

Anno (XIII) 2024  
Maggio - Agosto  
Fascicolo 2

ISSN 2281 - 4531

# IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA  
BRUNO INZITARI



## **DIRETTORE RESPONSABILE**

Bruno Inzitari

## **COMITATO DI DIREZIONE**

Enrico Al Mureden, Laura Baccaglioni, Sonia Carmignani, Vincenzo De Stasio, Massimo Franzoni, Francesco Antonio Genovese, Mariacarla Giorgetti, Giuseppe Grisi, Marino Marinelli, Daniela Memmo, Mauro Paladini, Carlo Rimini, Nicola Rondinone, Laura Salvaneschi, Maria Cristina Vanz, Abel Benito Veiga Copo

## **REDATTORE CAPO**

Martino Zulberti

## **COMITATO DI REDAZIONE**

Érico Andrade, Cristina Asprella, Giovanni Battista Barillà, Francesca Benatti, Marcelo José Magalhães Bonizzi, Maria Novella Bugetti, Juliana Cordeiro de Faria, Vincenzo De Sensi, Alessio Filippo Di Girolamo, Laura Durello, Mariangela Ferrari, Beatrice Ficarelli, Elena Gabellini, Federica Godio, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Andrea Lolli, Rita Lombardi, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Miguel Martínez Muñoz, Juan Pablo Murga Fernández, Alessandro Nascosi, Pietro Ortolani, Leonardo Netto Parentoni, Paolo Passaniti, Stefano Pellegatta, Giulio Peroni, Giacomo Pirotta, Valentina Piccinini, Alin Speriusi-Vlad, Tania Tomasi, Michelle Vanzetti, Alberto Villa, Diego Volpino, Martino Zulberti

## **COMITATO SCIENTIFICO**

Paola Bilancia, Maria Costanza, Vincenzo Franceschelli, Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Stefania Pacchi, Gabriele Racugno, Giuseppe Sbisà

## **COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA**

Vincenzo Ansanelli, Giulia Ballerini, Francesco Camilletti, Francesco Campione, Daniele Canè, Laura Castelli, Davide Corraro, Fabiano De Santis, Pasqualina Farina, Federico Ferraris, Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Giusella Finocchiaro, Mauro Grondona, Lucio Imberti, Nicola Lucifero, Filippo Maisto, Alessandro Martini, Irene Mecatti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muron, Fabrizio Piraino, Giacomo Pongelli, Carmelita Rizza, Luca Prendini, Paolo Rondini, Andrea Rossetti, Alessandro Semprini, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Renata Vieira Maia, Giovanna Visintini

## **SEGRETERIA DI REDAZIONE**

Andrea Caloni, Livia Marcinkiewicz

EUROPEAN PRESS ACADEMIC PUBLISHING

Via Gramsci, 101 – Lamporecchio (PT)

[www.e-p-a-p.com](http://www.e-p-a-p.com)

email: [info@e-p-a-p.com](mailto: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 (XIII) 2024 – N. 2 – Maggio – Agosto

---

### ARTICOLI

FILIPPO MAISTO, <i>La giurisprudenza eurounitaria a presidio della giustizia contrattuale</i> .....	103
SONIA CARMIGNANI, <i>Il consumatore di alimenti tra adeguatezza dell'informazione e sovraccarico cognitivo</i> .....	135
GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO, <i>Direito de/ao acesso numa perspectiva internacional-privatista</i> .....	149
CRISTINA ASPRELLA, <i>Tutela anticipatoria tra iscrizione, cancellazione e riduzione dell'ipoteca</i> .....	163
DAVIDE CORRARO, <i>Pro veritate accipitur? The “dialogue” between the courts jeopardizing the res judicata</i> .....	175

### GIURISPRUDENZA

#### Sez. I – Note a Sentenza

LUCA PRENDINI, <i>Le conseguenze processuali dell'omessa, o tradiva, trascrizione del pignoramento immobiliare o dell'omesso, o tradivo, deposito del documento che la dimostra</i> .....	195
DAVIDE BERETTA, <i>Divieto di nuove prove documentali in appello ed eccezioni non rilevabili d'ufficio</i> .....	222

#### Sez. II – Osservatorio

Mediazione obbligatoria – Avvenuto esperimento in ordine alla domanda principale – Domanda riconvenzionale rientrante nelle materie di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2010 – Esperimento – Necessità – Esclusione. Corte di cassazione, Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452.....	238
--	-----

Questione di diritto insorta in un procedimento cautelare – Rinvio pregiudiziale <i>ex art. 363-bis</i> c.p.c. – Ammissibilità: Corte di cassazione, Sez. Un., 29 aprile 2024, n. 11399 .....	238
Titolo esecutivo – Titolo esecutivo giudiziale contenente condanna al pagamento di interessi legali – Mancanza di ulteriori specificazioni – Interpretazione – Riferibilità agli interessi <i>ex art. 1284</i> , comma 4, c.c. – Esclusione. Corte di cassazione Sez. Un., 7 maggio 2024, n. 12449 .....	238

## LA GIURISPRUDENZA EUROUNITARIA A PRESIDIO DELLA GIUSTIZIA CONTRATTUALE

FILIPPO MAISTO  
*Professore ordinario*  
*nell'Università della Calabria*

SOMMARIO: 1. Le competenze giurisdizionali sulle quali s'innesta (effettivamente o virtualmente) il ruolo "creativo" della Corte di giustizia UE nella formazione del diritto contrattuale uniforme. – 2. Le sentenze della Corte di giustizia UE che individuano le pretese intersoggettive azionabili dalle parti di un contratto tramite un'interpretazione "adeguatrice" del diritto eurounitario derivato e (per la proprietà transitiva) del diritto interno di recepimento. – 3. Le sentenze della Corte di giustizia UE dalle quali affiora l'opportunità di desumere i diritti/poteri e obblighi/doveri dei contraenti da un'applicazione "diretta" dei principi fondanti dell'Unione europea. – 4. La maggior rispondenza alle sfide poste dalla globalizzazione di un sistema giurisdizionale di applicazione (soprattutto) "indiretta" dei principi eurounitari a competenza diffusa/*multilevel*, il quale si sviluppi con la tecnica dei precedenti di principio, rispetto ad un sistema, a competenza accentrata, basato sulla configurazione di precedenti-regola.

1. – È un dato di esperienza che, nell'individuazione delle pretese intersoggettive azionabili al cospetto di un contratto, sempre più frequentemente, sia necessario il riferimento ai diritti/poteri e gli obblighi/doveri degli interessati delineati dalle sentenze della Corte di giustizia UE<sup>1</sup>. Diffusa è la percezione che, in questi casi, l'attività giurisdizionale della Corte di Lussemburgo presenti, soventemente, i caratteri (non della semplice interpretazione dei testi normativi, ma) della produzione di norme. Di modo che, presentandosi detti provvedimenti giudiziali come fonti del diritto, il diritto contrattuale uniforme di matrice eurounitaria sia considerato un ordinamento a formazione anche (parzialmente o, addirittura, prevalentemente) giurisprudenziale. Una simile rappresentazione del senso comune richiede di essere verificata e,

---

<sup>1</sup> Si segnala che le sentenze della Corte di giustizia UE saranno citate senza indicare la fonte del testo in una rivista scientifica, in quanto tutte agevolmente reperibili sul sito di EUR-Lex.

eventualmente, sistematizzata, al fine di esaltarne i “pro” e correggerne i “contro”.

In prospettiva sistematica, innanzitutto, è opportuno inquadrare le determinazioni della Corte di giustizia UE, nelle quali s’individuano le condotte personali e gli eventi pratico-economici giudizialmente perseguibili in considerazione di un contratto, tra le competenze giurisdizionali espressamente o implicitamente attribuite al Kirchberg dagli atti fondativi dell’Unione europea.

Ai sensi dell’art. 267 TFUE: “La Corte di giustizia dell’Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: [...] b) sulla validità e l’interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione”. Bisogna notare che, nella sua ampiezza, il tenore della disposizione comprende, soprattutto, l’interpretazione degli atti normativi, la quale fa riferimento ad un’operazione decisoria ben definita. Nel diritto vivente, tuttavia, una simile competenza giurisdizionale si è evoluta in modo da configurare taluni ragionamenti applicativi in cui si estrinseca un potere della giurisprudenza eurounitaria di creare norme, da applicare uniformemente nei territori degli Stati-membri.

La competenza della Corte di giustizia UE a interpretare gli atti normativi di matrice eurounitaria si esplica, essenzialmente, quando si presenta un’antinomia tra diritto derivato dell’Unione europea (*i.e.* regolamenti e direttive) e leggi ordinarie. In questo caso, la tecnica della autolimitazione/devoluzione di sovranità *ex artt.* 11 e 117 cost. comporta la prevalenza del diritto dell’Unione europea. Non è del tutto formalizzata, però, la procedura, la quale conduca alla decisione dell’inefficacia delle norme interne contrarie al diritto dell’Unione europea. Nel diritto vivente, ricorre un procedimento valutativo in cui, usando la formula della disapplicazione della legge ordinaria, si motiva una decisione preliminare di sospensione dell’efficacia della legge ordinaria contraria al diritto dell’Unione europea. Dal punto di vista operativo, il giudice dovrà decidere la (quantomeno temporanea) non-impegnatività, nei rapporti giuridici “endostatali” (soprattutto, intersoggettivi/civilistici), delle condotte personali e degli eventi pratico-economici stabiliti dalla legge ordinaria contraria al diritto dell’Unione europea. Questa determinazione preliminare rientra, almeno formalmente, nella competenza del giudice statale. Una simile attività giurisdizionale, tuttavia, deve essere coordinata con la giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia dell’Unione europea. L’atto di disapplicazione, infatti, è consequenziale alla valutazione della contrarietà della legge interna rispetto al diritto dell’Unione europea. Detto passaggio implica che, prima ancora, si conosca qual è il diritto dell’Unione europea. Data la competenza esclusiva della Corte di giustizia UE nell’interpretare il

diritto dell'Unione europea, per accertare il contrasto il giudice statale ha il dovere (formale e/o sostanziale) di promuovere una questione pregiudiziale al supremo giudice eurounitario (art. 267, paragrafi 2 e 3, TFUE)<sup>2</sup>. La Corte di giustizia UE ha un'ampia discrezionalità nell'interpretare il diritto dell'Unione europea, per cui, a seconda dell'interpretazione che essa darà, la sua ricostruzione plasmerà la successiva valutazione del giudice ordinario. In conclusione, anche se l'atto di disapplicazione, formalmente, rientra nelle competenze del giudice statale, nella sostanza, la risoluzione dell'antinomia è rimessa alla discrezionalità della Corte di giustizia UE. Di modo che, surrettiziamente, la competenza a interpretare le norme eurounitarie, riservata al supremo giudice eurounitario, ha assunto, nell'ambito del procedimento giurisdizionale attivato dal rinvio pregiudiziale, i connotati propri della *judicial review*, consistente nel potere di escludere la vincolatività delle (condotte personali e degli eventi pratico-economici programmati dalle) norme interne incompatibili con il diritto eurounitario<sup>3</sup>.

Acquisita una simile dinamica evolutiva, un successivo passaggio appare automatico<sup>4</sup>. Nello svolgimento del sindacato di legittimità delle norme primarie, l'interpretazione abrogatrice risulta, oramai, inscindibile dall'interpretazione conforme o, addirittura, adeguatrice in senso stretto<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Sulla tecnica processualistica del "rinvio pregiudiziale", v. R. BARATTA, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea*, Padova, 2024, 365.

<sup>3</sup> In tal senso, è stato acquisito il concetto che il supremo giudice eurounitario opera "un sindacato occulto sulle legislazioni nazionali" (cfr. R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004, 244).

<sup>4</sup> Cfr. V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 419 s.

<sup>5</sup> Merita di essere accolto l'autorevole insegnamento, secondo cui è opportuno distinguere l'interpretazione (propriamente) adeguatrice dall'interpretazione (semplicemente) conforme (cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, 4<sup>a</sup> ed., Napoli, 2020, 267 s.). In tal senso, la nozione d'interpretazione (semplicemente) conforme sembrerebbe riferibile ad un teorema decisorio in cui il giudice adotta la decisione dell'impegnatività di condotte personali ed eventi pratico-economici, i quali corrispondono ad uno dei molteplici significati reali/espressi del testo normativo. La categoria dell'interpretazione adeguatrice (in senso stretto), invece, delineaerebbe un impianto valutativo in cui il giudice adotta la soluzione di riconoscere l'impegnatività di condotte personali ed eventi pratico-economici, i quali corrispondono ad un significato soltanto figurato/implicito del testo. Diversamente, S. PAGLIANTINI, *Rinvio pregiudiziale ed interpretazione adeguatrice (la narrazione del civilista)*, Milano, 2023, 132, sembra reputare necessario un maggior ancoraggio dell'interpretazione adeguatrice al dato testuale dell'enunciato normativo interpretato, asserendo che "l'interpretazione adeguatrice che può praticarsi è quella non improbabile o, se lo si dovesse preferire, quella che, rapportata alla lettera della disposizione ed al contesto, non sia implausibile". A livello della teoria generale,

Secondo l'esperienza giuridica, quando il giudice superiore individua, in base ad un significato, plausibile o (meramente) supposto, dei testi normativi di diritto eurounitario derivato, le norme virtuali maggiormente adeguate all'ordinamento eurounitario (*rectius* alla componente eurounitaria del sistema ordinamentale *multilevel*)<sup>6</sup>, è doveroso<sup>7</sup> che, consequenzialmente, il giudice statale riconosca la vincolatività delle condotte personali e degli eventi pratico-economici predicati da dette statuizioni precettive<sup>8</sup>. In particolare, riguardo alle direttive eurounitarie, l'adozione da parte del giudice statale delle determinazioni precettive maggiormente in grado di favorire gli obiettivi sociali e macroeconomici perseguiti dall'Unione europea presenta, al contempo, i caratteri dell'interpretazione adeguatrice della direttiva e, per la proprietà transitiva, quelli dell'interpretazione

---

bisogna osservare che, alla luce delle definizioni qui accolte, la (sola) interpretazione adeguatrice risulta espressione di un potere del supremo giudice eurounitario d'individuare discrezionalmente (*i.e.* con portata innovativa) le condotte personali e gli eventi pratico-economici giudizialmente perseguibili dagli interessati. In tal senso, una simile operazione decisoria presenta soltanto esteriormente i caratteri dell'interpretazione giuridica, mentre, nella sostanza, si esplica un fenomeno d'innovazione del diritto vigente. Similmente. E. CANNIZZARO, *Interpretazione conforme fra tecniche ermeneutiche ed effetti normativi*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico* a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015, 11, asserisce che "l'interpretazione conforme sembra porsi al crocevia fra la dottrina dell'interpretazione e la dottrina delle fonti; fra l'attività di produzione normativa e l'attività di interpretazione".

<sup>6</sup> A rigore, nel quadro della devoluzione di sovranità, il pluralismo delle fonti normative si compone in un unico ordinamento *multilevel* (così, P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, 78 s. e 125 ss.). Cionondimeno, è ancora diffusa la concezione della pluralità degli ordinamenti. Ad ogni modo, anche chi aderisce a quest'ordine d'idee non manca di sottolineare la differenza rispetto alla teoria istituzionale del diritto di Santi Romano: "perché nella percezione del Romano la pluralità delle fonti era esterna allo Stato, mentre nell'esperienza europea il pluralismo è interno ad un sistema unificante dei rapporti tra norme statali e norme dell'Unione" (cfr. R. BARATTA, *o.c.*, 16).

<sup>7</sup> Nel diritto vivente, "l'obbligo d'interpretazione conforme costituisce uno degli effetti "strutturali" della norma comunitaria che consente assieme allo strumento più "invasivo" dell'efficacia diretta, l'adeguamento del diritto interno ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario" (così A. CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in AA.VV., *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello* a cura di G. Bronzini e V. Piccone, Taranto, 2007, 43).

<sup>8</sup> Secondo Corte costituzionale, 22 dicembre 2022, n. 263, in *Foro it.*, 2023, I, c. 329, il dovere di attenersi a "i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario" di cui all'art. 117 cost. "ricomprende – secondo la giurisprudenza costante di questa Corte – le sentenze rese dalla Corte di giustizia in sede interpretativa, in conformità al ruolo che l'art. 19, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea assegna alla Corte di giustizia dell'Unione europea".

adeguatrice della legge di recepimento. A livello teorico-sistematico, è opportuno notare che, in un simile apparato decisorio, si configura il potere della Corte di giustizia UE di delineare, discrezionalmente, taluni criteri di giudizio strumentali all'individuazione delle pretese intersoggettive azionabili in conseguenza di un contratto, i quali siano uniformemente applicabili dai giudici degli Stati-membri<sup>9</sup>. Soprattutto, quando le norme applicate corrispondono ad un significato soltanto figurato dei testi normativi, questi ragionamenti decisori costituiscono, quanto meno nella sostanza, un'attività di formazione giurisprudenziale del diritto vigente<sup>10</sup>.

Il fenomeno della formazione giurisprudenziale del diritto contrattuale uniforme potrebbe ricevere una notevole implementazione, se si ammettesse anche il potere del supremo giudice eurounitario di applicazione diretta dei principi fondamentali sovranazionali, in particolare ricavati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In questo apparato decisorio, il giudice ordinario sarebbe abilitato a dichiarare l'esistenza di diritti e doveri dei contraenti, i quali siano valutati dalla Corte di giustizia necessari o opportuni per l'attuazione, nel caso concreto, di valori fondanti del (la componente eurounitaria del) l'ordinamento (*multilevel*), anche se non corrispondano ad alcun significato (nemmeno semplicemente figurato) di disposizioni normative del diritto eurounitario derivato (regolamenti e direttive) ovvero siano in contrasto con esse<sup>11</sup>. In vero, la Corte di giustizia UE appare scarsamente propensa ad assumere (scopertamente) una simile competenza "normatrice"<sup>12</sup>. Cionondimeno, in chiave positivista, simili ragionamenti applicativi si rivelano in linea con il testo dell'art. 47 CDFUE<sup>13</sup>. Soprattutto,

---

<sup>9</sup> In tal senso, S. PAGLIANTINI, *o.c.*, 38, considera che sia stato metabolizzato dall'esperienza giuridica degli Stati-membri (in particolare, Italia e Austria) il dato che "l'interpretazione autentica della Corte di giustizia ha acquisito il rango di una fonte aggiuntiva del diritto eurounitario".

<sup>10</sup> Cfr. E. CANNIZZARO, *o.c.*, 3 s.

<sup>11</sup> Questa dialettica con le disposizioni di legge segna la differenza tra la *Drittwirkung* dei principi fondamentali e l'interpretazione adeguatrice, dato che "nessuna interpretazione conforme, e lo si sa, può servire da fondamento per un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale" (cfr. S. PAGLIANTINI, *o.c.*, 39, 111, 115, 127).

<sup>12</sup> Cfr. S. PAGLIANTINI, *o.c.*, 12 s., il quale, soprattutto, richiama i rilievi sollevati da Corte di giustizia UE, 15 gennaio 2014, Causa C-176/12, Association de médiation sociale contro Unione locale des syndicats CGT e altri.

<sup>13</sup> Ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: "Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo". In un'ottica secondo cui *ubi jus ibi remedium*, questo testo enuncia la competenza della Corte di giustizia UE a indurre il

in taluni casi giurisprudenziali sono affiorate le ragioni di stringente opportunità politica per consentire, secondo un'impostazione gius-realistica, al supremo giudice eurounitario di effettuare anche tali operazioni di creazione giurisprudenziale delle norme. Infatti, in un'ottica di "darwinismo giuridico"<sup>14</sup>, il dato che rileva, in ultima analisi, per il riconoscimento di una competenza giurisdizionale "atipica" alla Corte di giustizia UE, è la capacità della decisione innovativa di soddisfare una necessità o, comunque, un'imprescindibile opportunità politica per lo sviluppo della civile

giudice interno a decidere la giustiziabilità di condotte personali ed eventi pratico-economici necessari o opportuni per soddisfare gli interessi tutelati dalla Carta, anche là dove manchi una disposizione specifica (*rectius* applicabile mediante sussunzione di una fattispecie concreta in una fattispecie astratta) favorevole o, addirittura, al cospetto di una disposizione specifica contraria. Un simile ragionamento applicativo presenta, evidentemente, i connotati della *Drittwirkung* dei principi fondamentali sovranazionali di matrice eurounitaria. A favore di una simile lettura del testo dell'art. 47 CDFUE: in giurisprudenza, Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 17 aprile 2018, Causa C-414/16, Vera Egenberger contro Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung; in dottrina, P. IAMICELI, *Effettività delle tutele e diritto europeo: il ruolo del giudice nel prisma della Carta dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* a cura di P. IAMICELI, Napoli, 2020, 15 s. Naturalmente, la medesima disposizione si presta ad essere interpretata diversamente, assumendo il canone per cui *ubi remedium ibi jus*. Per i rilievi, i quali dimostrerebbero la tesi che l'art. 47 CDFUE autorizzi soltanto dei teoremi decisori con i caratteri dell'applicazione indiretta dei principi fondamentali sovranazionali di matrice eurounitaria, v. S. Pagliantini, *o.c.*, 27 s. e 116 s.

<sup>14</sup> F. MAISTO, *Il "Neorealismo" giuridico tra sussunzione e applicazione diretta dei principi*, in AA.VV., *Scritti in memoria di R. Sacco* a cura di P.G. MONATERI, II, Torino, 2024, 1063 ss. In altra prospettiva (pure) gius-realistica, si potrebbe ritenere che l'(auto)attribuzione di competenze, formalmente e/o sostanzialmente, normative alla Corte di giustizia UE dipenda, effettivamente, dal rilievo che essa è giudice di ultimo grado e le sue decisioni sono inoppugnabili (per spunti in questo senso, v. P. FEMIA, *Decisori non gerarchizzabili, riserve testuali, guerra tra Corti. Con un (lungo) intermezzo spagnolo*, in AA.VV., *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa* a cura di L. Mezzasoma, V. Rizzo e L. Ruggeri, Napoli, 2010, 97, 134 s. e 152). In vero, a me sembra un incontrovertibile dato dell'esperienza giuridica: da un lato, che una decisione giudiziale, quando soddisfa esigenze profonde della civile convivenza, tenda ad essere confermata successivamente, indipendentemente dall'autoreferenzialità della motivazione rispetto ai testi emanati dall'Autorità legislativa (*i.e.* allo *jus positum*); dall'altro lato, che una decisione giudiziale, la quale si basi su motivazioni autoreferenziali e non corrisponda ad alcun utile per la collettività, tenda a restare "isolata" senza trasformarsi in uno stabile orientamento giurisprudenziale (*i.e.* non acquisisca forza normativa). Di modo che, quel che davvero rileva, ai fini del riconoscimento di forza normativa ad una singola decisione giudiziale, non è il suo stato d'inoppugnabilità, ma, in ultima analisi, il dato della sua effettiva rispondenza ai valori fondanti dell'ordinamento.

convivenza. In tal senso, la competenza della Corte di Lussemburgo a svolgere (anche) un'attività formalmente e/o sostanzialmente normatrice riflette la sua intrinseca vocazione a superare le restrizioni insite nelle risalenti architetture dogmatico-giuridiche nazionali, in modo da adottare soluzioni ordinatorie innovative in grado di soddisfare le esigenze, sociali e macroeconomiche, poste dalla globalizzazione delle interazioni sociali e dei mercati.

2. – Nell'esercizio dei propri poteri giurisdizionali, la Corte di giustizia UE ha adottato numerosi provvedimenti, i quali hanno individuato i diritti e poteri riconosciuti alle parti di un contratto in maniera uniforme sul territorio dei diversi Stati-membri. Soprattutto, talune sentenze più recenti appaiono esplicative dei vantaggi potenziali e dei limiti attuali del complessivo sistema di formazione (anche) giurisprudenziale del diritto contrattuale europeo.

In detta prospettiva, bisogna analizzare (in ordine, eminentemente, cronologico), innanzitutto, una sentenza sulla nozione di consumatore. In un arresto del 2020<sup>15</sup>, la Corte di giustizia UE ha (surrettiziamente) riconosciuto il potere di un condominio di esperire le tutele concernenti i contratti del consumatore (*i.e.* di beneficiare della nullità delle clausole vessatorie), anche se un simile soggetto difetta del requisito della caratterizzazione come "persona fisica" prescritto dall'art. 2, lett. b), della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993<sup>16</sup>. In tal modo, l'apparato decisorio della non-vincolatività delle clausole abusive è stato rimodulato, in modo da implementare il principio di tutela del "contraente-debole". Data la forzatura del dato letterale delle disposizioni normative, una simile soluzione ordinatoria presenta i connotati dell'interpretazione adeguatrice (in senso stretto) del diritto eurounitario secondario e, per la proprietà transitiva, della legge statale di recepimento.

Dal punto di vista della teoria dell'argomentazione, è bene notare che il suesposto teorema decisorio sembra svolgersi attraverso i concetti che la

---

<sup>15</sup> Corte di giustizia UE, 2 aprile 2020, n. 329, Causa C-329/19, Condominio di Milano, via Meda contro Eurothermo SpA.

<sup>16</sup> Testualmente la Corte di giustizia ha affermato che: "l'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, lettera b), della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano a una giurisprudenza nazionale che interpreti la normativa di recepimento della medesima direttiva nel diritto interno in modo che le norme a tutela dei consumatori che essa contiene siano applicabili anche a un contratto concluso con un professionista da un soggetto giuridico quale il condominio nell'ordinamento italiano, anche se un simile soggetto giuridico non rientra nell'ambito di applicazione della suddetta direttiva".

regola generale è che il potere di richiedere i rimedi a favore del consumatore sussiste soltanto in caso di contratti conclusi da persona fisica, mentre il riconoscimento dell'azionabilità di tali pretese intersoggettive da parte di un condominio è una regola meramente eccezionale<sup>17</sup>. In sintesi, la decisione in oggetto sembra riflettere la logica per cui "l'eccezione conferma la regola"<sup>18</sup>. Bisogna rimarcare che, in alternativa, la Corte di giustizia avrebbe potuto inferire la medesima soluzione ordinatoria, assumendo il criterio di giudizio che i diritti e poteri attribuiti al consumatore nelle ipotesi d'iniquità degli autoregolamenti contrattuali sono espressione di un generale principio di tutela del "contraente-debole".

Altra pietra miliare del percorso evolutivo della giurisprudenza eurounitaria è la sentenza sull'estinzione anticipata dei rapporti di credito al consumo<sup>19</sup>, la quale è focalizzata sull'interpretazione dell'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008<sup>20</sup>. Il supremo giudice eurounitario ha sancito il precetto che: "L'articolo 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio, deve essere interpretato nel senso che il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del credito include tutti i costi posti a carico del consumatore". Con riferimento all'esperienza

---

<sup>17</sup> Questo tipo di "incoerenza ordinamentale" è abbastanza comune nei sistemi giuridici a formazione (preminentemente) giurisprudenziale, dal momento che caratterizza, nei Paesi anglosassoni, l'evoluzione della *common law* (cfr. M. LUPOLI, *Un primo approccio comparatistico al "diritto vivente": Francia e Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 233 s.)

<sup>18</sup> In vero, in altri campi del diritto questo "luogo comune", nella sua semplicità, si presta ad un uso per niente banale. Una simile argomentazione è stata esplicitamente richiamata, soprattutto, in un'ottica gius-penalistica e gius-pubblicistica, da: G. FORNASARI, *Antinomie giuridiche, norme di civiltà e l'ideologia dell'eccezione*, in AA.VV., *L'eccezione nel diritto* a cura di S. BONINI, L. BUSATTA e I. MARCHI, 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 AA.VV., *Filosofia del diritto e nuove tecnologie. Prospettive di ricerca tra teoria e pratica* a cura di R. Brighi e S. Zullo, Ariccia, 2015, 341 ss.

<sup>19</sup> Corte di giustizia UE, 11 marzo 2019, C-383/18, Lexitor Sp. z o.o contro Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo – Kredytowa im. Franciszka Stefczyka e altri.

<sup>20</sup> Ai sensi dell'art. 16, paragrafo 1, della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008: "Il consumatore ha il diritto di adempiere in qualsiasi momento, in tutto o in parte, agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito. In tal caso, egli ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto".

giuridica italiana, questa sentenza, nell'immediato, ha prodotto, in senso innovativo, la regola che esiste un diritto del consumatore ad una riduzione, in proporzione alla durata residua del contratto, del costo totale del credito non-limitato ai costi "recurring", ma comprensivo anche dei costi "up front"<sup>21</sup>. Tecnicamente, i costi *up front* sono quelli indipendenti dalla durata del finanziamento e finalizzati alla concessione del prestito (come, ad esempio, le spese di istruttoria e di gestione della pratica di finanziamento, le eventuali commissioni di intermediazione e le commissioni bancarie). I costi *recurring*, invece, sono quelli che maturano nel corso del rapporto e finalizzati, essenzialmente, a coprire le spese accessorie sopportate dal finanziatore ovvero a garantirgli il buon esito dell'operazione economica (come, ad esempio, le spese d'incasso rata, la polizza vita, che copre il rischio di premorienza, o anche la polizza perdita impiego, che copre il rischio di licenziamento del contraente). Di là dalla tecnica finanziaria, la portata adeguatrice della regola giurisprudenziale emerge dal rilievo di alcuni risvolti patrimoniali. Bisogna considerare che essa consiste nell'estensione del rimborso a spostamenti patrimoniali, i quali, anche dopo l'estinzione anticipata del finanziamento, pure conservavano una loro giustificazione causale. In tal senso, essa si pone in contrasto con la logica della (mancanza di) causalità delle attribuzioni patrimoniali, la quale pure poteva essere richiamata per l'interpretazione (in senso restrittivo) della direttiva. La Corte di giustizia UE, invece, ha ritenuto preminente l'esigenza di impedire, preventivamente, un abuso del creditore, il quale, per aumentare i margini di profitto, avrebbe potuto aumentare i costi *up front* e ridurre i costi

---

<sup>21</sup> Dato il carattere immediato dell'applicabilità della regola sancita dalla Corte di giustizia UE, tali pretese intersoggettive risultano azionabili anche quando il contratto sia stato concluso ed estinto prima dell'entrata in vigore della l. 23 luglio 2021, n. 106, a partire dalla data del 19 settembre 2010 (giorno in cui è divenuto efficace il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, di recepimento della direttiva) come confermato, surrettiziamente, da Corte costituzionale, 22 dicembre 2022, n. 263, cit., la quale, nell'esercizio delle proprie prerogative, ha, formalmente, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11-*octies*, comma 2, d.l. 25 maggio 2021, n. 73, conv. in l. 23 luglio 2021. Secondo, Cass., 6 settembre 2023, n. 25977, in *Foro it.*, 2023, I, c. 2801, il diritto al pieno rimborso sussisterebbe anche per i contratti estinti anticipatamente prima del 19 settembre 2010 e, addirittura, al cospetto di un patto contrario (considerato quale clausola vessatoria), perché espressione di un principio di tutela del consumatore in grado di modulare il testo originario dell'art. 125 TUB nel senso d'inferirne l'esistenza di un tale diritto, in quanto esso risultava essere già intessuto nelle trame degli enunciati delle direttive 87/102/CEE e 90/88/CE (per talune osservazioni critiche rispetto a quest'ultimo orientamento della Cassazione, E. TUCCARI, *La Cassazione abusa di Lexitor e ... Apre una crisi di sistema?*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, 458 ss.).

*recurring*<sup>22</sup>. In tal senso, l'interpretazione estensiva della direttiva appare quale l'esercizio di un potere discrezionale di bilanciamento tra principi da parte della Corte di giustizia UE, da cui è risultato un adeguamento del testo della direttiva al principio del divieto di abuso del diritto (da parte del "contraente-forte"). In tal senso, la regola che risulta da quest'operazione ermeneutica presenta, senz'altro, carattere "innovativo" (e non semplicemente "ricognitivo"). D'altra parte, nonostante l'ampiezza delle potenzialità applicative di un simile bilanciamento, il supremo giudice eurounitario si limita ad inferirne una regola estremamente dettagliata, la quale si pone come eccezione alla regola generale della ripetibilità delle sole prestazioni senza causa<sup>23</sup>.

Merita di essere considerata la giurisprudenza eurounitaria sui contratti di mutuo con i consumatori da restituire in valuta estera<sup>24</sup>. Più precisamente, detti contratti, con una complessa ingegneria finanziaria, contemplavano l'obbligo del mutuatario di pagare le singole rate in moneta nazionale nella misura calcolata al tasso di cambio col franco svizzero esistente al momento della scadenza (e non di quello stabilito al momento della conclusione del contratto). Naturalmente, in un periodo di forte deprezzamento della moneta nazionale rispetto al franco svizzero, dette prestazioni erano risultate ampiamente squilibrate a danno del consumatore. Alla luce di un simile dato fattuale, si dimostra corretto il ricorso alla qualifica dell'abusività della rispettiva clausola contrattuale, ai sensi della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993<sup>25</sup>. Nella ricostruzione dei criteri di giudizio

---

<sup>22</sup> Una simile esigenza di politica del diritto è ben delineata al punto 32 della motivazione, il quale rileva che: "Inoltre, come sottolineato dal giudice del rinvio, limitare la possibilità di riduzione del costo totale del credito ai soli costi espressamente correlati alla durata del contratto comporterebbe il rischio che il consumatore si veda imporre pagamenti non ricorrenti più elevati al momento della conclusione del contratto di credito, poiché il soggetto concedente il credito potrebbe essere tentato di ridurre al minimo i costi dipendenti dalla durata del contratto".

<sup>23</sup> Similmente, S. PAGLIANTINI, *o.c.*, 71, rileva che "il diritto all'estinzione anticipata rappresenti un tipico esempio di fattispecie speciale *dettata* in deroga alle regole di diritto comune".

<sup>24</sup> Corte di Giustizia UE, 8 settembre 2022, cause riunite da C-80/21 a C-82/21, E.K., S.K. (C-80/21), B.S., W.S. (C-81/21), B.S., Ł.S. (C-82/21) contro D.B.P. (C-80/21), M. (C-81/21), M. (C-82/21), in *Nuova giur. civ. commentata*, 2023, I, 1013, con nota di C.A. VALENZA, *Mutui in valuta estera: sulla volontà del consumatore quale limite all'integrazione del contratto mediante norma suppletiva*.

<sup>25</sup> In tale impianto valutativo, la Corte non ha richiamato espressamente (come nei precedenti) il passaggio concettuale dell'attinenza della clausola di parametrizzazione valutaria all'oggetto principale del contratto, in modo da ricondurla alla previsione dell'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE, per attivare il criterio di giudizio della subordinazione della nullità del contratto, oltre allo

predicati dal diritto (allora) comunitario, la Corte ha escluso che sussistessero ragioni formali in grado di motivare il riconoscimento giudiziale (da parte del giudice nazionale) di una nullità parziale “manutentiva”, in quanto modellata in modo da conservare l’operazione economica depurata dal solo elemento d’iniquità (*i.e.* il riferimento al tasso di cambio esistente al momento della scadenza delle singole rate). *A contrario*, è stata prospettata l’operatività dell’impianto valutativo della nullità integrale con carattere “ablativo” dell’operazione economica. Concretamente, al mutuante è riconosciuto, in base allo statuto generale della nullità contrattuale, il diritto alla restituzione del capitale anticipato, mentre al mutuatario è attribuito un diritto alla restituzione degli interessi corrispettivi già versati. In vero, di là dai singoli dispositivi decisorii delineati dalla sentenza<sup>26</sup>, nel loro complesso questi passaggi tecnici implicano la

---

equilibrio economico, alla mancanza di trasparenza (tale inquadramento concettuale è stato, invece, delineato da un’ampia serie di precedenti, tra cui, da ultimo, Corte di giustizia UE, 31 marzo 2022, Causa C-472/20, Lombard Pénzügyi és Lizing Zrt contro PN; su detto orientamento, diffusamente, F. AZZARRI, *Principio di trasparenza e prospettive rimediali: a proposito dei mutui (ai consumatori) e dei leasing (ai professionisti) indicizzati a una valuta straniera*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1223). Un simile iter argomentativo potrebbe essere ritenuto espressione di una nuova ricostruzione, osservando che le pretese intersoggettive azionabili in base alla clausola d’indicizzazione, in sé considerata, non ineriscono all’oggetto principale del contratto, in quanto sono preposte a rimodulare (non tanto l’operazione economica, ma) la distribuzione del rischio contrattuale (cfr. F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, Padova, 2022, 257).

<sup>26</sup> Testualmente, la Corte ha adottato i seguenti dispositivi: “1) L’articolo 6, paragrafo 1, e l’articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una giurisprudenza nazionale, secondo la quale il giudice nazionale può accertare il carattere abusivo non dell’integralità della clausola di un contratto concluso tra un consumatore e un professionista, bensì solo degli elementi di quest’ultima che le conferiscono carattere abusivo, di modo che detta clausola rimane parzialmente efficace dopo l’eliminazione di siffatti elementi, qualora una simile eliminazione equivalga a modificare il contenuto della clausola in parola, incidendo sulla sua sostanza, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. 2) L’articolo 6, paragrafo 1, e l’articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una giurisprudenza nazionale secondo la quale il giudice nazionale può, dopo aver accertato la nullità di una clausola abusiva contenuta in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista che non determini la nullità di tale contratto nel suo complesso, sostituire tale clausola con una disposizione suppletiva di diritto nazionale. 3) L’articolo 6, paragrafo 1, e l’articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che: essi ostano a una giurisprudenza nazionale secondo la quale il giudice nazionale può, dopo aver accertato la nullità di una clausola abusiva contenuta in un contratto concluso tra un

logica che la nullità parziale “manutentiva” sia una mera eccezione (consentita soltanto in casi limitati) alla regola generale della nullità integrale “ablativa”.

Bisogna notare che la soluzione ordinatoria adottata dalla Corte non si rivela in grado di riequilibrare il rapporto (in ottemperanza ai principi di proporzionalità e del giusto rimedio), ma appare fonte di ulteriori squilibri. In questo apparato decisorio, in danno del consumatore, agisce la vicenda dell'immediata interruzione dell'operazione economica: pertanto, se la nullità è dichiarata all'inizio, il consumatore potrebbe essere fortemente pregiudicato dall'improvvisa mancanza della liquidità necessaria per portare a termine l'acquisto o l'attività cui era destinato il finanziamento. In danno del mutuante, opera l'evento pratico-economico della perdita integrale del corrispettivo del finanziamento erogato: ciò comporta che, se la nullità è dichiarata verso l'esaurimento del rapporto, egli patisce un ingiustificato arricchimento in favore del consumatore (il quale, in questo modo, risulta, oggettivamente, ultratutelato).

Mostrando contezza di tali iniquità, la Corte di giustizia UE, in un arresto successivo, ha finito per effettuare, comunque, un'interpretazione adeguatrice, con riferimento ai principi (espressamente richiamati) di effettività, certezza del diritto e proporzionalità, degli artt. 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, direttiva 93/13/CEE<sup>27</sup>. Specificamente, essa ha sancito la (potenziale) azionabilità di pretese intersoggettive (anche) derogatorie rispetto allo statuto generale della nullità contrattuale, le quali sono congegnate in modo da favorire il consumatore-mutuatario: il diritto del

---

consumatore e un professionista che determini la nullità di tale contratto nel suo complesso, sostituire la clausola dichiarata nulla vuoi con un'interpretazione della volontà delle parti, al fine di evitare la dichiarazione di nullità di detto contratto, vuoi con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, anche qualora il consumatore sia stato informato delle conseguenze della nullità del medesimo contratto e le abbia accettate. 4) La direttiva 93/13, letta alla luce del principio di effettività, deve essere interpretata nel senso che: essa osta a una giurisprudenza nazionale secondo la quale il termine di prescrizione decennale, relativo all'azione del consumatore diretta a ottenere la restituzione di somme indebitamente corrisposte a un professionista in adempimento di una clausola abusiva contenuta in un contratto di mutuo, inizia a decorrere dalla data di esecuzione di ciascuna prestazione da parte del consumatore, anche nel caso in cui quest'ultimo non fosse in grado, a tale data, di valutare lui stesso il carattere abusivo della clausola contrattuale o non avesse conoscenza del carattere abusivo di detta clausola, e senza tener conto della circostanza che tale contratto prevedesse un periodo di rimborso, pari nel caso di specie a trent'anni, ampiamente superiore al termine di prescrizione decennale, fissato dalla legge”.

<sup>27</sup> Corte di giustizia UE, 15 giugno 2023, Causa C-520/21, Arkadiusz Szcześniak contro Bank M. SA.

mutuatario a richiedere somme di denaro anche eccedenti l'importo delle prestazioni indebite, consistenti nelle rate versate e nelle spese, oltre all'interesse legale di mora dal momento della domanda; il diritto del mutuatario di rifiutare il pagamento di qualunque somma richiesta dal mutuante eccedente l'importo delle prestazioni indebite, consistenti nella restituzione del capitale anticipato, oltre all'interesse legale di mora dal momento della domanda<sup>28</sup>. Pur risultando alleviata la posizione del consumatore, però, non sembra superata l'iniquità di fondo dell'assetto d'interessi sotteso alla determinazione della nullità integrale del contratto di mutuo<sup>29</sup>.

Alla luce dei precedenti rilievi, il principio di proporzionalità e il principio del giusto rimedio avrebbero suggerito di superare tutte le ristrettezze del dato letterale della disposizione dell'art. 6, paragrafo 1, direttiva 93/13/CEE, adottando una più radicale interpretazione adeguatrice<sup>30</sup>. Secondo un simile teorema decisorio, il giudice nazionale sarebbe legittimato a dichiarare la nullità parziale, la quale risulterebbe congegnata in modo da conservare l'operazione economica con la sostituzione dell'obbligo di restituire le rate in (moneta nazionale rivalutata

---

<sup>28</sup> In questi casi, la Corte di giustizia UE ha stabilito, con le formule "osta/non-osta" caratteristiche del procedimento del rinvio pregiudiziale, che: "l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che: – essi non ostano a un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale secondo la quale il consumatore ha il diritto di chiedere all'istituto di credito una compensazione che vada oltre il rimborso delle rate mensili versate e delle spese pagate per l'esecuzione di tale contratto, nonché il pagamento degli interessi di mora al tasso legale a decorrere dalla domanda di pagamento, purché gli obiettivi della direttiva 93/13 e il principio di proporzionalità siano rispettati; – essi ostano a un'interpretazione giurisprudenziale del diritto nazionale secondo la quale l'istituto di credito ha il diritto di chiedere al consumatore una compensazione che vada oltre il rimborso del capitale versato per l'esecuzione di tale contratto, nonché il pagamento degli interessi di mora al tasso legale a decorrere dalla domanda di pagamento".

<sup>29</sup> C.A. VALENZA, *o.c.*, 1019, segnala che, in queste ipotesi, "l'interesse del consumatore è di norma quello di mantenere in vita il rapporto, non foss'altro perché, con specifico riferimento ai rapporti di finanziamento in valuta estera, il venir meno del contratto comporterebbe per il consumatore il sorgere dell'obbligo di restituire immediatamente l'intera somma ricevuta a prestito".

<sup>30</sup> Una simile determinazione precettiva, come sottolinea – ai punti 67, 71 e 78 – la stessa Corte di Giustizia UE, 8 settembre 2022, cause riunite da C-80/21 a C-82/21, non è reputata del tutto impraticabile, dal momento che comunque, in casi eccezionali potrebbe essere fondata sull'autorità del precedente di Corte di giustizia UE, 3 ottobre 2019, Causa C-260/18, Kamil Dziubak e Justyna Dziubak contro Raiffeisen Bank International AG.

al tasso di cambio al tempo della scadenza con i) franchi svizzeri con l'obbligo di restituire le rate, comprensive di capitale e interessi corrispettivi, in moneta nazionale (sostanzialmente, non-rivalutata). Dal punto di vista dogmatico, una tale operazione presenterebbe gli estremi della nullità parziale con sostituzione automatica della (vicenda patrimoniale programmata dalla) clausola nulla con (quella pianificata da) una norma dispositiva/suppletiva, piuttosto che con una norma imperativa. Nonostante la divergenza con l'impianto valutativo tradizionale della nullità parziale (recepto, nella nostra esperienza giuridica dalla disposizione dell'art. 1419, comma 2, c.c.), in una prospettiva gius-realistica, un simile teorema decisorio risulterebbe corretto, in quanto assumerebbe i connotati dell'interpretazione (propriamente) adeguatrice della direttiva sulla nullità di protezione ai principi fondamentali di proporzionalità e del giusto rimedio.

L'opportunità di sostituire una clausola contrattuale abusiva (concernente l'oggetto principale del contratto, ma espressa in modalità non-trasparenti) con (le attribuzioni patrimoniali previste da) una norma suppletiva si è presentata anche in un caso concernente la fissazione del compenso spettante ad un avvocato per la prestazione dei propri servizi professionali<sup>31</sup>. Dal momento che nel contratto era stato programmato il pagamento da parte del cliente-consumatore di una tariffa calcolata su base oraria, era stata accertata l'abusività e la non-trasparenza di detta clausola. In tali circostanze, la Corte di giustizia UE ha riconosciuto l'azionabilità di una serie di pretese intersoggettive (alternative) in favore del cliente-consumatore: in caso egli non subisca un danno irreparabile dall'interruzione del rapporto, il diritto all'integrale restituzione dei compensi versati indipendentemente dall'esigenza di remunerare il professionista per i servizi (comunque) prestati; in caso l'interruzione del rapporto risulti per lui irrimediabilmente dannosa, il diritto a ricevere le prestazioni professionali pagando il compenso nella misura stabilita da una norma suppletiva nazionale<sup>32</sup>. È facile notare che la vicenda, consistente

---

<sup>31</sup> Corte di Giustizia UE, 12 gennaio 2023, Causa C-395/21, D.V. contro M.A.

<sup>32</sup> Il testo del dispositivo della sentenza è il seguente: "4) L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, come modificata dalla direttiva 2011/83, devono essere interpretati nel senso che: qualora un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore non possa sussistere dopo la soppressione di una clausola dichiarata abusiva che fissi il prezzo dei servizi secondo il principio della tariffa oraria, e tali servizi siano già stati forniti, essi non ostano a che il giudice nazionale ripristini la situazione in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza di tale clausola, anche quando ciò comporti che il professionista non percepisca alcun compenso per i suoi servizi. Nell'ipotesi in cui l'invalidazione del contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente dannose, circostanza che spetta al giudice del rinvio

nella conservazione del rapporto professionale verso il pagamento della tariffa legale, è quella che contempera meglio tutti gli interessi coinvolti. In questo caso, pertanto, la Suprema corte eurounitaria ha esercitato, con ampia discrezionalità, il proprio potere d'interpretazione del diritto eurounitario, adeguando il testo della direttiva 93/13/CEE (e, per la proprietà transitiva, il diritto interno di recepimento) al principio del giusto rimedio.

Degna di attenzione, poi, è una decisione volta ad individuare le misure giudiziali attivabili in una particolare ipotesi di recesso dell'acquirente di un pacchetto di viaggio turistico, nella quale il suo interesse risultava pregiudicato dall'omessa informazione, da parte del *tour operator*, concernente il proprio diritto all'integrale rimborso del prezzo<sup>33</sup>. Nei particolari, era successo che il viaggiatore non aveva potuto usufruire della vacanza a causa delle restrizioni personali comportate dalla pandemia di Covid-19. Non avendo ricevuto rimborsi dal *tour operator*, egli aveva intrapreso azione giudiziale per ottenere la restituzione soltanto di una parte del prezzo pagato. In tal modo, egli dimostrava d'ignorare l'esistenza di un diritto all'integrale rimborso *ex art. 12, paragrafo 2, direttiva (UE) 2015/2302*, evidentemente, anche a causa dell'omessa informazione da parte del *tour operator*. A beneficio del viaggiatore, la Corte di giustizia UE ha concepito un impianto valutativo articolato su tre concetti ordinatori: che esiste un obbligo del *tour operator*, ai sensi dell'art. 5, paragrafo 1, direttiva (UE) 2015/2302, d'informare il viaggiatore dell'eventuale diritto al rimborso integrale del prezzo; che il giudice non ha il potere di emanare d'ufficio (se il diritto nazionale non lo consente) un provvedimento di condanna alla restituzione integrale del prezzo in un procedimento instaurato per ottenere una restituzione soltanto parziale; che il giudice ha la facoltà d'informare nel processo il viaggiatore del proprio diritto, consentendogli di esercitarlo<sup>34</sup>.

