, sembra ritenere che la capacità della *lex mercatoria* di dettare (limitatamente ai rapporti transnazionali) soluzioni ordinarie contrarie a quelle della legge si spieghi, sostanzialmente, con il ricorso all'artificio della limitata sindacabilità dei lodi arbitrali internazionali, aderendo così alla linea ermeneutica già prospettata, prima della formalizzazione del principio di sussidiarietà, da Galgano.

¹⁷ Sulla categoria dei «contratti sostitutivi di provvedimenti amministrativi», F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, Napoli, 2016, 128 ss. Naturalmente, dal principio di sussidiarietà "orizzontale" scaturisce anche la rappresentazione dell'idoneità (non tanto di un atto/contratto, quanto) di una complessiva attività di un soggetto non istituzionale a realizzare un servizio normalmente appannaggio della P.A. Una tale connotazione, nella concreta esperienza giuridica, si riscontra nell'attività di certificazione pubblica che la legge assegna alla categoria professionale del notaio in funzione del conseguimento del bene comune della sicurezza dei traffici giuridici, soprattutto, immobiliari (art. 1, l. 16 febbraio 1913, n. 89). In questo senso, si può condividere la rappresentazione che «il notaio è, infatti, una figura emblematica ed anticipatrice, rispetto agli odierni interventi legislativi, della sussidiarietà orizzontale» (cfr. G. CELESTE, *La deontologia professionale del notaio nella legalità costituzionale*, in L. MEZZASOMA – L. RUGGERI (a cura di), *La giustizia disciplinare nelle professioni legali*, Napoli, 2014, 243). Una simile "copertura" costituzionale del ruolo del notaio ha anche delle importanti implicazioni pratiche: essa è potenzialmente in grado di motivare un giudizio di contrarietà alla Costituzione (in particolare, all'art. 118, comma 4) delle riforme legislative, le quali statuiscano regole cogenti preposte a conformare le funzioni e/o l'organizzazione della professione notarile in senso 'peggiorativo' rispetto all'utile della collettività.

un'interpretazione evolutiva dell'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241, sulle «convenzioni urbanistiche»¹⁸. La medesima interpretazione si estende anche ad altre disposizioni di legge specifiche, come l'art. 306-bis del codice dell'ambiente statuyente la vincolatività dell'atto di «transazione ambientale»¹⁹. Con detta interpretazione, risultano automaticamente azionabili le regole dell'autonomia contrattuale sulla responsabilità precontrattuale, l'impugnazione per incapacità e vizi della volontà, ecc.

Similmente, il ricorso alla sussidiarietà orizzontale è in grado di giustificare la determinazione dell'impegnatività di accordi preordinati alla risoluzione delle controversie. In questo impianto valutativo si attiva il criterio di giudizio della configurabilità di contratti alternativi ai provvedimenti giurisdizionali²⁰. Un simile costrutto ha una significativa portata applicativa. Innanzitutto, si spiega l'azionabilità delle regole dell'autonomia contrattuale. Surretiziamente, si concepisce, in qualche misura, un giudizio d'incostituzionalità di leggi manifestanti la volizione sovrana di limitare il ricorso ad arbitrati e a mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, come l'art. 241, 1° co., d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Soprattutto, la formula della sussidiarietà orizzontale può essere usata per legittimare la decisione della vincolatività di accordi contenenti la programmazione di vicende utilitaristiche normalmente riservate alla legge. In un simile apparato decisorio si attiva il precetto dell'efficacia (anche esterna) di contratti normativi *stricto sensu*/contratti fonte del diritto²¹. Si

¹⁸ In generale, si prospetta l'opportunità di un'interpretazione evolutiva dell'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241, la quale superi le visioni preconcepite finora affermatesi presso la dottrina gius-amministrativistica (tra gli altri, v.: G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, in AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002, 161 ss.; ID., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 86 ss.; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 436; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2003, 224; G.D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 205).

¹⁹ Così, M. MELI, *La nuova disciplina delle transazioni nelle procedure di bonifica e di riparazione del danno ambientale concernente i siti di interesse nazionale*, in *Nuove leggi civ. commentate*, 2016, 456 ss., spec. 480. *Contra*, U. SALANITRO, *Dal "contratto" all'"accordo": la riforma della "transazione" ambientale*, in *Giust. civ.*, 2017, 411 ss. e 421 ss., il quale solleva il seguente argomento (antinomico rispetto al principio di sussidiarietà "orizzontale"): «Appare coerente con la natura pubblica degli interessi coinvolti (determinazione delle misure di riparazione) che l'atto transattivo non sia ricondotto alla categoria dei contratti di diritto privato».

²⁰ Sul paradigma dei «contratti alternativi ai provvedimenti giurisdizionali», F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale*, cit., 129 ss.

²¹ Sulla figura del «contratto-fonte del diritto», F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale*, cit., 130 ss. In dottrina si usa, diffusamente, anche la metafora de «la formazione negoziale del diritto» (cfr.: N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 307 ss., e ID., *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 166 ss.; G. ALPA, *Il*

tratta, principalmente, di autoregolamenti costituiti dalla pianificazione dell'attuazione di condotte personali ed eventi pratico-economici nei rapporti con i terzi. Esempi di detti autoregolamenti con efficacia esterna sono: i regolamenti di condominio, gli statuti associativi, le condizioni generali di contratto²², i contratti collettivi di lavoro²³, gli accordi alla base dell'ordinamento sportivo²⁴, i codici deontologici²⁵. La categoria, però,

contratto in generale, Milano, 2014, 293 ss.). Esprime scetticismo su questo costruito, invece, E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2014, 387, secondo il quale «se il principio di sussidiarietà renda l'autonomia privata fonte del diritto è quesito, in fondo, ozioso, che involge il tema, noto, della pluralità degli ordinamenti giuridici». In vero, l'opportunità di distinguere la figura dei «contratti-fonte del diritto» rispetto a tutti gli altri contratti, i quali pure risultano *ex art.* 1372 c.c. provvisti della «forza di legge» si spiega, perché un simile costruito ermeneutico è in grado di determinare rilevanti operazioni valutative. Soltanto con riferimento ad autoregolamenti, i quali si dimostrino virtualmente sostitutivi delle prescrizioni operative imposte dalla legge, è opportuno che il principio di sussidiarietà serva (non soltanto come criterio di legittimazione delle decisioni precettive, ma anche) come criterio di risoluzione dei conflitti con le fonti sopraordinate (soprattutto, con la legge stessa): una tale motivazione tecnica, infatti, è in grado di giustificare la vincolatività dei diritti e obblighi concordati da (tutti o taluni de) gli interessati anche contro una difforme previsione di legge, là dove se ne dimostri la maggiore idoneità a realizzare un preminente obiettivo di politica del diritto (cfr. F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale*, cit., 131, nt. 272). Parzialmente diversa, pertanto, risulta la ricostruzione di R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 105 ss., spec. 108, secondo il quale il principio di sussidiarietà «orizzontale» *ex art.* 118, u.c., cost. non si limiterebbe a fungere da fondamento unificante degli atti di autonomia (v., *infra*, nota 36), ma eleverebbe indifferenziatamente ciascuno di essi a vera e propria «fonte del diritto».

²² Una qualificazione simile è prospettata anche dalla dottrina, la quale segue una differente impostazione metodologica. Così, M. ORLANDI, *Le condizioni generali di contratto come fonte secondaria*, in F. MACARIO – M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, 347 ss.

²³ Per tutti, N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 171 ss. La metafora della fonte del diritto è richiamata anche da M. CERIONI, *Prime riflessioni sulle fonti dell'autonomia privata*, in *Annali della Facoltà giuridica di Camerino*, 2012, 1, 147. Ella, tuttavia, con significative differenze riguardo alla questione del coordinamento gerarchico con le fonti primarie, qualifica il contratto collettivo come semplice «fonte fatto», la cui valenza decisoria sarebbe fondata «sull'autonomia collettiva di cui all'art. 39 Cost.».

²⁴ In argomento: M. CIMMINO, *Sussidiarietà orizzontale e ordinamento sportivo*, cit., 225 ss.; G. SANTORELLI, *Sussidiarietà e regole di validità dei contratti sportivi*, *ibidem*, 235 ss. Diversamente, M.P. PIGNALOSA, *Ordinamento sportivo e fonti private*, in *Jus Civile*, 6, 2017, 665 ss., ritiene che il principio di sussidiarietà non sia in grado di conferire a tali autoregolamenti una valenza decisoria pari a quella della legge. Specificamente, ella ritiene che non si possa azionare il criterio di giudizio dell'inderogabilità da parte di contratti tra gli interessati: a maggior ragione, una simile ricostruzione implica

contempla anche autoregolamenti con efficacia eminentemente *inter partes*, come il negozio di scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali di cui alla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (c.d. *lex voluntatis*)²⁶.

A questo punto, mi preme segnalare che la ricostruzione sopra delineata si distacca nettamente da quella autorevolmente proposta da un grande Maestro della civilistica italiana²⁷. Egli, pure, ritiene che sia corretto l'uso della sussidiarietà per spiegare la determinazione dell'impegnatività di simili autoregolamenti. Egli, però, sostiene la natura *sui generis*/non contrattuale di detti accordi. Egli solleva l'argomento che il paradigma contrattuale sia ontologicamente inidoneo a perseguire interessi superindividuali. Un simile assunto, pur essendo molto radicato nella scienza civilistica²⁸, merita di essere confutato in base al ruolo del contratto nel sistema di allocazione delle risorse approvato dalla nostra Costituzione. I tradizionali fondamenti etici del vincolo contrattuale – riassunti dagli aforismi *pacta sunt servanda*²⁹, *solus consensus obligat*³⁰, *qui dit contractuel dit juste*³¹ – risultano in distonia rispetto alle effettive dinamiche dell'organizzazione della civile convivenza voluta dal potere costituente. Se Tizio mi ruba l'automobile e mi offre un "cavallo di ritorno", non vi è alcuna ragione etica di rispettare l'accordo con il ladro. Di là dai contratti immorali,

l'attivazione del precetto dell'inidoneità a derogare ad una specifica disposizione di legge.

²⁵ Sul tema, diffusamente: A. BELLELLI, *Il problema della giuridicità delle regole deontologiche delle professioni*, in AA.VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., 79 ss.; E. DEL PRATO, *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà*, *ibidem*, 91 ss.

²⁶ Diffusamente, F. SBORDONE, *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003, 184 ss.

²⁷ M. NUZZO, *Prefazione*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., XVI ss., a detta del quale «l'autonomia dell'art. 1322 c.c. si esprime nel contratto ed è per sua natura autorizzata a regolare rapporti tra le parti del contratto; ad essa è estranea la regolazione di interessi generali». Il medesimo rilievo è sollevato anche da R. CARLEO, *o.c.*, 9 ss.

²⁸ In tal senso, è emblematica la teoria di L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 281 ss., il quale afferma che un accordo «se ed in quanto pone una norma non può essere contratto, che, in quanto sottospecie del negozio giuridico, non può che costituire, regolare, cioè modificare e accertare, od estinguere rapporti giuridici, e non può porre norme giuridiche, onde l'ulteriore deduzione dell'inammissibilità di un contratto normativo vero e proprio».

²⁹ Secondo la massima di Cicerone: «*Pacta et promissa semperne servanda sint, quæ nec vi nec dolo malo, ut prætores solent, facta sint*» (*De officiis*, 3, 92, 24).

³⁰ Cfr. G. ASTUTI, *Contratto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, 779, il quale riconduce l'apoteigma in questione a S. PUFENDORF (*De jure naturæ et gentium*, III, 5-6, v. 2) e H. GROTIUS (*De iure belli ac pacis*, II, 11-12).

³¹ Cfr.: A. FOUILÉE, *La science sociale contemporaine*, 2^a ed., Paris, 1885, 410; J.F. SPITZ, «*Qui dit contractuel dit juste*»: quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, in *Rev. trim. droit civil*, 2007, 281 ss.

è opportuno considerare anche una banalissima compravendita: la ragione per cui taluno si vincola al contratto è che gli manca un bene di cui ha bisogno e, al contempo, qualcun altro ha a disposizione un bene di cui può fare a meno. In generale, si osserva che alla base del vincolo contrattuale si pone una scelta politica delle istituzioni sovrane circa l'allocazione delle risorse disponibili. In questa prospettiva, merita apprezzamento il ruolo dell'autonomia contrattuale nel promuovere l'assetto allocativo della giustizia retributiva promosso dal comb. disp. artt. 3 e 23 cost.: per il principio di eguaglianza formale *ex* art. 3 cost. tutti sono eguali davanti alla legge, per cui, se taluno ha la proprietà di beni e altri no, un simile assetto allocativo si spiega (oltre che per l'abilità nel produrre) anche perché, compatibilmente con l'art. 23 cost., gli stessi interessati l'hanno voluto con un contratto di scambio o, più genericamente, di alienazione³². Allo stesso modo, ai sensi degli artt. 41 e 42 cost.³³, deve essere valutata positivamente

³² Cfr., F. MAISTO, *L'autonomia contrattuale nel prisma della sussidiarietà orizzontale*, cit., 119, dove si precisa: «Occorre osservare che, esplicandosi l'autonomia contrattuale, un soggetto diviene titolare di diritti ed obblighi da lui stesso voluti. Da una simile premessa logica s'inferisce la rappresentazione che la diversità dei diritti ed obblighi attribuiti a ciascun individuo non discende da una statuizione di legge, ma dalla stessa volontà degli individui. In conclusione, l'autonomia contrattuale assolve la funzione logica di determinare l'armonizzazione tra due concetti altrimenti antinomici: che la legge attribuisce agli individui diritti e doveri diversi; che tutti gli individui sono eguali di fronte alla legge. Fissato un simile impianto valutativo, l'autoregolamentazione risponde all'esigenza ideologica dello Stato di diritto di conciliare l'eguaglianza formale predicata dalla filosofia politica del liberalismo con la giustizia retributiva imposta dalla teoria economica del liberismo». In tal senso, merita di essere riconsiderata la rappresentazione prospettata da F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978, 67, il quale, a proposito del negozio giuridico, sottolinea che «il processo di astrazione, dal quale nasce la categoria, si inquadra nel più vasto processo che attraverso l'astrazione mira all'uguaglianza formale del diritto». Di pregio è anche la notazione di C. DONISI, *o.u.c.*, 28, secondo il quale all'origine del disfavore nei confronti della categoria dei negozi unilaterali sta «la diffusa, seppur latente, convinzione [...] che la struttura "bilaterale" dei fenomeni sociali in genere (e dunque anche di quelli giuridici) fosse, per ciò solo, garanzia di eguaglianza, di possibilità di cooperazione, di attività democratica». In vero, una simile ascendenza assiologica è stata, per lo più trascurata. La dottrina, privilegiando la considerazione degli aspetti strettamente economici rispetto alla ricostruzione delle ricadute sociali, ha solitamente ricostruito il fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale (e, in generale, dell'autonomia privata) – senza alcun riferimento all'art. 3 cost. – con riferimento alle disposizioni degli artt. 41 e 42 cost. concernenti la libertà di iniziativa economica privata e il riconoscimento della proprietà privata (v., *infra*, nota seguente).

³³ Circa la teoria dell'individuazione del fondamento costituzionale (indiretto) dell'autonomia contrattuale (e, in generale, dell'autonomia privata) nelle disposizioni degli artt. 41 e 42 cost. statuenti la libertà di iniziativa economica privata e il

la capacità efficientistica del contratto consistente nella massimizzazione delle utilità individuali, secondo la logica che ciascuno è il miglior giudice dei propri interessi³⁴. Infine, è degna di nota anche la capacità dei contratti di scambio, secondo la concezione della *bargain theory*³⁵, di produrre utilità marginali. In sintesi, nel quadro costituzionale, la ragione della vincolatività del contratto non consiste nell'esigenza degli individui di dimostrare il proprio senso dell'onore, ma, piuttosto, nella sua attitudine a perseguire obiettivi di politica del diritto³⁶.

riconoscimento della proprietà privata, cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, I, 2.

³⁴ In questo senso, merita di essere ricordata la lezione di G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 478. Egli ricorda che la Scuola economica liberale «riteneva che il maggior benessere collettivo dovesse attendersi dalla libera concorrenza delle iniziative individuali». Da questa considerazione è desunta la rappresentazione che «in un sistema positivo ispirato, qual'era quello del nostro Codice del 1865, ai canoni di quella scuola, l'autonomia della privata volontà nel campo dei contratti era tutelata in tanto in quanto era considerata come il miglior modo di realizzazione dell'interesse economico della collettività: e quindi fondamento dell'efficacia del contratto era pur sempre l'interesse sociale, e l'autonomia della volontà privata era riconosciuta e protetta perché ritenuta socialmente utile». Sulla storicità della saldatura tra l'ascesa della borghesia e lo sviluppo dell'autonomia contrattuale, v. R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., 12 ss.; riguardo alla compenetrazione tra le teorie delle scienze filosofiche e sociali informate al dogma dell'utilitarismo e la tendenza di politica del diritto a rendere coercibile, nella maniera più ampia possibile, l'attuazione delle prestazioni e spostamenti patrimoniali programmati in un contratto, diffusamente, F. DI CIOMMO, *Efficienza allocativa e teoria giuridica del contratto*, Torino, 2011, *passim*, spec. 4 ss. e 16 ss. Sul punto, egli osserva che: «L'idea di fondo, come oramai ampiamente riconosciuto, e come già in precedenza cennato, è che il contratto, concretizzando la tensione umana allo scambio finalizzato a realizzare i bisogni umani, sia in grado di allocare le risorse esistenti in natura presso colui che è in grado di valorizzarle e apprezzarle al meglio».

³⁵ Emblematici i rilievi di R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*, in R. SACCO (a cura di), *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2004, 17. In particolare, l'illustre a. nota che: «Là dove interviene lo scambio consensuale, l'autonomia si fa garante di un risultato prezioso. Ognuno dei due contraenti accede allo scambio perché per lui la prestazione che riceve ha un valore maggiore alla prestazione che esegue». Il suesposto ordine d'idee rappresenta l'essenza della «*bargain theory*». Un simile costrutto è comunemente fatto risalire al pensiero di O.W. HOLMES, *The common law*, Boston, 1881, 230.

³⁶ Alla luce di questa ricostruzione, in prospettiva teorica, è corretto sostenere l'assunto che il principio di sussidiarietà «orizzontale» funga da fondamento (non soltanto dell'estensione dell'ambito di ammissibilità, ma) del generale riconoscimento della capacità autoregolamentare del contratto e degli atti di autonomia (cfr.: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV, 4ª ed., Napoli, 2020, 30; già prima, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, 396; ID., *La sussidiarietà nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 688; ID.,

Una volta confutato l'argomento contrario, merita di essere ripreso il rilievo – già sviluppato a proposito dei contratti sostitutivi di provvedimenti amministrativi – che la logica della sussidiarietà implica la riconduzione di questi autoregolamenti al paradigma del contratto³⁷. Una simile impostazione ha importanti riflessi operativi. Bisogna osservare che l'efficacia esterna di siffatti autoregolamenti non dipende dalla loro estraneità al campo di applicazione del principio di relatività di cui all'art. 1372, comma 2, c.c., ma integra una vera e propria deroga a detta disposizione. Più in generale, si autorizza un'operazione ermeneutica per cui la formula della sussidiarietà risulta in grado di legittimare la decisione dell'impegnatività di questi autoregolamenti anche in deroga alla legge. Naturalmente, è necessario che si presenti l'esigenza di attuare al meglio un interesse superiore della società civile. Una tale valutazione si può dispiegare, ad es., per i seguenti autoregolamenti: un contratto collettivo di lavoro contenente degli *standards* per la tutela della parità di genere più stringenti di quelli indicati dalla legge; un accordo di diritto sportivo, il quale, per il bene sociale dello sport, consenta lo svolgimento di attività sportiva professionistica di altissimo livello con garanzie per la salute pubblica diverse da quelle predisposte per tutti i cittadini da un atto avente forza di legge (è il caso dei Protocolli FIGC per allenamenti e partite delle squadre di calcio professionistiche durante l'emergenza Covid-19); un codice deontologico giornalistico, che, nell'interesse della civile convivenza, stabilisca delle restrizioni per l'attività di cronaca maggiori di quelle imposte dalla legge; ecc.

«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 208). In considerazione degli sviluppi operativi, tuttavia, è evidente che il parametro in questione presenti un valore aggiunto con riguardo agli autoregolamenti sostitutivi di pubblici poteri, dato che queste figure (a differenza di quelle tradizionali), difficilmente possono rinvenire nelle manifestazioni supreme di sovranità (Costituzione e Carte sovranazionali) anche un riferimento testuale più specifico (v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV, 4ª ed., cit., 45 ss.; in precedenza, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., cit., 326 ss.). Un ruolo ancora più complesso, poi, è potenzialmente espletato dall'art. 118, u.c., cost. con riguardo alla specifica figura del «contratto fonte del diritto» (v., *retro*, nota 21).

³⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV, Napoli, 2020, 29 ss., il quale testualmente afferma: «Il principio di sussidiarietà non stravolge il concetto di autonomia negoziale, in quanto, già prima e indipendentemente da esso, era ravvisabile nel contratto uno strumento capace di spiegare i propri effetti anche verso terzi e di realizzare interessi di carattere generale».

4. – In conclusione, si è cercato di prospettare un uso fortemente innovativo (addirittura, “demiurgico”) della formula della sussidiarietà. Simili ragionamenti applicativi hanno la fisionomia della *Drittwirkung* del principio di sussidiarietà³⁸. Dal punto di vista della teoria generale, essi segnano il passaggio da un sistema delle fonti imperniato su una gerarchia delle fonti ad uno informato alla gerarchia dei valori. Evidentemente, possono essere sollevate diverse obiezioni tecniche, le quali, però, si riconducono tutte alla medesima questione sostanziale. In senso critico, si potrebbe osservare che, essendo il diritto cultura³⁹, bisogna adeguatamente considerare la ritrosia dei giudici a ricorrere a queste tecniche valutative. La ragione di una simile tendenza, tuttavia, non è focalizzata sul timore del giudice di perdere il bene della certezza del diritto, sprofondando nel baratro dell’incalcolabilità della decisione⁴⁰: tanto è vero che, come si è visto, spesso, i giudici adottano, al cospetto di istanze superiori, queste soluzioni ordinatorie anche estreme, ma attraverso argomentazioni diverse dalla sussidiarietà.

In prospettiva più generale, appare corretta la concezione controintuitiva che il metodo dell’applicazione diretta dei principi non contrasti affatto, ma favorisca il perseguimento del bene della certezza del diritto. Fa d’uopo osservare che in contrapposizione al metodo dell’individuazione assiologico-teleologica delle determinazioni precettive applicabili nel caso concreto, tradizionalmente, si sollevano due argomenti: l’inadeguatezza rispetto all’obiettivo di assicurare la prevedibilità delle decisioni giudiziali (*i.e.* la certezza del diritto); l’inottemperanza all’esigenza di imporre la neutralità ideologica delle decisioni giudiziali (*i.e.* l’imparzialità nell’applicazione del diritto). In alternativa, la realizzazione di simili beni per la convivenza civile sarebbe favorita dal ricorso al metodo dogmatico-formalistico.

³⁸ Di là dalle varie sfumature definitorie, nella sua essenza, l’applicazione diretta dei principi è un’operazione ermeneutica connotata dalla capacità di motivare la decisione, in concreto, dell’impegnatività di vicende utilitaristiche diverse da quelle imposte dal testo di una disposizione di legge specifica, senza che questa sia definitivamente espunta dall’ordinamento giuridico attraverso un sindacato di assoluta incostituzionalità. In tal senso, cfr. G. D’AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in G. D’AMICO e S. PAGLIANTINI, *L’armonizzazione degli ordinamenti dell’Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018, 18 ss., il quale ritiene inammissibile il ricorso ad una simile tecnica decisoria.

³⁹ A. FALZEA, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 773 ss.; ID., *Introduzione alle scienze giuridiche*, Milano, 2008, 395 ss.

⁴⁰ In altra prospettiva, R. CARLEO, *o.c.*, 13 ss., esprime la preoccupazione che questi ragionamenti applicativi finiscano per introdurre «un nuovo significato (se non un declino) della “certezza del diritto”» e per portare «alle sue ultime conseguenze “la crisi della fattispecie”».

Simili rilievi devono essere storicizzati. In questa prospettiva, è opportuno notare che all'origine i suddetti obiettivi di politica del diritto sono abbastanza ai margini del formalismo della *Begriffsjurisprudenz*. Rovesciando la *Begriffspyramide*, emerge il dato che alla base di una simile architettura dogmatica si pone lo *struggle for existence* tra i concetti ordinanti⁴¹. Esempio è la piramide concettuale della categoria della soggettività giuridica. In principio, si delinea la titolarità esclusiva di diritti e obblighi per i *Quirites patres familias*; progressivamente si afferma l'esigenza di riconoscere, eccezionalmente, la titolarità di particolari diritti e doveri anche alle donne, ai minori, agli stranieri e, addirittura, agli schiavi; successivamente, con l'influsso del Cristianesimo, si acquisisce l'idea che tutti gli esseri umani siano titolari dei diritti fondamentali della persona; in questo modo, dalla contrapposizione tra i suddetti concetti appaiono i caratteri sintetizzati dalla categoria della soggettività degli esseri umani. In tempi più recenti⁴², alla soggettività esclusiva degli esseri umani si contrappone l'opportunità di riconoscere la titolarità di diritti e obblighi anche alle organizzazioni esponenziali, la quale porta ad elaborare l'ulteriore concetto di persona giuridica; successivamente, questo ramo della soggettività giuridica si eleva al livello – di maggior astrazione – della nozione di soggettività degli enti, quando si afferma l'esigenza di distinguere tra enti personificati ed enti senza personalità giuridica⁴³. A séguito di questi processi mentali, la piramide si accresce di un ulteriore gradino rappresentato dalla nozione di soggettività giuridica in senso lato. È facile notare che nello *struggle for existence* tra concetti ordinanti non è garantita né la prevedibilità né la neutralità ideologica delle decisioni, visto che il giudice può ricavare, secondo i rapporti di forza maturatisi nel tempo, la soluzione applicabile al caso concreto sia dal "concetto originario" che dal "concetto dialetticamente contrapposto"⁴⁴.

⁴¹ Sul darwinismo giuridico in Italia, v.: P. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione nel diritto privato. Prelezione al corso di Diritto romano letta il 21 novembre 1881*, Camerino, 1882; G.P. CHIRONI, *Il darwinismo nel diritto. Discorso pronunciato per la commemorazione di C. Darwin tenuta nella R. Università di Siena il 21 maggio 1882*, Siena, 1882.

⁴² La piena emersione del concetto di persona giuridica di diritto civile è, convenzionalmente, fatta coincidere con l'istituzione della società anonima Compagnia inglese delle Indie orientali il 31 dicembre 1600 (cfr. F. GALGANO, *Lex Mercatoria*, Bologna, 1993, 76 ss.).

⁴³ Questo ramo della piramide concettuale della soggettività giuridica sarebbe destinato ad innalzarsi nell'ulteriore livello dei soggetti del diritto non umani, là dove si consolidasse la proposta teorica di ricorrere a tale categoria per spiegare le determinazioni applicabili al cospetto di attività compiute automaticamente da algoritmi (cfr. G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019, 109 ss.).

⁴⁴ In vero, la *Begriffsjurisprudenz* si adatta, soprattutto, al perseguimento di una precisa strategia politica di conservatorismo socioeconomico. Bisogna, infatti, rilevare

La sintonia con gli obiettivi della certezza e della neutralità delle decisioni è stata ricercata in un successivo stadio evolutivo, quando il formalismo è stato declinato secondo i canoni della *dottrina pura del diritto* (*Reine Rechtslehre*)⁴⁵ e della teoria della fattispecie (*Tatbestand*)⁴⁶. Con un sistema delle fonti incentrato sul primato della legge, tali beni potevano essere effettivamente realizzati. Queste operazioni ermeneutiche, però, presentavano, comunque una controindicazione: quando per un'inadeguatezza della volontà delle Assemblee legislative o un mutamento del contesto socioeconomico la legge esprimeva valutazioni inique, esse portavano a sacrificare l'ideale della Giustizia (secondo i noti aforismi latini «*summum jus, summa injuria*» e «*dura lex, sed lex*»)⁴⁷.

Nel contesto attuale il sistema delle fonti, avendo assunto carattere *multilevel*, spesso preclude al metodo della (sussunzione nella) fattispecie di assicurare alcuna prevedibilità della decisione. Emblematico è il caso delle prestazioni spettanti all'agente non iscritto all'albo: per la legge italiana egli non aveva diritto alla provvigione (comb. disp. artt. 4, l. 9 maggio 1985, n. 204 e 1418, comma 1, c.c.); per il diritto comunitario egli era legittimato ad azionare la pretesa alla provvigione⁴⁸. In questo caso, essendo il fatto suscumbibile in entrambe le discipline, il formalismo non garantiva alcuna prevedibilità della decisione. Il quadro, poi, si potrebbe ulteriormente complicare, se (come è verosimile) un'*Authority* intervenisse a fissare un

che, sulla falsariga dei processi evolucionistici, i concetti vecchi (*i.e.* i ragionamenti applicativi espressione di consolidati rapporti di forza tra classi sociali e individui) tendono a resistere e conservarsi (sia pure in ambito ridotto/con minor spazio vitale) rispetto all'affermazione dei concetti innovativi (*i.e.* le tecniche decisorie in grado di attuare i rapporti di forza in via di affermazione tra classi sociali e individui). Così, ad esempio, il criterio che soltanto i maschi cittadini adulti sono titolari di diritti si conserva, sfumando, prima, nel concetto che questi soggetti sono i principali titolari di diritti e, poi, in quello che anche questi soggetti sono titolari di diritti.

⁴⁵ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig/Wien, 1934.

⁴⁶ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corr. 2ª ed., Napoli, 1994 (rist. anast. Torino, 1950), 8, nt. 2, il quale sottolinea che una simile nozione «venne da noi introdotta nella prima edizione del nostro corso di "Istituz. di dir. rom.", § 45; poi è divenuta di uso comune».

⁴⁷ Sia pure in diversa ottica, anche F. RICCI, *Potere "normativo" dei privati, clausole generali, e disciplina dei contratti*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, cit., 602, riconosce che l'approccio che si rifà al c.d. metodo tecnico-giuridico comporti il «sacrificio di una effettiva attuazione dei valori incorporati dalle norme, che la rigidità della norma impedisce di adattare alle variabili contingenze del caso concreto».

⁴⁸ Corte di Giustizia CE, 30 aprile 1988 (Bellone c. Yokohama s.p.a.), in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0215>, con riferimento alla Direttiva CEE del 18 febbraio 1986, n. 653, nel periodo antecedente al recepimento.

ulteriore criterio di giudizio, come l'esistenza di un diritto ad una provvigione parzialmente ridotta, ecc.

Di là dai casi di conflitti tra norme "eterologhe" (i.e. dettate da fonti distinte), soprattutto, l'esigenza di impedire la conclamata ingiustizia delle decisioni giudiziali, ha costretto il metodo formalistico ad adattarsi. Una simile impostazione predica la vigenza degli impianti decisorii sottesi alle categorie "avalutative" della tradizione dogmatica, ma è disposta, nei "casi-limite", a riconoscere la giustiziabilità di pretese incompatibili con esse per evitare delle iniquità del tutto anacronistiche secondo l'argomento che «l'eccezione conferma la regola»⁴⁹. In questo modo, però, si accentua (anziché affievolirsi) il grado d'imprevedibilità e di discrezionalità delle decisioni.

Nel dibattito epistemologico in corso⁵⁰, pertanto, stanno affiorando delle innovative considerazioni per preferire il ricorso all'argomentazione assiologico-teleologica: paradossalmente (rispetto ai rilievi tradizionali) risulta sensato affermare che una simile impostazione metodologica – oltre ad assecondare il crescente bisogno di Giustizia delle decisioni – abbia un miglior esito proprio rispetto alle questioni della «certezza del diritto» e della «imparzialità della sua applicazione». Bisogna premettere che – come ha magistralmente dimostrato, in maniera controintuitiva, autorevolissima dottrina – nell'attuale esperienza giuridica, da un lato, il bene della «certezza del diritto» non può essere perseguito in senso di assoluta prevedibilità delle decisioni, assicurando una meccanicistica predeterminazione delle stesse. Dall'altro, un simile cardine della convivenza civile è attuabile in termini di «ragionevole prevedibilità delle decisioni», predisponendo la loro conformità ad un quadro di valori riconosciuto⁵¹. In quest'ottica, nella

⁴⁹ Una simile impostazione è stata esplicitata, soprattutto, in un'ottica giuspenalistica e gius-pubblicistica; cfr.: G. FORNASARI, *Antinomie giuridiche, norme di civiltà e l'ideologia dell'eccezione*, in S. BONINI – L. BUSATTA – I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto*, Trento, 2015, 417 ss.; C. CASONATO, *Eccezione e regola: definizioni, fisiologie e patologie, responsabilità*, *ibidem*, 423 ss. In una prospettiva di teoria generale, C. NITSCH, *La regola e l'eccezione. Su defettibilità, ambiguità e vaghezza delle norme giuridiche*, in R. BRIGHI – S. ZULLO (a cura di), *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica*, Ariccia, 2015, 341 ss.

⁵⁰ Sollecitato tra i civilisti dalle acute provocazioni intellettuali di: N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, 987 ss.; ID. *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, *passim*.

⁵¹ Cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2015, 2, 55 ss. Bisogna, però rimarcare una *nuance* distintiva: secondo l'impostazione del «realismo giuridico» è corretto muovere i ragionamenti applicativi dal quadro dei valori condivisi dalla c.d. «comunità interpretativa», vale a dire dall'aggregato degli operatori teorici e pratici del diritto condividenti la cultura giuridica imperante in un certo momento storico (diffusamente, N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti*

moderna esperienza giuridica, la verificabilità *a posteriori* della conformità delle decisioni giudiziali agli obiettivi di politica sociale ed economica perseguiti dall'ordinamento risulta una condizione essenziale, là dove s'intenda perseguire il bene della «certezza del diritto». Al contempo, pur essendo esclusa *ex ante* la neutralità ideologica delle decisioni, è sempre praticabile *ex post* un controllo della loro conformità alla tavola dei valori recepita dalle manifestazioni della volontà sovrana delle istituzioni politiche espresse dal potere costituente.

Fissata una siffatta premessa teorica, nell'attuale esperienza giuridica si rivela preferibile il ricorso al metodo scientifico dell'applicazione del diritto (prevalentemente per) principi (non tecnici, ma) sostanziali, il quale consiste nel motivare la giustiziabilità di determinate pretese utilitaristiche mediante un'analisi degli interessi, coinvolti nella controversia intersoggettiva, condotta alla luce della gerarchia dei valori dell'ordinamento⁵². In questo modo, come si è visto, essendo verificabili i fondamenti assiologici e teleologici della decisione, si conseguono, per quanto attualmente possibile, anche i beni della certezza del diritto e dell'imparzialità della sua applicazione.

integrate del diritto, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1158 ss.); a parere di chi scrive, seguendo la Scuola di pensiero del «positivismo etico» (obbligato è il riferimento a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, 4^a ed., cit., *passim*, ma spec. 78 ss. e 249 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., cit., *passim*, ma spec. 192 ss.), è opportuno adeguare le decisioni operative alla tavola di valori delineata dai patti fondativi della convivenza civile (e cioè, principalmente, Costituzione, CEDU, Carta dei diritti fondamentali UE).

⁵² Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, 4^a ed., cit., 78 ss. e 249 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., cit., 192 ss., spec. 194. Una simile ricostruzione scientifica non ha un semplice valore descrittivo, ma può essere richiamata anche per motivare la valenza di specifiche situazioni soggettive. Premesso che «la gerarchia tra norme cede, in ragione del principio di legalità, dinanzi alla gerarchia assiologica», è stato plasmato l'impianto valutativo secondo cui, a determinate condizioni, la disciplina proveniente da una fonte gerarchicamente inferiore può essere reputata efficace a preferenza delle soluzioni ordinarie predisposte da una fonte di grado superiore. In detta prospettiva, è corretto ritenere che, «se, ad esempio, un regolamento governativo garantisce la tutela della persona in misura maggiore rispetto ad una legge statale o regionale (gerarchicamente sovraordinate), è comunque il primo a dover trovare applicazione» (v. P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 195). Altra impostazione, invece, ritiene, da un lato, che la gerarchia delle fonti permanga in forma rigida nei conflitti tra fonti nazionali, dall'altro, che non si presenti più alcun vincolo gerarchico rispetto al ricorso a fonti «esterne» alla sovranità nazionale, *i.e.* sovranazionali, internazionali o *extra ordinem* (così, F. BRAVO, *o.c.*, 1357, spec. nota 33).

Tirando le fila del discorso, la spiegazione dell'atteggiamento prudenziale dei giudici nei confronti della *Drittwirkung* del principio di sussidiarietà, pertanto, non discende affatto da un'avversione, insita nella cultura giuridica, per l'applicazione diretta dei principi. Essa, piuttosto, deve essere individuata nel "peccato originale" della formula: la patina "buonista", assunta all'origine del concepimento del principio di sussidiarietà, spesso finisce per occultare o frenare la valenza decisoria "demiurgica" potenzialmente sprigionata dalla formula.

Abstract

THE ROLE OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN EXPANDING FREEDOM OF CONTRACT

La formula della sussidiarietà può essere impiegata per legittimare la decisione della vincolatività di autoregolamenti strumentali al perseguimento d'interessi superindividuali. In tale prospettiva, l'autonomia contrattuale risulta estesa alle seguenti nuove figure: "contratti sostitutivi di provvedimenti amministrativi"; "contratti alternativi a provvedimenti giurisdizionali"; "contratti fonte del diritto".

The precept "according to the principle of subsidiarity" can be used to justify the enforceability of self-regulatory acts concerning superindividual interests. In such perspective freedom of contract is extended to new forms, namely: «contracts substitutive of administrative measures»; «contracts alternative to judicial settlements»; «contracts sources of legal rules».

LA SORTE DEI GIUDIZI PENDENTI AL MOMENTO DELL'APERTURA DI UNA PROCEDURA DI LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO¹

LAURA BACCAGLINI
*Professore associato
nell'Università di Trento*

SOMMARIO: 1. Premesse di indagine. – 2. L'assimilazione della liquidazione del patrimonio al fallimento, per struttura e funzione. – 3. Liti attive pendenti, perdita di legittimazione del sovraindebitato ed interruzione del processo. – 4. L'improcedibilità delle liti passive. – 5. L'esercizio delle azioni revocatorie da parte del liquidatore.

1. – La legge 18 dicembre 2020, n. 176, di conversione del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137 (c.d. Decreto Ristori), ha modificato la disciplina delle procedure da sovraindebitamento. La crisi economica, conseguente al protrarsi della situazione di emergenza sanitaria, ha indotto il legislatore ad anticipare l'entrata in vigore di alcune disposizioni del Codice della Crisi (d'ora in poi CCII), dedicate al sovraindebitamento, incidendo direttamente sul testo della legge n. 3/2012.

Rispetto alla procedura di liquidazione del patrimonio, che costituisce una delle procedure concorsuali destinate ai soggetti non fallibili, la recente riforma ha modificato l'art. 14-*decies*, relativo alle azioni del liquidatore.

Questa norma, nel suo tenore originario, si limitava a prevedere che il liquidatore potesse esercitare ogni azione prevista dalla legge, finalizzata al recupero dei beni compresi nel patrimonio del sovraindebitato o comunque relativa all'attività di amministrazione di quel patrimonio.

Il novellato art. 14-*decies* l. n. 3/2012, nel riprendere alla lettera il testo dell'art. 274 CCII, si arricchisce di contenuti. Il primo comma conferma la legittimazione del liquidatore ad instaurare (ma anche a proseguire) qualsiasi controversia diretta alla restituzione o alla rivendicazione di un bene del sovraindebitato o al recupero di un credito di costui. Il riferimento è qui alle c.d. liti attive, per impiegare una terminologia invalsa tra gli studiosi del fallimento.

Il nuovo secondo comma dell'art. 14-*decies* aggiunge che il liquidatore può esercitare o, se pendenti, proseguire anche le azioni dirette a rendere

¹ Lo scritto riproduce il contenuto della relazione tenuta in occasione del Seminario dal titolo "La nuova disciplina in materia di sovraindebitamento. Questioni di Diritto concorsuale", organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Trento, il 18 marzo 2021.

inefficaci gli atti di disposizione compiuti dal sovraindebitato sul proprio patrimonio, in pregiudizio dei creditori. La norma fuga così ogni dubbio circa il potere del liquidatore di promuovere l'azione revocatoria ordinaria, *ex art. 2901 c.c.*, o di far propria l'azione promossa dal singolo creditore, prima dell'apertura della procedura di liquidazione.

Infine, con l'aggiunta dell'ultimo comma all'art. 14-*decies*, si è chiarito che l'esercizio di queste azioni da parte del liquidatore è subordinato alla preventiva autorizzazione del giudice della procedura, da concedersi ogni qual volta si tratti di iniziative giudiziali utili ad incrementare la massa attiva.

Muovendo dalle novità introdotte, si intende qui verificare quali conseguenze processuali l'intervenuta legittimazione processuale del liquidatore provochi nelle liti in corso alla data di apertura della liquidazione del patrimonio.

L'indagine non riguarda solo i giudizi che il sovraindebitato abbia instaurato, prima dell'apertura della procedura, per rivendicare un bene o per recuperare un proprio credito (ai quali l'art. 14-*decies* espressamente si riferisce), ma si estende anche ad altri tipi di controversie: sia quelle già promosse contro il sovraindebitato per rivendicare un bene contro costui, o per ottenerne condanna al pagamento di un credito (liti c.d. passive), sia l'azione revocatoria ordinaria, *ex art. 2901 c.c.*, sorpresa *in itinere* al momento dell'apertura della liquidazione del patrimonio.

2. – La scelta del legislatore di introdurre una norma relativa all'esercizio delle azioni di cognizione, quando ad essere aperta sia la (sola) procedura di liquidazione del patrimonio, ha certamente una valenza sistematica.

Il silenzio serbato rispetto all'accordo e al piano del consumatore si spiega in ragione della diversa natura che queste procedure rivestono. Esse hanno un carattere negoziale, si fondano su un accordo tra il debitore e i creditori ed è certo che, per esse, l'effetto di spossessamento del debitore non operi, al pari di quanto accade per le omologhe procedure concorsuali c.d. maggiori: il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione. Il debitore rimane nella disponibilità del proprio patrimonio (pur potendo compiere solo atti di ordinaria amministrazione) e dunque mantiene la legittimazione processuale nei giudizi di cognizione².