---

verificare, tali disposizioni non ostano a che il giudice nazionale sani la nullità di detta clausola sostituendola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva o applicabile in caso di accordo tra le parti di detto contratto. Per contro, tali disposizioni ostano a che il giudice nazionale sostituisca la clausola abusiva dichiarata nulla con una stima giudiziaria del livello del compenso dovuto per detti servizi”.

<sup>33</sup> Corte di Giustizia UE, 14 settembre 2023, Causa C-83/22, RTG contro Tuk Tuk Travel S. L., in *Foro it.*, 2023, IV, c. 486 s.

<sup>34</sup> Il dispositivo letterale della sentenza è il seguente: “1) L'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 90/314/CEE, deve essere interpretato nel senso che: esso impone a un organizzatore di viaggi di informare il viaggiatore del suo diritto di risoluzione di cui all'articolo 12, paragrafo 2, di tale direttiva. La

Bisogna osservare che, in un simile impianto valutativo, dato il divieto di *mutatio libelli* e la limitazione dell'ammissibilità dell'*emendatio libelli* nei termini della memoria istruttoria di cui all'art. 183 c.p.c.<sup>35</sup>, è verosimile che l'interessato, per ampliare la propria pretesa originaria, sia vincolato ad instaurare un nuovo procedimento.

Dal punto di vista sostanziale, la predetta soluzione ordinatoria appare informata al principio del giusto rimedio. Dal momento che il diritto esprime una valutazione dell'opportunità politica che il viaggiatore, in talune circostanze, riceva il rimborso integrale del prezzo, il meccanismo processuale predisposto dai giudici appare in grado di rendere effettiva una simile tutela. In tal senso, la decisione della Corte di giustizia merita di essere inquadrata in una generale tendenza a emanare decisioni equitative, riconoscendo dei doveri del "contraente-forte"/diritti del "contraente-debole" (soltanto) implicitamente delineati dai testi normativi. Data l'ultroneità delle pretese intersoggettive azionabili rispetto alla lettera della disposizione di cui all'art. 5, paragrafo 1, della direttiva 2015/2302/UE, l'apparato decisorio allestito dalla Corte di giustizia UE assume la fisionomia della vera e propria interpretazione adeguatrice del diritto eurounitario derivato.

Negli aspetti processualistici, però, si nota una certa ambivalenza della decisione rispetto ai principi consolidati o acquisiti dall'esperienza giuridica: da un lato, essa appare conforme al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; dall'altro lato, essa si rivela incompatibile con il principio di economia processuale. In particolare, la rappresentazione della contrarietà al principio di economia processuale si fonda sui seguenti rilievi: ammesso che la domanda del rimborso integrale sia una semplice *emendatio libelli*,

---

validità dell'articolo 5, paragrafo 1, di detta direttiva alla luce dell'articolo 169, paragrafo 1 e paragrafo 2, lettera a), TFUE, in combinato disposto con l'articolo 114, paragrafo 3, TFUE, non può pertanto essere rimessa in discussione per il motivo che esso non prevedrebbe di informare il viaggiatore del suo diritto di risoluzione di cui all'articolo 12, paragrafo 2, della medesima direttiva. 2) L'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2015/2302 deve essere interpretato nel senso che: esso non osta all'applicazione di disposizioni del diritto processuale nazionale che sanciscono i principi dispositivo e di congruenza in forza dei quali, qualora la risoluzione di un contratto di pacchetto turistico soddisfi le condizioni previste da tale disposizione e il viaggiatore interessato sottoponga al giudice nazionale una domanda di rimborso inferiore a un rimborso integrale, tale giudice non può concedere d'ufficio a detto viaggiatore un rimborso integrale, purché tali disposizioni non escludano che detto giudice possa informare d'ufficio tale viaggiatore del suo diritto ad un rimborso integrale e consentire a quest'ultimo di farlo valere dinanzi ad esso".

<sup>35</sup> V. Cass., Sez.un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3174; Cass., 7 settembre 2020, n. 18546, in *Guida al diritto*, 2020, 38, 35.

l'esercizio del diritto richiede un ulteriore atto processuale consistente nella nuova richiesta, se l'informazione perviene nei termini per l'acquisizione della memoria istruttoria, o, altrimenti, c'è bisogno dell'instaurazione di un nuovo processo; considerando che la domanda del rimborso integrale sia una vera e propria *mutatio libelli*, in ogni caso l'esercizio del diritto dipenderebbe dall'instaurazione di un nuovo procedimento. Bisogna rilevare che ad una simile ambiguità si giunge, perché la Corte di giustizia UE appare animata dalla prioritaria intenzione di non contraddire la regola dell'irrelevabilità d'ufficio. Considerato che questa tecnica processualistica, nella tradizione dogmatica è tendenzialmente prevalente rispetto alle esigenze di economia processuale, l'impostazione della Corte riflette la ricostruzione formalistica. In tal senso, la decisione del giudice eurounitario appare animata dalla volontà di non distaccarsi dalle categorie consolidate nell'esperienza giuridica.

In prospettiva teleologica, tuttavia, quest'ordine di valutazioni merita di essere ribaltato. Il canone dell'irrelevabilità d'ufficio, inteso in senso alquanto rigido, potrebbe essere considerato espressione della fondamentale esigenza del carattere di terzietà del giudicante, al quale sarebbe imposto di non prospettare alle parti soluzioni ordinatorie tali da favorire l'una rispetto all'altra<sup>36</sup>. In vero, però, bisogna rilevare che il giudice, quando interviene d'ufficio, appare agire al servizio (dell'effettività) del diritto (in conformità al principio di soggezione alla legge *ex art. 101, comma 2, cost.*) piuttosto che nell'interesse della parte oggettivamente favorita. In tal senso, una simile valutazione appare ben cristallizzata dal noto aforisma che descrive l'attività del giudice con i latinetti "*da mihi factum dabo tibi jus*" e "*jura novit curia*". D'altra parte, è bene notare che l'art. 24 cost. impone al giudice di tutelare i diritti su richiesta degli interessati, ma non gli nega il potere di attuare le pretese riconosciute dalle manifestazioni di sovranità anche in mancanza di una specifica domanda degli interessati. In un'accezione più sfumata, la regola dell'irrelevabilità d'ufficio si rivela adeguata al fine di non pregiudicare l'interesse della parte a non ricevere una tutela non-voluta. Ad esempio, nell'impianto valutativo dell'annullabilità del contratto l'interessato sarebbe in condizione di scegliere di giovare, comunque, dell'operazione economica convenuta. Nel caso di specie, però, è evidente che la pretesa ad un rimborso parziale invece che integrale non è esplicitazione di una facoltà di scelta, ma il semplice portato di una

---

<sup>36</sup> Bisogna notare che l'impianto valutativo della rilevanza d'ufficio risulta compatibile col principio dispositivo preposto a tutela del "contraente-debole", purché, contestualmente, sia riconosciuto all'interessato un potere di opposizione (v. Corte di giustizia Ce, 4 giugno 2009, Causa C-243/08, Pannon GSM Zrt. contro Erzsébet Sustikné Györfi).

disinformazione. Pertanto, in prospettiva gius-realistica, non risulta affatto opportuno sacrificare l'economia processuale per la regola dell'irrelevabilità d'ufficio.

3. – I ragionamenti applicativi sin qui analizzati presentano i caratteri dell'interpretazione adeguatrice del diritto eurounitario derivato, la quale è una declinazione del paradigma generale dell'applicazione "indiretta" dei principi sovranazionali di matrice eurounitaria. A differenza dell'applicazione "diretta" dei principi, in detti impianti valutativi opera la soluzione ordinatoria dell'impegnatività/non-impegnatività di condotte personali e eventi pratico-economici che non sono del tutto inconferti o addirittura in contrasto con quelli desumibili da una disposizione specifica (*rectius* applicabile mediante sussunzione di una fattispecie concreta in una fattispecie astratta) di un testo normativo del diritto eurounitario derivato. A questo punto è opportuno verificare se, nel diritto vivente, sia dato riscontrare anche dei casi in cui appaia corretta, quanto meno in un'ottica gius-realistica, l'adozione di decisioni giudiziali inferite da teoremi decisori con i caratteri della *Drittwirkung* dei principi sovranazionali di matrice eurounitaria.

In una materia a cavallo tra il diritto contrattuale e il diritto del lavoro, è emblematica una controversia decisa dalla Corte di giustizia UE, la quale concerneva una violazione del principio di non-discriminazione su basi religiose<sup>37</sup>.

Nei fatti, era successo che un ente d'ispirazione confessionale aveva indetto una gara per la scelta del soggetto con cui concludere un contratto di lavoro "a progetto" per adiuvarne i lavori di stesura di una relazione parallela all'elaborazione di una Convenzione ONU sulla lotta alla discriminazione razziale, subordinando la partecipazione dei candidati al requisito dell'appartenenza alla propria Confessione religiosa. La controversia è insorta, perché un'aspirante era stata (sostanzialmente) esclusa dalla gara in considerazione della mancanza di questo requisito.

Di là dalla complessa articolazione del ragionamento decisorio, meritano di essere evidenziati soprattutto due snodi concettuali. Da un lato, emerge il rilievo che l'art. 4, paragrafo 2, direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, riconosce un diritto, sostanzialmente insindacabile, alle organizzazioni religiose di circoscrivere arbitrariamente i rapporti professionali concernenti lo svolgimento delle proprie attività istituzionali in considerazione delle convinzioni religiose degli interessati. Dall'altro lato, la

---

<sup>37</sup> Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 17 aprile 2018, Causa C-414/16, Vera Egenberger contro Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung.

Corte di giustizia UE ha effettuato la declaratoria dell'esistenza di un potere dell'autorità giudiziaria di sindacare gli atti di esercizio di un tale diritto, per verificare se esso risulti giustificato e "proporzionato" o abbia finalità meramente discriminatorie<sup>38</sup>. I giudici del Kirchberg hanno asserito che un simile impianto valutativo avesse i connotati della semplice interpretazione conforme della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, con conseguenziale disapplicazione delle norme interne incompatibili. Senza infingimenti, tuttavia, sembrerebbe più coerente riferire la soluzione ordinatoria adottata ad un teorema decisorio con i tratti della *Drittwirkung* del principio di non-discriminazione di cui all'art. 21 CDFUE.

Nel campo più strettamente del diritto contrattuale (*i.e.* in tema d'individuazione delle pretese intersoggettive azionabili in considerazione di un contratto), meritano di essere esaminate, soprattutto, talune decisioni concernenti il caso (dalla notevole risonanza mediatica) della compravendita di autoveicoli con un livello di emissione dei gas di scarico eccedente i limiti, fissati dal Reg. CE n. 715/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20

---

<sup>38</sup> Il testo del dispositivo della sentenza recita così: "1) L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in combinato disposto con gli articoli 9 e 10 di quest'ultima, nonché con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che, qualora una Chiesa o un'altra organizzazione la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali allegghi, a sostegno di un atto o di una decisione quale il rigetto di una candidatura a un posto di lavoro al suo interno, che, per la natura delle attività di cui trattasi o per il contesto in cui tali attività devono essere espletate, la religione costituisce un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica di tale Chiesa o di tale organizzazione, una siffatta allegazione deve, se del caso, poter essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo al fine di assicurarsi che, nel caso di specie, siano soddisfatti i criteri di cui all'articolo 4, paragrafo 2, della suddetta direttiva. 2) L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che il requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa ivi previsto rinvia a un requisito necessario e oggettivamente dettato, tenuto conto dell'etica della Chiesa o dell'organizzazione di cui trattasi, dalla natura o dalle condizioni di esercizio dell'attività professionale in questione, e non può includere considerazioni estranee a tale etica o al diritto all'autonomia di detta Chiesa o di detta organizzazione. Tale requisito deve essere conforme al principio di proporzionalità. 3) Un giudice nazionale investito di una controversia tra due privati è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza degli articoli 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e a garantire la piena efficacia di tali articoli, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria".

giugno 2007, per la presenza di un impianto di manipolazione installato in violazione dell'art. 5, paragrafo 2<sup>39</sup>.

Per quel che qui interessa, la Suprema corte eurounitaria ha chiarito due dubbi interpretativi: che le circostanze del fatto rientrano nella nozione di difetto di conformità di cui all'art. 2, direttiva 1999/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999; che non è corretto il riferimento alla qualifica di "difetto di conformità minore" contemplata dall'art. 3, paragrafo 6, direttiva 1999/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999<sup>40</sup>. Da tali premesse concettuali è stata inferita la decisione che in questi casi fossero azionabili (*in toto*) le pretese intersoggettive sancite dall'art. 3 direttiva 1999/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, secondo cui: in via principale, "il consumatore può chiedere al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, senza spese in entrambi i casi, salvo che ciò sia impossibile o sproporzionato"; soltanto in via subordinata ("se il consumatore non ha diritto né alla riparazione né alla sostituzione"), "il consumatore può chiedere una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto".

La soluzione ordinatoria predicata dalla Suprema corte eurounitaria si rivela inadeguata rispetto al principio di tutela dell'ambiente sancito, a livello eurounitario, (tra l'altro) dall'art. 37 CDFUE. Nell'apparato decisorio della garanzia per difetto di conformità nella vendita di beni di consumo/ai consumatori, i rimedi manutentivi (*i.e.* la reintegrazione specifica e la stessa riduzione del prezzo) sono nettamente privilegiati rispetto al rimedio ablativo (la risoluzione del contratto). Pertanto, è estremamente probabile (come nel caso di specie) che tali determinazioni giudiziali conducano alla conservazione dell'operazione economica. In condizioni normali, questa

---

<sup>39</sup> Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 14 luglio 2022, Causa C-145/20, DS contro Porsche Inter Auto GmbH & Co KG e Volkswagen AG, la quale ha confermato con integrazioni le conclusioni già raggiunte nelle altre due sentenze del 14 luglio 2022, cause C-128/20, GSMB Invest GmbH & Co KG contro Auto Krainer GesmbH, C-134/20, IR contro Volkswagen AG.

<sup>40</sup> Il testo del dispositivo della sentenza relativa alla Causa C-145/20 è così formulato: "(3) L'articolo 3, paragrafo 6, della direttiva 1999/44 deve essere interpretato nel senso che un difetto di conformità consistente nella presenza, in un veicolo, di un impianto di manipolazione il cui utilizzo è vietato in forza dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento n. 715/2007 non può essere qualificato come "minore" anche laddove, qualora il consumatore fosse stato al corrente dell'esistenza e del funzionamento di detto dispositivo, egli avrebbe nondimeno acquistato tale veicolo". Per un'ampia analisi, v. S. VANINI, *Violazione di norme pubblicistiche di tutela ambientale da parte del produttore e difetto di conformità al contratto del bene consegnato al consumatore: la Corte di giustizia UE e il "Dieselgate"* (Corte di giustizia UE 14 luglio 2022, C-145/20, Porsche Inter Auto e Volkswagen), in *Riv. dir. civ.*, 2023, 166 ss.

complessiva vicenda pratico-economica corrisponde ad un delicato equilibrio tra gli interessi del venditore e del compratore, il quale converge con l'esigenza macroeconomica di favorire la conservazione nel mercato del complessivo volume di affari raggiunto<sup>41</sup>. Nel caso di specie, tuttavia, risulta coinvolta (e pregiudicata) anche l'utilità sociale consistente nella salvaguardia dell'ambiente<sup>42</sup>. Il perseguimento di un simile obiettivo di politica del diritto richiederebbe l'adozione di provvedimenti giudiziali, i quali con maggiore probabilità conducano alla complessiva vicenda della cancellazione dell'operazione economica contraria. Tecnicamente, la determinazione sostanziale della non-vincolatività delle condotte personali e degli eventi pratico-economici strumentali allo scambio è desumibile, con maggior vigore, dalla formula della nullità del contratto. Alla luce delle precedenti notazioni, risulta chiaramente che, nel caso di specie, l'apparato decisorio maggiormente adeguato al principio sovranazionale-eurounitario di tutela dell'ambiente è quello dal quale s'inferisce la statuizione giudiziale della radicale nullità del contratto di compravendita dell'autoveicolo antiecológico.

Bisogna chiarire che, nel caso richiamato, la soluzione ordinatoria della nullità del contratto non sarebbe desumibile da un ragionamento decisorio, il quale presenti i caratteri dell'applicazione (soltanto) "indiretta" del principio di tutela dell'ambiente *ex art. 37 CDFUE*. In particolare, si rivela impraticabile il ricorso alla formula della nullità per contrarietà dell'oggetto all'ordine pubblico. Questa qualifica (ammesso che vi siano gli estremi di fatto indicati da essa) non è in grado di operare in presenza di una diversa disposizione di legge, in quanto la determinazione della nullità si ricava dal comb. disp. artt. 1346 c.c. e 1418, comma, 2 c.c. Nel caso controverso, invece, come rilevato dalla Corte di giustizia UE, sussistono i presupposti da cui dipende l'attivazione dell'impianto valutativo degli art. 128 ss. cod. cons. con il riconoscimento dei (soli) diritti fissati dall'art. 135-*bis* cod. cons. Tirando le fila del discorso, risulta dimostrato l'assunto che la soluzione ordinatoria della nullità del contratto di compravendita del veicolo antiecológico, la quale è la più adeguata rispetto al principio eurounitario di tutela dell'ambiente, richiede un teorema decisorio con i caratteri dell'applicazione "diretta" di detto principio.

A margine dell'analisi di questo caso giurisprudenziale, è opportuna un'ulteriore notazione. La statuizione della nullità del contratto, desunta

<sup>41</sup> F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, cit., 77 ss., spec. nota 206.

<sup>42</sup> Circa il coinvolgimento, nel caso di specie, del principio di tutela dell'ambiente di cui all'art. 37 CDFUE, v.: S. PAGLIANTINI, *o.c.*, 9 s. e 13, il quale, però, adotta una prospettiva che nega la possibilità di un'applicazione diretta dei principi; S. VANINI, *o.c.*, 185.

dalla *Drittwirkung* del principio di tutela dell'ambiente *ex art. 37 CDFUE*, in questo contesto, si rivela densa di conseguenze geopolitiche. È facile notare che, se essa fosse stata assunta di propria iniziativa da un giudice francese o italiano o spagnolo ecc., si sarebbe potuto adombrare il sospetto che si perseguisse il fine di svantaggiare le imprese automobilistiche tedesche. Al fine di escludere un tale retropensiero, pertanto, è bene che la decisione sia rimessa, in via esclusiva, ad un'autonoma valutazione della Corte di giustizia UE.

Emblematico, infine, si rivela il ragionamento applicativo dispiegato dalla Suprema corte eurounitaria nel giudizio sul caso "Superlega"<sup>43</sup>.

In estrema sintesi, la Corte di giustizia UE ha stabilito<sup>44</sup>, in sostanza, che il riconoscimento di un potere delle Federazioni sportive internazionali e

---

<sup>43</sup> Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 21 dicembre 2023, Causa C-333/21, *European Superleague Company, S.L. contro Unión de Federaciones Europeas de Fútbol (UEFA) e Fédération internationale de football association (FIFA)*.

<sup>44</sup> Il testo del dispositivo adottato dalla Corte di giustizia UE è il seguente: "1) L'articolo 102 TFUE deve essere interpretato nel senso che costituisce un abuso di posizione dominante il fatto che associazioni responsabili del calcio a livello mondiale ed europeo, che esercitano in parallelo diverse attività economiche legate all'organizzazione di competizioni, abbiano adottato e applichino norme che subordinano alla loro previa autorizzazione l'istituzione da parte di un'impresa terza, sul territorio dell'Unione, di una nuova competizione calcistica tra club e che controllano, a pena di sanzioni, la partecipazione dei club di calcio professionistico e dei giocatori a una siffatta competizione, senza che tali diversi poteri siano disciplinati da criteri sostanziali e da modalità procedurali atti a garantirne il carattere trasparente, oggettivo, non discriminatorio e proporzionato. 2) L'articolo 101, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che costituisce una decisione di associazione di imprese che ha per oggetto di impedire la concorrenza il fatto che associazioni responsabili del calcio a livello mondiale ed europeo, che esercitano in parallelo diverse attività economiche legate all'organizzazione di competizioni, abbiano adottato e applichino, direttamente o per il tramite di federazioni calcistiche nazionali che ne sono membri, norme che subordinano alla loro previa autorizzazione l'istituzione, da parte di un'impresa terza, sul territorio dell'Unione, di una nuova competizione calcistica tra club e che controllano, a pena di sanzioni, la partecipazione dei club di calcio professionistico e dei giocatori a una siffatta competizione, senza che tali diversi poteri siano disciplinati da criteri sostanziali e da modalità procedurali atti a garantirne il carattere trasparente, oggettivo, non discriminatorio e proporzionato. 3) L'articolo 101, paragrafo 3, e l'articolo 102 TFUE devono essere interpretati nel senso che le norme con cui associazioni responsabili del calcio a livello mondiale ed europeo, che esercitano in parallelo diverse attività economiche legate all'organizzazione di competizioni, subordinano alla loro previa autorizzazione l'istituzione, da parte di un'impresa terza, sul territorio dell'Unione, di competizioni calcistiche tra club e controllano, a pena di sanzioni, la partecipazione dei club di calcio professionistico e dei giocatori a siffatte competizioni, possono beneficiare di un'esenzione dall'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE o essere considerate giustificate alla luce

nazionali d'impedire, *ad nutum* (i.e. senza motivi socialmente apprezzabili), la partecipazione dei propri tesserati (società sportive e atleti) a competizioni organizzate da soggetti "esterni" sia antitetico al principio di libera prestazione dei servizi *ex art. 56 TFUE*, al principio di libera concorrenza *ex art. 101 TFUE* e al divieto di abuso di posizione dominante di cui all'art. 102 TFUE. *A contrario*, si delinea il criterio di giudizio che esiste un diritto, comprimibile soltanto per ragioni di utilità sociale, dei tesserati di partecipare alle competizioni sportive organizzate da soggetti esterni alle Federazioni di appartenenza. Si tratta di una decisione ricca di suggestioni e implicazioni di carattere sistematico<sup>45</sup>, ma, nell'economia del presente lavoro, importa segnalare semplicemente taluni passaggi essenziali.

Preliminarmente, bisogna chiarire che la decisione ricade pienamente nella materia del diritto contrattuale (i.e. dei diritti e doveri derivanti da un contratto). In detta prospettiva, è dato osservare che tutte le pretese intersoggettive tra Federazioni sportive e tesserati (società sportive e atleti) sono giustiziabili, in quanto rientrano nella trama dei rapporti (direttamente o indirettamente) pianificati da un contratto associativo, concluso per adesione, tramite il riferimento ad uno Statuto predisposto al momento della

---

dell'articolo 102 TFUE solo ove sia dimostrato, mediante argomenti ed elementi di prova convincenti, che sono soddisfatti tutti i requisiti richiesti a tal fine. 4) Gli articoli 101 e 102 TFUE devono essere interpretati nel senso che essi: – non ostano a norme emanate da associazioni responsabili del calcio a livello mondiale ed europeo, che esercitano in parallelo diverse attività economiche legate all'organizzazione di competizioni, laddove esse designino tali associazioni quali proprietarie originali di tutti i diritti che possano sorgere dalle competizioni sotto la loro "giurisdizione", qualora dette norme si applichino unicamente alle competizioni organizzate dalle suddette associazioni, escludendo quelle che potrebbero essere organizzate da entità o imprese terze; – ostano a siffatte norme laddove queste attribuiscono a dette medesime associazioni un potere esclusivo in materia di commercializzazione dei diritti di cui trattasi, salvo sia dimostrato, mediante argomenti ed elementi di prova convincenti, che sono soddisfatti tutti i requisiti richiesti affinché tali norme possano beneficiare, ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE, di un'esenzione dall'applicazione del paragrafo 1 di detto articolo ed essere considerate giustificate alla luce dell'articolo 102 TFUE. 5) L'articolo 56 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a norme con cui associazioni responsabili del calcio a livello mondiale ed europeo, che esercitano in parallelo diverse attività economiche legate all'organizzazione di competizioni, subordinano alla loro previa autorizzazione l'istituzione, da parte di un'impresa terza, sul territorio dell'Unione, di competizioni calcistiche tra club e controllano, a pena di sanzioni, la partecipazione dei club di calcio professionistico e dei giocatori a tali competizioni, quando tali norme non sono disciplinate da criteri sostanziali e da modalità procedurali atti a garantirne il carattere trasparente, oggettivo, non discriminatorio e proporzionato".

<sup>45</sup> Diffusamente, N.M. NASO, *Le regole del gioco (della concorrenza): quale impatto sui poteri delle federazioni sportive?*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2024, I, 666 ss.

costituzione e alle sue successive modifiche<sup>46</sup>. Alla luce di un simile inquadramento sistematico, le soluzioni ordinatorie adottate dai giudici di Lussemburgo assumono, con riferimento all'esperienza giuridica italiana, i connotati dell'attestazione giudiziale della nullità parziale del contratto associativo, nell'aspetto in cui (direttamente e/o indirettamente) delinea il potere delle Federazioni d'impedire la partecipazione dei propri aderenti alle competizioni organizzate da soggetti esterni alla propria struttura associativa, abbinata alla sostituzione automatica delle pretese intersoggettive non-vincolanti con il riconoscimento di un diritto dei tesserati a partecipare a dette competizioni, il quale è estrapolato direttamente dai principi eurounitari fondamentali di libera prestazione dei servizi, della libertà di concorrenza e del divieto di abuso di posizione dominante sanciti dagli artt. 56, 101 e 102 TFUE.

Tirando le fila del discorso, la Corte di giustizia UE, nel caso "Superlega", anche senza dirlo scopertamente, ha effettuato un ragionamento decisorio, il quale presenta i connotati dell'applicazione diretta dei principi fondamentali. Naturalmente, si potrebbe invocare una distinzione tra principi non-autoapplicativi e principi autoapplicativi, la quale riecheggia la classificazione tra "norme programmatiche" e "norme precettive"<sup>47</sup>. Al netto di tutti i sofismi, però, resta il dato che i giudici del Kirchberg siano competenti ad effettuare ragionamenti applicativi con i connotati dell'applicazione diretta dei principi fondanti dell'Unione europea, là dove s'inferisca la decisione della vincolatività di condotte personali ed eventi pratico-economici necessari o opportuni per realizzare obiettivi fondamentali, sociali o macroeconomici, della politica eurounitaria. Bisogna notare, da ultimo, che anche in questo caso, date le forti implicazioni geo-politiche della decisione giudiziale, è bene che una simile competenza sia riservata esclusivamente alla Suprema corte eurounitaria.

4. – La precedente rassegna di giurisprudenza eurounitaria non pretende affatto di essere esaustiva. Forse, i ragionamenti applicativi richiamati non sono nemmeno tra i più rappresentativi degli attuali orientamenti della Corte di giustizia UE. Essi, tuttavia, consentono di enucleare, nell'esperienza giuridica, le operazioni decisorie, nelle quali si

---

<sup>46</sup> Nell'esperienza giuridica italiana, detti contratti, per il principio di sussidiarietà "orizzontale" ex art. 118, u.c., cost., in considerazione della funzione sociale dello sport, assumono le caratteristiche di vere e proprie fonti normative *extra ordinem* (cfr. F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, cit., 67 ss., e IDEM, *Subsidiarity and the new frontiers of freedom of contract*, in *ItaLJ*, 2021, 736 ss.).

<sup>47</sup> Cass., Sez.Un. pen., 7 febbraio 1948, in *Foro it.*, 1948, II, c. 57.

esplica (potenzialmente) la facoltà della Suprema corte eurounitaria di creare (formalmente e/o sostanzialmente) norme sovranazionali.

Dalla precedente analisi emerge il costrutto che la competenza della Corte di giustizia UE a compiere un'interpretazione adeguatrice (anche in senso stretto) del diritto eurounitario derivato è un dato palesemente acquisito, anche se praticato con talune remore, nell'esperienza giuridica. Una simile operazione ermeneutica presenta, formalmente, i connotati della mera interpretazione del diritto eurounitario derivato, ma, sostanzialmente, costituisce un'attività di creazione di criteri di giudizio innovativi (*i.e.* di produzione normativa) individuati per mezzo dell'applicazione indiretta dei principi sovranazionali di matrice eurounitaria<sup>48</sup>. Il medesimo rilievo, invece, non vale per i ragionamenti decisori aderenti al paradigma della *Drittwirkung* di detti principi, i quali risultano ancora contornati da molti dubbi e ritrosie. Ad ogni modo, non mancano i casi, dove emergono le ragioni di stringente opportunità politica per riconoscere, in una prospettiva gius-realistica, e praticare scopertamente anche una simile attività giurisdizionale. Tali teoremi decisori, evidentemente, presenterebbero la fisionomia di un'attività normativa (piuttosto che meramente interpretativa) sia a livello formale che sostanziale.

Tirando le somme, risulta dimostrato l'assunto che il diritto eurounitario, soprattutto in materia contrattuale, ricomprenda (effettivamente o, quanto meno, potenzialmente) anche norme formalmente e/o sostanzialmente elaborate dalla giurisprudenza. In tal senso, detto ordinamento presenta dei caratteri ibridi sia della *civil law* che della *common law*. Bisogna, però, sottolineare che la competenza dei giudici eurounitari ad applicare criteri di giudizio auto-disposti dipende – come si è detto – dall'attitudine delle soluzioni ordinatorie, desunte dai principi eurounitari, a soddisfare le esigenze sociali e macroeconomiche, le quali emergono a livello sovranazionale in conseguenza della globalizzazione delle interazioni sociali e degli scambi commerciali. Di tal che, in questo contesto, l'attività di formazione giurisprudenziale delle regole, concernenti la vincolatività di condotte personali ed eventi pratico-economici nei rapporti intersoggettivi, si presta ad assumere anche un'autonoma caratterizzazione.

In prospettiva evolutiva, risalta il rilievo che le sfide poste dalla globalizzazione (universalizzazione dei diritti umani, sostenibilità ambientale, transizione digitale, *Fintech*, internazionalizzazione delle imprese, etc.) si presentano massivamente nello svolgimento dei rapporti intersoggettivi (in particolare, contrattuali). Pertanto, è necessario che il sistema giurisdizionale si strutturi in modo da ampliare esponenzialmente le

---

<sup>48</sup> V., *retro*, nota 5.

decisioni giudiziali corrispondenti ad un'applicazione dei principi sovranazionali di matrice eurounitaria, le quali – come si è visto – favoriscono l'implementazione di detti obiettivi sociali e macroeconomici.

Preliminarmente, bisogna rilevare una differenza tra l'applicazione indiretta dei principi eurounitari, da un lato, e la *Drittwirkung* dei principi eurounitari, dall'altro. Data l'ampiezza delle implicazioni (geo)politiche, si comprende l'esigenza di centralizzare la competenza a svolgere questo secondo tipo di ragionamenti applicativi, attribuendola, tendenzialmente, alla sola Corte di giustizia UE<sup>49</sup>. Diversamente, il medesimo monopolio giurisdizionale appare inconferente riguardo alle determinazioni giudiziali riconducibili al paradigma dell'applicazione indiretta dei principi eurounitari. Cionondimeno, nell'attuale conformazione delle decisioni della Corte di giustizia UE, affiorano degli elementi contrastanti con la diffusione tra i giudici statali della competenza ad adottare decisioni inferite dall'applicazione (anche soltanto) indiretta dei principi sovranazionali di diritto civile (soprattutto contrattuale) eurounitario.

Dall'analisi casistica, sono emersi taluni tratti costanti delle decisioni dei giudici eurounitari. Innanzitutto, la Corte di giustizia UE riconosce la propria competenza a dichiarare, formalmente, l'esistenza di diritti preposti a rimodulare l'operazione economica pianificata dal contratto, in modo da favorire il contraente il cui interesse converge con gli obiettivi di politica del diritto emergenti a livello sovranazionale. In detta prospettiva, tuttavia, essa pare voler assoggettarsi ad una pratica di *self-restraint*<sup>50</sup>, ritenendo di non

---

<sup>49</sup> Naturalmente, là dove non siano in gioco gli equilibri tra gli interessi contrapposti degli Stati membri (come nelle controversie su autoregolamenti affatto contingenti ovvero su atti di cooperazione intersoggettiva del tutto singolari), risulta certamente opportuno, per l'implementazione dei principi sovranazionali-eurounitari, il riconoscimento di una competenza diffusa/*multilevel* alla loro applicazione (anche) diretta nei rapporti intersoggettivi (con riguardo alla pari esigenza di consentire un'applicazione diretta "diffusa" dei principi costituzionali, cfr. F. MAISTO, *I riflessi sistematici del regime intertemporale della responsabilità civile dei magistrati*, in *Danno e resp.*, 2023, 139 ss.).

<sup>50</sup> Secondo un'impostazione strettamente esegetica, una simile inclinazione del supremo giudice eurounitario non costituisce il semplice portato di una pratica di *self-restraint*, ma l'ottemperanza di un dovere fissato dagli artt. 51, paragrafo 1, e 52, paragrafo 5, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cfr.: S. PAGLIANTINI, *o.c.*, 6; G. VETTORI, *La lunga marcia della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Pers. Merc.*, 2007, 9 ss.). Non si dubita della correttezza "filologica" di detta ricostruzione, la quale ha senz'altro rilievo in una prospettiva formalistica. In un'ottica gius-realistica, piuttosto, importa il dato che, dal punto di vista sostanziale, queste restrizioni all'applicazione dei principi fondamentali dell'Unione europea risultano incompatibili con le esigenze di adeguatezza del sistema giurisdizionale italo-eurounitario appresso evidenziate.

poter assumere determinazioni precettive di portata generale suscettibili di applicazione trascendenti la specifica *quæstio juris*<sup>51</sup>. Di guisa che, il più delle volte, essa stabilisce delle aprioristiche restrizioni ai presupposti di fatto per l'adozione delle misure equitative e, talvolta, arriva, addirittura, a non adottare alcun provvedimento perequativo<sup>52</sup>.

La pratica di *self-restraint* seguita dai giudici eurounitari non è meramente accidentale, ma discende da ragioni profondamente radicate nell'evoluzione del diritto eurounitario. A partire dagli Anni '90 del secolo scorso, il dibattito scientifico sulle fonti sovranazionali si è focalizzato, soprattutto, sulla questione della (tendenziale) *primauté* del diritto (a quel tempo) comunitario<sup>53</sup>. Verosimilmente, proprio per sfuggire alle diffidenze create da questo dibattito<sup>54</sup>, la Corte di giustizia UE ha avvertito l'esigenza di dissimulare il proprio ruolo (anomalo per il diritto continentale) di fonte del diritto<sup>55</sup>, dichiarando apertamente l'attrito delle potenziali decisioni equitative con i principi consolidati della tradizione dogmatica. In tal modo, le eventuali determinazioni assunte in deroga alle categorie scientifiche tradizionali sono presentate, pur sempre, come "eccezioni alla regola generale", piuttosto che come l'adattamento delle tecniche valutative ai nuovi obiettivi socioeconomici di politica del diritto.

---

<sup>51</sup> In tal senso, S. PAGLIANTINI, *o.c.*, 15, osserva che "nell'esperienza della Corte, l'applicazione dei principi è sempre mediata da una fattispecie c.d. differita, tale perché costituente l'esito interpretativo che si ottiene dalla ricostruzione, alla luce del sistema, di un dato principio". Una simile prassi giurisprudenziale riflette la concezione secondo cui: "Il principio non si applica, insomma, senza una regola laddove il termine non equivale a norma ma a ricerca della *rule* più adeguata al profilo sostanziale e processuale dell'**interesse già protetto** dai principi dell'ordinamento comunitario richiamati dall'art. 117 della nostra Costituzione" (G. VETTORI, *o.c.*, 13).

<sup>52</sup> In generale, circa l'attuale orientamento della Corte di giustizia UE pregiudizialmente ostile all'adozione di provvedimenti consistenti nel riconoscimento di pretese intersoggettive strumentali alla correzione/manipolazione dell'autoregolamento contrattuale, diffusamente, R. ALESSI, *Il controllo di vessatorietà come banco di prova del rapporto autonomia privata/legge: il percorso accidentato della Corte di Giustizia*, in G. PASSAGNOLI – F. ADDIS – G. CAPALDO – A. RIZZI – S. ORLANDO (a cura di), *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, 62 ss.

<sup>53</sup> Cfr.: P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 47 ss.; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 103 s.; V. SCALISI, *o.c.*, 419.

<sup>54</sup> Cfr. A. ADINOLFI, *I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte: il rinvio pregiudiziale*, in *Dir. UE*, 2019, 207 s., la quale sottolinea il dibattito suscitato dalle "affermazioni critiche riguardo ad un eccessivo attivismo della Corte di giustizia ed al ruolo quasi legislativo da essa assolto".

<sup>55</sup> Cfr. G. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forma di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 249 ss.

La tendenza della giurisprudenza eurolunitaria a sviluppare le proprie decisioni equitative dalla logica della “eccezione alla regola”, piuttosto che dall’affermazione di nuovi principi<sup>56</sup>, si riflette in una particolare configurazione di queste: rispetto al sistema della ripartizione delle competenze con i giudici ordinari, le decisioni della Corte di giustizia UE tendono a mostrarsi (soprattutto) con i caratteri di precedenti-regola, piuttosto che di precedenti di principio<sup>57</sup>. Questa dinamica giurisprudenziale, non è una questione puramente metodologica, ma impatta negativamente sull’efficienza del sistema giudiziario italo-eurolunitario.

Preliminarmente, bisogna osservare che la tecnica decisoria della “eccezione alla regola”, nel quadro delle competenze giudiziarie italo-eurolunitarie, supporta delle azioni dei giudici sintetizzate dalla metafora dell’esistenza di un monopolio della Corte di giustizia UE nell’applicazione (non soltanto diretta, ma anche semplicemente) indiretta dei principi sovranazionali di matrice eurolunitaria<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Circa la competenza della Corte di giustizia UE ad adottare (anche) decisioni di principio, le quali identifichino dei valori di convivenza civile con portata applicativa trascendente il caso controverso, A. ADINOLFI, *o.c.*, 206 rileva che “certamente l’enunciazione dei principi generali, e in particolare dei diritti fondamentali che si collocano nel loro ambito, appare come uno dei contributi più originali e creativi tra quelli che la Corte ha fornito nelle sentenze in via pregiudiziale”.

<sup>57</sup> L’alternativa tra “precedenti-regola” e “precedenti di principio” caratterizza tutti i sistemi normativi a formazione giurisprudenziale. Per la *common law*, v. M. LUPOLI, *o.c.*, 234, il quale sottolinea il dato che in quel sistema ordinamentale “la grande massa dei precedenti appartiene però all’altra categoria, quella dei precedenti-regola”. Di modo che, come autorevolmente osservato, la regola dello *stare decisis* si esplica in una dinamica giudiziaria per cui “un giudice (inferiore), al quale sia sottoposto un caso *analogo* ad un altro già deciso da un altro giudice (superiore) in una sentenza precedente, deve decidere il caso nello stesso modo”. In altri termini, con riguardo ai precedenti vincolanti, “la *ratio decidendi* di [...] tali decisioni deve essere applicata da ogni altro giudice chiamato a risolvere casi simili” (cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. com.*, dir. A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni cont. da P. Schlesinger, Milano, 2011, 263 e 328). Nella prospettiva di un simile passaggio dal particolare al generale (assimilabile al procedimento logico induttivo), E. CALZOLAIO, *Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa tra civil law e common law*, in *Contr. e impr.*, 2020, 1453, sottolinea che, in *common law*, “la *ratio decidendi* è ricercata dal giudice successivamente investito della decisione di un caso analogo e non da quello che pronuncia la sentenza che costituisce precedente”.

<sup>58</sup> Similmente, nel contesto dell’ordinamento giudiziario nazionale, la tecnica delle “sentenze additive” favorisce il monopolio della Corte costituzionale nell’implementare la *Drittwirkung* dei principi costituzionali (cfr. F. MAISTO, *I riflessi sistematici*, cit.).

In tal senso, bisogna osservare, innanzitutto, che i predetti ragionamenti applicativi, sono focalizzati sulle singolarità dell'ipotesi oggetto della controversia (ad es.: contratti conclusi dall'amministratore di condominio; rimborso anticipato in un'operazione di credito al consumo; restituzione delle rate di un mutuo calcolate in valuta estera; impossibilità dell'esecuzione in un contratto turistico; ecc.). Pertanto, il giudice nazionale ha il potere di replicare la medesima decisione, soltanto là dove si presenti un caso con i medesimi connotati. Viceversa, qualora, al cospetto di un fatto distinto, le medesime determinazioni precettive consentano di attuare gli obiettivi di politica del diritto perseguiti, soltanto la Corte di giustizia UE sarebbe in condizione di adottarle tramite una nuova "eccezione alla regola".

In secondo luogo, la mancata evidenziazione, (anche) nel dispositivo della sentenza, dei principi generali di diritto uniforme, di matrice eurounitaria, con il consequenziale disvelamento delle loro singolari declinazioni in campo contrattuale (ad esempio: tutela del "contraente-debole"; divieto di abuso del "contraente-forte"; proporzionalità dell'autoregolamento; adeguatezza dei rimedi; non-discriminazione; *favor participationis*; economia processuale; etc.), ne preclude l'impiego (quanto meno) "indiretto" in materie, le quali non siano espressamente contemplate da disposizioni a struttura regolamentare del diritto eurounitario derivato (*i.e.* da regolamenti e direttive)<sup>59</sup>. Ad esempio, nell'impianto valutativo generale della liceità/illiceità del contratto, finiscono per non emergere nuovi parametri (come il principio di non-discriminazione *ex art. 21 CDFUE*<sup>60</sup>) per inferire la decisione della nullità di un contratto estraneo alle previsioni dettagliate delle fonti eurounitarie.

Fatte queste premesse, è facile rilevare che l'attivazione di un sistema di competenze "diffuse" nell'applicazione indiretta dei principi è essenziale per l'adeguamento del sistema giudiziario italo-eurounitario alle sfide poste

---

<sup>59</sup> In detta prospettiva, V. SCALISI, *o.c.*, 424, afferma che "deve ritenersi che l'onda lunga del sistema comunitario europeo proietti il principio di conformità anche oltre i confini illustrati, per investire ogni ipotesi applicativa in cui possano venire in gioco anche solo indirettamente principi o precetti di diritto nazionale *latu sensu* derivato".

<sup>60</sup> È bene osservare che, a livello sovranazionale europeo, il principio di non-discriminazione è in grado di operare anche oltre le limitazioni dell'ambito di operatività dell'art. 21 CDFUE dipendenti dalle competenze normative dell'Unione europea, in virtù del coordinamento con l'omologo art. 14 CEDU (cfr. G. VERSACI, *L'art. 14, CEDU e la sua efficacia orizzontale. Brevi appunti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2023, 275 ss.).

(massivamente) dalla globalizzazione<sup>61</sup>. Altrimenti, dato il monopolio della Corte di giustizia UE, ogniqualvolta il caso controverso, rientrante nella materia contemplata da una disposizione del diritto eurounitario derivato, abbia caratteri singolari rispetto a quelli già decisi, per ottenere l'adozione di provvedimenti adeguati alle esigenze, emergenti a livello sovranazionale, d'implementazione della civile convivenza bisognerebbe ripercorrere tutti i gradi di giudizio, fino ad arrivare alla giurisdizione suprema eurounitaria, con tempi e costi del tutto sproporzionati rispetto al valore della singola causa. Là dove, poi, l'atto autoregolamentare contrario/favorevole agli obiettivi di politica del diritto perseguiti a livello eurounitario sia estraneo alle materie specificamente previste dai regolamenti e dalle direttive vigenti, per l'attivazione di determinazioni giudiziali adeguate bisognerebbe attendere l'emanazione di nuove disposizioni normative da parte delle fonti eurounitarie. Una razionalizzazione dei tempi e costi per l'adeguamento degli atti autoregolamentari alle nuove esigenze di giustizia, emergenti a livello eurounitario, si realizzerebbe, invece, se le *rationes decidendi* modulate dalla Corte di giustizia si cristallizzassero in pochi *leading cases*. In tal modo, da un lato, senza bisogno di ulteriori rinvii pregiudiziali<sup>62</sup>, i giudici ordinari sarebbero in condizione di emanare i medesimi dispositivi, in tutte le ipotesi in cui sia necessario o opportuno attuare quegli obiettivi di politica del diritto, con tempi ridotti e costi processuali proporzionali al valore della causa. Dall'altro lato, si creerebbero i presupposti perché il giudice ordinario sviluppi i tradizionali giudizi d'illiceità, di meritevolezza e di buona fede contrattuale, conformandoli ai parametri socioeconomici fissati a livello eurounitario.

In conclusione, la motivazione giudiziale costituita dall'enunciazione di nuovi principi (ad esempio: tutela del "contraente-debole"; divieto di abuso del "contraente-forte"; proporzionalità dell'autoregolamento; adeguatezza dei rimedi; non-discriminazione; *favor participationis*; economia processuale; etc.) da bilanciare con quelli tradizionali (ad es.: libertà contrattuale; tassatività dei rimedi; corrispondenza tra fatto e pronunciato; etc.) favorisce,

---

<sup>61</sup> All'opposto, M. LUPOI, *o.l.u.c.*, ritiene che: "Dibattere e ri-dibattere un tema alla ricerca della soluzione "migliore" o più sistematica è sia uno spreco di risorse che un danno per l'intera società".

<sup>62</sup> Nel sistema processuale, la decisione di non effettuare il rinvio pregiudiziale, a queste condizioni (*i.e.* data l'esistenza di un precedente di principio), può essere motivata formalmente con il rilievo tecnico che, nel caso controverso, "la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga con una evidenza tale da non lasciare adito a nessun ragionevole dubbio" (su un simile criterio di giudizio, v. Corte di giustizia CE, 6 ottobre 1982, Causa C-283/81, Srl CILIFT e Lanificio di Gavardo Spa contro Ministero della sanità).

surrettiziamente, la configurazione di una competenza “diffusa” nell’applicazione indiretta dei principi uniformi di matrice eurounitaria. In detto procedimento, infatti, risulta cristallizzato, *pro futuro*, il principio della convivenza civile da perseguire nei rapporti socioeconomici sul territorio di tutti gli Stati-membri. In tal modo, ogniqualvolta la soluzione ordinatoria predisposta dalla Corte di giustizia UE per il caso controverso si riveli adeguata a quell’obiettivo socioeconomico, al giudice nazionale sarebbe consentito riprodurla anche nelle controversie su casi (strutturalmente) non-contigui. Soprattutto, tali parametri si prestano ad essere utilizzati dai giudici ordinari anche nei teoremi decisori delineati dalle clausole generali di diritto interno<sup>63</sup>, rappresentate, in materia contrattuale, soprattutto, dall’illiceità, dalla meritevolezza<sup>64</sup> e dalla buona fede contrattuale<sup>65</sup>. In tal modo, sarebbe consentito al giudice ordinario di motivare, in base ai principi sovranazionali di matrice eurounitaria, la decisione della vincolatività/non-vincolatività di un contratto o di singole clausole ovvero di specifici atti di cooperazione intersoggettiva tra contraenti, in materie le quali non risultino direttamente contemplate da disposizioni normative eurounitarie applicabili mediante sussunzione di una fattispecie astratta in una fattispecie concreta (*i.e.* sancite in regolamenti e direttive).