Un discorso diverso merita, invece, la liquidazione del patrimonio, che è procedura schiettamente giudiziaria, dotata di una finalità esclusivamente liquidatoria, il cui riferimento più prossimo è costituito dall'attuale

² A. CARON, *L'omologazione dell'accordo e del piano*, in F. DI MARZIO – F. MACARIO – G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2013, 49-51.

fallimento (un domani, liquidazione giudiziale). La liquidazione del patrimonio, infatti, non presuppone alcun accordo tra creditori e debitore in ordine all'attuazione del principio della responsabilità patrimoniale, che dunque avviene secondo i canoni della *par condicio creditorum*³. Si tratta di una procedura dotata di attitudine universale, perché abbraccia la generalità dei creditori ed è tendenzialmente comprensiva dell'intero patrimonio del debitore, la cui amministrazione viene affidata ad un soggetto terzo (il liquidatore) e che viene sterilizzato tanto rispetto ai poteri dispositivi del debitore, quanto nei confronti delle iniziative esecutive dei creditori⁴.

Nonostante la contiguità con la procedura fallimentare, la liquidazione si discosta da questa per alcuni profili. Così è, ad esempio, rispetto alla declinazione del presupposto oggettivo, giacché lo stato di sovraindebitamento non presuppone necessariamente lo stato di insolvenza del debitore, poiché ricorre quando costui versi anche solo in uno stato di crisi⁵. Inoltre, diversamente dal fallimento, l'avvio della liquidazione è rimesso alla libera volontà del sovraindebitato.

³ D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto "oggettivamente" concorsuale*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 765; S. LEUZZI, *La liquidazione del patrimonio dei soggetti sovraindebitati fra presente e futuro*, in *www.ilcaso.it*, 9 marzo 2019, 11; E. FRASCAROLI SANTI, *Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio*, in F. VASSALLI – F.P. LUISO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, 579; M. FABIANI, *La regola della par condicio creditorum all'estero di una procedura di concorso*, in *Il fall.*, 2020, 335-336; S. GIAVARRINI, *Profili della liquidazione del patrimonio nella l. n. 3/2012*, Padova, 2018, 38 ss.; F. MICHELOTTI, *Osservazioni in tema di procedure di sovraindebitamento di cui alla L. n. 3/2012 e succ. mod. e integr.*, in *Il fall.*, 2015, 1229.

⁴ F. DI MARZIO, *Introduzione alle procedure concorsuali in rimedio del sovraindebitamento*, in F. DI MARZIO – F. MACARIO – G. TERRANOVA (a cura di), *La "nuova" composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 14; L. PANZANI, *Speciale Decreto Sviluppo-Bis. La nuova disciplina del sovraindebitamento dopo il d.l. 18 ottobre 2012*, n. 179, in *www.ilfallimentarista.it*, 2012, 4; A. GUIOTTO, *La continua evoluzione dei rimedi alle crisi da sovraindebitamento*, in *Il fall.*, 2012, 1285 ss.; P. BOSTICCO, *L'alternativa liquidatoria*, in I. ARCURI – P. BOSTICCO, *Il piano di risanamento attestato e il nuovo sovraindebitamento*, Milano, 2013, 225; S. PACCHI, *I procedimenti concorsuali per la crisi da sovraindebitamento*, in A. CAIAFA – S. ROMEO (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, III, Milano, 2014, 737 nt. 147; S. LEUZZI, *La liquidazione*, cit., 11; L. PANZANI, *L'esdebitazione e la disciplina del sovraindebitamento*, in A. JORIO – B. SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, III, Milano, 2014, 723; M. CAMPOBASSO, *Dalla procedura di "liquidazione del patrimonio" alla "liquidazione controllata" del sovraindebitato*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Studi in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 142, nt. 12.

⁵ S. MASTURZI, voce *Sovraindebitamento (procedure di composizione da)*, in *Dig. disc. priv. (sez. comm.)*. Agg., Torino, 2015, 523; F. MACARIO, *Introduzione*, cit., 15; V. PICCININI, *Il sovraindebitamento del debitore civile (il fallimento del consumatore)*, in O. CAGNASSO – L. PANZANI (a cura di), *Crisi d'impresa e procedura concorsuali*, III, Torino, 2016, 3812.

Proprio quest'ultima peculiarità ha fatto discutere gli interpreti, all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 3/2012: da un lato, si è dubitato che una procedura, la cui apertura può essere provocata, di regola, dall'interessato, possa qualificarsi come "coatta", al pari del fallimento⁶. Dall'altro lato, il profilo relativo alla legittimazione attiva ha indotto, addirittura, una parte degli interpreti ad attribuire alla liquidazione del patrimonio un carattere premiale, posto che di essa potrebbe beneficiare solo il debitore meritevole ma sfortunato.

Si tratta di affermazioni non condivisibili.

Anzitutto, giova chiarire che il (presunto) potere di disposizione della procedura, da parte del sovraindebitato, lungi dall'apprezzarsi sul piano degli effetti che esso provoca, resta circoscritto alla sola fase di avvio. Ciò che il debitore può scegliere è solo se promuovere o non promuovere l'apertura della liquidazione, la quale, però, una volta avviata, non può essere rinunciabile⁷. In ogni caso, la legittimazione attiva del debitore, che pur rappresenta la regola, non è esclusiva. Infatti (ancorché allo stato in casi circoscritti), anche i creditori possono domandare l'apertura della liquidazione, precisamente là dove le procedure negoziali (di accordo o di piano del consumatore) non siano giunte al loro esito fisiologico (per annullamento o risoluzione del primo – art. 14, commi 1 e 2, ovvero per cessazione degli effetti civili del secondo, art. 11, comma 5, l. n. 3/2012)⁸.

Già questa circostanza smentisce la finalità premiale della liquidazione del patrimonio. Se, infatti, la procedura rispondesse a questa logica, allora – per assurdo – sarebbe più conveniente per il debitore una risoluzione

⁶ D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore alla luce del diritto "oggettivamente" concorsuale*, cit., 765.

⁷ In questi termini, condivisibilmente, Trib. Venezia, 11 ottobre 2016, in *www.ilfallimentarista.it*, con nota di F. VALERINI, *La domanda di liquidazione dei beni è irrinunciabile*, e Trib. Treviso, 22 giugno 2017, in *Banca dati Dejure*; da ultimo, Trib. Lecco, 3 febbraio 2021, in *www.dirittodellacrisi.it*.

⁸ In argomento L. BALESTRA, *Annullamento e risoluzione dell'accordo sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 593 ss.; F. MICHELOTTI, *Osservazioni in tema di procedure di sovraindebitamento*, cit., 1226. Il CCII ha comunque opportunamente inciso sul profilo relativo alla legittimazione all'apertura della procedura, attribuendola anche senza limitazioni, ai creditori, pur quando siano pendenti azioni esecutive individuali, e al pubblico ministero, qualora il sovraindebitato sia un imprenditore sotto soglia (art. 268, comma 2, CCII). In arg. F. LAMANNA, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (IV)*, Milano, 2019, 56; A. NAPOLITANO, *La liquidazione controllata del sovraindebitato e l'esdebitazione*, in AA.VV., *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 238.

dell'accordo o del piano del consumatore con colpa, rispetto alla alternativa "incolpevole" che non consente il passaggio dall'una all'altra procedura⁹.

Né a me pare che la (presunta) finalità premiale della liquidazione trovi conferma nella "assenza del compimento di atti in frode ai creditori" che, stando alla lettera dell'art. 14-*quinquies* l. n. 3/2012, il giudice è tenuto a vagliare all'atto di apertura della procedura.

Vero è che, proprio muovendo dall'infelice collocazione topografica di questo presupposto, molta parte degli interpreti è giunta a ritenere che l'esistenza di atti in frode in danno ai creditori precluda l'accoglimento della domanda del debitore, marcando così il carattere premiale della liquidazione¹⁰. Ancora una volta la conclusione appare poco ragionevole, perché – a tacer d'altro – si dubita che il pregiudizio, per effetto della mancata apertura della liquidazione, gravi davvero proprio (e solo) sul debitore, non già sui suoi creditori, costretti all'avvio di (o all'intervento nelle) singole azioni esecutive individuali¹¹.

Semmai, se di premialità si vuol parlare, appare più corretto riferirsi alla esdebitazione, prevista dall'art. 14-*terdecies* l. n. 3/2012 quale effetto di inesigibilità dei crediti rimasti insoddisfatti dopo i riparti concorsuali, di cui il debitore può giovare una volta chiusa la procedura. Per come ricostruita dalla l. n. 3/2012, la liberazione dai debiti residui è effetto destinato a prodursi solo al ricorrere di presupposti che permettano di qualificare come

⁹ D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio del debitore*, cit., 777; L. D'ORAZIO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il fall.*, 2019, 708; V. BARONCINI, *Apertura della procedura di liquidazione del patrimonio e atti in frode ai creditori*, nota a Trib. Lecco, 28 giugno 2018, in *Giur. it.*, 2019, 580.

¹⁰ Trib. Milano, 18 novembre 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Prato, 28 settembre 2016, *ivi*; Trib. Verona, 9 maggio 2018, *ivi*.; in dottrina, D. MANENTE, *Gli strumenti di regolazione delle crisi da sovraindebitamento dei debitori non fallibili. Introduzione alla disciplina della l. 27 gennaio 2012, n. 3, dopo il c.d. "Decreto Crescita-bis"*, in *Dir. fall.*, 2013, 595; F. VALERINI, *Sovraindebitamento: accesso alla procedura in presenza di atti in frode*, in *www.ilfallimentarista.it*, 5; in senso dubitativo, invece, F. PASQUARIELLO, *Sub art. 14-quinquies*, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 2066.

Da ultimo, Trib. Monza, 1° febbraio 2021, in Banca dati *Dejure* il quale peraltro, a seguito dell'attribuzione al liquidatore dell'esercizio dell'azione revocatoria ex art. 2901 c.c., ritiene che i soli "atti in frode ai creditori" in grado di condizionare l'apertura della procedura, siano quelli compiuti in prossimità o in vista dell'apertura della liquidazione, ovvero quelli posti in essere successivamente alla data di deposito della relativa domanda. Per contro, secondo il tribunale, non costituirebbero un ostacolo all'apertura della liquidazione quegli atti che "pur non strumentalmente posti in essere in vista della procedura, siano comunque revocabili", potendo essi fatti oggetto di azione ex art. 2901 c.c. dal liquidatore. Si tratta di una distinzione opinabile, perché priva di qualsiasi riscontro nel dato positivo.

¹¹ FAB. DI GIROLAMO, *La liquidazione e l'esdebitazione*, in A. PISANI MASSAMORMILE (a cura di), *La crisi del soggetto non fallibile*, Torino, 2017, 125.

meritevole il beneficiario, tra i quali anche il mancato compimento di atti in frode ai creditori (art. 14-terdecies, comma 2, lett. b), che dunque soltanto in quest'ambito può rilevare¹².

3. – In disparte le peculiarità evidenziate, gli artt. 14-bis ss. l. n. 3/2012 delineano una procedura, le cui fasi ricalcano quelle del fallimento: a seguito della apertura, si assiste ad una fase di accertamento del passivo, ad una deputata alla liquidazione coattiva dell'intero patrimonio, strumentale alla successiva ripartizione dei creditori, prodromica alla chiusura¹³.

La tecnica legislativa impiegata per la disciplina della liquidazione del patrimonio non può certo considerarsi inappuntabile: il legislatore omette di prendere posizione su molti aspetti (tra i quali la sorte dei contratti pendenti, il termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura, l'ammissibilità di domande tardive, i criteri con cui operare il riparto dell'attivo, il rendiconto del curatore, le fattispecie di chiusura della procedura); al contempo, manca una norma di rinvio generale alla legge fallimentare, per quanto non espressamente indicato¹⁴. Il che grava l'interprete del compito delicato di stabilire se e fino a che punto la lacuna può colmarsi tramite il ricorso all'applicazione per analogia delle norme dettate per il fallimento¹⁵.

Ad ogni modo, è difficilmente negabile che la procedura di liquidazione comporti, al pari del fallimento, lo spossessamento del sovraindebitato, ovvero la perdita del potere di amministrare e disporre dei beni ricompresi nella procedura e, dunque, la sopravvenuta carenza della legittimazione a stare in giudizio nelle liti che abbiano ad oggetto quel patrimonio.

Né rileva il fatto che la l. n. 3/2012 non riproduca alla lettera il disposto degli artt. 42 e 44 l. fall., che privano il fallito del potere di amministrare e disporre del proprio patrimonio, rendendo inopponibili alla massa i pagamenti effettuati dal (o al) fallito, dopo la sentenza di fallimento. Non v'è

¹² L. D'ORAZIO, *Il sovraindebitamento*, loc. cit.; Trib. Lecco, 28 giugno 2018, cit.

¹³ V. PICCININI, *Il sovraindebitamento del debitore civile (il fallimento del consumatore)*, cit., 3816; E. FRASCAROLI SANTI, *Procedure di composizione della crisi*, cit., 580.

¹⁴ Un'omissione, questa, davvero criticata dagli interpreti già all'indomani della legge 3/2012 e che si pone in netta controtendenza con il passato, visto che il legislatore, rispetto ad altre procedure concorsuali maggiori – come la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria – ha sempre fatto ricorso alla tecnica del rinvio. In arg., D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio*, cit., 767; ma anche P. FARINA, *Le procedure concorsuali di cui alla legge n. 3 del 2012 e la (limitata) compatibilità con la legge fallimentare. Le problematiche della domanda e dell'automatic stay*, in *Dir. fall.*, 2017, 45 ss. (testo e nt. 9).

¹⁵ R. DONZELLI, *Prime riflessioni sui profili processuali delle nuove procedure concorsuali in materia di sovraindebitamento*, in *Dir. fall.*, 2013, 614.

dubbio, infatti, che anche nei confronti del debitore soggetto alla liquidazione del patrimonio operi lo spossessamento c.d. pieno, cui è assoggettato il debitore, contro il quale sia aperto il fallimento¹⁶.

Infatti, lo spossessamento del sovraindebitato è comunque ricavabile dalla lettura sistematica di una serie di indici normativi: la vocazione universalistica della procedura emerge, anzitutto, dall'art. 14-ter, comma 1, ove si prevede che il debitore possa chiedere "la liquidazione di tutti i suoi beni", al netto di quelli indicati nell'art. 14-ter, comma 6, l. n. 3/2012: norma, questa, che ricalca, sia pur con un diverso ambito oggettivo, la previsione contenuta nell'art. 46 l. fall. che indica quali beni debbano escludersi dalla procedura di liquidazione. A ciò si aggiunga quanto dispone l'art. 14-undecies che comprende nel patrimonio liquidabile anche i beni e i crediti sopravvenuti, con norma analoga all'art. 42, comma 2, l. fall.¹⁷ Un altro dato è ricavabile dall'art. 14-novies, comma 2, l. n. 3/2012 che attribuisce al liquidatore, nominato con il decreto di apertura della procedura, l'amministrazione dei beni che compongono il patrimonio del debitore (art. 14-novies, comma 2, l. n. 3/2012)¹⁸. L'art. 14-quinquies, comma 3, equipara gli effetti del decreto di apertura a quelli di un pignoramento: il debitore ne perde dunque la disponibilità. E qui l'assonanza con gli effetti che il fallimento provoca sul debitore è davvero forte¹⁹.

Nel fallimento, proprio perché l'amministrazione del patrimonio oggetto della procedura è affidata al curatore, la controversia pendente, che abbia per oggetto diritti compresi in quel patrimonio, non può proseguire

¹⁶ In senso conforme, da ultimo, Trib. Milano, 1 marzo 2021, in Banca dati *Dejure*; È qui evidente il dissenso nei confronti di chi, invece, discorre di spossessamento "attenuato": L. PANZANI, *L'esdebitazione e la disciplina del sovraindebitamento*, cit., 725; D. MANENTE, *Gli strumenti di regolazione delle crisi*, cit., 597; L. BOTTAI, *La liquidazione del patrimonio del debitore in sovraindebitamento*, in *www.ilfallimentarista.it*, 21 dicembre 2012, 3; v. pure F. CESARE, *Sovraindebitamento. La liquidazione del patrimonio*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2019, 5, secondo cui quello in esame andrebbe a configurarsi come spossessamento "diversamente" attenuato, a meno che, con quella locazione, non si intenda far riferimento, certo in maniera non del tutto appropriata, alla possibilità (ex art. 14-quinquies, comma 2, lett. e) che il debitore sia autorizzato dal giudice all'utilizzazione di alcuni suoi beni in corso di procedura.

¹⁷ Valorizzano l'identità di funzione di queste norme con quelle di cui agli artt. 42-44 l. fall.; FAB. DI GIROLAMO, *La liquidazione e l'esdebitazione*, cit., 130, nt. 36; D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio*, cit., 783 e 785; S. GIAVARRINI, *Profili della liquidazione del patrimonio*, cit., 225 ss.; M. CAMPOBASSO, *Dalla procedura di "liquidazione del patrimonio" alla "liquidazione controllata"*, cit., 142 ss.

¹⁸ Scorgono in questa previsione la conferma dello spossessamento del debitore nella liquidazione del patrimonio, S. PACCHI, *I procedimenti concorsuali per la crisi da sovraindebitamento*, cit., 746; F. PASQUARIELLO, *Sub art. 14-quinquies*, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 2067.

¹⁹ R. DONZELLI, *Prime riflessioni sui profili processuali*, cit., 627.

nei confronti del debitore. Alla perdita del potere di disporre sul piano sostanziale corrisponde quella della legittimazione processuale del debitore, ossia l'impossibilità di conservare o di assumere la capacità di stare in giudizio nelle liti che riguardano il patrimonio compreso nella procedura. L'assunto è espresso chiaramente dall'art. 43 l. fall., il cui comma 1 prevede che "nelle controversie anche in corso alla data di apertura della procedura sta in giudizio il curatore". Precisa poi il comma 3 che la dichiarazione di fallimento interrompe d'ufficio la controversia in corso, onde consentire la prosecuzione con il curatore.

Il richiamo espresso all'interruzione – oltretutto operante *ex lege* –, fuga ogni dubbio, a mio avviso, circa il fatto che il fallito perda la capacità di stare in giudizio nelle liti relative ai beni compresi nella massa fallimentare²⁰. Del resto, come osservato in dottrina, le previsioni contenute negli artt. 42 e 43 l. fall. sono perfettamente speculari: tutto ciò che è inibito sul fronte sostanziale non può che esserlo sul piano processuale²¹.

Il principio codificato dall'art. 43, comma 1, l. fall. è riprodotto nell'art. 14-*decies*, secondo cui il liquidatore, autorizzato dal giudice, esercita o se pendente prosegue ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti.

L'aggiunta introdotta all'art. 14-*decies*, nel testo uscito dalla Riforma di dicembre 2020, consolida l'idea che la legittimazione del liquidatore sia di tipo esclusivo perché precisa, senza peraltro che ve ne fosse reale bisogno, che il liquidatore può promuovere ovvero, *se pendenti*, *proseguire* le c.d. liti attive. Si tratta di una logica conseguenza dovuta allo spossessamento che colpisce il debitore²².

²⁰ In argomento, sia consentito rinviare a L. BACCAGLINI, *Arbitrato rituale e fallimento. Profili di interrelazione ed autonomi tra i due procedimenti*, Trento, 2018, 76 ss. anche per richiami di dottrina e giurisprudenza; di recente, per un'espressa opinione contraria, v. F. CAPPAI, *I rapporti processuali del fallito: riflessioni a margine della transizione in atto dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2021, 269 ss.

²¹ M. FABIANI, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2017, 165.

²² In questi termini concludeva D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione del patrimonio*, cit., 785, già nella vigenza del vecchio art. 14-*decies*.

Per una lettura parzialmente diversa dell'art. 14-*decies*, nel testo previgente la riforma, v. però F. PASQUARIELLO, *Sub art. 14-*decies**, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 2072 la quale, valorizzando un'interpretazione letterale della norma, ritiene che la legittimazione esclusiva del liquidatore spetti soltanto rispetto alle liti introdotte *ex novo*; al contrario, nelle liti in corso persisterebbe la legittimazione del debitore, mancando qualsiasi richiamo nella l. n. 3/2012 all'art. 43 l. fall. Il CCII, come si dirà, prospetta un'opposta soluzione perché impone espressamente l'applicazione dell'art. 143 (che corrisponde all'attuale art. 43 l. fall.) anche nella liquidazione controllata (v. *infra* nel testo).

Proprio per questa ragione non convince quella diversa ricostruzione prospettata in dottrina, all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 3/2012, secondo cui l'art. 14-*decies* attribuirebbe al liquidatore una legittimazione processuale soltanto concorrente con quella del sovraindebitato, sicché nessuna interruzione subirebbe la lite in corso, ove peraltro il liquidatore potrebbe intervenire, spiegando un intervento parificabile a quello del p.m., *ex art. 72 c.p.c.*²³. Resterebbe da spiegare come sia possibile che il sovraindebitato non possa disporre dei suoi beni sul piano sostanziale ma lo possa fare in sede giudiziale.

La prosecuzione ad opera del liquidatore delle liti pendenti postula chiaramente un fenomeno di interruzione del processo, con tutto quello che ciò importa in termini di sopravvenuta perdita della capacità di stare in giudizio del debitore. L'art. 14-*decies* non chiarisce però in che modo l'interruzione abbia ad operare. In astratto, due sono le soluzioni che si contendono il campo: la prima comporterebbe l'applicazione in via analogica dell'art. 43, comma 3, l. fall. (e dunque l'interruzione automatica, dal giorno della pubblicazione del provvedimento di apertura, *ex art. 14-quinquies*); la seconda soluzione permetterebbe di invocare la disciplina contenuta negli artt. 299-300 c.p.c., che invece subordina l'arresto temporaneo del giudizio alla preventiva deduzione dell'evento in giudizio e dunque ad un provvedimento giudiziale di natura costitutiva (art. 300 c.p.c.).

La scelta dell'uno o dell'altro capo dell'alternativa non è priva di rilievo, posto che solo nel primo caso gli atti compiuti dopo l'evento interruttivo, pur quando non dedotto in giudizio, devono considerarsi radicalmente nulli; nel secondo caso, invece, la lite potrebbe proseguire e metter capo ad una pronuncia insuscettibile di produrre effetti solo nei confronti della procedura (ma efficace tra le parti in lite, sebbene – resta inteso – solo una volta che la procedura di sovraindebitamento si sia conclusa)²⁴.

Tra le due soluzioni, a me pare debba preferirsi l'applicazione per analogia, nella fattispecie, dell'art. 43, comma 3, l. fall. La c.d. lite in corso

²³ In questi termini, R. DONZELLI, *Prime riflessioni*, cit., 632, che intravede in capo al liquidatore una legittimazione straordinaria ad agire a carattere surrogatorio, tant'è vero che, rispetto a controversie non ancora instaurate, l'A. ritiene che nel giudizio sia necessaria anche la partecipazione del sovraindebitato, *arg. ex art. 2900 c.c.*, offrendo così una soluzione più prossima a quella propria del concordato preventivo con liquidazione dei beni. In *arg. v.* anche V. BARONCINI, *Inibitorie delle azioni dei creditori e automatic stay*, Torino, 2017, 43-44.

²⁴ Come, del resto, accadeva sovente prima che il d.lgs. 5/2006 intervenisse nel testo dell'art. 43, comma 3, l. fall. opportunamente precisando l'interruzione d'ufficio della controversia, in ragione dell'avvenuta declaratoria di insolvenza.

deve considerarsi interrotta d'ufficio, dal giorno in cui il decreto di apertura della liquidazione è stato pubblicato.

Le ragioni che motivano questa scelta sono più d'una: per un verso, la regola espressa dall'art. 43, comma 3, l. fall., lungi dal trovare applicazione nel solo fallimento, è estesa anche alle altre procedure concorsuali maggiori costruite sul paradigma del primo (come la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria, nelle cui discipline normative non è fatto parimenti richiamo espresso all'art. 43, comma 3, l. fall.)²⁵; per altro verso, la soluzione prospettata, che si richiama integralmente alla norma fallimentare, trova conferma nella scelta compiuta dal CCII che, con norma di rinvio contenuta nell'art. 270, comma 5, estende alla procedura di liquidazione del patrimonio l'applicazione, per quanto compatibile, dell'art. 143 CCII (previsione, questa, che corrisponde a quella contenuta nell'art. 43 l. fall.)²⁶.

Diversamente da quanto si legge in una recente pronuncia giurisprudenziale²⁷, a me sembra che l'art. 270 CCII, lungi dall'assumere una portata innovativa, rivesta una natura ricognitiva, esplicitando quanto può desumersi già oggi dai principi di carattere generale. Del resto, le novità che

²⁵ Così, quanto alla l.c.a. (e all'art. 200 l. fall.), M. STELLA, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del d.lgs. 180/2015 e del d.lgs. 99/2017 c.d. "Banche venete"*, Roma, 2018, spec. 117 ss.; D. VATTERMOLI, *Sub art. 200*, in A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006, 1160; analoga conclusione si esprime rispetto all'art. 303 CCII che continua a non operare alcun richiamo all'art. 143 CCII (che riproduce quanto oggi prevede l'art. 43, comma 3, l. fall.): A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto delle crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2021, 527.

²⁶ A questo proposito, si è osservato che il limite di compatibilità enunciato dall'art. 270 CCII trova ragione nel fatto che il debitore soggetto a liquidazione controllata non è soggetto attivo del reato di bancarotta, perciò potrebbe intervenire nei giudizi iniziati o proseguiti dal liquidatore solo se la legge prevede il suo intervento. A. NAPOLITANO, *La liquidazione controllata del sovraindebitato*, cit., 250.

²⁷ Il riferimento è qui a Trib. Verona, 13 gennaio 2020, cit. secondo il quale il rinvio all'art. 143 CCII (quale norma applicabile oltre che alla liquidazione giudiziale anche alla liquidazione controllata) non legittimerebbe di per sé, oggi, l'applicazione del corrispondente art. 43 l. fall. alla liquidazione del patrimonio. Nel concludere in questi termini, il tribunale muove dalla premessa che la procedura di liquidazione del patrimonio, oggi, non sia tale da comportare lo spossessamento del sovraindebitato, il quale rimarrebbe nella disponibilità dei propri beni e dunque manterrebbe la legittimazione processuale nelle liti di cognizione che riguardano il patrimonio assoggettato alla procedura. Tant'è vero che, sotto questo profilo, il Tribunale invoca l'applicazione analogica dell'art. 168 l. fall. A me pare che questa conclusione si fondi su una petizione di principio e sia al contrario smentita dal dato normativo. Il quale – come sopra evidenziato – sembra piuttosto orientato verso lo spossessamento pieno del debitore.

il CCII apporta alla disciplina della liquidazione del patrimonio non ne stravolgono né la funzione, né la struttura.

Piuttosto, merita evidenziarsi che con l'entrata in vigore del CCII – e con esso il nuovo art. 143 – il problema che l'art. 43, comma 3, l. fall. ha lasciato irrisolto, troverà finalmente soluzione. Mi riferisco qui all'individuazione del *dies a quo* dal quale decorre il termine per la riassunzione del processo interrotto.

L'art. 143 CCII – nel ribadire l'interruzione automatica del processo, a far data dalla sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale (o dal decreto che dà avvio alla liquidazione controllata) – dispone che il giudizio debba essere riassunto entro tre mesi dal giorno in cui il giudice dichiarerà l'evento in giudizio. La norma si lascia particolarmente apprezzare perché introduce un *dies a quo* unico e valido per entrambe le parti: sia quella *in bonis*, sia il curatore.

Al contrario, l'attuale art. 43, comma 3, l. fall. si limita a stabilire l'interruzione automatica del processo in corso per effetto della declaratoria di insolvenza, senza peraltro prendere posizione né sull'ampiezza del termine per la riassunzione, né sul momento a partire dal quale esso decorre. A questo proposito, non è stata affatto risolutiva l'applicazione analogica dell'art. 305 c.p.c.: è vero che la norma del codice di rito impone che la riassunzione della lite, entro tre mesi dall'evento interruttivo; è però altrettanto vero che, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale del 2010, il *dies a quo*, dal quale computare la decorrenza del termine, coincide con il momento in cui la parte interessata alla riassunzione abbia avuto conoscenza legale dell'evento²⁸.

Proprio la questione, quando debba considerarsi acquisita la conoscenza legale del fallimento, sia in capo alla parte *in bonis* sia in capo al curatore, ha dato adito negli anni alla fioritura di diversi indirizzi interpretativi in sede di legittimità²⁹, al punto da indurre la prima Sezione

²⁸ Corte Cost., 21 gennaio 2010, n. 17, in *Il fall.*, 2010, 532, con nota di L. GROPPOLI, *Interruzione, riassunzione e tutela di difesa del curatore*. Pronuncia provocata dall'ordinanza di rimessione del Trib. Biella, 5 marzo 2009, in *Il fall.*, 2009, 955, con nota di C. CONSOLO – R. MURONI, *Amministrazione straordinaria e termine a quo dell'interruzione del processo e per la sua riassunzione*. Una pronuncia, questa, che appare in linea con le conclusioni maturate dalla Consulta nei casi di morte o impedimento del procuratore e per morte o sopravvenuta incapacità della parte, prima della sua costituzione in giudizio. Corte Cost., 15 dicembre 1967, n. 139, in *Giur. cost.*, 1967, 1653, con nota di V. ANDRIOLI, *Riassunzione del processo civile a tempo indeterminato*; Corte Cost., 6 luglio 1971, in *Foro it.*, 1971, I, 2, 2117. In arg., M.F. GHIRGA, *Interruzione del processo*, Bologna, 2014, 312.

²⁹ Tanto con riguardo al momento di conoscenza legale della parte *in bonis*, quanto con riguardo all'individuazione di quel momento per il curatore. In arg. l'analisi di S. VINCRE, *Tutele e simmetrie nella riassunzione del giudizio interrotto ex art. 43, 3° comma, l. fall.*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 891.

della Cassazione, quanto meno rispetto alla posizione della controparte del fallito, a rimettere la questione alle Sezioni Unite, nell'ottobre 2020³⁰.

4. – Una riflessione di ordine diverso va svolta con riferimento alla sorte delle c.d. liti passive pendenti alla data di apertura della procedura di liquidazione.

Se, per effetto della perdita della legittimazione processuale del sovraindebitato, le liti attive si interrompono, salvo proseguire nel contraddittorio con il liquidatore, quelle passive invece sono destinate all'improcedibilità³¹.

La conclusione si ricava ancora una volta dall'applicazione analogica della disciplina del fallimento, dove l'improcedibilità costituisce conseguenza del concorso formale, declinato nei termini di esclusività del rito dell'accertamento del passivo. L'art. 52, comma 2, l. fall. dispone che il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito, sì che ogni credito vantato nei confronti di costui, così come ogni diritto reale o personale su bene mobile e immobile del fallito devono essere accertati secondo le norme che regolano la verifica del passivo. La norma richiamata, riprodotta un domani nell'art. 151 CCII, è destinata ad operare anche nella (futura) liquidazione controllata, per effetto del rinvio contenuto nell'art. 270, comma 5.

Allo stato, invece, nessun esplicito richiamo all'art. 52, comma 2, l. fall. si ritrova nella l. n. 3/2012, sebbene essa contenga disposizioni attuative del concorso formale, consacrato in quella norma: gli artt. 14-*sexies* e 14-*septies* prevedono, infatti, che il liquidatore, ricevuta la documentazione depositata dal debitore al momento della proposizione della domanda, verifichi l'elenco dei creditori e comunichi a costoro e ai titolari dei diritti reali e personali, su beni mobili o immobili del debitore, che possono partecipare alla procedura di liquidazione mediante invio, al liquidatore stesso, della relativa domanda.

Per la verità giova osservare che, nella liquidazione del patrimonio, la struttura dell'accertamento del passivo somiglia più a quella a quella che si ritrova nella liquidazione coatta amministrativa, che a quella designata per l'accertamento dei crediti nel fallimento³².

³⁰ Cass., ord. 12 ottobre 2020, n. 21961, in *Il fall.*, 2021, 326 con nota di M. MONTANARI, *I nodi irrisolti della riassunzione del processo interrotto per fallimento di una delle parti al vaglio delle Sezioni Unite* cui si rinvia anche per un'indagine sui singoli contrasti manifestati dalle Sezioni Semplici. V. anche G. P. CALIFANO, *Sul termine per la riassunzione della causa interrotta per il fallimento della parte*, in *www.judicium.it*.

³¹ D. VATTERMOLI, *La procedura di liquidazione*, cit., 785.

³² F. LAMANNA, *Il nuovo Codice della crisi*, cit., 65.

L'attività di verifica del passivo, infatti, lungi dall'essere demandata ad un giudice in entrambi i gradi di merito, è affidata, in prima battuta, al liquidatore chiamato a predisporre un progetto di stato passivo in forza delle domande pervenute dai creditori, da sottoporre poi alle loro osservazioni. Solo là dove vengano formulate contestazioni che al liquidatore appaiano insuperabili, gli atti vengono rimessi al giudice, e si apre dunque una fase schiettamente giurisdizionale.

In questo senso, dunque, ricorre anche nella liquidazione del patrimonio quella c.d. "bifasicità pura" dell'accertamento del passivo che si ritrova anche nella liquidazione coatta amministrativa³³.

L'assenza di una natura giurisdizionale, quanto meno in capo alla prima fase che si svolge davanti al liquidatore, non è però circostanza che impedisce di applicare alla liquidazione del patrimonio gli stessi principi dettati per le liti passive in corso al momento della apertura del fallimento. Proprio gli esiti omologhi cui gli interpreti giungono rispetto alla liquidazione coatta amministrativa costituiscono un argomento che milita in questo senso³⁴.

È, dunque, da escludersi che la controversia promossa da un creditore contro il sovraindebitato, interrotta dalla apertura della procedura, possa essere riassunta nel contraddittorio con il liquidatore; essa, piuttosto, va dichiarata improcedibile³⁵.

³³ A. CASTIELLO – D'ANTONIO – G. FALCONE, *Le liquidazioni coatte amministrative*, in F. VASSALLI – F.P. LUISO – E. GABRIELLI (diretto da), *Le altre procedure concorsuali*, IV, Torino, 2014, 740; P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKY, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 987.

³⁴ Per tutti, M. FABIANI, *La tutela dei diritti nelle procedure concorsuali*, in A. JORIO – B. SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, III, cit., 656 ss.

³⁵ Così, condivisibilmente, Trib. Milano, 1° marzo 2021, cit., che pur prendendo atto del mancato richiamo, nella l. n. 3/2012, all'art. 52, 2° co., l. fall., ha ritenuto ammissibile l'applicazione dei principi sottesi a quella norma (quali l'esclusività del rito dell'accertamento del passivo e, dunque, l'improcedibilità dei giudizi sui crediti pendenti contro il sovraindebitato) alla liquidazione del patrimonio. Del resto – si legge nel provvedimento – non v'è dubbio che questa procedura costituisca una "costola del fallimento per soggetti non altrimenti sottoponibili a procedure concorsuali", sì che "il combinato disposto dell'art. 43 e dell'art. 52, comma 2, l. fall. sono chiave di lettura certa della disciplina adottata dal legislatore, se si vuole trovare nella legge (n. 3/2012: *ndr*) un minimo di coerenza".

Muovendo da queste premesse, il Tribunale ha escluso l'opponibilità alla procedura: a) del decreto ingiuntivo non ancora divenuto definitivo al momento dell'apertura della liquidazione; b) della ipoteca giudiziale, iscritta sui beni dell'ingiunto, per effetto della concessione della provvisoria esecutività del decreto, in pendenza dell'opposizione ex art. 645 c.p.c.

In termini diametralmente opposti, Trib. Verona, 13 gennaio 2020, cit. Anche in quel caso si trattava di giudicare dell'ammissione al passivo di un credito assistito da ipoteca iscritta in forza di un decreto ingiuntivo, ottenuto contro il sovraindebitato

Ove, peraltro, il creditore risulti tale in forza di una sentenza non ancora passata in giudicato, nulla dovrebbe impedire al liquidatore di impugnare la sentenza, ammettendo con riserva quel credito. L'art. 96, comma 2, n. 3 non è espressamente richiamato (né qui, né nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa). Non vedo peraltro ragioni per rassegnare in tema di liquidazione del patrimonio una soluzione diversa da quella che opera nel caso della liquidazione coatta amministrativa dove l'ammissione condizionata è concessa³⁶.

quando ancora *in bonis*, ma reso esecutivo in sede di opposizione *ex art. 645 c.p.c.*, dopo l'apertura della liquidazione del patrimonio.

Nel progetto di stato passivo, il liquidatore aveva concluso per l'ammissione al chirografo di quel credito proprio invocando gli artt. 43 e 52, comma 2, l. fall.: dando seguito all'interpretazione diffusa e condivisa dagli interpreti che, nel fallimento, escludono che il decreto ingiuntivo possa essere parificato ad una sentenza, ai fini dell'applicazione dell'art. 96, comma 2, n. 3 l. fall., si era ritenuta improcedibile l'opposizione a decreto ingiuntivo. Per questa ragione, il liquidatore aveva considerato inopponibili alla massa sia il decreto ingiuntivo sia l'ipoteca che, in forza di esso, era stata iscritta sui beni del sovraindebitato. Di contrario avviso si è mostrato, invece, il Tribunale, adito *ex art. 14-octies*. Egli, infatti, ha riconosciuto fondata la contestazione al progetto di stato passivo formulata dal creditore; ha ritenuto perseguibile il giudizio *ex art. 645 c.p.c.* nel contraddittorio con il sovraindebitato, e ha ammesso con riserva il credito con prelazione, nell'attesa di conoscere gli esiti dell'opposizione.

La conclusione del Tribunale poggia sulla convinzione che gli artt. 43 e 52, comma 2, l. fall. siano norme eccezionali, non suscettibili di applicazione analogica nella liquidazione del patrimonio: il sovraindebitato, dunque, non perde la capacità di stare in giudizio né divengono improcedibili le liti passive pendenti. In aggiunta, si esclude abbia rilievo la scelta operata dal CCII (che, invece, ai principi contenuti in quelle norme si richiama), perché ritenuta innovativa rispetto alla normativa vigente. Il Tribunale ha, pertanto, concluso per l'ammissione al passivo di quel credito con riserva, nell'attesa di conoscere gli esiti dell'opposizione a decreto ingiuntivo. Del resto – si legge nel decreto – gli effetti della liquidazione del patrimonio, quanto al debitore, devono parificarsi a quelli che importa un concordato preventivo (dove, come noto, i giudizi di cognizione non si interrompono perché il debitore concordatario non subisce alcun spossessamento).

La pronuncia appare criticabile non solo per l'esito cui perviene (posto che finisce per rendere opponibile alla massa una causa legittima di prelazione sorta dopo l'apertura della liquidazione), ma anche per l'intima contraddizione degli argomenti che invoca. Infatti, da un lato, si nega l'operare degli artt. 43, 52 l. fall., ritenendo decisivo il silenzio della l. n. 3/2012 sul punto; dall'altro lato, però, si ammette l'applicazione di una norma (l'art. 96, comma 2, n. 3, l. fall.) che non solo non è richiamata nella l. n. 3/2012, al pari delle prime, ma che oltretutto, nel fallimento, si atteggia a deroga parziale del principio del concorso formale, la cui applicazione qui si pretenderebbe di negare.

³⁶ M. FABIANI, *La tutela dei crediti nelle procedure concorsuali*, cit., 660; G. D'ATTORRE, sub art. 209, in A. NIGRO – M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, cit., 1191 ss.; M. MONTANARI, *Arbitrato e procedure concorsuali*

5. – La l. n. 176/2020 ha inserito all'art. 14-*decies* il comma 2, chiarendo che il liquidatore può esercitare o proseguire le azioni dirette a fare dichiarare inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori, secondo le norme contenute nel codice civile.

Il chiaro riferimento all'azione revocatoria *ex art.* 2901 c.c. si lascia apprezzare perché pone fine ad un dibattito apertosi all'indomani della entrata in vigore della l. n. 3/2012.

Il tenore originario dell'art. 14-*decies* si limitava a stabilire che il liquidatore poteva esercitare tutte le azioni finalizzate a far conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio da liquidare.

Pacifica l'improponibilità dell'azione revocatoria fallimentare, ad una parte della dottrina la formula era parsa sufficientemente ampia da ricomprendere nel novero di queste azioni, oltre a quelle di schietta titolarità del sovraindebitato, anche l'azione revocatoria ordinaria *ex art.* 2901 c.c.³⁷ ed in generale tutte le iniziative giudiziali che mirano ad un effetto revocatorio, come l'azione *ex art.* 2929-*bis* c.c.³⁸.

Si trattava però di una conclusione non così partecipata: v'era chi ne dubitava proprio in ragione di una esplicita previsione in tal senso³⁹ e chi, addirittura, leggeva il silenzio del legislatore come volontà di sottrarre un siffatto potere al liquidatore, posto che l'eventuale sussistenza di atti in frode ai creditori avrebbe rappresentato fatto impeditivo all'apertura della liquidazione⁴⁰.

Né l'uno, né l'altro argomento apparivano però insuperabili. Certamente non il primo, giacché la formula impiegata dal legislatore (che

amministrare, in AA.Vv., *Procedure concorsuali e arbitrato*, Torino, 2020, 236 ss. anche per altri richiami di dottrina.

³⁷ D. VATTERMOLI, *La liquidazione del patrimonio*, cit., 788; F. PASQUARIELLO, *Sub art. 14-*decies**, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 2072; F. CESARE, *Sovraindebitamento. La liquidazione del patrimonio*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2019, 7; V. BARONCINI, *Apertura della procedura di liquidazione del patrimonio*, cit., 581; A. NAPOLITANO, *La liquidazione del patrimonio e la liquidazione controllata. Tra vecchia disciplina e normativa riformata*, in AA.Vv., *Sovraindebitamento del consumatore e crisi di impresa*, Milano, 2021, 217; V. ZANICHELLI, *Il corposo restyling della disciplina del sovraindebitamento*, in *Il fall.*, 2021, 457, secondo cui peraltro l'impossibilità di revocare un pagamento scaduto, per effetto della mancata operatività dell'art. 67 l. fall., rende ristretto il concreto ambito di applicazione della revocatoria ordinaria, circoscritta alle sole garanzie e cessioni.