Naturalmente, sarebbe auspicabile un cambiamento, direttamente, nel *drafting* delle sentenze. Bisogna rimarcare, però, che detta pratica giudiziaria, *medio tempore*, può essere indotta, surrettiziamente, anche da un’azione mirata da parte della dottrina. Se, nella lettura delle sentenze, si facessero emergere in modo chiaro e autorevole le nuove *rationes decidendi*, i giudici ordinari potrebbero, nelle materie contemplate da regolamenti e direttive eurounitarie, considerare l’assenza di una questione interpretativa. Una tale ricostruzione consentirebbe loro, senza bisogno di continui rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia UE, d’invocare i vecchi precedenti per individuare le pretese intersoggettive azionabili nelle ipotesi di fatto, le quali risultino strutturalmente diverse ma funzionalmente contigue con il *leading case*. Inoltre, nelle materie non-contemplate da atti normativi eurounitari, i giudici nazionali disporrebbero di un “arsenale” completo di principi

---

<sup>63</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit., 147 ss.

<sup>64</sup> Sul ricorso ai principi eurounitari nell’impianto valutativo della meritevolezza contrattuale, cfr. F. MAISTO, *Per una teoria dell’osmosi tra la clausola generale della meritevolezza contrattuale e il principio costituzionale di ragionevolezza delle pretese giustiziabili*, in *Ann. SISDiC*, 2018, 129.

<sup>65</sup> Ad esempio, il principio di matrice eurounitaria del *favor participationis* viene in rilievo nelle decisioni sulla responsabilità precontrattuale della p.a. (v. F. MAISTO, *La responsabilità precontrattuale della p.a. al tempo della globalizzazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 620 ss.).

eurounitari da utilizzare per una loro applicazione indiretta per il tramite (soprattutto) delle clausole generali di diritto interno dell'illiceità, della meritevolezza e della buona fede contrattuale.

-----

*Abstract*

#### EU-CASE LAW ON FAIRNESS OF CONTRACT

Nel diritto vivente, la Corte di giustizia UE tende ad individuare i diritti e doveri dei contraenti anche attraverso teoremi decisori, i quali hanno la fisionomia di un'applicazione, indiretta o diretta, dei principi fondanti dell'Unione europea. Secondo una visione gius-realistica, simili determinazioni giudiziali sono l'epifania di una competenza del supremo giudice eurounitario a compiere un'attività formalmente e/o sostanzialmente normatrice. In prospettiva evolutiva, gli obiettivi, sociali e macroeconomici, sovranazionali imposti dalla globalizzazione richiedono che la suddetta attività decisoria sia strutturata in modo da favorire l'attivazione di un sistema giurisdizionale di applicazione "diffusa" dei principi eurounitari.

\*\*\*

*In several cases, the Court of Justice of the European Union established that a claim is enforceable by applying, indirectly or directly, the fundamental EU-principles. In this way, EU-case law works as a source of law. Considering the challenges of globalisation, the power to indirectly apply fundamental EU-principles should also be recognised to the national Courts.*

-----

**IL CONSUMATORE DI ALIMENTI TRA ADEGUATEZZA  
DELL'INFORMAZIONE E SOVRACCARICO COGNITIVO**

SONIA CARMIGNANI  
*Professore ordinario  
nell'Università di Siena*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il parametro dell'adeguatezza. – 3. Adeguatezza e sovraccarico cognitivo. Il consumatore di alimenti come figura a geometria variabile.

1. – L'evoluzione della tutela del consumatore ha visto il trasformarsi della considerazione del consumatore medesimo da mero arbitro del mercato ad individuo, titolare non solo di interessi legati al consumo, ma anche e soprattutto di diritti della persona, assoluti e non negoziabili, alla tutela della salute, alla sicurezza, alla informazione e alla conoscenza, quali strumenti necessari per consentire la esplicazione della libertà di scelta, non coartata dalle logiche del marketing ma frutto di consapevole attenzione all'atto di acquisto<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A chi volesse ricercare disposizioni specifiche a tutela del consumatore nel nostro ordinamento prima dell'intervento del legislatore comunitario, il codice civile consentirebbe di rinvenire solo norme generali di protezione. Invero, sia gli artt. 1595 c.c. e ss., sia gli artt. 1341 c.c. e ss. coinvolgono il consumatore nella disciplina della concorrenza e del contratto solo in modo indiretto e marginale. L'attenzione del legislatore è, infatti, rivolta, da un lato, a garantire la correttezza della concorrenza tra gli imprenditori, in vista del perseguimento degli interessi delle imprese medesime, e, dall'altro, ad assicurare la parità di trattamento e la giustizia del rapporto tra i contraenti, dove il contratto si pone come il prodotto ultimo della concorrenza. Nella prospettiva codicistica, nella quale il mercato è assunto come luogo degli scambi, il consumatore compare certamente come destinatario dei messaggi legati alla comunicazione simbolica e della pubblicità, rivestendo, tuttavia, il ruolo di controparte dell'imprenditore e giudice della gara concorrenziale, piuttosto che di portatore di interessi propri. In un simile contesto, la tutela è incentrata solo sul momento contrattuale, ovvero sul momento della scelta, che conclude la gara tra gli imprenditori. In quanto collocata sul versante contrattuale, la tutela è articolata intorno ai principi generali dell'affidamento e ad un sistema di protezione fondato sul rimedio successivo al verificarsi del danno. Le norme, volte a tutelare il consumatore in caso di vizi della cosa, di vizi della volontà e nell'ipotesi di risarcimento del danno subito, consegnano l'immagine di una protezione che si attiva solo in un momento successivo all'acquisto ed è diretta soprattutto a garantire la parità di trattamento tra i contraenti, piuttosto che la consapevolezza del consumatore e la corretta informazione necessaria per consentire l'effettività della scelta.

A partire dagli anni '70, l'intervento del legislatore comunitario determina l'avvio di un cambiamento nell'approccio alle esigenze del consumatore. Da una tutela individuale e successiva al contratto, si passa gradualmente ad una tutela preventiva e generale, a carattere diffuso. La tutela dell'affidamento contrattuale cede il passo ad una tutela fondata sull'affidamento del mercato, il cui funzionamento è presieduto non solo dalle regole dirette a garantire la correttezza della gara concorrenziale, ma anche dalle regole volte ad assicurare la corretta informazione ai consumatori e la sicurezza dei prodotti. Il riconoscimento giurisprudenziale che la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza evidenzia il ricorso alle tradizioni costituzionali comuni come nucleo primo per la tutela dei diritti della persona, che trova successivo ampliamento, da un lato, con la progressiva introduzione delle istanze di protezione nel Trattato e, dall'altro, con l'incorporazione tra i principi generali comunitari della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cfr. CGCE 14 maggio 1974, causa 4/73, Nold, secondo la quale i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, dei quali la Corte è garante. A tal fine la Corte è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e a tener conto dei Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo ai quali gli Stati membri hanno aderito. Nello stesso senso, con esplicito riferimento agli artt. 8, 9, 10, 11 C.E.D.U., CGCE 28 ottobre 1975, causa 36/75, *Rutili*. L'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e, con essi, dei diritti fondamentali avviene, tuttavia, come ben sottolineato dalla giurisprudenza, in una prospettiva di garanzia attivabile solo nella misura in cui diritti e libertà fondamentali risultano strumentali agli obiettivi economici del Trattato, come garanzie, cioè, proprie del corretto funzionamento del sistema comunitario. Sul punto, G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *La Costituzione europea*, Padova, 2000, 313. Cfr. CGCE 14 ottobre 2004, causa 36/02, *Omega Spielhallen*. In quest'ottica, i diritti fondamentali si affermano quali strumento costitutivo di uno spazio comune europeo funzionale alla creazione delle condizioni necessarie per la piena libera circolazione dei fattori produttivi tra gli Stati membri. Se l'atto di nascita della tutela del consumatore si rinviene nella risoluzione del 1975, di applicazione della Carta europea dei consumatori approvata dal Consiglio d'Europa nel 1973, che individua i diritti del consumatore sia negli interessi economici sia nei diritti alla salute e alla informazione, l'affermarsi di una tutela specifica e preventiva del consumatore è segnata dalle tappe scandite dall'evoluzione del diritto comunitario. All'Atto Unico Europeo del 1986, che accorda ai consumatori un livello elevato di protezione, e al Trattato di Maastricht del 1992, che prevede un apposito titolo dedicato ai consumatori, segue, nel 1997, con il Trattato di Amsterdam, l'art. 153 (ora art. 169 TFUE), in forza del quale, al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare loro un elevato livello di protezione, la Comunità europea è chiamata a tutelarne la salute, la sicurezza e gli interessi economici, a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei loro interessi, nonché a prenderne in considerazione le esigenze di tutela nella definizione delle politiche comunitarie. Negli anni '90, con il verificarsi dei noti scandali alimentari e l'emersione dell'insufficienza della clausola di salvaguardia (art. 30 TCE) per la tutela del diritto alla salute del consumatore, il catalogo dei diritti fondamentali si arricchisce sulla spinta delle esigenze di garanzia di sicurezza del

Nella focalizzazione sulla figura del consumatore, informazione e conoscenza, pur centrali nelle politiche di tutela del consumatore, hanno finito per restare in verità sullo sfondo, confluendo talora l'una nell'altra fino ad offuscarsi, smarrendo quella chiarezza di distinzione che, viceversa, corre tra le due.

In una prospettiva generale, rifacendosi a titolo meramente esemplificativo agli studi di Von Hayek<sup>2</sup>, laddove l'informazione consiste

---

consumatore in generale, e del consumatore di alimenti in particolare. Il fine è di proteggere non solo gli interessi legati al momento del consumo ma anche e soprattutto i diritti alla vita, benessere, informazione in vista di effettuare scelte consapevoli, legati al consumatore-persona, titolare di diritti non negoziabili. L'affermarsi dei diritti non negoziabili alla vita, alla salute, all'informazione, alla sicurezza se avviene in modo marcato in seguito alle emergenze alimentari, conducendo alla predisposizione, con il Reg. n. 178/2002, di un regime di sicurezza degli alimenti, non esula però dal contesto e dal rapporto di funzionalità con le esigenze del libero mercato. Invero, la libera circolazione di alimenti sani e sicuri è considerato un aspetto fondamentale del mercato interno, che può essere realizzato solo se i requisiti di sicurezza degli alimenti e dei mangimi non presentano differenze significative tra Stati membri. La presenza di diversità di concetti, principi e procedure tra Stati è suscettibile di determinare la creazione di condizioni di concorrenza non omogenee, incidendo direttamente sul funzionamento del mercato interno. I diritti del consumatore alla salute, al benessere, all'informazione, alla sicurezza svolgono il ruolo di complemento indispensabile dello spazio unico europeo, strumenti necessari per la realizzazione del mercato unico. Con il Trattato di Lisbona, l'art. 6 TUE riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, alla quale è attribuito il medesimo valore giuridico dei Trattati. Il Preambolo della Carta fonda l'Unione sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, ponendo la persona al centro dell'azione istituzionale. L'art. 6 TUE, comma 2, sancisce inoltre l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nel Trattato e l'adesione alla CEDU segnano una tappa evolutiva dell'ordinamento europeo, che include tra i suoi compiti ora quello di garantire i diritti fondamentali non tanto e non solo in funzione del mercato interno, quanto piuttosto come finalità autonoma, che si affianca, e non più in funzione servente, alle garanzie da assicurare al libero mercato.

Così, se la tutela dei diritti della persona si è affermata parallelamente alla costruzione del mercato comune europeo, il Trattato di Lisbona sembra aprire una prospettiva diversa, nella quale il sistema assunto dal legislatore europeo è un sistema insieme concorrenziale e solidaristico. La persona, la tutela dell'individuo in quanto tale e la solidarietà sono i valori sui quali si fonda la nuova Unione europea. Sul punto, mi permetto di rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, a S. CARMIGNANI, *La tutela del consumatore nel Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. agr.*, 2010, 290 ss.

<sup>2</sup> F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1986.

nella messa a disposizione di un insieme di dati ed esiste, come fatto oggettivo, indipendentemente da chi la possa utilizzare, la conoscenza è la capacità di scoprire opportunità, non già accumulando dati in modo da colmare il gap informazionale, quanto, piuttosto, rielaborando, aggregando, utilizzando i dati. Mentre l'informazione è statica, computazionale, confrontabile, la conoscenza è uno strumento operativo che non può essere calcolata e misurata, perché la sua caratteristica consiste nel trasformare i dati preesistenti<sup>3</sup>.

L'informazione riguarda in ugual misura il consumatore quale soggetto economico, controparte del produttore, e quale persona, titolare del diritto fondamentale ad essere informato ai fini della consapevolezza della scelta, come espressione della dignità dell'individuo e come strumento per la tutela della salute. In questa prospettiva, il profilo oggettivo della messa a disposizione dei dati dovrebbe trovare epilogo nella consapevolezza della scelta come prodotto della conoscenza del consumatore, ovvero come risultato della elaborazione delle informazioni ricevute, piuttosto che come risultato di una mera presa d'atto

Viceversa, il connubio tra informazione e conoscenza sembra sfumare nelle previsioni normative, a vantaggio di una prospettiva informativa ritenuta tanto più garantista e soddisfacente tanto più quantitativamente orientata.

Si pensi al Reg. UE n. 1161/2011, che, allo scopo di ottenere un elevato livello di tutela della salute dei consumatori e assicurare il loro diritto all'informazione, stabilisce le norme sull'etichettatura, tenuto conto che le scelte dei consumatori possono essere influenzate, tra l'altro, da considerazioni di natura sanitaria, economica, ambientale, sociale ed etica. In questa direzione, la completezza delle informazioni obbligatorie, la non ingannevolezza delle informazioni volontarie, la leggibilità delle informazioni in etichetta, se delineano il perimetro della responsabilità dell'operatore alimentare, che deve assicurare, ai sensi dell'art. 8 del Reg. UE n. 1169/2011, la presenza e l'esattezza delle informazioni sugli alimenti, marcano al tempo stesso il contenuto del diritto all'informazione del consumatore.

Si pensi al Reg. (CE) n. 1925/2006 sugli alimenti funzionali e alle informazioni che i produttori debbono apporre in etichetta. Si pensi, ancora, al Reg. 1830/2003, recante, tra l'altro, l'etichettatura obbligatoria di alimenti realizzati da organismi geneticamente modificati, o, ancora, all'etichettatura volta a segnalare al consumatore la qualità territoriale di un alimento, o la

---

<sup>3</sup> S. FIORI, *Conoscenza e informazione* in F.A. Von Hayek, in *Quaderni di ricerca n. 84*, Università degli Studi di Ancona, Dipartimento di Economia, 1996, 2.

sua origine o le sue caratteristiche connesse al processo produttivo, come nel caso del prodotto biologico. O si rivolga l'attenzione alla Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'attestazione e sulla comunicazione delle asserzioni ambientali esplicite del 22 marzo 2023, dove l'informazione dovuta ai consumatori si colora di obblighi imposti alle imprese di attestare, tramite il ricorso a specifici professionisti, le asserzioni ambientali esplicite. L'attestazione deve tenere conto degli approcci scientifici riconosciuti a livello internazionale per individuare e misurare gli impatti ambientali, gli aspetti ambientali e le prestazioni ambientali dei prodotti, in modo da offrire al consumatore informazioni attendibili e trasparenti<sup>4</sup>.

Il legislatore europeo ritiene, dunque, tutelato il diritto all'informazione imponendo l'obbligo all'operatore alimentare di trasmettere una determinata quantità di dati, funzionali a partecipare il consumatore delle caratteristiche del prodotto, ritenuti adeguati, nella articolazione delle informazioni obbligatorie e facoltative, a consentire una scelta consapevole.

---

<sup>4</sup> In particolare, l'attestazione deve precisare se l'asserzione si riferisce all'intero prodotto, a una parte di un prodotto o a determinati aspetti di un prodotto; se è fondata su prove scientifiche ampiamente riconosciute; se dimostra che gli impatti ambientali, gli aspetti ambientali o le prestazioni ambientali oggetto dell'asserzione sono significativi dal punto di vista del ciclo di vita del prodotto, il quale deve offrire risultati significativamente migliori rispetto ai prodotti del gruppo di prodotti interessato: e sempre che il miglioramento in termini di impatto ambientale non comporti un danno significativo con riguardo ai cambiamenti climatici, al consumo di risorse, alla protezione delle risorse idriche e marine e della biodiversità e al benessere degli animali. Ovviamente, è richiesto che l'asserzione ambientale non sia equivalente a obblighi di legge. Gli obblighi di attestazione delle informazioni ambientali si affiancano ad obblighi di comunicazione.

Le informazioni sul prodotto dell'asserzione ambientale esplicita e sull'attestazione devono infatti essere messe a disposizione insieme all'asserzione in forma fisica o sotto forma di link, codice QR o equivalente e comprendere, tra l'altro, gli studi o i calcoli utilizzati per valutare, misurare e monitorare gli impatti ambientali, gli aspetti ambientali o le prestazioni ambientali oggetto dell'asserzione, senza ometterne i risultati, insieme ad una breve spiegazione del modo in cui sono stati conseguiti i miglioramenti oggetto dell'asserzione ed al certificato di conformità relativo all'attestazione dell'asserzione. È, inoltre, istituito un controllo sull'operato dei professionisti che attestano le informazioni ambientali ad opera di organismi terzi, i c.d. verificatori, accreditati a norma del Reg. n. 765/2008, incaricati di valutare la conformità alla direttiva dell'asserzione ambientale. Meccanismo complesso, quello disegnato dal legislatore europeo, che non è destinato a trovare definitiva chiusura. È, infatti, previsto che le informazioni utilizzate per attestare le asserzioni ambientali esplicite siano riesaminate e aggiornate dai professionisti se si verificano circostanze che possono incidere sull'esattezza di un'asserzione e in ogni caso entro cinque anni dalla data in cui sono fornite le informazioni.

Invero, l'obiettivo di garantire il diritto all'informazione è perseguito dal legislatore individuando nell'adeguatezza dell'informazione il parametro di legittimità della comunicazione commerciale. La prevenzione di azioni ingannevoli o di omissioni di informazioni, che possono indurre il consumatore in errore sulle caratteristiche dell'alimento, è diretta a impostare le relazioni tra produttori e acquirenti sulla piattaforma della necessaria consapevolezza del consumatore nella scelta, assicurata dall'obbligo imposto ai produttori di trasmettere dati, con equivalenza tra adeguatezza e completezza dei dati forniti.

Sul presupposto che l'informazione quantitativa possa compensare la posizione di debolezza del consumatore.

2. – Giova, infatti, al riguardo, evidenziare che l'adeguatezza dell'informazione costituisce un criterio di valutazione della legittimità della comunicazione commerciale rivolta ad una categoria generale ed attratta di consumatori, compendiabile nella figura del consumatore medio<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Per una riconsiderazione della genericità del consumatore medio, con riferimento al consumatore di prodotti finanziari, Corte Giustizia 10 giugno 2021, da C-776/19 a C-782/19, BNP Paribas Personal Finance, secondo le quali, e con riferimento al consumatore di prodotti finanziari, nell'ambito di un contratto di mutuo espresso in valuta estera che esponga il consumatore a un rischio di cambio, pur se la trasparenza della comunicazione deve essere parametrata sul consumatore medio, non può soddisfare il requisito di trasparenza la comunicazione a tale consumatore di informazioni, anche numerose, se queste ultime sono fondate sull'ipotesi che la parità tra la moneta di conto e la moneta di pagamento rimarrà stabile per tutta la durata del contratto in parola. Ciò vale in particolare quando il consumatore non è stato avvertito dal professionista del contesto economico che può avere ripercussioni sulle variazioni dei tassi di cambio, cosicché il consumatore non è stato messo in grado di comprendere *concretamente* le conseguenze potenzialmente gravi, che possono derivare dalla sottoscrizione di un mutuo espresso in valuta estera, sulla sua situazione finanziaria.

In C-301/23, Domanda di pronuncia pregiudiziale, 10 maggio 2023, Banca BPH, il giudice del rinvio si interroga, inoltre, su come debba essere inteso l'onere della banca di adempiere all'obbligo informativo nei confronti di "un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto". L'adozione di un modello di consumatore astratto significherebbe che la portata delle informazioni fornite dalla banca in relazione a un determinato contratto dovrebbe essere sempre la stessa, indipendentemente da chi sia il consumatore determinato che stipula il contratto. L'adozione di un approccio che tenga conto delle caratteristiche individuali del consumatore rende invece necessario adattare il contenuto e la forma delle informazioni fornite ad una persona specifica. Il vantaggio di tale approccio è quello di garantire che gli obblighi di informazione a carico dei professionisti siano realmente adattati alle esigenze effettive dei consumatori.

Il consumatore è assunto come soggetto debole del mercato, la cui asimmetria informativa nei confronti del produttore deve essere colmata, e ciò tanto più quando l'indistinto consumatore medio si colora di concretezza nella determinazione della reazione, nei confronti della comunicazione simbolica, di soggetti particolarmente e per motivi diversi fragili, con abbassamento dell'esigibilità della condotta di attenzione e di informazione da parte del consumatore medesimo<sup>6</sup>.

La posizione di debolezza è fattore determinante nella identificazione della decettività del messaggio e elemento di selezione di una fattispecie di consumatore, medio o particolarmente vulnerabile, con riferimento al quale le situazioni individuali, siano esse riconducibili alla medietà statistica piuttosto che a fattori fisici, materiali, psicologici, rileva non di per sé, ma in relazione alla controparte commerciale, in tanto in quanto incide sulla dialettica contrattuale, accentuando lo squilibrio tra le parti.

Sia che ci si rivolga al consumatore medio piuttosto che al consumatore particolarmente fragile, la necessità dell'adeguatezza dell'informazione funzionale alla scelta consapevole rimanda, dunque, ad un contesto protettivo nei confronti della controparte commerciale, nel quale il consumatore è assunto come soggetto da tutelare all'interno di una dinamica di mercato sulla quale il consumatore sembrerebbe non poter incidere in modo pretensivo, ma solo agire in difesa dei propri diritti ed interessi<sup>7</sup>.

Non sfugge a questa logica la Nuova Agenda dei Consumatori del 13 novembre 2020<sup>8</sup>, che, evidenziando come gli strumenti della politica dei

---

<sup>6</sup> L'art. 20, comma 3, del Codice del Consumo prevede che il giudizio di ingannevolezza sia condotto tenuto conto di consumatori particolarmente vulnerabili a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità Cfr. A. SACCOMANNI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella Direttiva 2005/29/CE*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. MINERVINI – L. ROSSI CARLEO, Milano, 2007, *passim*; A. P. SCARSO, *Il contraente debole*, Torino, 2006, *passim*; N. LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 8; L. SPOSINI, *Dal consumatore medio alla razionalità limitata nella Direttiva n. 29/2005 CE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 787.

<sup>7</sup> Infatti, sia pur incrinata, la categoria del consumatore continua a delinearsi un in contesto di protezione nei confronti della controparte commerciale, ora come mediamente informato ed avveduto, ora come vulnerabile ed influenzabile causa fattori psicologici, fisici, culturali, dunque un consumatore ora generale e astratto, ora profilato ma pur sempre in una logica di squilibrio contrattuale più o meno accentuata. Sul punto, mi permetto di rinviare a S. CARMIGNANI, *Sulla persistente validità del consumatore medio*, in *Diritto agroalim.* n. 3-2020, 693 ss.

<sup>8</sup> M. GIORGIANNI, *Un viaggio nella storia delle guide al consumo in cerca della nuova veste "responsabile" dei consumatori*, in *Politica del diritto*, 2021, 359 ss.; E. CRISTIANI, *La sostenibilità ambientale delle filiere agro-alimentari*, in *Riv. dir. agr.*, n. 1-2021, 1, 54 ss.; S.

consumatori tutelano tutti i consumatori nei loro rapporti con gli operatori professionali, si fonda sulla presunzione che i consumatori siano in genere la parte più debole di un'operazione e che, di conseguenza, la loro salute, la loro sicurezza e i loro interessi economici debbano essere tutelati.

In questa prospettiva, il consumatore, nella sua ricostruzione secondo un criterio di medietà statistica o di debolezza, riceve specifica e capillare attenzione dal legislatore europeo, il quale predispone un apparato informativo articolato e complesso, riferito alle caratteristiche degli alimenti, alle loro qualità nutrizionali, all'origine, ai metodi di produzione, all'impatto ambientale.

Gli obiettivi di protezione incidono sul parametro dell'adeguatezza dell'informazione, arricchendola con l'incremento della quantità delle informazioni messe a disposizione del consumatore, creando un ventaglio sempre più complesso di notizie e dati che dalla sicurezza alimentare e dalla qualità della produzione arrivano alla sostenibilità ambientale del prodotto.

È istituito, cioè, un sistema informativo al centro del quale il consumatore mediamente informato e ragionevolmente avveduto, così come il consumatore particolarmente fragile, dovrebbe trovare solido appiglio e conforto per effettuare scelte consapevoli, utilizzando i numerosi dati messi a disposizione per elaborare scelte di acquisto autonome e non eterodirette dal marketing.

3. – Tuttavia, la decisione consapevole presuppone non solo la disponibilità dell'informazione, ma anche l'elaborazione del patrimonio conoscitivo fornito. Fondare la protezione del consumatore su un sistema informativo statico e computazionale, significa delineare un modello, che il legislatore vuole protettivo, meramente formale, nel quale i dati ci sono e sono in grande quantità, evitando però l'interrogativo se l'informazione di dati sia suscettibile di tradursi in elaborazione, aggregazione, utilizzo, dunque conoscenza dei dati stessi.

Il rischio è quello di confondere l'informazione con la conoscenza, che "equivale al "volgare errore" – come direbbe Baltasar Grada" – di confondere il mezzo con il fine, di credere che sia qualitativo ciò che è soltanto quantitativo, di pensare che possedere qualcosa equivale ad esserlo. In conclusione, si tratta dell'errore primordiale di confondere il modo di essere delle persone con il modo di essere delle cose"<sup>9</sup>.

---

BOLOGNINI, *Il consumatore nel mercato agro-alimentare europeo fra scelte di acquisto consapevoli e scelte di acquisto sostenibili*, in *Riv. dir. agr.*, n. 4-2019, 1, 615 ss.

<sup>9</sup> A. LLANO, *Cos'è la società della conoscenza?*, in *Spirito Accademico*, 2000, 84.

Sia pur nei parametri stabiliti dal legislatore, l'articolabilità delle informazioni, con le loro valenze non solo tecniche ma anche emotive, sono nuclei di condensazione di costumi, credenze, pratiche produttive, idee religiose, morali, intellettuali<sup>10</sup>, come esplicitamente il Reg. UE n. 1169/2011 premette nei considerando alla disciplina della comunicazione. L'intero spazio culturale del consumatore è suscettibile di riflettersi sulle articolazioni delle informazioni apposte sugli alimenti

Nella tensione normativa verso l'iper-protezione, il consumatore rischia però di smarrirsi, immerso in un labirinto informativo fra informazioni obbligatorie, informazioni volontarie, informazioni nutrizionali e salutistiche, informazioni sui processi produttivi, informazioni sull'origine e sulla tracciabilità, informazioni sull'uso di biotecnologie, informazioni etiche, informazioni ambientali.

Le istanze di tutela di un soggetto ritenuto in ogni caso bisognoso di protezione nel mercato finiscono per gravare il consumatore di un sovraccarico cognitivo, dove la ricchezza di informazioni non produce sicurezza di una scelta consapevole ma rischia di generare povertà di attenzione<sup>11</sup>.

Il consumatore, cioè, esposto ad un'ampia gamma di alternative, può trovarsi in difficoltà nel valutare le opzioni in modo efficace e prendere una decisione soddisfacente. Questa sovrabbondanza di scelte può causare una sorta di paralisi decisionale, in cui il consumatore si sente sopraffatto dal numero di informazioni.

La quantità di dati messi a disposizione sugli alimenti, strutturati per favorire una scelta consapevole, finiscono per tradire la finalità originaria, divenendo fattore di confusione nella scelta<sup>12</sup> più che di consapevolezza.

Inoltre, per il consumatore può diventare difficile valutare tutte le opzioni e confrontarle in modo significativo, percepire gli elementi oggetto di scelta in maniera ottimale, soprattutto quando gli stimoli o i prodotti sono creati come stimoli ad hoc, definiti – *super stimoli* –, capaci di catturare la nostra attenzione attraverso un uso ottimale di colori e forme<sup>13</sup>.

In definitiva, parafrasando Barry Schwartz<sup>14</sup>, l'ampiezza delle informazioni fornite al consumatore per consentirgli di effettuare una scelta

---

<sup>10</sup> Cfr. T. DE MAURO, *Il valore delle parole*, Treccani, 2021, 200.

<sup>11</sup> H. A. SIMON, *Il labirinto dell'attenzione*, Feltrinelli, 2019.

<sup>12</sup> Cfr. G. LUGLI *Troppo scelta: Difficoltà e fatica dell'acquistare*, Apogeo, 2012.

<sup>13</sup> A. BORTOLOTTI, L. CANNITO, S. ANZANI, R. PALUMBO, *The promise of color in marketing: use, applications, tips and neuromarketing*. *Cultura e Scienza del Colore-Color Culture and Science*, 2023, 76-85.

<sup>14</sup> B. SCHWARTZ, *The Paradox of Choice*, Shortcut Ed., 2004

consapevole non è il trionfo della libertà del consumatore ma, viceversa, dell'abbassamento della sua soglia di attenzione.

In un simile contesto, guardare con disincanto al mondo dell'informazione significa rivolgersi con altrettanto disincanto alla configurazione del consumatore.

L'anatomia del consumatore nella società dell'informazione e della conoscenza reclama di giustapporre la nozione di consumatore con quella di informazione, al fine di verificarne le reciproche implicazioni.

A fronte della tensione normativa di fornire informazioni adeguate, il consumatore si trova a dover decodificare e assimilare una quantità di dati in relazione ai quali per lo più pone un livello di attenzione medio, normale e di ragionevolezza<sup>15</sup>, in una prospettiva di consumatore indifferenziato e generico, nella quale alcuna valenza assumono le capacità di giudizio, i metodi di acquisto, la cultura di base, le abitudini alimentari<sup>16</sup>.

Nella indifferenziata categoria del consumatore medio rientrano soggetti mediamente attenti, affatto attenti, soggetti il cui livello di attenzione può essere focalizzato solo su alcuni e più immediatamente percepibili dei dati proposti, operando, nel sovraccarico cognitivo, una selezione immediata dei dati di interesse, quali il prezzo ad esempio, o smarrendosi nel labirinto informativo e finendo per affidare la scelta di acquisto alle suggestioni del marketing.

Di fronte ad un sovraccarico cognitivo, l'informazione rischia di finire per essere una mera presa d'atto da parte di un consumatore che si sottrae all'analisi compiuta dei dati forniti, ponendo al materiale informativo una attenzione talora media, talora sommaria, dove l'adeguatezza della quantità delle informazioni, formalmente diretta a colmare un gap informativo tra produttore e consumatore, si traduce in una trasmissione di dati ad un soggetto, la cui "medietà" di attenzione diventa "medietà" di selezione dei prodotti, che transita da scorciatoie cognitive e non da piena consapevolezza.

Se la costruzione del modello informativo è parametrato sulla categoria del consumatore medio, con attenzione al consumatore vulnerabile di cui all'art. 20, comma 3, Codice del Consumo, il modello informativo rimanda ad una figura di consumatore ora generale e astratto, ora profilato, ma comunque disegnato in una logica di squilibrio contrattuale più o meno accentuata.

---

<sup>15</sup> Con riferimento alla figura del consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente avveduto, per tutti, in giurisprudenza, Corte di Giustizia, 16 luglio 1998, C-210/96, in *Rass.*, I, 4657

<sup>16</sup> Cfr. App. Bologna, 26 ottobre 2000, in *Dir. ind.*, 2001, 247.

Squilibrio, giova aggiungere, che maggiormente rischia di acuire il senso di smarrimento in un circuito informativo ricco, forse troppo, e che rischia di far transitare la mole delle informazioni nel limbo della parziale se non totale irrilevanza

A ben vedere, tuttavia, quello che *prima facie* appare come un monolite è destinato ad affacciarsi su scenari altamente differenziali, laddove il consumatore esca dalla indistinta massa per proporsi come soggetto attento non solo alle informazioni, quanto rivolto ad acquisire da quelle stesse informazioni adeguata conoscenza, soggetto non mero destinatario delle comunicazioni dei produttori ma parte attiva del mercato, in posizione dialettica e pretensiva nei confronti della controparte commerciale.

In tale direzione il Reg. n. 1169/2011, sulla premessa che l'Unione Europea deve contribuire ad assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori, prevede che, per ottenere un elevato livello della tutela della salute ed assicurare il diritto all'informazione, occorre tenere in considerazione che le scelte di consumo possono essere influenzate, tra l'altro, come sopra già ricordato, da fattori non solo sanitari ed economici, ma anche ambientali, sociali ed etici.

Se la determinante sanitaria vale ad identificare il consumatore come soggetto consapevole in ordine agli aspetti nutrizionali e alle ricadute sulla salute e sicurezza degli alimenti, le determinanti ambientali, sociali ed etiche rimandano ad una figura di consumatore con capacità di elaborare, aggregare, valutare i dati oggetto di informazione, con scelte di acquisto non "subite", ma filtrate dalla piena conoscenza del prodotto.

Il consumatore consapevole è colui che è attento al rapporto tra alimentazione e salute, tra alimentazione e tutela ambientale, tra alimentazione e ricadute etiche e sociali della produzione. Per questo motivo, la soglia di attenzione, lungi dal disperdersi nel labirinto informativo, appare alta, valicando la normalità e la medietà dell'avvedutezza, per collocarsi su un livello più elevato, nel quale le informazioni sul prodotto sono filtrate dalla piena conoscenza del prodotto medesimo, come rispondente o meno alle aspettative e ai bisogni individuali.

Nel modello informativo predisposto dal legislatore a protezione del consumatore, la presa d'atto dei dati forniti, riconducibile in linea teorica generale alla figura del consumatore medio, si trasforma in conoscenza con la elaborazione dello storytelling commerciale da parte del singolo individuo, che cerca nel prodotto la proiezione del suo stile di vita e delle sue scelte etiche e sociali.

La conoscenza del prodotto rimanda, però, ad un consumatore non appiattito sulla medietà statistica o sulla debolezza da gap informativo, ma

ad un consumatore evoluto, per il quale la informazione sul prodotto diventa strumento di valutazione dell'adeguatezza del prodotto medesimo al proprio life style, in una sorta di interiorizzazione della scelta alimentare diretta a soddisfare non solo i bisogni primari non inducibili ma ad assolvere alle tensioni esistenziali e alle scelte di vita dell'individuo.

L'attenzione alla produzione ecocompatibile lega il prodotto all'ambiente e alla sostenibilità. L'organizzazione aziendale e del lavoro, indifferente a fini nutrizionali, diventa rilevante in opzioni di acquisto vale ad evitare sfruttamento di manodopera. L'assetto strategico di un'impresa agroalimentare non è determinante ai fini del contenuto del prodotto in termini di grassi, zuccheri e nutrienti, ma lo è in forza del peso specifico che il consumatore attribuisce ad un prodotto proveniente da un'impresa socialmente responsabile.

Si va delineando, cioè, una figura di consumatore che usa l'informazione come strumento di conoscenza perché attento alle ricadute delle scelte di consumo sull'ambiente, sul benessere degli animali, sugli aspetti sociali ed etici del vivere sociale.

Se il consumatore consapevole si delinea come colui che adotta processi cognitivi non oscurati da sensazioni o percezioni nelle risposte comportamentali di acquisto, il consumatore che emerge è un soggetto affatto appiattito sulla medietà statistica o sulla condizione di fragilità derivante dalle asimmetrie informative, ma un soggetto molto informato ed attento a che i comportamenti di consumo costituiscano un atto non egoistico, con ricaduta, dunque, nella sfera strettamente individuale, ma un atto sociale, capace di restituire alla collettività la propria sensibilità e le proprie scelte di vita.

In questa direzione, ed avendo specifico riguardo alla protezione ambientale, la c.d. Direttiva greenwashing delinea una figura di consumatore molto informato e molto avveduto, parte attiva del processo di transizione ecologica.

Rivolgendosi al consumatore come soggetto da "responsabilizzare", la Direttiva spoglia il consumatore dal ruolo di mera controparte commerciale, per diventare ausiliario del legislatore, strumento esecutivo delle politiche di transizione ecologica.

La responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde considera un'ampia varietà di pratiche, prodotti e metodi di vendita con un approccio generalizzato, che riguarda le caratteristiche del prodotto, le azioni ingannevoli e le pratiche commerciali sleali, individuando nel consumatore un soggetto non tanto e non solo da proteggere contro la decettività dei messaggi green, quanto e sempre più come un soggetto proattivo, capace con i propri comportamenti di consumo di orientare il

mercato, profilandolo come consumatore evoluto, capace di fungere da agente di cambiamento, indirizzando, con le scelte di consumo, le strategie imprenditoriali.

In questa prospettiva, il consumatore non è solo soggetto influenzato dal mercato, ma soggetto influenzante, dotato di empowerment tale da selezionare i modelli produttivi vincenti sul mercato, assumendo un atteggiamento proattivo e pretensivo nei confronti della controparte commerciale di prodotti “verdi”.

È al consumatore agente di cambiamento e non già ad un consumatore fragile o mediamente informato che si rivolge la Direttiva, facendone la leva degli obiettivi della sostenibilità e della transizione ecologica. L’azione dei consumatori attenti, informati, socialmente responsabili è capace di supportare la politica green rivolta alle imprese, agendo sul versante del mercato, non consumatori -bersaglio ma consumatori attivi nella costruzione di processi di gestione della transizione ecologica di stampo collaborativo.

La Direttiva, così come il Reg. n. 1169/2011, suggeriscono un approccio al consumatore protagonista del mercato, non mero fruitore passivo, un soggetto al centro dell’esperienza di acquisto, che è in grado di dominare e non di esserne dominato.

Un simile consumatore si delinea laddove, affatto smarrito nel labirinto del sovraccarico cognitivo, metabolizza, rielabora, valuta le informazioni, trasformandole in conoscenza, valicando la linea di confine che dalla presa d’atto dei dati conduce alla piena consapevolezza e, di conseguenza, ad agire sul mercato come soggetto orientante la produzione medesima.

Nello storytelling commerciale, il nuovo consumatore è protagonista ed influencer, parte di gruppi di consumatori che condividono lo stesso sentire e gli stessi modelli di vita, capace a sua volta di trasmettere ad altri consumatori i medesimi modelli.

Parafrasando Thackeray<sup>17</sup>, se misurato con lo standard del consumatore medio lo storytelling commerciale è un romanzo senza eroe, nel caso del nuovo consumatore, molto attento, consapevole, informato, sensibile il romanzo non sembra più destinato ad essere scritto dalla controparte commerciale ma imposto e reclamato dal consumatore, divenuto eroe, o comunque, primo attore del nuovo tempo dei consumi.

-----

*Abstract*

**THE FOOD CONSUMER BETWEEN INFORMATION ADEQUACY AND  
COGNITIVE OVERLOAD**

---

<sup>17</sup> W. THACKERAY, *La fiera delle vanità*, Longanesi, 1968.

Le esigenze di tutela del consumatore di alimenti dirette a garantire una scelta consapevole hanno condotto a delineare un sistema informativo che, per assicurare l'adeguatezza e la completezza dell'informazione, rischia di tradursi in un sovraccarico cognitivo, nel quale se il consumatore c.d. medio o il consumatore debole finisce per smarrirsi, vanificando gli obiettivi di tutela, determina però anche l'emersione di un nuovo consumatore consapevole e protagonista del mercato.

\*\*\*

*The needs of food consumer protection aimed at guaranteeing an informed choice have led to the outline of an information system which, to ensure the adequacy and completeness of the information, risks resulting in a cognitive overload, in which if the consumer the average or weak consumer ends up getting lost, frustrating the protection objectives, but also determines the emergence of a new aware consumer and protagonist of the market.*

-----

## DIREITO DE/AO ACESSO NUMA PERSPECTIVA INTERNACIONAL-PRIVATISTA

GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO  
*Professor Titular nell'Università di San Paolo*

SUMÁRIO: 1. Introdução. – 2. Aspectos de Direito Internacional Privado e sua função. – 3. Conflitos de Jurisdição. – 4. Conflitos de leis no espaço. – 5. Considerações finais.

1. – Não poderia haver melhor encaixe que abordar o direito de acesso entre público e privado que por meio do direito internacional privado, uma disciplina que é dicotômica por natureza, já que não pertence ao direito privado, mas sim ao direito público, que não é internacional, mas interna e, para alguns, não é sequer direito, mas um simples método.

Além disso, por se tratar de uma disciplina que se debruça sobre os problemas vinculados ao estabelecimento de limites para o exercício de uma jurisdição nacional e sobre a determinação da lei a ser aplicada para o deslinde de mérito da demanda, o Direito Internacional Privado se presta à abordagem do acesso como algo instrumental e, também, como algo substancial. Daí a leve provocação colocada pelo título de minha fala: “Direito de/ao acesso”

2. – Minha concepção a respeito da internacionalidade da disciplina pode ser assim sumariada: o Direito Internacional Privado é a disciplina que contempla um sofisticado método para se lidar com as diferenças entre os ordenamentos jurídicos nacionais e que interessa àquelas relações jurídicas que se internacionalizam, no sentido de serem situações nas quais estão presentes elementos nacionais, isto é, elementos da estrutura da relação jurídica que se vinculam ao ordenamento jurídico do foro, e, também, elementos estrangeiros, ou seja, elementos estruturais da mesma relação jurídica que se vinculam a ordenamentos jurídicos estranhos ao foro em que a relação é analisada – por isso, estrangeiros.

Insta, não obstante, firmar posição a respeito do conjunto de relações jurídicas que, quando se internacionalizam, acabam sob a alçada do método de determinação da lei aplicável. E neste particular, creio que o Direito Internacional Privado tem de se ocupar tanto das relações regidas por normas de direito privado como daquelas que se subsumem a normas de direito público, ainda que quanto a estas últimas, as circunstâncias acabem muitas vezes determinando a incidência da lei material do foro.

Adiro, assim, a uma visão objetiva do Direito Internacional Privado, que se caracteriza pela persecução de objetivos bastante diferenciados, por meio de normas com funções específicas e que são estatuídas para regular estes objetos. Dessa forma, a disciplina é, assim como o direito intertemporal, um direito de atuação prévia e que poderia ser aplicado essencialmente a todos os casos juridicamente relevantes, mas que não o é por uma razão de economia.

Com efeito, casos em que os elementos da relação jurídica estejam vinculados exclusivamente a um Estado, estarão, obrigatória e logicamente, vinculados a este ordenamento, sendo desnecessária a submissão do caso a este direito de atuação prévia, posto que a remissão possível seria única, ou seja, uma remissão ao direito material do foro. Por outro lado, em situações de Direito Público, se a remissão será essencialmente uma remissão *lexforista*, dados os interesses predominantes, isto não infirma a circunstância de se estar diante de uma relação plurilocalizada, não se devendo, assim, afastar de modo apriorístico a submissão ao direito dos conflitos<sup>1</sup>. Haverá circunstâncias em que, eventualmente, a norma de conflitos poderá levar à incidência de uma norma estrangeira, cujo conteúdo será interpretado e aplicado à luz da ordem pública do foro.

Nesse sentido, estou em posição alinhada com aquela que é adotada por Klaus Vogel, Paolo Picone e Rui Moura Ramos quando este último afirma que o Direito Internacional Privado “poderia ser considerado um meta-direito, uma meta-linguagem jurídica, uma vez que as suas normas, ao definirem a aplicação das normas materiais, apareceriam necessariamente como estruturalmente superiores às regras cujo âmbito de actuação determinam”<sup>2</sup>.

E isto vale tanto para relações privadas como para relações públicas que não recaiam, pelo viés de sua internacionalidade, no âmbito de atuação do Direito Internacional Público, que regula as relações entre sujeitos das Relações Públicas Internacionais, como são os Estados e as Organizações Internacionais. Quanto aos primeiros, todavia, apenas quando agem como entidade soberana, praticando atos de império. Seus atos de gestão, ainda

---

<sup>1</sup> Tais aspectos são criticados por CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*, v. I. 15.ed. Granada: Comares, 2014, 7. Para estes autores, o Direito Internacional Privado só deveria se ocupar das relações privadas internacionais (2).

<sup>2</sup> R.M.G. DE MOURA RAMOS, *Da lei aplicável ao contrato internacional de trabalho*. Coimbra, 1990, 275.

que regidos pelo Direito Público material, encontram-se sob a influência do Direito Internacional Privado<sup>3</sup>.

Neste sentido, e em suma, o Privado, no âmbito do Direito Internacional Privado está presente por razões tradicionais e estatísticas. Trata-se de uma referência afeta à denominação da disciplina, que cuida de casos plurilocalizados. Estes, tornam-se mais relevantes e numerosos quando atingem interesses privados. Mas isto não ilide a incidência da disciplina, de seu método e de seus institutos também em situações que envolvam interesses públicos.

Além disso, as normas da disciplina, de fontes internas ou internacionais, guardam a natureza jurídica de normas de Direito Público. Esta afirmação não impede, não obstante, que se reconheça um espaço para a autonomia privada de natureza tipicamente conflitual seja na escolha da jurisdição que será acessada instrumentalmente, seja na escolha da lei aplicável, enquanto mecanismo substancial de acesso à justiça.

3. – Se a situação jurídica de que se ocupa o Direito Internacional Privado é consensualmente aceita como sendo a relação jurídica plurilocalizada, isto é, aquela situação que apresenta elementos vinculados a mais do que uma ordem normativa estatal e se, por outro lado, problemas decorrentes destas relações precisam da intervenção do Estado (seja o Estado-juiz, o Estado-administração ou algum particular por delegação de funções como é o caso das serventias extrajudiciais – que tem as funções delegadas por ato direto do Estado – e, em certa medida, também dos árbitros – cujas funções defluem da escolha das partes, mas que são essencialmente jurisdicionais<sup>4</sup>), torna-se inegável haver uma projeção das relações jurídicas plurilocalizadas sobre a atividade jurisdicional em sentido amplo.

Lembram Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, que o Estado desempenha uma função jurídica que se manifesta por duas formas distintas: a legislação, ou seja, o ato de normatizar as relações sociais e a jurisdição, por meio da qual “cuida o Estado de buscar a realização prática

---

<sup>3</sup> Veja-se, em certo sentido, J.A. PIMENTA BUENO, *Direito Internacional Privado e aplicação de seus princípios com referência às leis particulares do Brasil*, Rio de Janeiro, 1863, 12-13.

<sup>4</sup> Com o que se procura derrubar uma das críticas de W. Goldschmidt, *Sistema y Filosofía del Derecho internacional privado*, I, Barcelona, 1948, 82, à teoria bipartite anglo-saxônica. Por outro lado, D. BUREAU – H. MUIR-WATT, *Droit International Privé*, I, 3<sup>a</sup> ed., Paris, 2014, 31, fazem menção a conflito de jurisdições e de autoridades. Creio que a distinção que faço no texto entre jurisdição em sentido amplo e atividade judicial (jurisdição em sentido estrito) é suficiente para justificar minha posição.

daquelas normas em caso de conflito entre pessoas (...). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país”<sup>5</sup>. Mas se as situações sobre as quais incide a jurisdição (nesse sentido amplo) apresentam ao menos um elemento de estraneidade, cabe ressaltar que a aplicação quer do direito positivo nacional, do foro, quer a incidência do direito estrangeiro decorrerão de uma determinação do legislador dos conflitos de leis no espaço que é o legislador nacional<sup>6</sup>.

Assim, quando o Direito Internacional Privado menciona sua eventual preocupação com os conflitos de jurisdição, enquanto seu potencial objeto, a disciplina está a se referir à possibilidade de que os Estados vinculados ao caso concreto possam, além da intenção de ver aplicada sua legislação material, desejar também que se verifique o exercício de sua própria jurisdição<sup>7</sup>. Este último desejo poderá ser construído de maneira excludente ou concorrente.

Ao definir as circunstâncias que justificam o exercício obrigatório ou facultativo de sua jurisdição, os legisladores internos dos Estados lançam mão de normas que não deixam de se qualificar como regras de conflito<sup>8</sup>.

Além disso, a expressão conflito de jurisdições é capaz de abarcar, segundo me parece, as circunstâncias relacionadas com o reconhecimento e a execução de decisões que, tomadas em jurisdições estrangeiras, guardam pertinência com a jurisdição do foro e que devam produzir parte ou a totalidade de seus efeitos<sup>9</sup> naquele foro para o qual forem trasladadas.