³⁸ S. DE MATTEIS, *La liquidazione controllata nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2021, 376.

³⁹ L. PANZANI, *Speciale Decreto Sviluppo-Bis*, in *www.ilfallimentarista.it*, cit., 18; D. MANENTE, *Gli strumenti di regolazione della crisi*, cit., 587; F. CESARE, *Sovraindebitamento: Liquidazione del patrimonio*, *ivi*, 5-6.

⁴⁰ Trib. Lecco, 6 novembre 2018, in *Giur. it.*, 2019, 575.

testualmente si riferiva alle azioni finalizzate a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio liquidabile, era sufficientemente ampia per ricomprendervi anche l'azione revocatoria ordinaria); parimenti, non appariva dirimente il secondo argomento, se, come sopra osservato, la conversione delle procedure negoziali in procedura liquidatoria può avvenire per effetto del riscontrato compimento da parte del debitore di atti in frode. Il che, dunque, dimostra come il compimento da parte del debitore di atti pregiudizievoli alla massa non possa impedire l'apertura della procedura. Priva di fondamento, dunque, è l'affermazione che il liquidatore sarebbe privato del potere di agire in revocatoria perché non vi sarebbero atti da revocare.

Del resto, anche a voler ragionare diversamente (e dunque anche a voler concedere che l'assenza di questo presupposto costituisca requisito di accesso alla liquidazione)⁴¹, l'attribuzione al liquidatore del potere di agire *ex art. 2901 c.c.* potrebbe fungere da meccanismo di recupero rispetto ad operazioni sfuggite al controllo giudiziale in sede di apertura della procedura⁴².

Nell'espresso conferimento di siffatto potere, *ex art. comma 2 dell'art. 14-decies*, la più recente giurisprudenza ha scorto l'implicita irrilevanza del requisito degli atti in frode, quale presupposto di accesso alla liquidazione del patrimonio e dunque un'implicita abrogazione *in parte qua* dell'art. 14-*quinqüies*⁴³. Una soluzione, questa, destinata a trovare conferma con l'entrata in vigore del CCII, il quale, nel disciplinare la fase di apertura della liquidazione, omette qualsiasi richiamo agli atti pregiudizievoli, compiuti in danno ai creditori.

Al pari di quanto accade per le azioni di spettanza del sovraindebitato, che il liquidatore ritrova nel patrimonio assoggettabile alla procedura, l'art. 14-*decies*, comma 2, legittima il liquidatore non solo a promuovere nuove azioni revocatorie ordinarie ma anche a proseguire quelle pendenti al momento dell'apertura della liquidazione.

Proprio rispetto a questa specifica ipotesi, si porrà il problema di stabilire quale sia la sorte dell'azione promossa a suo tempo dal creditore. Ci si chiede se essa possa proseguire, in parallelo con quella proposta in via di intervento dal liquidatore ovvero se, per effetto di questa seconda azione, la prima sia destinata all'improcedibilità.

⁴¹ V. però in senso dubitativo, F. PASQUARIELLO, *Sub art. 14-quinquies*, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 2066.

⁴² V. BARONCINI, *La nozione di "atti in frode ai creditori" ex art. 14-quinquies*, l. n. 3/2012 alla luce del d.l. n. 137/2020, nota a Trib. Monza, 1° marzo 2021, in www.ilprocessocivile.it.

⁴³ Trib. Lecco, 16 gennaio 2021, in Banca dati Dejure.

Il quesito è analogo a quello sorto nel fallimento e v'è motivo di credere che si imporrà la stessa soluzione invalsa, in questo contesto, dopo l'intervento delle Sezioni Unite nel 2008⁴⁴. Stando al principio di diritto che queste hanno enunciato (e non da tutti, però, condiviso)⁴⁵, l'azione revocatoria individuale, instaurata anzitempo dal creditore, è destinata all'improcedibilità, per sopraggiunta perdita di interesse e di legittimazione ad agire dell'attore, se (e solo se) il curatore scelga di intervenire nel giudizio in corso⁴⁶.

Mutato quel che c'è da mutare, dunque, il creditore potrà proseguire l'azione revocatoria, una volta aperta la liquidazione, solo se il liquidatore ometta di intervenire nel giudizio, escludendo la convenienza di una siffatta iniziativa, ed evitando dunque di domandare la preventiva autorizzazione all'azione che oggi l'art. 14-*decies* impone tanto rispetto all'azione *ex* art. 2901 c.c. quanto, in generale, rispetto alle azioni recuperatorie di cui al comma 1 della norma richiamata.

Abstract

THE FATE OF LAWSUITS PENDING WHEN AN ASSET LIQUIDATION PROCEEDING HAS BEEN OPENED

La legge 176/2020 ha modificato la disciplina sulle procedure da sovraindebitamento. Rispetto alla liquidazione del patrimonio, la Novella ha inciso sull'art. 14-*decies* chiarendo, *inter alia*, che il liquidatore ha legittimazione all'esercizio o alla prosecuzione dell'azione revocatoria. Traendo spunto da questa modifica, si intende verificare quali conseguenze processuali importa l'apertura di una procedura di liquidazione del patrimonio su tutti i giudizi di cognizione in corso a quella data.

Law 176/2020 amended the rules on overindebtedness proceedings. With regard to the liquidation of assets, the new law has modified Article 14-decies; the new rule now provides, inter alia, that the liquidator has the right to bring or continue an avoidance action. On the

⁴⁴ Il riferimento è qui alle sentenze gemelle Cass., sez. un., 17 dicembre 2008, nn. 29420 e 29421, in *Corr. giur.*, 2009, 790, con nota parzialmente critica di M. MONTANARI, *L'improcedibilità (ormai soltanto) relativa dell'azione revocatoria intrapresa prima del fallimento: un'evoluzione giurisprudenziale non ancora completa*.

⁴⁵ Per una diversa ricostruzione del problema, incline a favorire la proseguibilità dell'azione promossa dal creditore, oltre a M. MONTANARI, si v. C. CONSOLO, *La revocatoria ordinaria nel fallimento tra ragioni creditorie individuali e ragioni di massa*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 391 ss. e già E.F. RICCI, *Le "azioni di recupero" dei creditori in pendenza di fallimento*, in *Quadrimestre*, 1987, 7 ss. spec. 15-16.

⁴⁶ Così da ultimo, Cass., 6 luglio 2020, n. 13862; Cass., 5 marzo 2019, n. 6327; Cass., 23 agosto 2018, n. 21013, che peraltro riconosce la liquidazione delle spese in favore del singolo creditore, parametrata al periodo antecedente alla sopravvenuta improcedibilità della domanda che era stata da lui proposta.

basis of this amendment, the question arises as to what procedural consequences the opening of proceedings for the liquidation of the assets has on all proceedings pending at that date.

PROFILI, RICOSTRUTTIVI E SISTEMATICI, DEGLI STRUMENTI PER LA SOLUZIONE DELLA CRISI DELL'IMPRESA

ALESSANDRO DI MAJO

Professore a contratto

nell'Università Telematica Internazionale Uninettuno

SOMMARIO: Premessa. – 2. Il concordato preventivo. – 3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. – 4. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari. – 5 Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14/2019). – 6. Conclusioni

1. – È opportuno evidenziare i profili, ricostruttivi e sistematici, degli strumenti che, a partire dall'inizio del secondo millennio, hanno caratterizzato le risposte alla situazione di crisi della impresa.

Le soluzioni hanno attraversato sia il terreno delle procedure che quello degli accordi negoziali, con prevalenza, a seconda dei casi, delle une o degli altri.

2. – Modello iniziale è stato indubbiamente quello del concordato preventivo che, pressoché ignorato dalla legge Fallimentare del 1942, se non nella forma di concordato successivo al fallimento (art. 124 L. fall.), ha la causa sostanziale nella soddisfazione dei crediti e nella ristrutturazione dei debiti “attraverso qualsiasi forma”, non legata dunque alla tipizzazione di strumenti a ciò destinati.

Il modello del concordato preventivo, così come previsto dall'art. 160 L. fall.¹, affida la propria legittimità alla previsione di una procedura, sotto il controllo del giudice, avente dunque carattere giurisdizionale, che inglobi indubbiamente elementi negoziali, quali la proposta del debitore e il consenso maggioritario dei creditori.

Elementi procedurali più che evidenti non sono tanto le finalità che si ripromette la domanda del debitore proponente il concordato, finalità che appartengono al suo potere negoziale, quanto i limiti di carattere sostanziale (quale ad es. la garanzia del pagamento di almeno il 20% dei chirografari nonché che i creditori assistiti da privilegio, pegno o ipoteca, abbiano ad

¹ Cfr. anche il concordato preventivo previsto nel d.lgs. n. 14/2019 (“Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”, artt. 84-120), integrato e corretto dal d.lgs. n.147/2020 (artt. 13-18).

essere soddisfatti in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione) che la caratterizzano e gli effetti che l'accompagnano (come quello, non certo appartenente al terreno della negozialità) di poter stabilire "trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse" (art. 160 L. fall.).

Il poter stabilire "trattamenti differenziati", così enunciati, non appartiene al linguaggio della negozialità ma all'interesse più generale, di agevolare la crisi della impresa, attraverso una suddivisione dei creditori in "classi diverse", così da consentire il diverso trattamento dei creditori (in funzione della diversa classe di appartenenza).

L'esistenza della classe diventa strumento per consentire che il singolo creditore, in quanto appartenente ad una classe diversa, possa subire un diverso trattamento rispetto al creditore appartenente ad altra classe. Una tale possibilità non può trovare il proprio fondamento se non, si ribadisce, in una procedura a carattere pubblico, che consenta il trattamento differenziato di singoli creditori, nella misura in cui appaia giustificato in ragione della classe di appartenenza.

Elementi altresì riconducibili al modello procedurale è l'esistenza "del piano", che, pur avendo riguardo alle modalità e ai tempi dell'adempimento della proposta, è proprio coesistente all'esistenza di una procedura, che non è realizzabile *uno actu* ma lungo il corso di una attività continuativa.

È persino inutile fare menzione degli ulteriori elementi o passaggi che non possono che spiegarsi che nel contesto di una procedura a carattere giurisdizionale. La stessa possibilità che il debitore abbia a mantenere l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa durante la procedura di concordato (art. 167 L. fall.) non può che aver luogo perché esiste una procedura, che consenta il continuo monitoraggio dell'attività del debitore.

Lo stesso dicasi del maggiore effetto costituito dal blocco delle azioni esecutive e cautelari, a far data dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione diventa definitivo (art. 168 L. fall.).

Appartiene altresì al modello procedurale il fatto che il concordato, per divenire efficace, possa essere approvato dalla maggioranza dei creditori riuniti in adunanza (art. 175 L. fall.).

La circostanza che la proposta del debitore non debba essere comunicata ad ogni singolo creditore per averne risposta, ma richieda che il consenso dei creditori venga espresso in apposita "adunanza", presieduta dal giudice delegato, è il segno più che evidente che ciò è ormai richiesto da una procedura, che prevede a fini di legittimità dell'intero percorso.

E, alla fine, l'omologazione del concordato ad opera del Tribunale è diretta a contrassegnare il raggiungimento della finalità della procedura, iniziata con la proposta del debitore e ciò nel senso della verifica della fattibilità sia giuridica che economica. Che il Tribunale non possa limitarsi solo a verificare la regolarità della procedura e l'esito della votazione, così come enunciato dall'art. 180 L. fall. ma debba verificare altresì "la fattibilità" del concordato, sembra esigenza corrispondente proprio alla finalità del modello procedurale, che non è un modello fine a se stesso ma finalizzato ad ottenere, quale risultato, la fattibilità, giuridica ed economica, "del piano" predisposto dal debitore. È solo con riguardo "ad una procedura", che può parlarsi di finalizzazione rispetto ad un risultato da raggiungere.

3. – A fronte dunque del modello del concordato preventivo, quello degli accordi di ristrutturazione dei debiti, previsto dall'art. 182-bis L. fall., si presenta innegabilmente distante, sia per natura che per finalità ⁽²⁾. Quanto

² Tra i numerosi contributi dedicati all'istituto si veda: F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Fall.*, 2013, 1177; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Fall.*, n. 8/2005, 137; ID., sub art. 182-bis, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario, Torino, 2007, 2533; M. ARATO, *Il nuovo accordo di ristrutturazione dei debiti vs concordato preventivo*, in AA.VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, opera diretta da S. AMBROSINI, Torino, 2017, 732; L. BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corr. Giur.*, 2016, n. 4, 449 e ss.; A. BELLO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*, 2005; P. BENAZZO, *L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari: buona fede e principio di maggioranza*, in AA.VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, opera diretta da S. AMBROSINI, Torino, 2017, 742; M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. Fall.*, 2015, 530 e ss.; L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, 2007, III, 23; G. BUFFELLI, *Piano attestato e gli accordi di ristrutturazione dei debiti: novità aziendalistiche e fiscali*, 2012, in *www.prof.Giuliano-Buffelli*; A. CAIAFA – L. PANZANI, *Sub 182-bis*, in A. CAIAFA (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Roma, 2017, 822; G. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, 918; B. CONCA, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: disciplina e prime considerazioni applicative*, in AA.VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, opera diretta da S. AMBROSINI, Torino, 2017, 714; A. DI MAJO, *Accordi di ristrutturazione*, in L. GHIA – C. PICCININNI – F. SEVERINI (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Milano, 2011, 661; F. DI MARZIO, *Un decreto legge in riforma del "diritto fallimentare"*, in *www.giustiziacivile.com*, 2015, n. 6; M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2018, 296; ID., *Fase esecutiva degli accordi di ristrutturazione e varianti del piano e dell'accordo*, ivi, 2013, 6, 769; G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge 80/2005*, in *Fall.*, 2005, 1448; ID., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 48; E.

alla finalità esso, in primo luogo, pur avendo anch'esso come scopo il superamento della crisi d'impresa, così da evitare il fallimento di essa, persegue l'obiettivo non già di arrivare al soddisfacimento dei creditori ma quello, ben diverso, di una ristrutturazione dei debiti e cioè sostanzialmente di una ricomposizione e ridefinizione della parte passiva del rapporto debitorio, così che, solo per tale via traversa, possa giungersi alla soddisfazione dei creditori.

FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, 81; E. GABRIELLI, *Autonomia privata e procedure concorsuali*, in *Rivista di diritto privato*, 4, 2005, 739; ID., *Accordi di ristrutturazione del debito e tipicità dell'operazione economica*, in *Riv. Esec. Forzata*, 2006, 276; G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1170; F. GUERRERA, *La ristrutturazione 'negoziata' dell'impresa in crisi: novità legislative e spunti comparatistici*, in *www.ilfallimentarista.it*; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in L. CALVOSA (a cura di), *Crisi di impresa e insolvenza*, Pisa, 2017, 65; 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 *Contratto e Impresa*; 2011, 149; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in O. CAGNASSO – L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Torino, 2016, 3220 ss.; G. LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in *Fall.*, 2005, 46; L. LUCCHETTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: una procedura negoziale*, in AA.Vv., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, opera diretta da S. AMBROSINI, Torino, 2017, 676 e ss.; R. MARINO *Accordi di ristrutturazione dei debiti e responsabilità del professionista attestatore*, in *Resp. civ.*, 2012, 7, 490; A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto delle crisi di imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014, 382; I. L. NOCERA, *Analisi civilistica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2017, 52 e ss.; S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento di continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. Fall.*, 2019, I, 1259 e ss.; A. PALUCHOWSKY, *Gli accordi di ristrutturazione del debito a cinque anni dalla loro introduzione: un appuntamento mancato?*, in *www.ugctrani.it*; L. PANZANI, *Le alternative al fallimento. Il concordato e gli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 83/2015*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 219 ss.; M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, in *Dir. fall.*, 2016, 1453; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, 16; R. RANALLI, *I piani negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi in continuità tra il regime attuale e la loro evoluzione*, in *Fall.*, 2018, 1479; ID., *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182-septies*, in *Fall.*, 2016, 889 e ss.; V. ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di "salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti dell'impresa)*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, 364 e ss.; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziati degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 3, 10337; G. TERRANOVA, *Problemi di diritto concorsuale*, Padova 2011; ID., *Il concordato con "continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. Fall.*, 2013, 15; C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Fall.*, 2018, 988 ss.; P. VALENSISE, *Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.Vv., *La riforma della legge fallimentare*, Torino, 2006, 1088; G. VETTORI, *Il contratto nella crisi d'impresa*, in *Obblig. Contr.*, 2009, 486.

É dunque un percorso del tutto diverso ed autonomo.

In tale percorso non v'ha bisogno di far ricorso ad una procedura garantistica, che sia tale appunto da assicurare la regolarità del percorso e del suo risultato finale, bensì è sufficiente che si faccia ricorso ai normali strumenti negoziali, che consentano di porre mano al rapporto-base debitorio, così da assicurare, per tale via, la soddisfazione della parte attiva del rapporto. Si può dire che il credito deve adeguarsi alle nuove forme che il debito è destinato ad assumere.

E tale è, per definizione, l'accordo che deve aver luogo con i creditori, sia pure nella maggioranza del sessanta per cento (art. 182-*bis*).

La richiesta che l'accordo debba incontrare almeno la maggioranza del 60% dei crediti non sembra un elemento contrastante con il carattere negoziale di esso. Il requisito così stabilito, indubbiamente a tutela della serietà dell'accordo, non si pone come elemento costitutivo, così da rendere quasi parte contraente la percentuale al 60% del ceto creditorio e non l'intero ceto, consenziente o dissenziente che sia, bensì è una condizione estrinseca, che è tale da dare fondamento in partenza al potere del creditore di addivenire all'accordo di ristrutturazione. É come dire che il potere riconosciuto al debitore di stringere accordi con i propri creditori, potere che sarebbe altrimenti ovvio e naturale, ove esso dovesse intervenire con tutti i creditori, qui è riconosciuto, invece, in via eccezionale, con una sola parte di essi (il 60%), ma alla sola condizione che i creditori estranei all'accordo abbiano ad essere integralmente pagati (art. 182-*bis*). La disposizione può apparire contraddittoria, con il riconoscimento che il debitore abbia a raggiungere accordi con una sola parte dei propri creditori, non dovendo esso incontrare limiti nella sua posizione di autonomia. Ma non è più contraddittoria, ove si inquadri la norma negli strumenti extra-giudiziali volti a risolvere la crisi dell'impresa e tali dunque da bypassare il fallimento, ove dunque il principio della universalità dei creditori e la *par condicio* di essi abbiano a subire deroga, attraverso un principio maggioritario, sin dal momento della formazione dell'accordo (il 60%) e la garanzia del pagamento integrale dei creditori rimasti estranei ad esso (art. 182-*bis*).

È doveroso allora chiedersi se una siffatta disposizione, a differenza di quanto accade per il concordato preventivo, non abbia anch'essa bisogno di un qualche ulteriore supporto normativo, sia esso la previsione di una procedura (come nel concordato) o di qualcos'altro. Ma così non è.

E la stessa norma di legge ad offrire il supporto alla legittimità di un accordo negoziale, tale da consentire che esso abbia ad intervenire solo con una parte dei creditori (pur nella maggioranza del 60%), ed essendo garantito l'integrale pagamento per i creditori (rimasti) estranei ad esso. Il

contesto in cui la norma è collocato è pur sempre quello del Tit. III, ove sono considerati tanto il concordato preventivo quanto gli accordi di ristrutturazione ed è tale da fornire pieno fondamento causale agli accordi. Entrambi gli strumenti (concordato ed accordo) sono accomunati dalla finalità di superare la crisi della impresa insolvente, con l'evitare il fallimento di essa.

La possibilità di derogare al principio delle universalità dei creditori, così declamata dall'art. 2741 c. c., da "dialogare" solo con una parte (pur nel 60%) di essi è una scelta da ricondurre ad un interesse di carattere più generale, che può richiamare a sua volta il principio più generale, secondo cui è consentito al legislatore di derogare ai limiti che incontrano gli accordi di natura privata, ove siano in gioco interessi "diversi" che trascendono quelli delle parti contraenti. Può richiamarsi al riguardo il principio che il contratto è fonte di integrazione nei suoi effetti, anche ad opera (dell'intervento) della legge (art. 1339 c.c. inserzione automatica di clausole). Nel caso di specie, l'intervento della legge si colloca a monte della predisposizione di accordi di ristrutturazione dei debiti, consentendo inizialmente che essi abbiano a derogare al principio "della universalità" dei creditori dell'impresa insolvente, ove esista una maggioranza al 60 % dei crediti.

Va osservato che la deroga non figura neutralizzata dal principio di maggioranza (60%), come potrebbe apparire, giacchè la maggioranza è chiamata ad intervenire già al momento della proposta di accordo, lasciando fuori il 40% dei creditori.

4. – La novità recata dal nuovo art. 182-septies, introdotto nella L. fall. con la L. n. 132/2015, recante nel titolo "Accordo di ristrutturazione", è che esso viene a derogare, in forma ancor più netta, al principio "della universalità" dei creditori, intervenendo con una particolare categoria di essi (banche e intermediari finanziari) e già all'interno di una parte di essi che si è espressa nel 60% (art. 182-bis) (ma purchè la categoria delle banche e degli intermediari si sia espressa nella misura del 75% in senso favorevole). Non solo. E all'interno di tale categoria si distingue ulteriormente la categoria di creditori "che abbiano tra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei" (art. 182-septies, 2° comma).

Il che significa consentire non solo che abbia a distinguersi una categoria di creditori (banche e intermediari finanziari) rispetto alla generalità e la cui funzione è quella di far credito e di fungere da intermediario nelle operazioni finanziarie - agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi sono quelli elencati nel Titolo VI-bis del T.U. bancario -

quanto che, tra di essi, abbiano ulteriormente a distinguersi creditori aventi "posizione giuridica e interessi economici omogenei", così da consentire che ad essi abbia ad estendersi l'accordo, anche se non aderenti.

La scelta del legislatore è più che chiara. Sempre ai fini di agevolare la impresa in crisi o insolvente attraverso una soluzione extragiudiziale, si è pensato in primo luogo di operare una distinzione tra le categorie di creditori, individuando quella tra essi che, in quanto finanziatrice dell'impresa, può essere meglio in grado di apprezzare una soluzione "negoziata" più che giudiziale. E infine, sempre al fine di agevolare la portata ed efficacia degli accordi, si è individuata, all'interno di essa, una ulteriore categoria, quella di creditori avente "una posizione giuridica e interessi economici omogenei", per estendere anche ai creditori non aderenti all'accordo di cui è causa.

Se già l'individuazione (di una particolare categoria) di soggetti creditori è tale da derogare al principio "dell'universalità" dei creditori, così come declamata dallo stesso codice civile all'art. 2741, secondo cui "i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore" e presupposta nella procedura fallimentare agli art. 182-*septies* L. fall., l'ulteriore ritaglio, all'interno della categoria prescelta di creditori, che si abbia a distinguere creditori aventi "posizione giuridica e interessi economici omogenei", così da giustificare l'estensione dell'accordo anche "ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria", è tale da assegnare agli accordi di cui è parola una iper-efficacia che si trova all'opposto del principio "di relatività" degli accordi negoziali (art. 1372 c.c.).

Né può trovare facile applicazione il richiamo alla figura del contratto a favore di terzo di cui agli artt. 1411 c.c. ss., giacchè non può assolutamente dirsi che l'accordo di cui è parola possa definirsi come contratto destinato "a favore" di terzi che ad esso non abbiano preso parte. Che l'accordo infatti possa agevolare, per definizione, l'impresa anche al fine di consentire il soddisfacimento dei suoi creditori in larga parte non può però concludersi che esso, con riguardo alla posizione del singolo creditore, possa definirsi "a favore" di esso, come sembra richiedere la fattispecie del contratto a favore di terzo dell'art. 1411 c.c.

Occorre allora meglio approfondire la portata e novità del modello introdotto dall'art. 182-*septies* L. fall. rispetto al modello, più generale, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti previsto dall'art. 182-*bis* L. fall. Che, anche con il modello delineato dall'art. 182-*septies*, in senso ancora più forte si sia inteso utilizzare la soluzione extragiudiziale per andare incontro alla impresa insolvente, è più che evidente. Del resto, la mancanza di una qualsiasi disposizione che possa significare richiamo alla esistenza "di una

procedura", tale da garantire i creditori, è anch'essa un fatto certo. Il modello introdotto dall'art. 182-*septies* è anch'esso, per così dire, "nudo", così come quello previsto dall'art. 182-*bis*.

Esso si è collocato bene al di là del modello dell'art. 182-*bis* nella misura in cui introduce, rendendola dunque legittima, una chiara forma di accordo che non solo si ritaglia un'ulteriore parte del ceto creditorio (banche e intermediari finanziari) accanto a quella del 60% ma, ulteriormente, all'interno di essa, distingue i creditori aventi "una posizione giuridica e interessi economici omogenei". L'immediato fondamento sembra essere non più quello dell'interesse della impresa insolvente, come nel modello previsto dall'art. 182-*bis*, bensì l'interesse dei creditori, considerati in una dimensione, a suo modo, collettiva. In tal caso, la dimensione collettiva dei creditori appare dunque strumento per poter procedere ad una più sollecita ristrutturazione dei debiti.

Taluno ha affermato che, in tal modo, la disposizione di cui all'art. 182-*septies* "abbia determinato una sicura virata verso la concorsualità" ⁽³⁾.

Tale affermazione è, nella sostanza, da condividere.

In questo caso non è quindi necessario ricercare il fondamento dell'accordo con una sola parte dei creditori (nella misura del 60%) in una ragione "esterna" ad esso, così come ipotizzato dal modello previsto dall'art. 182-*bis* L. fall., bensì in una ragione "interna" e co-essenziale al ceto creditorio, che ne evoca la dimensione "collettiva" e quindi, di riflesso, in senso forte, la concorsualità (per i creditori aventi posizioni "omogenee") ⁽⁴⁾.

Posti ora a fronte del problema di dare collocazione al modello di "accordi" previsti dall'art. 182-*septies*, a fronte di quello più generale previsto dall'art. 182-*bis*, si può convenire che trattasi di accordi tipizzati in senso forte, non solo quanto alla loro componente soggettiva in funzione della parte con cui intercorrono (banche e intermediari finanziari) e altresì per la loro causa, avente riguardo alla particolare natura del credito, ma anche per

³ Così M. PERRINO, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, cit., 1453, e G. TERRANOVA, *L'autonomia del diritto concorsuale*, Torino, 2016, 110.

⁴ Si è parlato di "collettivizzazione dell'accordo" che sarebbe ormai un principio "predicabile" e "cioè di una posizione di limbo tra collegialità, maggioranza e contrattualismo" e "di superamento dei confini della negozialità in senso stretto" anche se in senso favorevole (anche) nell'interesse del creditore estraneo: M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, cit., 289 e 297. Sul punto cfr. altresì: G. FAUCEGLIA, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali*, in *Dir. Fall.* 2016, 728; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Dir. fall.*, 2015, 521.

il fatto che tale “tipizzazione” è destinata a integrarsi, per così dire, anche con riferimento alla dimensione “collettiva” del credito, tale da giustificare, al suo interno, la concorsualità.

La esistenza della soluzione extra-giudiziale va dunque confermata, come nel modello dell’art. 182-*bis*, anche se essa riceve una particolare connotazione nella scelta di una “tipizzazione” di accordi, in funzione della componente soggettiva della parte creditoria (banche e intermediari finanziari) nonché in ragione del profilo “collettivo” che essa può rivestire in ragione “della omogeneità” delle posizioni rivestite dai creditori.

Per altro verso, che il carattere vincolante di un accordo abbia a potersi stabilire con una particolare categoria di creditori (banche ed intermediari finanziari) anziché con tutti e che esso si estenda anche ai non aderenti in ragione di un ulteriore elemento economico (derivante dalla omogeneità delle loro posizioni), è conseguenza che può farsi derivare, in linea generale, dalla stessa conformazione “del tipo” di accordi e dalla natura in certa misura “collettiva” dei crediti su cui essi debbono incidere.

5. – Il nuovo “Codice” definito “della crisi d’impresa e dell’insolvenza”, introdotto dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14⁵, non ha potuto fare a meno di intervenire anche in ordine agli accordi di ristrutturazione dei debiti, estendendone l’applicazione anche all’imprenditore non commerciale ⁽⁶⁾ e a

⁵ Sul d.lgs. n.14/2019 (integrato e corretto dal d.lgs. n.147/2020), che sarebbe dovuto entrare in vigore decorsi 18 mesi dalla data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale avvenuta il 14 febbraio 2019 (salvo quanto previsto dal 2° comma dell’art. 389), entrata in vigore in seguito prorogata al 1° settembre 2021 (v. d.l. n.23/2020 conv. in l. n.40/2020), cfr.: M. ARATO, *Brevi note sui nuovi accordi di ristrutturazione*, in *www.ilcaso.it.*, 4 aprile 2019, 6; G. BONFANTE, *Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Giur. it.*, 2019, 1943 ss.; F. DI MARZIO, *Obbligazioni, insolvenza, impresa*, Milano, 2019, 127 e ss.; G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*, cit., 48 e ss.; G.B. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria nel nuovo codice della crisi e dell’insolvenza*, in AA.Vv., *Diritto ed economia delle crisi aziendali*, a cura dell’Istituto per il Governo Societario (IGS), Santarcangelo di Romagna, 2020, 243 e ss.; G. GUERRIERI, *Il nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2019, 809 e ss.; L. JEANTET – P. VALLINO, *Piano attestato e accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.Vv., *Il Codice della crisi d’impresa*, app. di *Italia Oggi*, 2019, 161 ss.; A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Dir. Fall.*, 2019, I, 283 e ss. e 297; F. LAMANNA, *Il nuovo codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Il civilista*, I, 2019, 30; G.B. NARDECCHIA, *Il nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. Disciplina, novità e problemi applicativi*, Molfetta, 2019; S. SANZO – D. BURRONI, *Il nuovo codice della crisi e dell’insolvenza*, Bologna, 2019; L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corr. Giur.*, 2019, 453 ss.; A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi*, in *Fall.*, 2019, 998 e ss.

⁶ Dunque anche l’imprenditore agricolo e le *start up* innovative.

quello diverso dall'imprenditore minore ma richiamando pressoché integralmente il modello ordinario degli accordi previsti dall'art. 182-*bis* L. fall.

Il nuovo "Codice" generalizza il modello della "efficacia esterna" con l'estensione anche ai creditori non aderenti "che appartengano alla medesima categoria, individuata tenuto conto della omogeneità di posizione giuridica e interessi economici" (art. 61, d.lgs. n. 14/2019). Il che significa, si ribadisce, che più non si ha riguardo solo ad una tipologia di creditori (banche ed intermediari finanziari) ma ad un criterio ben più ampio, che ha riguardo "alla omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori"⁷. La deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c. è espressamente declamata (art. 61 d.lgs. n.14/2019).

Ma ciò comporta abbandono del tradizionale principio civilistico "della relatività" degli accordi (art. 1372 c.c.), in ragione di una regolazione che privilegia l'interesse dei creditori, considerati "nella dimensione collettiva" della omogeneità della loro posizione e interessi. E ciò comporta che, a fronte della impresa insolvente, più non vi sono creditori *uti singuli* ma creditori aventi "posizioni omogenee". Il che dovrebbe più agevolmente consentire che si possa procedere ad una operazione di ristrutturazione dei debiti perché raffrontati a posizioni e interessi "omogenei".

La normativa introdotta dal d.lgs. n. 14/2019 è diretta ad accentuare ancor di più il valore "del piano" predisposto dal debitore perché stabilisce che sia esso a regolare, pur sempre per la sua durata, il rapporto debito - credito, così consentendo che, ove intervengano modifiche sostanziali del piano, occorrerà rinnovare l'attestazione di cui all'art. 57 del decreto nonché le manifestazioni di consenso dei creditori, parti degli accordi (art. 58 d.lgs. n. 14/2019)⁸.

⁷ Con accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa con le banche ed intermediari finanziari anche per il caso di piani di contenuto liquidatorio, se l'indebitamento verso detti istituti non è inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo (art. 61, 5° comma, del "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" - d.lgs. n.14/2019). E' da rilevare altresì che "occorre che: i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il settantacinque per cento di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria" (art. 61, 2° comma, lett.c), e che, ai sensi dell'art. 61, 2° comma, lett.d), "i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale", non facendosi, dunque, più riferimento alle "alternative concretamente praticabili" di cui all'art. 182-*septies*, 4° comma, lett.c), L. fall.

⁸ Ai sensi dell'art. 57, 4° comma, del d.lgs. n.14/2019 (corretto dall'art. 9, 1° comma lett.b, del d.lgs. n.147/2020), "Un professionista indipendente deve attestare la

Il che significa che il percorso normativo non è limitato alla proposta del debitore e al consenso dei creditori ma è ad efficacia, per così dire, continuata e differita, per la durata “del piano” predisposto dal debitore.

L'esame infine del decreto non può non completarsi con la previsione dei c.d. accordi di ristrutturazione agevolati, previsti dall'art. 60 del d.lgs. n.14/2019, in ordine ai quali l'agevolazione è condizionata alla non applicazione della moratoria ai creditori estranei agli accordi e alla rinuncia a chiedere misure protettive temporanee.

Dunque, il decreto di cui è parola sembra voler potenziare l'efficacia degli accordi di ristrutturazione, non solo allargandone la estensione (anche ai non aderenti) ma riducendo, nel caso di accordi agevolati (art. 60), la percentuale maggioritaria richiesta per la loro introduzione (metà del 60%), ove risulti meglio garantita la posizione dei creditori estranei agli accordi rispetto all'eventualità di dover subire moratoria nella loro soddisfazione o misura protettiva temporanea⁹.

6. – È a questo punto possibile tentare di qualificare gli accordi di ristrutturazione dei debiti, così come si sono venute evolvendo, specie nella legislazione.

È necessario allo scopo aver presenti taluni punti fermi. E cioè che negli accordi di cui è parola, sia nella loro versione ordinaria, prevista dall'art. 182-bis L. fall., come in quella più fortemente tipizzata dell'art. 182-septies L. fall., e con le modifiche significative introdotte dal d.lgs. n. 14/2019, la

veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano. L'attestazione deve specificare l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei termini di cui al comma 3^o.

⁹ È da evidenziare altresì che, ai sensi dell'art. 59 del d.lgs. n. 14/2019, è prevista l'estensione degli effetti degli accordi di ristrutturazione ai coobbligati, ai fideiussori del debitore, ai soci illimitatamente responsabili ed agli obbligati in via di regresso. Del resto, ai sensi dell'art. 62 è previsto un ulteriore strumento negoziale volto alla regolazione della crisi ossia la convenzione di moratoria (c.d. “accordo di *standstill*”) attualmente disciplinato dall'art. 182-septies, 5° comma, L. fall. Anche in questo caso, come per gli accordi di ristrutturazione ex art. 61, è stato esteso l'ambito di applicazione dell'istituto non più limitato alle convenzioni stipulate con banche o intermediari finanziari. La disposizione regola tutte le convenzioni di moratoria intervenute tra un imprenditore, anche non commerciale, ed i suoi creditori. E' da evidenziare altresì che, ai sensi dell'art. 62, 2° comma lett. d), del d.lgs. n.14/2019, è prevista (come nell'art. 182-septies, 5° comma, L. fall.) l'attestazione rilasciata da un professionista indipendente, la quale ha ad oggetto la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, e la convenienza della convenzione per i creditori. Pertanto, vi è un ampliamento dell'oggetto dell'attestazione rispetto a quanto oggi previsto dall'art. 182-septies, 5° comma, L. fall.

normativa non fornisce che una identificazione “di contenuto”. Essi hanno riguardo, *sic et simpliciter*, ad una operazione di “ristrutturazione dei debiti”. Ma dell’*iter* procedurale che ne anticipa ed accompagna la conclusione, così come dei più particolari aspetti ed elementi della c.d. “strutturazione”, non v’è alcuna parola.

Sembra di poter capire che anch’essi vengano preceduti “da trattative”, così come ha luogo per la conclusione di ogni contratto. Anzi, dell’obbligo di tali trattative e dei doveri informativi forniti ad ogni singolo creditore è fatta esplicita menzione nella normativa, a tal punto che, almeno ove trattasi dell’estensione di tali accordi anche ai creditori non aderenti, l’informazione anche di essi è condizione di efficacia dell’estensione degli accordi anche ad essi (art. 182-*septies* L. fall.).

La normativa, come si è detto, si limita a definirne genericamente il contenuto come di accordi aventi ad oggetto “la ristrutturazione dei debiti”, facendo uso di una espressione del linguaggio aziendale, più che giuridico. Tale indicazione, se giova a far riferimento ad una attività destinata a “rimodulare” il complessivo rapporto che intercorre tra il debitore e i creditori, ridefinendone oggetto e modalità di adempimento nonché garanzie che vengono a presidiare il rapporto debitorio, nulla dice sulle forme concrete che tale ristrutturazione può assumere.

Si è parlato in dottrina di “causa unitaria” ⁽¹⁰⁾ e/o meglio “di un univoco atto a struttura plurilaterale con causa unitaria” e cioè richiamando il contratto plurilaterale con comunione di scopo.

In giurisprudenza è invece più corrente la tesi che si tratti di contratto bilaterale plurisoggettivo con causa unitaria.

Per meglio concentrare la problematica sui dati che ci appaiono essenziali per la qualificazione degli accordi di cui è causa, è anzitutto il caso di liberare la problematica da elementi che possono apparire ad essa impropri.

Il richiamo ad es. al concetto “di causa”, così come ha luogo per ogni contratto (art. 1325 c.c.), sia esso tipico o atipico, appare inutile.

In realtà, la circostanza che tali accordi siano espressamente previsti nel particolare contesto di strumenti negoziali, in sede extragiudiziale, destinati a governare la crisi in cui versa il debitore, con la prospettiva di evitare il fallimento (v. Titolo III Legge fall.) ed oggi meglio specificati dal decreto legislativo n. 14/2019 come “Strumenti negoziali stragiudiziali” di regolazione della crisi (v. Tit. IV d.lgs. n. 14/2019), non rende più necessario che di tali accordi si vada alla ricerca di un supporto causale, come ha luogo

¹⁰ Cfr. G. FAUCEGLIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 728.

per ogni contratto. Siamo a fronte ad accordi, pienamente contestualizzati in un regime speciale che caratterizza l'impresa in crisi, specie ora in presenza di una normativa, che non è più concentrata sulla liquidazione giudiziale del patrimonio del debitore ma si ripropone lo scopo di regolare la crisi di impresa, sin dal suo inizio, anche in forme "assistite".

Chiedersi dunque se gli accordi di ristrutturazione debbano o meno avere una causa, è domanda che in sostanza sembra ignorare "il contesto" in cui essi sono collocati. Ancora più artificioso è concludere nel senso che la causa di essi possa essere lo stesso oggetto che contribuisce ad identificarli, quale cioè la ristrutturazione dei debiti.

Ma il vero è che, se siffatti accordi sono già di per sé "causalizzati" e/o meglio "contestualizzati" per le considerazioni fatte, essi tuttavia non si sottraggono all'esigenza di doverli qualificare nella tipologia dei possibili accordi o contratti che si conoscono.

E già una prima risposta può essere data, nel senso che essi sembrano sottrarsi a quel profilo "di conflittualità" che, com'è noto, è proprio di ogni contratto, sia bilaterale che plurilaterale.

Non è un caso che la stessa legislazione abbia usato l'espressione più propria di "accordi". Se anche il contratto è un accordo, ben diverso è l'accordo cui si giunge a partire da una proposta del debitore, che deve essere assentita dai creditori, e che ha come scopo una ri-definizione del rapporto di debito - credito tra di essi. Può non essere improprio richiamare il concetto di "comunione di scopo", avendo appunto riguardo ad una situazione che non presenta un conflitto di interessi ma proprio il suo superamento attraverso una diversa definizione del rapporto di debito - credito tra i soggetti di esso, attivi e passivi.

Ma in ciò anche la qualifica di contratto "plurilaterale" può apparire impropria. Esso allude, per definizione, ad un contratto caratterizzato da una comunione di scopo ma "con prestazioni diverse" a carico di ciascuna delle parti (come nel contratto di società dati i diversi conferimenti dei soci), così da doversi porre il problema, laddove fosse nullo il vincolo di una delle parti, se l'intero contratto debba o meno dichiararsi nullo (art. 1420 c.c.).

Ebbene, tale problematica è del tutto assente per gli accordi di ristrutturazione, in ordine ai quali non sono ipotizzabili "prestazioni" a carico del debitore o di ciascun creditore ma soltanto il comune intento avente ad oggetto una diversa ridefinizione del rapporto di debito - credito.

Il vero è che, andando veramente a verificare l'oggetto degli accordi di ristrutturazione e la mancanza in essi di ogni profilo di conflittualità, tale da richiamare lo schema del contratto bilaterale, nel quale da una parte v'è il debitore proponente e dall'altra il ceto creditorio (magari in percentuale), si

rischia di applicare un profilo di contrattualità, che sempre presuppone posizioni contrapposte, ad un accordo, che invece si basa non già sulla contrapposizione di posizioni, che il contratto ha lo scopo di conciliare, bensì, si ribadisce, sul comune obiettivo da fornire una rimodulazione del rapporto debito - credito.

Ed è a tal punto che occorre anche specificare come ha luogo tale rimodulazione. Essa, si può dire, non fa capo ad effetti immediati o diretti, quali l'assunzione di obblighi e/o il trasferimento di diritti, come ha luogo per ogni contratto, sia esso ad effetti obbligatori o reali, bensì ha luogo più propriamente attraverso la predisposizione di regole o criteri, destinati, si è detto, a rimodulare il rapporto di debito - credito. Ed è in base alle regole e criteri, così enunciati negli accordi, che potranno poi prendere forma, quali atti attuativi di enunciazione di termini, rinunce, modalità di pagamento, cessioni, remissioni, assunzioni di garanzie, intervento di terzi assuntori e quant'altro. È il campo dunque assai vasto dell'area di attuazione degli accordi, per il quale anche l'espressione "atti dovuti" sembra insufficiente.