Em verdade, muitas são as circunstâncias em que o manejo de uma iniciativa perante a jurisdição de um Estado ‘X’ acabe dependendo do reconhecimento e da execução no foro brasileiro ou italiano ou vice-versa. De fato, quando os Estados desenham a competência de sua jurisdição, eles levam em consideração uma série de fatores variados e que nem sempre

---

<sup>5</sup> A.C. DE ARAÚJO CINTRA – A. PELLEGRINI GRINOVER – C.R. DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 25ª ed., São Paulo, 2009, 44.

<sup>6</sup> Certamente que os processualistas citados na nota anterior estavam preocupados com a realidade do processo eminentemente nacional ao mencionarem a “prevalência do direito positivo do país”. Mas ainda que assim seja, o texto demonstra que o raciocínio vale também para a jurisdição que toma em consideração os casos plurilocalizados e que os decide com recurso ao direito estrangeiro, por determinação do direito positivo do país.

<sup>7</sup> Para uma análise da jurisdição em sentido estrito, veja-se o conceito apresentado por C. TIBURCIO, *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016, 21-24.

<sup>8</sup> Assim, A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, I, Coimbra, 2000, 70.

<sup>9</sup> No mesmo sentido, D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit International Privé*, cit., 31.

dizem respeito direto com a executoriedade da decisão naquele foro ou alhures. E mesmo quando a parte autora toma esse aspecto em consideração e decide – ante hipótese de competências concorrentes – propor a medida no Estado em que a parte demandada tem seu patrimônio, nada obsta que, posteriormente e por razões as mais variadas, o patrimônio da parte demandada se esvazie naquela jurisdição, mas permaneça hígida em outra.

Em tais casos, o traslado das decisões é uma medida que se impõe e que “está ao serviço dos mesmos valores – tal como o DIP, entendido como direito de conflitos, ele visa fundamentalmente garantir a estabilidade e a continuidade das situações da vida jurídica dos indivíduos”<sup>10</sup>, mesmo quando estas se mobilizam, se movimentam no espaço, alterando sua posição geográfica.

Os legisladores nacionais sabem que exercem um dos Poderes inerentes à soberania e que o Estado se comporta, nas relações que mantém com entidades internacionais, com pleno atendimento ao princípio da igualdade soberana dos Estados (*par in parem non habet imperium* ou *judicium*).

Daí a afirmação que os legisladores não se dirigem à autoridade estrangeira impedindo-a, proibindo-a de decidir. A atribuição de competência às autoridades estrangeiras cabe ao legislador estrangeiro, que a avocará se entender que seus magistrados e demais autoridades se encontram em condições de bem desempenhar tal competência, ampliando, assim, as possibilidades de acesso aos sistemas jurisdicionais de tomada de decisão pelas partes nas relações plurilocalizadas.

Por outro lado, ao avocar as competências que o legislador nacional considera que suas autoridades são capazes de desempenhar, a verdade é que os legisladores deixam de avocar outras competências e, nesse sentido, estabelecem limites ao exercício da jurisdição daquele Estado, limitando, conseqüentemente, o acesso àquele sistema de justiça. É, claramente, o caso das relações eminentemente estrangeiras, sem vínculo algum com a jurisdição do foro.

O que se enquadra nestes limites poderá ser levado, ali, à decisão, com recurso àquela jurisdição, que fará aplicar o direito material designado por suas próprias regras de conflito.

Usualmente os legisladores estabelecem competências para suas próprias autoridades, nada dizendo sobre o exercício eventual da mesma competência por julgadores estrangeiros, considerados por seus legisladores como competentes para conhecer da mesma causa. Assim agindo, tais

---

<sup>10</sup> FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*. Coimbra: Almedina, 2000, 70.

legisladores criam hipóteses de competência concorrente entre diversos julgadores e o fazem, no mais das vezes, de modo não intencional.

Os magistrados, por serem parcelas do Poder do Estado (Poder Judiciário), e por não disporem de competência para representar o Estado externamente (prerrogativa do Chefe de Estado), exercem suas funções sem levar em conta a eventual competência concorrente de homólogos estrangeiros, o que fatalmente leva à possibilidade de que a mesma ação seja proposta, concomitantemente, em mais de um Estado (foro) ou que a parte escolha o melhor foro dentre todos os competentes (*forum shopping*) a partir de uma série de fatores (lei aplicável, tempo processual, custas etc.) que serão analisados em breve.

Outras vezes – em situações muito limitadas – o legislador desenha a competência jurisdicional e estabelece que serão desempenhadas com exclusão de quaisquer outras competências de jurisdições estrangeiras. Nesses casos, o legislador constrói as chamadas competências exclusivas de sua jurisdição.

No entanto, seria exagerada e contrária à igualdade dos Estados uma eventual posição do legislador de uma nação que tendesse a distribuir competências judiciárias entre os cerca de 200 Estados soberanos existentes no mundo. Não havendo autoridade capaz de distribuir competências, o que ocorre é a avocação das competências por parte dos legisladores nacionais para que os judiciários locais as desempenhem.

Ao determinar que a competência é de uma jurisdição, com exclusão de qualquer outra, é preciso esclarecer que o legislador se dirige não ao julgador estrangeiro, para o proibir de atuar, mas, sim, ao órgão local que funciona como autoridade competente para homologar decisões estrangeiras, determinando a esta autoridade que se abstenha de reconhecer decisões proferidas alhures em situações consideradas como exclusivas das autoridades daquele Estado. Quer dizer: o acesso à jurisdição estrangeira, possível à luz das regras locais, será ineficaz naquele Estado onde se pretende alcançar efeitos, se este último tiver alguma exclusividade na questão. Nestes casos, o exercício de acesso acaba sendo forçado, pelas circunstâncias, para ocorrer naquele local.

Por outro lado, no cenário das competências concorrentes se estabelece a possibilidade de as partes construírem uma estratégia processual eficiente que tome em consideração o espaço para se decidir onde propor a ação (*forum shopping*), ponderando múltiplos fatores e consequências, inclusive na tentativa de antever a eventual estratégia contraposta a ser adotada (se eficiente) pelo *ex adverso*.

Uma estratégia processual eficiente<sup>11</sup> para a defesa dos interesses da parte em uma situação plurilocalizada exigiria do advogado que avaliasse pelo menos sete fatores que serão aqui discutidos. Trata-se de uma apreciação bastante complexa e permeada por infinitas variáveis que podem influenciar, decisivamente, na opção pela propositura da ação em uma ou outra das jurisdições concorrentemente competentes, como também na possibilidade de se apor em contrato uma cláusula de eleição de foro competente.

A primeira análise requerida nos casos de situações jurídicas plurilocalizadas é o de averiguar se a situação, tal qual constituída e geograficamente posicionada, autoriza propositura de eventual ação judicial perante quais jurisdições. Por outras palavras, quais as jurisdições acessíveis àquele caso.

Regras clássicas de avocação de competência costumam indicar elementos como o domicílio do réu (enquanto parte na relação jurídica), o local de constituição da relação jurídica (enquanto liame), o local da situação do objeto da relação (se bem que, muitas vezes, essa competência possa vir construída prevendo a exclusão de quaisquer outras), o local previsto para o cumprimento do pactuado pelas partes e o local em que ocorre certo fato que fundamente o pedido formulado em juízo (princípio da causalidade), bem como o local em que praticado certo ato que sirva também ou alternativamente de fundamento para o pedido. Tais elementos, vinculados à relação jurídica enquanto realidade juridicamente decomposta, costumam aparecer como causas alternativas para a possibilidade de se mover uma demanda naquela jurisdição.

Ocorre que, muitas vezes, não são utilizados todos esses elementos como fatores de atração da competência numa mesma e única jurisdição. Torna-se, assim, necessário esquadrihar, a partir da constituição geográfica do caso concreto, quais as jurisdições competentes e a que título ou títulos se estabelecem essas competências.

A análise sugerida exigiria do intérprete que verificasse as regras de atribuição de competência internacional de ao menos dois Estados. Todavia, tal número poderia aumentar a depender de tantos quantos fossem os Estados interessados na questão, vale dizer, do número de Estados presentes na relação concreta sob análise. Tudo para verificar se o acesso àquele sistema de justiça estaria resguardado pelo legislador local.

---

<sup>11</sup> A respeito, veja-se, com maiores detalhes, MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Concorrência das Jurisdições Nacionais e Inteligência Artificial: entre *Forum shopping* e *lawfare*. In: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; LOULA, Maria Rosa (Organizadores). *Direito Internacional e Comparado: homenagem aos 70 anos do Professor Catedrático Rui Manuel Moura Ramos*, v. I. São Paulo: Quartier Latin, 2021, 265-281.

Outro fator de extrema relevância (o segundo) para ser averiguado é o da determinação da lei aplicável segundo as regras de conflito de todas as jurisdições que se deem por competentes para o conhecimento e julgamento de ações judiciais atinentes à relação jurídica plurilocalizada em tela. Mais ao final deste estudo vou apresentar algumas considerações a esse respeito à luz do direito ao acesso a uma justiça qualificada nas situações plurilocalizadas.

Considerando o resultado material potencial de uma demanda proposta em dado foro (terceiro fator) à luz da lei aplicável, pode-se estabelecer uma escala que vai da procedência, representada pela satisfação de 100% dos interesses do autor, à improcedência, quando 0% de seus interesses encontrariam guarida no direito aplicável, passando por arranjos jurídico-materiais outros em que a procedência parcial pode encontrar enorme variação consoante os ditames do direito material aplicável, inclusive no que concerne à concessão ou não de eventuais pedidos cumulados ou alternativos.

Em um cenário como esse, é preciso ponderar se vale a pena perseguir um resultado material mais satisfatório, apostando naquela jurisdição que, consoante sua regra de conflitos, aplicaria o direito material cujas normas atenderiam de forma integral a pretensão formulada pelo autor. E isso porque, considerando outros fatores aqui cogitados, uma estratégia como essa pode levar o réu na ação proposta em primeiro lugar a interpor ação em jurisdição diversa e na qual obtenha uma decisão que, considerada a possibilidade de ser integralmente condenado no primeiro foro, se mostre minimamente favorável a seus interesses. Seria, por exemplo, o caso de, não havendo jurisdição onde fosse provável obter um provimento de natureza declaratória negativa da existência do direito alegado pelo autor na primeira jurisdição, decidir o réu movimentar aquela outra em que não seria condenado a pagar 100% do crédito alegado, mas tão só 50% desse montante, consignando o pagamento de tal valor.

O fator tempo (quarto critério) é, nessa engrenagem, algo essencial. Com efeito, só faz sentido para o réu mover outra demanda em outra jurisdição se houver probabilidade de obter o provimento jurisdicional a tempo de impedir a continuidade da demanda proposta pelo autor no primeiro foro provocado.

E caso o autor pudesse prever tais reações potenciais do réu, talvez tivesse preferido propor sua demanda em uma jurisdição outra que não aquela que garantia 100% de sua pretensão, mas cujo resultado só seria possível alcançar depois de longo tempo. Assim, uma outra jurisdição mais célere poderia ter sido a escolhida desde logo pelo autor, mormente se esta

garantisse a satisfação, ainda que parcial de sua pretensão, mas em montante superior a 50%, para continuar no mesmo exemplo.

A efetividade da prestação jurisdicional depende da conjugação de certos e relevantes fatores. De nada adianta uma jurisdição essencialmente célere, por exemplo, se não se resguardar a ampla defesa e o contraditório como mecanismos que permitam ao magistrado aceder à convicção necessária para a tomada da decisão que lhe fora requerida. O mesmo se pode dizer relativamente à garantia do duplo grau de jurisdição como mecanismo organizado de revisão decisória para se evitar decisões arbitrárias ou desarrazoadas.

Não obstante, a busca da celeridade não pode prescindir nem do contraditório e da ampla defesa nem do duplo grau de jurisdição, porquanto se uma decisão estrangeira for tomada sem a observância desses valores, a decisão poderá não ser reconhecida naquelas jurisdições onde a ausência de tais garantias enseja ofensa à ordem pública processual do foro onde se busca a homologação.

Nesse sentido, o tempo médio para se obter uma decisão de mérito em processo que garanta a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição deve ser tomado em consideração na verificação de quais as jurisdições potenciais para a discussão de casos plurilocalizados.

Tanto quanto o direito material aplicável e o resultado que ele produzirá na análise de mérito, o tempo para a obtenção dessa decisão mostra-se relevante, para não dizer que seja mesmo essencial.

Outro fator (o quinto) que deve ser levado em conta é a jurisdição mais bem posicionada para a produção dos *efeitos* da decisão visada. Vale dizer, é preciso considerar onde os efeitos práticos da decisão que vier a ser obtida deverão ser produzidos.

Por vezes, esse local será único, como é o caso de réu em ação condenatória que disponha de patrimônio apto a garantir o débito situado em uma única jurisdição. Nesse caso, não havendo o cumprimento espontâneo do *decisum*, será necessário buscar medidas constritivas de tal patrimônio para a satisfação integral ou parcial do débito (a depender do montante patrimonial e do valor da dívida), o que, normalmente, só é possível alcançar naquela jurisdição em que o patrimônio esteja localizado.

E sempre que viável, fazer coincidir o juízo para a ação de conhecimento e para a fase de execução, representa considerável economia de tempo e de recursos. A conjugação entre o foro de conhecimento e o de execução visa uma efetividade acrescida, pois evita a necessidade de homologação de uma decisão estrangeira proferida no processo de conhecimento no foro de execução, poupando tempo e recursos para a parte que teve seus direitos reconhecidos pelo órgão julgador.

Outro fator a considerar (o sexto), mormente nos casos em que não seja viável ou recomendável a coincidência entre o foro de conhecimento e o foro de execução é o da necessidade efetiva de se homologar as decisões estrangeiras.

Com efeito, há ordenamentos jurídicos nos quais certos tipos de decisões são desde logo dispensadas de homologação por ato unilateral do próprio Estado que admite executar a decisão estrangeira independentemente de uma decisão em juízo de deliberação. Outra possibilidade é a de que acordos bilaterais ou multilaterais aos quais aquele Estado esteja vinculado dispensem certas decisões tomadas em outro Estado contratante de homologação naquele juízo, garantindo-se o *exequatur* automático daquele conteúdo decisório.

Nesse sentido, mapear as redes de cooperação jurídica internacional ou os atos unilaterais de certos e determinados Estados em matéria de homologação de decisões estrangeiras mostra-se um fator relevante para contribuir na tomada de decisão relativa à estratégia processual a ser adotada.

Por fim, outro fator de grande relevância (o sétimo) diz respeito aos custos médios para a utilização do sistema de justiça (custas, honorários sucumbenciais, taxas, necessidade de formação de cartas rogatórias ou mecanismos de auxílio direto para citação ou obtenção de provas no estrangeiro) seja no que concerne à propositura de ação de conhecimento, de homologação da decisão estrangeira no foro de execução e com a execução propriamente dita.

Verificados tais fatores, a decisão de qual sistema de justiça a acessar demonstrará uma tendência de obtenção de justiça – por meio do acesso – naquele/àquele sistema de justiça.

4. – Vimos há pouco que um dos fatores relevantes para se decidir, diante de uma situação plurilocalizada, qual o sistema de justiça a aceder seja justamente o modo pelo qual ele resolve um conflito de leis no espaço.

Os diversos grupos populacionais, as diversas sociedades, forjam suas próprias culturas ao mesmo tempo em que se sentem a ela vinculadas. São, ainda, por elas influenciadas, sendo este o significado de tradição. Trata-se, como afirma Rodolfo Sacco, de uma diversidade que decorre dos diferentes percursos vividos pelos diferentes agregados humanos. É isto o que explica a diversidade cultural e, não, o *estágio de evolução* em que se encontram os povos, como se uns tivessem vencido certas etapas que outros ainda não

enfrentaram<sup>12</sup>. A diversidade de culturas, ademais, dá espaço a variadas formas de reação ante a diferença<sup>13</sup>.

E se o Direito “não resulta da natureza; não provém dos fatos; [sendo forma de] manifestação cultural, da inteligência, do sentimento”<sup>14</sup> não é preciso muito esforço hermenêutico para se compreender o espaço que o Direito Internacional Privado pode desempenhar na coordenação destas culturas em geral e das culturas jurídicas em particular.

Mas o contexto só se completa quando se considera, também, o papel que as Constituições das diversas nações têm na formação da ordem jurídica respectiva. Livre, o constituinte inaugura, funda, estabelece, concebe o Direito daquele povo, mas não o faz de modo completamente desapegado da cultura daquela comunidade; antes, tem por hábito seguir os costumes daquela nação, com o que pretende a adesão voluntária da maioria aos ditames normativos. Sem a identificação com a cultura e os costumes, a lei tende a se degenerar num ato de tirania, como afirmara já Montesquieu<sup>15</sup>.

As múltiplas culturas são, assim, as responsáveis por gerar diferentes direitos materiais, mas também, múltiplos direitos de conflitos.

Existe entre as leis potencialmente aplicáveis uma “vocação concorrente” para apreender as situa es plurilocalizadas, já que excluem da lei do foro uma certa “voca o natural para fornecer a soluço do litígio”<sup>16</sup>, embora a lei selecionada possa vir a ser justamente a lei material do foro.

A d vida a respeito do direito a aplicar nasce,   certo, da percep o de que todos eles sejam potencialmente aplicáveis. Mas   inegável que a d vida nasce também da consciência de que se torna inviável a aplica o concomitante de todos estes direitos para regularem os mesmos aspectos que demandam interven o. Nesta concep o, basta a concorrência abstrata entre as leis para se justificar a incidência das regras de conflito.

Uma outra concep o, todavia, toma em considera o a circunstância de que, entre si, os direitos de voca o concorrente apresentam certas particularidades materiais, ou seja, vinculadas ao conteúdo do direito material, que podem ser mais ou menos profundas ou que podem se

---

<sup>12</sup> SACCO, Rodolfo. *Antropologia jurídica: contribui o para uma macro-história do Direito* [Antropologia giuridica]. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 43.

<sup>13</sup> SACCO, Rodolfo. *Antropologia jurídica: contribui o para uma macro-história do Direito* [Antropologia giuridica]. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2013, 63.

<sup>14</sup> CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, 15.

<sup>15</sup> Como lembra SABADELL, Ana L cia. *Manual de Sociologia Jurídica: introdu o a uma leitura externa do direito*. 7.ed., 3. tir. São Paulo: RT, 2017, 35-36.

<sup>16</sup> D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit International Privé, I*, cit., 28 s.

apresentar com maior ou menor amplitude. Nesta concepção, a relevância de se proceder à determinação de um dentre os direitos interessados em regular a questão encontra seu fundamento ora na soberania dos Estados interessados em regular a relação jurídica concreta<sup>17</sup>, ora na intenção de se evitar uma situação contraditória para os jurisdicionados envolvidos no caso considerado. Seja em uma ou noutra destas concepções antagônicas quanto ao objetivo subjacente (o que se liga ao interesse dos Estados ou o que se apegam aos interesses dos particulares), o que se busca é dar certo protagonismo a um dos direitos presentes e considerados também a partir de suas diferenças substantivas para que este regule materialmente as questões subjacentes e as que sejam delas decorrentes<sup>18</sup>.

Não é muito difícil perceber que três atitudes distintas podem ser elaboradas pelas autoridades de cada uma das nações para a resolução dos conflitos de leis no espaço: pode-se, com efeito, fazer prevalecer um ambiente de desconfiança, de neutralidade ou de confiança recíproca entre as nações, gerando, respectivamente, ambientes de dúvida, liberdade e segurança para as partes numa situação internacional.

Quando se constrói um espaço de desconfiança, com o manejo de estratégias de predomínio de um grupamento nacional e de seu direito sobre os demais, sobressaem naturalmente os interesses do Estado em fazer valer a sua própria regulamentação normativa. Pode-se alcançar este objetivo tanto com o manejo de estratégias territorialistas desarrazoadas quanto com estratégias de indicação de elementos de conexão que fazem identificar a sede da relação jurídica no foro daquela autoridade nacional (com predomínio da indicação *lexforista* da lei aplicável). É, certamente, a estratégia presente no pensamento de D'Argentrè, dos estatutários holandeses, de Story e de Mancini, como é a estratégia dos Estados que, em suas legislações nacionais de resolução de conflitos normativos no espaço fizeram recair a aplicabilidade sobre a lei nacional, do foro. Em tal contexto, os sujeitos da relação privada internacional podem sofrer, por vezes, reveses na constância normativa de sua relação, pois a vocação *lexforista* daquele sistema acarreta – com maior intensidade que as demais possibilidades a seguir analisadas – a mudança potencial da lei aplicável à situação entre eles vivenciada.

Um espaço de neutralidade, por sua vez, parece privilegiar a convicção de que as culturas são abstratamente equivalentes e que sua expressão por meio do direito representa uma de muitas regulamentações materiais

---

<sup>17</sup> Veja-se crítica que se aplica a esta concepção em D. MOURA VICENTE, *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, 63 ss.

<sup>18</sup> D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit International Privé*, I, cit., 30 s.

possíveis, com o que a incidência desta ou daquela lei para a regência de uma situação plurilocalizada é, em princípio, indiferente, neutra. E se é neutra, não é o interesse material do Estado, nem seu interesse em regular os conflitos de leis no espaço que deve necessariamente prevalecer. Nestes termos, se qualquer das leis é, neutramente, uma lei potencialmente aplicável, a possibilidade de as partes optarem implícita ou explicitamente pela incidência desta ou daquela lei é, para um Direito Internacional Privado assim forjado, uma possibilidade a mais e uma possibilidade que privilegia a liberdade das partes. Quando se escrutina o raciocínio seguido por Dumoulin ou Savigny, parecem ser estes os valores que tais autores tomaram em consideração.

Por outro lado, um espaço de confiança recíproca parece estar presente na lógica operada pelos mecanismos de estabelecimento conjunto e coordenado de soluções supranacionais, sejam tais soluções dependentes da confirmação da vontade dos Estados (num certo voluntarismo típico do Direito Internacional Público e da construção coordenada de fontes normativas comuns), sejam as soluções que se impõem aos Estados de um espaço de integração por determinação das entidades resultantes do compartilhamento de soberania (de que o Direito Internacional Privado da União Europeia é um exemplo).

A diversidade de hábitos culturais, assim, tem como consequência relevante a diversidade normativa, e por essa razão pode-se afirmar existirem dificuldades bastante intensas na apropriação de um ordenamento estrangeiro com o intuito de o aplicar no foro. Isto porque é preciso reconhecer que normalmente o analista de um sistema jurídico é alguém vinculado à cultura jurídica estudada, impregnado por seus hábitos e acostumado àquele modo de se encarar as questões juridicamente relevantes<sup>19</sup>.

5. – Mas como tudo isso guarda relação com acesso à justiça? Substancialmente, estabelecendo-se mecanismos de tomada de decisão pelas autoridades com base na lei mais bem posicionada, ou seja, daquela lei que presumida (quando a regra de conflitos determina) ou explicitamente (quando as partes escolheram) as partes levaram em consideração para se relacionarem e como se relacionarem, tem-se um verdadeiro modo de acesso à justiça. Obviamente, a decisão jamais satisfará ambas as partes na demanda. Para tanto, o sistema decisório em duplo grau de jurisdição é suficiente para que o vencido, na medida de sua sucumbência, possa

---

<sup>19</sup> Para uma diferenciação entre cultura e civilização em antropologia, veja-se P. DESCOLA, *Par-delà nature et culture*. [S.l.] 2005, 140 s.

continuar sua busca pela justiça subjetiva. Mas a circunstância de as partes terem uma decisão tomada com a subsunção do direito mais bem posicionado à regência de sua relação jurídica satisfaz um acesso objetivo e substancial à justiça, por meio do Direito Internacional Privado, sendo esse o objetivo da disciplina que aprendi a amar.

-----

*Abstract*

**RIGHT OF/TO ACCESS IN THE INTERNATIONAL-PRIVATE  
PERSPECTIVE**

Di fronte a situazioni plurilocalizzate, il diritto internazionale privato può svolgere un duplice ruolo per quanto riguarda l'accesso alla giustizia, stabilendo talvolta un diritto di accesso e talvolta un diritto di accesso alla giustizia. Discute anche cosa si intende per giustizia nell'ambito della disciplina e come tali diritti sono collegati agli oggetti tipici di questo ramo del diritto: conflitti di giurisdizione e conflitti di legge nello spazio.

\*\*\*

*Faced with plurilocalized situations, Private International Law can play a dual role with regard to access to justice, sometimes establishing a right of access and sometimes a right to access justice. It also discusses what is meant by justice within the scope of the discipline and how such rights are related to the typical objects of this branch of law: conflicts of jurisdiction and conflicts of law.*

-----

**TUTELA ANTICIPATORIA TRA ISCRIZIONE, CANCELLAZIONE E  
RIDUZIONE DELL'IPOTECA GIUDIZIALE**

CRISTINA ASPRELLA  
*Professore associato*  
*nell'Università di Roma "Niccolò Cusano"*

SOMMARIO: 1. Tutela anticipatoria e iscrizione di ipoteca giudiziale: la delimitazione dell'analisi – 2. Iscrizione dell'ipoteca giudiziale con provvedimento d'urgenza alla luce della giurisprudenza. – 3. La cancellazione dell'iscrizione ipotecaria. – 4. Il dibattito sull'utilizzabilità del provvedimento anticipatorio tra iscrizione e riduzione e conclusioni.

1. – Con riferimento ai provvedimenti cautelari anticipatori e al loro regime di strumentalità attenuata o debole rispetto al giudizio di merito, sorge il dubbio se essi possano ritenersi titoli idonei per l'iscrizione di ipoteca giudiziale<sup>1</sup>. Il punto di partenza è l'esame della norma dell'art. 2818, comma 1, c.c. secondo cui ogni sentenza che porta condanna al pagamento di una somma o all'adempimento di altra obbligazione ovvero al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente è titolo per iscrivere ipoteca sui beni del debitore; l'art. 2818, comma 2, c.c. a sua volta prevede che lo stesso ha luogo per gli altri provvedimenti giudiziali ai quali la legge attribuisce tale effetto. Specularmente l'art. 2884 c.c. stabilisce che "la cancellazione deve essere eseguita dal conservatore quando è ordinata con sentenza passata in giudicato o con altro provvedimento definitivo emesso dalle autorità competenti". La lettera dell'ultima norma richiamata pare univoca nel consentire la cancellazione dell'iscrizione di ipoteca giudiziale solo con provvedimento definitivo del giudice, caratteristica che non può

---

<sup>1</sup> Per l'analisi della possibilità di ordinare la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale con un provvedimento d'urgenza sia consentito il rinvio a C. ASPRELLA, *Provvedimento d'urgenza e ordine di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale*, in *Il processo*, 2023, 807 e ss. Sul tema della natura costitutiva della cancellazione ipotecaria si veda G. BALENA, *Brevi note sulla "stabilità" dell'ipoteca giudiziale*, in *Foro it.*, 1996, I, 2140 e ss.; A. RONCO, *Distonie tra cautele processuali ed extraprocessuali: in tema di restrizione e cancellazione di ipoteca*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 305 e ss. Di recente il tema è stato analizzato da A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *I provvedimenti d'urgenza*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2016, 273 e ss. nonché A. PANZAROLA, *I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti cautelari*, a cura di A. Carratta, Bologna, 2013, 849 e ss.

predicarsi con riferimento ai provvedimenti cautelari, sia pur anticipatori e quindi, in certo qual modo, non “ancorati” dalla strumentalità forte con il giudizio di merito<sup>2</sup>, ma che rimangono caratterizzati da una perdurante provvisorietà che li rende per natura incompatibili con la specifica previsione dell’art. 2884 c.c., tanto più che la tutela della parte che abbia subito una iscrizione ipotecaria ingiusta può essere garantita dalla responsabilità aggravata per lite temeraria, ai sensi dell’art. 96, co. 2, c.p.c.<sup>3</sup>

2. – La questione si è variamente posta in giurisprudenza anche di recente, originando dalla trascrizione con riserva effettuata presso la Conservatoria di Roma dell’iscrizione ipotecaria in forza di un provvedimento cautelare anticipatorio. La parte beneficiaria aveva infatti chiesto l’iscrizione ipotecaria in questione sulla base dell’ordinanza cautelare, ma il Conservatore aveva obiettato che il provvedimento cautelare non potrebbe essere considerato titolo idoneo per l’iscrizione ipotecaria ai sensi del richiamato art. 2818 c.c. Il beneficiario aveva proposto reclamo rigettato dal Tribunale di Roma per la motivazione che “l’ordinanza cautelare invocata come titolo per l’iscrizione non rientra tra le ipotesi tassativamente previste dal legislatore donde non può essere fatta valere per conseguire l’iscrizione di ipoteca giudiziale”<sup>4</sup>. La pronuncia del magistrato capitolino in questione si era collegata a quanto affermato dalla Corte di Cassazione con riferimento al provvedimento presidenziale di cui all’art. 708 c.p.c. Infatti, la giurisprudenza di legittimità aveva, in precedenza, affermato che, in tema di ipoteca giudiziale, l’art. 2818, comma 2, c.c. costituisce una norma di rimando, richiedendo che la legge specifichi tassativamente i provvedimenti, diversi dalla sentenza, che abbiano il medesimo effetto di

---

<sup>2</sup> La norma dell’art. 2882 c.c. relativa alla cancellazione su consenso delle parti interessate, secondo cui la cancellazione consentita dalle parti interessate deve essere eseguita dal conservatore a seguito della presentazione dell’atto che contiene il consenso del creditore. Autorevole storico e interprete ha sempre negato che tramite un provvedimento d’urgenza si possa ordinare la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale ma anche della iscrizione ipotecaria, anche soltanto sulla base del dato testuale delle norme richiamate nel testo che richiedono specificamente una sentenza passata in giudicato o comunque un provvedimento definitivo: V. ANDRIOLI, *Commento al cod. proc. civ.*, vol. IV, 3° ed., Napoli, 1964, 264.

<sup>3</sup> In questo senso con ulteriori riferimenti si rinvia a A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d’urgenza*, cit., 283 e ss. Gli AA., cui si rinvia, specificano che, semmai, un ruolo può riconoscersi al provvedimento d’urgenza ove si acceda alla distinzione tra iscrizione ipotecaria “ingiusta” e iscrizione totalmente “illegittima” così consentendosi la cancellazione con provvedimento d’urgenza ove l’iscrizione ipotecaria sia stata effettuata con un atto che la legge non considera idoneo presupposto della stessa.

<sup>4</sup> Trib. Roma 22 maggio 2019, in *www.fiscooggi.it*.

consentire l'iscrizione dell'ipoteca. Tra questi provvedimenti non è, dunque, inclusa l'ordinanza di cui all'art. 708, commi 3 e 4, c.p.c., alla quale l'art. 189 disp. att. c.p.c. si limita ad attribuire efficacia esecutiva anche dopo l'estinzione del processo, ma non attribuisce l'effetto di costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale<sup>5</sup>. Il principio secondo cui unicamente la legge può attribuire l'efficacia di titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ad un determinato provvedimento non era nuovo poiché già affermato con riferimento all'art. 655 c.p.c. dalla Corte Costituzionale. La Consulta, infatti, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'allora vigente art. 148, comma 3, c.c., nella parte in cui non prevedeva che il decreto ivi contemplato costituisse titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, aveva affermato che la norma censurata, nella parte concernente il decreto ingiuntivo per il pagamento delle somme destinate al mantenimento della prole è una norma composita, sicché se il decreto è emesso nei confronti dell'obbligato inadempiente (genitore o ascendente), segue le regole proprie del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo ed è perciò titolo idoneo all'iscrizione di ipoteca giudiziale, mentre, se il decreto medesimo è emesso nei confronti del terzo debitore dell'obbligato inadempiente, ragionevolmente costituisce titolo esecutivo ma non è titolo idoneo all'iscrizione di ipoteca giudiziale sui beni del terzo<sup>6</sup>. Da notare che l'art. 148 c.c. è stato sostituito dall'art. 4 del d.lgs. n. 154/2013 e attualmente si compone di un unico comma; tuttavia il testo originario dell'abrogato comma 3 è replicato nell'attuale art. 316-bis, comma 3, c.c., a cui lo stesso art. 148 c.c. fa riferimento. Secondo il Tribunale di Roma, rispetto all'inidoneità del provvedimento cautelare anticipatorio a costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale l'art. 2818, comma 2, c.c. costituisce una norma di richiamo e richiede che la legge indichi tassativamente i provvedimenti, a parte le sentenze, che costituiscono titolo per l'iscrizione di ipoteca

---

<sup>5</sup> Cass., sez. I, ord. 25 novembre 2000, n. 1100 che ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 708, co. 3 e 4, c.p.c. per contrasto con gli artt. 3 e 30 Cost., nella parte in cui non prevedono che i provvedimenti dati dal presidente del tribunale o quelli successivi di revoca o modifica resi dal giudice istruttore costituiscano titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ex art. 2818 c.c. La sentenza è pubblicata su *Corriere giur.*, 2001, 3, 339, con nota di F. DANOVÌ, *All'esame della Consulta la questione dell'iscrivibilità di ipoteca giudiziale in forza di ordinanza ex art. 708 c.p.c.*

<sup>6</sup> Corte cost., 14 giugno 2002 n. 236, in *Giur. it.*, 2002, 2010 nonché in *Corr. Giur.*, 2002, 11, 1435, con nota di F. DANOVÌ, *Decreto ex art. 148 c.c. e ipoteca giudiziale: una tutela "soggettivamente" differenziata*, secondo cui non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 148, 3° co., c.c. nella parte in cui non prevede che il decreto ivi contemplato costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, ex art. 2818 c.c.

giudiziale e tra questi provvedimenti non è incluso il provvedimento cautelare né anticipatorio né conservativo.

A fronte di tale diniego, la parte beneficiaria del provvedimento proponeva reclamo di fronte alla Corte d'Appello di Roma, rilevando che, rispetto ai provvedimenti anticipatori, poiché acquistano una stabilità pari ad una sentenza, sarebbe irrilevante il *nomen iuris* che la legge attribuisce al provvedimento e dovrebbero essere *de plano* ricompresi nel novero dei provvedimenti che sono titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale<sup>7</sup>. La Corte d'Appello di Roma, rigettando il reclamo, confermava la pronuncia del Tribunale di Roma, affermando tra i provvedimenti che consentono l'iscrizione di ipoteca giudiziale non rientra l'ordinanza che conclude il procedimento cautelare, nemmeno se esso sia anticipatorio e quindi soggetto ad un regime di strumentalità attenuata rispetto al giudizio di merito, perché la norma dell'art. 2818, comma 2, c.c. richiede che la legge indichi tassativamente i documenti diversi dalle sentenze che costituiscono titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale<sup>8</sup>. Secondo il giudice distrettuale, questa idoneità manca per i provvedimenti cautelari perché per essi non vi è alcuna norma di legge che disponga la loro idoneità all'iscrizione di ipoteca giudiziale; né – specifica la Corte territoriale – il provvedimento cautelare anticipatorio può essere parificato ad una sentenza perché non ha mai attitudine ad acquisire la stabilità della cosa giudicata. Nella motivazione, la Corte d'Appello di Roma rinvia ad un precedente di legittimità relativo all'efficacia dei provvedimenti possessori; la giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva, infatti, precisato che i provvedimenti possessori, pur restando efficaci indipendentemente dall'instaurazione del giudizio di merito in applicazione dell'art. 669-*octies*, ultimo comma, c.p.c., sono idonei ad acquisire efficacia di giudicato, non avendo carattere decisorio, come le misure cautelari per le quali opera questa disposizione e stante l'omesso richiamo, compiuto, invece, per altre ipotesi di procedimenti a cognizione sommaria, agli effetti di cui all'art. 2909 c.c.<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Ancora Trib. Roma 22 maggio 2019, cit.

<sup>8</sup> App. Roma 22 giugno 2020, massimata in [www.fiscooggi.it](http://www.fiscooggi.it), 24 giugno 2020, con commento di S. TIROLONGO.

<sup>9</sup> Cass., sez. II, 3 ottobre 2016, n. 19720, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), secondo cui i provvedimenti possessori, pur restando efficaci indipendentemente dall'instaurazione del giudizio di merito in applicazione dell'art. 669-*octies*, ult. co., c.p.c., sono idonei ad acquisire efficacia di giudicato, non avendo carattere decisorio, come le misure cautelari per le quali opera la disposizione, e stante l'omesso richiamo, compiuto, invece per le altre ipotesi di procedimenti a cognizione sommaria, agli effetti di cui all'art. 2909 c.c.

Ne deriva, condivisibilmente con la richiamata giurisprudenza, che il provvedimento cautelare, di qualsiasi specie, sia anticipatorio che conservativo, non è titolo idoneo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale; né il fatto che il legislatore abbia modificato il regime della strumentalità dei provvedimenti cautelari anticipatori incide sul principio ora esposto dato che questa modifica della strumentalità rispetto al giudizio di merito non conferisce, tuttavia, idoneità al giudicato ai detti provvedimenti. Inoltre, ove non bastasse, anche l'idoneità al giudicato non sarebbe requisito dirimente per inferire l'idoneità ad essere titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale dato che il legislatore all'art. 2818, comma 2, c.c. espressamente richiede che sia la legge a disporre in modo tassativo se un determinato provvedimento è o meno titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e, rispetto ai provvedimenti cautelari, non vi è alcuna disposizione normativa in tal senso.

3. – Questione collegata a quella appena esposta è quella della cancellazione delle iscrizioni ipotecarie. La cancellazione, a norma di legge, deve essere eseguita dal conservatore. La norma relativa a questo adempimento è l'art. 2884 c.c. secondo cui "la cancellazione deve essere eseguita dal conservatore, quando è ordinata con sentenza passata in giudicato o con altro provvedimento definitivo emesso dalle autorità competenti".

L'iscrizione ipotecaria, diversamente dalla trascrizione, è necessaria affinché l'effetto possa prodursi anche tra le parti; il diritto, infatti, sorge tra le parti soltanto al momento della iscrizione ipotecaria<sup>10</sup>. La natura della iscrizione ipotecaria è, pertanto, costitutiva a differenza della trascrizione la cui finalità è soltanto di rendere l'atto opponibile nei confronti dei terzi.

Dalla lettura dell'art. 2884 c.c. prima richiamato, emerge senza ombra di dubbio che la cancellazione della iscrizione ipotecaria è affidata dal legislatore ad un provvedimento definitivo del giudice, provvedimento la cui natura che non può essere riscontrata nei provvedimenti cautelari<sup>11</sup>.

La giurisprudenza sul punto è chiara ed univoca. Infatti la Suprema Corte ha chiarito che in tema di cancellazione di ipoteche l'art. 2886 c.c. non prevede un ulteriore strumento giuridico per ottenere la cancellazione che prescindendo dal formale consenso delle parti interessate o dalla sentenza passata in giudicato o altro provvedimento definitivo emesso dalle autorità competenti, ma si limita ad indicare le formalità per la cancellazione

---

<sup>10</sup> F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. IV, 6<sup>o</sup> ed., Milano, 2019, 395 e ss.

<sup>11</sup> Riferimenti in L. VIOLA, *La cancellazione della trascrizione di domande giudiziali ed ipoteche tramite la tutela ex art. 700 c.p.c.*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

prescrivendo che chi la richiede deve presentare al conservatore l'atto su cui la richiesta è fondata, cioè la dichiarazione di consenso o la sentenza o altro provvedimento di cui agli artt. 2882 e 2884 c.c.<sup>12</sup>. Si è sostenuto, infatti, che, dal momento che a norma dell'art. 2884 c.c., la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria deve essere necessariamente ordinata con sentenza, non può farsi luogo in via provvisoria ad alcuna pronuncia inibitoria e/o coercitiva che sia equipollente alla cancellazione stessa: di conseguenza non può essere disposta la cancellazione del vincolo ipotecario mediante un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.<sup>13</sup>. E ancora, si è precisato che la cancellazione dell'ipoteca non può essere disposta con provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., provvedimento per sua natura provvisorio e strumentale, essendo necessaria una statuizione idonea al passaggio in giudicato e, quindi, con effetti definitivi<sup>14</sup>.

Tuttavia, non può sottacersi dell'esistenza di altra giurisprudenza secondo cui, invece, il provvedimento anticipatorio potrebbe – e secondo alcune pronunce dovrebbe – essere utilizzato proprio per ottenere la cancellazione dell'ipoteca perché non vi è un provvedimento cautelare tipico che la consenta. In particolare, si è precisato che sebbene non si possa ordinare direttamente al Conservatore dei registri immobiliari la

---

<sup>12</sup> Cass. civ., sez. I, 26 luglio 1994, n. 6958, in *Banca*, 1996, II, 308, con nota di A. STINGONE. *Actio negatoria e obbligo di prestare il consenso alla cancellazione dell'ipoteca*, nonché in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 416 e ss. con nota di C. VALLE, *Risarcimentno del danno (extracontrattuale) da mancata prestazione del consenso alla cancellazione dell'iscrizione ipotecaria e i punti fermi della Cassazione*. Si veda anche Cass. civ., sez. III, 26 gennaio 1996, n. 584, in *Foro it.*, 1996, I, 2139, con nota di G. BALENA, che ribadisce che la cancellazione dell'ipoteca giudiziale deve essere eseguita dal conservatore soltanto quando è ordinata con sentenza passata in giudicato o con altro provvedimento definitivo emesso dall'autorità competente.

<sup>13</sup> Trib. Avellino 9 maggio 2014, in *DeJure*, secondo cui è inammissibile il ricorso proposto ex art. 700 c.p.c. finalizzato ad ottenere la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria poiché tale cancellazione può essere ordinata solo con sentenza ex art. 2884 c.c., "non potendo farsi luogo, in via provvisoria e sulla base di una delibazione sommaria, ad alcuna pronuncia inibitoria e/o coercitiva equipollente alla cancellazione stessa, ovvero alla perdita di efficacia dell'iscrizione, che solo dalla cancellazione può discendere". Nello stesso senso Trib. Como, ord. 16 settembre 2015, secondo cui è inammissibile il ricorso proposto ex art. 700 c.p.c. finalizzato ad ottenere la cancellazione d'ufficio dell'iscrizione di ipoteca giudiziale, dato che il provvedimento d'urgenza non presenta i caratteri di definitività e immutabilità ex art. 2884 c.c. rispetto all'accertamento del diritto controverso (il provvedimento è consultabile su [www.eclegal.it](http://www.eclegal.it), 1° febbraio 2016, con nota di M. POLIZZI, *Inammissibile il ricorso d'urgenza al fine di ottenere la cancellazione coattiva di ipoteca*).

<sup>14</sup> Trib. Trapani 11 aprile 2006, *Giur. merito*, 2007, 2619, con nota di D. SALARI, *La cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale e dell'ipoteca con provvedimento d'urgenza*.

cancellazione di un'iscrizione ipotecaria eseguita illegittimamente, nel caso in cui difetti un provvedimento giudiziario definitivo, stante il divieto posto dall'art. 2884 c.c., non è tuttavia precluso al giudice ordinario la possibilità di emettere una analoga pronuncia in via di urgenza, ai sensi dell'art. 700 c.p.c.<sup>15</sup>. L'orientamento, senz'altro minoritario rispetto a quello contrario, si fonda su motivazioni variabili, in parte collegate anche alla riforma della strumentalità dei provvedimenti cautelari. Si è infatti affermato che, in base al riformato art. 669-octies, co. 6, c.p.c. i provvedimenti cautelari anticipatori acquistano "efficacia definitiva" poiché è meramente facoltativa l'instaurazione del giudizio di merito, così mostrando la loro possibile attitudine alla stabilità; con la conseguenza che è ammissibile un provvedimento d'urgenza per ottenere la cancellazione dell'ipoteca giudiziale ove l'iscrizione ipotecaria sia manifestamente illegittima perché eseguita *ictu oculi* in mancanza dei presupposti previsti dalla legge<sup>16</sup>.

La questione, come già anticipato, merita un approfondimento in virtù dell'attuale distinzione tra provvedimenti cautelari anticipatori e conservativi. Ci si può chiedere, infatti, se la situazione sopra esposta e, quindi, l'impossibilità di considerare provvedimento definitivo un provvedimento cautelare, valga anche per le misure cautelari anticipatorie alla luce della loro strumentalità attenuata rispetto al giudizio di merito. Non sembrerebbe, allo stato attuale, potersi predicare una qualche differenza quanto al regime dei provvedimenti in questione né una loro ipotetica ascrivibilità al novero dei provvedimenti "definitivi" che l'art. 2884 c.c. considera idonei perché il conservatore provveda alla cancellazione della iscrizione ipotecaria.

In una pronuncia di merito, si è evidenziato che certamente per la cancellazione delle ipoteche deve farsi riferimento all'art. 2884 c.c. e che tra i provvedimenti definitivi in senso proprio non si può far rientrare un provvedimento emesso in sede cautelare, visto che la norma esige che il provvedimento di cancellazione abbia di per sé, in via normale e non soltanto potenziale, carattere definitivo; né tale impedimento può essere

---

<sup>15</sup> Trib. Bari 13 maggio 2005, *www.giurisprudenzabarese.it*. Trattavasi in particolare di un ricorso *ex art.* 700 c.p.c. proposto da un imprenditore commerciale per la cancellazione di una ipoteca illegittimamente iscritta, in quanto la condizione di imprenditore lascia fondatamente ritenere che la sussistenza di un'iscrizione ipotecaria illegittima possa determinare la segnalazione del nominativo presso la centrale rischi cui si rivolgono gli istituti di credito per verificare la solvibilità del cliente, con conseguente concreto e immediato pericolo di revoca degli affidamenti e relativo rischio di impossibilità di onorare i crediti, affidamenti che non potrebbero attendere certo, per il ripristino, i tempi di un giudizio ordinario.

<sup>16</sup> Trib. Bari, 7 febbraio 2013, in *DeJure*.

eluso con un ordine alle controparti di prestare il proprio assenso alla cancellazione ipotecaria, dato che si tratta di un ordine non previsto dalla legge e confliggente con la tipicità dei mezzi di esecuzione in forma specifica degli obblighi a contrarre e di prestazione del consenso<sup>17</sup>. Tale limitazione, però, non può applicarsi – secondo tale pronuncia – anche alla richiesta di riduzione delle ipoteche. Le tesi che affermano il contrario si fondano su un'applicazione estensiva o analogica dell'art. 2884 c.c., equiparandosi la riduzione delle ipoteche ad una vera e propria cancellazione, estensione *per similitudinem* che però – secondo la Corte d'Appello – sarebbe del tutto incongrua. Sia perché è diversa la *ratio* della fattispecie cui soggiace ciascun istituto: nel caso della riduzione infatti non si contesta il credito né il diritto alla garanzia, ma solo la sproporzione tra garanzia, credito e beni cauzionali, laddove, invece, la cancellazione-estinzione dell'ipoteca mira ad eliminare la garanzia per insussistenza originaria dei relativi presupposti oppure per difetto sopravvenuto degli stessi; sia perché la legge non dimostra una lacuna nella parte in cui disciplina l'istituto della riduzione, avendo il legislatore omissivo di statuire che essa si debba disporre con provvedimento che deriva da un accertamento definitivo o con un provvedimento definitivo esso stesso, solo perché non ha ritenuto, presumibilmente, che la riduzione presupponga una valutazione definitiva sulla inesistenza originaria o sopravvenuta del credito da garantire<sup>18</sup>.

Nonostante questa pronuncia, che consente la riduzione di ipoteca per il tramite di un provvedimento cautelare anticipatorio, essa stessa ha premura di ribadire che la natura dei provvedimenti cautelari, pur se a strumentalità attenuata, non è mutata e pertanto essi non possono mai

---

<sup>17</sup> La prestazione del consenso della controparte era invece richiesta in Trib. Milano 7 agosto 1998, in *Giur. it.*, 1999, 524, il quale aveva affermato che vi sarebbe un vero e proprio obbligo giuridico di cooperazione a carico del creditore ipotecario, tenuto a prestare il consenso alla cancellazione anche a seguito della riforma non ancora passata in giudicato della sentenza o comunque del titolo con cui l'ipoteca è stata iscritta.

<sup>18</sup> App. Milano 14 ottobre 2008, in *Dejure*, secondo cui tra i provvedimenti definitivi in senso proprio non si può far rientrare un provvedimento d'urgenza poiché l'art. 2884 c.c. esige che il provvedimento di cancellazione abbia carattere definitivo in via normale e non soltanto potenziale; tuttavia tale limitazione non può applicarsi anche alla richiesta di riduzione, mentre le tesi che affermano il contrario si basano su una applicazione estensiva o analogica dell'art. 2884 c.c. equiparando la riduzione dell'ipoteca alla cancellazione con una estensione incongrua, sia perché è diversa la *ratio* dei due istituti, sia perché il fatto che il legislatore ha omissivo di statuire che la riduzione si debba disporre con un provvedimento definitivo dipende, probabilmente, dal fatto che esso non ha ritenuto che la riduzione "presupponga una valutazione definitiva circa l'inesistenza originaria o sopravvenuta del credito da garantire".

assurgere al carattere della definitività che solo consente, ai provvedimenti giudiziari, di essere titoli idonei per la cancellazione della ipoteca ai sensi dell'art. 2884 c.c. Questa norma civilistica, infatti, esige che il provvedimento di cancellazione abbia un carattere definitivo, di per sé, e non soltanto in via potenziale.

Si è dubitativamente affermato che forse la soluzione potrebbe essere diversa laddove si sposasse una tesi differente sulla portata dell'art. 669-*octies*, ultimo comma, c.p.c. ai sensi del quale il provvedimento cautelare non ha autorità in un diverso processo<sup>19</sup>. Secondo tale dottrina, comunque, laddove si sposi la distinzione tra una iscrizione ipotecaria ingiusta e una iscrizione ipotecaria invece completamente illegittima, potrebbe ritenersi possibile, in deroga al divieto posto dall'art. 2884 c.c., di utilizzare un provvedimento cautelare anticipatorio per la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria che sia stata effettuata sulla base di un atto che non era, ai sensi della disposizione del codice civile, idoneo per elevarla.

Il presupposto per questa estensione dell'operatività del provvedimento cautelare anticipatorio a consentire la cancellazione dell'ipoteca nell'ipotesi dell'iscrizione del tutto illegittima, è stata sposata in una pronuncia della giurisprudenza di merito. Si è rilevato, infatti, che sarebbe ammissibile con provvedimento d'urgenza ordinare la cancellazione di un'iscrizione ipotecaria illegittima, nella fattispecie iscritta in base ad un'ordinanza pronunciata *ex art. 186-quater* c.p.c., titolo inidoneo a questo effetto per mancata previsione di legge<sup>20</sup>.

Tuttavia, preme sottolineare qui l'estensione dell'uso del provvedimento cautelare anticipatorio per ottenere la cancellazione della iscrizione ipotecaria illegittimamente effettuata, non comporta alcuna parificazione del provvedimento in questione ai provvedimenti definitivi voluti dall'art. 2884 c.c. ma semplicemente, essendo priva di presupposto l'avvenuta iscrizione ipotecaria, se ne consente la cancellazione per il tramite di un provvedimento che mai potrebbe rientrare, per la sua natura provvisoria e comunque strumentale, nel novero dei provvedimenti definitivi richiesti dalla previsione normativa.

4. – È utile, per comprendere il dibattito sulla utilizzabilità del provvedimento anticipatorio di cui all'art. 700 c.p.c. per la cancellazione dell'iscrizione ipotecaria riflettere sull'omologo dibattito, soprattutto giurisprudenziale, in tema di utilizzabilità del medesimo provvedimento al

---

<sup>19</sup> A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d'urgenza*, cit., 284.

<sup>20</sup> Trib. Milano 26 novembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, 944 ss., con nota di R. CONTE.

fine della riduzione delle ipoteche. In parte ho già accennato alla questione in precedenza.

In giurisprudenza, infatti, vi è un dibattito aperto sulla possibilità di utilizzare il provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* per ottenere la riduzione dell'ipoteca. Da un lato, vi sono pronunce che negano tale possibilità affermando, ad esempio, che non è ammissibile la tutela cautelare atipica in tema di riduzione dell'ipoteca iscritta sulla base di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo<sup>21</sup>. Altre pronunce, ancor più esplicitamente, affermano che la riduzione dell'ipoteca giudiziale iscritta in forza di decreto ingiuntivo, comportando la cancellazione parziale del vincolo ipotecario, non può essere disposta mediante un provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*, dato che necessita, *ex art. 2884, c.c.*, di una sentenza passata in giudicato o di altro provvedimento definitivo<sup>22</sup>. Secondo altre pronunce, invece, come quella della Corte d'Appello di Milano prima ricordata, sarebbe possibile utilizzare un provvedimento cautelare anticipatorio per ottenere la riduzione dell'ipoteca. Come già visto con riferimento a tale pronuncia, la Corte d'Appello, nel ritenere ammissibile la concessione del provvedimento d'urgenza per la riduzione dell'ipoteca, afferma che con la riduzione si avrebbe, a differenza, della cancellazione, semplicemente una correzione dell'iscrizione ipotecaria in eccesso. La pronuncia in questione non risulta isolata, essendovi altre sentenze favorevoli all'uso del provvedimento cautelare anticipatorio per ottenere la riduzione della iscrizione ipotecaria. Si è, infatti, analogamente, affermato che la cancellazione del vincolo ipotecario non può essere disposta mediante un provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* dato che necessita, ai sensi dell'art. 2884 c.c., di una sentenza passata in giudicato o di altro provvedimento definitivo, potendosi, al più, ammettere l'esperibilità del rimedio cautelare esclusivamente nel caso in cui venga richiesta la riduzione restrittiva dell'ipoteca, in considerazione del fatto che la riduzione non equivale ad una cancellazione, ma piuttosto ad una rettifica tendente a correggere l'eccedenza dell'iscrizione ipotecaria<sup>23</sup>. Secondo un'altra pronuncia di merito, la questione relativa alla riduzione dell'iscrizione ipotecaria, sia nella forma della restrizione, ossia della limitazione solo ad alcuni beni, sia nella forma della riduzione in senso

---

<sup>21</sup> Trib. Verona 7 maggio 2002, in *Giur. merito*, 2003, 48 e ss.

<sup>22</sup> Trib. Roma 7 aprile 1998, in *Banca*, 1999, 614 e ss. secondo cui se si potesse ottenere la riduzione dell'ipoteca giudiziale con provvedimento cautelare si otterrebbe un effetto definitivo ed irreversibile mentre l'art. 2884 c.c. richiede per la produzione di tale effetto una sentenza passata in giudicato.

<sup>23</sup> Trib. Trapani, 11 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2007, 2619 e ss.; Trib. Bari 17 novembre 2005, in [www.giurisprudenzabarese.it](http://www.giurisprudenzabarese.it); nello stesso senso, v. Trib. Vallo Lucania 17 ottobre 2000, in *Giur. it.*, 2001, 2071.

stretto, ossia della limitazione del valore della iscrizione, sarebbe diversa da quella della cancellazione. Infatti, benché parte della dottrina abbia sostenuto l'identità dal punto di vista strutturale di cancellazione e riduzione che rappresenterebbero il momento esecutivo dell'estinzione del diritto all'ipoteca, così come l'iscrizione costituirebbe il momento attuativo del sorgere di quel medesimo diritto, la giurisprudenza si è andata orientando in prevalenza nel senso della sussistenza di una differenza di carattere tra cancellazione e riduzione e, limitata la portata dell'art. 2884 c.c. al solo caso ivi testualmente previsto, ha per lo più ritenuto ammissibile il ricorso ad un provvedimento d'urgenza per ottenere un ordine di riduzione dell'ipoteca iscritta su un numero di beni o per un valore eccessivo<sup>24</sup>. Una pronuncia molto interessante perché ricostruttiva del quadro sistematico di riferimento ha affermato che in base all'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c. i provvedimenti cautelari, quando idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, acquistano efficacia definitiva, essendo meramente facoltativa l'instaurazione del giudizio di merito, così dimostrando la loro possibile attitudine alla stabilità. Pertanto, deve ritenersi ammissibile il rimedio cautelare invocato *ex art. 700 c.p.c.*, insieme con la fissazione *ex art. 614-bis c.p.c.* di una somma per ogni giorno di eventuale ritardo nell'esecuzione della richiesta misura cautelare, al fine di conseguire la riduzione della ipoteca iscritta su determinati cespiti immobiliari, dato che, in primo luogo, la norma dell'art. 2884 c.c., secondo cui la cancellazione deve essere effettuata dal conservatore, quando è ordinata con sentenza passata in giudicato o con altro provvedimento definitivo emesso dalle autorità competenti, non può che trovare applicazione con esclusivo riferimento alla sola ipotesi ivi contemplata e cioè di cancellazione del vincolo ipotecario e non anche di riduzione dello stesso, in considerazione del fatto che la riduzione non equivale ad una cancellazione, ma piuttosto ad una rettifica tendente a correggere l'eccedenza dell'iscrizione. Diversa è, invece, la *ratio* della fattispecie se soggiacesse a ciascun istituto: la cancellazione mira ad eliminare la garanzia per insussistenza originaria dei relativi presupposti o per difetto sopravvenuto degli stessi, mentre la riduzione è finalizzata alla contestazione della sproporzione esistente tra la garanzia, il credito e i beni cauzionali<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Trib. Napoli 2 novembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 1552.

<sup>25</sup> Trib. Bari 10 maggio 2011, in [www.giurisprudenzabarese.it](http://www.giurisprudenzabarese.it), secondo cui è possibile ottenere con provvedimento urgente la riduzione dell'iscrizione di ipoteca giudiziale perché, diversamente dalla cancellazione, essa è diretta a contestare la sproporzione tra la garanzia iscritta e il credito vantato, ha specificato che l'ordine contenuto nel provvedimento non sarebbe diretto al conservatore dei registri immobiliari ma al creditore di prestare il consenso a ridurre l'iscrizione ipotecaria in

È secondo me condivisibile l'opinione per cui la riduzione dell'iscrizione ipotecaria sarebbe estranea alla previsione dell'art. 2884 c.c. e questa tesi risulta sicuramente più convincente dell'opposta secondo cui la norma dell'art. 2884 c.c. dovrebbe essere interpretata in senso inclusivo anche della riduzione della iscrizione ipotecaria quanto ai provvedimenti che la consentirebbero<sup>26</sup>.

Attenta dottrina sottolinea – condivisibilmente – come un'interpretazione estensiva o analogica della norma dell'art. 2884 c.c. richiederebbe l'esistenza di una lacuna normativa oltreché dell'identità della *ratio* posta a base dei due istituti, cancellazione e riduzione. E ciò non è certamente, perché il silenzio del legislatore rispetto alla riduzione lascia chiaramente intendere che egli voleva sottrarre la riduzione dalla disciplina valida per la cancellazione<sup>27</sup>.

----

Abstract

**ANTICIPATORY PROTECTION BETWEEN REGISTRAZION,  
CANCELLATION AND REDUCTION OF THE JUDICIAL MORTGAGE**

Non può ammettersi la cancellazione dell'iscrizione di ipoteca giudiziale con provvedimento d'urgenza poiché la lettera dell'art. 2884 c.c. pare univoca nel consentire la cancellazione dell'iscrizione di ipoteca giudiziale solo con provvedimento definitivo del giudice, caratteristica che non può predicarsi con riferimento ai provvedimenti cautelari. Viceversa può ritenersi che la riduzione dell'iscrizione ipotecaria sia estranea alla previsione dell'art. 2884 c.c.

\*\*\*

*The cancellation of the registration of a judicial mortgage with an emergency provision cannot be admitted since the letter of art. 2884 of the civil code seems unequivocal in allowing the cancellation of the registration of a judicial mortgage only with a definitive provision of the judge, a characteristic that cannot be predicated with reference to precautionary measures. Conversely, it can be considered that the reduction of the mortgage registration is extraneous to the provision of art. 2884 of the civil code.*

----

---

eccesso: in tema v. anche A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d'urgenza*, cit., 285; A. RONCO, op. cit., 306 e ss.; A. LAZZARA, *Sulla esperibilità del provvedimento d'urgenza in merito alla riduzione dell'ipoteca*, in *Nuovo dir.*, 2002, I, 253 e ss.

<sup>26</sup> A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Dei provvedimenti d'urgenza*, cit., 286.

<sup>27</sup> A. PANZAROLA, R. GIORDANO, op. cit., 286.

PRO VERITATE ACCIPITUR ? THE “ DIALOGUE ” BETWEEN  
COURTS JEOPARDIZING THE RES JUDICATA

DAVIDE CORRARO  
Assegnista di ricerca  
nell'Università di Padova

SOMMARIO: 1. The problem: the resilience of the res judicata to the CJEU's attacks that undermine its stabilizing function. – 2. The “dialogue” between the Italian Supreme Court (*Corte di Cassazione*) and the Court of Justice of the European Union. – 3. The Olimpiclub Case and the defeat of the res judicata in the trial before the tax courts. – 4. The CJEU's “attack” on res judicata concerning unfair terms in consumer contracts. – 5. Conclusions.

1. – *Le besoin de certitude a toujours été plus fort que le besoin de vérité*<sup>1</sup>, this is how French anthropologist Gustave Le Bon summarized the need for certainty that, in organized societies, is constantly placed before the need for truth. In other words, truth, which is unknowable due to the finiteness of human beings, can be supplanted by a certainty of statements that, even if not true, become truth once there is agreement on them by those in that society dictate the rules of common living. This is essential to maintain peace and social order and to prevent what Hobbes called *bellum omnium contra omnes* (i.e., anarchy). As can be expected, this need for certainty and stability can only find its highest expression and definition in law. Indeed, in legal systems related to the Western Legal Tradition, res judicata represents the center around which the entire system of judicial protection of rights rotates and that rationalizes the need for certainty that the organized societies have always needed. And this is because the res judicata not only brings with it (by definition) the stability of relationships but, at the same time, is able to “create” new truths. Actually, the res judicata generates “The Truth” (*Res iudicata pro veritate accipitur*)<sup>2</sup> to the point that, even if wrong, it is so powerful that it can turn what is white into black; so meaningful that it creates new points of departure; so strong that, nearly magically, it is able to assimilate square things to round things and transform blood relations;

<sup>1</sup> G. LE BON, *Aphorismes du temps présent*, 1913.

<sup>2</sup> Ulp. 1 ad leg. Iul. et Pap. D. 50.17.207.

lastly, so solid, that it turns what is false into true<sup>3</sup>. And this has been going on forever.

Recently, however, the “strength” of the *res judicata* is being subjected to a process of continuous de-evaluation of its margin of operation by the Court of Justice of the European Union (CJEU). The CJEU is questioning the foundations of *res judicata* in the name of alleged values considered superior and of general interest that cannot be sacrificed by too rigid applications of the *res judicata* doctrine.

This happened firstly in the tax system (in VAT-related matters) and, even more recently, in the area of unfair consumer contracts.

2. – The progressive work of questioning the principles related to the stability of rulings carried out by the CJEU – which undermine the value of the *res judicata* – produces different reactions depending on the perspective from which we place ourselves. The immediate temptation would be to use the Ciceronian expression “*o tempora, o mores*” and thus limit ourselves to labelling the CJEU’s statements as “extemporaneous” with respect to our system of procedural values, in which the *res judicata* plays a role of primacy, so that it cannot be undermined by any “external” interventions that would challenge its constraint of negative (*ne bis in idem*) and positive (conclusive effect in a subsequent proceeding) effects. Yet this cannot be done.

Not only because of the immediate application of the principles enshrined by CJEU in the legal systems of the State members, but also because of the subjection that the National Supreme Courts<sup>4</sup> have to the CJEU. For this reason, we will try to briefly retrace the aforementioned deconstruction of the principles of the *res judicata* put in place by the CJEU by illustrating: on the one hand, how in the tax system the Italian Supreme Court reacted to the rulings released by the CJEU; and, on the other hand, the recent rulings of the CJEU of 17 May 2022 which jeopardize the *res judicata* in the name of consumer protection rights.

3. – The CJEU issued the first rulings that undermined the stability of *res judicata* in the Italian legal system, as mentioned above, in tax related matters. Even if the tax trial has such peculiarities as to make it almost

---

<sup>3</sup> As summarized perfectly in the Latin saying “*Res iudicata pro veritate habetur facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat*”.

<sup>4</sup> We are referring to the famous “dialogue between Courts” that today takes on increasingly authoritarian contours in which one side (the CJEU) commands and the other (the Supreme Court) executes.

unique in the panorama of the effective legal protection in Italy and Europe, it is also true that it has the roots of its jurisdictional function in the Code of Civil Procedure. Moreover, just as a particle embedded in a system does not merely suffer the effects of the others around it, but itself contributes to influencing the relations with the others, the tax procedure does not passively suffer the mutability of the arrangements made in civil matters through the extensions made by case law; but the solutions that emerge in it also influence the flow of the civil procedure. Indeed, very often the tax process seems to anticipate the changes that later spill over into the civil process. This has also been the case of the deconstruction of *res judicata* by the CJEU. It is almost as if the tax process were a “laboratory” in which to experiment with solutions to be extended, once perfected and verified, to the civil process.

The current Italian tax system is governed by Legislative Decree No. 546 of December 31, 1992, which assigns disputes “concerning taxes of every kind and species however named”<sup>5</sup> to the jurisdiction of the tax courts<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Article 2(1) of Legislative Decree No. 546 of December 31, 1992.

<sup>6</sup> The tax courts are part of a special jurisdiction alongside the ordinary and administrative jurisdictions. The jurisdiction of the tax court is determined on the basis of the subject matter (*i.e.*, taxes) unlike what happens with ordinary and administrative jurisdiction, which is identified, instead, on the basis of the cause of action claimed by the plaintiff: *i.e.*, subjective right (*diritto soggettivo*) and legitimate interest (*interesse legittimo*), respectively. Moreover, it can be said that, following the amendments to Article 2 of Legislative Decree No. 546/1992 made by Article 12, paragraph 2, Law No. 448/2001 there has been a generalization of the disputes attributed to the tax courts by recognizing to them *all* disputes concerning “taxes of every kind and species.” In this way, Article 9(2) of the Code of Civil Procedure, which regulates the “jurisdiction of the court,” and which expressly provides that “the court is also competent for cases concerning taxes and fees”, has undergone a drastic downsizing. In fact, there are now few cases that can be said to be outside the jurisdiction of the tax courts and are referred to that of the ordinary courts. These are those cases in which, for example, the Revenue Agency does not act in the exercise of a taxing power granted to it by the State, but rather by virtue of a contractual relationship that binds it to the taxpayer. Said otherwise, it falls under the jurisdiction of the ordinary courts to litigate the dispute concerning the challenge of a tax bill with which the reclamation consortium (*i.e.*, the entity that provides the service of drinking water supply), has acted against the user for the recovery of sums due for the use of the same service. In this case, in fact, the entity does not act in the exercise of the power of taxation, but by virtue of a contractual relationship that does not even involve the user’s registration with the consortium. On this point, see: L. PASSANANTE, *sub art. 9*, in F. CARPI – M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, 9<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, 73 ff. spec. 74-75; F. AULETTA – A. PANZAROLA, *sub art. 9*, in S. CHIARLONI (ed.), *Commentario del Codice di Procedura Civile. Competenza per materia e valore. Competenza per territorio*, Bologna, 2015, 40 ff; M. MARINELLI – P. WIDMANN, *sub art. 9*, in C. CONSOLO (ed.), *Codice di procedura civile commentario*, 6<sup>a</sup> ed.,

The 1992 legislature clearly gave the tax process a strictly contesting character of acts issued by the tax authorities against taxpayers. Less clear, however, are the limits of tax jurisdiction.

Indeed, in the “traditional” dimension, tax rulings can only concern a *specific year* of a particular tax without the assessment made on it having a binding effect on other years of the same tax (which, therefore, can be the subject of new and separate proceedings).

In the caselaw, all things considered, there arises the need, under certain conditions, to ensure such an extension in order to avoid a waste of judicial activity, in obedience to the principles of reasonable duration of the process and judicial economy, which are constitutionally protected.

Now, without going into the details of the theoretical constructions that have addressed the issue of *res judicata* on tax matters and their *ultra litem* effectiveness<sup>7</sup>, it is sufficient here to state how the process of progressive structuring of principles capable of offering coherent and predeterminable solutions to the issue of the *extra litem* effects of tax rulings suffered a setback in 2010 due to the CJEU “Olimpiclub Case”<sup>8</sup>. This case paralyzed both subsequent jurisprudence and doctrine in the development of a system capable of explaining the effects of *res judicata* on the reasoning of the judgments concerning tax law matter.

2018, Milano, 322 ff. On the long path to the recognition of tax courts as “judges” and not as part of administrative bodies, see A. GUIDARA, *La giurisdizione tributaria italiana: confini e oggetto del processo*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2020, 1496 ff.; F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, 5<sup>a</sup> ed., Torino, 2020, 16 ff. and F. BATISTONI FERRARA – B. BELLÉ, *Diritto tributario processuale*, Padova, 2020, 24 ff. For further considerations on the topic, see also C. GLENDI, *La “speciale” specialità della giurisdizione tributaria*, in A. GUIDARA (ed.), *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, Torino, 2021, 414 ff.

<sup>7</sup> See D. CORRARO, *L’efficacia ultra litem del giudicato tributario tra vecchi modelli e nuove teorizzazioni: il lungo cammino della Corte di cassazione nel segno di una costante incertezza sistematica*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, 2547 ss.; and ID., *L’oggetto del processo tributario fra teorie dichiarative e teorie costitutive: tracciati evolutivi*, in *Dir. prat. trib.*, 2019, 1586 ss., spec. 1612 ss.

<sup>8</sup> See Case C-2/08 Judgment of the Court of 3 September 2009, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2010, I, 13, annotated by M. BASILAVECCHIA, *Il giudicato esterno cede all’abuso di diritto (ma non solo)*; and in *Rass. trib.*, 2009, 1839, annotated by R. MICELI, *Riflessioni sul giudicato tributario alla luce della recente sentenza “Olimpiclub”*; in *Riv. dir. trib.*, 2009, IV, 185, annotated by G. D’ANGELO, *Giudicato tributario (esterno) e diritto comunitario: un equilibrio difficile*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, IV, 303. See also C. CONSOLO, *Il percorso della Corte di Giustizia, la sentenza Olimpiclub e gli eventuali limiti di diritto europeo all’efficacia esterna ultrannuale del giudicato tributario (davvero ridimensionato in funzione antielusiva IVA del divieto comunitario di abusi della libertà negoziale?)*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, 1143 ff.

This case, although on several occasions criticized by the scholars<sup>9</sup> – especially following the CJEU “Lucchini Case”<sup>10</sup> – has not failed to raise interest in tax doctrine where, even today, it constitutes a real “enigma” encountered by those who intend to study *res judicata* in the tax field<sup>11</sup>. Indeed, the principle that arises from the *Olimpiclub Case* does not seem otherwise explicable except in the sense that the *res judicata* in matters related to VAT – mostly regulated by EU Law – would not find “usual” application. In particular, the *Olimpiclub Case* states that EU Law precludes the application of a provision of National Law, such as Article 2909 of the Italian Civil Code (laying down the principle of *res judicata*) where the application of that provision prevents the recovery of State aid granted in breach of EU Law considering the principle of *res judicata* to be relative and requiring it to be disapplied in order to uphold the primacy of provisions of EU Law and to prevent conflict with those provisions<sup>12</sup>. However, if we limit ourselves to read only that principle, without taking into account the factual context behind it, we run the risk of inferring a broader application of the *res judicata* than the CJEU probably meant to pursue.

---

<sup>9</sup> C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad intaccare la “ferrea” forza del giudicato sostanziale?*, in *Corr. giur.*, 2007, 1189 ff.; F. TESAURO, *Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 2008, 1029 ff.

<sup>10</sup> See Case C-119/05 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 18 July 2007, in *BIG IPSOA Database*, criticized by C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad intaccare la “ferrea” forza del giudicato sostanziale?*, cit., 1189; ID., *La sentenza “Lucchini” alla Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 225; P. BIAVATI, *La sentenza “Lucchini”: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2007, 1579.

<sup>11</sup> According to F. FRADEANI, *La sentenza “Olimpiclub” della Corte di giustizia CE e la stabilità del giudicato*, 2010, in *“Diritto Oggi”* (Enciclopedia Treccani Online), the reason for such media attention is also due to the fascination that *res judicata* under Article 2909 of the Civil Code is still able to inspire but, nonetheless, to the extreme delicate nature of the problems raised by the interpretative “relativism” of the EU caselaw on the subject, both from a practical point of view and in terms of the resilience of the system of rights protection as a whole.

<sup>12</sup> Case C-2/08 Judgment of the Court of 3 September 2009, cit. It should be noted that, until the *Olimpiclub Case* in taxation matters, when interpreting Article 2909 of the Italian Civil Code, the Italian courts adhered for a long time to the principle of the discreteness of final judgments, in accordance with which each tax year remains separate from other tax years, also in terms of the legal relationship between the taxpayer and the tax authorities, which is distinct from that of previous or subsequent tax years. The effect is that, whenever disputes relating to different tax years for the same tax (even if they concern similar questions) are decided separately by a number of judgments, each dispute remains separate and the final ruling has no force of *res judicata* for disputes concerning a different tax year.

The case has deep roots from the early 1990s, when it began to be assumed that the loan agreement signed by the taxpayer could act as a “legal screen” that was able to evade tax regulations in order to obtain undue tax savings in the form of undue VAT deductions.

However, following two judgments in favor of the taxpayer that had established the non-existence of any elusive element, the Internal Revenue Agency decided to appeal to the Supreme Court, where it was raised by the taxpayer (*i.e.*, Olimpclub) the existence of a previous *res judicata* between the same parties on the same point<sup>13</sup>. In this case, the Supreme Court, while not highlighting the reason in the request to a preliminary ruling to the CJEU<sup>14</sup>, leaned in the other direction and decided to agree with the Internal Revenue Agency, embracing a view open to possible elusive conduct. Despite this, applying the provision of Supreme Court ruling No. 13916/2006<sup>15</sup> – which opens to a *res judicata* on the reasoning of the judgment – and recognizing the existence of a previous *res judicata* on the same point between the same parties, the Supreme Court believes that its

---

<sup>13</sup> In particular, as summarized by F. FRADEANI, *La sentenza “Olimpclub” della Corte di giustizia CE e la stabilità del giudicato*, *cit.*, these were two judgments of the Regional Tax Court of Lazio, not appealed before the Supreme Court, concerning VAT adjustment notices, drawn up by the tax authority following the same tax audit against Olimpclub, but for different years than the one in dispute.

<sup>14</sup> See F. TESAURO, *Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 2008, 1029 ff.

<sup>15</sup> The judgment has been annotated and criticized, *inter alia*, by: C. MAGNANI, *Sui limiti oggettivi del giudicato tributario*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2006, 755 ff.; E. MANZON, *I limiti oggettivi del giudicato tributario nell’ottica del “giusto processo”: lo swing-over della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2006, 1694 ff.; C. GLENDI, *Giuste aperture al “ne bis in idem” in Cassazione ma discutibili estensioni del “giudicato tributario” extra moenia*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2006, 557 ff.; F. TESAURO, *Giudicato tributario, questioni pregiudiziali e imposte periodiche*, in *Boll. trib.*, 2006, 1173 ff.; M. BASILAVECCHIA – A. PACE, *Valenza ultrannuale del giudicato*, in *Corr. trib.*, 2006, 2693 ff. The judgment was also criticized in later years by: S. DALLA BONTÀ, *Eccezione di giudicato esterno nei vari gradi di impugnazione*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 3, 2020, 232 ff.; EAD., *L’impervio cammino della giurisprudenza di legittimità nella concretizzazione del vincolo da giudicato tributario esterno*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2016, 421; EAD., *L’ultrattività del giudicato nel processo tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2013, 695 ff.; G.S. TOTO, *Considerazioni attuali sul giudicato tributario*, in *www.judicium.it*; E. MANONI, *Rilevanza del giudicato esterno in caso di tributi periodici*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2018, 171 ff.; EAD., *L’efficacia del giudicato esterno in relazione ad imposte diverse*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2014, 959 ff.; G. FRANSONI – P. RUSSO, *I limiti oggettivi del giudicato nel processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2012, 858 ff.; S. BUTTUS, *Ulteriori ridimensionamenti giurisprudenziali all’estensione del giudicato tributario*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2010, 505 ff.; M. BASILAVECCHIA, *Il giudicato esterno cede all’abuso del diritto (ma non solo)*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2010, 18.

“hands are tied” in the face of the first *res judicata* and its binding effect in subsequent proceedings<sup>16</sup>.

Therefore, the Supreme Court was faced with two opposing problems: 1) according to the 2006 ruling, it should have extended the *res judicata* raised by the taxpayer and consequently rejected the Internal Revenue Agency’s claim; but 2) in doing so, it would have been obstructing the application of the principles of EU Law on fighting the abuse of tax law<sup>17</sup>. For this reason, the Supreme Court raised the preliminary ruling proceeding to the CJEU.

On closer inspection, despite the usual brevity of the CJEU’s reasoning, and although there seems to be no doubt that the CJEU recognizes a “relative” effectiveness of *res judicata*, its statement seems to be dictated more by a desire to reaffirm – beyond a reasonable doubt – the supremacy of EU Law in order to ensure its widest and most uniform application throughout the European judicial area, rather than to implement a systematic deconstruction of *res judicata*.

The Court, in fact, departs from an approach of true respect for the *res judicata*, which is interpreted, once again<sup>18</sup>, as the last “stronghold” of legal certainty and the need for stability to which all proceedings are meant to be.

From this statement, the Court infers two limits: on the one hand, the limit, so-called “external” on the basis of which the EU Law cannot force the overcoming of the effectiveness of *res judicata*, even if this would make it possible to remedy a violation of EU Law carried out by a wrong national ruling; on the other hand – this is the limit so-called “internal” – the influence of EU Law cannot be too strong since procedural matters are left to the competence of every Member State<sup>19</sup>. On the base of this second limitation the Court affirms that “the interpretation of Article 2909 of the Italian Civil Code may be justified with a view to protecting the principle of

<sup>16</sup> See F. FRADEANI, *La sentenza “Olimpiclub” della Corte di giustizia CE e la stabilità del giudicato*, cit.

<sup>17</sup> F. FRADEANI, *La sentenza “Olimpiclub” della Corte di giustizia CE e la stabilità del giudicato*, cit., also points out that in the request for a preliminary ruling to the CJEU specific reference is made to the judgment of the Case C-255/02 Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 February 2006, *Halifax plc and others v. Commissioners* (in *Riv. dir. trib.*, 2007, 3 ff.), where it is recalled how the taxpayer is entitled to reduce his tax burden on condition that he does not carry out cases of abuse identifiable *inter alia* when he pursues the exclusive purpose of obtaining a tax advantage.

<sup>18</sup> The direct precedent in which the Court had dealt with the issue and in which it had shown a “deferential” attitude toward the *res judicata* can be found in the Case C-126/97 Judgment of the Court of 1 June 1999 *Eco Swiss-Benetton*.

<sup>19</sup> See F. FRADEANI, *La sentenza “Olimpiclub” della Corte di giustizia CE e la stabilità del giudicato*, cit.

legal certainty, in the light of its implications for the application of Community law". However, it should be noted that such an interpretation not only prevents a point that has acquired the strength of *res judicata* from being called into question (even if the decision involves a violation of EU law), but also prevents any decision on points (subject to the effects of the *res judicata*) common to other cases, from being rediscussed in other proceedings concerning the same taxpayer but relating to a different tax year<sup>20</sup>.

Because of the importance, breadth, and complexity of the arguments addressed by the CJEU, an entire book would probably not suffice to summarize all the systematic implications that the *Olimpiclub* Case could have on the resilience of the Italian judicial system if a "deconstructive" view of the effectiveness of the *res judicata* is adopted<sup>21</sup>. However, this is not the place to systematically address such arguments.

Nevertheless, the statement that the Court meant to "relativize" *res judicata* with the *Olimpiclub* Case should be scaled down<sup>22</sup> and simply

---

<sup>20</sup> See F. FRADEANI, *La sentenza "Olimpiclub" della Corte di giustizia CE e la stabilità del giudicato*, cit. This conclusion can be drawn, in particular, from an overall reading of points 28-30 of the *Olimpiclub* Case reasoning from which it follows that the national court may diverge from previous ruling when the application of Article 2909 of the Civil Code leads to a violation of the EU law on unlawful, deceptive and abusive behavior.

<sup>21</sup> Indeed, critiques of this decision have been made on several levels. One of the most interesting profiles is certainly that the Court implements a "EU-oriented" interpretation of domestic law that does not belong to it. As observed by F. FRADEANI, *La sentenza "Olimpiclub" della Corte di giustizia CE e la stabilità del giudicato*, cit., such power, indeed, belongs to the national courts, which, however, often do not help to provide clarity and are often the first to voluntarily "divest" themselves of the task of "guarding" the interpretation of the domestic law in order to ask the CJEU to deal with it directly. Instead, the CJEU should limit itself to providing, to the national court, all those elements suitable for identifying the meaning of the European rule applicable to the case so that the latter can determine whether to disapply the domestic one, which is clearly in conflict with the former.

<sup>22</sup> See, on this point, the opinion of Adv. Gen. Jàn Mazák to the *Olimpiclub* Case who states, on one hand, that "the referring court is uncertain as to the pertinence to the present case of *Lucchini*, in which the Court affirmed the principle that Community law precludes the application of a provision of national law such as Article 2909 of the Italian Civil Code, which seeks to lay down the principle of *res judicata*, where the application of such a provision prevents the recovery of State aid granted in breach of Community law. In the view of the Corte suprema di cassazione, that judgment appears to form part of a more general trend in the case-law of the Court of Justice towards considering the authority of judgments handed down by national courts to be relative, and requiring them to be disregarded on grounds of the primacy of Community law" (point 23); and, on the other hand, that in the light of the principle of finality in litigation, "the Court has – more specifically,

brought back to the level of, on the one hand, the “dialogue between courts” and, on the other hand, the fact that National Law must be read in light of EU Law<sup>23</sup>.

Indeed this “relativization” of the *res judicata*, despite the drastic consequences that an excessively lax interpretation of the principle expressed by the CJEU could have entailed, has not occurred at the national level. Actually, the Supreme Court has adopted solutions that are often contradictory and illogical with respect to what should be the scope of the tax process. In short, a caselaw already orphaned of a systematic model has also had to deal with a profile intended as “deconstructing” the *res judicata*, which, instead of investigating the systematic profiles of the matter, has given rise to a “jurisprudential definition” of a constellation of hypotheses covered by *res judicata* on the case-by-case approach.

In particular, the first reaction following the *Olimpiclub* Case was that of a complete submission of the Italian Supreme Court to the CJEU’s ruling. In other words, instead of activating the so-called “theory of counter-limits”<sup>24</sup> and affirming the non-subjection of the rule of *res judicata* to any alleged EU interest, the Supreme Court affirmed that VAT disputes are counted among those that require compliance with mandatory EU rules, the application of which cannot be prevented by the binding character of the

---

in *Eco Swiss, Köbler* and *Kapferer*, which concerned the finality of judicial decisions and, as regards *Eco Swiss*, the finality of an arbitration award – acknowledged the importance, both for the Community legal order and the national legal systems, of the principle of *res judicata*. It has recognised that in order to ensure both stability of the law and legal relations and the sound administration of justice, it is important that judicial decisions which have become definitive after all legal remedies have been exhausted or after expiry of the time-limits provided for in that connection can no longer be called into question” (point 45). To reach the conclusion that the *Olimpiclub* Case “is comparable rather with that in *Köbler*, in which the Court dismissed the argument, based on *res judicata*, against the recognition of the principle of State liability for a decision of a court adjudicating at last instance, on the grounds that that recognition does *not in itself* have the consequence of calling in question that decision as *res judicata*” (point 74).

<sup>23</sup> See S. DALLA BONTÀ, *L’ultrattività del giudicato nel processo tributario*, cit., 701.

<sup>24</sup> The reference is to the famous “*Taricco Saga*” (Cf. R. ALFANO, *La vicenda Taricco: controlimiti, principio di legalità ed effettività del sistema sanzionatorio tributario interno*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2018, 945 ff.) which involved the CJEU and the Italian Constitutional Court and led to a more comprehensive declination of the relationship between Member States and the European Union, going so far as to define, in the criminal tax field, the principle that sanctions, within the limits set by the caselaw of the CJEU such as reasonableness, proportionality and *ne bis in idem*, are within the availability of the legislatures of the member states.

national res judicata and its projection even beyond the tax period as established by the Olimpiclub Case<sup>25</sup>.

However, to the fears of those who believed that this principle could be extended to encompass the entire tax matter, the Supreme Court answered with a series of judgments through which it effectively limited the “relativization” of the res judicata to VAT disputes only<sup>26</sup>.

From this point forward, all attempts to extend or restrict the validity of res judicata in other proceedings among the same parties will be carried out differentially by the Supreme Court. Thus, on the one hand, the analysis with regard to VAT will no longer be disengaged from the parameters set by Olimpiclub Case and, on the other hand, other taxes will follow different and, in a sense, more traditional parameters.

The outcome reached, then, was to isolate the matter of the formation of res judicata with respect to VAT from all the other hypotheses in which res judicata continues to move within the framework of the limits put in place by the domestic regulations.

The major criticism of such an approach can be summed up in the fact that such an operation debases the systematic tightness of a system that appears increasingly frayed, but, then again, without the activation of any counter-limit this was probably the only solution that the Supreme Court could put in place to avoid a relativization of the res judicata throughout the tax discipline. The only way, in short, to avoid decision-making anarchy and instability in the system.

4. – As mentioned above, the CJEU’s attack on res judicata was not limited to tax matters, since some of the considerations that arose in the area of VAT abuses can be found, *mutatis mutandis*, in the CJEU judgments questioning

---

<sup>25</sup> See Case No. 12249 Judgment of the Italian Supreme Court of 19 May 2010, in *Dir. economia assicur.* (since 2012, *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2011, 390. By applying the principle, the Supreme Court rejected the value of res judicata of judgments that, issued with reference to VAT assessment notices for different tax years, had ruled out that an agreement for the loan of sports facilities, entered into between a company and a sports association for the sole purpose of obtaining tax savings.

<sup>26</sup> See, *inter alia*, Case No. 25508 Judgment of the Italian Supreme Court of 13 November 2013, in *Giustizia Civile Massimario*, 2013; Case No. 8855 Judgment of the Italian Supreme Court of 4 May 2016, in *Giustizia Civile Massimario*, 2016; Case No. 14596 Judgment of the Italian Supreme Court of 6 June 2018, in *Giustizia Civile Massimario*, 2018; Case No. 33572 Judgment of the Italian Supreme Court of 28 December 2018, in *Giustizia Civile Massimario*, 2019; Case No. 16010 Judgment of the Italian Supreme Court of 14 June 2019, in *Giustizia Civile Massimario*, 2019; and, most recently, Case No. 33596 Judgment of the Italian Supreme Court of 18 December 2019, in *Giustizia Civile Massimario*, 2020.

the *res judicata* of an order for payment that has become final because the party failed to file any opposition to the order.

The CJEU, in particular, in a judgment of 17 May 2022<sup>27</sup> – issued along with three other “twin” judgments<sup>28</sup> – ruled that Articles 6.1 and 7.1 of Directive 93/13/EEC (on unfair terms in consumer contracts)<sup>29</sup> must be interpreted “as precluding national legislation which provides that, where an order for payment made by a court at the request of a creditor has not been the subject of an objection lodged by the debtor, the court hearing the enforcement proceedings cannot, on the ground that the force of *res judicata* of that order applies by implication to the validity of those terms, thus excluding any examination of their validity, subsequently review the potential unfairness of the contractual terms on which that order is based”<sup>30</sup>.

The judgment seeks to reduce the concrete risk that the *res judicata* that “arises” in the wake of the order for payment that has become final (which acquired the force of *res judicata* on the validity of the terms of an enforceable instrument) may fail to protect the rights that the consumer has under EU law; for this reason it becomes necessary in the subsequent – even if only potential – proceedings to oppose the enforceability of the order for payment to give the court the opportunity to know the validity of the terms

---

<sup>27</sup> See Joined Cases C-693/19 and C-831/19 Judgments of the Court (Grand Chambre) of 17 May 2022 (*SPV Project 1503*). The ruling arose in response to two preliminary rulings requested by the Court of First Instance of Milan firstly analyzed by F. MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022, (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo “res iudicata pro veritate habetur” nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, in *Judicium online*, 24 June 2022; and M. ARANCI, *Tutela del consumatore e giudicato implicito: una coesistenza (davvero) impossibile? Note a prima lettura di Corte di giustizia 17 maggio 2022, SPV Project*, in *eurojus*, 3, 2022, 29 ff.

<sup>28</sup> See Case C-600/19 Judgment of the Court (Grande Chambre) of 17 May 2022, Case C-600/19 Judgment of the Court (Grande Chambre) of 17 May 2022 (*Ibercaja v. Banco*); Case C-725/19 Judgment of the Court (Grande Chambre) of 17 May 2022 (*Impuls Leasing v. România*); Case C-869/19 Judgment of the Court (Grande Chambre) of 17 May 2022 (*Unicaja Banco*).

<sup>29</sup> Which state, respectively: “Member States shall lay down that unfair terms used in a contract concluded with a consumer by a seller or supplier shall, as provided for under their national law, not be binding on the consumer and that the contract shall continue to bind the parties upon those terms if it is capable of continuing in existence without the unfair terms”; and “Member States shall ensure that, in the interests of consumers and of competitors, adequate and effective means exist to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumers by sellers or suppliers”.

<sup>30</sup> See Joined Cases C-693/19 and C-831/19 Judgments of the Court (Grand Chambre) of 17 May 2022 (point 50).

– overcoming the *res judicata* – and therefore to censure any unfair terms under Directive 93/13/EEC.

The ruling – which raises consumer protection to a cornerstone principle of the EU Law – causes perplexity that, once again, is pendant with a poor extension of the reasoning, especially on the trickiest parts of the reasoning that have to deal with the deconstruction of the *res judicata*. Moreover, the similarity with *Olimpiclub Case*'s reasoning is astonishing and again departs from a respect for *res judicata*, which is recognized as having the fundamental role of ensuring the certainty of legal transactions within the European legal system.

Furthermore, the CJEU takes the opportunity to re-affirm that “without effective review of whether the terms of the contract concerned are unfair, observance of the rights conferred by Directive 93/13 cannot be guaranteed”<sup>31</sup>. This is the main reason why the Court must review the unfairness of the terms, despite the assumption of a *res judicata* on the point<sup>32</sup>.

In short, the need to protect the consumer, in the CJEU's view, is emphasized to such an extent that it sacrifices *res judicata* and requires examination of unfair terms even if enforcement proceeding has already begun. If this interpretation were confirmed, however, there would be an alteration of the principle of stability of *res judicata* that would be found in the order for payments not opposed. Between the lines, it is clear that the CJEU wants to criticize the lack of the order for payment investigation with consumer protection.

On closer inspection, it is also true that the consumer may not be sufficiently protected since – due to the summary proceeding as it is for the order for payment – the examination of the contract (and consequently its value as *res judicata*) is based only on the creditor's assumptions<sup>33</sup>. The

---

<sup>31</sup> See Joined Cases C-693/19 and C-831/19 Judgments of the Court (Grand Chamber) of 17 May 2022 (point 62).

<sup>32</sup> This is stated, for example, in Case C-725/19 Judgment of the Court of 17 May 2022 (*IO v. Impuls Leasing Romania IFN SA*). See on this point, G. FIENGO, *Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, in S. CAPORUSSO – E. D'ALESSANDRO (eds.), *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 2022, 532 ss.; e F. MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022, (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo “res iudicata pro veritate habetur” nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, cit., 1.

<sup>33</sup> A. PANZAROLA, *Su alcuni profili dell'ingiunzione di pagamento europea nella prassi*, in S. CAPORUSSO – E. D'ALESSANDRO (eds.), *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, cit., 498.

problem is that once the *res judicata* is broken down<sup>34</sup> for the sole benefit of the debtor (which in the present case is the consumer, but in perspective may cover a much wider range of parties not as well protected by European consumer law), a very high price is paid in terms of legal certainty.

What is certain is that the judgment, although driven by concerns about the effectiveness of law, goes to enrich the procedural status of the consumer at the expense of the certainty of legal transactions that finds its procedural basis in the *res judicata*.

But was it really necessary to go so far as to demolish the rule of *res judicata*? Isn't there a risk of implementing a case-by-case approach – exactly as happened in the VAT field after the *Olimpiclub* Case – that risks limiting these effects to consumer protection only? Yet, on these issues, the CJEU does not conduct an analysis that highlights the critical issues arising from the dismantling of *res judicata*. Actually, the feeling is that the CJEU has misunderstood the functioning of the Italian civil process, in which the enforcement proceedings stand as a consequence of the process in which the issues are analyzed, without the two moments being able (and should) overlap. This template, which reflects the necessary consequentiality between the ordinary proceedings and the enforcement proceedings, would be distorted the instant the debtor is given the option of relying on any element that he also might have (and should have) raised before the judge ruling on the merits<sup>35</sup>.

Not only that. This approach could also legitimize the behavior of that debtor who, reached by the order for payment, could (strategically) remain passive and then claim – only at a later stage and in the face of a new or different interpretation of the circumstances – protection against unfair terms, which can also be activated in enforcement proceedings.

From this perspective, the creditor might have a legitimate expectation of the stability of the judicial decision, only to be exposed to the debtor's subsequent defensive initiative; actually, the application of the CJEU ruling might even provide a justification for behavior contrary to the good faith, as the consumer might decide, only when subjected to enforcement

---

<sup>34</sup> See S. CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, in S. CAPORUSSO – E. D'ALESSANDRO (eds.), *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, cit., 542; and F. MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022, (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo "res iudicata pro veritate habetur" nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, cit., 2.

<sup>35</sup> M. ARANCI, *Tutela del consumatore e giudicato implicito: una coesistenza (davvero) impossibile? Note a prima lettura di Corte di giustizia 17 maggio 2022, SPV Project*, cit., 40-41.

proceedings, to raise an objection of unfairness of contractual terms that are per se harmful<sup>36</sup>.

5. – To return to the issue of the deconstruction of *res judicata* with which we opened this paper, we cannot but ask the following questions: are we witnessing the decline of the centrality of the *res judicata*?<sup>37</sup> Is this an era of an increasingly pronounced sectorialization of matters which, finding their new foundation in the international dimension – where they have a more pronounced dimension of protection – appear increasingly “disengaged” from the system of domestic law? The feeling is that we are moving toward this second direction without, however, being fully aware of the consequences this may have on the resilience of *res judicata*.

Indeed, to draw a lesson from *Olimpiclub Case*, it seems that it does not represent an “attempt to sabotage” the Italian jurisdictional system through an attack on one of its fundamental pillars, but rather represents, in CJEU’s intentions, a piece of that famous “dialogue between national and international courts”<sup>38</sup> and the limits within which European Court judgments can move within national systems. A dialogue that, however, does not take into account the characteristics of domestic systems and that, by dropping a tile (*i.e.*, the stability of the *res judicata* in a specific field such as the VAT field or consumer protection), risks dragging with it – in an irremediable domino effect – all those guarantees that citizens ascribe to *res judicata*. In short, the goal of protection and stability that the CJEU would also like to follow with these judgments, risks turning into a *boomerang* that, instead of ensuring the uniform application of EU law throughout the member states and protecting weak contracting parties, could betray this goal and lead to “unfairness” generated by uneven and contradictory applications between protections that find their source in EU law and those that instead find it in domestic law.

However, all of this calls for a fundamental reflection: beyond the political implications that may arise from a further cession of sovereignty to a body that was created to resolve issues related to the interpretation or validity of a provision of EU law, and not to dictate rules of general

---

<sup>36</sup> M. ARANCI, *Tutela del consumatore e giudicato implicito: una coesistenza (davvero) impossibile? Note a prima lettura di Corte di giustizia 17 maggio 2022*, SPV Project, cit., 41.