Se è consentito proporre una qualificazione più propria di accordi non destinati "ad effetti immediati o diretti", ma destinati ad operare su di un rapporto già esistente tra le parti e la cui diversa modulazione appare propedeutica a costituire risposta alla crisi dell'impresa, si può richiamare la categoria degli accordi normativi, cioè degli accordi fonti di regole (più che di effetti), da valere tra le parti e/o meglio (di fonti) di regole di comportamento, come tali pienamente vincolanti e bisognose tuttavia di essere verificate ed attuate attraverso atti successivi. La causa più prossima di tali secondi è nello stesso potere di autonomia delle parti, debentrici e creditrici, che, così come hanno dato vita a suo tempo al rapporto debitorio, sono in grado di diversamente definirlo in un contesto, che non è quello del tradizionale conflitto di interessi, proprio di ogni contratto, ma dell'obiettivo di superare la crisi del comune debitore attraverso strumenti negoziali che, per mezzo della ridefinizione del rapporto debito - credito, abbiano a risolvere la crisi del debito.

Del resto, giova osservare che già il rapporto di debito - credito, sui quali interviene la ristrutturazione in via diretta, è un rapporto regolato da norme, onde alle norme di esso vanno aggiunte altre norme, che meglio ne ridefiniscano, nel caso di specie, entità e modalità, tali da giustificare il piano attuativo. Ma ciò è il segno che si è fuori di un normale contratto, bilaterale o plurilaterale, fonte di effetti immediati, siano essi obbligatori o reali, ma più propriamente dell'instaurazione di un diverso regime normativo (di modulazione) del rapporto, che abbia a costituire il percorso verso la soluzione della crisi della impresa insolvente.

Abstract

**PROFILES, RECONSTRUCTIVE AND SYSTEMATIC, OF THE TOOLS FOR THE
SOLUTION OF THE CRISIS OF THE ENTERPRISE**

Il presente contributo evidenzia i profili, ricostruttivi e sistematici, degli strumenti che, a partire dall'inizio del secondo millennio, hanno caratterizzato le risposte alla situazione di crisi della impresa. Le soluzioni hanno attraversato sia il terreno delle procedure che quello degli accordi negoziali, con prevalenza, a seconda dei casi, delle une o degli altri.

This contribution highlights the reconstructive and systematic profiles of the instruments that, since the beginning of the second millennium, have characterized the responses to the crisis situation of the company. The solutions have gone through both the procedures and the negotiating agreements, predominantly with each other, as the case may be.

L'ADOZIONE DELLA *RELATIVE PRIORITY RULE* PER LA RIFORMA DEL CHAPTER 11 STATUNITENSE: IL *REDEMPTION OPTION VALUE* COME VALORE DA GARANTIRE AI *RESIDUAL OWNERS*

MARCO CONFORTO

Dottore di ricerca

SOMMARIO: 1. I motivi della riforma: il conflitto tra creditori *secured* e *unsecured* nel *Bankruptcy Code* – 2. I diritti patrimoniali dei *secured creditors*: le tutele contro il rischio di insuccesso – 3. Il potere amministrativo dei *secured creditors* – 4. La proposta dell'*American Bankruptcy Institute*: il *Redemption Option Value* – 5. Spunti di riflessione e possibili interventi del legislatore domestico.

1. – È noto che la procedura di *reorganization*, disciplinata nel *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense, ha come scopo il soddisfacimento delle ragioni creditorie attraverso la salvaguardia dei livelli occupazionali e degli *assets viables*¹. Tale proposito, nel corso degli anni, è divenuto – sempre più – il vero obiettivo del diritto della crisi delle imprese, tant'è che la *reorganization* è stata assunta a modello in molti altri ordinamenti, sia di *civil* che di *common law*². Pur rappresentando la procedura d'insolvenza più

¹ Sullo scopo perseguito dalla procedura di *reorganization* cfr. H. R. MILLER, *Is chapter 11 bankrupt*, in *BCL Rev*, 2005, 47, 129. secondo cui “the purpose of a business reorganization case [under chapter 11] (...) is to restructure a business's finances so that it may continue to operate, provide its employees with jobs, pay its creditors, and produce a return for its stockholders”.

² Ad esempio, il legislatore italiano, così come altri in Europa (Olanda, Germania e Spagna), nel disegnare la procedura di concordato preventivo (e, in particolare quello con continuità aziendale) si è chiaramente ispirato al *Chapter 11*. Anche a livello comunitario gli obiettivi perseguiti sono in linea con quelli ricercati dal legislatore statunitense, soprattutto in seguito alla recente emanazione della Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, “riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132”. Sulla Direttiva (UE) 2019/1023 v. S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella direttiva del parlamento europeo e del consiglio 2019/1023*, in *Dir. fall.*, 2020, I, 1259; A. NIGRO, *La proposta di direttiva comunitaria in materia di disciplina della crisi delle imprese*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, II, 201; L. STANGHELLINI, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fall.*, 2017, 873.

emulata³, nella dottrina statunitense si è avviato un vivace dibattito tra chi ritiene necessaria una riforma che adegui la *reorganization* alle moderne esigenze dei mercati e chi, al contrario, non reputa opportuna tale riforma⁴.

Il dato statistico sembrerebbe far propendere per una prossima riforma. Volgendo lo sguardo al passato, infatti, ci si accorge di come i più importanti interventi legislativi volti all'adeguamento del *Bankruptcy Code* si siano avvicendati con cadenza quarantennale: il *Bankruptcy Act* del 1898 fu riformato, prima, nel 1938 dal c.d. *Chandler Act* e, in seguito, nel 1978 dal *Bankruptcy Reform Act* che ha introdotto la procedura di *reorganization*. Seguendo questa serie storica, si sarebbe dovuto procedere ad una rivisitazione dell'attuale normativa già nel 2018.

Messo da parte l'argomento statistico, in questa sede si tenterà di evidenziare le ragioni che, sul piano sostanziale, giustificano (o giustificherebbero) la riforma.

Conviene partire dallo stato d'insolvenza che designa l'impossibilità di adempiere le obbligazioni assunte, dando luogo all'avvio delle azioni esecutive individuali dei creditori. L'aggressione atomistica dei beni è, però, considerata in contrasto con gli obiettivi perseguiti poiché, da un lato,

³ B. WESSELES – R.J. DE WEIJS, *Proposed recommendations for the reform of Chapter 11 US Bankruptcy Code, Ondernemingsrecht*, 2015, 210-220 (disponibile on-line sul sito http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2595577)

⁴ Si registrano le opposte posizioni, da un lato, di D.G. BAIRD – R. K. RASMUSSEN, *The End of Bankruptcy*, in *Stan. L. Rev.*, 2002, 751 critici con la attuale normativa al punto da ritenere che “*Corporate reorganizations have all but disappeared. Giant corporations make headlines when they file for Chapter 11, but they are no longer using it to rescue a firm from imminent failure. Many use Chapter 11 merely to sell their assets and divide up the proceeds (...) Even when a large firm uses Chapter 11 as something other than a convenient auction block its principal lenders are usually already in control and Chapter 11 merely puts in place a preexisting deal. Rarely is Chapter 11 a forum where the various stakeholders in a publicly held firm negotiate among each other over the firm's destiny*”; e, dall'altro lato, di L. M. LO PUCKI, *The Nature of the Bankrupt Firm: A Response to Baird and Rasmussen's The End of Bankruptcy*, in *Stan. L. Rev.*, 2003, 645 che a difesa della procedura di *reorganization* così risponde: “*Big-case bankruptcy reorganizations have not ended. They are booming. Their survival casts doubt on the theories that Baird and Rasmussen present in The End of Bankruptcy. But those theories fail for reasons more basic than the theories' inability to account for the pattern of dispositions in the bankruptcy courts*”. La dottrina maggioritaria concorda con la tesi riformista cfr. S. J. LUBBEN, *Some Realism About Reorganization: Explaining the Failure of Chapter 11 Theory*, in 106 *Dick. L. Rev.*, 2001, 267; D. G. BAIRD – R. K. RASMUSSEN, *Chapter 11 at Twilight*, in *Stan. L. Rev.*, 2003, 673; J. H. M. SPRAYREGEN ET AL., *Chapter 11: Not Perfect, but Better than the Alternative*, in *ABI Journal*, 2005, 1; H. R. MILLER, *Chapter 11 in Transition - From Boom to Bust and into the Future*, in *Am. Bankr. LJ*, 2007, 375; R. LEVIN – K. KLEE, *Rethinking Chapter 11*, in *Norton-Journal of Bankruptcy Law and Practice*, 2012, 465.

innesca tra i creditori un costosissimo gioco a somma zero⁵ e, dall'altro lato, provoca la svalutazione del patrimonio responsabile⁶. In ragione della struttura finanziaria tipica dell'impresa, caratterizzata da una molteplicità di aventi diritto sul patrimonio del debitore, ogni creditore tenterà di appropriarsi per primo di singoli pezzi aziendali frantumando il complesso produttivo aggregato e deprezzando il patrimonio nel suo insieme. Il diritto della crisi delle imprese ha l'obiettivo di scongiurare tale risultato, perseguendo, attraverso la tutela collettiva del credito, lo scopo della massimizzazione del valore del patrimonio responsabile⁷. A tal fine, è necessario che le decisioni strategiche in ordine alla gestione della crisi siano rimesse nelle mani dei creditori poiché, nella struttura finanziaria dell'impresa, occuperanno la posizione di *residual claimants*, divenendo le parti interessate all'efficiente gestione del patrimonio responsabile⁸.

⁵ F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in Riv. Soc., 2010, 57, secondo il quale "Quando il debitore diviene insolvente "il gioco tra creditori diventa a somma zero, nel senso che quello che guadagna un creditore viene necessariamente perso da un altro". In questa logica le norme che "lasciano più spazio all'autotutela dei creditori finiscono inevitabilmente per penalizzare (in caso di insolvenza del debitore) i creditori che hanno minori possibilità di auto tutelarsi".

⁶ Il valore dell'impresa in funzionamento è superiore alla sommatoria del valore dei singoli beni che la compongono. In argomento v. T.H. JACKSON, *Bankruptcy, Non Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*, in Yale L.J., 1982, 857. I. TIRADO, *Reflexiones sobre el concepto de «interés concursal» (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)*, in ADC, 2009, 90.

⁷ Sul tema così si è espresso E. JANGER, *The Logic and Limits of Liens*, in Ill. L. Rev., 2015, 590: "Bankruptcy law exists solely because the first-in-time nature of state law remedies can lead to a race of diligence and inefficient dismemberment of viable debtors. Thus, the purpose of bankruptcy policy should be limited to avoiding these inefficient liquidations-preserving going concern value where it exists, while respecting nonbankruptcy distributional priorities".

⁸ Su tutti B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in Giur. comm., 2001, I, 327, secondo cui: "stante il maggior rischio che corre, è equilibrato riconoscere il potere di gestire l'impresa a chi fornisce il capitale di rischio. Così tuttavia fin quando l'investimento di rischio si conservi nell'attivazione dell'impresa, fin quando l'impresa si esprima come going concern. Quando i risultati negativi abbiano bruciato l'investimento di rischio, fermo restando che sembra ragionevole concedere a chi abbia investito a rischio opzione privilegiata nel rinnovare l'investimento, se ciò non avviene e il capitale di rischio risulti azzerato e non rinnovato, la legittimazione alla gestione dell'impresa, ormai qualificata come in crisi perché incapace di produrre reddito per soddisfare nella naturale sequenza economica i debiti assunti, scende di uno scalino: passa cioè dall'investimento di rischio, che non c'è più, al capitale di credito, senza traumi particolari. Lo spossessamento del debitore insolvente si traduce tout court nell'impossessamento della nuova classe di portatori d'interesse, postergata nella gestione dell'impresa rispetto all'investimento di rischio finché l'impresa sia in bonis, privilegiata rispetto a ogni altro quando l'impresa sia caduta in crisi". Si veda inoltre L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna, 2007, 50, che identifica uno degli obiettivi delle procedure

A ben vedere, però, all'interno della variegata platea di creditori gli interessi sono tanti e diversi⁹. Agli estremi di tale differenziato insieme si trovano, da un lato, i creditori garantiti e, dall'altro lato i creditori non garantiti.

I *secured creditors*, qualora il valore del bene o diritto sul quale grava il privilegio sia capiente rispetto all'importo del credito vantato, non ottengono alcun vantaggio da una procedura di risanamento, quale la *reorganization*¹⁰. In ipotesi di successo della procedura, il credito sarà soddisfatto integralmente così come avverrebbe in caso di liquidazione; mentre, in ipotesi d'insuccesso i beni sui quali insiste la garanzia potrebbero svalutarsi con conseguente minor soddisfazione dei diritti vantati.

Ponendo il potere di gestione del patrimonio in capo ai creditori garantiti, dunque, la preferenza tra le possibili alternative ricadrebbe sempre per una rapida, ma non necessariamente efficiente¹¹, monetizzazione del valore di liquidazione del patrimonio; anche quando, cioè, la riorganizzazione porterebbe a un miglior soddisfacimento dei creditori *juniors*.

La scelta di riconoscere il governo del patrimonio in crisi ai creditori *unsecured* potrebbe, d'altro canto, recare un pregiudizio in capo ai creditori garantiti. Atteso che il risultato finale della *reorganization* è incerto (è dubbio, cioè, che la procedura di risanamento abbia successo e conduca alla valorizzazione del patrimonio), dev'essere evitato il pericolo che un

d'insolvenza nel "trasferire il controllo dell'impresa in crisi da un soggetto che ha ormai un sistema di incentivi distorto e inefficiente (il vecchio imprenditore, gli amministratori espressione dei soci) alla categoria di soggetti che ormai loro malgrado forniscono il capitale di rischio: i creditori" e F. FIMMANÒ, *L'allocatione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, op. cit., 59: "Il controllo spettante agli azionisti sulla società in bonis dovrebbe infatti passare in caso di insolvenza ai creditori che si dovrebbero sostituire ai primi quali nuovi residual claimants"

⁹ M. SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo (un'analisi comparatistica)*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 566 ss. il quale sul punto ritiene che "Altro infatti sarà il cliente che debba ancora ricevere una prestazione dall'impresa in crisi; altro sarà il portatore delle obbligazioni da questa emesse; altro sarà il lavoratore che sulla medesima impresa appunti le sue aspettative di retribuzione futura; altro ancora sarà il fornitore che deve quanto prima recuperare liquidità, o che magari auspichi la sopravvivenza del rifornito; altro, infine, sarà l'intermediario finanziario che della trasformazione delle scadenze fa la sua professione; per non tacere poi di quei creditori che sanno di poter comunque confidare nella realizzazione del proprio credito grazie alla garanzia di un bene "capiente" e che non hanno interesse alcuno a soluzioni concordatarie che finiscano col procrastinare la certa realizzazione del proprio diritto".

¹⁰ D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, 2012, Milano, 356.

¹¹ Inefficente in ragione di un'errata valorizzazione della massa attiva dovuta alla mancata attenzione rivolta alle possibili alternative (ristrutturazione/liquidazione).

eventuale insuccesso generi la svalutazione del valore atomistico dei beni del debitore, con conseguente danno per i creditori garantiti.

Proprio a tal fine il *Bankruptcy Code* prevede molteplici norme volte alla tutela dei *secured creditors*. Tali norme, però, così come sono oggi concepite dall'ordinamento statunitense, hanno l'effetto controproducente di collocare i *secured creditors* in situazione di forza rispetto ai creditori *unsecured*. Nella prassi, infatti, i creditori garantiti esercitano una rilevante influenza sulle scelte strategiche compiute dall'organo di gestione della crisi, mentre gli *unsecured creditors* sono esclusi dal governo del patrimonio¹². Da indagini empiriche si è rilevato che numerose procedure di riorganizzazione hanno registrato, prima della presentazione formale del *plan*, cessioni atomistiche, o in blocco, dell'attivo del tutto inefficienti¹³. Al fine di ottenere una celere soddisfazione sul ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di garanzia, i *secured creditors* hanno indirizzato le scelte strategiche del *Trustee* (ovvero del *Debtor in possession*) verso tali cessioni.

È evidente che il conflitto esistente tra creditori di diverso rango ha condotto a risultati inefficienti in termini, sia di valorizzazione della massa attiva, sia di tutela degli aventi diritti sul patrimonio.

Seguendo quella che è definita *residual owner doctrine*, per garantire un'efficiente gestione della crisi, il controllo della procedura dovrebbe essere affidato ai creditori che, secondo l'ordine verticale di distribuzione del patrimonio responsabile, sono gli ultimi ad essere soddisfatti¹⁴. È necessario, pertanto, affidare la gestione del patrimonio responsabile ai creditori che in ipotesi di liquidazione trarrebbero una soddisfazione parziale della pretesa vantata, in percentuale rispetto ai diritti vantati. Tali creditori, invero, subiscono gli effetti, positivi o negativi, generati dalla valorizzazione o svalutazione del patrimonio. La *reorganization*, in caso di successo, potrebbe

¹² D.G. BAIRD – R.K. RASMUSSEN, *The End of Bankruptcy*, op. cit.; H.R. MILLER – S.Y. WAISMAN, *Is Chapter11 Bankrupt?*, op. cit.; D. A. SKEEL, JR., *Creditors' Ball: The "New" New Corporate Governance in Chapter11*, in *U. P.A. L. Rev.*, 2003, 917-920; E. WARREN – J.L. WESTBROOK, *Secured Party in Possession*, in *Am. Bankr. Inst. J.*, 2003, 12; J. L. WESTBROOK, *The Control of Wealth in Bankruptcy*, in *Tex. L. Rev.* 2004, 843-44

¹³ D.G. BAIRD – R. K. RASMUSSEN, *The End of Bankruptcy*, op.cit.; D.G. BAIRD – R. K. RASMUSSEN, *Chapter 11 at Twilight*, op.cit. Sul punto v. anche D. VATTERMOLI, *Chapter11 e tutela dei creditori (note a margine del caso Lehman Brothers)*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2009, 67 ss.

¹⁴ Si ritiene che i *residual owners* siano "persons whose interests are identical with those of the firm as a whole" così L.M. LOPUCKY, *The Myth of the Residual Owner: An empirical study*, in *Law and Economics Res. Papers*, n. 3/11, 2003, 1342. La *residual owner doctrine* è stata di recente oggetto di studio da parte di D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine*, in *Riv. Soc.*, 2018, 858 ss.

aumentare tale percentuale; mentre l'insuccesso potrebbe diminuirla. Solo essi, pertanto, hanno interesse ad un progetto di risanamento dell'impresa insolvente che non sia rischioso a tal punto da poter pregiudicare, in caso di insuccesso, la parte di credito che sarebbe soddisfatta in sede di *liquidation*.

A tal fine, l'*American Bankruptcy Institute* (ABI)¹⁵ ha istituito una commissione che ha elaborato una proposta di riforma del *Chapter 11*. Scopo di questo lavoro è analizzare come la commissione intenda individuare il *residual owner* e risolvere il conflitto esistente tra i creditori di rango diverso. In particolare, l'indagine avrà ad oggetto la proposta avanzata inerente l'introduzione del *redemption option value* come valore da attribuire, in deroga al principio generale della *Absolute Priority Rule*¹⁶, ai *residual owners* (definiti nel *report* creditori *immediately juniors*).

Prima di entrare nel dettaglio, sembra opportuno premettere qualche breve cenno sui diritti ed i poteri, patrimoniali e amministrativi, che l'attuale ordinamento statunitense garantisce ai *secured creditors*. Lo studio si chiuderà con alcune riflessioni per valutare se il legislatore italiano possa – e in che modo – prendere spunto dall'esperienza statunitense.

2. – L'indagine, dunque, procederà con l'analisi di quelli che sono i diritti patrimoniali dei *secured creditors*.

È noto che obiettivo del debitore è l'omologa giudiziale del piano (*confirmation*), e che il *Bankruptcy Code* disciplini due ipotesi di omologazione: la prima, conforme alla volontà dei creditori; la seconda, contraria alla volontà (di parte) dei creditori (procedimento di *cram down*).

Nonostante il carattere privatistico della procedura, la Corte, in questa seconda ipotesi, previa richiesta di parte interessata, ha il potere di omologare il piano che non discrimini ingiustamente (*discriminate unfairly*) la classe di creditori non aderenti e che sia valutato equo e giusto (*fair and equitable*)¹⁷.

¹⁵ Sul sito web www.abi.org/about-us si legge che: "With more than 12,000 members, the American Bankruptcy Institute (ABI) is the largest multi-disciplinary, non-partisan organization dedicated to research and education on matters related to insolvency. Founded in 1982 to provide Congress and the public with unbiased analysis of bankruptcy issues, ABI is the premier professional organization in the field. Members span the entire spectrum of professionals and include attorneys, accountants, auctioneers, judges, lenders, academics, turnaround specialists, credit professionals and many others".

¹⁶ Sulla *Absolute Priority Rule* si segnala un recente scritto di L. M. MÉJAN, *Regla de la prioridad absoluta*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2020, I, 119 ss.

¹⁷ Con riferimento a questa seconda ipotesi v. M. SCIUTO, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo*, op. cit., 568: "Questa chance accordata al debitore è di massima importanza per una agevole ed economica approvazione del piano".

La condizione di piano equo e giusto, strettamente connessa alla regola di distribuzione verticale del patrimonio responsabile, è stata introdotta dal *Bankruptcy Act* del 1898. Il piano era considerato *fair and equitable* quando la soddisfazione dei creditori di rango *junior* veniva subordinata all'integrale pagamento dei creditori di rango *senior*.

Il *Bankruptcy Code*, affinché il piano possa dirsi equo e giusto, prevede, oltre al rispetto della regola dell'*Absolute Priority Rule*, una serie di requisiti a seconda che la classe non aderente sia rappresentata dai *secured creditors*, dai creditori *unsecured* ovvero dai titolari di azioni o quote. Nel caso in cui la classe dissenziente sia composta dai *secured creditors*, la condizione di piano equo e giusto sarebbe rispettata al verificarsi di una delle tre seguenti condizioni:

a) ai creditori garantiti è offerto un pagamento dilazionato nel tempo pari al totale del credito vantato. Tale ipotesi è subordinata al mantenimento della garanzia fino a concorrenza dell'intero pagamento, anche nel caso di cessione a terzi del bene¹⁸;

b) il piano prevede la soddisfazione del creditore garantito sul ricavato dalla vendita del bene gravato da privilegio. In tal caso il *collateral* è ceduto a terzi libero da gravami¹⁹;

c) il piano prevede che i *secured creditors* realizzino dalla procedura una somma indubbiamente equivalente al valore dei diritti vantati (*indubitable equivalent of such claims*)²⁰.

Qualora il *collateral* fosse essenziale ai fini di un'efficiente riorganizzazione dell'attività d'impresa, il debitore, per usufruirne, potrebbe optare per due delle tre alternative, segnatamente quelle descritte ai punti *sub a)* e *c)*.

In ipotesi di dilazione di pagamento, di cui al punto *sub a)*, la quota capitale del credito dev'essere maggiorata con gli interessi dovuti fino al giorno previsto per la soddisfazione. Il tasso d'interesse da corrispondere al creditore garantito dovrà comprendere, deve ritenersi, una componente che vada a coprire il rischio di *default*, ossia il rischio che, alle scadenze pattuite, il debitore non riesca ad adempiere le obbligazioni. La determinazione di tale variabile è tutt'altro che agevole e, spesso, è oggetto di contestazione da parte del creditore garantito, determinando problemi ai fini dell'omologa.

¹⁸ Section 1129 (b) (2) (A) (i) (I) U.S. Code.

¹⁹ Section 1129 (b) (2) (A) (i) (II) U.S. Code.

²⁰ Section 1129 (b) (2) (A) (iii) U.S. Code. La dottrina della "*indubitable equivalent*" – dalla quale ha tratto origine la norma – è stata elaborata, per la prima volta, sentenza in *re Muriel Holding Corporation*, 75 F. 2d 941, 2nd. Cir. 1935.

Con riguardo all'ipotesi descritta al punto *sub c)*, si è registrato, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, un vivace dibattito su ciò che debba intendersi con l'espressione "*indubitable equivalent of such claims*"²¹. Più in particolare, se è certo che il valore da prendere in considerazione è quello dei diritti vantati sul *collateral*, assai più dubbio è se il valore di tali diritti, per essere considerato indubbiamente equivalente a quanto proposto dal piano, debba compensare, anche in tale ipotesi, il rischio d'insuccesso della *reorganization*²². Come detto, però, misurare il tasso di rischio sopportato dal creditore garantito nel riorganizzare gli *assets* del debitore è operazione complessa che, in ogni caso, conduce a risultati discutibili. È ragionevole pensare, dunque, che tali incertezze creino numerose difficoltà nel momento in cui si voglia ottenere l'omologa in regime di *cram down*²³, con la conseguenza che per evitare il pericolo di veder respinta la domanda di *reorganization*, il debitore si piegherà a qualsiasi richiesta avanzata dai creditori garantiti.

3. – L'omologa giudiziale attraverso il procedimento di *cram down* è un

²¹ AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, *ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11: Final Report and Recommendation*, 2014, 229: "The valuation of a secured creditor's claim thus involves at least two questions, both of which can provoke litigation: What is the appropriate valuation standard for the property included in the secured creditor's collateral, and what is the appropriate standard for determining the value of the secured creditor's interest in such collateral under that standard? It also can raise a third issue concerning the appropriate valuation methodology - e.g., discounted cash flow, precedent sale transactions, and comparable company analysis. Courts have taken different approaches to questions of valuation in chapter 11. Some courts suggest that liquidation value is always an appropriate standard for determining the value of the secured creditor's interest in collateral because the debtor is operating in bankruptcy. Other courts apply a liquidation standard when valuing claims in chapter 7, and a going concern standard in reorganizations under chapter 11 on the theory that the valuation should be based on how the collateral is being used. Still other courts struggle with whether a liquidation standard, if appropriate, should be analyzed on a forced-sale or orderly-sale basis. The uncertainty surrounding valuation issues generates both litigation and, arguably, consensual resolutions". Sul punto, in *re Ridge Development Corp.*, la Corte ha così stabilito: "If reasonable people can differ on the valuation of property, the valuation might be proved by a preponderance of the evidence but the conclusion would not be indubitable". Si veda anche *In re Walat Farms, Inc.*, 70 B.R. 330, 333, 15 Bankr. Ct. Dec. (CRR) 758, Bankr. L. Rep. (CCH) P 71721 (Bankr. E.D. Mich. 1987).

²² La giurisprudenza ritiene infatti che il quantum da offrire ai creditori garantiti debba compensare sia il valore del credito, sia il rischio d'insoddisfazione nel caso d'insuccesso della procedura v. *In Re Sparks*, 181 B.R. 341 (Bankr. N.D.Ill.1995) (disponibile on-line sul sito <https://www.courtlistener.com/opinion/1878381/in-re-sparks/>)

²³ Si veda D.G. BAIRD – D.S. BERNSTEIN, *Absolute Priority, Valuation Uncertainty, and the Reorganization Bargain*, in *Yale L.J.*, 2006, 1930 ss.

procedimento estremamente complesso. Si è detto delle difficoltà che incontra il debitore nel predisporre un piano che preveda, con riguardo ai *secured creditors*, un'offerta indubbiamente equivalente ai diritti vantati. La semplice minaccia di un voto contrario, quindi, permette ai *secured creditors* di controllare l'andamento della procedura, ed avendo essi, come detto, esclusivo interesse alla celere liquidazione del *collateral*, imporranno al debitore l'utilizzo dello strumento disciplinato dalla *section 363 (b)* del *Bankruptcy Code*²⁴.

La *section 363 (b)* del *Bankruptcy Code* consente, previa autorizzazione della Corte, la rapida cessione di tutti, o sostanzialmente tutti gli *assets* del debitore anche fuori dal normale corso delle attività d'impresa. La richiesta autorizzazione dev'essere formulata nel periodo che intercorre tra la domanda di *reorganization* e la realizzazione del piano.

È noto che il *Chapter 11* fa perno proprio sulla predisposizione, approvazione ed omologazione del c.d. *plan*²⁵; ciononostante, la *section 363 (b)* consente al *Trustee* (o al *Debtor in Possession*) di liquidare gran parte dell'attivo prima dell'omologazione del piano. Tale ipotesi, in teoria, dovrebbe rappresentare l'eccezione e non la regola della procedura; il legislatore statunitense ha, infatti, inteso offrire un'alternativa al caso abituale (che, come detto, prevede il deposito di un piano di riorganizzazione seguito dall'approvazione dei creditori), per eventualità rare nelle quali l'attivo del debitore presenti beni soggetti a rapido deterioramento.

Per comprendere la *ratio* sottesa alla disciplina è utile indagare l'evoluzione storica della stessa, partendo dalla versione originaria del *Bankruptcy Act* del 1867 e terminando con la versione attuale, introdotta dal *Bankruptcy Reform Act* nel 1978.

A. La *section 25* del *Bankruptcy Act* del 1867 stabiliva che: "*And be it further enacted, that when it appears to the satisfaction of the court that the estate of the debtor, or any part thereof, is of a perishable nature, or liable to deteriorate in value, the court may order the same to be sold, in such manner as may be deemed most expedient, under the direction of the messenger or assignee, as the case may be, who shall hold the funds received in place of the estate disposed of (...)*". La

²⁴ Su tutti cfr. C. J. TABB, *The Bankruptcy Clause, the Fifth Amendment, and the Limited Rights of Secured Creditors in Bankruptcy*, in *U. Ill. L. Rev.*, 2015, 771.

²⁵ L.U. DAVIS JR. – M.B. MCCULLOUGH – E.P. McNULTY – R.W. SCHULER, *Corporate Reorganization in the 1990s: Guiding Directors of Troubled Corporation Through Uncertain Territory*, in *The Business Lawyer*, 47, 1, 1991, 21 ha correttamente ritenuto che: "il piano è la pietra angolare della *reorganization*". Sul punto v. anche L. PICONE, *La reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, 87 ss.

condizione per procedere alla vendita era, dunque, quella della “*perishable nature, or liable to deteriorate in value*” dei beni, potendo la cessione aver luogo solo nel caso di beni soggetti a rapido deterioramento, con l’intento di conservarne il valore di liquidazione.

B. Con la riforma del 1898 la norma fu abrogata, ma si registrarono casi nei quali la Corte autorizzò la cessione di parte del patrimonio per evitare una perdita di valore nel tempo²⁶.

C. Il *Chandler Act* del 1938 interviene per disciplinare nuovamente la fattispecie, e alla *section 116 (3)* dispone: “*Upon the approval of a petition, the judge may (...) authorize a receiver or a trustee or a debtor in possession, upon such notice as the judge may prescribe and upon cause shown, to lease or sell any property of the debtor, whether real or personal, upon such terms and conditions as the judge may approve*”. In capo al *Trustee*, ovvero al debitore in ipotesi di *Debtor in Possession*, sorge l’obbligo di dimostrare quale sia la ragione (*upon cause shown*) per la quale sia necessario *to lease or sell any property of the debtor*.

D. Ai sensi della *section 363 (b)* del *Barnkrupcty Code*: “*The trustee, after notice and a hearing, may use, sell, or lease, other than in the ordinary course of business, property of the estate*”. Tale norma dispone, per l’approvazione della vendita, obblighi meramente informativi (*notice and hearing*). Nel silenzio della legge, si è ritenuto che l’intento del legislatore fosse quello di legittimare ogni cessione sorretta da una *good business opportunity and business justification*²⁷, ampliando così il ventaglio delle possibili liquidazioni: il *Bankruptcy Act* del 1867 e il *Chandler Act* del 1938 impongono, ai fini del rilascio dell’autorizzazione per la vendita, requisiti più severi quali la “*perishability* dei beni” ed il dovere di “*show cause of the sale*”, circoscrivendo il campo delle liquidazioni meramente a limitate ipotesi.

L’indagine storica aiuta a comprendere che la disciplina di cui alla *section 363 (b)*, dovrebbe perseguire l’obiettivo di valorizzare l’attivo patrimoniale del debitore, evitando una svalutazione nel tempo che intercorre tra la domanda di *reorganization* e la predisposizione del piano.

²⁶ *In re Pedlow*, 209 F. 841, 842 (2d Cir.1913). V. inoltre *Hill v. Douglass*, 78 F.2d 851, 853-54 (9th Cir.1935).

²⁷ *In re Lionel Corp.*, 722 F.2d 1063, 1066, (2Cir. 1983) (disponibile on-line sul sito <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/722/722.F2d.1063.83-5060.517.html>), la Corte ha ritenuto che: “[T]here must be some articulated business justification, other than appeasement of major creditors for using, selling or leasing property out of the ordinary course of business before the bankruptcy judge may order such disposition under 363(b)”.

Come visto, la procedura per il rilascio dell'autorizzazione per la vendita richiede oggi requisiti meno stringenti rispetto al passato. Proprio perché nella vendita sussisterebbero *good business opportunities and business justifications*, il procedimento di autorizzazione dev'essere snello e veloce, tale da evitare che il trascorrere del tempo conduca alla svalutazione degli *assets*²⁸. È noto, però, che i giudizi caratterizzati da speditezza comportano un arretramento delle garanzie processuali. Ed invero, tali procedimenti sono carenti dei principi essenziali del "giusto processo" quali, ad esempio, il contraddittorio tra le parti e il diritto alla prova. La rapidità che caratterizza il procedimento disposto dalla *section 363 (b)*, proprio perché nega il contraddittorio tra le parti e il diritto alla prova, colloca i creditori *unsecured* fuori dal governo del patrimonio. Nella prassi, infatti, i creditori *unsecured* si sono trovati nell'impossibilità di tutelare il loro interesse alla riorganizzazione piuttosto che alla liquidazione; al contrario, i *secured creditors* hanno conquistato il "potere amministrativo" indirizzando la procedura, attraverso l'utilizzo dello strumento disciplinato dalla *section 363 (b)* del *Bakruptcy Code*, verso la rapida cessione dei beni prima della predisposizione del piano di *reorganization*.

4. – Dall'indagine sui diritti e poteri, patrimoniali e amministrativi, che l'attuale ordinamento statunitense garantisce ai *secured creditors*, sono emerse le ragioni sulla base delle quali le scelte strategiche in ordine alla gestione del patrimonio in crisi sono nelle mani dei creditori garantiti²⁹. Qualora, al contrario, le decisioni fossero assunte nell'interesse dei *residual owners* che, come detto, sono i più interessati a che la gestione sia la più efficiente possibile, l'obiettivo di massimizzare la soddisfazione dei creditori attraverso la valorizzazione del patrimonio del debitore in crisi verrebbe conseguito.

Al fine di bilanciare gli interessi in gioco, la commissione istituita dall'*American Bankruptcy Institute* ha proposto l'introduzione di un procedimento volto a regolare, in ipotesi di *section 363 (b)*, il rilascio dell'autorizzazione alla vendita. La Corte potrà autorizzare la liquidazione dei beni solo se sia stata garantita una realizzazione delle pretese vantate,

²⁸ La *good business opportunity and business justification* è eretta dalla circostanza che il trascorrere del tempo determina alla svalutazione dei beni, obbligando il debitore alla rapida cessione.

²⁹ Le difficoltà, in ipotesi di *cram down*, nel predisporre un'offerta indubbiamente equivalente al valore dei diritti vantati dai creditori garantiti e la facilità, attraverso il procedimento disciplinato dalla *section 363 (b)*, di liquidare atomisticamente gli *assets*, consegnano il governo della procedura nelle mani dei *secured creditors*.

almeno pari al *redemption option value*³⁰, in favore di chi si trova – seguendo l'*Absolute Priority Rule* – in posizione *immediately junior* rispetto all'ultimo creditore soddisfatto.

Per comprendere la *ratio* sottesa alla proposta è opportuno avvalersi di un esempio numerico.

Supponiamo che si apra la *reorganization* dell'impresa Alfa. Il *liquidation value* del patrimonio è pari ad € 1.000.

Il passivo è costituito da quattro creditori:

- A, privilegiato di primo grado, concorre sul patrimonio per € 200;
- B, privilegiato di secondo grado, concorre sul patrimonio per € 750;
- C, chirografo concorre sul patrimonio per € 500;
- D, postergato assoluto, concorre sul patrimonio per € 750.

In caso di successo, si stima che il *reorganization value* sarà uguale ad € 1.200.

Il creditore A, vantando pretese per € 200, con privilegio di primo grado su un patrimonio di € 1.000, ha numerose probabilità di veder integralmente soddisfatte le ragioni vantate, anche in caso di insuccesso della *reorganization*. Ed invero, il credito sarebbe insoddisfatto solo nella remota ipotesi che la gestione della massa attiva generi una svalutazione del patrimonio superiore all'80%.

Il creditore B, vantando pretese per € 750, con privilegio di secondo grado sul patrimonio dell'impresa Alfa, si trova in posizione *immediately junior* rispetto ad A e in posizione *senior* rispetto a C. Secondo la regola di assoluta priorità, prima di iniziare un riparto in favore di B è necessario il soddisfacimento integrale delle ragioni vantate dal creditore A. Da ciò segue che, il valore dei beni sui quali insiste il privilegio è uguale alla differenza tra il *liquidation value* dell'impresa Alfa (euro 1.000) e il credito vantato da A (euro 200), pari ad € 800 e, pertanto, capiente ai fini del soddisfacimento integrale del credito vantato da B (euro 750). L'insuccesso della *reorganization*, nel caso in cui generi una svalutazione del *liquidation value*, comporterebbe un pregiudizio in capo a B che correrebbe il rischio di non veder integralmente soddisfatto il credito vantato. Può dirsi che il creditore B non ha nulla da guadagnare, ma solo da perdere, dall'avvio di una procedura di risanamento.

Il creditore C si trova in posizione *immediately junior* a B e *senior* rispetto a D. Sempre in ragione dell'*Absolute Priority Rule*, la soddisfazione delle pretese vantate da C è postergata al soddisfacimento integrale dei crediti

³⁰ Il "*Redemption option value*" rappresenta valore di una "teorica" opzione finanziaria *call* che abbia come sottostante l'intero patrimonio del debitore.

vantati da A e B. Il valore dei beni sul quale insiste la garanzia di C è uguale alla differenza tra il *liquidation value* (euro 1.000) e la somma dei crediti vantati da A e B (euro 950). Il creditore C, in caso di liquidazione del patrimonio responsabile sarebbe soddisfatto parzialmente per € 50.

In ipotesi di efficiente gestione della procedura collettiva, si è ipotizzato un *reorganization value* uguale ad € 1.200; tale valorizzazione del patrimonio consentirebbe una migliore soddisfazione – pari ad euro 250 – delle pretese vantate da C. L’insuccesso della procedura di risanamento, però, potrebbe generare una svalutazione del patrimonio responsabile tale da determinare il mancato soddisfacimento di quanto otterrebbe C in ipotesi di liquidazione, ovvero euro 50. A ben vedere, può dirsi che C è il *residual owner* poiché subisce gli effetti – positivi o negativi – che genera la procedura.

Il creditore D, postergato assoluto, è sempre fuori dai giochi (*out of the money*): né il *liquidation value*, né il *reorganization value* consentono una valorizzazione del patrimonio tale da garantire la soddisfazione integrale di tutti i creditori *seniors* a D.

Il conflitto esiste tra B – totalmente avverso al rischio poiché dalla riorganizzazione ha solo da perdere – e C che, al contrario, ha interesse alla valorizzazione della massa attiva attraverso un’efficiente gestione degli *assets*. Esiste, dunque, tra il *secured creditor* che seguendo l’*Absolute Priority Rule* sarà l’ultimo ad essere soddisfatto integralmente e il creditore *immediately junior* ad esso, che si troverà in posizione di *residual owner*³¹.

³¹ L’esempio sopra considerato è utile, altresì, per comprendere il concetto di *parti interessate* di cui all’art. 2, co.1, n. 2 della Direttiva (UE) 2019/1023 sulla ristrutturazione e sull’insolvenza. A ben vedere, al suo interno, la direttiva distingue tra “*parti interessate dal piano di ristrutturazione*”, per tali intendendosi i creditori, i lavoratori, o i detentori di strumenti di capitale, “*su cui rispettivi crediti o interessi incide direttamente il piano di ristrutturazione*”; e “*parti non interessate dal piano di ristrutturazione*”. Con riguardo alle parti non interessate all’art. 8, co. 1, lett. e) è stabilito che il piano di ristrutturazione deve descrivere i motivi per cui si propone che non siano interessate.

Nel nostro caso, può dirsi che i creditori A e D siano le “*parti non interessate dal piano di ristrutturazione*”; mentre i creditori B e C siano “*le parti interessate dal piano di ristrutturazione*”. Il creditore A, invero, non avrebbe alcun interesse all’andamento della procedura poiché sarebbe integralmente soddisfatto, sia in caso di successo, sia in caso d’insuccesso della *reorganization*; così come il creditore D che, qualsiasi sia l’esito finale della procedura, mai troverà soddisfazione della pretesa vantata. Al contrario, si è visto che il creditore B è interessato all’andamento della *reorganization* poiché potrebbe veder pregiudicate le pretese vantate nell’ipotesi in cui una cattiva gestione della procedura determini la svalutazione del patrimonio responsabile; così come, il creditore C è indubbiamente interessato poiché subisce gli effetti positivi e negativi generati dal successo o dall’insuccesso della procedura.

La disciplina descritta dalla direttiva comunitaria esclude le parti *non interessate* dai legittimati al voto sull’adozione del piano di ristrutturazione. Al

Il creditore B, attraverso quelli che abbiamo definito come diritti patrimoniali e poteri amministrativi, potrà imporre al debitore la liquidazione degli *assets* tramite lo strumento disciplinato dalla *section 363 (b)* del *Code*. Il creditore C, non potendo contestare l'evidenza che la riorganizzazione dell'impresa porterebbe ad un miglior soddisfacimento delle pretese vantate, sarebbe messo *out of the money* e dovrebbe accontentarsi del *liquidation value*.

Al fine di contemperare gli interessi in gioco, garantendo un'adeguata tutela alle ragioni vantate dal *residual owner*, ispirandosi alla dottrina statunitense meglio conosciuta con l'espressione *Relative Priority Rule*, la commissione istituita dall'*American Bankruptcy Institute* propone di attribuire il *redemption option value* al creditore C³². La soluzione consentirebbe: i) al

contrario, le parti interessate sono legittimate al voto e, in caso di dissenso, possono contestare l'omologa chiedendo la verifica sul valore dell'impresa in crisi per presunta violazione della regola del miglior soddisfacimento dei creditori. A ben vedere, però, la valutazione del patrimonio in crisi è tutt'altro che agevole, varia a seconda del metodo di valutazione adottato e, spesso, è oggetto di contestazione determinando problemi ai fini dell'omologa. Sul punto v. A. SCHWARTZ, *A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy*, in Yale L.J., 1998, 807 ss.; e M. Sciuto, *La classificazione dei creditori nel concordato preventivo*, op. cit., 569 secondo il quale il vero problema della *reorganization* consiste nel "dover ad procedere una stima (meglio sarebbe a dirsi: una scommessa) del valore dell'impresa riorganizzata (a seguito cioè della prevista riorganizzazione), onde stabilire quanto sarebbe dovuto spettare a ciascuna classe se si fosse rispettata la *priority rule*."