<sup>37</sup> G. TRISORIO LIUZZI, *Centralità del giudicato al tramonto?*, Napoli, 2016, *passim*.

<sup>38</sup> On this point see B. HESS, *Justizielle Kooperation*, in *General Report World Congress on Procedural Justice*, Heidelberg, 2011; R. CAPONI, *Cooperazione giudiziaria in materia civile ed integrazione europea*, in G. AMATO – R. GUALTIERI (eds.), *Le istituzioni europee dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2013; E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell’Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, 3 ss.

application, what needs to be asked is: can the interpretation of an agreement among States go so far as to destabilize the resilience of a national legal system? In other words, are we willing to give up the demands of legal certainty that is a natural counterbalance to *res judicata* in order not to compromise a matter (certainly important but of secondary importance when considered in the overall systematics) such as that of alleged VAT abuses or consumer protection? And even if we were willing to accept such an “opening” (*i.e.*, not to consider *res judicata* fully operative in the matters mentioned), can we be sure that this will not be used as a “bridgehead” for future expansions aimed at implementing further profiles of deconstructing the discipline of *res judicata* with catastrophic consequences in terms of the tightness of the entire domestic system?

Indeed, the CJEU seems to implicitly state that within the European legal system the error of law consisting of the fact that a final judgment may be at odds with the principles expressed in the European treaties cannot be tolerated. Thinking in this way, however, one forgets to consider all the debate on the subject of “unfair” judgments that has Liebman as its greatest exponent and which postulates an ontological nonexistence of the problem, since there is no other means of checking whether a judgment is fair or unfair other than a new judgment that takes up the same dispute again: a hypothesis which, besides being ruled out by law, gives no certainty that the second judgment is fairer than the first, nor the third more than the second, and so on *ad infinitum*<sup>39</sup>.

-----

Abstract

*PRO VERITATE ACCIPITUR? THE “ DIALOGUE ” BETWEEN THE C  
JEOPARDIZING THE RES JUDICATA*

Recentemente la “millenaria forza” della *res iudicata* è stata sottoposta a un processo di “decostruzione” da parte della Corte di giustizia europea (CGUE) in nome di valori che, secondo la CGUE, non possono essere sacrificati in alcun modo. Ciò è avvenuto dapprima in campo fiscale (su questioni relative all’IVA) e, ancora più recentemente, nel campo delle clausole abusive contenute nei contratti con i consumatori.

Queste decisioni, pur essendo giustificate da preoccupazioni sull’efficacia del diritto in tutto il territorio dell’Unione Europea, vanno ad arricchire lo status procedurale dei cittadini europei a scapito della certezza dei negozi giuridici basata

---

<sup>39</sup> See E.T. LIEBMAN, *Giudicato I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, 7. The same thought is also found in A. SEGNI, *Sulla natura dell’eccezione di cosa giudicata*, in *Scritti giuridici*, I, Torino, 1965, 631; e F. FRADEANI, *La sentenza “Olimpiclub” della Corte di giustizia CE e la stabilità del giudicato*, cit.

sulla forza della *res iudicata*.

\*\*\*

Recently the “millennial strength” of *res iudicata* has been subjected to a process of “deconstruction” enacted by the European Court of Justice (ECJ) in the name of values that, according to the ECJ, cannot be sacrificed in any way. This happened first in the tax field (on VAT-related matters) and, even more recently, in the field of unfair terms in consumer contracts.

These decisions, while justified by concerns about the effectiveness of the law throughout the territory of the European Union, go to enrich the procedural status of the European citizens at the expense of the certainty of legal transactions based on the strength of *res iudicata*.

----

Corte di cassazione, Sez. III, 14 marzo 2024, n. 6873  
Pres. De Stefano, Rel. Rossi

*In tema di espropriazione di beni immobili l'omessa o tardiva trascrizione del pignoramento, o l'omesso o tardivo deposito del documento che la dimostra, rendono improcedibile il processo di espropriazione forzata.*

*L'improcedibilità del processo di espropriazione forzata in conseguenza dell'omessa o tardiva trascrizione del pignoramento o dell'omesso o tardivo deposito del documento che la dimostra configura una ipotesi di estinzione "atipica"; pertanto, il provvedimento che dispone la predetta chiusura anticipata o che la nega (anche omettendo di provvedere sulla questione) non può essere impugnato con il reclamo ex art. 630 c.p.c., mezzo che riguarda soltanto le ipotesi di estinzione tipica dell'esecuzione, ma esclusivamente con l'opposizione agli atti esecutivi.*

1. (Omissis) Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 555,557,567 e 497 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, num. 3, cod. proc. civ., nonché omessa, contraddittoria ed insufficiente motivazione circa un fatto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360, primo comma, num. 5, cod. proc. civ.

Si assume che il termine ultimo per operare la trascrizione del pignoramento vada individuato, per coerenza sistematica ed in ragione della struttura a formazione progressiva del pignoramento, nel termine ultimo per il deposito della istanza di vendita: barriera temporale nella specie ampiamente superata, dacché la trascrizione era stata compiuta (il 9 ottobre 2019) dopo la scadenza del termine per la istanza di vendita e dopo l'effettivo deposito di quest'ultima (4 settembre 2019).

Si conclude, pertanto, nel senso che il giudice territoriale avrebbe dovuto dichiarare l'inefficacia del pignoramento e l'estinzione della procedura di espropriazione.

2. Il secondo motivo lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 555 e 557 cod. proc. civ., in relazione all'art. 360, primo comma, num. 3, cod. proc. civ., nonché omessa, contraddittoria ed insufficiente motivazione circa un fatto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360, primo comma, num. 5, cod. proc. civ.

Si sostiene la tardività del deposito della nota di trascrizione, in quanto effettuato il 26 ottobre 2019, cioè decorso il termine di quindici giorni dalla trascrizione stessa, avvenuta il 9 ottobre 2019, e dalla "consegna in tale data al creditore (manca ogni prova contraria)" della relativa nota.

3. Va disposta la cassazione senza rinvio della sentenza impugnata ai sensi dell'art. 382, terzo comma, del codice di rito.

3.1. Per dare conto della enunciata conclusione, occorre muovere dalla individuazione della funzione assolta, nella sequenza procedurale della

espropriazione immobiliare, dalla trascrizione del pignoramento, onde delineare lo statuto di disciplina di tale attività e le conseguenze della inosservanza di esso, tanto *sub specie* di mancata (o intempestiva) effettuazione di essa quanto di mancato (o intempestivo) deposito della nota di trascrizione nel fascicolo della procedura.

Al fondo, la questione involge la peculiare struttura connotante il pignoramento immobiliare.

Sul tema, dopo alcune risalenti oscillazioni, il consolidato indirizzo del giudice della nomofilachia configura detto pignoramento come una fattispecie a formazione progressiva, composta da due adempimenti, differenti quanto a modalità ed effetti: la notificazione dell'atto *ex art.* 555 cod. proc. civ. con la contestuale ingiunzione rivolta dall'ufficiale giudiziario al debitore, la quale segna l'inizio del processo esecutivo e determina il sorgere del vincolo di indisponibilità sul bene staggito; la trascrizione dell'atto nei pubblici registri immobiliari, la quale completa il pignoramento e ne consente la produzione degli effetti sostanziali di opponibilità nei riguardi dei terzi e di pubblicità notizia nei confronti dei creditori concorrenti (Cass. 20-04-2015, n. 7998, che si pone in linea di continuità con Cass. 18-08-2011, n. 17367 e con le più remote Cass. 05-05-1975, n. 1729 e Cass. 27-03-1965, n. 525; di poi, nello stesso senso, Cass. 23-01-2019, n. 1891; Cass. 22-12-2022, n. 37558).

Ma la trascrizione assume anche rilievo propriamente processuale.

Valga, sul punto, riportare l'argomentare della già citata Cass. n. 7998 del 2015, cui va ascritto il merito della sistemazione organica dell'istituto: "lo scopo del processo di espropriazione immobiliare è la vendita a terzi del bene pignorato al fine di soddisfare i diritti dei creditori procedente ed intervenuti. Per realizzare questo scopo è necessario sia che il pignoramento venga notificato al debitore, sia che esso venga trascritto. Pertanto, la trascrizione del pignoramento non è solo un mezzo per assicurare pubblicità al vincolo imposto al bene pignorato, non è esclusivamente preordinata ad effetti sostanziali; è anche un momento imprescindibile perché il processo esecutivo prosegua e raggiunga il suo esito fisiologico: essa (...) è indispensabile perché il giudice dia seguito all'istanza di vendita del bene".

3.2. La trascrizione è pertanto elemento perfezionativo del pignoramento immobiliare, teleologicamente destinato, combinando i propri effetti con la trascrizione del successivo decreto di trasferimento, a preservare la fruttuosità dell'acquisto (a titolo derivativo) del diritto immobiliare staggito ad opera dell'aggiudicatario o dell'assegnatario.

Ben si spiega, in tale prospettiva, come il giudice dell'esecuzione, chiamato a delibare sull'istanza di vendita, sia tenuto a verificarne l'avvenuto compimento, quale integrazione dell'atto di esordio della procedura ma soprattutto quale condizione per l'utile perseguibilità della espropriazione verso un trasferimento ritualmente opponibile ai terzi: sicché la mancata trascrizione (o la mancata prova di essa) osta financo all'apertura della fase liquidativa, altrimenti minata nella stessa possibilità di realizzare un'efficace traslazione del bene staggito.

Si versa allora in una situazione in cui il processo esecutivo non è in grado di pervenire al risultato cui è diretto, ovvero conseguire la soddisfazione dei crediti azionati mercé la trasformazione in danaro del diritto pignorato: una situazione che, quando ascrivibile ad un'inerzia o inattività del creditore (ovvero quando costui abbia scelto di curare l'adempimento della trascrizione, come permesso dall'art. 555, ultimo comma, cod. proc. civ.), il legislatore non ha però inteso ricondurre nel novero – tassativo e tipico – delle vicende estintive dell'esecuzione.

L'argomento ermeneutico sistematico e quello letterale convergono dunque verso un'univoca conclusione: l'omessa o tardiva trascrizione del pignoramento di cui si sia occupato il creditore nonché l'omesso o tardivo deposito del documento asseverativo di essa – quali che siano i termini per il compimento dell'una e dell'altra attività, profilo che in questa sede non è necessario approfondire – cagionano la chiusura anticipata del processo di espropriazione immobiliare, altrimenti e descrittivamente qualificata nella prassi curiale come improseguibilità o improcedibilità o – ma con definizione anodina – estinzione atipica.

3.3. Orbene, per radicato convincimento di questa Corte, il provvedimento che dispone la chiusura anticipata dell'esecuzione (ovvero che nega tale statuizione ovvero ancora che omette la pronuncia sulla questione) non può essere impugnato con il reclamo ex art. 630 cod. proc. civ. – il cui *thema decidendum* è esclusivamente circoscritto alla verifica della sussistenza o meno di causa di estinzione tipica del processo (Cass. 30-03-2022, n. 10238; Cass. 15-07-2016, n. 14449) – bensì con il solo rimedio della opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 del codice di rito (così, da ultimo, Cass. 23-01-2023, n. 1991; Cass. 06-04-2022, n. 11241; Cass. 29-04-2020, n. 8404).

D'altro canto, l'improponibilità del reclamo nei casi anzidetti non è suscettibile di sanatoria mediante conversione (o riqualificazione officiosa) in opposizione agli atti esecutivi: e ciò sia per la espressa e univoca qualificazione del mezzo ad opera della parte, sia per la destinazione dell'atto al Tribunale in composizione collegiale anziché al giudice dell'esecuzione, il quale, attesa la struttura indefettibilmente bifasica dell'opposizione ex art. 617 cod. proc. civ. (al riguardo, cfr. Cass. 11-10-2018, n. 25170), deve essere necessariamente (oltre che tempestivamente) investito dell'atto di opposizione (oltre a Cass. n. 11241 del 2022, sopra citata, si veda Cass. 12-11-2013, n. 25241).

3.5. L'applicazione delle enunciate *regulae iuris* al caso richiede l'illustrazione, per tratti essenziali, del peculiare andamento della vicenda processuale rimessa al vaglio di questa Corte.

Costituendosi nell'espropriazione in suo danno promossa, la società esecutata, E. S.r.l., formulava istanza di estinzione della procedura, argomentata sulla tardiva trascrizione del pignoramento nonché sul tardivo deposito della nota di trascrizione.

L'adito giudice dell'esecuzione disattendeva siffatte eccezioni, ma dichiarava egualmente l'estinzione della procedura, sull'officioso rilievo della tardività dell'iscrizione a ruolo.

Siffatto provvedimento del giudice dell'esecuzione aveva dunque un contenuto composito, in specie articolato in due capi di pronuncia: l'uno, riferito agli effetti sulla procedura della rilevata tardiva iscrizione a ruolo e scaturito da un rilievo officioso; l'altro, di espresso rigetto delle eccezioni sollevate dall'esecutata, avente ad oggetto il tempestivo o meno espletamento dell'adempimento della trascrizione del deposito nel fascicolo della relativa nota.

Avverso lo stesso interponevano reclamo i creditori precedenti, mentre l'esecutata, nel resistere, ribadiva le deduzioni relative alle formalità della trascrizione; definendo il giudizio ex art. 630 cod. proc. civ., il Tribunale di Salerno (con la sentenza n. 3483 del 2021) revocava la declaratoria di estinzione, basata sul rilievo officioso della tardiva iscrizione a ruolo, senza pronunciarsi sulle ragioni di improcedibilità invocate dalla reclamata.

A ciò seguiva l'appello dispiegato dalla sola società eseguita – ancora una volta incentrato sul corretto adempimento della trascrizione e della sua documentazione nel processo esecutivo – rigettato dalla decisione impugnata con il ricorso in scrutinio.

Orbene, osserva la Corte che – quale che fosse il rimedio processuale adoperabile dal creditore soccombente per reagire alla prima statuizione del giudice dell'esecuzione (questione qui impregiudicata, siccome superflua ai fini della decisione) ed a prescindere dall'esperimento di esso – l'esecutata, che intendeva contestare il secondo capo ad essa sfavorevole, doveva, in forza degli affermati principi di diritto, intraprendere un autonomo giudizio di opposizione agli atti esecutivi, nel rispetto dei termini decadenziali per esso previsti, onde ottenere il riesame delle questioni sull'esatto assolvimento dell'incombente della trascrizione.

In altri termini, la soggezione all'unico rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi dello specifico capo del provvedimento del giudice dell'esecuzione che aveva disatteso le istanze della debitrice escludeva in radice che le relative questioni potessero dunque essere agitate, come una sorta di reclamo incidentale, nell'ambito del reclamo *ex adverso* spiegato, o che potessero costituire ragione di appello avverso la sentenza emessa sul reclamo ex art. 630 cod. proc. civ.

Ne deriva che il processo – nella parte o sulla domanda avente ad oggetto la negata chiusura atipica dell'esecuzione per inosservanza dei termini per la trascrizione del pignoramento e per il deposito della relativa nota – non poteva essere proseguito: e tanto giustifica, a mente dell'art. 382, terzo comma, ultimo periodo, cod. proc. civ. la cassazione senza rinvio della sentenza qui impugnata, che sulla sussistenza dei presupposti per tale chiusura atipica (e soltanto su essa) si è pronunciata, ma in esito a procedimento diverso dal solo ammesso per contestarla.

La statuizione adottata assorbe il vaglio di merito sui motivi dedotti.

4. La singolarità della vicenda processuale esaminata, connotata dall'adozione di provvedimenti giudiziali dal contenuto suscettibile di plurime letture ermeneutiche, giustifica, ad avviso della Corte, la integrale compensazione tra le parti in lite delle spese del giudizio di appello e del presente giudizio di legittimità (*Omissis*).

**LE CONSEGUENZE PROCESSUALI DELL'OMESSA, O TARDIVA,  
TRASCRIZIONE DEL PIGNORAMENTO IMMOBILIARE  
E DELL'OMESSO, O TARDIVO, DEPOSITO  
DEL DOCUMENTO CHE LA DIMOSTRA**

LUCA PRENDINI

*Professore associato  
nell'Università di Padova*

1. – Con atto di pignoramento notificato il 17 luglio 2019 i creditori avviavano davanti al Tribunale di Salerno una procedura di espropriazione immobiliare; il 4 settembre 2019 iscrivevano a ruolo il pignoramento e depositavano l'istanza di vendita; il pignoramento veniva trascritto il 9 ottobre 2019 ed il 26 ottobre 2019 veniva depositato il c.d. "duplo" della nota di trascrizione del pignoramento<sup>1</sup>.

La debitrice esecutata, costituendosi nel processo, chiedeva che il giudice dell'esecuzione ne dichiarasse l'estinzione, in ragione della tardiva trascrizione del pignoramento e del tardivo deposito nel fascicolo della procedura del duplo della nota di trascrizione.

Il giudice dell'esecuzione rigettava tali eccezioni, ma dichiarava ugualmente l'estinzione della procedura, avendo rilevato *ex officio* la tardività dell'iscrizione a ruolo.

Il contenuto del provvedimento del giudice dell'esecuzione era, dunque, articolato in due capi: l'uno, di espresso rigetto delle eccezioni dell'esecutata; l'altro, riferito all'estinzione del processo per tardiva iscrizione a ruolo.

Il creditore precedente proponeva reclamo avverso il provvedimento di estinzione e l'esecutata riproponeva, in quella sede, le proprie eccezioni in punto di trascrizione.

---

<sup>1</sup> Il c.d. "duplo" è il certificato di eseguita formalità, attestante che la formalità richiesta (trascrizione, iscrizione, annotazione) è stata effettuata. L'art. 2664, 2° comma, c.c. stabilisce che "il conservatore deve restituire al richiedente uno degli originali della nota, nel quale deve certificare l'eseguita trascrizione".

Accogliendo il reclamo, il Tribunale di Salerno revocava la declaratoria di estinzione, ma non si pronunciava sulle ragioni di improcedibilità invocate dall'esecutata, che proponeva, dunque, appello, dolendosi, ancora una volta, della tardività della trascrizione e della relativa documentazione nel processo.

La Corte d'appello rigettava l'impugnazione e l'esecutata proponeva ricorso per cassazione, articolandolo in due motivi.

Con il primo, assumeva (ragionevolmente) che il termine ultimo per la trascrizione del pignoramento coincida, per coerenza sistematica ed in ragione della struttura a formazione progressiva di tale atto, con quello per il deposito dell'istanza di vendita.

Nel caso di specie, la trascrizione era avvenuta qualche giorno dopo la scadenza del termine per il deposito dell'istanza di vendita; pertanto, secondo la ricorrente, la Corte d'appello avrebbe dovuto dichiarare l'inefficacia del pignoramento e l'estinzione del processo esecutivo.

Con il secondo motivo, sosteneva la tardività del deposito della nota di trascrizione, avvenuto quando era già decorso, seppure di poco, il termine di quindici giorni dalla trascrizione stessa (avvenuta, a sua volta, tardivamente, nella prospettiva della ricorrente).

La Suprema Corte afferma l'esclusiva soggezione all'opposizione agli atti esecutivi dello specifico capo del provvedimento, che aveva disatteso le istanze della debitrice, escludendo che tali questioni potessero essere calate, come una sorta di reclamo incidentale, nell'ambito del reclamo promosso dal creditore *ex art. 630 c.p.c.*, avverso la parte del provvedimento, che aveva dichiarato l'estinzione (tipica) del processo per tardiva iscrizione a ruolo, e, pertanto, negando che potessero costituire motivo di appello avverso la sentenza pronunciata sul reclamo.

Rilevato, in ogni caso, che quel processo esecutivo – nel quale era maturata una fattispecie di chiusura *atipica* dell'esecuzione per inosservanza dei termini per la trascrizione del pignoramento e per il deposito della relativa nota – non poteva essere proseguito, la Corte cassava senza rinvio *ex art. 382, 3° comma, ult. periodo, c.p.c.* la sentenza d'appello impugnata, che sulla sussistenza dei presupposti per tale chiusura *atipica* (e soltanto su essa) si era pronunciata (negandone la ricorrenza), ma in esito a procedimento (appello avverso decisione sul reclamo) diverso da quello ammesso per contestarla (l'opposizione agli atti esecutivi).

2. – Com'è noto, l'estinzione del processo esecutivo avviene per cause tipiche, che il legislatore, in consonanza con la disciplina del processo di cognizione, individua nella rinuncia agli atti e nell'inattività delle parti (artt.

629 e 630 c.p.c.<sup>2</sup>); l'art. 632 c.p.c. regola gli effetti dell'estinzione; l'art. 630 c.p.c., al 3° comma, stabilisce che l'ordinanza che dichiara l'estinzione o che rigetta la relativa eccezione è impugnabile a mezzo di reclamo<sup>3</sup>.

Vi sono, però, altre situazioni, nelle quali il processo esecutivo, pur non essendosi perfezionata una fattispecie estintiva tipica, deve necessariamente concludersi, non potendo proseguire, per raggiungere il proprio scopo<sup>4</sup>.

In questi casi, assumendo in premessa il carattere tassativo delle ipotesi di estinzione, dottrina e giurisprudenza – pur nel silenzio del codice, che in nessuna parte della disciplina dell'esecuzione forzata fa uso di tali termini – individuano diversi casi di improcedibilità, o improseguibilità dell'esecuzione, costituenti altrettante ipotesi di estinzione c.d. atipica, del processo esecutivo; talora, generalizzando sul piano terminologico le previsioni, di cui agli artt. 187-*bis* e 164-*bis*, disp. att., c.p.c., ragionano, più genericamente, di “chiusura anticipata” del processo esecutivo<sup>5</sup>.

Ipotesi di estinzione c.d. atipica può essere individuata, tra le altre, nell'art. 156, disp. att., c.p.c. (in relazione al mancato compimento delle attività funzionali alla conversione del sequestro conservativo in pignoramento).

Alla stessa categoria vengono ricondotte anche le situazioni conseguenti all'accoglimento dell'opposizione all'esecuzione *ex* art. 615 c.p.c.<sup>6</sup>, all'accertamento ufficioso dell'inesistenza, originaria o sopravvenuta,

---

<sup>2</sup> Non è priva di significato, in relazione alla differente struttura e funzione dei due procedimenti, la circostanza che l'art. 306 c.p.c. ragioni di rinuncia agli atti “*del giudizio*”, mentre l'art. 629 c.p.c. evochi unicamente la rinuncia agli atti.

<sup>3</sup> La pronuncia in commento, che riafferma il carattere tipico delle cause di estinzione del processo esecutivo, si pone sulla scia di numerose altre di identico segno (per tutte, Cass., 14 marzo 2022, n. 8113; Cass., 19 dicembre 2014, n. 27031).

<sup>4</sup> Quanto allo *scopo* del processo esecutivo, Cass., Sez. un., 14 dicembre 2020, n. 28387 ben sottolinea che il primario interesse perseguito dall'ordinamento è l'effettività della tutela giurisdizionale del diritto creditore, tale riconosciuto in un titolo esecutivo, al cui soddisfacimento tutto l'ordinamento è chiamato a destinare le proprie risorse; se non sono espressamente presi in considerazione dalla norma, secondo la S.C., non rilevano altri specifici contrastanti interessi, quali quello del debitore a contenere i disagi (come accade in altri ordinamenti giuridici: v. Corte EDU 20/12/2016, Ljaskaj c/ Croazia), o di altri soggetti coinvolti dal processo a mantenere i propri privilegi.

<sup>5</sup> V., tra molte altre, oltre alla pronuncia in commento, Cass., 18 gennaio 2024, n. 2020 e Cass., 8 novembre 2023, n. 31077.

<sup>6</sup> Cass., 6 aprile 2022, n. 11241, individua i provvedimenti che, sentite le parti, il giudice dell'esecuzione è tenuto ad adottare, qualora, in seguito ad un'opposizione *ex* art. 615 c.p.c., ravvisi, anche d'ufficio, i presupposti per la *chiusura anticipata* del processo esecutivo: dichiarazione di improseguibilità dell'esecuzione, ordine di cancellazione della trascrizione del pignoramento, provvedimento, *ex* art. 632 c.p.c., sulle spese dell'esecuzione in favore del debitore (se assistito con difesa tecnica);

del titolo esecutivo (nel caso in cui essa non sia stata fatta valere con il rimedio di cui all'art. 615 c.p.c.), all'inottemperanza degli oneri pubblicitari integrativi di cui all'art. 490, 3° comma, c.p.c.<sup>7</sup>.

Pure l'integrale soddisfazione del creditore procedente e degli eventuali creditori intervenuti, all'esito del versamento di tutte le rate, nei casi di conversione del pignoramento, ex art. 495 c.p.c., impone di attestare l'improseguibilità dell'esecuzione.

L'omesso o tardivo deposito dell'istanza di vendita ex art. 497 c.p.c., invece, determina l'inefficacia del pignoramento e, quindi, l'estinzione per causa tipica della procedura esecutiva, a norma dell'art. 630 c.p.c.<sup>8</sup>, avverso la quale, la parte interessata deve proporre il reclamo, di cui al 2° comma dell'art. 630, e non l'opposizione agli atti esecutivi<sup>9</sup>.

La costante giurisprudenza, infatti, ritiene che la parte interessata a reagire contro una pronuncia di estinzione "atipica" debba proporre esclusivamente l'opposizione agli atti esecutivi e non il reclamo ex art. 630 c.p.c., esperibile soltanto nei casi di estinzione "tipica" dell'esecuzione.

Le questioni direttamente affrontate dalla pronuncia in commento sono, in sintesi, tre e riguardano, da un lato, l'individuazione del termine ultimo per trascrivere il pignoramento immobiliare e, in particolare, se tale incumbente debba essere compiuto entro il termine per il deposito

---

mentre i costi del processo esecutivo restano automaticamente a carico del creditore ex art. 95 c.p.c. (...), ma è comunque tenuto a fissare il termine perentorio per introdurre il giudizio di merito, che non risente della disposta chiusura della procedura.

<sup>7</sup> La triplice possibile articolazione degli adempimenti pubblicitari prevista nell'art. 490 c.p.c. si traduce in una differente disciplina, ai fini delle conseguenze dell'eventuale inattività al riguardo. Il 1° comma dell'art. 490 c.p.c. riguarda l'obbligatorio inserimento dell'avviso di vendita immobiliare nel portale delle vendite pubbliche, la cui omissione è sanzionata dall'art. 631-bis c.p.c. con l'estinzione del processo esecutivo, traducendosi in una inattività qualificata del creditore procedente (o intervenuto titolato). Il 2° comma prevede che, in caso di espropriazione di beni immobili, l'avviso (di vendita), la copia dell'ordinanza (di vendita) e della relazione di stima siano inseriti *altresì* in appositi siti *internet* almeno 45 giorni prima del termine per la presentazione delle offerte; il 3° comma prevede ulteriori eventuali (non obbligatorie) forme di pubblicità, ad es., la pubblicazione dell'avviso di vendita nei quotidiani (opzione meno frequentata, in ragione dei relativi costi), o la sua divulgazione con le forme della pubblicità commerciale (ad es., la pubblicazione sui mezzi di trasporto, o nei *social network*, come più spesso accade). Il mancato rispetto del termine *ordinatorio* per l'anticipazione delle spese di pubblicità previste nei commi 2 e 3 dell'art. 490 c.p.c. dà luogo non ad estinzione, ma ad improseguibilità del processo esecutivo (Cass., 14 marzo 2022, n. 8113; Cass., 27 luglio 2021, n. 21549) e, dunque, alla chiusura anticipata della procedura.

<sup>8</sup> Ne dà conferma il tenore testuale dell'art. 562 c.p.c..

<sup>9</sup> Cass., 18 dicembre 2023, n. 35365.

dell'istanza di vendita, o anche successivamente; dall'altro lato, l'identificazione del termine ultimo per il deposito del documento che dimostra l'avvenuta trascrizione; infine, le conseguenze processuali dell'omessa o tardiva trascrizione del pignoramento e dell'omesso o tardivo deposito del documento che ne dà prova, da individuarsi, secondo la Corte, nella improcedibilità dell'esecuzione, ovvero, in una estinzione "atipica" del processo.

Un'ulteriore tema, qui non direttamente esaminato dalla Suprema Corte, ma che merita di essere sviluppato, per completezza – anche in relazione a prassi talora diffuse, vòlte a depositare nel fascicolo telematico del processo atti differenti dal c.d. "duplo" della nota di trascrizione del pignoramento (ad es., un'ispezione ipotecaria) – coinvolge l'individuazione precisa dell'atto che *dimostra* l'avvenuta trascrizione del pignoramento, che deve individuarsi proprio ed esclusivamente nella nota di trascrizione, il cui "duplo", dunque, deve essere depositato nel fascicolo del procedimento, senza che sia possibile il deposito di documenti, aventi diversa natura e funzione, dai quali si possa evincere, solo indirettamente, però, l'avvenuta trascrizione.

Per stabilire, infatti, se ed in quali limiti un determinato atto relativo a beni immobili sia opponibile ai terzi, deve aversi riguardo *esclusivamente* al contenuto della nota di trascrizione, dovendo le indicazioni riportate nella nota stessa consentire di individuare, senza possibilità di equivoci ed incertezze, gli estremi essenziali del negozio ed i beni ai quali esso si riferisce, senza necessità di esaminare anche il contenuto del titolo che, insieme con la menzionata nota, viene depositato presso la conservatoria dei registri immobiliari<sup>10</sup>.

L'unica fonte alla quale attingere, per verificare la sufficienza della nota di trascrizione ai fini dell'individuazione degli immobili sui quali essa incide, è dunque la nota stessa<sup>11</sup>.

3. – Il pignoramento immobiliare è caratterizzato da una struttura peculiare, rispetto alla quale si confrontano da tempo più tesi, prospettate per descrivere "come" e "quando" esso divenga produttivo di effetti.

La scelta dell'una o dell'altra opzione ricostruttiva assume rilevanza anche pratica: *in primis*, per comprendere quando il pignoramento immobiliare possa dirsi "compiuto", ai fini della decorrenza del suo termine di efficacia, di cui all'art. 497 c.p.c..

---

<sup>10</sup> Cass., 26 aprile 2024, n. 11213; nel medesimo segno, Cass., 19 febbraio 2019, n. 4842; Cass., 31 agosto 2009, n. 18892.

<sup>11</sup> Cass., 19 febbraio 2019, n. 4726.

Una prima tesi individua nel pignoramento immobiliare una *fattispecie a formazione progressiva*, nella quale la trascrizione – adempimento successivo all’ingiunzione rivolta al debitore a non disporre del bene<sup>12</sup> – assume il valore di un elemento *costitutivo* del pignoramento, che ne contribuisce al perfezionamento sotto il profilo dell’efficacia sostanziale<sup>13</sup>, ancorché taluni effetti processuali, per il debitore ingiunto e per il creditore procedente, possano prodursi ancor prima del completamento della fattispecie.

In tale prospettiva, il pignoramento verrebbe a giuridica esistenza sul piano processuale e, così, tra le parti del processo, per effetto dell’ingiunzione rivolta al debitore, mentre la trascrizione contribuirebbe soltanto ad integrare, sul piano sostanziale, l’efficacia di una fattispecie processuale già compiuta, e ciò ai fini della sua opponibilità ai terzi acquirenti di diritti sul bene pignorato<sup>14</sup>.

Un secondo orientamento, negando la distinzione tra effetti processuali e sostanziali del pignoramento immobiliare, assume che l’atto si perfezioni, anche nei confronti del debitore, solo con la trascrizione<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Si v. l’art. 555, 1° comma, c.p.c., in relazione all’art. 492 c.p.c..

<sup>13</sup> G. VERDE, voce *Pignoramento mobiliare diretto e immobiliare*, in *Enc. dir.*, Milano, 1983, vol XXXIII, 769, 825, che pure (G. VERDE, *Il pignoramento. Studio sulla natura e sugli effetti*, Napoli, 1964, 81 e ss.) inquadra la sequenza di atti di cui si compone il pignoramento nello schema del procedimento; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, III, Roma, 1956, 63; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1954, 255; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1965, 343; G. BONGIORNO, *Espropriazione immobiliare*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 35; G. MARTINETTO, *Il pignoramento in generale*, in M. Bove – B. Capponi – G. Martinetto-B. Sassani, *L’espropriazione forzata*, Torino, 1988, 68; E. REDENTI – M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1999, 342; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2023, 342; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2024, 81; G. CAMPEIS – A. DE PAULI, *Le esecuzioni civili*, Padova, 2007, 215. Sul punto, v., altresì, A.M. SOLDI, *Manuale dell’esecuzione forzata*, Milano, 2022, 439 e ss.; B. CAPPONI, *Diritto dell’esecuzione civile*, Torino, 2023, 147.

<sup>14</sup> Come conferma, *a contrario*, l’art. 2915 c.c.; in argomento, Cass., 11 marzo 2016, n. 4751; Cass., 18 agosto 2011, n. 17367; Cass., 16 maggio 2008, n. 12429, che, esaltando la struttura unitaria, benché a formazione progressiva, del pignoramento immobiliare, ritiene che la successiva rettifica, o la rinnovazione, di una trascrizione *ab origine* carente o erronea, non siano idonee a sanare l’invalidità originaria, sicché occorre, in tal caso, rinnovare sia la notifica del pignoramento che la trascrizione, atteso che la tutela dell’aggiudicatario prevista dall’art. 2929 c.c. sarebbe esclusa nelle ipotesi di illegittimità originaria dell’esecuzione.

<sup>15</sup> In questo senso, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, 217; B. CAPPONI, voce *Pignoramento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 3; L. MONTESANO – G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 1999, 103; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2023, 714; P. CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Milano, 2010, 562.

L'indirizzo consolidato del giudice di legittimità accoglie la prima opzione e, dunque, configura il pignoramento immobiliare come una fattispecie a formazione progressiva, articolata in due elementi costitutivi, aventi ad oggetto adempimenti differenti quanto a modalità ed effetti:

- la *notificazione* dell'atto ex art. 555 c.p.c., con la contestuale ingiunzione, prevista nell'art. 492 c.p.c., rivolta dall'ufficiale giudiziario al debitore che subisce l'espropriazione immobiliare; debitore, che, da questo momento, può dirsi esecutato, posto che, a norma dell'art. 491 c.p.c., l'espropriazione forzata inizia proprio "col pignoramento" (salva la particolare ipotesi, di cui all'art. 502 c.p.c.<sup>16</sup>), ovvero, con l'atto, che crea il vincolo di indisponibilità, di cui all'art. 492 c.p.c. sul diritto, che ne forma oggetto<sup>17</sup>;

- la *trascrizione* dell'atto nei pubblici registri immobiliari, che completa il pignoramento, consentendone la produzione degli effetti sostanziali di opponibilità nei riguardi dei terzi e di pubblicità-notizia nei confronti dei creditori concorrenti<sup>18</sup>.

Seguendo la teoria della fattispecie a formazione progressiva, dobbiamo ritenere che già la notificazione del pignoramento immobiliare segni l'inizio del processo esecutivo, tracciando il *dies a quo* dell'efficacia dell'atto, anche ai fini di cui agli artt. 497 e (oggi) 567 c.p.c., e che la trascrizione lo completi, ponendosi come presupposto indispensabile perché il giudice dia seguito all'istanza di vendita del bene<sup>19</sup>.

L'eventuale cancellazione della trascrizione, indipendentemente dalla validità o meno del titolo in base al quale essa è stata effettuata, impedisce di *dare seguito* all'istanza di vendita del bene immobile pignorato, operando come autonoma causa di estinzione della pubblicità, che ne fa venir meno gli effetti rispetto ad ogni interessato<sup>20</sup>.

La teoria della fattispecie a formazione progressiva, al di là del suo fascino concettuale, mostra il suo pratico limite, nel vigore di una disciplina

<sup>16</sup> L'art. 502 c.p.c. dispone che l'assegnazione o la vendita delle cose date in pegno può essere chiesta senza che sia stata preceduta dal pignoramento, con conseguente decorrenza del termine per la relativa istanza dalla notificazione del precetto.

<sup>17</sup> G. MICCOLIS, in *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di G. Miccolis e C. Perago, Torino, 2009, 41.

<sup>18</sup> Cass. 22 dicembre 2022, n. 37558; Cass. 20 aprile 2015, n. 7998.

<sup>19</sup> Cass. 20 aprile 2015, n. 7998, in applicazione di tale principio, ha confermato la decisione con cui il giudice di merito – in presenza di due pignoramenti contestuali, notificati da due diversi creditori, uno solo dei quali trascritto – aveva dichiarato l'estinzione della procedura esecutiva, in ragione della rinuncia agli atti proveniente dal solo creditore che aveva trascritto il pignoramento.

<sup>20</sup> Cass. 18 agosto 2011, n. 17367.

processuale, nel tempo ripetutamente mutata (ma, verosimilmente, non migliorata), che impone al creditore procedente di porre in essere tutti gli adempimenti iniziali essenziali del processo per espropriazione immobiliare entro termini spiccatamente contratti (tutti decorrenti dalla notificazione del pignoramento al debitore), che sono stati, via via, anticipati, in ragione dell’auspicio del legislatore di incidere, in tal modo, sul “fattore tempo” del processo di espropriazione forzata<sup>21</sup>.

Oggi il termine finale di efficacia del pignoramento (quarantacinque giorni dal suo “compimento”, ovvero, dalla notificazione al debitore) segna il *dies ad quem* per il deposito sia dell’istanza di vendita che (inopinatamente) della documentazione ipocatastale, di cui all’art. 567 c.p.c.<sup>22</sup>.

Benché il termine finale per il deposito dell’istanza di vendita<sup>23</sup> e quello per il deposito della documentazione ipocatastale ora coincidano, deve escludersi che, in virtù della nuova formulazione della disposizione, di cui all’art. 567 c.p.c., da un lato, debba necessariamente depositarsi la documentazione unitamente all’istanza di vendita e, dall’altro, che tale deposito possa precedere l’istanza di vendita<sup>24</sup>.

Sicuramente, il giudice dell’esecuzione può provvedere sull’istanza di vendita solo quando nel fascicolo sia presente anche la documentazione ipocatastale<sup>25</sup>.

Secondo attenta dottrina, la mancata proposizione dell’istanza di vendita, o il deposito tardivo della medesima, generano una fattispecie estintiva del processo esecutivo, più che un’ipotesi di inefficacia del pignoramento<sup>26</sup>.

A nostro parere, non si tratta di porre un’alternativa tra i due fenomeni, che nemmeno la legge introduce: infatti, fermo restando che, come già osservato, l’omesso o tardivo deposito dell’istanza di vendita, ex art. 497 c.p.c., determina l’inefficacia del pignoramento e, quindi, l’estinzione (tipica<sup>27</sup>) della procedura esecutiva, a norma dell’art. 630 c.p.c. (ne dà

<sup>21</sup> Così, espressamente, la *Relazione illustrativa* al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, attuativo della l. 26 novembre 2021, n. 206, pag. 86.

<sup>22</sup> Il termine, di cui all’art. 497 c.p.c. è soggetto a sospensione feriale (Cass., 29 luglio 1986, n. 4841).

<sup>23</sup> Che può essere depositata nel fascicolo telematico del procedimento, una volta che sia decorso il termine di dieci giorni, di cui all’art. 501 c.p.c.,

<sup>24</sup> V. la *Relazione illustrativa*, pagg. 86-87.

<sup>25</sup> L’art. 569, 1° comma, c.p.c., stabilisce che “A seguito dell’istanza di cui all’articolo 567 il giudice dell’esecuzione, entro quindici giorni dal deposito della documentazione di cui al secondo comma dell’articolo 567, nomina l’esperto... e fissa l’udienza per la comparizione delle parti...”.

<sup>26</sup> G. MICCOLIS, in *L’esecuzione forzata riformata*, cit. 85.

<sup>27</sup> Cass., 18 dicembre 2023, n. 35365.

conferma anche l'art. 562 c.p.c.), l'art. 172, disp. att., c.p.c., distingue l'ipotesi in cui l'estinzione del processo consegua proprio alla perdita di efficacia del pignoramento da tutti gli altri casi (“... e in ogni altro caso”) in cui l'inefficacia del pignoramento sia l'effetto, conseguente *ex lege* dal disposto dell'art. 632 c.p.c., della già (per altra causa) avvenuta estinzione del processo, ad es., per rinuncia agli atti.

4. – Il rilievo anche spiccatamente processuale della trascrizione del pignoramento immobiliare è sottolineato da una non troppo risalente pronuncia della Cassazione<sup>28</sup>, la quale ha precisato che essa non è preordinata soltanto ad assicurare, sul piano sostanziale, pubblicità al vincolo imposto al bene pignorato, ma si pone come elemento perfezionativo del pignoramento immobiliare, teleologicamente destinato a preservare la fruttuosità dell'acquisto da parte dell'aggiudicatario o dell'assegnatario<sup>29</sup>, *combinando* i propri effetti con la trascrizione del successivo decreto di trasferimento e *saldandosi*, in tal modo, ad essa.

È, dunque, un passaggio imprescindibile, affinché il giudice dell'esecuzione *dia seguito* all'istanza di vendita del bene (nominando gli ausiliari e fissando l'udienza, di cui all'art. 569 c.p.c.), consentendo che il processo esecutivo si svolga utilmente e raggiunga, fisiologicamente, il suo scopo<sup>30</sup>.

La vendita forzata immobiliare presuppone, dunque, che, a monte, il vincolo di indisponibilità impresso dal pignoramento sia stato trascritto, così da rendere inopponibili ai creditori, e, dunque, all'aggiudicatario, gli eventuali atti dispositivi del bene pignorato successivi alla trascrizione.

Per tale ragione, il giudice dell'esecuzione, allorché provvede sull'istanza di vendita, è tenuto a verificare l'avvenuta trascrizione del pignoramento, quale integrazione dell'atto di esordio della procedura, ma, soprattutto, quale *condizione per l'utile perseguibilità della espropriazione verso un trasferimento ritualmente opponibile ai terzi*: sicché la mancata trascrizione, di cui si sia occupato il creditore, o la mancata prova di essa osta financo all'apertura della fase liquidativa, altrimenti minata nella stessa possibilità di realizzare un *efficace trasferimento* del bene pignorato<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Cass. n. 7998/2015, cit..

<sup>29</sup> G. MICCOLIS, in *L'esecuzione forzata riformata*, cit., 45.

<sup>30</sup> DE STEFANO, *Il giudice dell'esecuzione e la governance del processo esecutivo*, in *REF*, 2024, 4, sottolinea, sul piano generale, la necessità di adottare prassi interpretative ed applicative che privilegino, tra più opzioni, quella che possa apparire più proficua rispetto al fine concreto del processo esecutivo. Sullo scopo del processo esecutivo, si v. quanto osservato alla nota 4.

<sup>31</sup> Cass. n. 7998/2015, cit.

Se manca la trascrizione del pignoramento, dunque, il processo esecutivo non è in grado di pervenire al risultato, cui è diretto, vale a dire, alla soddisfazione dei crediti azionati attraverso la trasformazione in danaro del diritto pignorato.

Sul piano della tempistica, appare inevitabile concludere che la trascrizione del pignoramento immobiliare deve avvenire, evidentemente, entro il termine di efficacia dell'atto, cui è riferita; sicché l'eventuale trascrizione (patologicamente) chiesta al conservatore quando sia già decorso il termine di efficacia dell'atto, si tradurrebbe, a parere di chi scrive, in una causa di irricevibilità della richiesta; mentre la positiva trascrizione di un pignoramento ormai privo di efficacia si tradurrebbe, verosimilmente, in una nullità della stessa.

Di fatto, però, la trascrizione deve avvenire ben prima dell'indicato termine finale, posto che, oggi, sempre entro il termine di efficacia, di cui all'art. 497 c.p.c., deve essere depositata anche la documentazione ipocatastale, di cui all'art. 567, 2° comma, c.p.c., riportante le iscrizioni e le trascrizioni relative all'immobile pignorato effettuate nei vent'anni anteriori alla trascrizione del pignoramento<sup>32</sup>.

È evidente, infatti, che un pignoramento trascritto in corrispondenza dello spirare del termine di efficacia dell'atto, o, in ipotesi estrema, proprio il quarantacinquesimo giorno dalla sua notificazione, impedirebbe, sicuramente, la redazione ed il tempestivo deposito della certificazione notarile, di cui alla seconda parte del medesimo comma, a meno che la bozza della certificazione non sia stata (diligentemente e) tempestivamente già redatta e attenda solo di essere integrata con gli estremi della trascrizione del pignoramento, che ha originato la procedura in questione. Ma anche tale eventualità presupporrebbe la ricorrenza congiunta di circostanze tutte favorevoli e, dunque, l'assenza di imprevisti.

Pure l'estrazione *in die*, successivamente alla trascrizione *in extremis* del pignoramento, delle certificazioni delle iscrizioni e delle trascrizioni ed il successivo deposito nel fascicolo della procedura appare ipotesi, seppure astrattamente realizzabile, sicuramente non consigliabile.

---

<sup>32</sup> La documentazione, di cui all'art. 567 c.p.c., prodotta dal creditore procedente, deve attestare che, in base alle risultanze dei registri immobiliari, il bene pignorato è di proprietà del debitore esecutato sulla base di una serie continua di trascrizioni di idonei atti di acquisto riferibili al periodo che va dalla data di trascrizione del pignoramento fino al primo atto di acquisto *inter vivos anteriore al ventennio* dalla trascrizione stessa; e la mancata produzione, imputabile al soggetto richiesto, determina la dichiarazione di chiusura anticipata del processo esecutivo (Cass., 11 giugno 2019, n. 15597).

Sicché è sempre preferibile una programmazione ben calibrata di tali adempimenti, in modo da prevenire il rischio sia che l'incombente non si perfezioni nel termine (perentorio) previsto dalla legge, sia che il creditore sia costretto a rivolgere al giudice dell'esecuzione una richiesta (magari non troppo fondata) di proroga, ex art. 567, 3° comma, primo periodo, c.p.c..

Per delineare la disciplina della trascrizione del pignoramento immobiliare e le conseguenze della sua inosservanza – sotto il profilo sia della mancata, o tardiva, trascrizione in sé, sia del mancato, o tardivo, deposito della nota di trascrizione (il c.d. “duplo”) nel fascicolo della procedura – occorre individuare la funzione assolta dalla trascrizione nel contesto della disciplina del pignoramento immobiliare, di cui agli art. 555 e 557 c.p.c..

Rilevante, a tale scopo, è il tenore letterale dell'art. 555 c.p.c., che individua nella notificazione e nella successiva trascrizione gli elementi necessari alla (completa) *esecuzione* del pignoramento immobiliare, ma non ne subordina la produzione degli effetti al compimento di entrambe le attività<sup>33</sup>; sicuramente, la norma prevede come necessaria e doverosa la trascrizione del pignoramento.

La lettura, nell'ordine, del secondo e del terzo comma dell'art. 555 fa pensare, a prima vista, che alla trascrizione provveda, di regola, l'ufficiale giudiziario e che solo eccezionalmente se ne faccia carico il creditore procedente. Nella prassi, accade regolarmente il contrario.

Doveroso è, altresì, il deposito nel fascicolo telematico del procedimento della nota di trascrizione (art. 557, 2° comma, c.p.c.); l'incombente è affidato al solo creditore procedente, anche quando alla trascrizione abbia provveduto (in remota ipotesi) l'ufficiale giudiziario, e deve avvenire entro quindici giorni dalla consegna al creditore dell'atto di pignoramento notificato da parte dell'ufficiale giudiziario.

Posto che, come detto, nella maggior parte dei casi, è il creditore a provvedere alla trascrizione del pignoramento, costui, come prescrive la seconda parte del 2° comma dell'art. 557 c.p.c., dovrà depositare la nota di trascrizione “*appena restituitagli dal conservatore dei registri immobiliari*”, che, obiettivamente, è espressione vaga e che induce a prendere come mero riferimento, per verificare la (tendenziale) tempestività (o la non eccessiva tardività) del deposito, il timbro posto dalla conservatoria sull'originale e sul duplo della nota di trascrizione.

L'art. 557 c.p.c. è scritto in modo obiettivamente infelice, in primo luogo, perché il testo della disposizione è parametrato rispetto

---

<sup>33</sup> Gli effetti processuali del pignoramento, come si è visto, si producono sin dalla notificazione dell'atto al debitore.

all'eventualità più remota (ovvero, che sia l'ufficiale giudiziario a provvedere alla trascrizione); in secondo luogo, perché il tenore del suo 3° comma fa sorgere il dubbio, se il mancato deposito, entro quindici giorni dalla consegna al creditore, anche della nota di trascrizione sia causa di inefficacia del pignoramento.

È stato affermato che la mancata inclusione della nota di trascrizione del pignoramento tra gli atti da depositare entro il termine di quindici giorni, a pena di inefficacia, sia frutto di una scelta consapevole del legislatore (per quanto di non immediata percepibilità)<sup>34</sup>. Di conseguenza, in tale prospettiva, il mancato deposito della nota di trascrizione non è sanzionabile ai sensi dell'art. 557, 3° comma, c.p.c.<sup>35</sup>.

Prima ancora di riflettere sulla conseguenza del tardivo deposito della nota di trascrizione, occorre chiedersi, logicamente, *se esista un termine per procedere alla trascrizione del pignoramento* e, in caso affermativo, in quale momento della sequenza procedimentale esso vada individuato.

Le risposte date al quesito non sono univoche.

A) Vi è chi, valorizzando *a contrario* l'argomento, per cui l'eventuale cancellazione della trascrizione impedisce di dare seguito all'istanza di vendita del bene immobile pignorato<sup>36</sup>, assume che la trascrizione debba intervenire *"prima dell'udienza in cui il giudice dell'esecuzione, delibando sull'istanza di vendita, pronunci l'ordinanza ex art. 569 c.p.c."*<sup>37</sup>.

Tale conclusione non ci trova d'accordo, nella misura in cui identifica il momento in cui il giudice dell'esecuzione "si pronuncia" sull'istanza di vendita con l'emissione dell'ordinanza *ex art. 569 c.p.c.*

A nostro parere, il momento in cui il giudice "provvede" sull'istanza di vendita, dandovi seguito, è individuabile ben prima, e precisamente nel compimento delle attività, descritte nel 1° comma dell'art. 569 c.p.c., ovvero, allorché il giudice dell'esecuzione, letta l'istanza di vendita, entro quindici giorni dal deposito della documentazione di cui all'art. 567, 2° comma, c.p.c., nomina l'esperto stimatore ed il custode giudiziario, fissando l'udienza, all'esito della quale, in assenza di ragioni ostative, autorizzerà la vendita.

---

<sup>34</sup> A. AULETTA, *Trascrizione del pignoramento e deposito della relativa nota: le questioni emerse in giurisprudenza* (a margine di Trib. Nocera Inferiore, 23.3.2021), in [www.inexecutivis.it](http://www.inexecutivis.it).

<sup>35</sup> Si v., sul punto, quanto osservato al § 5, anche in relazione alla nuova formulazione dell'art. 557 c.p.c., ad opera del d.lgs. c.d. "correttivo" alla riforma Cartabia.

<sup>36</sup> Cass. 18 agosto 2011, n. 17367.

<sup>37</sup> In tal senso, A. AULETTA, *Trascrizione del pignoramento e deposito della relativa nota: le questioni emerse in giurisprudenza* (a margine di Trib. Nocera Inferiore, 23.3.2021), in [www.inexecutivis.it](http://www.inexecutivis.it).

Il contenuto dell'atto denominato istanza di vendita, infatti, non si esaurisce nella richiesta della pronuncia della relativa ordinanza, ma, innanzitutto, nella richiesta di nomina degli ausiliari (esperto stimatore e custode giudiziario), incaricati delle verifiche, di cui all'art. 173-bis, disp. att., c.p.c., prima fra tutte (ex art. 173-bis, 2° comma, disp. att., c.p.c.) proprio la completezza della documentazione di cui all'art. 567 (2° comma) c.p.c.

Poiché la completezza di tale documentazione è parametrata, a ritroso, proprio rispetto alla data di trascrizione del pignoramento, è evidente che, allorché il giudice nomina gli ausiliari, fissando la data dell'udienza di vendita, in quel momento (che, a norma dell'art. 569, 1° comma, c.p.c. precede di tre mesi quello dell'udienza in discorso), il pignoramento deve essere stato *già trascritto*<sup>38</sup>.

B) Secondo altra prospettiva, la trascrizione andrebbe effettuata prima, o, comunque, non oltre il deposito dell'istanza di vendita<sup>39</sup> e, di conseguenza, la trascrizione del pignoramento avvenuta dopo la proposizione dell'istanza di vendita porta con sé l'estinzione del processo<sup>40</sup>.

C) Altri ancora, con posizione condivisibile, assumono che *“l'esistenza della trascrizione assume rilievo quando il giudice dell'esecuzione è chiamato a provvedere sulla vendita dei beni, ossia quando sia stata depositata l'istanza di vendita con la documentazione ventennale”*<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Nella pratica, tra la pronuncia di tale decreto e la data dell'udienza intercorrono non meno di quattro mesi (sempre che non ricorrano – e, assai spesso, vi sono – fondate ragioni di proroga del termine per il compimento delle operazioni di stima). L'esperto stimatore, infatti, a norma dell'art. 173-bis, 3° comma, disp. att., c.p.c., deve depositare l'elaborato di stima almeno trenta giorni prima dell'udienza di vendita e molto raramente riesce a depositare la perizia entro sessanta giorni dall'accettazione dell'incarico. L'attività dell'esperto, infatti, è spesso oggettivamente rallentata per effetto del ritardo degli uffici comunali nell'evasione delle istanze di accesso agli atti, oppure della spiccata consistenza del compendio pignorato.

<sup>39</sup> Trib. Cosenza, 3 aprile 2019, citato da A. AULETTA, *ibidem*.

<sup>40</sup> L'osservazione del Tribunale cosentino evidenzia che *“anche ove non si voglia condividere la configurabilità di un termine perentorio per il deposito della nota di trascrizione... il creditore precedente non possa presentare istanza di vendita qualora il pignoramento non sia stato ancora trascritto, postulando l'atto procedurale successivo la completezza e l'avvenuto perfezionamento dell'atto procedurale precedente”*. Va, tuttavia, osservato che la trascrizione ben può completare il pignoramento pur se interviene successivamente al deposito dell'istanza di vendita (ma sempre nel termine di cui all'art. 497 c.p.c.). Fatte salve le osservazioni già riportate nel testo, in apertura del presente paragrafo, relativamente ai rischi processuali del creditore precedente che trascriva il pignoramento all'ultimo momento.

<sup>41</sup> Trib. Nocera Inferiore, 23.3.2021; Trib. Lamezia Terme, ord. 15.1.2019, citate da A. AULETTA, *ibidem*.

Come si è già osservato, prima del deposito della documentazione di cui all'art. 567 c.p.c. il giudice dell'esecuzione non può prendere in esame l'istanza di vendita; e, poiché, come pure si è detto, la documentazione ipocatastale prende come riferimento cronologico proprio il ventennio antecedente alla trascrizione del pignoramento, deve concludersi che la trascrizione deve essere stata già eseguita nel momento in cui viene il creditore si attiva, per richiedere la certificazione in discorso.

Ragioni di coerenza sistematica e funzionale impongono, pertanto, di individuare nella scadenza del termine per il deposito dell'istanza di vendita, e della documentazione ipocatastale, di cui all'art. 567 c.p.c., il momento ultimo per la trascrizione del pignoramento<sup>42</sup>.

Se l'espropriazione immobiliare mira, tra l'altro, a porre il creditore pignorante al riparo dagli eventuali atti di disposizione compiuti dal debitore dopo il pignoramento (art. 2913 c.c.), è evidente che la trascrizione di tale atto serve ad assicurare proprio questo scopo.

Dunque, l'espropriazione immobiliare si può svolgere solo ove sia dimostrata l'avvenuta tempestiva trascrizione del pignoramento, e ciò a prescindere dal rilievo della trascrizione nel momento genetico del pignoramento, quale elemento costitutivo o meno dell'atto<sup>43</sup>.

Come ha bene evidenziato la Suprema Corte, infatti, nel contesto di una pronuncia ricca di spunti interpretativi e ben motivata, in tutte le discipline del processo esecutivo, succedutesi negli ultimi anni, la mancata dimostrazione della trascrizione del pignoramento ha *sempre* rilevato quale evento idoneo a far venir meno il processo esecutivo e, con esso, il pignoramento non trascritto<sup>44</sup>.

La stessa pronuncia, opportunamente, ha evidenziato l'importanza – più che dell'adesione ad una delle due ricostruzioni sopra ricordate, relative

---

<sup>42</sup> Così anche Trib. Nocera Inferiore, 23.3.2021. Il tenore del 2° comma dell'art. 567 c.p.c., nel testo previgente alla c.d. riforma Cartabia (che faceva coincidere il *dies ad quem* del termine di efficacia del pignoramento con il *dies a quo* del termine per il deposito della documentazione ipocatastale), poteva rendere condivisibile l'affermazione di Trib. di Napoli, 9 dicembre 2020 (cit. da A. AULETTA, op. cit.), secondo cui la mera posteriorità della data della domanda di trascrizione rispetto al deposito dell'istanza di vendita non determina, di per sé, l'improcedibilità della procedura esecutiva, "poiché nessuna norma àncora la trascrizione del pignoramento ad un momento per forza anteriore all'istanza di vendita". L'avvenuta unificazione, *post* riforma, del termine finale per il deposito tanto dell'istanza di vendita quanto della documentazione ipocatastale impone, oggi, di ritenere, viceversa, che al deposito della documentazione di cui all'art. 567, 2° comma, c.p.c. sia necessariamente prodromica la trascrizione del pignoramento.

<sup>43</sup> Così Cass., 11 marzo 2016, n. 4751.

<sup>44</sup> Così Cass., 11 marzo 2016, n. 4751.

alla funzione (costitutiva o meno) della trascrizione nel contesto del pignoramento immobiliare – dell’adozione di una prospettiva *relativizzante*, che, sulla base dei dati normativi somministrati dagli artt. 555 e 557 c.p.c., ed alla luce dello scopo perseguito dal legislatore, riconosca che, *per taluni* effetti del pignoramento immobiliare, rileva già soltanto la notificazione al debitore, mentre, *per altri*, il successivo momento della trascrizione; e ciò, proprio nella logica della formazione progressiva di una fattispecie, alla fine, unitaria<sup>45</sup>.

Proprio in quanto attività di completamento di una fattispecie a formazione progressiva già *in itinere*, la trascrizione può essere utilmente compiuta anche durante l’eventuale sospensione del processo esecutivo, disposta (per effetto della sospensione dell’esecutività del titolo esecutivo) dopo la notificazione del pignoramento, ma prima della trascrizione di esso<sup>46</sup>.

La trascrizione del pignoramento, dalla quale discende l’inopponibilità all’acquirente dei diritti acquistati dai terzi ai sensi dell’art. 2919, 2° comma, c.c., deve persistere per tutta la durata del processo esecutivo, in ragione della effettiva tutela della posizione del futuro aggiudicatario; tanto che l’eventuale cancellazione della formalità, pur se erronea o illegittima, a seguito di estinzione o di altra forma di chiusura anticipata della procedura, fa acquistare efficacia, in pregiudizio dell’aggiudicatario, alle trascrizioni successive al pignoramento, in applicazione della regola generale di cui all’art. 2644 c.c., a nulla valendo l’eventuale ripristino della formalità, in conseguenza della revoca del provvedimento di cancellazione, i cui effetti operano solo *ex nunc* e, dunque, in maniera recessiva rispetto agli acquisti medio tempore ritualmente trascritti<sup>47</sup>.

Per meglio comprendere la funzione della trascrizione del pignoramento immobiliare, una ricca fonte di spunti interpretativi è costituita dalle pronunce rese in relazione alla disciplina in punto di rinnovazione della trascrizione del pignoramento (art. 2668-ter c.c.).

L’eventuale mancata rinnovazione entro il termine ventennale, di cui all’art. 2668-ter c.c., rilevabile anche d’ufficio dal giudice, determina, infatti, l’improseguibilità del processo stesso, con il venir meno *ex tunc* dell’intera attività processuale seguita al pignoramento originariamente trascritto<sup>48</sup>, oltre che dello stesso pignoramento<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Così Cass., 11 marzo 2016, n. 4751, che richiama, sul punto, il principio di diritto formulato da Cass., 20 aprile 2015, n. 7998.

<sup>46</sup> Cass., 22 dicembre 2022, n. 37558.

<sup>47</sup> Cass., 18 gennaio 2024, n. 2020.

<sup>48</sup> L’art. 2668-ter c.c. dispone l’estensione anche al pignoramento della limitazione della durata ventennale dell’efficacia della trascrizione, disposta dal

La rinnovazione è, dunque, elemento costitutivo della fattispecie del pignoramento, tanto che, secondo la giurisprudenza, è preclusa la possibilità di rinnovazione tardiva, ad iniziativa della parte, o nel termine concesso dal giudice dell'esecuzione, dell'originario pignoramento, con una sorta di recupero *pro futuro* della sua funzione<sup>50</sup>.

precedente art. 2268-bis, con riferimento alla domanda giudiziale; tale circostanza conforta la teoria che equipara (o quantomeno introduce un parallelo fra) la domanda giudiziale ed il pignoramento, che costituirebbe una sorta di "domanda esecutiva".

<sup>49</sup> Trib. Verona, 17 luglio 2020; Trib. Castrovillari, 7 gennaio 2020, n. 19. Secondo Cass., 9 maggio 2019, n. 12239, in questo caso, al pignoramento non tempestivamente rinnovato nella sua trascrizione dovrebbe riconoscersi, tuttavia, l'idoneità a produrre l'effetto interruttivo (istantaneo) della prescrizione, in ossequio alla regola generale, di cui all'art. 2945, 3° comma, c.c. anche se si può osservare che la regola ora ricordata riguarda le ipotesi di estinzione (tipica) del processo e non di improseguibilità del medesimo. Con riferimento alla rinnovazione della trascrizione della domanda giudiziale (ma la conclusione è estensibile anche alla fattispecie in esame), è stato osservato, da una parte della dottrina (G. MICCOLIS, *La rinnovazione della trascrizione della domanda giudiziale, del pignoramento immobiliare e del sequestro conservativo sugli immobili*, in *Foro it.*, V, 2009, 340; A. RIZZIERI, *L'introduzione nel codice civile degli artt. 2668 bis e 2668 ter*, in *Studium iuris*, 2009, 744) che, ove il termine ventennale venga lasciato spirare, senza che la parte abbia provveduto a compiere la rinnovazione, gli effetti della trascrizione cesserebbero *ex tunc* e, dunque, la successiva sentenza che dovesse accogliere la domanda dell'attore non sarebbe opponibile all'avente causa dal convenuto, anche se questi avesse trascritto il suo acquisto quando gli effetti della trascrizione non erano ancora cessati, cioè prima del compimento del ventennio. In senso contrario, ed a favore della inefficacia *ex nunc*, si è precisato (R. TRIOLA, sub art. 2668-bis c.c., in *Commentario del codice civile*, a cura di G. Bonilini e A. Chizzini, Milano, 2016, 245-246.) che, quando il legislatore ha voluto che gli effetti della trascrizione cessassero retroattivamente lo ha previsto in modo espresso (art. 2645-bis, 3° comma, c.c.).

<sup>50</sup> Cass. 23 gennaio 2019, n. 1891, che espressamente richiama il ben più completo precedente (Cass. 11 marzo 2016, n. 4751), specificamente dedicato all'analisi degli effetti sulla procedura esecutiva della mancata rinnovazione della trascrizione del pignoramento *ex art. 2668-ter c.c.*, che sono diversi, a seconda della premessa dalla quale si muova, in punto di rilevanza della trascrizione del pignoramento immobiliare. Ove si segua il primo orientamento riportato nel testo al § 2, infatti, la mancata rinnovazione della trascrizione travolge il pignoramento stesso, facendone venir meno un elemento costitutivo. L'opposta opinione, che vede nella trascrizione solo un elemento di integrazione dell'efficacia dell'atto, giustifica la permanenza del pignoramento, sebbene non più opponibile ai terzi che *medio tempore* abbiano acquistato diritti sul bene o li abbiano acquistati dopo. Cass. 11 marzo 2016, n. 4751 bene sottolinea che la centralità della trascrizione del pignoramento è stata sicuramente presente al legislatore della l. n. 69/2009, che ha introdotto l'art. 2668-ter c.c., individuando una fattispecie direttamente incidente sull'ulteriore corso del processo esecutivo; in tale contesto, la doverosa rinnovazione della trascrizione è

Si è detto che l'omessa rinnovazione entro il termine ventennale è causa di improseguibilità del processo stesso.

La conclusione è corretta e coerente con la funzione del processo esecutivo.

Se è vero, come è vero, che il processo esecutivo è volto a conseguire un risultato che sia opponibile ai terzi, non si potrebbe sensatamente teorizzare l'insensibilità del processo esecutivo alla mancata rinnovazione della trascrizione, ipotizzando che esso possa continuare, sia pure senza la prospettiva di dare luogo a quel risultato.

Accolta la premessa sopra riportata, che associa alla mancata rinnovazione l'improseguibilità del processo esecutivo, non appare, dunque, concepibile una rinnovazione tardiva della trascrizione (ad iniziativa del soggetto interessato o su impulso del giudice), che pretenda di saldarsi ad un pignoramento originario ormai divenuto inefficace.

Al netto della verosimile irricevibilità della richiesta di rinnovazione di un pignoramento ormai inefficace, si deve ritenere che essa sarebbe inidonea (in ragione del venir meno della trascrizione originaria) a pregiudicare i terzi che, *medio tempore*, avessero acquistato diritti sul bene, trascrivendo il loro titolo di acquisto nell'arco di tempo corrente tra la prima trascrizione del pignoramento e quella in rinnovazione. E così, sempre in ipotesi, il processo esecutivo finirebbe per non garantire all'aggiudicatario un risultato opponibile a (tutti) i terzi<sup>51</sup>.

Teorizzare la (nuova) attribuzione al pignoramento dell'effetto di tutela verso gli atti di disposizione, ma solo a partire dalla (tardiva) rinnovazione, implicherebbe far dire al legislatore cose che non ha detto, creando una disciplina del tutto eccentrica rispetto alle normali conseguenze del venir meno del processo esecutivo<sup>52</sup>.

---

stata concepita come attività condizionante la possibilità di un'ulteriore prosecuzione del processo esecutivo e, quindi, necessaria, perché il processo possa continuare.

<sup>51</sup> L'infondatezza della tesi da ultimo esposta (e criticata) è confermata dalla giurisprudenza, che, condivisibilmente, ritiene "del tutto priva di basi giustificative ed in manifesta contraddizione con la logica della tutela giurisdizionale assicurata dal modello del processo esecutivo immobiliare", l'idea che la mancata rinnovazione della trascrizione, sebbene determinativa della cessazione dell'efficacia del pignoramento, possa travolgere il processo esecutivo, ma non il pignoramento come suo momento iniziale (Cass. 11 marzo 2016, n. 4751).

<sup>52</sup> Cass. 11 marzo 2016, n. 4751. Quanto agli eventuali atti di disposizione compiuti dal debitore successivamente alla perenzione del pignoramento per mancata rinnovazione della trascrizione, la Corte ritiene che essi siano, sì, opponibili al creditore precedente e a quelli intervenuti, ma, essendo gli acquisti avvenuti in pendenza della trascrizione, poi venuta meno, si tratti di atti che il debitore ha compiuto "nella consapevolezza di ledere le ragioni creditorie e l'ordine di non disporre del

5. – Come osservato in precedenza, l'imperfetta formulazione dell'ultimo comma dell'art. 557 c.p.c., poco coerente con il resto della disposizione, fa sorgere il dubbio se l'inefficacia del pignoramento – conseguente al tardivo deposito nel fascicolo telematico del procedimento della nota di iscrizione a ruolo e delle copie attestare conformi del titolo esecutivo, del precetto e del pignoramento – si applichi anche con riguardo alla nota di trascrizione, testualmente non evocata dal 3° comma dell'art. 557 c.p.c..

Secondo la giurisprudenza (e anche secondo noi) è del tutto ragionevole ritenere che pure il tardivo deposito della nota di trascrizione debba essere sanzionato allo stesso modo (salva la ricorrenza dei presupposti per l'eventuale rimessione in termini)<sup>53</sup>.

In ogni caso, senza il deposito della nota di trascrizione del pignoramento, il processo esecutivo non può avere corso<sup>54</sup>.

E tale conclusione valeva anche nel vigore dell'art. 557, nel testo anteriore alla riforma del 2014 (che, però, non sanzionava con l'inefficacia del pignoramento l'omessa trascrizione o il tardivo deposito della relativa nota): decisivo, allora, l'uso del verbo "deve", sia nel 1° che nel 2° comma, con riferimento, rispettivamente, al deposito della nota di trascrizione da parte dell'ufficiale giudiziario e del creditore procedente<sup>55</sup>.

Anche l'art. 567, 2° comma, c.p.c., prevedendo il deposito, nel termine di efficacia del pignoramento, dei certificati delle iscrizioni e trascrizioni relative all'immobile pignorato eseguite nei venti anni *anteriori alla trascrizione del pignoramento*, esprime la centralità di tale adempimento, che costituisce proprio il *dies a quo* rispetto al periodo oggetto di verifica a ritroso<sup>56</sup>.

L'interpretazione proposta è confortata dal tenore, sul punto, dello schema di decreto legislativo c.d. "correttivo" alla riforma Cartabia (di

*bene che gli era stato rivolto e che l'acquirente sia da ritenere consapevole di tale idoneità lesiva. Ciò agli effetti dell'art. 2901 c.c."*

<sup>53</sup> Cass., 11 marzo 2016, n. 4751 ("Si deve, infatti, pensare che tale silenzio sul deposito della nota di trascrizione concerna solo l'ipotesi eccezionale che, avendo proceduto l'ufficiale giudiziario alla trascrizione a norma dell'art. 555, comma 2, egli, a differenza di quanto prevede dell'art. 557 c.p.c., comma 1, abbia consegnato l'atto di pignoramento senza la nota di trascrizione perché ancora non restituitagli ed essa sia stata da lui consegnata successivamente").

<sup>54</sup> Identica conclusione deve raggiungersi nel caso in cui, essendo, ai sensi dell'art. 555, u.c., rimasta affidata al creditore procedente la trascrizione del pignoramento, costui non vi abbia provveduto, Cass., 11 marzo 2016, n. 4751.

<sup>55</sup> Cass., 11 marzo 2016, n. 4751.

<sup>56</sup> Cass., 11 marzo 2016, n. 4751.

imminente approvazione), che prevede la sostituzione del 2° comma dell'art. 557 c.p.c. nei termini seguenti: "Il creditore iscrive a ruolo il processo presso il tribunale competente per l'esecuzione depositando copie conformi del titolo esecutivo, del precetto, dell'atto di pignoramento e della nota di trascrizione entro quindici giorni dalla consegna dell'atto di pignoramento, a pena di inefficacia del pignoramento stesso" (corsivi nostri); con soppressione del secondo periodo del 3° comma.

L'art. 555, u.c., c.p.c. consente al creditore di farsi carico dell'adempimento della trascrizione del pignoramento, ma non regola le conseguenze della mancata trascrizione (ascrivibile, in tal caso, alla esclusiva inerzia del creditore).

La comminatoria di inefficacia del pignoramento, di cui all'art. 557, 3° comma, c.p.c., e non di estinzione del processo, per il caso di mancato deposito, nel termine, (anche) della nota di trascrizione (e, a maggior ragione, di assenza stessa della trascrizione)<sup>57</sup>, può essere in astratto ricostruita, quanto alle conseguenze, nel modo consueto, vale a dire, ritenendo che – nel silenzio della legge – tali omissioni siano sottratte al regime dell'art. 630 c.p.c., traducendosi, piuttosto, in cause di improseguibilità dell'esecuzione, avverso la cui dichiarazione, o mancata dichiarazione, è possibile reagire con l'eventuale opposizione agli atti esecutivi; oppure, scorgendo in tale omissione (più ragionevolmente, secondo noi, ma non secondo la pronuncia in commento), una mancata prosecuzione del processo esecutivo nel termine stabilito dalla legge (art. 630, 1° comma, c.p.c.), generatrice di estinzione, attestabile con provvedimento soggetto ad eventuale reclamo.

La preferenza per tale ultima opzione è fondata sull'opportunità, a parere nostro, di valorizzare l'espressione di cui al 1° comma dell'art. 630 c.p.c., riducendo, per quanto possibile, il perimetro delle ipotesi di improseguibilità, che, in fondo, hanno molto spesso alla loro radice un'omissione, e, dunque, un'inattività, della parte.

È vero che il legislatore non ha ricondotto tale fattispecie nel novero – tassativo e tipico – delle vicende estintive dell'esecuzione, ma non appare dubitabile che l'omessa trascrizione del pignoramento, nell'ipotesi di cui all'art. 555, u.c., c.p.c., si traduca, oggettivamente, in una (ben) qualificata inattività del creditore precedente e, dunque, dia sostanza ad una fattispecie riconducibile ad una causa estintiva tipica, costituita dal difetto di impulso, rilevante ai fini di cui all'art. 630 c.p.c..

---

<sup>57</sup> È questa, come detto, la prospettiva interpretativa accolta, per noi condivisibilmente, da Cass., 11 marzo 2016, n. 4751.

La Corte di cassazione, nel provvedimento qui in esame, non è, però, di questo avviso e ritiene che *l'univoca conclusione* (che tanto univoca non appare), alla quale condurrebbero tanto l'argomento ermeneutico quanto quello sistematico, sia che l'omessa o tardiva trascrizione del pignoramento, di cui si sia occupato il creditore, nonché l'omesso o tardivo deposito del documento asseverativo di essa, quali che siano i termini per il compimento dell'una e dell'altra attività, (profilo che, purtroppo, la Corte non ritiene necessario approfondire e sul quale ci siamo soffermati per completezza di esposizione) cagionano la chiusura anticipata del processo di espropriazione immobiliare, "*altrimenti qualificata nella prassi*", dice sempre la Corte, come improseguibilità o improcedibilità, oppure come "estinzione atipica".

A nostro parere, è questo il passaggio più critico della relativamente succinta motivazione della sentenza in commento, che, innanzitutto, avrebbe meritato un maggiore approfondimento, proprio con riguardo ad almeno due rilevanti profili, ovvero: 1) quale sia il termine massimo per provvedere alla trascrizione del pignoramento e al deposito del documento che ne attesta l'avvenuto compimento (aspetti dichiaratamente non approfonditi in questa sede); 2) quale sia il documento effettivamente asseverativo dell'avvenuta trascrizione (da individuare nel c.d. duplo della nota di trascrizione e non in documenti o certificazioni aventi diversa funzione).

Poco chiarificatrice è, altresì, l'assimilazione, un po' frettolosa, dei concetti di "chiusura anticipata" del processo a quelli di "improseguibilità", "improcedibilità" ed "estinzione atipica".

In particolare, che l'improseguibilità o l'improcedibilità del processo di espropriazione siano, nella sostanza, sinonimi, espressivi di situazioni entrambe riconducibili al *genus* (comprensivo di numerose e diverse fattispecie, non altrimenti inquadrata dalla legge) della "chiusura anticipata" è affermazione che non ci trova d'accordo.

È vero che, secondo la giurisprudenza, ai fini dell'individuazione del rimedio giurisdizionale, esperibile avverso il provvedimento con il quale il giudice dell'esecuzione pone fine al processo, è sufficiente distinguere tra provvedimenti ricognitivi dell'avvenuto perfezionamento di una causa *tipica* di estinzione, che sono soggetti ad eventuale *reclamo*, ex art. 630, 3° comma, c.p.c.<sup>58</sup>, e provvedimenti che dichiarano l'avvenuta estinzione del processo per causa *atipica*, oggetto di possibile *opposizione* agli atti, ex art. 617 c.p.c.<sup>59</sup>, ma, ciò nonostante, non è il caso, a parere di chi scrive, di fare "di ogni erba

---

<sup>58</sup> Cass. 30 marzo 2022, n.10238. In senso conforme, Cass. 15 luglio 2016, n. 14449, che, tuttavia, assoggetta, poco opportunamente, al rimedio del reclamo anche i provvedimenti previsti dall'art. 567 c.p.c.. Del resto, il 3° comma dell'art. 567 c.p.c. è norma genericamente confusa e poco coerente al suo interno.

<sup>59</sup> Cass. 11 giugno 2019, n.15597.

un fascio”, se è vero che l’improseguibilità esprime l’impossibilità di ulteriore percorso di una fattispecie processuale già iniziata, mentre l’improcedibilità preclude *ab origine*, o, comunque, *in limine*, l’esordio di una determinata fattispecie.

-----

*Abstract*

**THE PROCEDURAL RESULTS OF THE OMITTED, OR LATE, REGISTRATION  
OF THE REAL ESTATE FORECLOSURE AND OF THE OMITTED, OR LATE,  
FILING OF THE DOCUMENT THAT PROVES IT**

L’A. esamina criticamente la decisione con cui la Corte di cassazione ha enunciato il principio secondo cui l’omessa, o tardiva, trascrizione del pignoramento immobiliare, o l’omesso, o tardivo, deposito del documento che la dimostra, rendono improcedibile il processo di espropriazione forzata, dando origine ad un’ipotesi di estinzione “atipica”, disposta con provvedimento impugnabile non con il reclamo ex art. 630 c.p.c., ma solo con l’opposizione agli atti esecutivi.

\*\*\*

*The Author critically analyzes the rule of the Court of Cassation according to which the omitted, or late, registration of the real estate foreclosure, or the omitted, or late, filing of the document that proves it, makes the process inadmissible, causing a kind of “atypical” extinction, acted by a measure, not contestable with a complaint, according to art. 630 civil procedure code, but only with opposition to the executive acts.*

-----

Corte di cassazione, Sez. I, 24 ottobre 2023, n. 29506  
Pres. Carrato, Rel. Rolfi

*Il divieto, di cui all'art. 345, comma 3, c.p.c., di produzione di documenti nuovi in appello, non è superabile argomentando dalla natura, in senso lato, di un'eccezione proposta, per la prima volta, in sede d'impugnazione, atteso che il giudice è, invece, chiamato, onde legittimare la nuova produzione documentale, alla verifica dell'impossibilità per la parte di provvedere tempestivamente, nel giudizio di primo grado, a tale produzione per causa ad essa non imputabile.*

(Omissis). 1.1. Con il primo motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione dell'art. 633 c.p.c. La ricorrente censura la decisione della Corte d'appello nella parte in cui la stessa – confermando la valutazione espressa dal giudice di prime cure – ha ritenuto che il decreto ingiuntivo fosse stato emesso in carenza dei presupposti di legge, osservando che, in considerazione della documentazione prodotta e del fondarsi della pretesa monitoria sul mancato avveramento di una condizione, il credito non poteva ritenersi certo. Argomenta invece la ricorrente che, potendo il decreto ingiuntivo essere emesso anche quando il credito azionato dipende da una condizione ed essendo sufficienti in sede monitoria anche documenti privi di valenza probatoria assoluta, nella specie la documentazione prodotta era idonea a comprovare nella sede monitoria l'esistenza del credito della ricorrente.

1.2. Con il secondo motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 101, 345, 359 c.p.c. e 2976 c.c. Il ricorso censura la decisione della Corte nella parte in cui la stessa – rilevato che solo con il gravame era stata eccepita la mancata iscrizione della I.S.C. – IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL nel ruolo dei mediatori – ha ritenuto ammissibile la produzione da parte di quest'ultima del certificato stesso, disattendendo, quindi il motivo di gravame. Argomenta, in particolare, il ricorso che se, da un lato, l'eccezione era da ritenersi pienamente ammissibile, in quanto riferita ad una nullità rilevabile d'ufficio e quindi sottratta a preclusioni, dall'altro lato erroneamente la Corte d'appello avrebbe ammesso la produzione del documento relativo all'iscrizione della I.S.C. – IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL, integrando tale produzione una violazione dell'art. 345 c.p.c.

1.3. Con il terzo motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione dell'art. 46, L.R. Lombardia n. 12/2005. Argomenta, in particolare, il ricorso che una corretta analisi delle previsioni della citata Legge Regionale avrebbe consentito alla Corte territoriale di pervenire alla conclusione che, per ragioni tecniche, la condizione dedotta nel preliminare di compravendita non avrebbe mai potuto realizzarsi nel termine indicato nel preliminare medesimo.

1.4. Con il quarto motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 1358, 1359, 1363 e 1757 c.c. Argomenta, in particolare, il ricorso che la Corte territoriale sarebbe pervenuta al giudizio di imputabilità alla stessa odierna ricorrente del mancato avverarsi della condizione sulla base di una non corretta interpretazione delle clausole del preliminare concluso dalla CANTIERI ITALIANI SRL con la venditrice Romea srl.

1.5. Con il quinto motivo il ricorso deduce, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 183, 189 c.p.c. e 1227 c.c.

La ricorrente impugna la statuizione di inammissibilità della domanda di riduzione della provvigione, argomentando che: – tale domanda si fondava su un documento che era stato acquisito solo allo spirare dei termini ex art. 183 c.p.c.; – non di vera e propria domanda si trattava, bensì di precisazione dell'originaria domanda volta ad ottenere l'integrale rigetto della domanda formulata in via riconvenzionale dalla I.S.C. – IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL; – la decisione della Corte di appello avrebbe integrato la violazione dell'art. 1227 c.c., dal momento che il documento in questione attestava la corresponsione alla odierna controricorrente di una provvigione per la conclusione di un contratto avente il medesimo oggetto di quello del preliminare concluso dalla CANTIERI ITALIANI SRL, da ciò derivando che le conseguenze dannose subite dalla I.S.C. – IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL erano state ridotte dalla successiva conclusione del nuovo affare.

1.6. Con il sesto motivo il ricorso deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 345 c.p.c. e 1284 c.c. La censura è riferita alla statuizione di accoglimento dell'appello incidentale, con conseguente riconoscimento alla I.S.C. – IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL del computo degli interessi ex D. Lgs. n. 231/2002. La ricorrente deduce una violazione dell'art. 1284 c.c., dal momento che l'attuale formulazione della previsione – che contiene il diretto richiamo al tasso di interessi ex D. Lgs. n. 231/2002 – deriva dalla modifica avvenuta con D.L. 132/2014 (conv. con L. n. 162/2014), con conseguente sua inapplicabilità alla fattispecie in esame, risalendo l'instaurazione del giudizio di primo grado all'anno 2009. Ne consegue, secondo la ricorrente, che l'appello incidentale della I.S.C. – IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile ex art. 345 c.p.c. per violazione dello *ius novorum*.

1.7. Con il settimo motivo il ricorso denuncia, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione e falsa applicazione degli artt. 112, 116 e 645 c.p.c. Il ricorso deduce l'assenza di statuizione da parte della Corte d'appello in ordine alla domanda di restituzione della parte di provvigione già anticipata, domanda formulata con il ricorso per decreto ingiuntivo. Argomenta, infatti, la ricorrente che, anche ritenendo che la documentazione prodotta in sede monitoria non fosse idonea ai fini dell'emissione del decreto ingiuntivo, la Corte d'appello si sarebbe comunque dovuta pronunciare nel merito della domanda per effetto della proposizione

dell'opposizione al decreto medesimo, laddove nulla avrebbero statuito né il giudice di prime cure né quello di secondo grado sul punto.

2. Il primo motivo è infondato. Presupposto per affermare la sussistenza del vizio ex art. 360, n. 3, c.p.c. è la possibilità di ravvisare, all'esito di un confronto tra il contenuto precettivo tra le norme di legge di cui si lamenta la violazione e le affermazioni in diritto contenute nel provvedimento impugnato, un contrasto di dette affermazioni col precetto normativo (Cass. Sez. Un., Sentenza n. 23745 del 28/10/2020), laddove l'allegazione di un'erronea ricognizione della fattispecie concreta a mezzo delle risultanze di causa, invece, risulta esterna all'esatta interpretazione della norma e inerisce alla tipica valutazione del giudice di merito, la cui censura è possibile, in sede di legittimità, solo sotto l'aspetto del vizio di motivazione (Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 24155 del 13/10/2017). Nel caso in esame si deve escludere che la Corte territoriale sia incorsa in una violazione o falsa applicazione delle norme individuate dalla ricorrente: la Corte d'appello, infatti, non ha negato in linea generale che il decreto ingiuntivo possa essere emesso sulla base di fatture o in presenza di una condizione, ma, con specifico riferimento all'ipotesi sottoposta al suo esame, ha espresso una valutazione di merito nel senso della inidoneità dei documenti e delle allegazioni alla base della domanda monitoria a costituire idoneo presupposto per l'emissione di un decreto ingiuntivo. Ci si trova, quindi, di fronte ad una mera valutazione di merito degli elementi allegati alla domanda monitoria, valutazione che, essendo stata congruamente motivata dalla Corte territoriale, non risulta censurabile nella presente sede di legittimità.

3. Fondato, invece, è il secondo motivo di ricorso. Giova premettere che, risalendo i fatti di causa ad epoca precedente all'anno 2010, risultava ancora vigente nel suo impianto originario la disciplina di cui alla L. 39/1989, la quale aveva istituito il ruolo degli agenti di affari in mediazione (art. 2), nel contempo subordinando il diritto alla provvigione all'iscrizione all'albo medesimo (art. 6), con la conseguenza che – come da questa Corte costantemente affermato – la mancata iscrizione del mediatore all'albo non solo comporta l'esclusione del diritto alla provvigione ma determina la nullità del contratto di mediazione medesimo per violazione di una norma imperativa (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 14971 del 11/05/2022; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 8581 del 9/04/2013; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 5953 del 18/03/2005). Successivamente, com'è noto, è intervenuto il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, il cui art. 73 ha soppresso il ruolo dei mediatori previsto, appunto, dall'art. 2, L. 39/1989 ma tale soppressione – come chiarito da questa Corte – non ha determinato l'abrogazione della stessa L. 39/1989, in quanto le attività da essa disciplinate sono comunque soggette a dichiarazione di inizio di attività corredata da certificazioni attestanti il possesso dei requisiti prescritti, da presentare alla camera di commercio, con la conseguenza che l'art. 6, L. 39/1989 deve interpretarsi nel senso che, anche per i rapporti di mediazione sottoposti alla disciplina scaturita dal d.lgs. n. 59 del 2010 – il quale invece non contiene norme applicabili anche ai rapporti già esauriti (Cass. Sez.

3, Sentenza n. 16147 del 08/07/2010) – hanno diritto alla provvigione i soli mediatori iscritti nei registri o nei repertori tenuti dalla camera di commercio (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 762 del 16/01/2014). Giova, parimenti, rammentare che, sul piano processuale, l’eccezione di nullità del contratto di mediazione per mancanza di iscrizione del mediatore nel ruolo previsto dalla L. 39/1989 costituisce un’eccezione in senso lato, afferendo a questione rilevabile d’ufficio dal giudice, e, pertanto, non è soggetta, in grado di appello, alle preclusioni di cui all’art. 345 c.p.c. ed al divieto dello *ius novorum* sancito dalla stessa norma (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 14971 del 11/05/2022; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 8581 del 9/04/2013; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 20749 del 26/10/2004; Cass. Sez. 3, Sentenza n. 14076 del 1°/10/2002).

Da tale principio deriva, come prima conclusione, che le deduzioni svolte in grado di appello da parte dell’odierna ricorrente in ordine all’assenza di iscrizione della ISC IMMOBILI E SERVIZI COMMERCIALI SRL non potevano ritenersi in alcun modo precluse, costituendo, peraltro, profili rilevabili anche d’ufficio, come ricordato anche dalla decisione impugnata. Si deve, invece, escludere che detta eccezione risultasse in concreto preclusa dall’operatività del principio di non contestazione, come invece dedotto dall’odierna controricorrente, richiamandosi alla massima di Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 20556 del 19/07/2021. Questa Corte, infatti, nell’enunciare recentemente il principio per cui *“il requisito relativo all’obbligo di iscrizione del mediatore nei ruoli tenuti presso le camere di commercio è sottratto al principio di non contestazione, in quanto discendente da norma imperativa e al divieto di “ius novorum” in appello, essendo il contratto che ne sia sprovvisto affetto da nullità rilevabile d’ufficio”* (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4019 del 09/02/2023), ha proceduto ad una organica ricostruzione dei propri precedenti in materia, rilevando, in particolare, che la decisione Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 20556 del 19/07/2021 invocata dalla controricorrente si è venuta a basare sulla ben diversa – e qui condivisa – ratio per cui l’onere della prova dell’iscrizione può ben essere assolto anche per presunzioni ed in particolare – come era accaduto in quel caso – mediante l’allegazione del fatto secondario del numero d’iscrizione nel ruolo degli agenti di affari in mediazione tenuto dalle camere di commercio, tenuto anche conto del fatto che l’eccezione concernente la mancata iscrizione era stata sollevata solo nel grado di appello e senza prendere posizione sul dato indiziario già acquisito in giudizio. In linea con la propria più recente pronuncia, quindi, questa Corte intende ribadire che il requisito relativo all’obbligo di iscrizione del mediatore all’albo di cui all’art. 2, L. 39/1989, nella versione anteriore alla modifica apportata dall’art. 73, d.lgs. 59/2010, è sottratto al principio di non contestazione, in quanto discendente da norma imperativa ma che tale onere può essere assolto anche per presunzioni ed in particolare mediante l’indicazione del numero d’iscrizione nel ruolo degli agenti di affari in mediazione tenuto presso la locale Camera di Commercio, a cominciare dall’ipotesi in cui tale numero di iscrizione compaia sul modulo di proposta di acquisto predisposto dal mediatore (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 11539 del 14/05/2013). Accanto al ricorso alle

presunzioni, poi, restano fermi, in capo al giudice di merito, sia l'apprezzamento sulla idoneità della prova offerta a dimostrare l'iscrizione sia l'ulteriore possibilità, nel caso di documentazione parziale, incerta o ambigua, di valorizzare la mancanza di specifici rilievi sul punto. Vanno, quindi, ribaditi i seguenti due principi. Il primo è che il soggetto che agisca ex art. 1755 c.c. per la corresponsione della provvigione in relazione ad una attività di mediazione esauritasi in epoca anteriore alle modifiche apportate dell'art. 73, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 all'art. 2, L. 3 febbraio 1989, n. 39 ha l'onere di dimostrare di essere iscritto nello speciale ruolo degli agenti di affari in mediazione con l'ulteriore precisazione che, poiché tale requisito discende da una norma imperativa, consegue che non solo rientra tra i doveri del giudice, prima di accogliere una domanda, verificare anche ex officio e in assenza di qualsiasi contestazione della controparte, la ricorrenza della ricordata condizione, ma anche che l'eccezione concernente la mancanza di iscrizione del mediatore nel ruolo previsto dalla L. 39/1989 costituisce un'eccezione in senso lato, afferendo a questione rilevabile d'ufficio dal giudice, e, pertanto, non è soggetta, in grado di appello, alle preclusioni di cui all'art. 345 c.p.c. ed al divieto dello *ius novorum* sancito dalla stessa norma. Il secondo è che se, da un lato, il requisito relativo all'obbligo di iscrizione del mediatore è sottratto al principio di non contestazione, in quanto discendente da norma imperativa, tuttavia, dall'altro lato, l'onere della prova dell'iscrizione medesima può ben essere assolto per presunzioni, in particolare anche mediante l'indicazione del numero d'iscrizione nel ruolo degli agenti di affari in mediazione tenuto presso la locale Camera di Commercio, e fermi restando, in capo al giudice di merito, sia l'apprezzamento sulla idoneità della prova offerta a dimostrare l'iscrizione sia la possibilità di valorizzare, nel caso di documentazione parziale, incerta o ambigua, la mancanza di specifici rilievi sul punto. Così ricostruito il quadro complessivo, e passando all'esame dello specifico motivo di gravame, si osserva che il giudizio di appello concerne una decisione di prime cure depositata in data 5 ottobre 2012 e che, pertanto, trova applicazione l'attuale versione dell'art. 345 c.p.c., come modificata dall'art. 54, D.L. 22 giugno 2012, n. 83 – convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134 – avendo questa Corte già stabilito che la modifica, in senso restrittivo rispetto alla produzione documentale in appello, di cui all'art. 345, terzo comma, c.p.c., operata dal citato D.L., trova applicazione – mancando una disciplina transitoria e dovendosi ricorrere al principio *tempus regit actum* – solo se la sentenza conclusiva del giudizio di primo grado sia stata pubblicata dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della L. 134/2012, di conversione del D.L. 83/2012, e cioè dal giorno 11 settembre 2012 (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 6590 del 14/03/2017; Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 21606 del 28/07/2021). Questa Corte ha, altresì, chiarito che la formulazione dell'art. 345, terzo comma, c.p.c. applicabile al caso in esame – a mente della quale “non sono ammessi i nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per

causa ad essa non imputabile” – pone un divieto assoluto di ammissione di nuovi mezzi di prova in appello, senza che assuma rilevanza l’“indispensabilità” degli stessi, e ferma restando per la parte la possibilità di dimostrare di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 26522 del 09/11/2017). La decisione impugnata, per contro, risulta avere qualificato come “legittima” la produzione, da parte dell’odierna controricorrente, della documentazione comprovante l’iscrizione nel ruolo dei mediatori unicamente valorizzando il fatto che l’eccezione di mancata iscrizione nel ruolo era stata sollevata dall’odierna ricorrente solo in appello, come peraltro era pienamente possibile, trattandosi – come già visto – di eccezione in senso lato. In questo modo, tuttavia, la Corte territoriale, oltre a sovrapporre non correttamente il profilo della proponibilità dell’eccezione con quello dell’ammissibilità della produzione documentale, è venuta ad ammettere detta produzione in modo del tutto svincolato dalla verifica della impossibilità per la parte di operare tale produzione tempestivamente nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile ed anzi ha fatto in sostanza ricorso – latamente ed immotivatamente – ad un criterio di indispensabilità invece che non assume più rilievo nella vigente disciplina dell’ammissibilità di nuovi mezzi istruttori in appello. Si deve invece osservare che, nel concreto, la Corte territoriale era chiamata, non a dare applicazione all’art. 345 c.p.c. – e tampoco ad ammettere una produzione documentale sulla scorta della sola novità della questione cui la prova medesima era riferita – bensì ad operare una verifica in ordine all’esistenza o meno di una produzione tempestiva, nell’ambito del giudizio di primo grado, della prova dell’iscrizione della controricorrente all’albo dei mediatori. La decisione impugnata, quindi, risulta essere incorsa nel vizio dedotto dalla ricorrente, in particolare disattendendo l’eccezione da quest’ultima sollevata sulla scorta di un documento la cui produzione è stata ritenuta ammissibile in virtù di una non corretta applicazione del disposto di cui all’art. 345 c.p.c.

Ne consegue l’accoglimento del secondo motivo di ricorso, accoglimento che determina l’assorbimento degli ulteriori motivi.

4. La sentenza impugnata va, pertanto, cassata con rinvio alla Corte d’appello di Venezia, in diversa composizione, la quale, nel conformarsi ai principi qui enunciati, e nel valutare in particolare la presenza o meno di una tempestiva prova dell’iscrizione all’albo dei mediatori dell’odierna controricorrente – dovendosi osservare che quest’ultima ha dedotto nel controricorso di avere fornito la prova in questione sin dal giudizio di primo grado, e quindi tempestivamente – provvederà alla regolamentazione delle spese anche del presente giudizio di legittimità (*Omissis*).

**DIVIETO DI NUOVE PRODUZIONI DOCUMENTALI IN APPELLO ED  
ECCEZIONI NON RILEVABILI D'UFFICIO**

DAVIDE BERETTA

*Assegnista di Ricerca*

*nell'Università Cattolica del Sacro Cuore*

1. – Con la decisione in commento, la Suprema Corte torna ad occuparsi<sup>1</sup> del diritto del mediatore al pagamento della provvigione, affrontando alcune questioni di sicuro interesse, soprattutto sotto il profilo processuale: è su queste (e sui notevoli spunti di riflessione da esse offerti) che si intende concentrare l'attenzione.