Questo processo - l'esperienza lo ha dimostrato fuor di dubbio - può essere lunghissimo (e quindi fonte di incertezza e di ritardi capaci di ripercuotersi fatalmente sull'avviamento dell'impresa) e molto costoso (a causa delle parcelle dei professionisti che coinvolgerebbe) (...) E comunque, il processo di valutazione resta fortemente impreciso, fondandosi esclusivamente su una prognosi di futuri guadagni, attualizzati secondo un tasso di interesse anch'esso oggetto di incertezza e di forti contrasti. Si tratta insomma di un procedimento che può richiedere "a high degree of crystal-ball gazing" e che, a causa dei lunghi accertamenti, rischia di (...) far morire il paziente mentre i medici discutono al suo capezzale. La valutazione dell'impresa in esercizio - può dirsi allora senza timore di esagerazioni - è il problema della *Reorganization statunitense*. È perciò che spesso, di fronte al possibile dissenso di qualche classe (che richiederebbe il ricorso ad un *cram down* e allora l'esperimento di un *fair and equitable test*, previa stima del *going concern value*), si preferisce rinegoziare il trattamento della *dissenting class* al fine di strapparle quel consenso che consenta di evitare del tutto il *cram down*".

³² Sull'adozione della *Relative Priority Rule*, v. D. BAIRD, *Priority Matters: Absolute Priority, Relative Priority, and the Cost of Bankruptcy*, in U. Pa. L. Rev., 2017, 785. Sempre in tema di *Relative Priority Rule*, benché in merito al conflitto tra soci e creditori nel concordato preventivo in continuità aziendale, così si è espresso D. VATTERMOLI, *La posizione dei soci*, op. cit., 868: "la RPR si fonda sull'attribuzione ai titolari di posizioni junior sul patrimonio del debitore - nel caso che qui ne occupa, i soci della società in concordato in continuità - di una *call option*, il cui esercizio, ad una data (*exercise date*) e

senior creditor di assicurarsi il potere di gestione per indirizzare la procedura verso una serena liquidazione degli *assets*; e ii) al *residual owner*, identificato nel creditore *immediatly junior*, di soddisfarsi attraverso il *redemption option value*.

Affinché tale proposta possa essere accolta senza recare un pregiudizio ai *residual owners* che, si osservi, verrebbero spossessati del potere di gestione del patrimonio, è necessario assicurare che il *redemption option value* corrisponda al valore delle azioni della società in crisi. In astratto, infatti, si ritiene che i *residual owners* si sostituiscano ai soci quali investitori di capitale di rischio, divenendo (fittiziamente) i nuovi detentori delle azioni della società. Per spossessarli dal governo del patrimonio, è necessario offrire loro una somma pari al valore dei titoli azionari ma, com'è noto, la determinazione di tale valore varia a seconda del metodo di valutazione adottato. La commissione, pertanto, reputa opportuno introdurre nel sistema legislativo i criteri sulla base dei quali debba essere stimato il valore del patrimonio responsabile. A tal proposito, dopo aver a lungo indagato sui vari metodi offerti dalla dottrina aziendalistica, i commissari hanno scelto il *Black and Scholes model*. Tale modello equipara il valore del capitale proprio al valore di un'opzione finanziaria *call* su valore dell'impresa stessa³³. Com'è noto, le opzioni *call* garantiscono al portatore il diritto di acquistare un'attività, detta sottostante, entro una data certa, previo pagamento di un "premio" iniziale. Il portatore esercita l'opzione "scommettendo" che il valore del sottostante, alla scadenza, sia superiore rispetto al premio iniziale pagato. Nell'ipotesi di impresa in crisi, il portatore di tale "fittizia" opzione è il *residual owner*³⁴. In sostanza, il *residual owner* "scommette" che la gestione efficiente della *reorganization* sarà in grado di aumentare il valore del patrimonio in modo da massimizzare la *recovery* delle pretese vantate.

Il creditore *senior* potrà sostituirsi nelle ragioni del *residual owner*, spossessandolo del potere di gestione, solo pagando il prezzo di tale "fittizia" opzione finanziaria *call*.

Al fine della determinazione del "prezzo" dell'opzione, il modello di *Black and Scholes* utilizza quattro variabili: la data entro la quale esercitare il diritto di opzione (*expiration date*); la volatilità del prezzo dell'azione

ad un prezzo (strike price) prefissati, consente loro di estromettere i titolari di posizioni *senior* dalla partecipazione al capitale sociale dell'ente risanato".

³³ F. BLACK, M. SCHOLES, *The pricing of the Options and Corporate Liabilities*, in *Journal of Political Economy*, 1973, 637-654.

³⁴ Nell'esempio il creditore C. Il creditore *senior* (cioè B), per mettere fuori dai giochi il *residual owner* (cioè C) deve corrispondere il valore della teorica opzione finanziaria *call* di cui è portatore in caso di crisi.

(*volatility*); il tasso privo di rischio (*risk free rate*); e il prezzo di esercizio (*strike price*). Nel *report* finale, la commissione chiarisce quali sono i criteri da adottare per la determinazione di tali variabili.

– Quanto alla *expiration date*, in ragione della durata media del *reorganization plan*, è stata fissata alla scadenza del terzo anno successivo alla data della domanda;

– La *volatility* secondo i commissari può essere alternativamente determinata (i) o in relazione alla volatilità che storicamente ha caratterizzato le imprese simili, (ii) o di comune accordo tra le parti, (iii) ovvero utilizzando l'indice fornito da *S&P500 Index*;

– Il *risk free rate* sarà uguale al tasso dei titoli di stato;

– Lo *strike price* sarà pari all'indebitamento complessivo dell'impresa stessa³⁵.

È opportuno soffermarsi sullo *strike price* poiché può risultare estremamente difficile individuare il livello di indebitamento complessivo dell'impresa in stato di crisi. Ed invero, si è detto che il portatore di tale opzione finanziaria *call* è il *residual owner* che si sostituisce – fittiziamente – agli azionisti a seguito della conversione del credito in titoli azionari. Atteso che, da un lato, il capitale sociale è eroso dalle perdite e, dall'altro lato, i creditori che si trovano in posizione *junior* rispetto al *residual owner* sono *out of the money*³⁶, il valore dell'indebitamento dovrà essere valutato pari alle pretese vantate da chi si trova, secondo lo schema di assoluta priorità, in posizione *senior* rispetto al *residual owner*. A ben vedere, la difficoltà principale che si registra in merito alla determinazione dello *strike price* è data dalla corretta individuazione del *residual owner*. Riconoscere chi, nel novero del differenziato insieme dei creditori, occupi la posizione di *residual owners* è operazione molto complessa. In linea di massima, i *residual owners* vengono identificati nei creditori *unsecured*³⁷, poiché essendo soddisfatti parzialmente subiscono gli effetti positivi e negativi della procedura. Va detto, però, che anche all'interno di tale macro-categoria è possibile rinvenire soggetti con interessi eterogenei. Ed invero, è possibile trovare i) i creditori garantiti da un bene incapiante; ii) i creditori chirografari in senso stretto; iii) i creditori "relativamente" subordinati, la cui soddisfazione

³⁵ Sul punto così S. FONTANA, *L'applicazione della formula di Black and Scholes per la stima del capitale economico delle aziende*, Roma, 2011, 44: "L'emissione delle obbligazioni comporta teoricamente la cessione dell'impresa ai creditori e il diritto di opzione degli azionisti di "riacquistare" l'impresa rimborsando il debito alla scadenza. Detto importo rappresenta il prezzo d'esercizio (*strike price*), mentre il valore totale dell'impresa funge da attività sottostante".

³⁶ Perché in nessun caso saranno soddisfatti.

³⁷ D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati*, op. cit., 356, nt. 4.

dipende dal previo soddisfacimento integrale di alcuni (e non tutti) gli aventi diritto sul patrimonio del debitore; ovvero *iv*) i creditori che in nessun caso saranno soddisfatti poiché *juniors* nell'ambito di un patrimonio insufficiente a soddisfare integralmente le ragioni dei *seniors*³⁸. L'idea di equiparare il valore del capitale proprio al valore di un'opzione finanziaria *call* su valore dell'impresa stessa, è valida principalmente perché consente l'emersione spontanea del *residual owner*. Ed invero, risulta semplice notare come solo il *residual owner* abbia interesse ad investire nella *reorganization* "scommettendo" che la gestione efficiente della procedura sarà in grado di aumentare il valore del patrimonio in modo da massimizzare la *recovery* delle pretese vantate. Allo stesso modo, è agevole osservare che solo chi si trova in una posizione *immediately senior* al *residual owner* possa essere interessato a "pagare" il prezzo delle azioni per indirizzare la gestione della procedura verso una serena liquidazione degli *assets*. Ed infatti, nell'esempio proposto, il creditore A non trae alcuna convenienza nel pagare il *redemption option value* al creditore C, in quanto ha una probabilità molto elevata di vedere soddisfatte le pretese vantate al termine della procedura³⁹. Diversamente, il creditore B, che occupa la posizione di *immediately senior* rispetto a C, potrebbe avere interesse a pagare un prezzo per esercitare l'opzione *call* ed indirizzare la procedura verso una rapida e sicura liquidazione dei beni. Da quanto innanzi osservato discende, dunque, che *i*) il creditore *immediately junior* – rispetto a chi esercita l'opzione – si trova nella posizione di proprietario residuale; e *ii*) l'indebitamento dell'impresa in crisi è pari al valore delle pretese vantate da chi si trova in posizione *senior* rispetto al creditore *immediately junior*⁴⁰.

³⁸ Nell'esempio sopra considerato, il creditore D fa parte della macro-categoria degli *unsecured*, ma non vi è alcun motivo per cui la gestione della procedura debba indirizzarsi nel suo interesse, proprio perché, come detto, sarà insoddisfatto anche in ogni caso. Al contrario, il creditore C, anch'esso facente parte della classe di creditori *unsecured*, poiché soddisfatto parzialmente, trae un vantaggio dalla massimizzazione del valore del patrimonio, ed è pertanto che nel suo interesse gli organi della procedura dovrebbero operare.

³⁹ Si ricorda che nell'esempio proposto, ai fini di una soddisfazione parziale del creditore A, l'insuccesso della procedura di *reorganization* dovrebbe generare una svalutazione del patrimonio responsabile dell'80% rispetto al *liquidation value*. Risulta, pertanto, oggettivamente probabile, che qualunque sia la scelta strategica assunta dagli organi della procedura, il creditore A sarà soddisfatto integralmente delle pretese vantate.

⁴⁰ Sul punto v. *AMERICAN BANKRUPTCY INSTITUTE, ABI Commission to Study the Reform of Chapter 11: Final Report and Recommendation, 2014, 226*

5. – La proposta avanzata dall'*American Bankruptcy Institute*, senza dubbio coraggiosa, mira a garantire l'efficienza del sistema concorsuale consentendo una deroga all'*Absolute Priority Rule*. Proprio la violazione della regola verticale di distribuzione del patrimonio responsabile che, come noto, rappresenta uno dei principi cardine delle procedure concorsuali, indubbiamente rivolto alla tutela degli interessi dei *secured creditors*, rappresenta la critica più rilevante mossa alla proposta in commento. Il creditore *immediatly junior*, per essere spossessato della gestione del patrimonio, è soddisfatto, attraverso il *redemption option value*, antecedentemente alla soddisfazione integrale dei creditori di rango *senior*⁴¹. A tal proposito, è stato detto che l'introduzione del *redemption option value* comporterebbe "*significant and negative implications for Secured Lenders*"⁴².

A ben vedere, però, non sarebbe la prima deroga alla regola di assoluta priorità. Ed invero, la giurisprudenza statunitense ha da tempo elaborato la teoria conosciuta come "*new value exception*" che intende risolvere, nell'ambito delle procedure di risanamento, il conflitto che sorge tra soci, interessati a mantenere una quota del capitale sociale, e creditori, interessati ad essere soddisfatti integralmente. Seguendo quello che è, appunto, l'ordine verticale di distribuzione del patrimonio responsabile, i soci avrebbero diritto a mantenere il possesso delle partecipazioni sociali solo dopo aver soddisfatto integralmente tutti i creditori. Al contrario, tramite l'applicazione della *new value exception*, i soci avranno diritto a mantenere la proprietà delle quote di capitale previo pagamento di un prezzo, pari al valore teorico delle azioni, in favore dei creditori soddisfatti in percentuale.

Il *redemption option value*, all'opposto della *new value doctrine*, contempera il conflitto d'interesse che nasce tra i creditori di diverso rango.

Se è vero che la *new value doctrine* può essere replicata, seppure con alcuni temperamenti, nell'ordinamento domestico, in particolare nell'ipotesi di concordato con continuità aziendale⁴³, è da valutare l'idea di una

⁴¹ È probabile, altresì, che la liquidazione degli *assets* si rilevi rapida ma inefficiente, pregiudicando – conseguentemente – le pretese vantate dal creditore *senior* che ha esercitato l'opzione. Al contrario il creditore, *immediatly junior* riceverà prima della liquidazione del patrimonio responsabile una soddisfazione pari al *redemption option value*.

⁴² CHAPMAN & CUTLER LLP, *Redemption option value: Broad Implications for Secured Lenders*, disponibile on-line sul sito https://www.chapman.com/media/publication/470_Chapman_ABI_Commission_Chapter_11_Reform_Redemption_Option_Value_Secured_Lenders_010515.pdf

⁴³ D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale, absolute priority rule e new value exception*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 331 ss.

rivisitazione del concordato preventivo di liquidazione in ragione del *redemption option value*.

Come noto, l'art. 177, co. 2, l. fall. (ripreso dall'art. 109, co. 3 cci) esclude dai legittimati al voto i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento⁴⁴.

Dal contenuto della norma citata emerge l'intento del legislatore domestico di rimettere il controllo della procedura nelle mani dei chirografari, individuando il *residual owner* all'interno di tale categoria di creditori. La *ratio* della disciplina è rinvenuta nella carenza di interesse dei prelatizi soddisfatti integralmente, circa l'esito della procedura.

In realtà, come visto, i creditori privilegiati potrebbero perseguire quale obiettivo quello di essere soddisfatti nel più breve tempo possibile, attraverso una gestione prudente della massa attiva evitando il rischio che l'insuccesso della riorganizzazione (del concordato in continuità aziendale) comporti, nel tempo, la svalutazione degli *assets* del debitore. I creditori prelatizi potrebbero avere interesse a corrispondere un "prezzo" in favore dei creditori *juniors* per entrare nel controllo della procedura e indirizzarla verso una rapida liquidazione.

A tal fine, potrebbe immaginarsi una procedura concordataria che preveda la distribuzione del *redemption option value* ai creditori chirografari e ammetta al voto i creditori privilegiati soddisfatti parzialmente. In tal caso, i creditori chirografari sarebbero esclusi dai legittimati al voto poiché otterrebbero il massimo valore estraibile dall'impresa in concordato. La perdita della legittimazione al voto andrebbe bilanciata da una norma che riconosca il diritto di opposizione all'omologazione a tutti i creditori chirografari (i quali potrebbero, infatti, contestare la determinazione del *redemption option value*).

Sempre ragionando *de jure condendo*, va detto che, nonostante il nostro ordinamento contempli una serie di norme che, al fine dell'applicazione, richiedono la stima del patrimonio responsabile, è al momento assente una disposizione volta a chiarire quale sia il corretto metodo di valutazione. Si pensi all'art. 182-*quinquies* l. fall. (art. 99, co. 3 cci) – che disciplina l'autorizzazione a contrarre finanziamenti funzionali ad una miglior

⁴⁴ Sul trattamento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo v. A. Patti, *Il trattamento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *La gestione straordinaria delle imprese*, 2014, 127 ss.; L. BENEDETTI, *Il trattamento dei creditori con diritti di prelazione nel nuovo concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, 1044 ss.; S. BONFATTI, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 2013, disponibile on line al sito <https://blog.ilcaso.it/stampa/454>.

soddisfazione dei creditori⁴⁵ –, a quanto stabilito dall'art. 186-bis (art. 87, co. 3 cci) – laddove l'esperto deve attestare che la continuità aziendale sia funzionale alla miglior soddisfazione dei creditori –, e per ultimo al principio del “no creditor worse off” (NCWO), proprio della risoluzione bancaria, in base al quale azionisti e creditori non possono ricevere meno di quanto essi riceverebbero in caso di apertura della liquidazione coatta amministrativa nei confronti dell'ente sottoposto a *bail-in*⁴⁶.

Il legislatore domestico affida il compito della stima al professionista, ma non stabilisce, *ex ante*, quale sia il metodo corretto da utilizzare. La scelta del criterio di valutazione dell'impresa in crisi, a seconda che si adotti una stima a valori di funzionamento ovvero a valori di liquidazione, può determinare risultati tra loro molto differenti. Ciò genera incertezza nell'applicazione delle regole in cui è richiesta la valutazione del patrimonio, aumentando i conflitti esistenti tra *secured* e *unsecured creditors* in ordine alla gestione del patrimonio del debitore. È alla luce di tali considerazioni, dunque, che appare interessante e condivisibile la proposta della commissione istituita dall'*American Bankruptcy Institute*, che prevede l'introduzione nel sistema legislativo dei criteri sulla base dei quali debba essere stimato il valore del patrimonio responsabile.

Abstract

THE ADOPTION OF THE RELATIVE PRIORITY RULE TO REFORM THE US CHAPTER 11: THE REDEMPTION OPTION VALUE AS THE VALUE TO BE ENSURED TO RESIDUAL OWNERS

Nel campo della crisi d'impresa, il conflitto esistente tra creditori di diverso rango ha spesso condotto a risultati inefficienti in termini sia di valorizzazione della massa attiva, sia di tutela degli aventi diritti sul patrimonio.

⁴⁵ Secondo S. AMBROSINI, *La tutela dei finanziamenti all'impresa in crisi*, in F. VASSALLI – F.P. LUISO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino, Giappichelli, 2013, 450: “è proprio nella miglior soddisfazione dei creditori che sta l'architrave su cui poggia la norma: la concessione di nuovo credito in tanto può essere autorizzata, in quanto l'esperto sia in grado, sotto la sua responsabilità, di attestare la funzionalità rispetto all'obiettivo che a ben vedere permea di sé l'intera legge fallimentare: la migliore soddisfazione dei creditori”

⁴⁶ Al fine del rispetto del principio del “no creditor worse off” (NCWO), un esperto incaricato dall'Autorità di Vigilanza valutare, prima che si possa procedere all'applicazione della misura, il trattamento che i creditori riceverebbero se l'ente venisse liquidato, appunto, nell'ambito della procedura di l.c.a. In tema di *bail-in* v. J. P. EZQUERRA, *Risoluzione della banca e “bail-in”*: “no creditor worse off”, in *Dir. fall.*, 2020, I, 750 ss.; G. G. TERRANOVA, *Diritti soggettivi senza sovranità (a proposito di bail-in, cram-down e altro)*, in *Dir. fall.*, 2018, I, 93 ss.

Da un lato, i *secured creditors*, qualora il valore del bene o diritto sul quale grava il privilegio sia capiente rispetto all'importo del credito vantato, non ottenendo alcun vantaggio da una procedura di risanamento, hanno esclusivo interesse alla celere liquidazione degli *assets*.

Dall'altro lato, gli *unsecured creditors*, per una miglior soddisfazione delle pretese vantate, sono interessati alla valorizzazione del patrimonio responsabile attraverso la riorganizzazione dei beni e la salvaguardia del *going concern*.

Al fine di contemperare il conflitto esistente tra le diverse tipologie di creditori, l'*American Bankruptcy Institute*, con specifico riferimento alla procedura statunitense di *reorganization*, ha consigliato l'introduzione del *redemption option value* come valore da offrire ai creditori definiti *immediatly junior*.

Scopo della ricerca è quello di analizzare, da un punto di vista sia giuridico sia finanziario, se il *redemption option value* riesca a bilanciare i diversi interessi in gioco e se il legislatore italiano possa introdurre una soluzione simile nell'ordinamento domestico.

In the field of insolvency, the conflict among creditors has often led to inefficient results.

On one hand, secured creditors have an exclusive interest in the rapid liquidation of the assets.

On the other hand, the unsecured creditors, in order to better satisfy their claims, are interested in enhancing the value of the assets through the reorganization.

In order to balance the conflict between the different types of creditors, the American Bankruptcy Institute, with specific reference to the U.S. reorganization procedure, has recommended the introduction of the redemption option value as a value to be offered to creditors defined as immediately junior.

The purpose of this research is to analyze, from both a legal and a financial point of view, whether the redemption option value balances the different interests and whether the Italian legislator could introduce a similar solution in the domestic system.

**LA RIFORMA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
ITALIANA E IL RISK MANAGEMENT:
RIFLESSIONI SU UN PROCESSO IN DIVENIRE**

MONIA CASTELLINI
Ricercatore
nell'Università di Ferrara

CATERINA FERRARIO
Professore associato
nell'Università di Ferrara

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La riforma della pubblica amministrazione italiana. – 3. L'introduzione del *risk management* nella pubblica amministrazione. – 4. Il *risk management* nella pubblica amministrazione italiana. – 5. Conclusioni.

1. – A partire dagli anni '80 del secolo scorso, un'ampia riflessione teorica si è sviluppata a livello internazionale intorno al tema dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione della pubblica amministrazione. Non appartiene agli obiettivi di questo lavoro indagare approfonditamente le cause di questo fenomeno. Tuttavia, è opportuno ricordare che tra le principali determinanti vi furono l'evoluzione macroeconomica ed il crescente peso del settore pubblico sull'economia di tutti i maggiori paesi occidentali¹. Con gli anni '80, infatti, si andava esaurendo in tutti i paesi occidentali la fase post-bellica di crescita sostenuta dell'economia e di attuazione di sistemi di welfare state moderno. La consistente dimensione raggiunta dal settore pubblico e la dinamica di costante crescita del peso della spesa pubblica sul PIL, seppur con significative differenze tra i diversi contesti nazionali, rese inevitabile la riflessione sull'efficienza e l'efficacia dell'utilizzo di risorse sempre crescenti da parte del settore pubblico, per gli inevitabili impatti anche sull'efficienza economica complessiva. Sul piano politico, in questi anni si affermarono posizioni ideologiche neoliberali che si opponevano all'espansione del welfare state e del settore pubblico, evidenziando l'inefficienza delle burocrazie pubbliche e la superiorità dei meccanismi di mercato.

A livello teorico ed in contesti anglosassoni, queste riflessioni diedero origine al *New public management*, un approccio di riforma della pubblica amministrazione volto ad introdurre in ambito pubblico logiche manageriali

¹ M.S. HAQUE 2004, *New public management: origins, dimensions, and critical implications*, in K. K. TUMMALA (a cura di) *Public administration and public policy*, Oxford (UK), 2004.

proprie del settore privato². Queste venivano ritenute più efficienti ed efficaci, perché sviluppate sotto la pressione di meccanismi concorrenziali tali da non consentire la sopravvivenza di attività inefficienti. Pertanto, nel *New public management* il modello teorico di riferimento è quello del mercato autoregolantesi sulla base di processi competitivi. In quest'ottica la pubblica amministrazione avrebbe dovuto abbandonare logiche operative di natura burocratica, per abbracciare metodi, strumenti e tecniche proprie del settore privato, per raggiungere con efficacia ed efficienza i propri obiettivi istituzionali³. Il *New public management* come filosofia di riforma del settore pubblico si affermò inizialmente in Gran Bretagna, Stati Uniti, Australia e Nuova Zelanda. Presto queste idee si diffusero ed influenzarono processi di riforma della pubblica amministrazione in un ambito molto più ampio, fino a coinvolgere la generalità dei paesi occidentali, seppur con notevoli differenze tra i diversi contesti nazionali.

2. – In Italia, in particolare, la riflessione teorica e politica sull'efficienza dell'amministrazione pubblica si sviluppò anche sotto lo stimolo delle ampie trasformazioni economico-sociali e politiche di fine anni '80-inizio anni '90 e contestualmente all'evolversi del processo di integrazione europea, che determinò per il nostro paese la necessità di soddisfare i cosiddetti «parametri di Maastricht». In questo contesto, l'efficienza e l'efficacia dell'azione pubblica divennero cruciali, per il loro significativo impatto sulle possibilità di riduzione della spesa pubblica e quindi di controllo della dinamica di deficit e debito pubblico. A partire dai primi anni '90 iniziò quindi una stagione di riforma della pubblica amministrazione italiana, fortemente influenzata dal paradigma teorico del *New public management*⁴, e purtuttavia con connotazioni specifiche legate al contesto giuridico che regola l'azione della pubblica amministrazione in Italia. Così, nel nostro paese, il principale obiettivo di riforma consistette nel passaggio da un modello burocratico-amministrativo, fondato sulla correttezza formale e centrato sul rispetto delle procedure, ad un modello di azione pubblica di

² C. HOOD – M. JACKSON, *The New public management: a recipe for disaster*, in D. PARKER – J. HANDMER (a cura di), *Hazard management and emergency planning: Perspectives on Britain*, Londra, 1992, 109-125; P. DUNLEAVY – C. HOOD, *From old public administration to New public management*, in *Public money and management* 14(3) 1994, 9-16.

³ F. EWAN – L. ASHBURNER – L. FITZGERALD – A. PETTIGREW, *The New public management in action*, Oxford, 1996; L.D. PARKER – K. JACOBS – J. SCHMITZ, *New public management and the rise of public sector performance audit*, in *Accounting, auditing and accountability journal* 32(1) 2019, 280-306.

⁴ R. MUSSARI, *Il controllo di gestione nell'amministrazione finanziaria dello Stato: l'esperienza dell'Agenzia delle entrate*, Soveria Mannelli (CZ), 2002.

tipo manageriale, basato sulla valutazione dei risultati e sull'ottimizzazione del rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti⁵.

Tra i tanti interventi normativi, i primi e più significativi furono la l. 142/90 (recante «ordinamento delle autonomie locali») e la l. 241/90 («Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»), la l. 421/92 («legge delega per la riforma del pubblico impiego»), la l. 81/93 («Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale»), il d. lgs. 77/95 («Ordinamento finanziario e contabile degli enti locali») e il complesso delle norme riconducibili alla cosiddetta «Riforma Bassanini» (l. 59/97; l. 127/97; l. 191/98; l. 50/99).

Questi interventi normativi perseguirono lo spostamento dell'obiettivo sui risultati anziché sulle procedure, la separazione tra politica e amministrazione, con il contestuale riconoscimento di maggiore autonomia alla dirigenza pubblica, e l'introduzione di nuovi strumenti manageriali.

Con riferimento a quest'ultimo punto, elemento fondamentale di svolta fu il d.lgs. 77/95, concernente l'ordinamento finanziario e contabile degli enti locali.

Nell'ultimo decennio vi è stata una forte spinta verso l'introduzione di logiche manageriali. Ricordiamo in particolare il processo di semplificazione (l. 124/2015), volto ad assicurare la certezza del diritto senza ostacolare un agire delle aziende pubbliche verso obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità.

Lo stesso processo di ridefinizione delle competenze e delle autonomie dei diversi livelli di governo in ragione del ruolo istituzionale e dei fini ad esso correlati, è orientato a rendere più agevole per i vertici la definizione degli obiettivi e la relativa pianificazione strategica. Sempre nella stessa logica si annovera l'introduzione della valutazione della performance aziendale, organizzativa e individuale, che vede una continua evoluzione nella sua portata applicativa (d.lgs. n. 150/2009; d.lgs. n. 74/2017).

Il processo di introduzione di logiche manageriali può essere letto seguendo due diversi approcci, quello istituzionale o quello manageriale. Seppure ad una prima analisi i due approcci sembrino in opposizione l'uno all'altro, in realtà oggi più che mai vanno letti in modo integrato in quanto di supporto l'uno all'altro. Se l'approccio manageriale tende a considerare la norma come una sorta di ostacolo verso l'attuazione spontanea di strumenti e logiche gestionali, l'approccio istituzionale, di contro, si sofferma sull'analisi dell'attuazione delle norme stesse senza entrare nel merito delle

⁵ E. BORGONOVÌ, *Management pubblico: evoluzione della disciplina e delle riforme*, in *Rivista italiana di public management* 1(1) 2018, 22-28.

implicazioni gestionali. Nell'attuale processo di riforma le due anime non possono non trovare una linea comune e sinergica.

La riforma stessa è andata introducendo strumenti e logiche sempre più a favore di un processo di miglioramento della performance della pubblica amministrazione rispetto al quale, quindi, l'approccio manageriale e istituzionale trovano elementi di compensazione e stimolo reciproco. La spinta all'introduzione di sistemi di controllo di gestione nella pubblica amministrazione è sempre più incisiva e mirata.

In particolare, le innovazioni normative hanno introdotto l'obbligo per gli enti della pubblica amministrazione di adottare sistemi di controllo di gestione, con un revisore interno⁶, importando tale strumento dal settore privato, dove è impiegato comunemente. Si ricorda come questa figura abbia la funzione di intervenire sulla legittimità delle scelte contabili, nel rispetto delle normative, ma anche nel rispetto dei principi di una corretta gestione. L'indirizzo sembra essere, dunque, quello di intensificare il processo di riforma nella pubblica amministrazione, processo che, nonostante i diversi interventi fino all'inizio degli anni 2000 si è comunque caratterizzato per un'attuazione parziale e di stretto respiro. Con l'ultima spinta verso logiche di aziendalizzazione diviene ancora più stringente prevedere l'inserimento di tutti gli strumenti di gestione funzionali all'ampliamento di tutte quelle informazioni utili ai vertici politici e manageriali.

3. – Mentre con la fine del secolo scorso nel settore pubblico si sviluppavano le riforme avviate dal *New public management*, contestualmente, nel settore privato i sistemi di controllo di gestione subirono una significativa evoluzione. Tra le varie innovazioni vi fu anche l'integrazione nell'ambito del controllo di gestione di sistemi di *risk management*⁷. Le esperienze pratiche mostrarono la significativa utilità gestionale di tale strumento che oggi raggiunge ampia diffusione. A fronte di questo processo, le organizzazioni internazionali di settore crearono i primi framework e standard, come l'*Enterprise risk management*, proposto nel

⁶ J. GUTHRIE – F. MANES-ROSSI – R. LEVY ORELLI, *Integrated reporting and integrated thinking in Italian public sector organisations*, in *Meditari accountancy research* 25(4) 2017, 553-573; M. ARENA – M. ARNABOLDI – G. AZZONE, *Internal audit in Italian organizations*, in *Managerial auditing journal* 21(3) 2006, 275-292.

⁷ L.F. SPIRA – M. PAGE, *Risk management: The reinvention of internal control and the changing role of internal audit*, in *Accounting, auditing and accountability journal* 16(4) 2003, 640-661.

COSO FRAMEWORK⁸ o l'ISO 31000 proposto dall'International Standard Organization⁹, per citarne alcuni.

Il *risk management* è un processo aziendale volto alla gestione completa ed integrata dei rischi, mediante attività sistematiche quali identificazione, misurazione, valutazione, trattamento del rischio. L'UNI 11230 lo definisce come «l'insieme di attività, metodologie e risorse coordinate per guidare e tenere sotto controllo un'organizzazione con riferimento ai rischi».

La funzione del *risk management* è quella di tutelare e accrescere il valore di un'azienda a vantaggio dei suoi stakeholder, grazie alla realizzazione di un quadro metodologico sistematico volto a consentire il monitoraggio delle attività future. Esso supporta il raggiungimento degli obiettivi futuri aziendali, anche grazie al miglioramento del processo decisionale, la pianificazione e la creazione di priorità, attraverso una comprensione esauriente e strutturata dell'attività stessa.

Il processo di *risk management* intende, altresì, favorire un impiego e una destinazione delle risorse economiche e finanziarie più razionale, garantendo una maggior tutela del capitale aziendale e, al contempo, tende a massimizzare l'efficienza operativa¹⁰.

Come risultato di questi sviluppi, nello spirito del New Public Management e della riforma della pubblica amministrazione, a livello internazionale si sviluppò una riflessione sull'importanza di introdurre nel settore pubblico anche il *risk management*, così come già era stato fatto con altri strumenti, tecniche e pratiche manageriali sviluppate nel settore privato. L'Organizzazione internazionale delle istituzioni superiori di controllo (International Organization of Supreme Audit Institutions - INTOSAI) fornì le linee guida per l'applicazione dei principi base per la gestione del rischio nel settore pubblico, denominato INTOSAI GOV 9130¹¹.

Così come nel settore privato, il *risk management* favorisce la capacità di un'organizzazione pubblica di raggiungere i propri obiettivi operativi e di aumentare le proprie prestazioni¹². Varie sono le motivazioni addotte per sostenere l'introduzione del *risk management* nel settore pubblico. Potenzialmente esso rappresenta uno strumento chiave per consentire il

⁸ CoSO. *Enterprise risk management*, in <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Italian.pdf> 2004.

⁹ ISO, *ISO 31000 – Risk management: principles and guidelines*, in <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:31000:ed-2:v1:en>, 2018.

¹⁰ Come sostenuto anche dall'Associazione Nazionale dei Risk Manager e Responsabili delle Assicurazioni Aziendali (ANRA)

¹¹ E.N.C. HATVANI, *Risk analysis and risk management in the public sector and in public auditing*, in *Public finance quarterly* 1(7) 2015, 7-28.

¹² S. GATES – J.L. NICOLAS – P.L. WALKER, *Enterprise risk management: A process for enhanced management and improved performance*, in *Management accounting quarterly* 13(3) 2012, 28-38.

raggiungimento degli obiettivi istituzionali delle amministrazioni pubbliche¹³. Al riguardo, P. RICCI – R. CIVITILLO (2018)¹⁴ affermano che «la performance finanziaria non dovrebbe essere l'obiettivo ultimo della gestione pubblica ma piuttosto uno strumento per valutare la comparabilità finanziaria delle varie priorità da raggiungere (valore pubblico, sociale, ambientale, ecc.)».

In particolare, è evidente la possibilità di un'utile integrazione tra informazioni, e quindi conoscenze, derivanti dalla gestione rischio e il sistema di controllo di gestione. È stato affermato che l'introduzione del *risk management* all'interno del più ampio sistema di controllo di gestione dell'ente pubblico ne connota la «maturità»¹⁵. Come evidenziato da L.F. SPIRA E M. PAGE (2003)¹⁶, i vantaggi che ne possono derivare concernono essenzialmente le seguenti prospettive:

- Politica: le conoscenze in materia di *risk management* consentono alla pubblica amministrazione di aumentare la trasparenza della propria azione e incrementare la responsabilizzazione nei confronti delle diverse controparti e dei portatori di interessi¹⁷;
- Sociale e ambientale: il *risk management* aiuta ad affrontare con maggiore efficacia eventi avversi derivanti da calamità naturali o azioni umane;
- Economica: la necessità di contenimento della spesa pubblica, e di contestuale mantenimento della qualità dei servizi pubblici, richiede sistemi di controllo di gestione che evitino lo spreco di risorse e

¹³ T.H. STANTON, *Risk management is essential at a time of downsizing*, in *Public administration review* 73(2) 2013, 219-220; Y.T. KEBAN, *Risk management: a neglected vital instrument in public administration in Indonesia*, in *Management research and practice* 9(4) 2017, 5-21.

¹⁴ P. RICCI – R. CIVITILLO, *Italian public administration reform: What are the limits of financial performance measures*, in E. BORGONOVÌ – E. ANESSI PESSINA – C. BIANCHI (a cura di) *Outcome-based performance management in the public sector*, Springer, 2018, 121-140.

¹⁵ INTOSAI, INTOSAI GOV 9130 – *Guidelines for internal control standards for the public sector – Further information on entity risk management*, in <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/06/6887-0C4367F8CC04548E4960293ABE341FE111CEF21C.pdf>, 2007, 15.

¹⁶ L.F. SPIRA – M. PAGE, *Risk management: The reinvention of internal control and the changing role of internal audit*, cit.

¹⁷ T. RANA – D. WICKRAMASINGHE – E. BRACCI, *New development: Integrating risk management in management control systems – Lessons for public sector managers*, in *Public money and management* 39(2) 2019, 148-151; S. GATES – J.L. NICOLAS – P.L. WALKER, *Enterprise risk management: A process for enhanced management and improved performance*, cit.; J. UNERMAN, *Strategic reputation risk management and corporate social responsibility reporting*, in *Accounting, auditing and accountability journal*, 21(3) 2008, 362-364.

consentano un efficace raggiungimento degli obiettivi dell'azione pubblica. I recenti interventi di riduzione della spesa pubblica¹⁸ o di *spending review*¹⁹ rispondono a questo obiettivo. In questo contesto, l'efficace gestione del rischio diventa strumento imprescindibile per contribuire ad assicurare il raggiungimento di tali risultati in modo economico.

In effetti, la nozione di rischio è ora un tema centrale nella gestione delle organizzazioni private e pubbliche²⁰. Tuttavia, nella pubblica amministrazione non sono ancora sufficientemente indagati il grado e le modalità di attuazione dei sistemi di gestione del rischio, sebbene la letteratura fornisca già evidenza dei benefici potenziali che ne discendono²¹.

4. – Con riferimento alla pubblica amministrazione italiana, lo strumento del *risk management* in anni recenti ha iniziato ad essere adottato da diverse amministrazioni. Si ritiene che il processo di gestione del rischio aziendale debba comprendere il controllo interno, ma al contempo, possa essere inteso come un approccio culturale più ampio a supporto del sistema decisionale e quindi dei manager per il conseguimento degli obiettivi pianificati.

Tuttavia, nel contesto italiano queste pratiche sono ancora di limitata diffusione, probabilmente per l'assenza di disposizioni legislative che ne regolino l'impiego²². Il quadro legislativo, infatti, contempla in astratto l'adozione di strumenti formali necessari ad assicurare la funzionalità del sistema di controllo interno, ma ad oggi non vi è alcun chiaro riferimento alla combinazione di controllo di gestione e gestione del rischio nell'ambito

¹⁸ F. ISLAM, *New Public Management (NPM): A dominating paradigm in public sectors*, in *African journal of political science and international relations*, 9(4) 2015, 141-151.

¹⁹ C. COTTARELLI, *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare*, Milano, 2015.

²⁰ T. RANA – D. WICKRAMASINGHE – E. BRACCI, *New development: integrating risk management in management control systems – Lessons for public sector managers*, cit.; K. SOIN – P. COLLIER, *Risk and risk management in management accounting and control*, in *Management Accounting Research* 24(2) 2013, 82-87.

²¹ A. HINNA – D. SCAROZZA – F. ROTUNDI, *Implementing risk management in the Italian public sector: Hybridization between old and new practices*, in *International journal of public administration* 41(2) 2018, 110-128; M. WOODS, *A contingency theory perspective on the risk management control system within Birmingham City Council*, in *Management accounting research* 20(1) 2009, 69-81; F. LEUNG – F. ISAACS, *Risk management in public sector research: approach and lessons learned at a national research organization*, in *R&D management* 38(5) 2008, 510-519.

²² A. PETA, *I controlli interni della pubblica amministrazione: Criticità e prospettive evolutive*, in *Bank of Italy Occasional Paper* 312, Roma, 2016.

della pubblica amministrazione²³. Infatti, la legislazione italiana non prevede espressamente l'integrazione tra *risk management* e sistemi di controllo di gestione²⁴. Come risultato, l'azione pubblica non appare ancora significativamente informata alla logica del rischio²⁵. Certamente, l'introduzione di sistemi di *risk management* nel settore pubblico presenta difficoltà specifiche diverse da quelle del settore privato e per alcuni autori anche maggiore complessità. Altrettanto complessa appare l'integrazione tra sistemi di *risk management* e controllo di gestione²⁶.

Sebbene in assenza di specifiche indicazioni legislative, esperienze di *risk management*, come in precedenza richiamato, sono comunque identificabili nella pubblica amministrazione italiana. Tuttavia, anche per l'Italia vale la considerazione che sono scarse le analisi empiriche volte ad analizzare l'estensione e le caratteristiche di questo processo²⁷.

Una recente analisi²⁸ illustra come su un campione di 500 grandi comuni italiani, ben il 73% delle amministrazioni comunali abbia implementato procedure di *risk management*. Un dato questo che mostra come l'adozione di strumenti di gestione del rischio sia ormai significativa (almeno nelle amministrazioni comunali di grandi dimensioni). Tuttavia, ad oggi non risultano studi di portata nazionale che indaghino il grado di diffusione di questo strumento nella pubblica amministrazione italiana, ad eccezione di alcuni ambiti, quali ad esempio la sanità, per peculiarità proprie²⁹. In questo ambito è sicuramente auspicabile che siano svolte analisi più approfondite sulle esperienze empiriche, anche perché è solo tramite la conoscenza sulla diffusione e sulle caratteristiche del fenomeno che possono

²³ A. PETA, *I controlli interni della pubblica amministrazione: Criticità e prospettive evolutive*, cit., 24.

²⁴ V. RISO – M. CASTELLINI, *Poor integration between operational risk management activities and internal control system in the municipalities: an analysis of the Italian legislative framework*, in *Economia aziendale online* 10(1) 2019, 149-158.

²⁵ A. PETA, *I controlli interni della pubblica amministrazione: Criticità e prospettive evolutive*, in *Bank of Italy Occasional Paper* 312, cit.

²⁶ S. BRAIG – B. GEBRE – A. SELLGREN, *Strengthening risk management in the US public sector*, in *McKinsey Working Papers on risk* 28 2011, 1-10.

²⁷ A. HINNA – D. SCAROZZA – F. ROTUNDI, *Implementing risk management in the Italian public sector: Hybridization between old and new practices*, cit.; M. WOODS, *A contingency theory perspective on the risk management control system within Birmingham City Council*, cit.; F. LEUNG – F. ISAACS, *Risk management in public sector research: approach and lessons learned at a national research organization*, cit.

²⁸ M. CASTELLINI – C. FERRARIO – V. RISO, *From New Public Management to public risk management: An overview of Italian municipalities*, in *Quaderni del Dipartimento di Economia e Management* 2 2021, Università di Ferrara.