Per poterlo fare, appare opportuno dare sommariamente conto della vicenda che ha dato luogo alla pronuncia.

Essa trae origine dall'opposizione, promossa dinnanzi al Tribunale di Treviso da I.S.C. s.r.l., al decreto ingiuntivo ottenuto da C.I. s.r.l. per la restituzione di somme percepite dalla prima a titolo di acconto sulla provvigione dovuta per lo svolgimento di un incarico di mediazione.

Tale giudizio si è concluso con la revoca del decreto ingiuntivo e con l'accoglimento della domanda riconvenzionale, avanzata dall'opponente I.S.C. s.r.l., avendo il Tribunale ritenuto che il mancato avveramento della condizione sospensiva contenuta nel contratto di compravendita, alla quale le parti avevano inteso subordinare anche la corresponsione della provvigione, fosse imputabile a C.I. s.r.l.

Avverso la decisione del Tribunale, C.I. s.r.l. ha proposto l'impugnazione avanti la Corte d'Appello di Venezia, deducendo (tra l'altro e per quanto d'interesse) la mancata iscrizione della I.S.C. s.r.l. nel ruolo dei mediatori di cui alla l. 3 febbraio 1989, n. 39, eccezione questa ritenuta ammissibile per la prima volta anche in sede di gravame "in quanto riferita ad una nullità [quella del contratto di mediazione] rilevabile d'ufficio e quindi sottratta a preclusioni".

Poiché la mancata iscrizione della società nel relativo ruolo era stata (ammissibilmente) eccepita solo in appello, la Corte territoriale ha consentito la produzione, da parte di I.S.C. s.r.l., della documentazione comprovante

---

<sup>1</sup> *Ex aliis*, Cass. 9 febbraio 2023, n. 4019; 11 maggio 2022, n. 14971; 26 aprile 2021, n. 10911; 19 luglio 2021, n. 20556; 25 giugno 2020, n. 12653; 14 maggio 2013 n. 11539; 21 giugno 2013, n. 15658; 10 luglio 2014, n. 15842; 25 febbraio 2015, n. 3862; 14 dicembre 2007, n. 26202; 18 marzo 2005, n. 5953; 26 ottobre 2004, n. 20749; 1° ottobre 2002, n. 14076.

detta iscrizione, facendo proprie le conclusioni espresse dal giudice di prime cure.

C.I. s.r.l. ha quindi proposto ricorso per cassazione, deducendo, inter alia, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 101, 345, 359 c.p.c. e 2697 c.c., e argomentando che, pur vero che “solo con il gravame era stata eccepita la mancata iscrizione della I.S.C. s.r.l. nel ruolo dei mediatori”, la Corte territoriale avrebbe erroneamente ammesso la produzione del documento relativo all’iscrizione sulla mera scorta della novità della questione e così in violazione dell’art. 345 c.p.c., il quale limita l’ammissibilità di nuovi mezzi di prova e di nuovi documenti all’ipotesi in cui “la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile”.

2. – La decisione *de qua* si pone in continuità con altro recente arresto<sup>2</sup> nel cui contesto la Suprema Corte, nel procedere ad una organica ricostruzione dei propri precedenti, ha dato particolare risalto alle sottese problematiche di natura processuale.

Un primo profilo concerne la questione relativa alla mancata iscrizione del mediatore nel ruolo previsto dalla l. 3 febbraio 1989, n. 39<sup>3</sup> e, nello specifico, se essa possa essere eccepita o rilevata, per la prima volta, anche in grado di appello.

Diciamo subito che la risposta data dalla Suprema Corte al quesito è positiva, ciò in quanto – per la giurisprudenza maggioritaria<sup>4</sup> – il difetto di tale requisito non solo esclude il diritto del mediatore alla provvigione<sup>5</sup>,

<sup>2</sup> Ci si riferisce a Cass. 9 febbraio 2023, n. 4019, Pres. D’Ascola, Rel. Caponi.

<sup>3</sup> Recante “Modifiche ed integrazioni alla legge 21 marzo 1958, n. 253, concernente la disciplina della professione di mediatore”.

<sup>4</sup> Nel senso che la mancanza dell’iscrizione del mediatore nel ruolo istituito dalla l. 3 febbraio 1989, n. 39 è tale da determinare la nullità del contratto Cass. 15 dicembre 2000, n. 15849; 1° ottobre 2002, n. 14076; 18 luglio 2003, n. 11247; 9 aprile 2013, n. 8581. *Contra*, nel senso che invece il difetto di iscrizione farebbe soltanto venire meno il diritto del mediatore a percepire la provvigione, mentre – sotto il vigore della citata legge – la nullità del contratto si avrebbe solo *ex art. 8, comma 2, della medesima*, nei casi di recidiva e conseguente applicazione dell’art. 2231 c.c., Cass. 27 giugno 2002, n. 9380. Successivamente, Cass. 14 luglio 2011, n. 15473, secondo cui “Dalla mancata iscrizione non deriva, però, la nullità di tale contratto, perché la violazione di una norma imperativa, ancorché sanzionata penalmente, non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto, comportando quella violazione solo la non insorgenza del diritto alla provvigione e l’applicazione della sanzione amministrativa ovvero, in caso di recidiva, l’applicazione della pena prevista per l’esercizio abusivo della professione”.

<sup>5</sup> Così espressamente l’art. 6, comma 1, l. 3 febbraio 1989, n. 39, secondo cui “Hanno diritto alla provvigione soltanto coloro che sono iscritti nei ruoli”. Per

mancando la prova di un fatto costitutivo della pretesa<sup>6</sup>, ma determina pure la nullità del contratto di mediazione che, costituendo pacificamente eccezione in senso lato, non va soggetta al divieto dello *ius novorum* dell'art. 345 c.p.c.

Un primo aspetto su cui è necessario soffermarsi concerne per vero un diverso, seppur connesso profilo, rappresentato dalla prospettata operatività del principio di non contestazione relativamente al requisito dell'iscrizione di I.S.C. s.r.l. nell'apposito ruolo.

In particolare, secondo la prospettazione sostenuta dalla controricorrente, l'eccezione *de qua*, spiegata per la prima volta in appello, sarebbe stata preclusa da ciò, che la mancanza dell'iscrizione non era stata mai contestata in precedenza e che pertanto, in applicazione dell'art. 115, comma 1, c.p.c., la parte (costituita) su cui incombe l'onere di fornire la prova di quel fatto (nella specie costitutivo) ne verrebbe sollevata qualora l'altra non ne abbia specificamente contestato l'esistenza.

---

completezza, va detto che, con riguardo ai profili di nostro interesse, non vi sono mutamenti da segnalare, posto che, pur essendo stato soppresso il ruolo dei mediatori (con d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59), non è mai stata abrogata la l. 3 febbraio 1989, n. 39, talché i richiami al ruolo dei mediatori in essa (ancora) contenuti vanno riferiti alle iscrizioni nel registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economiche e amministrative (c.d. "R.E.A."). Così, da ultimo, Cass. 9 febbraio 2023, n. 4019 e le pronunce ivi riportate.

<sup>6</sup> Al riguardo è forse opportuno rilevare che non sempre la giurisprudenza discorre di tale elemento in termini di fatto costitutivo del diritto del mediatore alla corresponsione del compenso, preferendo parlare dello stesso come di una "condizione dell'azione". Si segnala, ad esempio, Cass. 16 gennaio 2018, n. 869, secondo cui "In quanto condizione dell'azione ed elemento costitutivo della domanda, l'iscrizione al ruolo degli agenti mediatori del soggetto che agisca per il pagamento del compenso della mediazione è oggetto di verifica da parte del giudice a prescindere dall'allegazione [...]", talché "trattandosi, dunque, di valutazione dell'esistenza di un elemento costitutivo della domanda, che il giudice è tenuto ad accertare d'ufficio, neppure è configurabile la denunciata violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato". Si. v. anche Cass. 17 febbraio 2011, n. 3854. Nelle citate decisioni, la Suprema Corte si riferisce al fatto-iscrizione quale "condizione dell'azione", ciò evidentemente in maniera impropria come sinonimo di elemento (o fatto) costitutivo della pretesa al pagamento della provvigione. Per completezza, tuttavia, si segnala che, in altra occasione (Cass. 20 agosto 2020, n. 17482), la stessa Corte sembra aver ben più consapevolmente, menzionandosi anche un asserito difetto di *legitimatio ad causam* (anche se non condivisibilmente), impiegato detta terminologia (contrapponendo "condizione dell'azione" a "presupposto della domanda") al fine di giustificare la produzione "in sede di appello della documentazione attestante l'iscrizione [...] nel ruolo degli agenti di affari in mediazione siccome attinente a comprovare la sussistenza di una condizione dell'azione [...]".

A sostegno di tale tesi, la controricorrente ha invocato Cass. 19 luglio 2021, n. 20556<sup>7</sup>, ove si fa effettivamente richiamo al principio di non contestazione affermandosi, sulla scorta di Cass. 21 giugno 2013, n. 15658, che, nell'ipotesi in cui il convenuto non abbia contestato il fatto relativo alla mancanza di iscrizione del mediatore nei ruoli, "il giudice [...] deve astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e deve, perciò, ritenerlo sussistente"<sup>8</sup>.

Secondo la decisione in commento, che dà sotto tale profilo continuità al proprio precedente richiamato in nota 2, non solo il riferimento alla non contestazione contenuto nella pronuncia invocata da C.I. s.r.l. appariva in sé ultroneo, in quanto nel caso di specie esso non assumeva alcuna autonoma rilevanza<sup>9</sup>, ma, più in generale, il predetto principio non potrebbe proprio operare in tale materia, in quanto le norme che regolano la professione di mediatore (e, in particolare, l'obbligo di iscrizione nei relativi ruoli) rivestono carattere imperativo<sup>10</sup>: la mancata contestazione del difetto di iscrizione non sarebbe perciò idonea a comportare l'espunzione della

---

<sup>7</sup> Su cui v. *infra* in nota 16.

<sup>8</sup> Con la conseguenza che – prosegue Cass. 21 giugno 2013, n. 15658 – "l'eccezione concernente la mancata iscrizione del mediatore nel relativo albo professionale, qualora sia proposta dal convenuto – al fine di far valere la nullità del contratto e paralizzare la pretesa del mediatore al pagamento della provvigione, ex art. 6 della legge 2 febbraio 1989, n. 39 – soltanto nella comparsa conclusionale d'appello, esonera il giudice da qualsiasi verifica probatoria in ordine alla sua fondatezza".

<sup>9</sup> In tale precedente, infatti, dapprima si afferma che l'indicazione del numero di iscrizione all'albo dei mediatori costituisce una prova sufficiente del requisito in parola; immediatamente dopo si legge che "Correttamente, pertanto, il giudice di primo grado non ha rilevato di ufficio la carenza di tale requisito peraltro non contestata in primo grado. Infatti, deve osservarsi che il ricorrente risulta aver contestato la mancata prova dell'iscrizione solo con il motivo di appello con il quale ha dedotto il mancato rilievo di ufficio della carenza di legittimazione del Sa. o della nullità del contratto": il principio di non contestazione, però, non è entrato minimamente in gioco nel caso *de quo*, posto che il giudice aveva fondato la propria decisione circa la sussistenza del fatto costitutivo-iscrizione del mediatore nei ruoli sulla base dell'allegazione del fatto secondario rappresentato dalla mera indicazione del numero di iscrizione.

<sup>10</sup> Ciò, del resto, appare difficilmente contestabile, non solo in ragione del fatto che il contratto di mediazione, concluso in assenza dell'iscrizione del mediatore nei ruoli è viziato da nullità (cfr. precedente nota 4), ma anche dalla previsione di una sanzione amministrativa per chi eserciti l'attività di mediazione senza essere iscritto (art. 8, l. 3 febbraio 1989, n. 39).

circostanza dal *thema probandum* ovvero a sollevare la parte dal relativo onere probatorio<sup>11</sup>.

Il punto non appare però pacifico, posto che un conto è la natura imperativa di una norma (nella specie quella che condiziona il diritto del mediatore al pagamento della provvigione alla sua iscrizione nei ruoli) e un altro è la natura, indisponibile o meno, del diritto da essa disciplinato e protetto<sup>12</sup>.

A mio avviso, pur essendo vero che la natura imperativa (o inderogabile) di una norma è spesso indice di indisponibilità del diritto (sostanziale) sotteso, è a quest'ultimo che occorre in definitiva guardare, pena il rischio di incorrere nel pericoloso automatismo di assimilare "imperatività" (della norma) e "indisponibilità" (del diritto) e far discendere l'inoperatività del principio di non contestazione dalla prima, anziché dalla seconda<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Collocano la non contestazione sul piano della *relevatio ab onere probandi*, ad esempio, A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione*, Milano, 1995, 164 ss. e 294 ss.; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 401 ss., spec. 413 ss.; M. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, 1161; I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 155 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, 237; G. MAERO, *Il principio di non contestazione prima e dopo la riforma*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 455; A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 76.

<sup>12</sup> Su questi concetti, si v., E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma suppletiva, norma dispositiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 573 ss., secondo il quale "Con le espressioni norma indisponibile — norma inderogabile si guarda la situazione, dipendente dalla legge, dal versante del modo di essere dell'interesse protetto dalla norma; e quindi, dal versante della descrizione dei poteri della autonomia privata rispetto ai precetti legislativi. Questo riferimento del significato delle espressioni è confermato da ciò che, più di frequente, anziché parlare di norme indisponibili o inderogabili, si parla di "diritti indisponibili o inderogabili"; e cioè di situazioni di interesse protetto che non possono essere oggetto di disposizione. Invece, con le espressioni norma imperativa — norma cogente, la situazione è vista sotto il profilo della descrizione (o della qualificazione) del precetto che viene posto dalla norma, indipendentemente dal riferimento al modo di essere dell'interesse protetto dalla norma".

Che la qualifica di una norma (*recte*: di un diritto) come "indisponibile" vada presa *cum grano salis*, si v. B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 412-413, in nota 41, ciò proprio per "per evitare di considerare tali diritti che non lo sono affatto", facendo in proposito l'esempio dei diritti del lavoratore che, pur discendendo da norme inderogabili, debbono essere considerati senz'altro disponibili una volta acquisiti. L'autorevole studioso esprime, infatti, perplessità rispetto alla "enfasi solitamente versata sull'indisponibilità", richiamando la più recente tendenza legislativa "restia a lasciare agli *status* personali e familiari la loro sacralità".

<sup>13</sup> In effetti, che il principio di non contestazione non possa trovare applicazione in relazione a processi su diritti indisponibili è convincimento diffuso e

Nel nostro caso, fatto costitutivo della pretesa al pagamento della provvigione è anzitutto che il mediatore sia iscritto negli appositi ruoli<sup>14</sup>, come obbliga l'art. 6, l. 3 febbraio 1989, n. 39: è tuttavia dubbio – ed anzi propenderei per la soluzione negativa – che il diritto al pagamento della provvigione possa qualificarsi come “indisponibile”, ancorché regolato da disposizioni senz'altro “imperative”.

Ne discende che il principio ribadito dalla Suprema Corte<sup>15</sup> non appare, per l'anzidetta ragione, del tutto condivisibile.

---

autorevolmente sostenuto, motivato sul presupposto che, diversamente opinando, potrebbero venire aggirati i divieti, operanti sul piano sostanziale, con riguardo a siffatte situazioni (si v., del resto, l'art. 2698 c.c., che sanziona con la nullità i patti con i quali venga invertito o modificato l'onere della prova in materia di diritti indisponibili). Limitandoci a contributi successivi alla riforma del 2009, cfr., ad esempio, C. M. CEA, *La modifica dell'art. 115 c.p.c. e le nuove frontiere del principio della non contestazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 268; A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, 225; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2023, 215; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2023, 58-59.; G. TARZIA, *Lineamenti del processo di cognizione*, 2009, 202; *contra*, però, F. SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, in *www.judicium.it*, 2010, § 6; M. TARUFFO, *Commento all'art. 115 c.p.c.*, in *Poteri del giudice. Commentario del codice di procedura civile a cura di S. Chiarloni*, Bologna, 2011, 495; M. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficiale e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *Rass. forense*, 2011, 583-584.; F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012, 164 ss.; S. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 88, secondo cui detto principio può comunque considerarsi operante in relazione a quelle situazioni a carattere disponibile (ancorché connesse o dipendenti da diritti effettivamente indisponibili), sulla scorta di S. DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge: prime riflessioni su alcuni punti ancora controversi*, in *Giust. civ.*, 2009, 280, per il quale sarebbe preferibile distinguere la situazione primaria, che potrebbe essere indisponibile, da quella secondaria che potrebbe invece consistere in un diritto in sé disponibile, come nel caso di una pretesa risarcitoria dipendente dalla violazione di un diritto non disponibile.

Nel senso che possa comunque attribuirsi una rilevanza al contegno processuale “negativo” anche in materia di diritti indisponibili, seppur quale mero argomento di prova *ex art.* 116, comma 2, c.p.c. (essendo però radicalmente escluso che il giudice possa fondare la decisione sulla non contestazione) G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (Un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 779; ID., in A. CHIZZINI, G. BALENA, R. CAPONI, S. MENCHINI, *La Riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della Legge sul Processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, 35 ss.; B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, cit., 412 in nota 41.

<sup>14</sup> Ed oggi nei nel registro delle imprese o nel R.E.A.

<sup>15</sup> Secondo cui “il soggetto che agisca *ex art.* 1755 c.c. per la corresponsione della provvigione, in relazione ad una attività di mediazione esauritasi in epoca anteriore alle modifiche apportate dell'art. 73, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 all'art. 2, L. 3 febbraio 1989, n. 39, ha l'onere di dimostrare di essere iscritto nello speciale ruolo degli agenti

Qualora, invece, si ritenesse che l'iscrizione nei ruoli vada necessariamente provata dal mediatore che agisca per la condanna – ed è quanto ritenuto dalla Corte<sup>16</sup> –, nel caso in cui tale prova non sia offerta<sup>17</sup>, direi, entro il secondo termine di cui all'art. 183, 6° comma, n. 2, c.p.c.<sup>18</sup>, l'esito del giudizio non potrà che essere di rigetto della domanda, per mancanza (di prova) di un fatto costitutivo del diritto azionato.

Ora, però, occorre chiedersi come si coordini tale assunto, con l'affermazione secondo cui "l'eccezione concernente la mancanza di iscrizione del mediatore nel ruolo previsto dalla L. 39/1989 costituisce un'eccezione in senso lato, afferendo a questione rilevabile d'ufficio dal giudice, e, pertanto, non è soggetta, in grado di appello, alle preclusioni di cui all'art. 345 c.p.c. ed al divieto dello *ius novorum* sancito dalla stessa norma".

Orbene, s'è detto poco sopra che la mancanza del requisito di cui all'art. 6, l. 3 febbraio 1989, n. 39 è, per la giurisprudenza prevalente, anche causa di nullità del contratto di mediazione, come tale rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo: che, dunque, tale difetto sia astrattamente

---

di affari in mediazione con l'ulteriore precisazione che, poiché tale requisito discende da una norma imperativa, [...] rientra tra i doveri del giudice, prima di accogliere una domanda, verificare anche *ex officio* e in assenza di qualsiasi contestazione della controparte, la ricorrenza della ricordata condizione".

<sup>16</sup> Tale è l'orientamento prevalente. Si ricorda, tuttavia, la già citata Cass. 19 luglio 2021, n. 20556, ove i Supremi Giudici hanno affermato che "in materia di mediazione la non contestazione del convenuto costituisce un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che deve astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e deve, perciò, ritenerlo sussistente. Ne consegue che l'eccezione concernente la mancata iscrizione del mediatore nel relativo albo professionale, qualora sia proposta dal convenuto – al fine di far valere la nullità del contratto e paralizzare la pretesa del mediatore al pagamento della provvigione, L. 2 febbraio 1989, n. 39, ex art. 6, – soltanto nella comparsa conclusionale d'appello, esonera il giudice da qualsiasi verifica probatoria in ordine alla sua fondatezza".

<sup>17</sup> L'affermazione deve peraltro tener conto dell'orientamento, richiamato pure nella pronuncia in esame, secondo cui "l'onere della prova dell'iscrizione può ben essere assolto anche per presunzioni ed in particolare [...] mediante l'allegazione del fatto secondario del numero d'iscrizione nel ruolo degli agenti di affari in mediazione tenuto dalle camere di commercio", ipotesi che si ritiene ricorrere anche nel caso in cui "tale numero di iscrizione compaia sul modulo di proposta di acquisto predisposto dal mediatore" (così Cass. 14 maggio 2013, n. 11539).

<sup>18</sup> Ed oggi, per effetto della rimodulazione della fase introduttiva, mercé l'anticipazione delle preclusioni, entro la memoria integrativa di cui all'art. 171-ter, n. 2, c.p.c.

deducibile per la prima volta anche in sede di gravame appare *prima facie* difficilmente contestabile<sup>19</sup>.

Piuttosto, appare opportuno domandarsi se la Corte territoriale, in forza della convinzione per cui il fatto-iscrizione va provato a cura dell'attore e non può sfuggire, neppure ai sensi dell'art. 115, comma 1, c.p.c., a tale onere, non avrebbe potuto limitarsi ad accogliere l'appello, con conseguente esclusione di alcun diritto di I.S.C. s.r.l. alla provvigione. E ciò – si badi – indipendentemente, ed anzi a prescindere – dalla rilevazione della nullità del contratto, ma prima ancora per difetto (di prova) di un fatto costitutivo della pretesa. Darei al quesito risposta affermativa, avendo dovuto già in prime cure essere rigettata, per tale ragione, la domanda.

Occorre, infatti, tenere ben distinti i due profili: il diritto del mediatore alla provvigione e la validità del contratto. A nostro avviso, essi non si collocano sullo stesso piano, nel senso che il diritto al pagamento della provvigione, sempre a condizione che il mediatore sia iscritto nei ruoli (ed oggi nel registro delle imprese o nel R.E.A), sorge per effetto della conclusione dell'affare, da intendersi quale operazione economica e fonte di un rapporto obbligatorio tra le parti<sup>20</sup>, irrilevanti essendo gli aspetti attinenti all'esistenza, alla validità e alla efficacia del contratto di mediazione. Sotto quest'ultimo profilo, va infatti rammentato come, per la giurisprudenza, ciò che rileva è il rapporto causale tra l'attività di intermediazione e la conclusione dell'affare, anche in assenza di un contratto che conferisca formalmente il mandato<sup>21</sup> oppure anche laddove questo sia scaduto<sup>22</sup>, sicché il contratto potrà assumere rilievo, al più, ai fini della determinazione della

---

<sup>19</sup> Ma, al riguardo, si veda quanto osservato nei successivi paragrafi.

<sup>20</sup> In tal senso cfr., ad esempio, Cass. 9 aprile 2009, n. 8676. Secondo Cass. 21 maggio 2010, n. 12527 "l'affare – da intendersi nel senso di qualsiasi operazione economica generatrice di un rapporto obbligatorio – deve ritenersi concluso, per effetto della "messa in relazione" da parte del mediatore, quando si costituisca un vincolo giuridico che abiliti ciascuna delle parti ad agire per l'esecuzione specifica del negozio o per il risarcimento del danno; ne consegue che, ai fini del riconoscimento al mediatore del diritto alla provvigione, è sufficiente che la sua attività costituisca l'antecedente necessario per pervenire, anche attraverso fasi e atti strumentali, alla conclusione dell'affare, rimanendo irrilevante che le parti originarie sostituiscano altri a sé nell'operazione conclusiva, ovvero una parte sia receduta dal preliminare". Successivamente, si v. Cass. 31 agosto 2022, n. 25648.

<sup>21</sup> Secondo Cass. 14 maggio 2018, n. 11656 (conf. Cass. 9 dicembre 2014, n. 25851) "Ai fini della configurabilità del rapporto di mediazione, non è necessaria l'esistenza di un preventivo conferimento di incarico per la ricerca di un acquirente o di un venditore, ma è sufficiente che la parte abbia accettato l'attività del mediatore avvantaggiandosene". Più di recente, si segnala Cass. 12 marzo 2021, n. 7029.

<sup>22</sup> Cass. 8 aprile 2022, n. 11443.

misura della provvigione, qualora tale aspetto sia stato oggetto di specifica regolamentazione pattizia<sup>23</sup> 24.

3. – Le numerose questioni implicate alimentano ulteriori riflessioni su altri profili, alcuni dei quali vanno, per vero, oltre a quelli oggetto di decisione.

Tra i più delicati, v'è quello relativo al caso in cui il giudice sollevi d'ufficio la questione della nullità del contratto di mediazione a motivo del difetto di iscrizione del mediatore nei ruoli.

Posto in premessa che l'eccezione in discorso è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado, limitiamo dapprima l'attenzione all'ipotesi in cui sia il giudice di prime cure a rilevarla, essendo tenuto ad indicare “alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”<sup>25</sup>.

In proposito, credo sia opportuno distinguere il momento in cui tale rilievo avvenga, a seconda che la questione sia sottoposta alle parti quando le preclusioni istruttorie non sono ancora maturate<sup>26</sup>, essendo in tal caso ancora possibile il pieno confronto dialettico in ordine al rilievo officioso, ovvero successivamente, in uno stadio più avanzato del processo, con (talora) inevitabile sua “regressione” al fine di consentire l'esercizio del contraddittorio sulla questione sollevata.

---

<sup>23</sup> E, qualora non lo fosse, sarà applicabile l'art. 1755, comma 2, c.c. secondo il quale “La misura della provvigione e la proporzione in cui questa deve gravare su ciascuna delle parti, in mancanza di patto, di tariffe professionali o di usi, sono determinate dal giudice secondo equità”.

<sup>24</sup> Mi sembra che tale conclusione possa riuscire confermata se si riflette su ciò che, nel caso in cui la provvigione fosse stata già pagata al mediatore non iscritto, la parte che ha effettuato il pagamento potrebbe pretendere la restituzione semplicemente allegando la mancata iscrizione, senza che sia necessario invocare pure la nullità del contratto di mediazione (e, in ogni caso, senza che il giudice, in mancanza di apposita domanda di parte, debba necessariamente dichiararla d'ufficio).

<sup>25</sup> Così l'art. 183, comma 4, c.p.c. nella versione antecedente la riforma intervenuta con d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 e quindi, oggi, il neo-introdotta art. 171-bis, comma 1, c.p.c. Sulla categoria delle questioni rilevabili d'ufficio, si v. già E. GRASSO, *Note sui poteri del giudice nel nuovo processo di cognizione di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 725 ss.

<sup>26</sup> Ed essa rappresenta l'ipotesi fisiologica e più “virtuosa”: come detto nella nota immediatamente precedente tale momento è stato anticipato alle “nuove” verifiche preliminari da effettuarsi entro quindici giorni dopo la scadenza del termine di costituzione del convenuto.

Nella prima ipotesi, è ragionevole ritenere che le parti potranno trattare la questione nell'ambito delle memorie integrative dell'art. 171-ter c.p.c.<sup>27</sup>, a condizione – è evidente – che la rilevazione avvenga già nel contesto delle verifiche preliminari<sup>28</sup>; se tuttavia, com'è facile ipotizzare, non sarà infrequente che il rilievo si abbia dopo tale momento<sup>29</sup>, attività difensive connesse all'esercizio di poteri officiosi del giudice dovranno ammettersi ancorché le relative preclusioni siano già maturate, mercé l'attivazione del "meccanismo riparatore" previsto dall'art. 101 c.p.c.<sup>30</sup>.

La "misura" dei poteri delle parti a seguito del rilievo officioso a termini istruttori spirati è, come si sa, dibattuta e, in questa sede, non si può che prestare generica adesione all'opinione secondo la quale essi debbano comprendere ogni difesa, anche in termini di diritto alla prova, purché in "rapporto dinamico"<sup>31</sup> con la questione stessa<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> Nel modello procedimentale precedente la c.d. riforma Cartabia, nelle memorie che succedevano l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.

<sup>28</sup> Per quanto sia assai opportuna l'anticipazione a tale momento della segnalazione delle questioni rilevabili d'ufficio (in modo da consentire alle parti l'esercizio dei conseguenti poteri processuali, anche in termini di *ius novorum*, nel contesto delle successive memorie), non può affatto escludersi – anzi – che dette questioni vengano rilevate successivamente, quando le difese si siano più ampiamente dispiegate. In tema, tra i primi commenti, si v. F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, 68 ss.; E. MERLIN, in E. MERLIN, S. MENCHINI, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 592-593; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023, 45.

<sup>29</sup> E perciò anche solo all'esito della prima udienza, magari a seguito dell'interrogatorio libero delle parti e alla eventuale richiesta dei "chiarimenti necessari" (cfr. art. 183, comma 3, c.p.c.).

<sup>30</sup> Al riguardo, per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., 35 ss., 44-45.

<sup>31</sup> Così, D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. Sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 411; F.P. LUISO, *Poteri di ufficio e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 65 ss., spec. 69, secondo il quale, nel caso in cui "le osservazioni delle parti involgono profili di fatto, sarà necessario rimettere la causa in istruttoria per dare sfogo alle prove che le parti potranno richiedere"; l'Autore esclude, però, la necessità "che le allegazioni in fatto, operate dalle parti con le memorie di cui all'art. 101, comma 2°, siano corredate dalle relative istanze istruttorie e produzioni documentali, che potranno essere effettuate solo allorché il giudice rimetterà la causa in istruttoria". Nello stesso senso, A. CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo 2° comma dell'art. 101 c.p.c.*, in *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, Milano, 2014, 281, secondo il quale, ove la questione comporti la rilevanza di fatti ulteriori e diversi rispetto a quelli allegati, il giudice dovrà "rimette[re la causa] in istruttoria, per assumere le prove relative ai fatti resi rilevanti dalla questione sollevata d'ufficio in attuazione del principio che emerge dall'art. 153, 2° comma, c.p.c.". Al riguardo si veda poi, in giurisprudenza,

Premesse tali considerazioni, si faccia il caso in cui il giudice rilevi la questione relativa al difetto di iscrizione del mediatore nei ruoli solo ad istruttoria completata, ritenendo di poter fondare – a torto o a ragione<sup>33</sup> – la propria decisione sulla nullità del contratto di mediazione.

A tale stregua, il giudice dovrà concedere i termini per le memorie *ex art. 101 c.p.c.*, consentendo alle parti di contraddire sulla nullità del contratto, con l'anzidetta ampiezza di poteri e quindi anche mediante l'allegazione di nuovi fatti e la formulazione di nuove richieste istruttorie.

Veniamo finalmente all'interrogativo sollecitato dall'ipotizzato scenario. A fronte della prospettata nullità del contratto, il mediatore potrebbe produrre il documento comprovante la propria iscrizione nei ruoli nell'ambito delle memorie concesse ai sensi dell'art. 101 c.p.c.?

---

per tutte, Cass. S.U. 12 dicembre 2014, n. 26242 ove si afferma che “Il nuovo art. 101 comma 2 conferma tale conclusione e impone una interpretazione dei poteri delle parti estesa alla facoltà di proporre domanda di nullità (e spiegare la conseguente attività probatoria) all'esito della sua rilevazione officiosa nel corso di giudizio sino alla precisazione delle conclusioni”. E ancora “È questo l'unico possibile significato da attribuire al sintagma “memorie contenenti osservazioni sulla questione”, oltre a quello di consentire al giudice una migliore ponderazione della rilevanza assorbente della stessa nella decisione della causa. Ché, se il contenuto di tali memorie dovesse limitarsi a un'attività solo assertiva [...], si tornerebbe, in buona sostanza, alle sentenze “della terza via” ante-riforma, poiché quelle “osservazioni” non risulterebbero in alcun modo funzionali a coniugare il diritto di difesa delle parti con quelle esigenze di economia processuale che costituiscono, invece, la *ratio* dell'art. 101 comma 2”.

<sup>32</sup> Si v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 227-228; M. BOVE, in M. BOVE, A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e nuove riforme in atto*, Matelina, 2009, 41; M. FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, V, 2009, 267; *contra* G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 22. In giurisprudenza, Cass. 30 settembre 2020, n. 20870, secondo la quale “L'art. 101, comma 2, c.p.c. impone un'interpretazione dei poteri delle parti estesa alla facoltà di proporre domande di nullità e spiegare la conseguente attività probatoria sino alla precisazione delle conclusioni, in deroga al sistema delle preclusioni istruttorie, alla condizione che vi sia stata una previa rilevazione officiosa di tale nullità”, fermo restando che “il rilievo d'ufficio della nullità è comunque subordinato alla rilevanza *ex actis*, ciò che presuppone il rispetto delle preclusioni istruttorie” (in tal senso, da ultimo, Cass. 21 febbraio 2023, n. 5349).

<sup>33</sup> In realtà, se si conviene con quanto osservato nel paragrafo precedente e nel successivo, e cioè che il giudice dovrebbe rigettare la domanda di condanna al pagamento della provvigione per mancanza (di prova) di un fatto costitutivo, non avrebbe neppure senso sollevare la questione della nullità del contratto, se è vero che andrebbero sottoposte alle parti le sole questioni che risultino essere effettivamente decisive e rilevanti per la pronuncia. Tuttavia, ai fini del ragionamento che andiamo conducendo, ciò che importa è che il giudice rilevi la questione oltre i termini istruttori e la sottoponga alle parti ai sensi dell'art. 101 c.p.c. per loro “osservazioni”.

La risposta dovrebbe essere positiva se si aderisce all'orientamento più "garantista" in forza del quale, per effetto del rilievo officioso (ed entro tali limiti), le parti riacquistano pieni poteri (assertivi e istruttori).

Epperò, v'è da chiedersi se il documento comprovante l'iscrizione nei ruoli, ammissibilmente introdotto nel giudizio in ragione del predetto congegno recuperatorio, possa valere non solo per paralizzare l'eccezione di nullità del contratto, ma anche ad altro fine e, precisamente, a quello di sopperire al difetto di prova dell'iscrizione, vista però *sub specie* di fatto costitutivo del diritto del mediatore al pagamento della provvigione e non tanto quale fatto idoneo ad escludere la nullità del contratto.

La soluzione credo debba essere ragionevolmente negativa: nel momento in cui si ammette che un determinato fatto costitutivo del diritto azionato (il diritto alla provvigione), qualora difetti, cagioni anche la nullità del contratto<sup>34</sup>, non appare possibile consentire che del documento (che sarebbe idoneo ad escludere la nullità) possa tenersi conto ai fini della prova del fatto costitutivo: prova che, infatti, avrebbe dovuto essere offerta ben prima, almeno entro il termine per il deposito della seconda memoria. Una produzione successiva, ancorché sollecitata ai sensi dell'art. 101 c.p.c., per quanto ammissibile – ma, inevitabilmente, al ben più limitato fine di contrastare il rilievo officioso – non potrà valere a recuperare un onere che avrebbe dovuto essere assolto nei rigorosi termini dell'art. 183 (ed oggi dell'art. 171-ter) c.p.c.

Ciò mi sembra non si ponga in contrasto col principio di acquisizione, il quale impone semmai che il giudice debba fondare il proprio convincimento in forza degli elementi di prova già acquisiti a prescindere da chi li abbia forniti, ma non consente di superare preclusioni che siano eventualmente già maturate: in altri termini, la prova dell'iscrizione (vista come fatto costitutivo della pretesa al pagamento della provvigione), che avrebbe dovuto essere tempestivamente offerta nei predetti termini perentori, non può essere recuperata *ex post* in occasione del (tardo) rilievo officioso di una questione, ancorché l'ingresso del documento sia in sé eccezionalmente ammissibile, sebbene a un più limitato scopo.

È infine lecito chiedersi se il giudice che si avveda della mancanza dell'iscrizione del mediatore, e quindi della mancanza di un fatto costitutivo (a prescindere che essa possa anche dar luogo alla nullità del contratto), debba sottoporre la "questione" al contraddittorio fra le parti,

---

<sup>34</sup> Che però, come detto, a nostro avviso rileva al più per la determinazione del *quantum*, ma non per l'*an*, dipendendo questo aspetto dal fatto che il mediatore (ovviamente iscritto) abbia messo in relazione le parti, realizzando così il presupposto indispensabile per l'avvenuta conclusione del contratto.

eventualmente anche ai sensi dell'art. 101 c.p.c.<sup>35</sup>. Darei anche a questo quesito risposta negativa, specialmente se si esclude che l'operatività dell'art. 101, comma 2, c.p.c. vada riferita anche a quelle questioni che configurano un presupposto di accoglimento della domanda<sup>36</sup>. Ciò in quanto "l'esistenza di tutti i fatti costitutivi del diritto è una questione già ricompresa nell'oggetto del giudizio come posto dalla domanda di parte"<sup>37</sup> e quindi, consentire all'attore un'ulteriore "attività integrativa di allegazione"<sup>38</sup> significherebbe permettergli di recuperare attività di allegazione ed eventualmente di prova, a rigore, irrimediabilmente precluse dallo stato di avanzamento del processo<sup>39</sup>.

4. – Ma torniamo, dopo questa "divagazione", alla fattispecie in esame, ove la nullità del contratto di mediazione, per mancanza di iscrizione del mediatore nei relativi ruoli, non è stata rilevata in primo grado, ma solo in sede di gravame.

La Suprema Corte critica la decisione della Corte territoriale per aver "qualificato come "legittima" la produzione, da parte dell'odierna ricorrente, della documentazione comprovante l'iscrizione nel ruolo dei mediatori", ciò in quanto la stessa si sarebbe limitata a "valorizza[re] il fatto che l'eccezione di mancata iscrizione nel ruolo era stata sollevata

---

<sup>35</sup> Ovviamente stiamo ipotizzando che il difetto di iscrizione dell'agente non sia stata precedentemente eccepita: in tal caso non si può certo porre il problema, qualora il giudice intenda fondare la sentenza su siffatta questione, che la decisione segua una "terza via".

<sup>36</sup> In giurisprudenza si v. Cass. 5 maggio 2016, n. 9101; 9 maggio 2016, n. 9318 che ha ritenuto non sussistente la violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c. da parte dei giudici di merito i quali avevano rigettato la domanda di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. per non aver l'attore provato la regolarità urbanistica del fabbricato, in quanto tale questione "faceva parte *ab initio* del *thema decidendum* posto dall'attore, costituendo la detta regolarità edilizia presupposto giuridico del chiesto trasferimento coattivo della proprietà".

<sup>37</sup> F. GODIO, *sub* art. 101, in *Codice di procedura civile. Commentario*, diretto da CONSOLO, Milano, 2018, 1133.

<sup>38</sup> F. GODIO, *sub* art. 101, *ibidem*.

<sup>39</sup> Forse si potrebbe, al più, ritenere che il giudice abbia il potere-dovere di segnalare alle parti la questione, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.c., consentendo all'attore di interloquire in relazione al rilievo officioso, limitando tuttavia il contenuto delle memorie ex art. 101, comma 2, c.p.c. alle sole attività assertive (ad es., l'attore potrebbe eccepire di essere in realtà iscritto nell'apposito registro, avendo allegato il fatto secondario-numero di iscrizione), senza che possano attribuirsi ulteriori poteri istruttori (che consentirebbero, in ipotesi, la produzione del documento comprovante l'iscrizione), ciò che si risolverebbe in una inammissibile rimessione in termini.

dall’odierna ricorrente solo in appello, come peraltro era pienamente possibile, trattandosi – come già visto – di eccezione in senso lato”.

Ne è derivata – sempre secondo la Corte di Cassazione – l’ammissione della produzione documentale senza la doverosa verifica “della impossibilità per la parte di operare tale produzione tempestivamente nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile”, facendo ricorso, nella sostanza, “ad un criterio di indispensabilità invece che non assume più rilievo nella vigente disciplina [...]”<sup>40</sup>.

La Corte d’Appello, insomma, non avrebbe dovuto ammettere la produzione fondandosi sulla mera “novità” della questione, bensì sarebbe stata tenuta a verificare:

- i) che in primo grado vi fosse stata la produzione tempestiva del documento<sup>41</sup> (a questo punto, diremmo, “ri-prodotto” in appello)<sup>42</sup>, oppure
- ii) qualora detta produzione non fosse stata effettuata nel precedente grado, che ciò fosse dipeso da causa non imputabile alla parte, costituendo quest’ultima l’unica ipotesi in cui una nuova prova può essere ammessa in fase di gravame.

In realtà, se è vero che “nel giudizio di appello [...], il Giudice, in caso di mancata rilevazione officiosa, in primo grado, di una nullità contrattuale, ha sempre facoltà di procedere ad un siffatto rilievo”<sup>43</sup>, credo che debba consentirsi alle parti di poter liberamente (e quindi con pieni poteri) contraddire sulla questione, senza che possa valere la limitazione prevista dall’art. 345, comma 3, c.p.c. Non si vede perché la parte pregiudicata dall’eccezione (ammissibile *ex art.* 345, comma 2, c.p.c.), per eventualmente “contrastarla”, debba provare di non aver potuto produrre un documento (o richiedere l’ammissione di una prova costituenda) nel precedente grado per causa a lei non imputabile, se e in quanto la questione – rilevata o (ammissibilmente) eccepita – sia a tutti gli effetti “nuova”.

Un’ulteriore possibilità – suggerita da un *obiter* contenuto nella già citata Cass. 9 febbraio 2023, n. 4019 – parrebbe infine esser questa: che il

---

<sup>40</sup> Sul requisito dell’indispensabilità della prova in appello (abrogato con d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134), si v. E. MERLIN, *Indispensabilità delle prove e giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 553 ss.; ID., *Eccezioni rilevabili d’ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 324 ss.

<sup>41</sup> Tenuto conto che, nel controricorso – si apprende dalla sentenza –, la parte ha dedotto di aver invero fornito la prova dell’iscrizione già nel giudizio di primo grado e perciò – parrebbe (ma è quanto dovrà accertare il giudice del rinvio) – tempestivamente.

<sup>42</sup> O comunque – aggiungerei – che l’onere di provare l’iscrizione non fosse eventualmente stato assolto mediante presunzioni, e cioè in virtù dell’allegazione del numero d’iscrizione nel ruolo.

<sup>43</sup> L’inciso è tratto, ancora una volta, da Cass. S.U. 12 dicembre 2014, n. 26242.

giudice del rinvio sia chiamato a valutare se in appello non vi fossero i presupposti per consentire la produzione (nuova) se e in quanto si accerti che il giudice di prime cure avrebbe dovuto “rilevare d’ufficio ex art. 183, co. 4 c.p.c. la questione relativa all’iscrizione del mediatore nei ruoli della camera di commercio e ciò avrebbe sollecitato l’attore a produrre la relativa documentazione tempestivamente rispetto al maturare delle preclusioni collegate alla chiusura della fase introduttiva del processo”.

Anzitutto non si comprende il motivo del richiamo al solo art. 183, comma 4, c.p.c. e quindi alla sola ipotesi in cui il rilievo officioso avvenga in un momento in cui non sono decorsi i termini istruttori: *quid* in caso lo fossero e il giudice abbia omesso di rilevare la questione e di sottoporla alle parti ai sensi dell’art. 101 c.p.c.? Non sembra infatti che vi siano ragioni per tenere distinte le due situazioni, né tantomeno che esse meritino di essere trattate diversamente.

In ogni caso, se si concorda con ciò, che la pretesa al pagamento della provvigione avrebbe dovuto essere rigettata già in prime cure se, in quella sede, non sia stata offerta (tempestivamente) la prova, gravante sull’attore, del fatto costitutivo-iscrizione nei ruoli, l’eventuale rilievo della questione relativa alla nullità del contratto, incidendo tale profilo su altri aspetti (tra cui la determinazione del *quantum*), sarebbe stato comunque ultroneo, in quanto relativo ad un elemento in sé non decisivo<sup>44</sup>.

Sicché, a nostro avviso, alcuna violazione del contraddittorio potrebbe dirsi verificata nel caso in cui il giudice di primo grado abbia omesso di sottoporre alle parti la questione della nullità del contratto di mediazione (non rilevante ai fini della decisione, che avrebbe dovuto avere contenuto di rigetto). Ne discende l’insussistenza del presupposto per la rimessione in termini in appello nella produzione del documento comprovante l’iscrizione del mediatore: il giudice del rinvio non potrà perciò che valutare – come in definitiva correttamente indicato in sentenza – la sussistenza, in atti, di una produzione tempestiva del documento; qualora non vi fosse, la pretesa attorea non potrà che essere destinata al rigetto per difetto di prova di un fatto costitutivo.

----

*Abstract*

**PROHIBITION OF NEW DOCUMENTARY PRODUCTION ON APPEAL  
AND EXCEPTIONS NOT DISCOVERABLE EX OFFICIO**

---

<sup>44</sup> La questione relativa alla determinazione dell’ammontare della provvigione in tanto si pone in quanto il diritto al pagamento della stessa sia positivamente accertato.

L'A. esamina criticamente la decisione con cui la Corte di cassazione ha enunciato il principio secondo cui il divieto di nuove produzioni in appello non è superabile argomentando dalla rilevabilità d'ufficio dell'eccezione proposta, per la prima volta, in sede d'impugnazione, dovendo il giudice verificare che la parte non abbia potuto provvedere tempestivamente, nel giudizio di primo grado, a tale produzione per causa ad essa non imputabile.

\*\*\*

*The A. critically examines the decision by which the Court of cassation enunciated the principle that the prohibition of new productions in appeal cannot be overcome by arguing from the ex officio detectability of the exception proposed, for the first time, in the appeal, since the judge must verify that the party was unable to provide such production in a timely manner, in the first instance, for reasons not attributable to it.*

-----

**Corte di cassazione, Sez. Un., 7 febbraio 2024, n. 3452 (Pres. D'Ascoli e Bellocchio a Nazzicone)**

**Mediazione obbligatoria – Avvenuto esperimento in ordine alla domanda principale – Domanda riconvenzionale rientrante nelle materie di cui all'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 28 del 2010 – Esperimento – Necessità – Esclusione.**

Normativa di riferimento: art. 5, d.lgs. 28 marzo 2010, n. 28

*La condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 sussiste per il solo atto introduttivo del giudizio e non per le domande riconvenzionali, fermo restando che al mediatore compete di valutare tutte le istanze e gli interessi delle parti ed al giudice di esperire il tentativo di conciliazione, per l'intero corso del processo e laddove possibile.*

**Corte di cassazione, Sez. Un., 29 aprile 2024, n. 11399 (Pres. D'Ascoli, Est. Leone)**

**Questione di diritto insorta in un procedimento cautelare – Rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c. – Ammissibilità.**

Normativa di riferimento: art. 363-bis c.p.c.

*Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 363-bis c.p.c., in presenza di tutte le condizioni previste dalla disposizione, può riguardare questioni di diritto che sorgano anche nei procedimenti cautelari ante o in corso di causa.*

**Corte di cassazione Sez. Un., 7 maggio 2024, n. 12449 (Pres. D'Ascoli, Scoditti)**

**Titolo esecutivo – Titolo esecutivo giudiziale contenente condanna al pagamento di interessi legali – Mancanza di ulteriori specificazioni – Interpretazione – Riferibilità agli interessi ex art. 1284, comma 4, c.c. – Esclusione.**

Normativa di riferimento: art. 1284 c.c.

*Ove il giudice disponga il pagamento degli «interessi legali» senza alcuna specificazione, deve intendersi che la misura degli interessi, decorrenti dopo la proposizione della domanda giudiziale, corrisponde al saggio previsto dall'art. 1284, comma 1, c.c. se manca nel titolo esecutivo giudiziale, anche sulla base di quanto risultante dalla sola motivazione, lo specifico accertamento della spettanza degli interessi, per il periodo successivo alla proposizione della domanda, secondo il saggio*

*previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.*

Hanno contribuito al fascicolo:

Asprella, Cristina – Professore associato nell'Università di Roma "Niccolò Cusano"

Beretta, Davide – Assegnista di ricerca nell'Università Cattolica del Sacro Cuore

Corraro, Davide – Assegnista di ricerca nell'Università di Padova

Carmignani, Sonia – Professore ordinario nell'Università di Siena

De Campos Monaco, Gustavo Ferraz – Professor Titular nell'Università di San Paolo (Brasile)

Maisto, Filippo – Professore ordinario nell'Università della Calabria

Prendini, Luca – Professore associato nell'Università di Padova