²⁹ Nelle aziende sanitarie, le attività di gestione del rischio sono consolidate ed il quadro normativo di riferimento è dato primariamente dal d.m.70/2015, dalla l. 208/2015 (legge di stabilità 2016) e dalla l. 24/2017.

essere fatte valutazioni sull'utilità e sull'impatto del *risk management* in termini di efficienza ed efficacia della pubblica amministrazione italiana. Dati empirici servirebbero anche per meglio comprendere quali strategie possano essere adottate al fine di favorire ulteriormente l'introduzione dello strumento. In questo senso, T. RANA – D. WICKRAMASINGHE – E. BRACCI (2019, 150)³⁰ ritengono che l'attenzione a questo tema da parte del mondo accademico sia vitale per l'elaborazione di soluzioni che favoriscano l'efficace introduzione del *risk management* e la sua integrazione con i sistemi di controllo di gestione nel settore pubblico.

Diversi fattori, infatti, possono rallentare o ostacolare l'introduzione del *risk management* nelle amministrazioni pubbliche italiane. Ad esempio, A.S. NILSEN, O.E. OLSEN (2005)³¹, con riferimento alle amministrazioni comunali, osservano la presenza di importanti fattori di ostacolo all'innovazione, quali l'approccio burocratico allo svolgimento delle attività, con una prevalenza dell'attenzione al rispetto delle procedure piuttosto che al raggiungimento degli obiettivi, e la mancanza di un approccio gestionale. Ampiamente documentata, d'altronde, è la difficoltà per le amministrazioni pubbliche di passare da un approccio burocratico ad un approccio manageriale³². Sebbene siano ormai passati quarant'anni dall'avvio delle riflessioni teoriche del *New public management* e, in Italia, circa trenta dalle prime riforme della pubblica amministrazione influenzate dal paradigma teorico del *New public management*, tuttavia non tutte le amministrazioni sono state in grado di implementare e sfruttare pienamente le trasformazioni previste dalla normativa³³. Pur nella consapevolezza che per una trasformazione che non sia solo procedurale, ma soprattutto culturale, sono ovviamente necessari tempi lunghi, è pur vero che il processo di cambiamento culturale portato dal *New public management* può favorire un processo di implementazione del *risk management* più agevole e consapevole nella pubblica amministrazione italiana. Rispetto a questo obiettivo sarà necessario monitorare e supportare le diverse realtà della pubblica amministrazione, anche attraverso studi specifici da parte del mondo accademico per agevolarne l'attuazione.

³⁰ T. RANA – D. WICKRAMASINGHE – E. BRACCI, *New development: integrating risk management in management control systems – Lessons for public sector managers*, cit.

³¹ A.S. NILSEN – O.E. OLSEN, *Different strategies – Equal practice? Risk assessment and management in municipalities*, in *Risk management* 7(2) 2005, 37-47.

³² R. MUSSARI – D. SORRENTINO, *Italian public sector accounting reform: A step towards European public sector accounting harmonization*, in *Accounting, economics, and law: A convivium* 7(2) 2017, 137-153.

³³ I. STECCOLINI, *Accounting and the post-new public management*, in *Accounting, auditing and accountability journal* 32(1) 2019, 255-279; A. HINNA – F. CESCHEL, *Public management reform in Italy*, in M. DECASTRI – S. BATTINI – F. BUONOCORE – F. GAGLIARDUCCI (a cura di) *Organizational development in public administration: the Italian way*, Londra, 2021, 105-137.

5. – Il *risk management* è strumento di supporto alla gestione aziendale che ha vasto impiego nel settore privato e che di recente trova sempre più ampio utilizzo anche nella pubblica amministrazione. Un processo che potremmo definire di *cross-fertilization* che, nello spirito del *New public management*, vede nel trasferimento di tecniche e strumenti manageriali dal settore privato a quello pubblico la chiave per l'ulteriore ammodernamento della pubblica amministrazione e per una trasformazione procedurale e culturale della stessa, per consentirle di raggiungere più ampi margini di efficienza ed efficacia.

Anche in Italia vi sono significativi esempi di implementazione di sistemi di *risk management* nel contesto pubblico. Tralasciando l'ambito della sanità, che per la peculiarità delle proprie attività, da tempo implementa articolati sistemi di gestione del rischio, vi sono evidenze empiriche che anche nelle amministrazioni statali e locali si trova l'impiego di questo strumento.

Allo stato attuale sembra però mancare una conoscenza completa dello stato di attuazione del processo di introduzione del *risk management* nelle amministrazioni pubbliche, in senso dell'ampiezza dello stesso e delle specificità e criticità che lo caratterizzano. Sembra dunque necessario un approfondimento delle analisi empiriche, preconditione utile per migliorare l'impiego di tale strumento e sfruttare pienamente il potenziale del *risk management* anche nel settore pubblico, così come già avviene nel privato.

Abstract

ITALIAN PUBLIC ADMINISTRATION REFORM AND RISK MANAGEMENT: AN OPPORTUNITY NOT FULLY EXPLOITED

Circa quarant'anni dopo le prime riflessioni del *New Public Management* sulla riforma del settore pubblico, oggi una delle sfide per migliorare l'efficienza e l'efficacia della pubblica amministrazione, in Italia e non solo, concerne la capacità di attuare sistemi di gestione del rischio completi e integrati nei sistemi di controllo di gestione già esistenti.

Questo articolo si propone di ripercorrere brevemente le ragioni e gli obiettivi delle riforme che hanno interessato la pubblica amministrazione a partire dagli anni '80 del secolo scorso, per poi porre l'attenzione allo strumento del *risk management*, per delinearne le caratteristiche e le potenzialità in ambito pubblico. A conclusione, si propongono alcune riflessioni sulle criticità esistenti, che ancora limitano un'efficace introduzione di sistemi di gestione del rischio nella pubblica amministrazione italiana, e sulla necessità di attuare strategie per il superamento di tali criticità.

Approximately forty years after the surge of New Public Management, today an important key to improve public sector efficiency and effectiveness, in Italy as well as in other

countries, is the introduction of risk management systems and their integration on existing management control systems.

This paper briefly reviews the origins of public sector reforms that have been implemented since the early 1980s. Then it focuses on risk management and describes the features of this management tool and the potential gains from its exploitation in the public sector. It concludes with some reflections on existing problems, which limit an effective introduction of risk management in the Italian public administration, and on the need for specific strategies to overcome these limits.

Corte Costituzionale, 26 marzo 2020, n. 58

Pres. Cartabia – Red. Petitti

È dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Corte d'appello di Milano in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, dell'art. 354 cod. proc. civ., che non include tra le ipotesi di remissione in primo grado quella della pretermissione dell'istanza del convenuto-opponente di chiamata di un terzo in garanzia.

1. Con ordinanza del 30 gennaio 2019, la Corte d'appello di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 354 del codice di procedura civile, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.

La disposizione censurata violerebbe gli evocati parametri costituzionali «nella parte in cui non prevede che il giudice d'appello debba rimettere la causa al giudice di primo grado, se è mancato il contraddittorio, non essendo stata da questo neppure valutata, in conseguenza di un'erronea dichiarazione di improcedibilità dell'opposizione, la richiesta di chiamata in causa del terzo, proposta dall'opponente in primo grado, con conseguente lesione del diritto di difesa di una delle parti».

1.1. L'art. 354, primo comma, cod. proc. civ. stabilisce che «[f]uori dei casi previsti nell'articolo precedente, il giudice d'appello non può rimettere la causa al primo giudice, tranne che dichiarare nulla la notificazione della citazione introduttiva, oppure riconosca che nel giudizio di primo grado doveva essere integrato il contraddittorio o non doveva essere estromessa una parte, ovvero dichiarare la nullità della sentenza di primo grado a norma dell'articolo 161, secondo comma».

Il secondo comma, prevede che «[i]l giudice d'appello rimette la causa al primo giudice anche nel caso di riforma della sentenza che ha pronunciato sulla estinzione del processo a norma e nelle forme dell'articolo 308».

L'art. 354 cod. proc. civ. richiama ed integra il precedente art. 353, il quale, a sua volta, stabilisce che «[i]l giudice d'appello, se riforma la sentenza di primo grado dichiarando che il giudice ordinario ha sulla causa la giurisdizione negata dal primo giudice, pronuncia sentenza con la quale rimanda le parti davanti al primo giudice».

2. La Corte d'appello di Milano riferisce che il giudice di primo grado, quale giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo, aveva dichiarato l'opposizione stessa improcedibile per mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione.

Il primo giudice non aveva, quindi, neppure valutato l'istanza dell'opponente, il quale, con l'atto stesso di opposizione, aveva chiesto di chiamare in causa la compagnia assicuratrice garante della restituzione del finanziamento oggetto dell'iniziativa monitoria.

2.1. Il giudice a quo precisa che, investito dell'appello dell'opponente, aveva assegnato il termine di legge per l'esperimento della mediazione obbligatoria, come avrebbe dovuto fare il primo giudice, e che, in tal modo soddisfatta la condizione di procedibilità dell'opposizione, era finalmente da valutarsi l'istanza di chiamata in garanzia, come reiterata dall'appellante, previa rimessione della causa al giudice di primo grado.

La Corte rimettente osserva che l'intervento del garante non avrebbe potuto essere provocato in grado d'appello, nel quale l'intervento del terzo è consentito soltanto ai soggetti legittimati all'opposizione di terzo, per effetto del combinato disposto degli artt. 344 e 404 cod. proc. civ.

Posto che l'appellante ha chiesto la rimessione della causa al giudice di primo grado, in applicazione analogica degli artt. 353 e 354 cod. proc. civ., per potervi svolgere la chiamata del terzo in garanzia, la Corte d'appello di Milano rileva come a tale istanza osti il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, che qualifica come tassative, eccezionali e insuscettibili di applicazione analogica le ipotesi di rimessione in primo grado contemplate dagli artt. 353 e 354 cod. proc. civ.

3. Ad avviso del giudice a quo, l'impossibilità della rimessione della causa al giudice di primo grado pregiudica il diritto di difesa dell'opponente, che si vede costretto ad agire in via autonoma contro il garante, senza potersi avvalere, nei suoi confronti, del giudicato formatosi sull'azione principale.

Il principio di tassatività ed eccezionalità delle cause di rimessione in primo grado dovrebbe essere ripensato, quindi, anche alla luce della metamorfosi del giudizio d'appello, che il legislatore avrebbe progressivamente trasformato da novum iudicium, di carattere sostitutivo, in revisio prioris instantiae, di stampo cassatorio.

3.1. Il giudice a quo fa riferimento alla disposizione dell'art. 105 dell'Allegato 1 (Codice del processo amministrativo) al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), che prevede la rimessione in primo grado con una formula "aperta", «se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti», sicché l'omessa previsione della rimessione in ogni ipotesi di difetto del contraddittorio ed ogni lesione del diritto di difesa anche nel processo civile paleserebbe un'irragionevole disparità tra modelli processuali.

L'art. 354 cod. proc. civ. violerebbe, pertanto, gli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, «nella parte in cui non prevede che il giudice d'appello debba rimettere la causa al primo giudice, se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti».

4. Nel giudizio innanzi a questa Corte è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, che ha eccepito l'inammissibilità della questione, sotto due distinti profili.

(omissis)

Considerato in diritto

1. La Corte d'appello di Milano ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 354 del codice di procedura civile, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, «nella parte in cui non prevede che il giudice d'appello debba rimettere la causa al giudice di primo grado, se è mancato il contraddittorio, non essendo stata da questo neppure valutata, in conseguenza di un'erronea dichiarazione di improcedibilità dell'opposizione, la richiesta di chiamata in causa del terzo, proposta dall'opponente in primo grado, con conseguente lesione del diritto di difesa di una delle parti».

1.1. Ad avviso del giudice a quo, l'impossibilità della rimessione della causa al giudice di primo grado, derivante dal consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità che qualifica come tassative, eccezionali e insuscettibili di applicazione analogica le ipotesi di rimessione contemplate dagli artt. 353 e 354 cod. proc. civ., pregiudicherebbe il diritto di difesa dell'opponente, che sarebbe costretto ad agire in via autonoma contro il garante, senza potersi avvalere, nei suoi confronti, del giudicato formatosi sull'azione principale.

1.2. Secondo il giudice a quo, il principio di tassatività ed eccezionalità delle ipotesi di rimessione dovrebbe essere rivisto alla luce della progressiva trasformazione dell'appello civile, che avrebbe ormai assunto, per effetto delle riforme succedutesi nel tempo, i caratteri di una *revisio prioris instantiae* di natura cassatoria.

1.3. Il principio di tassatività ed eccezionalità delle ipotesi di rimessione dovrebbe essere riconsiderato anche alla luce della disposizione dell'art. 105 dell'Allegato 1 (Codice del processo amministrativo) al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), che prevede la rimessione in primo grado con una locuzione generale, riferita ad ogni difetto del contraddittorio e ad ogni lesione del diritto di difesa.

(omissis)

3. Nel merito, la questione non è fondata.

3.1. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute, limite che, con riferimento specifico all'art. 24 Cost., viene superato solo qualora emerga un'ingiustificabile compressione del diritto di agire, mentre il parametro evocato non esige che il cittadino sia messo in grado di conseguire la tutela giurisdizionale sempre nello stesso modo e con i medesimi effetti, purché non vengano imposti oneri o prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività

processuale (ex plurimis, sentenze n. 271 del 2019, n. 199 del 2017, n. 121 e n. 44 del 2016).

In particolare, nella sentenza n. 1 del 2002, si è evidenziato che «nell'ordinamento processuale civile, la rimessione al primo giudice è fenomeno limitato ai casi previsti dagli artt. 353 e 354 cod. proc. civ.», sicché corrisponde ai principi che il secondo giudice decida nel merito, senza dare luogo a rimessione, qualora abbia «constatata una violazione in prima istanza delle regole del contraddittorio o del diritto di difesa non riconducibile ai casi di rimessione espressamente previsti».

3.1.1. La tassatività ed eccezionalità delle ipotesi normative di rimessione in primo grado, del resto, è affermata dall'univoca e risalente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, come un riflesso della natura prevalentemente rescissoria del giudizio d'appello, coerente con la regola di assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame, potendo il giudice d'appello limitarsi ad emettere una pronuncia rescindente, cioè di mero annullamento con rinvio, nei soli casi espressamente indicati dal legislatore (sentenze 14 novembre 1972, n. 3368, 12 gennaio 1963, n. 34 e 28 luglio 1962, n. 2208; conformi, tra molte, Corte di cassazione, sezione terza civile, sentenza 17 marzo 2006, n. 5907, e sezione seconda civile, sentenza 15 maggio 2002, n. 7057).

3.2. Né meritevole di accoglimento appare la deduzione del giudice a quo, secondo cui la necessità di agire in via autonoma contro il terzo garante, derivante dall'impossibilità del regresso in primo grado, lederebbe il diritto di difesa del convenuto-opponente poiché questo verrebbe privato del vantaggio del processo simultaneo, segnatamente del beneficio della formazione contestuale del giudicato sul rapporto principale e sul rapporto di garanzia.

3.2.1. Questa Corte ha, infatti, più volte evidenziato che, nel quadro della discrezionalità conformativa del legislatore processuale, il simultaneus processus non gode di garanzia costituzionale, trattandosi di un mero espediente tecnico finalizzato, laddove possibile, a realizzare un'economia dei giudizi e a prevenire il conflitto tra giudicati, sicché la sua inattuabilità non lede il diritto di azione, né quello di difesa, se la pretesa sostanziale dell'interessato può essere fatta valere nella competente, pur se distinta, sede giudiziaria con pienezza di contraddittorio e difesa (ex plurimis, sentenze n. 451 del 1997 e n. 295 del 1995; ordinanze n. 215 e n. 124 del 2005, n. 18 del 1999 e n. 308 del 1991).

La scelta del legislatore di non includere tra le ipotesi di rimessione in primo grado quella della pretermissione dell'istanza del convenuto-opponente di chiamata di un terzo in garanzia impedisce di recuperare il processo simultaneo tra la domanda principale e la domanda di garanzia, ma non impedisce che quest'ultima sia fatta valere nella competente, pur se distinta, sede giudiziaria con pienezza di contraddittorio e difesa.

3.3. Né è ravvisabile, per effetto delle modifiche introdotte dal legislatore nella disciplina del giudizio civile d'appello, una sua piena trasformazione dal modello

sostitutivo del novum iudicium a quello di una revisio prioris instantiae di tipo cassatorio, sicché la configurazione in termini di tassatività e di eccezionalità delle ipotesi di rimessione in primo grado non sarebbe più coerente con l'attuale struttura dell'appello civile.

3.3.1. In realtà, come evidenziato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, l'accentuazione dei tratti di revisione determinata dalle riforme del codice di rito, in particolare da quella di cui al decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134, non ha certamente trasformato l'appello civile in un mezzo di impugnazione a critica vincolata, «una sorta di anticipato ricorso per cassazione» (sentenza 16 novembre 2017, n. 27199).

Alla struttura del giudizio d'appello resta connaturato il profilo rescissorio, mantenendosi tassative ed eccezionali le ipotesi normative nelle quali il gravame può arrestarsi al solo profilo rescindente, in funzione della rimessione della causa al primo giudice (Corte di cassazione, sezione seconda civile, ordinanza 17 aprile 2019, n. 10744).

3.4. Neanche può essere accolta la deduzione del giudice a quo, secondo cui la formula ampia dell'art. 105 cod. proc. amm., laddove prevede la rimessione in primo grado «se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti», raffrontata alla più restrittiva disposizione del codice di rito civile, metterebbe in luce un'irragionevole disparità tra modelli processuali, che andrebbe ricomposta attraverso il superamento del principio di tassatività di cui agli artt. 353 e 354 cod. proc. civ.

3.4.1. Così argomentando, infatti, il rimettente inverte il rapporto sistematico tra la disciplina del processo civile e quella del processo amministrativo, nel momento in cui eleva quest'ultima a paradigma dell'altra, in aperta contraddizione con quanto indicato dalla legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), che, all'art. 44, reca la «delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo».

L'art. 44, comma 1, della legge n. 69 del 2009 individua tra le finalità della riforma delle norme sul processo amministrativo quella «di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali», sicché è la disciplina del processo amministrativo a sperimentare un percorso di assimilazione alla disciplina di principio del processo civile, e non viceversa, come testimonia, altresì, il rinvio esterno disposto dall'art. 39, comma 1, cod. proc. amm.

In tal senso, del resto, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che, nonostante la formulazione apparentemente indeterminata, il disposto dell'art. 105 cod. proc. amm. è in realtà allineato a quello degli artt. 353 e 354 cod. proc. civ., da intendersi, quest'ultimo, espressivo dei principi generali di sostitutività dell'appello e conversione dei vizi di nullità in motivi di gravame, sicché, anche nel processo amministrativo, le ipotesi normative di rimessione al primo giudice sono da

qualificarsi come tassative ed eccezionali, insuscettibili di interpretazione analogica o estensiva (sentenze 30 luglio 2018, n. 10 e n. 11).

Non si registra, quindi, la disparità tra modelli processuali che il giudice a quo censura sotto il profilo dell'art. 3 Cost., bensì, al contrario, una convergenza di modelli processuali, orientata alla tassatività ed eccezionalità delle ipotesi normative di regressione in primo grado. Tale convergenza di principio non impedisce, peraltro, che le esigenze specifiche di ciascun modello possano comportare una diversa articolazione delle relative discipline.

3.5. Quanto detto finora esclude la prospettata violazione dei principi del giusto processo di cui agli artt. 111 Cost. e 6 CEDU, quest'ultimo parametro interposto dall'art. 117, primo comma, Cost.

Invero, acquisito che il doppio grado di giurisdizione di merito non è, di per sé, assistito da copertura costituzionale (ex plurimis, sentenze n. 199 del 2017 e n. 243 del 2014; ordinanze n. 42 del 2014, n. 226 e n. 190 del 2013), né convenzionale (Corte EDU, sentenza 20 ottobre 2015, Costantino Di Silvio contro Italia, paragrafo 50), questa Corte ha escluso che la mancata previsione della rimessione al giudice di primo grado in un caso di definizione in rito non contemplato dagli artt. 353 e 354 cod. proc. civ. (declinatoria di competenza del giudice di pace) integri un pregiudizio del diritto di difesa, atteso che «il diritto di difesa deve ritenersi rispettato quando la causa venga effettivamente sottoposta alla cognizione dei giudici di primo e di secondo grado, restando irrilevante che l'esame del fondamento della domanda non sia compiuto dall'uno, alla stregua di situazioni processuali preclusive, ma soltanto dall'altro» (ordinanza n. 585 del 2000).

3.5.1. È proprio la finalità di assicurare la ragionevole durata del processo, garantita dagli artt. 111 Cost. e 6 CEDU, ad opporsi, in linea di principio, alla rimessione del giudizio in primo grado, quando questa non sia imposta da esigenze indefettibili, come quella di integrare il contraddittorio rispetto ad una parte necessaria.

La regressione processuale diretta a consentire l'ingresso in giudizio del garante del convenuto, parte non necessaria, determinerebbe un ritardo, esso pure non necessario, nella definizione della controversia sul rapporto principale.

4. La scelta del legislatore di non includere tra le ipotesi di rimessione in primo grado quella della pretermissione dell'istanza del convenuto-opponente di chiamata di un terzo in garanzia è, dunque, un'opzione discrezionale, legittima perché non manifestamente irragionevole, attesa la sua funzionalità al valore costituzionale della ragionevole durata del processo sul rapporto principale, e non ingiustificatamente compressiva del diritto di azione, potendo il convenuto-opponente esercitare la domanda di garanzia tramite l'instaurazione di un autonomo giudizio contro il terzo.

Deve essere, pertanto, dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 354 cod. proc. civ. in riferimento a tutti i parametri evocati.

Per Questi Motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 354 del codice di procedura civile, sollevata dalla Corte d'appello di Milano, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

LA CORTE COSTITUZIONALE E L'OMESSA PRONUNCIA DEL GIUDICE SULLA RICHIESTA DI CHIAMATA IN CAUSA DEL TERZO

RITA MARUFFI

*Professore aggregato
nell'Università di Milano-Bicocca*

1. – Con la decisione qui annotata la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Milano, in riferimento all'art. 354 c.p.c.¹, «nella parte in cui non prevede che il giudice di appello debba rimettere la causa al giudice di primo grado, se è mancato il contraddittorio, non essendo stata da questo neppure valutata, in conseguenza di una erronea dichiarazione di improcedibilità dell'opposizione, la richiesta di chiamata in causa del terzo, proposta dall'opponente in primo grado, con conseguente lesione del diritto di difesa di una delle parti»².

Il dubbio espresso nell'ordinanza di rimessione nasce da una vicenda giudiziaria piuttosto articolata, che vale la pena di riassumere brevemente. Un istituto bancario instaurava un procedimento monitorio per il recupero di un finanziamento erogato a un cliente; proposta opposizione contro il decreto, il giudizio si concludeva con una sentenza di primo grado che, da un lato, dichiarava l'improcedibilità dell'opposizione stessa, per mancato esperimento della mediazione e, dall'altro lato, non prendeva in considerazione la richiesta, formulata dall'opponente, di chiamare in causa la compagnia assicuratrice, che avrebbe dovuto garantirgli il rimborso del

¹ La decisione della Corte costituzionale 26 marzo 2020 n. 58 è stata annotata da G. FANELLI, *La Corte Costituzionale n. 58/2020 sull'art. 354 c.p.c.: prima lettura*, in *www.judicium.it*; L. DI COLA, *La Corte costituzionale sulla questione dei casi di remissione della causa al primo giudice*, in *ilprocessocivile.it*. Sull'istituto della rimessione ex artt. 353 e 354 c.p.c. v., senza pretesa di completezza, G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984; G. OLIVIERI, *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999.

² App. Milano 30 gennaio 2019, in G.U. 1ª Serie Speciale - Corte Costituzionale n.23 del 5 giugno 2019.

debito residuo in caso di perdita di impiego (perdita, a quanto pare, verificatasi).

Con l'impugnazione il debitore in primo luogo deduceva l'errore in cui era incorso il giudice di primo grado per avere chiuso il processo in rito, senza avere assegnato alle parti un termine entro il quale attivare la mediazione. Bisogna qui ricordare che l'accesso alla tutela monitoria non è condizionato al previo esperimento della mediazione, anche qualora si tratti di una controversia ricompresa nell'elenco di cui all'art. 5 del d.lgs n. 28/2010, che fissa i casi in cui questo adempimento preliminare è obbligatorio³. Il successivo comma 4 della medesima disposizione stabilisce, infatti, che il comma 1-*bis* non si applica «nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione». Questa norma consente dunque al creditore di ottenere immediatamente il decreto ingiuntivo, ripristinando, tuttavia, l'obbligo di attivare la mediazione nella successiva fase di opposizione. All'interprete è demandato così il non facile compito di individuare le modalità di applicazione dell'art. 5, comma 1-*bis*, una volta che il giudice si sia pronunciato *ex artt.* 648 e 649 c.p.c. Secondo un orientamento che ormai pare largamente diffuso in giurisprudenza, in caso di mancato esperimento della mediazione, il giudice davanti al quale sia radicato il giudizio di opposizione, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda⁴. Nel caso di specie, invece, era stata direttamente dichiarata l'improcedibilità del giudizio, senza consentire alle parti di attivarsi, al fine di tentare di raggiungere un accordo amichevole⁵. In accoglimento di questo motivo di impugnazione, pertanto, la Corte d'appello assegnava il termine per l'esperimento del procedimento di mediazione, che si concludeva, tuttavia, con esito negativo.

Con il secondo motivo di impugnazione, che è quello di ben più rilevante portata su cui si fonda la questione di costituzionalità prospettata – si contestava la mancata valutazione, da parte del giudice, dell'istanza di chiamata in causa del terzo, che veniva quindi riproposta in quella sede,

³ Sui rapporti fra la mediazione e tutela monitoria sia consentito, per ulteriori indicazioni bibliografiche, il rinvio a R. MARUFFI, *Una condivisibile presa di posizione delle Sezioni Unite sull'onere di attivare la mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Dir. affari*, 2020, 735 ss.

⁴ V., *ex multis*, Trib. Napoli, 28 settembre 2020, in *DeJure*.

⁵ Si segnala che le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la decisione del 18 settembre 2020, n. 19596 hanno stabilito che l'onere di promuovere la mediazione grava sull'opposto, capovolgendo così l'orientamento espresso in una decisione più risalente, che addossava invece all'opponente l'onere in questione (v. Cass., 03 dicembre 2015, n. 24629).

unitamente alla richiesta di rimettere la causa al giudice in primo grado *ex art. 354 c.p.c.* «affinché potessero svolgersi tutte le attività difensive impedita dalla erronea prematura conclusione del grado con la pronuncia di improcedibilità dell'opposizione». L'appellante assumeva, non a torto a mio avviso, che se il giudice avesse dato alle parti il termine per attivare la mediazione, a seguito del probabile fallimento del procedimento stragiudiziale, l'istanza di chiamata in causa sarebbe stata accolta, e così si sarebbe potuta svolgere, nell'ambito del giudizio, la trattazione simultanea dell'obbligazione dedotta dalla banca nei confronti del debitore, e di quella dedotta dal debitore nei confronti dell'impresa assicuratrice.

Il giudice, invece, aveva chiuso il processo, ignorando completamente la richiesta di autorizzazione a chiamare in causa l'impresa assicuratrice⁶: evidentemente aveva ritenuto che a seguito declaratoria di improcedibilità del giudizio di opposizione non dovesse essere presa in considerazione l'istanza del debitore. Forse il processo avrebbe potuto anche avere un esito diverso, se avesse trovato applicazione la tesi secondo cui l'improcedibilità del giudizio di opposizione non sarebbe ostativa alla prosecuzione del giudizio stesso per le ulteriori domande contenute nell'atto di citazione in opposizione⁷.

Mi pare tuttavia che valga la pena di concentrarsi sulle conseguenze derivanti dall'effettivo esito del giudizio di primo grado, piuttosto che ipotizzare altri sviluppi decisori. Quello che conta è che a causa dell'errore del giudice, che aveva dichiarato l'improcedibilità senza assegnare il termine per la mediazione, una parte era stata privata della possibilità di fare confluire in un unico processo la causa relativa al diritto di credito, e quella

⁶ Evidentemente la chiamata *ex art. 106 c.p.c.* è stata effettuata in conformità al discusso, ma consolidato orientamento giurisprudenziale che vieta la chiamata diretta del terzo da parte dell'opponente. V. *ex multis*, Cass. 26 agosto 2019, n. 21706 con nota di G. STASIO, *La Cassazione conferma che l'opponente a decreto ingiuntivo, per chiamare in causa un terzo, deve chiedere l'autorizzazione al giudice, ai sensi dell'art. 269 c.p.c., in quanto convenuto in senso sostanziale*, in *www.eclegal.it*. Questa tesi si espone alle critiche della dottrina, favorevole alla possibilità che l'opponente citi direttamente il terzo, senza chiedere l'autorizzazione del giudice. V. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 393 ss.; A. TEDOLDI, sub *art. 645 c.p.c.*, in L.P. COMOGGIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, VII, Torino, 2014, 766 ss.

⁷ In questo senso A. TEDOLDI, sub *art. 645 c.p.c.*, cit., 769. Il principio secondo cui l'improponibilità o l'inammissibilità dell'opposizione a d.i. «non osta a che l'opposizione stessa produca gli effetti di un ordinario atto di citazione (nel concorso dei necessari requisiti di legge) con riguardo alle domande che esso contenga, autonome e distinte rispetto alla richiesta di annullamento e revoca del decreto», v. *ex multis* Cass., 6 aprile 2006, n. 8083.

relativa all'obbligazione di garanzia, assunta dalla compagnia assicuratrice a suo favore.

Nell'ambito del giudizio di appello, infatti, secondo l'interpretazione consolidata della disciplina risultante dagli artt. 344 c.p.c. e 404 c.p.c. non poteva essere autorizzato l'intervento dell'impresa assicuratrice, posto che la chiamata in causa priverebbe il terzo della garanzia del doppio grado di giurisdizione⁸.

⁸ L'art. 344 c.p.c., com'è noto, circoscrive la possibilità di intervenire nel giudizio di appello ai terzi che potrebbero proporre opposizione *ex art.* 404 c.p.c. Questa disciplina, secondo la dottrina, si giustifica con l'esigenza di non consentire la proposizione di domande nuove in appello, che sarebbe in contrasto con il principio del doppio grado di giudizio. In questo senso E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, 304. Ritengono, fra gli altri, che non vi sia la possibilità di chiamare in causa un terzo *ex art.* 106 c.p.c. (ed *ex art.* 107 c.p.c.) nell'ambito del giudizio d'appello, A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 2001, 165; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2017, 398; G. TARZIA – F. DANOVÌ, *Lineamenti del processo di cognizione*, Milano, 2014, 387. La tesi trova ampio accoglimento anche in giurisprudenza. v. ad es. Cass., 22 giugno 2000, n. 8491; Cass., 18 marzo 1981, n. 1615.

Un'opinione in parte diversa è espressa da A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 496 secondo il quale, invece, «il problema andrebbe rimeditato, e l'intervento coatto, su istanza di parte o per ordine del giudice, andrebbe ammesso anche in appello ogni qual volta sia diretto unicamente a provocare la partecipazione al processo di un terzo titolare di un rapporto giuridicamente dipendente soggetto alla efficacia riflessa della sentenza, senza comportare la proposizione di alcuna domanda nei confronti del terzo». V. anche, con riferimento specifico all'intervento *iussu iudicis*, N. TROCKER, *L'intervento per ordine del giudice*, Milano, 1984, 499 che ritiene sia ammissibile «in tutte le ipotesi in cui questo si risolve in un ampliamento dei limiti solo soggettivi del processo; in un arricchimento di parti e non di materia del contendere». V. inoltre, a favore della chiamata in causa *ex art.* 106 c.p.c. in appello, L. DI COLA, *op. cit.*, che, proprio nell'ambito del commento alla pronuncia della Corte costituzionale qui annotata, afferma che, in mancanza di una copertura costituzionale del principio del doppio grado di giudizio, non vi sarebbe alcun ostacolo «a che davanti al giudice d'appello si svolga il giudizio di primo grado, quando nel primo giudizio di merito è stato violato il principio del contraddittorio o leso il diritto di difesa di una delle parti». Di conseguenza l'A. sostiene che si dovrebbe consentire la chiamata in garanzia all'appellante, che altrimenti dovrebbe iniziare un nuovo processo.

Non essendo possibile in questa sede, necessariamente limitata, approfondire un tema così complesso, mi limito a osservare che, una volta escluso che l'appello sia garantito dalla Costituzione (v. per tutti E.F. RICCI, voce *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1988, 9), non mi pare, tuttavia, che si possa privare il terzo della possibilità di ottenere due statuizioni sul diritto dedotto nel processo, da parte di due giudici diversi, solo perché la richiesta di chiamata non è stata accolta, erroneamente. Forse si potrebbe avviare una riflessione in relazione ai casi in cui l'errore del giudice abbia impedito il cumulo processuale in una situazione di connessione "forte" fra le cause, per domandarsi se si possa ipotizzare di sacrificare il terzo per non pregiudicare eccessivamente la parte che aveva interesse

Certo, restava per il debitore la possibilità di promuovere un autonomo processo nei confronti del terzo, nel quale, tuttavia, il giudicato eventualmente formatosi in sede di opposizione sull'obbligazione principale non sarebbe stato opponibile al terzo stesso, in virtù dell'operare delle regole sui limiti soggettivi di efficacia delle decisioni⁹.

Sulla base di queste considerazioni, la Corte milanese sollevava la questione di legittimità costituzionale, rilevando, appunto, che «il diniego della chiamata in primo grado e l'impossibilità di ammetterla nel giudizio d'appello», insieme all'inefficacia, nei confronti del terzo, del giudicato sull'obbligazione principale, si risolvevano in un pregiudizio per il diritto di difesa dell'opponente, «in contrasto con i fondamentali principi del giusto processo, sanciti dagli artt. 24 e 111 Cost., nonché dall'art. 6 CEDU, quale parametro interposto ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost». Pertanto – proseguiva l'ordinanza – sarebbe stato opportuno un ripensamento de «la limitazione della rimessione in primo grado» – chiesta dall'opponente – «a una serie di ipotesi tipizzate e tassativamente determinate per legge». In particolare l'esclusione della rimessione della causa in ipotesi di difetto del contraddittorio e di lesione di diritto di difesa risultava, secondo la Corte milanese, irragionevole, alla luce della trasformazione subita dal giudizio di appello, che pur essendo un mezzo a critica illimitata, si era progressivamente allontanato dal modello francese del *novum iudicium* per avvicinarsi a quello della *revisio prioris instantiae*.

2. – La Consulta, investita della questione di legittimità costituzionale, l'ha rigettata con una pronuncia lineare, incentrata principalmente sulla necessità di rispettare la libertà di scelta di cui dispone il legislatore «nella

alla trattazione congiunta delle cause, anche se il dato normativo da cui occorre partire, l'art. 344 c.p.c., come si è visto, depone certamente a sfavore del coinvolgimento dei terzi in grado d'appello.

⁹ Il tema dei limiti soggettivi del giudicato rispetto a terzi titolari di diritti dipendenti è uno dei più complessi in assoluto del diritto processuale civile, come dimostrato anche dai numerosi contributi in materia. Per una indispensabile ricostruzione del problema, in riferimento alle principali soluzioni interpretative proposte, v. S. MENCHINI – A. MOTTO, *Cosa giudicata*, in G. BONILINI – A. CHIZZINI (a cura di), in E. GABRIELLI (diretto da), *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del Codice civile*, 3, Milano, 2016, 126 ss. e spec. 133 ss. La tesi a mio avviso preferibile è quella secondo cui la sentenza pronunciata sul rapporto pregiudiziale non possa esplicare efficacia nei confronti del terzo titolare del rapporto dipendente (al di fuori dei casi in cui l'efficacia *ultra partes* sia prevista *ex lege*). Altrimenti si avrebbe una violazione delle garanzie costituzionali del diritto di difesa e del principio del contraddittorio. Resta salva, secondo gli autori, la possibilità per il titolare del diritto dipendente, di avvalersi del giudicato favorevole (spec. 141).

conformazione degli istituti processuali, incontrando il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute».

Sul piano del diritto positivo, la formulazione letterale degli artt. 353 e 354 c.p.c. induce a ritenere inequivocabilmente che si sia voluta limitare la rimessione della causa al giudice del primo grado solo ad alcune ipotesi tassative la cui eccezionalità è stata ribadita più volte in dottrina e in giurisprudenza¹⁰. Dell'esistenza di un orientamento restrittivo nell'interpretazione di queste norme aveva dato atto, del resto, anche la Corte d'appello nella sua ordinanza, osservando che la mancata considerazione della chiamata avrebbe tuttavia comportato un'inaccettabile lesione al diritto di difesa, esclusa invece dalla Consulta con argomentazioni pienamente convincenti.

L'idea che in questo caso vi sia una violazione dei principi del giusto processo non è condivisibile, perché a livello sistematico la realizzazione del *simultaneus processus* non è assicurata alle parti ad ogni costo. La trattazione congiunta delle controversie connesse, che risponde all'esigenza di armonizzare le decisioni e di favorire l'economia processuale, è incentivata dal legislatore, come dimostrano le disposizioni contenute nel codice in materia. Gli istituti che ne consentono l'attuazione, tuttavia, ne fissano anche i limiti, sconfessando l'idea che si tratti di una garanzia costituzionale inviolabile, come afferma con chiarezza anche la Consulta nella decisione in commento.

Alla stessa logica appartiene anche la disciplina dell'intervento coatto su istanza di parte, su cui si concentra l'attenzione della Corte costituzionale. Il diniego, da parte del giudice, dell'autorizzazione o di un termine per la chiamata in causa del terzo, al pari della valutazione che egli è chiamato a compiere ex art. 107 c.p.c., è espressione di un potere discrezionale, e come tale non censurabile. In una situazione in cui il provvedimento del giudice non autorizzi la partecipazione del terzo richiesta ex art. 106 c.p.c., non si potrà invocare il rimedio posto dall'art. 354 c.p.c. per l'ipotesi di omessa integrazione del contraddittorio, con cui il legislatore, invece, «ha inteso dare rilievo esclusivamente alla mancata partecipazione al processo di un litisconsorte necessario»¹¹.

¹⁰ Va peraltro segnalato che la tassatività delle ipotesi elencate dagli artt. 353 e 354 c.p.c. è stata in alcuni casi superata in giurisprudenza: v. sul punto C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2019, 489, spec. nt. 149.

¹¹ G. BALENA, *La rimessione della causa al primo giudice*, cit., 170. V. inoltre G. OLIVIERI, *op.cit.*, 450; B. GAMBINERI, sub Art. 354, *Dell'appello*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, 2018, 765; v. inoltre, nel senso che vada escluso che l'art. 354 c.p.c. si riferisca all'ipotesi di cui all'art. 107 c.p.c., B. SASSANI – R. GIORDANO, sub Art. 354, in L.P. COMOGGIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R.

Questa autorevole opinione trova largo riscontro anche in giurisprudenza¹², nonostante vada segnalata anche l'esistenza di qualche pronuncia difforme¹³. La Cassazione, in genere, tende a escludere la possibilità di estendere la rimessione alle ipotesi di comunanza di causa *ex art. 106 c.p.c.* «nelle quali la chiamata in causa del terzo può essere autorizzata od ordinata soltanto dal giudice di primo grado il cui potere al riguardo, per altro, involge valutazioni assolutamente discrezionali che, come tali non possono formare oggetto di appello e sono insuscettibili di sindacato in sede di legittimità»¹⁴. Il principio è stato affermato anche in relazione al caso in cui non vi sia stato un vero e proprio diniego di autorizzazione, bensì un'omissione di pronuncia sull'istanza formulata dalla parte *ex art. 106 c.p.c.*¹⁵, come verificatosi nella fattispecie sottoposta all'attenzione della Consulta. L'equiparazione delle due ipotesi, che di primo acchito può suscitare qualche perplessità, mancando del tutto, in un caso la valutazione del giudice, risulta ragionevole rispetto all'inapplicabilità dell'istituto della rimessione. La regressione al giudizio di primo grado comporta una dilatazione dei tempi processuali necessari per definire la controversia, pienamente accettabile nelle situazioni di inscindibilità delle cause, in cui la decisione di merito deve essere unica, per la dimensione soggettiva del rapporto sostanziale su cui incide. Nei casi di cause scindibili, invece – rileva la Corte costituzionale – è proprio la finalità di assicurare la ragionevole durata del processo, e quindi una garanzia costituzionale, a porsi come ostacolo all'ampliamento della rimessione nella direzione prospettata nell'ordinanza. L'affermazione mi sembra corretta e condivisibile, in linea di massima. Mi chiedo però se in alcune situazioni, i

VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, 499; A. TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino 2016 ,609. Di diverso avviso pare S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1966, 164 secondo cui si ha rimessione «se in appello viene ammessa la chiamata di un terzo negata dal primo giudice».

¹² Così, *ex multis*, Cass., 10 aprile 1996, n. 3301; Cass., 26 settembre 2019, n. 23977; Cass., 21 settembre 2015, n. 18496.

¹³ V. Cass., 1 marzo 2007, n. 4800. Nella fattispecie, relativa a un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il giudice di primo grado riteneva inammissibile la richiesta di autorizzazione alla chiamata in causa del terzo, formulata dall'opponente, in base alla tesi che l'opponente dovesse procedere direttamente. La Cassazione, in accoglimento del ricorso, disponeva il rinvio al giudice di primo grado, in applicazione dell'art. 354 c.p.c. V. anche App. Potenza 26 maggio 2014 in *DeJure*, relativamente a un caso analogo.

¹⁴ Così Cass., 10 aprile 1996, n. 3301.

¹⁵ Cass., 26 agosto 2019, n. 21706 in un caso in cui il giudice di primo grado non si pronunciava sull'istanza di chiamata, dichiarava erronea la rimessione della causa *ex art. 354 c.p.c.* da parte del giudice d'appello.

vantaggi derivanti dall'unicità della decisione potrebbero compensare gli svantaggi che deriverebbero in termini di economia processuale, se si adottasse il rimedio di cui all'art. 354 c.p.c. Mi riferisco, in particolare, alle ipotesi di connessione particolarmente forte, in cui la garanzia della ragionevole durata del processo potrebbe cedere il passo dinanzi all'esigenza di assicurare un coordinamento dei rapporti a livello sostanziale, fondamentale anche per l'efficacia della tutela giurisdizionale.

3. – Un ulteriore argomento invocato dalla Corte d'appello a sostegno del dubbio di incostituzionalità sollevato, si basa sulla necessità di rivedere il principio di tassatività delle ipotesi di rimessione, a seguito delle modifiche che, in questi anni hanno inciso sulla struttura del giudizio d'appello. Le riforme hanno accentuato, soprattutto dopo l'intervento del 2012, i caratteri che lo rendono sempre di più uno strumento di controllo della decisione di primo grado.

L'istituto della rimessione pare invece maggiormente compatibile con un giudizio d'appello concepito come *revisio*, che non con il modello del *novum iudicium*¹⁶ al quale era originariamente ispirata la disciplina di matrice francese contenuta nel codice, come osservato dalla dottrina più autorevole: se i poteri del giudice di secondo grado sono di mero controllo, infatti, è più ragionevole ipotizzare un rinvio al giudice precedente.

Non sembra, tuttavia, che la progressiva trasformazione dell'appello in un'impugnazione sempre più chiusa, circoscritta ai motivi fatti valere dall'appellante, senza possibilità di introdurre elementi nuovi, implichi il superamento, per via costituzionale, della tassatività dei casi previsti dagli artt. 353 e 354 c.p.c. Ritengo che abbia ragione, quindi, la Corte, nell'affermare che le ipotesi di appello solo rescindente restino quelle fissate dal legislatore, nonostante gli interventi avvenuti in questi anni.

Per la verità un ampliamento dell'utilizzo della rimessione è stato auspicato in dottrina, in una prospettiva *de iure condendo*, dopo aver riconosciuto le difficoltà di pervenire a questo risultato attraverso una declaratoria di illegittimità costituzionale della disciplina. L'esigenza che al mutamento della fisionomia dell'appello corrisponda un potenziamento dell'istituto del rinvio al primo giudice è stata affermata, in particolare, con riferimento all'ipotesi in cui, a causa dell'errato accoglimento di un'eccezione, oppure della valutazione sbagliata con cui il giudice abbia escluso la necessità di assumere prove costituenti, abbia comportato la chiusura del giudizio in prime cure senza istruttoria. Rinviano la causa al

¹⁶ G. BALENA, *op. cit.*, 357.

giudice di primo grado si potrebbe evitare l'appesantimento che subirebbe il giudizio d'appello se in quella sede dovesse essere compiuta l'istruttoria non svolta precedentemente¹⁷.

Ma il caso affrontato dalla Consulta è diverso: mediante il rinvio al primo giudice si ottiene invece la trattazione simultanea della domanda principale e di quella di garanzia. Alla parte debitrice verrebbe così restituito il beneficio derivante dalla formazione contestuale di un giudicato sui due rapporti che la vedono protagonista, in un unico giudizio. Questo rimedio, tuttavia, come si è già osservato, potrebbe risultare troppo gravoso in termini di economia processuale, per il creditore che vedrebbe così vanificato un grado di giudizio.

4. – Un ultimo cenno va dedicato alla risposta della Consulta rispetto ai rilievi compiuti dalla Corte d'appello sull'art. 105 del codice del processo amministrativo. Il fatto che la norma preveda la rimessione al giudice di primo grado in tutti i casi in cui vi sia un vizio del contraddittorio o una lesione del diritto di difesa deporrebbe, secondo il giudice milanese, a favore di un ripensamento della disciplina contenuta negli artt. 353 e 354 c.p.c. Ma, come sottolinea il giudice delle leggi, non è la disciplina del processo civile a doversi assimilare a quella del processo amministrativo, essendo semmai vero il contrario, come risulta anche da alcune recenti decisioni dell'adunanza plenaria del Consiglio di stato, in cui si è stabilito che ai fini dell'interpretazione dell'art. 105 cod. proc. amm., occorre tenere in considerazione gli artt. 353 e 354 c.p.c., e dunque ritenere che i casi di rimessione al primo giudice siano del tutto eccezionali¹⁸.

Abstract

THE CONSTITUTIONAL COURT AND THE FAILURE TO RULE ON A THIRD-PARTY NOTICE

L'Autore commenta la pronuncia con cui la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 354 c.p.c., nella parte in cui la norma non prevede la rimessione della causa nell'ipotesi in cui il giudice di

¹⁷ In questo senso A. TEDOLDI, *L'appello*, cit., 592. Il riferimento è alle ipotesi in cui il giudice abbia erroneamente accolto un'eccezione di rito o di merito, o abbia ritenuto che non vi fosse necessità di assumere prove costituende. In questo caso «pare irragionevole privare le parti di un grado di giudizio, di fatto non svoltosi e costringere i secondi giudici a svolgere l'istruttoria omessa in prime cure». Per l'A. occorrerebbe quindi ripensare ai limiti con cui è consentita la rimessione, attraverso una declaratoria di illegittimità costituzionale, che però - ammette l'A. - sarebbe «tutt'altro che agevole».

¹⁸ V. Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2018, n. 10 e n. 11.

primo grado non abbia valutato la richiesta di chiamata in causa di un terzo, condividendone le principali argomentazioni.

The Author comments favorably the judgement of the Constitutional Court, which declared not founded the question of constitutionality of Article 154 of the Italian code of civil procedure, in the part in which it does not provide the referral of the case back to the court of first instance in the case that court had not examined a third-party notice.

Corte di cassazione, sez. un., 15 dicembre 2020, n. 28675

Pres. Di Iasi – Rel. De Stefano

È inammissibile, in sede di regolamento di giurisdizione, ogni questione in materia di litispendenza europea. L'ordinanza del giudice del merito che dispone la sospensione del processo per litispendenza è impugnabile a mezzo regolamento di competenza, condividendo essa la medesima natura del provvedimento sospensivo per pregiudizialità-dipendenza.

(Omissis). Svolgimento del processo

1. Le società Institut fur Rundfunktechnik GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung; d'ora in avanti anche solo IRT) e BRMedia GmbH (cioè Bayerische Rundfunk Media, indicata dapprima come Ente di diritto pubblico; d'ora in avanti anche solo BRM) ricorrono per regolare la giurisdizione su numerose domande nei loro confronti dispiagate davanti al Tribunale di Torino (sezione specializzata in materia di impresa): dalla Società italiana per lo sviluppo dell'elettronica - S.I.Sv.El. spa, con atto di citazione del 04 luglio 2017 ed intervento adesivo della società AudioMPEG Inc. del 13 luglio 2017, iscritta al n. 16042/17 r.g.; da D.R., con atto del 19 luglio 2017, iscritta al n. 17910/17 r.g.; da d.S.G., con atto del 27 luglio 2017 anche nei confronti della stessa S.I.Sv.El. spa, iscritta al n. 18555/17 r.g.; da C.P., con atto del di 08 agosto 2017, iscritta al n. 19299/17 r.g.

2. Con tali domande, nel contesto di un pluridecennale rapporto tra intermediari fra imprenditori nel campo della tecnologia di alto livello e titolari di diritti sulla proprietà intellettuale che intendano sfruttarli economicamente mediante concessione di licenze, ciascuno degli attori ha chiesto, in estrema sintesi:

- l'accertamento negativo di ogni loro responsabilità in relazione ai fatti per i quali era stata proposta precedente domanda di conciliazione in Germania, fallita e seguita dall'instaurazione di giudizio davanti al *Landgericht Mannheim* (non prima del 18 luglio 2017): in particolare, in relazione a condotte prospettate dalla convenuta come a vario titolo scorrette o illegittime, anche in collusione con dipendenti o collaboratori degli enti tedeschi, volte a conseguire, mediante la sottoposizione di dati inesatti o incompleti sull'effettiva redditività di quei brevetti (in termini meramente descrittivi e pertanto inevitabilmente approssimati o anche imprecisi, quelli connessi al sistema - o standard di compressione dati - mpeg3, notoriamente di diffusione mondiale) ed in occasione dei rinnovi o degli aggiornamenti dei testi contrattuali regolanti i rapporti tra i titolari dei brevetti e l'intermediario professionale nella loro gestione, la pattuizione in via forfettaria del corrispettivo di un contratto di sfruttamento di brevetti in materia di alta tecnologia nel settore radio

e teletrasmissioni, in luogo della più remunerativa modalità a percentuale, così lucrando ingentissimi profitti, quantificati in diverse centinaia di milioni di Euro;

- l'accertamento dell'illegittimità delle condotte di diffamazione o denigrazione o di sleale concorrenza poste in essere dalle controparti tedesche, che quei presunti e negati illeciti avevano posto a base di una campagna di stampa o comunque su organi di informazione anche telematica in lingua tedesca, oltre che di iniziative giudiziarie, fortemente lesive della reputazione in un settore altamente specializzato come la gestione dei brevetti in materia di tecnologia della trasmissione; con contestuale domanda di condanna generica al risarcimento del danno così loro arrecato.

3. All'immediata contestazione della giurisdizione del giudice italiano sono seguiti la riunione delle quattro cause ed il rinvio per la definizione della relativa questione; ma poi, disposta invece l'assunzione di prove testimoniali anche su questioni prospettate come incidenti su di essa, le convenute si sono indotte a proporre il presente regolamento, articolato su almeno nove differenti questioni, cui è seguita la sospensione ex art. 367 c.p.c. da parte del giudice del merito.

4. In particolare, le ricorrenti negano la giurisdizione del giudice italiano (*Omissis*) invocando, al terzo motivo di regolamento, la litispendenza internazionale e, di conseguenza, l'art. 31 Reg. 1215/2012 e la sua *ratio* di neutralizzazione delle tattiche processuali scorrette (in sostanziale superamento della precedente disposizione dettata dal Reg. 44/2001, per la necessità del contrasto alle cosiddette *Italian Torpedo Actions*), applicabile perché già adottato, sia pure non in vigore, al momento della decorrenza dell'ultimo accordo, se non pure in ragione del tempo di proposizione della domanda. (*Omissis*).

Motivi della decisione (*Omissis*).

5. Va allora individuato il molteplice oggetto del presente regolamento, articolato su nove diversi motivi, culminanti nell'invocazione della declaratoria del difetto di giurisdizione del giudice italiano: (*Omissis*) c) su tutte le domande di S.i.sv.el., in ragione della litispendenza davanti al giudice tedesco, considerato adito per primo per rilevare a tal fine l'istanza di conciliazione; (*Omissis*).

9. In via logicamente preliminare, va ora esaminato il terzo dei motivi sopra riassunti al punto 5 - e quindi sub 5.c) - e relativo all'interferenza, coi giudizi intrapresi davanti al Tribunale di Torino, delle iniziative giudiziarie civili delle convenute società tedesche: ma ogni questione relativa alla litispendenza internazionale esula dall'ambito del regolamento di giurisdizione, riguardando una questione di applicazione di norma processuale e non l'astratta titolarità della giurisdizione in capo al giudice adito.

10. Infatti, già Cass. Sez. U. 22 dicembre 2017, n. 30877 (tra le altre confermata da Cass. Sez. U. 13 maggio 2019, n. 12638), ha superato la contraria impostazione di Cass. Sez. U. ord. 08 giugno 2011, n. 12410, per ritornare all'orientamento precedente

(su cui, per tutte, v. Cass. Sez. U. 28 aprile 1999, n. 274), sicché va negata la stessa astratta configurabilità di una questione di giurisdizione in caso di mancato riconoscimento della litispendenza internazionale, con conseguente inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, nemmeno convertibile, per non essere quello ammesso contro provvedimenti che la sospensione neghino, nel regolamento di competenza c.d. improprio (Cass. Sez. U. 29 gennaio 2001, n. 37).

11. Ne deriva l'inammissibilità del relativo motivo e di ogni questione ad esso connessa, con conseguente devoluzione al giudice del merito cui sarà riconosciuta spettare la giurisdizione anche di ogni potestà decisionale sulla questione della litispendenza internazionale; a tanto consegue poi il difetto di rilevanza in questa sede della relativa questione di interpretazione delle norme del Reg. che si chiede sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, con conseguente reiezione della corrispondente richiesta.

12. Neppure rileva in questa sede l'eventuale connessione almeno parzialmente soggettiva e in larga parte oggettiva per interdipendenza di *causae petendi* e di *petita* - tra le controversie pendenti in Italia e nella Repubblica federale tedesca: è vero che l'art. 30 del Reg. UE 1215/12 consente la sospensione del procedimento da parte dell'autorità giurisdizionale adita successivamente in caso di cause connesse; ma, poiché anche ogni relativa questione atterrebbe all'applicazione di norme sul procedimento e non sulla giurisdizione, non è dato in questa sede rilevarla, restando riservato il suo apprezzamento al giudice del merito munito di giurisdizione.

13. In altri termini, il concreto *thema decidendum* devoluto col presente regolamento preventivo di giurisdizione non solo esclude di verificare di ufficio altri profili di interferenza tra le due azioni sotto profili diversi dalla litispendenza già qualificata come irrilevante in questa sede, ma soprattutto non esime questa Corte dalla verifica della sussistenza della giurisdizione in capo al giudice italiano sulle domande originariamente proposte a questo, beninteso impregiudicata la valutazione, ad opera di quella tra le autorità giurisdizionali che dovesse ritenersi successivamente adita, dell'opportunità di sospendere il proprio procedimento in applicazione della richiamata norma Eurounitaria.

14. Tanto non è contraddetto dalla recente Cass. Sez. U. 13 maggio 2019, n. 12638, per la quale non è esperibile e deve essere dichiarato inammissibile il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, relativamente a controversie in cui sussista un'ipotesi di litispendenza o connessione.

15. In primo luogo, infatti, tale conclusione è raggiunta pur sempre nel caso, assolutamente peculiare ed al quale non può in alcun modo ricondursi la presente fattispecie, di conflitto fra clausole di proroga della giurisdizione che attribuiscono la competenza a giudici di diversi Paesi dell'Unione Europea ed ove il giudice straniero sia stato adito in forza di una clausola di attribuzione esclusiva della giurisdizione

preventivamente rispetto al giudice italiano, poi adito anch'esso in forza di una clausola attributiva in via esclusiva della giurisdizione.

16. In via dirimente, comunque, non può rilevarsi di ufficio in sede di regolamento preventivo di giurisdizione una questione di connessione o litispendenza, quando non sia stata direttamente (benché, come detto più sopra, in modo inammissibile, non riguardando una questione di giurisdizione, ma di applicazione di norma processuale sulla sospensione) dedotta dalla parte a sostegno esclusivo della negazione o dell'affermazione della giurisdizione: cosa che nella specie accade solo quanto alla dedotta litispendenza, ma non anche per alcuna ipotesi di connessione; infatti, l'inammissibilità del regolamento di giurisdizione colpisce lo specifico motivo incentrato sulla prospettata insussistenza della giurisdizione per la ragione invece meramente processuale della litispendenza Eurounitaria, ma non quello che involga la sussistenza o meno della giurisdizione sulla domanda originaria in sé e per sé considerata. (*Omissis*).

59. In definitiva, inammissibile il terzo motivo di regolamento (*Omissis*) vanno adottate le conseguenti declaratorie, in applicazione dei seguenti principi di diritto: "è inammissibile, in sede di regolamento di giurisdizione, ogni questione in materia di litispendenza internazionale, anche alla stregua del Reg. n. 1215/2012, questa non configurando una questione di giurisdizione neppure in caso di mancato o negato riconoscimento di detta litispendenza, né potendo convertirsi quel regolamento in quello di competenza c.d. improprio, mai consentito contro i provvedimenti che la sospensione non dispongano". (*Omissis*).

QUESTIONI CONTROVERSE IN MATERIA DI IMPUGNABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO SOSPENSIVO PER LITISPENDENZA EUROPEA

SARA ORLANDO
*Dottorando di ricerca
nell'Università di Trento*

1. – L'ordinanza che si annota affronta la questione relativa alla natura giuridica delle norme che si occupano di litispendenza europea¹ di cui alla

¹ In via preliminare, sia consentita una precisazione. Nell'ordinanza in commento viene in rilievo una questione di «litispendenza europea». Nel testo della decisione, tuttavia, il termine è impiegato in maniera interscambiabile con quello di «litispendenza internazionale». Non è questo un caso isolato: la S.C. ha spesso impiegato i due termini in maniera fungibile (si veda, per tutte, Cass. 22 dicembre 2017, n. 30877). L'art. 7 della L. n. 218/1995 e l'art. 29 del reg. U.E. n. 1215/2012 (e, prima di esso, gli artt. 27 del reg. C.E. n. 44/2001 e l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles del 1968), si occupano entrambi del fenomeno della contemporanea pendenza di due giudizi aventi il medesimo oggetto dinanzi a giudici di Stati diversi,

sezione nona del reg. U.E. n. 1215/2012 e alla individuazione del mezzo con cui dolersi del provvedimento emanato dal giudice nazionale che conosca una questione di litispendenza².

Si vuol qui riflettere sull'idoneità della soluzione proposta dalle Sezioni Unite a garantire una effettiva tutela alle parti coinvolte in controversie con elementi di transnazionalità e, soprattutto, sull'*enforcement* delle norme in materia di litispendenza europea. Resta così sullo sfondo la questione strettamente meritale relativa al caso *de quo*, del quale pertanto ci si limiterà ad illustrare il solo aspetto processuale-dinamico.

Dinnanzi al *Landgericht Mannheim*, due società tedesche avevano convenuto una società italiana e i suoi amministratori, instaurando una

ma in modo affatto differente. Il primo impone al giudice prevenuto di sospendere automaticamente il processo pendente dinanzi a sé in ragione del mero dato cronologico della prevenzione; il secondo invece, lascia al giudice prevenuto un margine di discrezionalità, consistente nella valutazione prognostica della riconoscibilità della decisione straniera secondo i criteri dettati agli artt. 64, 65 e 66 della l. 218 del 1995. Solo la sospensione disposta senza alcun margine di discrezionalità per litispendenza europea darebbe vita ad una questione di giurisdizione, non anche quella per litispendenza internazionale.

Da questa differenza, non colta dalle Sezioni Unite, deriva l'esigenza di mantener ben distinti i due concetti. In arg., C. CONSOLO, *Litispendenza "comunitaria", convenzione "parallela" di Lugano, interventi di terzi e sindacabilità in sede di regolamento di giurisdizione* (nota a Cass., sez. un., 13 febbraio 1998, n. 1514), in *Corr. giur.*, 1998, 1208; ID., *La base partecipativa e la aspirazione alla nomofiliachia*, in *Corr. giur.*, 2019, 1569 e S. BARONE, *La sospensione per litispendenza comunitaria e internazionale cui tout court si impartisce il regolamento necessario di competenza* (nota a Cass., sez. un., 22 dicembre 2017, n. 30877), in *Corr. giur.*, 2018, 840. Aderendo alle critiche mosse dagli A. citati relativamente alla fungibilità dei due concetti, le conclusioni raggiunte nel testo saranno da riferire esclusivamente al fenomeno della litispendenza europea.

² La sezione nona del reg. U.E. n. 1215/2012 è rubricata «litispendenza e connessione». Le norme che vengono in rilievo, ai fini del presente studio, sono in particolare gli artt. 29 e 31, i quali si occupano di distribuire la competenza giurisdizionale tra i giudici nazionali degli Stati Membri quando siano contemporaneamente pendenti due controversie aventi il medesimo titolo ed il medesimo oggetto in due Stati diversi. È essenziale notare come la versione italiana del testo del cit. reg. discorra di «norme sui conflitti di competenza», mentre le altre versioni linguistiche discorrono di «*rules of conflict of jurisdiction*», «*règles de conflit de juridictions*», «*normas sobre conflictos de jurisdicción*». L'anomalia lessicale è radicata nel linguaggio tecnico-giuridico italiano. È usuale, infatti, discorrere di «competenza giurisdizionale» per riferirsi alle norme relative al riparto di giurisdizione tra giudici interni e giudici di stati stranieri, distinguendole in tal modo da quelle che ripartiscono la giurisdizione tra giudici interni. Evidenzia tale singolarità A. CARRATTA, *Sospensione per connessione internazionale e regolamento necessario di competenza: un'impossibile "quadratura del cerchio"* (nota a Cass., 26 novembre 2004, n. 22335), in *Int'l Ls*, 2005, 87, il quale definisce l'espressione ossimorica, in quanto i criteri della competenza e quelli della giurisdizione operano su piani differenti.

pluralità di giudizi aventi ad oggetto la violazione dell'obbligo di correttezza professionale nell'esercizio della attività di mediazione compiuta dai convenuti nell'ambito dello sfruttamento economico di brevetti.

Nelle more dello svolgimento delle liti in Germania, la società italiana e gli amministratori adivano il Tribunale di Torino proponendo nei confronti delle società tedesche più domande aventi ad oggetto l'accertamento negativo delle medesime condotte illecite.

All'immediata contestazione della giurisdizione italiana da parte delle società tedesche, non aveva fatto seguito l'adozione di alcun provvedimento. Le convenute proponevano, quindi, regolamento preventivo di giurisdizione, cui seguiva la sospensione del processo ai sensi dell'art. 367 c.p.c.

Nel loro ricorso, per quanto qui interessa, le società tedesche lamentavano il difetto di giurisdizione del giudice italiano sulle domande di accertamento negativo ai sensi dell'art. 31 par. 2 reg. U.E. n. 1215/2012, in ragione dell'esistenza, tra le parti, di un accordo di proroga della giurisdizione a favore del giudice tedesco e della contemporanea pendenza di due giudizi identici in Stati Membri differenti.

Le Sezioni Unite hanno esaminato dapprima il motivo di ricorso da ultimo richiamato, perché ritenuto logicamente preliminare; esse sono giunte a dichiarare incontestabile, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, ogni questione di litispendenza europea, rimettendo l'applicazione delle relative norme al giudice del merito e precisando che ogni provvedimento in materia è sindacabile a mezzo regolamento di competenza.

Rispetto a questo secondo profilo, proprio il fatto che il giudice torinese non si fosse pronunciato sulla contemporanea pendenza di identici giudizi in diversi Stati Membri e che non avesse adottato alcun provvedimento sospensivo ai sensi dell'art. 31, par. 2, reg. U.E. n. 1215/2012, ha impedito la conversione del regolamento di giurisdizione in quello di competenza, esperibile solo avverso i provvedimenti che la sospensione dispongano.

2. – Al punto 9 della motivazione, con uno stringato richiamo ad alcuni precedenti giurisprudenziali³, la S.C. ha preso le distanze da quella ricostruzione che fonda l'ammissibilità del regolamento preventivo *ex art. 41*

³ Più precisamente, Cass., 22 dicembre 2017, n. 30877; Cass., 13 maggio 2019, n. 12638; Cass., 28 aprile 1999, n. 274.

c.p.c. contro le ordinanze che dichiarano la litispendenza europea, ravvisando in essa un “difetto temporaneo di giurisdizione” italiana⁴.

Al contrario, la sentenza in epigrafe vi ha scorto un’ipotesi di sospensione necessaria del processo accostabile a quella di cui all’art. 295 c.p.c., con la quale la sospensione per litispendenza europea condividerebbe la natura giuridica ed il rimedio impugnatorio del regolamento di competenza.

Al fine di evidenziare la criticità della ricostruzione giova ripercorrere brevemente gli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza di legittimità.

La pronuncia che si annota accoglie una risalente impostazione – fatta propria dalla S.C. sul finire degli anni ‘90 – che ha individuato nella sospensione per litispendenza internazionale una *species* del *genus* della sospensione necessaria ai sensi dell’art. 295 c.p.c.: il giudice adito per secondo avrebbe dovuto limitarsi a prendere atto della contemporanea pendenza di giudizi identici in due Stati diversi e sospendere il giudizio automaticamente, fino all’accertamento definitivo della competenza giurisdizionale del giudice preveniente. Come l’ordinanza di sospensione per pregiudizialità-dipendenza, il provvedimento sospensivo per litispendenza europea sarebbe stato impugnabile ai sensi dell’art. 42 c.p.c., anche in caso di rigetto dell’istanza di sospensione⁵.

In un secondo momento, la Corte si è assestata su una interpretazione più restrittiva, dichiarando inammissibile il controllo a mezzo regolamento di competenza sui provvedimenti di diniego della sospensione⁶.

Nel 2011, si assiste ad una dirompente inversione di rotta: la S.C. identifica nel provvedimento sospensivo per litispendenza la fonte di un “difetto temporaneo di giurisdizione”⁷. Il giudice prevenuto, infatti, si sarebbe trovato privato della propria *potestas iudicandi* per il tempo necessario al giudice preveniente ai fini dell’accertamento della propria giurisdizione; ne derivava la sicura proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione sia in caso di accoglimento sia in caso di rigetto dell’istanza di sospensione del processo prevenuto, in quest’ultimo caso al fine di ottenere dalla Corte di Cassazione il provvedimento sospensivo.

Nonostante il benvenuto *revirement*, nell’ordinanza in commento, il S.C. aderisce al risalente orientamento che accosta la sospensione per

⁴ Cfr. Cass., 8 giugno, 2011 n. 12411 e Cass., 2 agosto 2011, n. 16862.

⁵ Il riferimento è a Cass., 12 febbraio 1998, n. 1541.

⁶ Si vedano Cass., 12 dicembre 2000, n. 15843; Cass., 29 gennaio 2001, n. 37; e Cass., 17 maggio 2002, n. 7299.

⁷ Cass., 8 giugno 2011, n. 12411.

litispendenza europea (e internazionale) al meccanismo processuale proprio della sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.*

La pronuncia valorizza l'analisi dell'oggetto del sindacato che il giudice del merito è chiamato a porre in essere prima di decidere se accordare o meno la sospensione: egli si limita a vagliare l'effettiva sussistenza dell'identità di cause alla luce della nozione di litispendenza europea fornita dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea⁸. Nel caso in cui l'identità sia riscontrata, la sospensione sarebbe un meccanismo da attivare automaticamente, senza che residui spazio per alcuna valutazione di natura giurisdizionale⁹. Ciò è esatto, ma al contempo riduttivo.

Guardare soltanto all'oggetto del sindacato che il giudice del merito è tenuto ad effettuare significa trascurare la *ratio* sottesa alle norme in materia di litispendenza europea. Esse definiscono lo snodo dinamico della giurisdizione all'interno dello spazio giuridico europeo e proprio questa peculiare funzione non può che colorarle, a parer di chi scrive, di una sfumatura di "giurisdizionalità"¹⁰.

⁸ È nota l'autonomia della nozione di "litispendenza" elaborata nel contesto euronunitario. I confini del concetto di «identità di cause» sono stati notevolmente allargati dalla Corte di Giustizia, fino a considerare identiche una domanda volta ad ottenere la condanna alla esecuzione della prestazione contrattuale e quella finalizzata alla dichiarazione di risoluzione della medesima vicenda contrattuale per inadempimento, sulla scorta del ragionamento per il quale entrambe le controversie avrebbero ad oggetto la medesima forza obbligatoria del contratto. Il riferimento è a C-144/86, *Gubish c. Palumbo* e alla successiva *Tatry c. Maciej Rataj* (C-406/92), ove si afferma la coincidenza tra un giudizio di accertamento positivo e uno di accertamento negativo. Per una analisi critica delle decisioni e per l'influenza esercitata delle medesime sulla nozione di «oggetto del processo di cognizione» negli Stati Membri dell'Unione europea v. per tutti E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione – Tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzioni del diritto processuale*, Torino, 2016, 45 ss.

⁹ In dottrina, concordano con la citata ricostruzione della Corte, E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni Unite ribadiscono che è il regolamento necessario di competenza lo strumento utilizzabile avverso il provvedimento di sospensione del processo per litispendenza internazionale* (nota a Cass., sez. un. 22 dicembre 2017, n. 30877), in *Foro it.*, 2018, I, 521 ss.; A. GIUSSANI – G. DI FAZZIO, *Il difetto "temporaneo" di giurisdizione colpisce ancora* (nota a Cass., 8 giugno 2011, n. 12411 e Cass., 2 agosto 2011, n. 16862), in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1627; più di recente, A. GIUSSANI, *Sospensione per litispendenza internazionale e giudizio di legittimità* (nota a Cass., sez. un., 22 dicembre 2017, n. 30877), in *Riv. dir. proc.*, 2018, 829.

¹⁰ Sostengono la natura giurisdizionale delle norme in materia di litispendenza europea C. CONSOLO, *Litispendenza "comunitaria", convenzione "parallela" di Lugano, interventi di terzi e sindacabilità in sede di regolamento di giurisdizione*, cit., 1194 ss.; A. CARRATTA, *Sospensione per connessione internazionale*, cit., 90; S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Torino, 2009, 193, il quale discorre di «difetto di giurisdizione» del giudice adito per secondo; M.A. LUPOI, *La nuova*

3. – L'accostamento del provvedimento sospensivo per litispendenza europea a quello per pregiudizialità-dipendenza comporta una considerevole forzatura di concetti. L'art. 295 c.p.c. opera quale strumento processuale di coordinamento tra due giudizi legati da un nesso di pregiudizialità-dipendenza; affatto differente è il concetto di identità di cause, che viene in rilievo in materia di litispendenza europea¹¹.

Si aggiunga che, a sostegno della loro tesi, le Sezioni Unite si richiamano ad orientamenti giurisprudenziali secondo i quali l'ordinanza di sospensione del processo, pur se disposta per ragioni differenti dalla pregiudizialità-dipendenza, è sindacabile ai sensi dell'art. 42 c.p.c.¹². Il regolamento di competenza, come avviene nell'ordinanza in commento, è di fatto invocato di fronte a qualunque provvedimento che importi una stasi "necessaria" del processo¹³.

litispendenza comunitaria: aspetti procedurali, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1321 ss.; ID., *Giurisdizione italiana, efficacia di sentenze e atti stranieri*, Napoli, 2007, 252; M. STELLA, *Clausole di proroga della giurisdizione "confliggenti" e domande identiche: opera la disciplina della litispendenza ex art. 29 reg. 1215/2012* (nota a Cass., sez. un., 13 maggio 2019, n. 12638), in *Corr. giur.*, 2020, 236.

¹¹ In questo senso C. CONSOLO, *Litispendenza "comunitaria"*, cit., 1208; A. CARRATTA, *Sospensione per connessione internazionale*, cit., 88. Analogamente anche G. RAITI, *Ancora un revirement delle Sezioni Unite civili sul dilemma dell'impugnabilità dell'ordinanza sospensiva per litispendenza internazionale* (nota a Cass., sez. un., 22 dicembre 2017, n. 30877), in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 368.

Contra, invece, R. MARENGO, «Natura» della quaestio di litispendenza comunitaria e regime della rilevabilità (nota a Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 37), in *Giur. it.*, 2002, 521, per il quale la sospensione per litispendenza comunitaria condividerebbe lo scopo della sospensione necessaria ex art. 295 c.c., e cioè quello di presidiare il rispetto del principio di economia; G. FIENGO, *Il regime di impugnazione dell'ordinanza dichiarativa della litispendenza internazionale* (nota a Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 37), in *GiustiziaCivile.com*, 2018; A. GIUSSANI – G. DI FAZZIO, *Il difetto "temporaneo" di giurisdizione colpisce ancora*, cit., 1632 e A. GIUSSANI, *Sospensione per litispendenza internazionale e giudizio di legittimità*, cit., 836 ss.

¹² Per tutte Cass., 22 dicembre 2017, n. 30877, la quale riporta, tra i casi in cui il regolamento di competenza è ammesso avverso provvedimenti assunti per ragioni differenti da quelle di pregiudizialità-dipendenza, la sospensione a seguito di istanza di ricusazione del giudice, ai sensi dell'art. 52 c.p.c. (Cass., 25 maggio 2005, n. 11010), la sospensione per querela di falso incidentale ai sensi dell'art. 313 c.p.c. (Cass., 4 agosto 2010, n. 14497), la sospensione di cui all'art. 16 reg. C.E. n. 1/2003 in materia di concorrenza (Cass., 25 maggio 2016, n. 10880).

¹³ Si noti che la stessa scelta legislativa, compiuta con la L. 353 del 1990, di erigere l'art. 42 c.p.c. a mezzo d'impugnazione dei provvedimenti assunti ai sensi dell'art. 295 c.p.c. è stata criticata dagli interpreti. Ben poco a che vedere con il tema della competenza ha infatti la necessaria sospensione del processo per pregiudizialità dipendenza. Così A. LEVONI, voce *Regolamento di competenza*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., Torino, XVI, 1997, 486 ss., il quale ammette che occorrono non pochi

La sospensione è una vicenda anomala del processo, il quale esiste, appunto, “per procedere”: qualunque sospensione dunque, e non solo quella per pregiudizialità-dipendenza, si traduce in un diniego di giustizia, sia pur temporaneo¹⁴. Questa riflessione ha spinto alcuni autori ad avanzare dubbi di legittimità costituzionale dell’art. 42 c.p.c. per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui prevede che solo il provvedimento emanato ai sensi dell’art. 295 c.p.c. sia impugnabile¹⁵. Tuttavia, l’interpretazione letterale della norma suggerisce chiaramente di limitare l’impugnabilità a mezzo regolamento di competenza ai provvedimenti sospensivi per pregiudizialità-dipendenza, cioè ai soli casi di cd. “sospensione propria”¹⁶. La necessità di

«contorsionismi logici» per attribuire ai provvedimenti assunti ex art. 295 c.p.c. un franco contenuto di pronuncia sulla giurisdizione. Lo stesso autore si era interrogato sulla possibilità di esperire il regolamento di giurisdizione contro provvedimenti sospensivi regolati in altre sedi testuali rispetto a quella di cui all’art. 295 c.p.c., concludendo in senso negativo. La regola discriminante per l’estensione del rimedio di cui all’art. 42 c.p.c. a casi differenti da quelli di pregiudizialità-dipendenza risiederebbe nell’essere o meno la causa sospensiva riconducibile alla categoria della pregiudizialità tecnica (riporta l’A. l’esempio degli artt. 313 e 315 c.p.c.).

¹⁴ In questi termini si esprime efficacemente G. TRISORIO LIUZZI, *Il regolamento di competenza e le sospensioni diverse da quella necessaria ex art. 295 c.p.c.* (nota a Cass., 27 settembre 2002, n. 14062), in *Foro it.*, 2003, I, 3139. Si veda anche S. MENCHINI, voce *Sospensione del processo civile*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 1, spec. nt. 1.

¹⁵ Avanzano dubbi di legittimità costituzionale G. TRISORIO LIUZZI, *Il regolamento di competenza e le sospensioni diverse da quella necessaria ex art. 295 c.p.c.*, cit., 3139; ID., *Sospensione necessaria del processo e regolamento di competenza* (nota a Cass., 3 febbraio 1997, n. 1010), in *Foro it.*, 1997, I, 1115; A. LEVONI, voce *Regolamento di competenza*, cit., 486; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 46. Più precisamente, l’art. 42 c.p.c. contrasterebbe con l’art. 3 Cost. poiché viola il principio di eguaglianza, dal momento che tutte le sospensioni e non solo quella di cui all’art. 295 c.p.c. rappresentano un diniego, sia pur temporaneo, di giustizia; con l’art. 24 Cost. in quanto nega un controllo avverso un provvedimento, quello sospensivo, che limita temporaneamente il diritto di azione e di difesa; con l’art. 111 Cost., in quanto non assicura la ragionevole durata del processo.

¹⁶ E.T. LIEBMAN, *Sulla sospensione propria ed «impropria» del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 158. Per l’A., la sospensione si definisce propria se disposta per ragioni di pregiudizialità-dipendenza, se cioè l’esito della causa pendente dinanzi al giudice che dispone la sospensione dipenda dalla definizione di un giudizio pendente dinanzi a un diverso giudice. Al contrario, la sospensione è impropria se essa è solo “apparente”: in questi casi il giudizio continua il suo corso fisiologico in altra sede, dinanzi a un giudice esclusivamente competente a decidere una delle questioni del processo. Esempi sono il regolamento di giurisdizione, quello di competenza, la sospensione disposta in caso di promozione di un giudizio di legittimità costituzionale. Si veda altresì M. VANZETTI, *Incidente di falso, sospensione del processo ed efficacia naturale del processo* (nota a Cass., 16 maggio 2017, n. 12035), in *Giur. it.*, 2017, 2107. La pronuncia conferma la impugnabilità, a mezzo regolamento di competenza, del provvedimento di sospensione per querela di falso. L’A. aderisce alla soluzione della Corte, ma avverte che la ragione per cui l’estensione applicativa

un controllo sui provvedimenti che dispongano una stasi del processo per ragioni differenti dall'art. 295 c.p.c., tra i quali rientra l'ordinanza sospensiva per litispendenza europea, non giustifica la tensione della giurisprudenza di legittimità all'eccessivo allargamento delle maglie interpretative dell'art. 42 c.p.c.: non sempre infatti il regolamento di competenza si presenta come mezzo più idoneo a garantire tutela alla parte lesa, specialmente nei casi, come quello che ci occupa, in cui si necessita di un controllo caratterizzato da rapidità¹⁷.

Inoltre, muovendo dalla prospettiva della S.C., solo i provvedimenti che accolgano l'istanza di sospensione del processo sarebbero impugnabili a mezzo regolamento di competenza, mentre ne resterebbero esclusi quelli che rigettano l'istanza¹⁸. La giustificazione può essere ravvisata nel fatto che solo la sospensione potrebbe dar luogo ad un effettivo diniego di tutela giurisdizionale. Il medesimo rischio non sarebbe attuale, al contrario, in caso di prosecuzione del processo: alla parte che abbia visto risolvere

dell'art. 42 c.p.c. è corretta nel caso di specie risiede nella circostanza che la sospensione cui dà luogo la proposizione della querela di falso rientra nel concetto di sospensione "propria": la falsità di un documento sarebbe possibile oggetto di un autonomo giudizio, il quale si impone come pregiudiziale rispetto ad un altro giudizio già pendente. È solo la classificazione della sospensione come propria, nell'accezione intesa da Liebman, a suggerire l'utilizzazione del mezzo impugnatorio di cui all'art. 42 c.p.c., non utilizzabile dinanzi a provvedimenti di sospensione «impropria». Si veda anche M. VANZETTI, *Querela di falso e sospensione del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 1502. Per un ulteriore approfondimento in materia di sospensione del processo per querela di falso si rinvia a P. WIDMANN, *Il giudizio di querela di falso: natura ed oggetto*, Trento, 2020, 125.

¹⁷ Da più parti in dottrina si è proposto di prevedere la reclamabilità dei provvedimenti che decidono sulle istanze di sospensione. Il reclamo è infatti strumento più "leggero" rispetto alla impugnazione a mezzo regolamento di competenza e più idoneo a fornire tutela immediata. Per tutti, G. TRISORIO LIUZZI, *Il regolamento di competenza e le sospensioni diverse da quella necessaria ex art. 295 c.p.c.*, cit. 3140. Si veda anche A. GIUSSANI, voce *Sospensione del processo*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1997, 606, per il quale la garanzia dell'azione dovrebbe essere protetta da possibili abusi nell'applicazione delle regole sulla sospensione del processo con strumenti diversi da quello dell'applicazione analogica o estensiva dell'art. 42 c.p.c.: infatti, specialmente nei casi di impugnazione di provvedimenti che rigettino l'istanza di sospensione «il rimedio potrebbe rivelarsi peggiore del male»: la proposizione del regolamento farebbe scattare l'automatica sospensione del processo.

¹⁸ M.A. LUPOI, *Il coordinamento tra giurisdizioni nello spazio di giustizia europeo*: an update, Pisa, 2018, 106. L'A. evidenzia che ammettere l'impugnabilità del provvedimento che nega la sospensione per litispendenza europea vorrebbe dire porre fine al parallelismo con l'art. 295 c.p.c., poiché l'art. 42 c.p.c. limita l'impugnabilità ai soli provvedimenti che la sospensione dispongano.

negativamente la propria istanza sospensiva sarebbe pur sempre assicurata una tutela giurisdizionale¹⁹.

A ben vedere, però, proprio l'impossibilità di investire la S.C. della questione di litispendenza europea qualora il provvedimento di diniego della sospensione sia assunto *in thesi* in violazione delle regole in materia di litispendenza, genera un vuoto di tutela in capo alla parte convenuta, la quale si trova sprovvista di un rimedio idoneo a fronteggiare il fenomeno dei *parallel proceedings*.

È opportuno, allora, focalizzare l'attenzione sul profilo dell'*enforcement* delle norme in materia litispendenza nei singoli ordinamenti nazionali e sui rimedi di natura processuale o sostanziale previsti a favore della parte che lamenta una scorretta applicazione del diritto europeo da parte del giudice interno²⁰.

Osservando dapprima il piano processuale, tra i rimedi volti a prevenire la instaurazione di *parallel proceedings* è doveroso menzionare quello di matrice anglosassone dell'*anti-suit injunction*. In questa ipotesi, il giudice adito per primo ingiunge alle parti, a pena di *contempt of court*, di astenersi dal promuovere o proseguire un identico giudizio in un ordinamento diverso.

Un acceso dibattito circa tale prassi delle corti di *Common Law* si è sviluppato in materia di accordi di proroga della giurisdizione (la cui disciplina è oggi all'art. 25 reg. U.E. n. 1215/2012): in quest'ambito, il rimedio dell'*anti-suit injunction* era largamente utilizzato al fine di garantire effettività all'accordo di scelta del foro esclusivo, sino alla introduzione dell'odierno art. 31 reg. U.E. n. 1215/2012²¹. La Corte di Giustizia dell'Unione

¹⁹ Concorde E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni Unite ribadiscono che è il regolamento necessario di competenza lo strumento utilizzabile avverso il provvedimento di sospensione del processo per litispendenza internazionale*, cit., 523. Per l'A., la parte che veda rigettare l'eccezione di litispendenza internazionale non rimarrebbe priva di tutela processuale, solo che coltivi la richiesta in appello mediante appello incidentale. Sulla stessa linea si pone anche Cass., 12 maggio 2017, n. 11799.

²⁰ Evidenzia l'urgenza di spostare l'attenzione al profilo dell'*enforcement* delle norme in materia di litispendenza europea S. VILLATA, *L'attuazione degli accordi di scelta del foro nel regolamento Bruxelles I*, Milano, 2012, 35, la quale avverte che nella nozione di *enforcement*, in tema di accordi di proroga della giurisdizione, non rientrano solo i rimedi volti a ottenere la esecuzione in forma specifica degli accordi, ma anche rimedi indiretti quali le *anti-suit injunctions*, il risarcimento del danno in caso di violazione dell'accordo di proroga o il non riconoscimento delle decisioni rese dal giudice non prorogato.

²¹ Sull'impossibilità di utilizzare lo strumento della *anti-suit injunction* a tutela della effettività di un accordo di proroga della giurisdizione ai sensi dell'art. 31 reg. U.E. n. 1215/2012 si veda E. D'ALESSANDRO, *Danno da inadempimento dell'accordo di scelta del foro esclusivo: un'importante sentenza del Bundesgerichtshof*, in *Riv. Dir. Proc.*,

europea ha però dichiarato tale rimedio contrario al diritto europeo: il descritto meccanismo inibitorio, infatti, falserebbe l'applicazione delle norme sulla giurisdizione all'interno dello spazio giudiziario poiché priverebbe il giudice, adito in violazione dell'accordo, della *potestas* di valutare autonomamente la sussistenza della propria competenza giurisdizionale.²²

Ai sensi della normativa vigente, l'effettività degli accordi di proroga della giurisdizione è garantita da un meccanismo simile a quello previsto per la soluzione di questioni di litispendenza in assenza di *jurisdiction agreements*: il giudice non prorogato, a norma dell'art. 31 del reg. U.E. n. 1215/2012, deve sospendere il giudizio dinanzi a sé instaurato in attesa che il giudice prorogato affermi la propria giurisdizione.

Preso atto dell'impossibilità di impiegare il rimedio preventivo dell'*anti-suit injunction*²³, è opportuno verificare se il meccanismo che impone al giudice adito per secondo e al giudice non prorogato la

2020, 793. L'A. sottolinea che proprio la impossibilità di utilizzare le *anti-suit injunctions* a protezione della effettività degli accordi di scelta del foro esclusivo all'interno dello spazio giudiziario europeo ha indotto alla introduzione, con reg. U.E. 1215/2012, dell'art. 31, il quale detta norme procedurali volte a garantire il rispetto effettivo delle clausole di proroga, stabilendo un criterio di distribuzione della competenza giurisdizionale nel caso di adizione, oltre che del giudice prorogato, anche del giudice non prorogato. In argomento si veda anche G. VALLAR, *Litispendenza e sospensione del procedimento: il giudice italiano di fronte all'art. 31, par. 2, del Regolamento Bruxelles I-bis*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2020, 471, spec. nt. 46. Per una panoramica più dettagliata degli strumenti impiegati dalle Corti inglesi a garanzia dell'*enforcement* delle posizioni giuridiche sostanziali derivanti dagli accordi di proroga della giurisdizione si veda L. PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, Padova, 2012, 50 ss.

²² Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, caso *Turner c. Grovit*, 27 aprile 2004, causa C-159/02 con nota di E. MERLIN, *Le anti-suit injunctions e la loro incompatibilità con il sistema processuale comunitario*, in *Int'l Lis*, 2005, 14. L'A. pone l'accento sull'uso dell'*anti-suit injunction* come strumento per fronteggiare il fenomeno della litispendenza da parte delle corti inglesi, mantenendo pur sempre sullo sfondo la consapevolezza della "elastica" concezione dei criteri attributivi della competenza nei sistemi di *common law*.

²³ Non ci si può esimere dal segnalare l'impatto che la fuoriuscita dell'Inghilterra dall'Unione europea potrebbe avere sulla utilizzabilità, da parte delle Corti Inglesi, dello strumento delle *anti-suit injunctions*. L'Inghilterra, infatti, non sarebbe più soggetta al c.d. regime di Bruxelles e gli interpreti riflettono sulla possibilità che ciò comporti la reviviscenza di istituti giuridici che, ad oggi, sono stati dichiarati non in linea con il diritto europeo, come le *anti-suit injunctions*. Si rinvia a G. RÜHL, *Judicial cooperation in civil and commercial matters after Brexit: which way forward?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, 99-128 e R. LOMBARDI, *Le anti-suit injunctions nell'era della Brexit: quali prospettive rispetto all'Unione europea?*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, 275 ss.

sospensione del processo ai sensi degli artt. 29 e 31 del reg. U.E. n. 1215/2012 sia davvero idoneo a scongiurare il pericolo della instaurazione di *parallel proceedings*. La corretta applicazione delle norme citate garantisce l'effettiva individuazione del giudice giurisdizionalmente competente; l'ordinamento europeo, però, non detta regole processuali volte a reagire alla scorretta applicazione delle norme da parte dei giudici interni: in tale patologica evenienza, infatti, i due giudizi proseguono in parallelo²⁴. È naturale domandarsi cosa accada nel caso in cui il giudice interno non sospenda il giudizio, pur in presenza di una questione di litispendenza europea.

Secondo una recente pronuncia della Corte di Giustizia, non sussisterebbero ostacoli al riconoscimento della decisione assunta in violazione delle regole sulla litispendenza dal giudice prevenuto il cui processo si sia concluso prima rispetto a quello instaurato dinanzi al giudice adito per primo²⁵. Questa soluzione si basa sul rilievo per cui il giudice preveniente, richiesto del riconoscimento, non potrebbe sindacare la sussistenza della competenza giurisdizionale in capo al giudice che ha emanato la sentenza straniera.

Un siffatto meccanismo ostacola l'effettività dell'applicazione delle regole sulla litispendenza nello spazio giudiziario europeo²⁶, complice

²⁴ Il fatto che l'effettività delle norme europee in materia di litispendenza si fondi sul presupposto della loro puntuale applicazione da parte dei giudici concorrenti e, specialmente, del giudice adito per secondo (o del giudice non prorogato) è sottolineato da M.A. LUPOI, *Il coordinamento tra giurisdizioni nello spazio di giustizia europeo: an update*, cit., 69.

²⁵ In questi termini la Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Liberato c. Grigorescu*, 16 gennaio 2019, causa C-386/17. La Corte si esprime chiaramente, al punto 56 della motivazione, in questi termini: «le norme sulla litispendenza di cui all'articolo 27 del reg. C.E. n. 44/2001 e all'articolo 19 del reg. C.E. n. 2201/2003 devono essere interpretate nel senso che, qualora, nell'ambito di una controversia in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale o di obbligazioni alimentari, l'autorità giurisdizionale successivamente adita abbia adottato, in violazione di tali norme, una decisione poi divenuta definitiva, esse ostano a che le autorità giurisdizionali dello Stato membro cui appartiene l'autorità giurisdizionale preventivamente adita neghino, per questo solo motivo, il riconoscimento di tale decisione. In particolare, tale violazione non può, di per sé, giustificare il mancato riconoscimento di detta decisione per sua contrarietà manifesta all'ordine pubblico di tale Stato membro».

²⁶ Si esprime in termini di insoddisfazione nei confronti del sistema previsto dai regolamenti europei sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento delle decisioni L. PENASA, *Violazione della regola sulla litispendenza europea e riconoscimento della sentenza straniera*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2020, 852. L'A. propone, *de iure condendo*, la previsione di uno strumento volto a porre rimedio alle violazioni della regola sulla litispendenza; egli valorizza la proposta di Franchi, in G. FRANCHI, *Proposte di riforma della Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *La Convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968*

l'assenza di idonei strumenti di controllo sui provvedimenti che erroneamente neghino la sospensione per litispendenza europea: come ribadito dall'ordinanza in commento, infatti, le Sezioni Unite negano l'impugnabilità del provvedimento di diniego della sospensione.

Appurata la mancanza di rimedi processuali, si prospetta l'opportunità di riflettere circa l'esistenza di rimedi sostanziali a vantaggio della parte che veda ingiustamente rigettata la propria istanza di sospensione per litispendenza, la quale è costretta a sostenere le spese di due processi: quello preveniente e quello prevenuto, a torto non sospeso.

Non si rinvergono rimedi sostanziali per il caso in cui il giudice prevenuto reputi erroneamente inesistente la questione di litispendenza europea. Diverso è il caso in cui le parti abbiano stipulato un accordo di proroga della giurisdizione e venga adito il giudice non prorogato, il quale non si avveda dell'accordo o, erroneamente, non ritenga la domanda presso di lui incardinata rientrando nel perimetro del medesimo. Prendendo in prestito le categorie del diritto sostanziale, può scorgersi l'inadempimento, da parte dell'attore che abbia incardinato la causa dinanzi al giudice non prorogato, dell'obbligazione assunta al momento della stipula dell'accordo. Tale comportamento della parte in mala fede è stato ritenuto, dalle Corti tedesche, idoneo a fondare una azione di risarcimento del danno da inadempimento dell'accordo di scelta del foro esclusivo²⁷. Ad oggi, analoga

e la riforma del processo civile italiano, Milano, 1985, 78, di prevedere un regolamento di competenza tramite il quale impugnare, dinanzi alla Corte di Giustizia, le decisioni dei giudici nazionali che facciano applicazione delle norme convenzionali sulla giurisdizione ipotizzando che, se un tale regolamento venisse istituito, sarebbe congruo estenderlo anche alle pronunce relative alla litispendenza e alla connessione.

²⁷ Sul punto si veda E. D'Alessandro, *Danno da inadempimento dell'accordo di scelta del foro esclusivo: un'importante sentenza del Bundesgerichtshof*, cit. 794, ove l'A. ricostruisce dettagliatamente la natura giuridica degli accordi di scelta del foro esclusivo, dei quali si discute circa la matrice sostanziale ovvero processuale. Interessante è porre mente alla ricostruzione offerta dal *Bundesgerichtshof*, il quale li definisce accordi aventi duplice oggetto: da una parte processuale, individuando essi, dal punto di vista dinamico, il giudice munito di giurisdizione esclusiva, con contestuale rinuncia delle parti alla giurisdizione di un giudice diverso; dall'altra sostanziale, nella misura in cui determinerebbero il sorgere di una obbligazione di *non facere*, avente ad oggetto l'impegno a comportarsi secondo buona fede e dunque a non adire una diversa autorità giurisdizionale rispetto a quella indicata nell'accordo di proroga. Proprio l'inadempimento di tale ultima obbligazione sarebbe fonte di un diritto al risarcimento dei danni. Si veda anche G. Vallar, *Litispendenza e sospensione del procedimento: il giudice italiano di fronte all'art. 31, par. 2, del Regolamento Bruxelles I-bis*, cit., 472, nt. 47, la quale pure rimanda alla decisione del *Bundesgerichtshof*, e segnala altresì ulteriori casi di condanna al risarcimento del danno per violazione di una clausola di scelta del foro negli ordinamenti inglese e spagnolo. Sulla natura giuridica degli accordi di proroga della giurisdizione si v. L.

soluzione non risulta essere accolta dall'ordinamento italiano: la parte diligente rispetto alla esecuzione dell'accordo di proroga risulta, così, sprovvista di idonea tutela giurisdizionale, anche sul piano sostanziale.

Considerare inerenti alla giurisdizione le norme sulla litispendenza europea e consentire, di conseguenza, di investire della relativa questione la S.C. a mezzo regolamento preventivo di giurisdizione, può contribuire a colmare gravi lacune di effettività della tutela, assicurando una rapida soluzione della questione proprio quando essa risulti più urgente: nei casi cioè di erroneo diniego del provvedimento sospensivo²⁸.

4. – La prospettata soluzione trova conforto nelle argomentazioni dei giudici della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

A tal proposito si consideri il caso *Liberato c. Grigorescu* del 16 gennaio 2019, causa C-386/17²⁹. Riassumendo brevemente i fatti di causa, il giudice italiano veniva adito con una domanda di separazione, quello romeno con una domanda di divorzio³⁰. Il giudice della Romania, prevenuto nonostante

PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi*, cit., 80 ss., il quale attribuisce ai *jurisdiction agreements* natura di negozi bilaterali con effetti processuali e G. PAILLI, *Autonomia privata e accordi sulla giurisdizione*, Torino, 2020, 86 ss.

²⁸ Propongono, più autorevolmente, di devolvere la soluzione della questione di litispendenza europea alle sez. un. a mezzo regolamento preventivo di giurisdizione A. CARRATTA, *Sospensione per connessione internazionale*, cit., 90, il quale definisce quella del regolamento preventivo di giurisdizione la «strada maestra»; C. CONSOLO, *Litispendenza "comunitaria"*, cit., 1208; ID., *La base partecipativa e la aspirazione alla nomofiliachia*, cit., 1568, spec. nt. 3; M. STELLA, *Clausole di proroga della giurisdizione "confliggenti"*, cit., 236, spec. nt. 1; M.A. LUPOI, *Il coordinamento tra giurisdizioni nello spazio di giustizia europeo: an update*, cit., 104. Propone una lettura alternativa a quella «binaria» della Cassazione tra regolamento di competenza e regolamento di giurisdizione G. RAITI, *Ancora un revirement delle Sezioni Unite civili sul dilemma dell'impugnabilità dell'ordinanza sospensiva per litispendenza internazionale*, cit., 376.

²⁹ Per un commento della decisione si vedano L. PENASA, *Violazione della regola sulla litispendenza europea e riconoscimento della sentenza straniera*, cit., 840 ss.; M.C. BARUFFI, *Il divorzio nel diritto dell'Unione europea*, in *Famiglia e Diritto*, 2021, 99; E. EBAU, *Litispendenza e riconoscimento di provvedimenti stranieri – Litispendenza e riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale genitoriale*, in *Giur. it.*, 2019, 1338.

³⁰ Ai sensi dell'art. 19 del reg. C.E. n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale: «qualora dinanzi a autorità giurisdizionali di Stati membri diversi e tra le stesse parti siano state proposte domande di divorzio, separazione personale dei coniugi e annullamento del matrimonio, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché non sia stata accertata la competenza dall'autorità giurisdizionale preventivamente adita». Il meccanismo processuale dettato dalla norma è il medesimo previsto all'art. 29 del reg. U.E. n. 1215/2012, per il quale «[...] qualora davanti alle autorità giurisdizionali di Stati membri differenti e tra le medesime parti siano state proposte domande

la (fondata) eccezione di litispendenza, decideva il merito della causa, accogliendo la domanda di divorzio: la sentenza passava in giudicato. L'ex moglie, nel giudizio ancora pendente in Italia, chiedeva il riconoscimento della sentenza romena di divorzio ma l'ex marito si opponeva, facendo valere la contrarietà della decisione all'ordine pubblico italiano. Secondo l'opponente le autorità romene si erano pronunciate in violazione del reg. C.E. n. 2201/2003³¹ e delle ivi contenute norme in materia di litispendenza.

La vicenda approdava in Cassazione, che sospendeva il giudizio chiedendo alla Corte di Giustizia se la violazione delle regole sulla litispendenza europea potesse costituire motivo ostativo al riconoscimento della pronuncia assunta sotto il profilo dell'ordine pubblico processuale oppure se fosse applicabile l'art. 24 del reg. C.E. n. 2201/2003, rubricato «divieto di riesame della competenza giurisdizionale dell'autorità giurisdizionale d'origine», che impedisce di procedere al riesame della competenza giurisdizionale del giudice dello Stato Membro d'origine in sede di riconoscimento di una sentenza straniera.

Si poneva dunque una questione pregiudiziale relativa alla possibile qualificazione delle norme sulla litispendenza come norme sulla giurisdizione: in quanto tali, il giudice dello Stato richiesto sarebbe privato della possibilità di sindacare il loro rispetto da parte del giudice che ha emanato la sentenza, in conformità al disposto di cui all'art. 24 reg. C.E. n. 2201/2003.

La Corte di Giustizia ha opportunamente chiarito che le disposizioni sulla litispendenza siano qualificabili quali norme di competenza giurisdizionale. Di conseguenza, il sindacato relativo al loro rispetto è sottratto al giudice dello Stato d'arrivo, analogamente a quanto previsto per le norme sulla giurisdizione in generale.

5. – Attribuire natura di norme sulla giurisdizione a quelle che si occupano di litispendenza europea ha il pregio di consentire la devoluzione della relativa questione alle sez. un. a mezzo regolamento preventivo di

aventi il medesimo oggetto ed il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale adita in precedenza». Stante l'identità di scopo delle due norme, possono estendersi le conclusioni cui giunge la Corte di Giustizia dell'Unione europea circa l'interpretazione delle norme che regolano la litispendenza in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale nel caso Liberato a quelle che regolano il medesimo fenomeno in materia civile e commerciale.

³¹ Relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale

giurisdizione. Questo, lo si ribadisce, sia nel caso che il giudice del merito abbia negato la sospensione sia nel caso che l'abbia concessa, intravedendo in entrambe le ipotesi una minaccia alla effettività della tutela delle parti coinvolte.

Conviene dunque prender consapevolezza delle peculiarità che connotano lo strumento del regolamento di giurisdizione, la cui storia, esposta a fortune alterne, è travagliata³². Certo è che il regolamento *de quo* costituisce un *unicum* nel panorama giuridico europeo: dal punto di vista comparato, infatti, non si rinvencono strumenti analoghi negli ordinamenti degli Stati Membri. Il regolamento di giurisdizione è strumento preventivo, privo di qualunque sfumatura di gravame (al contrario del regolamento di competenza), utile anche al fine di risolvere la questione di giurisdizione prima che il pericolo di *parallel proceedings* si renda attuale. Tale strumento assai particolare merita – come è stato autorevolmente osservato – una “ricarburazione”³³.

Non valgono poi ad escludere la possibilità di avvalersi del regolamento di giurisdizione quegli orientamenti che individuano nella pronuncia sospensiva del giudice del merito relativa alla litispendenza europea un motivo ostativo alla proposizione del medesimo. Il regolamento di giurisdizione, infatti, è precluso solo una volta deciso il merito della controversia. È chiaro, invece, che la decisione relativa alla sospensione in costanza di una questione di litispendenza sia inidonea ad incidere sul merito³⁴.

³² Sul punto si veda F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1981, *passim*, cui adde G. TRISORIO LIUZZI, voce *Regolamento di giurisdizione*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1997, 509 ss.

³³ In questi termini C. CONSOLO, *La Italian Torpedo non fa naufragare per la seconda volta la petroliera Erika e la buona fede processual-internazionalistica (grazie al “ricarburato” e non più vituperando nostro regolamento di giurisdizione)*, in *Int'l Lis*, 2003, 99, il quale intravede nel regolamento di giurisdizione il ruolo di «promotore della buona fede processuale». Nel caso annotato, in particolare, il regolamento di giurisdizione veniva proposto quale mezzo di contrasto alle c.d. azioni *Torpedo*, proposte allo scopo di sfruttare la capacità inibitoria della prevenienza-litispendenza di un processo presso un foro privo di giurisdizione. È proprio in Stati come l'Italia, nota l'autore, che le azioni di tal genere sono più pericolose, stante la notoria lungaggine processuale. In questo contesto veniva a ritagliarsi un nuovo ruolo il regolamento di giurisdizione, finalmente «ricarburato» ed ormai lontano dalle critiche mossegli al momento del suo ingresso nel nostro sistema da Cipriani. Si veda altresì C. CONSOLO, *La buona fede internazionalprocessualistica ed il nostro «ricarburato» regolamento di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2003, 2056 ss.

³⁴ Lo sottolinea A. CARRATTA, *Sospensione per connessione internazionale*, cit., 90, il quale evidenzia il dato acquisito per cui il regolamento preventivo di giurisdizione deve intendersi precluso nel caso in cui sia intervenuta una decisione di merito,

Inoltre, raffrontando da un punto di vista dinamico il regolamento preventivo di giurisdizione con quello di competenza, emerge come il primo si presenti, agli occhi dell'operatore giuridico, come uno strumento più maneggevole. Il regolamento ai sensi dell'art. 41 c.p.c. non comporta una stasi automatica del processo, essendone valutata la opportunità dal giudice del merito, ai sensi dell'art. 367 c.p.c. Il regolamento di competenza, al contrario, genera una sospensione automatica, certamente meno in linea con il principio di economia.

Preferendo lo strumento del regolamento di giurisdizione si eviterebbe altresì di allargare eccessivamente le maglie interpretative dell'art. 42 c.p.c. e di scomodare accostamenti tra figure giuridiche che sono specchio, come visto, di *rationes* tra loro divergenti.

La Corte di cassazione, nella sua composizione più autorevole, conserverebbe inoltre il proprio ruolo di "giudice della giurisdizione" anche nelle sempre più frequenti controversie transfrontaliere e garantirebbe, nell'esercizio di tale mansione, una interpretazione uniforme delle norme europee in materia di litispendenza³⁵.

Si apre quindi una parentesi relativa alla posizione del giudice del merito di fronte all'ordinanza emanata dalle Sezioni Unite a conclusione del regolamento di giurisdizione, qualora venga in rilievo l'applicazione del diritto dell'Unione europea. Come noto, la decisione esplica, nei confronti del giudice del merito, una efficacia preclusiva interna rispetto alla valutazione della propria giurisdizione, vincolandolo al *dictum* della S.C. Vi è però un caso in cui il giudice nazionale può (*rectius*: deve) riappropriarsi del potere di valutare la sussistenza della propria competenza giurisdizionale. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, nel caso *Interedil*, si è intrattenuta proprio sul rapporto intercorrente tra le norme processuali di diritto interno che impongono ad un giudice non di ultima istanza di

anche limitata alla giurisdizione o ad una questione meramente processuale; parimenti egli mette in luce però che il concetto di "decisione in sede di merito" deve ricollegarsi ad un provvedimento che, a prescindere dalla sua forma di sentenza o di ordinanza, abbia una qualche incidenza sul merito della controversia. Questo non è il caso del provvedimento sospensivo emanato dal giudice di merito e relativo a una questione inerente la litispendenza europea. Sulla interpretazione dell'inciso "decisione in sede di merito", per tutti, G. TRISORIO LIUZZI, voce *Regolamento di competenza*, cit., 518.

³⁵ A. CARRATTA, *Sospensione per connessione internazionale*, cit., evidenzia che, assegnando alle Sezioni Unite il ruolo di giudice sulla giurisdizione nei casi di litispendenza europea, si evierebbe alla assenza di un organo di rilevanza sovranazionale al quale demandare il compito di risolvere eventuali conflitti positivi o negativi che dovessero sorgere con riferimento alle norme sulla litispendenza o sulla connessione internazionale.

uniformarsi al principio di diritto dettato da un giudice di grado superiore e la conformità del medesimo alle norme europee³⁶. Più precisamente, nel caso in cui il *dictum* risultante da un regolamento preventivo di giurisdizione sia contrario al diritto dell'Unione europea, il giudice del merito vede risorgere il potere di verificare la propria competenza giurisdizionale e di adire la Corte a mezzo rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE. La regola sancita dalla Corte può a prima vista sembrare dirompente, ma essa risulta specchio del c.d. principio di *primauté* del diritto europeo. Non si può negare, tuttavia, un incisivo impatto della medesima sull'ordinamento processuale interno, in quanto non pochi sono i casi di regolamento di giurisdizione in cui venga in rilievo l'applicazione di norme comunitarie³⁷.

Per concludere, il principio di prevenienza e la sospensione del giudizio prevenuto (o incardinato presso il giudice non prorogato), sono gli strumenti forniti dal reg. U.E. n. 1215/2012 per la gestione del fenomeno dei c.d. *parallel proceedings*. La razionale applicazione di queste norme garantisce l'efficiente distribuzione della competenza giurisdizionale tra gli Stati Membri. Il diritto processuale europeo, però, non prevede strumenti di reazione alla scorretta o mancata applicazione delle norme in materia di litispendenza.

L'urgenza di colmare tale lacuna legislativa è evidente sol che si ponga mente al carattere *lato sensu* definitivo del provvedimento del giudice nazionale che conosca una questione di litispendenza europea, disponga o meno la sospensione: da esso dipende infatti la concreta attribuzione della causa al giudice interno o al giudice straniero e l'effettiva prevenzione del fenomeno dei *parallel proceedings* nello spazio giudiziario europeo.

In assenza di un organo sovranazionale deputato a risolvere i conflitti di giurisdizione, spetta al diritto interno dei singoli Stati Membri il compito

³⁶ Si v. *Interedil*, 20 ottobre 2011, causa C-396/09 e *Rheinmülen Düsseldorf c. Einfuhr*, 12 febbraio 1974, causa C-146/73, *Elchinov*, 5 ottobre 2010, C-173/09, e *Krizan*, 15 gennaio 2013, causa C-416/10. Per una visione d'insieme dell'evoluzione giurisprudenziale si vedano: E. D'ALESSANDRO, *L'ordinanza conclusiva del regolamento di giurisdizione capitola dinanzi alla «primauté» del diritto dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2011, IV, 547; C. HONORATI, *Higher courts, lower courts and preliminary ruling: a lesson from Interedil*, in *Int'l Lis*, 2012, 134; G. RAITI, *Dopo Elchinov ed Interedil, Krizan: ribadita l'incompatibilità con il diritto dell'Unione del vincolo processuale interno all'enunciato in iure della corte superiore*, in *Int'l Lis*, 2013, 24.

³⁷ In particolare E. D'ALESSANDRO, *L'ordinanza conclusiva del regolamento di giurisdizione capitola dinanzi alla «primauté» del diritto dell'Unione europea*, cit., 548 osserva che non è escluso che il *dictum* della Corte di Giustizia per ora relativo alla cedevolezza del principio di diritto e della pronuncia sulla giurisdizione rispetto alla primazia del diritto europeo, sia in futuro esteso, per analogia di *ratio*, anche alle pronunce sulla mera competenza provenienti da una autorità giurisdizionale di grado superiore, ad esempio le ordinanze conclusive del regolamento di competenza.

di identificare gli strumenti processuali più idonei a garantire l'*enforcement* delle norme in materia di litispendenza europea ³⁸. Nel caso dell'Italia, la scelta, anche alla luce delle esposte riflessioni, non può che ricadere sul regolamento preventivo di giurisdizione.

È dunque auspicabile che la Corte di Cassazione ritorni sui suoi passi e riconsegni, alla parte convenuta in un giudizio con elementi di transnazionalità, un idoneo strumento di reazione al fenomeno dei *parallel proceedings*.

Abstract

CONTROVERSIAL ISSUES WITH REGARD TO THE CHALLENGE OF THE DECISION TO STAY THE PROCEEDING IN CASE OF *LIS PENDENS*

La Corte di Cassazione conferma che il provvedimento sospensivo per litispendenza europea è impugnabile con regolamento di competenza, scorgendovi una ipotesi di sospensione necessaria del processo e non una questione di

³⁸ La riflessione può estendersi anche ad altri ambiti del diritto, come quello fallimentare. Il caso *Interedil* causa C-396/09 è meritevole di attenzione sotto un ulteriore profilo oltre a quello già menzionato nel testo; le parti discutevano circa l'individuazione del *center of main interest* (c.d. COMI) di una società che aveva trasferito la propria sede sociale in altro Paese membro dell'Unione europea poco prima dell'apertura della procedura d'insolvenza. La definizione di COMI era centrale nella individuazione del giudice giurisdizionalmente competente per l'apertura della procedura di insolvenza a carattere principale, ai sensi dell'allora vigente art. 3 del reg. C.E. n. 1346/2000. Il fatto che il regolamento non fornisse una definizione di "centro degli interessi principali", ma che si limitasse ad introdurre una presunzione di coincidenza del medesimo con la sede statutaria della società, aveva incentivato il fenomeno del *bad forum shopping*, inducendo le società a deliberare lo spostamento della sede sociale in Stati con legislazione fallimentare più favorevole poco prima della apertura della procedura. Dunque, anche in materia di insolvenza transfrontaliera, proprio l'assenza di una definizione legislativa di COMI ed il conseguente dilagare del fenomeno del *forum shopping*, avevano contribuito a far emergere una lacuna nel sistema processuale europeo, e cioè la assenza di un organo sovranazionale deputato a regolare i conflitti di giurisdizione tra diversi Stati Membri dell'Unione europea. Lo rileva chiaramente L. BACCAGLINI, *In tema di giurisdizione fallimentare europea: trasferimento della sede legale all'estero e "centro degli interessi principali" della società nel pensiero della S.C., alla vigilia della modifica del reg. 1346/2000* (nota a Cass., sez. un., 11 marzo 2013, n. 5945), in *Int'l Lis*, 2013, 148. La soluzione di potenziali conflitti di giurisdizione, dovuti alla scarsa chiarezza delle norme europee volte a ripartire la giurisdizione in materia fallimentare, sembra essere demandata al diritto interno, e più precisamente alla S.C. adita a mezzo regolamento di giurisdizione. Anche nel caso *Interedil*, infatti, le parti si erano indotte a proporre un regolamento preventivo ai sensi dell'art. 41 c.p.c., affidando così, di fatto, l'*enforcement* delle norme sulla giurisdizione europea ad un meccanismo processuale nazionale.

giurisdizione. Scopo del commento è dimostrare la natura giurisdizionale della questione e l'inidoneità della ricostruzione della Corte a garantire l'*enforcement* delle norme in materia di litispendenza europea. In assenza di un organo sovranazionale deputato a risolvere i conflitti di giurisdizione in caso di litispendenza, si propone la devoluzione di tale compito alle sez. un. a mezzo regolamento di giurisdizione.

The Italian Corte di Cassazione confirms that the decision to stay the proceeding in case of lis pendens shall be challenged through the means of regolamento di competenza, since it represents a case of mandatory stay of the proceeding and not a jurisdictional matter. The aim of the article is to demonstrate the jurisdictional nature of the issue and the unsuitability of the solution of the Court to ensure the enforcement of the European rules on lis pendens. In the absence of a supranational body entrusted with the solution of conflict of jurisdiction in case of lis pendens, the proposal is to entrust the Supreme Court with that task through the means of regolamento di giurisdizione.

TUTELA MONITORIA E ARBITRATO

Tribunale di Roma, 27 gennaio 2020, n. 1695 (Est. Colazingari)

Il Tribunale di Roma, con la sentenza in rassegna, ha affermato due principi in tema di rapporti tra tutela monitoria e arbitrato. Il primo: il giudice adito con le forme del procedimento per decreto ingiuntivo, pur se ritenga che il diritto azionato sia fatto oggetto di devoluzione in arbitrato, deve, sussistendo i presupposti *ex art. 633 c.p.c.*, accogliere la domanda pronunciando il provvedimento di ingiunzione, dovendo necessariamente l'eccezione di arbitrato essere fatta valere dall'ingiunto attraverso la proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo. Il secondo: alla fondatezza dell'eccezione di arbitrato riscontrata in sede di opposizione consegue necessariamente la revoca del decreto ingiuntivo, con possibilità per le parti di riassumere la causa in sede arbitrale con *translatio* della stessa.

Per quanto riguarda la prima questione la decisione si uniforma ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, il quale esclude che il giudice della fase monitoria possa rigettare la domanda ancorché emerga *ex actis* la devoluzione in arbitrato della controversia (cfr., tra le altre, Trib. Civitavecchia, 12 marzo 2020, n. 309, in *Dejure*; Trib. Treviso 3 novembre 2016, in *Pluris*; Trib. Torino 10 febbraio 2016, in *Giur. it.*, 2016, 2216, con nota di C. CONSOLO, F. GODIO, *Trattatizi orientamenti sulla sorte del d.i. opposto per clausola arbitrale (rituale)*). Al rilievo officioso sarebbe, anzitutto, ostativo il disposto dell'art. 819-ter, comma 1, c.p.c. là dove impone che l'eccezione di arbitrato sia sollevata dal convenuto nella prima difesa, con venir meno, in difetto della stessa, della competenza arbitrale in relazione alla controversia che potrà essere decisa nel merito dal giudice togato. Si è poi escluso che nella fase monitoria si sia di fronte ad una "controversia" deferibile alla decisione degli arbitri (Trib. Velletri, 24 novembre 2009, in *Corriere merito*, 2010, 832, con nota di A. PERIN, *Il procedimento di ingiunzione e l'eccezione di clausola arbitrale*). Infine, non è mancato chi ha osservato che la tutela monitoria andrebbe garantita, tenuto conto che non è possibile per gli arbitri la pronuncia di provvedimenti di ingiunzione (Cass., sez. un., 21 settembre 2018, n. 22433; Trib. Civitavecchia, 12 marzo 2020, n. 309, cit.).

La soluzione, tuttavia, è ben lungi dall'essere pacifica in dottrina.

Secondo un orientamento permarrebbe la competenza del giudice togato all'emissione del decreto ingiuntivo, ma la fase a cognizione piena, introdotta a seguito dell'opposizione, non potrebbe approdare ad una decisione sul merito, sicché il giudice dell'opposizione dovrebbe declinare la propria *potestas iudicandi* (C. CONSOLO, F. GODIO, *Trattatizi orientamenti*, cit., 2216 ss.).

Altri negano che, a fronte della devoluzione in arbitrato il giudice della fase monitoria possa emettere l'ingiunzione di pagamento, dovendo rilevare d'ufficio la propria carenza di *potestas iudicandi* (C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 27^a ed. III, Torino, 2019, 17; C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, 2005, 201; L. BERGAMINI, *Clausola compromissoria e tutela monitoria*, cit., 896 ss.; M. ABBAMONTE, *Clausola compromissoria e tutela ingiuntiva: un rapporto controverso*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 6), pur potendo le parti far salva, nella convenzione di arbitrato, la possibilità di ricorrere al procedimento ingiuntivo, non escludendo taluno che esse possano perfino attribuire agli arbitri il potere di concedere provvedimenti monitori (S.A. VILLATA, *Arbitrato e procedimenti sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 904 ss.; *contra*, G. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, in *Riv. arb.*, 2019, 443 ss.).

L'opzione per l'arbitrato preclude, a mio avviso, la possibilità di richiedere l'emissione di un decreto ingiuntivo al giudice ordinario. La scelta per l'arbitrato, difatti, opera a monte rispetto alla scelta del rito, escludendo la *potestas iudicandi* sulla controversia rientrante nel campo d'applicazione della convenzione di arbitrato a prescindere dalle forme attraverso le quali la domanda sia proposta: il ricorso al procedimento di cui agli art. 633 ss. c.p.c. presuppone che il giudice ordinario abbia *potestas iudicandi* in ordine alla stessa. Si è dunque di fronte al medesimo errore in cui, a mio avviso, incorre quella parte della giurisprudenza quando ammette che sia percorribile il procedimento di convalida di sfratto a dispetto della devoluzione in arbitrato delle controversie derivanti dal rapporto di locazione (Cass. 16 gennaio 1991, n. 387; Cass. 23 giugno 1995, n. 7127).

Né l'esclusione dell'utilizzabilità del rito monitorio, che discende dall'opzione per l'arbitrato, solleva dubbi di legittimità costituzionale (prospettati invece da C. CONSOLO, F. GODIO, *Tralattizi orientamenti*, cit., 2218). Come è stato condivisibilmente osservato, alla volontarietà della scelta per la soluzione arbitrale consegue la legittimità alla rinuncia di talune forme di tutela proprie della giurisdizione statale, tenutosi conto, d'altronde, che la tutela monitoria non gode di copertura costituzionale (G. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, in *Riv. arb.*, 2019, 448). Ciò che il ricorso all'arbitrato non potrà precludere non è l'utilizzo dei procedimenti speciali, alternativi al giudizio ordinario di cognizione, ma il solo accesso alla tutela cautelare: e ciò è garantito dall'art. 669-*quinquies* c.p.c.

Sulla base di queste premesse il problema diviene quello di stabilire il regime di rilevanza dell'incompetenza del giudice a favore dell'arbitro, tenutosi conto che l'art. 819-*ter*, comma 1, c.p.c. sancisce, nei giudizi a contraddittorio pieno, la necessità di eccezione di parte. In modo analogo l'art. 38 c.p.c. richiede l'eccezione di parte per il rilievo del difetto di competenza territoriale semplice e ciò aveva portato la giurisprudenza ad

esprimersi per lungo tempo nel senso che, nella fase *inaudita altera parte*, non fosse possibile per il giudice il rilievo officioso, sicché l'eccezione di competenza era riservata alla successiva ed eventuale opposizione. Tuttavia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 410 del 2005 ha stabilito, con pronuncia interpretativa di rigetto, il principio per il quale anche l'incompetenza territoriale semplice può essere rilevata d'ufficio dal giudice della prima fase del procedimento per decreto ingiuntivo.

Il Giudice delle leggi ha valorizzato, in questa pronuncia, l'esigenza di «non imporre all'ingiunto una onerosa costituzione in giudizio solo per far valere la violazione di norme attinenti all'individuazione del giudice» e le medesime ragioni possono essere richiamate per la soluzione del problema in esame. Dunque, o si respinge, a monte, l'idea per la quale l'eccezione di incompetenza territoriale semplice può essere rilevata d'ufficio dal giudice della fase senza contraddittorio oppure, se la si ammette, ad una analoga conclusione non si può non approdare a fronte della carenza di *potestas iudicandi* per devoluzione della controversia in arbitrato (E.F. RICCI, *I poteri del giudice adito con ricorso per decreto ingiuntivo secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1477). Soluzione, quest'ultima, che mi pare rafforzata in ragione del fatto che i confini tra difetto di competenza e carenza di *potestas iudicandi* del giudice per devoluzione in arbitrato della controversia si sono sempre più assottigliati, se si tiene conto, per un verso, della impugnabilità, prevista dall'art. 819-ter, comma 1, c.p.c. con il regolamento di competenza della sentenza con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato e, per altro verso, della piena applicabilità, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale n. 233/13, dell'istituto della *translatio* nei rapporti tra arbitro e giudice.

È proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto che la pronuncia qui in rassegna appare d'interesse, là dove afferma che a seguito dell'accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo sulla base della eccezione di arbitrato, la causa può proseguire, previa riassunzione, davanti agli arbitri. L'assunto, difatti, non è pacifico essendo stato sostenuto da altro orientamento che il giudice dell'opposizione si dovrebbe limitare a definire l'opposizione declinando la propria *potestas iudicandi* e revocando il decreto ingiuntivo (Trib. Pordenone 16 maggio 2017, in *Pluris*). Nella medesima prospettiva si è altresì soggiunto che «se si nega che gli aderenti a un accordo compromissorio possano beneficiare della tutela monitoria erogata dall'a.g.o., deve poi parimenti e logicamente escludersi che l'opposizione a decreto ingiuntivo con la quale si deduca la violazione di tale limite possa avere un esito diverso dalla mera *absolutio ab instantia*» (G. TOTA, *Arbitrato e tutela ingiuntiva*, in *Riv. arb.*, 2019, 452).

L'opinione non pare condivisibile.

Va infatti preferita la tesi opposta (Trib. Milano, 18 maggio 2018, n. 5650, in *Dejure*; Trib. Torino, 10 febbraio 2016, cit.; Trib. Treviso 3 novembre 2016, in *Dejure*; Trib. Modena, 11 giugno 2013, n. 945; in dottrina, v. C. CONSOLO, F. GODIO, *Tralatizi orientamenti*, cit., 2218; M. ABBAMONTE, *Clausola compromissoria e tutela ingiuntiva: un rapporto controverso*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, 7), alla quale la sentenza in rassegna mostra di uniformarsi. Ciò in quanto è principio acquisito che l'opposizione a decreto ingiuntivo non ha ad oggetto la validità del decreto ingiuntivo, ma il diritto azionato dal creditore con ricorso per decreto ingiuntivo. La notifica del ricorso e del decreto ingiunzione porta con sé tutti gli effetti sostanziali e processuali della domanda, dei quali va garantita la salvezza al pari dell'ipotesi in cui la domanda fosse stata introdotta con le forme ordinarie.

Non vedo dunque ragione alcuna per escludere che la causa, una volta approdata alla fase a contraddittorio pieno, prosegua in sede arbitrale, previa revoca del decreto ingiuntivo, che peraltro, secondo l'opinione a nostro avviso preferibile, neppure avrebbe dovuto essere pronunciato.

ELENA MARINUCCI

Cassazione, sez. un., 30 marzo 2021, n. 8776 (Pres. Amendola, Rel. Nazzicone)

Lodo arbitrale – impugnazione per nullità – termine annuale – decorrenza – data dell’ultima sottoscrizione

Articoli di riferimento: artt. 2, 3, 24 Cost.; artt. 327, 153, 824, 824-bis, 828 c.p.c.

Il disposto di cui all’art. 828, comma 2, c.p.c. deve essere interpretato nel senso che il termine c.d. «lungo» per impugnare (per nullità) il lodo decorre dalla data dell’ultima sottoscrizione – e non dalla comunicazione del lodo alle parti o dal suo deposito –, in tal senso orientando non solo la lettera ma anche la ratio della norma citata, in coerenza con la logica e la struttura dell’intero sistema dell’arbitrato, atteso che il lodo, salvo quanto disposto dall’art. 825 c.p.c. ai fini dell’esecutività, produce gli effetti della sentenza pronunciata dall’Autorità giudiziaria proprio dalla data della sua ultima sottoscrizione. Tale specifica scelta del legislatore non contrasta con alcun precetto costituzionale, in quanto la tutela del soccombente è garantita dal lungo periodo per impugnare, nonché dalla certa sua conoscenza della decisione arbitrale mediante la comunicazione alle parti del lodo entro appena dieci giorni, la quale lascia a disposizione ancora un lungo lasso per impugnare il lodo stesso, senza alcuna compromissione del diritto di difesa, ove diligentemente esercitato.

Tribunale di Cagliari, 30 marzo 2021, n. 969 (Est. Campus)

Clausola risolutiva espressa – dichiarazione della parte non inadempiente di avvalersi dell’effetto risolutivo – clausola che attribuisce ad essa efficacia di recesso – caparra confirmatoria – diritto a trattenere la caparra o esigerne il doppio – sussistenza

Articoli di riferimento: artt. 1322, 1385, 1456 c.c.

La clausola contrattuale secondo cui la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa tiene luogo della dichiarazione di recesso di cui all’art. 1385, secondo comma, c.c., legittimando la parte non inadempiente a trattenere la caparra o ad esigerne il doppio della medesima, è da considerarsi valida ed efficace in quanto, concernendo diritti disponibili di natura patrimoniale, è rimessa alle parti, nell’ambito della loro autonomia contrattuale, giusto il disposto dell’art. 1322 c.c., convenire modifiche e integrazioni al sistema normativo della responsabilità civile,

anche al fine di rendere l'accordo più rispondente agli interessi che esse intendono perseguire, salvo, in ogni caso, il limite generale posto dall'art. 1229 c.c.

Hanno contribuito al fascicolo:

Baccaglini, Laura – Professore associato nell'Università di Trento

Castellini, Monia – Ricercatore nell'Università di Ferrara

Conforto, Marco – Dottore di ricerca

Di Majo, Alessandro – Professore a contratto nell'Università Telematica
Internazionale Uninettuno

Ferrario, Caterina – Professore associato nell'Università di Ferrara

Maisto, Filippo – Professore ordinario nell'Università della Calabria

Marinucci, Elena – Professore associato nell'Università di Trento

Maruffi Rita – Ricercatore nell'Università di Milano-Bicocca

Orlando, Sara – Dottorando di ricerca nell'Università di Trento

Theodoro, Humberto Jr. – Professore emerito nell'Università Federale di
Minas Gerais (Brasile)