



Le Pagine de

AC | **L' AULA
CIVILE**

1 2019

gennaio

IN QUESTO NUMERO:

CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA

AZIONE REVOCATORIA

RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

ORDINI ESIBITORI

RITO FORNERO

AFFIDAMENTO DEI MINORI

DESISTENZA E DOMANDA DI FALLIMENTO

LIQUIDATORI E FONDAZIONI

INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA


**MAGGIOLI
EDITORE**

Le Pagine de

AC | **L' AULA
CIVILE**

1 2019

gennaio

IN QUESTO NUMERO:

CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA

AZIONE REVOCATORIA

RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

ORDINI ESIBITORI

RITO FORNERO

AFFIDAMENTO DEI MINORI

DESISTENZA E DOMANDA DI FALLIMENTO

LIQUIDATORI E FONDAZIONI

INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

ME
**MAGGIOLI
EDITORE**

Comitato Scientifico

DIREZIONE:

Prof. Lupoi Michele Angelo

COMITATO DI DIREZIONE:

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

COMITATO DI REDAZIONE:

Alemanno Roberto
Antonelli Alessio

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

Polizzi Mattia
Sponzilli Adriano
Tonelli Beatrice Irene
Villa Alberto
Zulberti Martino

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

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

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

Maggioli S.p.a.

Azienda con sistema qualità certificato
ISO 9001:2008, iscritta al registro
operatori della comunicazione



CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA

- 4** In tema di natura e presupposti della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite
di Mattia Polizzi

AZIONE REVOCATORIA

- 8** Azione revocatoria e questioni di giurisdizione: le ultime pronunce della Corte di Giustizia
di Marco Farina

RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

- 16** Il processo civile in itinere: la posizione dell'avvocatura e della magistratura
di Caterina Silvestri

ORDINI ESIBITORI

- 19** Il problema dell'attuazione degli ordini esibitori in una recente proposta di riforma del processo civile
di Beatrice Ficcarelli

RITO FORNERO

- 26** Recenti orientamenti sull'applicazione del rito Fornero
di Roberto Bonatti

AFFIDAMENTO DEI MINORI

- 30** Stabilità e ricorribilità in Cassazione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e nei giudizi de potestate
di Romolo Donzelli

DESISTENZA E DOMANDA DI FALLIMENTO

- 34** Effetti della desistenza sulla domanda di fallimento
di Lucilla Galanti

LIQUIDATORI E FONDAZIONI

- 38** La natura volontaria del procedimento di nomina e di sorveglianza sull'attività compiuta dai liquidatori delle fondazioni: una rassegna giurisprudenziale dei principali provvedimenti di nomina e revoca
di Caterina Pasini

INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

- 42** L'insolvenza transfrontaliera del "gruppo" nel reg. UE n. 848/2015: i nuovi obblighi di cooperazione e informazione e la facoltà di coordinamento
di Gianni Ghinelli

CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA

In tema di natura e presupposti della consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite

di Mattia Polizzi

21 gennaio 2019

Sommario

- 1 - Introduzione
- 2 - La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite: generalità
- 3 - L'incerta natura del provvedimento ex art. 696 bis c.p.c.
- 4 - Il presupposto della "conciliabilità tra le parti".

1. Introduzione

Non sembra peregrino affermare che, negli ultimi anni, il ruolo dei cc.dd. *alternative dispute resolution methods* nel sistema processuale civile italiano sia notevolmente aumentato. A mero titolo esemplificativo può ricordarsi la recente introduzione dell'obbligo di proporre preventivamente un ricorso ex art. 696 bis c.p.c. in caso di controversia avente ad oggetto la responsabilità medica, come condizione di procedibilità della domanda (così l'art. 8 l. 8 marzo 2017, n. 24, c.d. legge Gelli-Bianco). Ancora, si pensi allo strumento della negoziazione assistita di cui al d.l. 12 settembre 2014, n. 132 conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162 che costituisce anch'esso, a norma dell'art. 3 d.l. 132/2014, condizione di procedibilità della stragrande maggioranza delle cause civili. Viene in rilievo altresì il disposto di cui all'art. 445 bis c.p.c. (inserito nel *corpus* codicistico dall'art. 38, comma 1, n. 1, lett. b), d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111) in forza del quale nelle controversie in materia di invalidità civile ai fini previdenziali ed assistenziali è necessario proporre anteriormente alla causa (e a pena di improcedibilità) il ricorso di cui all'art. 696 bis c.p.c. Del pari, si può pensare al novellato art. 128 c.p.i. che ha introdotto la possibilità di esperire, sotto condizione di compatibilità, la consulenza preventiva di cui all'art. 696 bis c.p.c. anche nell'ambito del processo cautelare in tema di proprietà industriale. Ancor prima, ma sempre nel corso degli ultimi an-

ni, si ricordi l'introduzione, ancora una volta assunta a condizione di procedibilità della domanda, della mediazione di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

Il maggior utilizzo di strumenti di composizione bonaria delle cause, in ogni settore del processo civile, può essere visto come un interessante tentativo di dare risposte ad una società caratterizzata da uno dei più alti tassi di litigiosità. In primo luogo l'effetto benefico di tali strumenti, caratterizzati dalla presenza di consulenti tecnici esperti dei singoli settori, si riverbera sul tema della sempre più pregnante parcellizzazione dei singoli rami del sapere, in particolare se sol si consideri l'adagio secondo cui il giudice è – o dovrebbe essere – *peritus peritorum*. Non può trascurarsi, inoltre, l'effetto deflattivo di tali strumenti, astrattamente (ma non solo) idonei a produrre un effetto benefico per il tramite della possibilità di giungere ad una conciliazione bonaria della controversia.

2. La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite: generalità

Nel 2005, il novero di questi strumenti viene implementato con l'introduzione di un nuovo istituto, pressoché ignoto al previgente sistema processuale-civilistico italiano^[1]: il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80 introduce nel Codice di rito il nuovo art. 3 d.l. 132/2014, condizione di procedibilità della stragrande maggioranza delle cause civili. Viene in rilievo altresì il disposto di cui all'art. 696 bis,

[1] Ma non, ad esempio, al sistema processuale tedesco, ove un istituto analogo esiste sin dal 1990.

rubricato “consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite”[2].

La disposizione in parola è stata inserita nella Sezione IV del Capo III, Titolo I, Libro IV del Codice di rito. Nonostante la *sedes materiae* – la Sezione dedicata ai procedimenti di istruzione preventiva del Capo dedicato ai procedimenti cautelari – giurisprudenza e dottrina sono divise sulla natura stessa del provvedimento in questione. Onde poter meglio individuare le ragioni di tale *querelle* sembra opportuno ricordare (pure se in maniera necessariamente sintetica) i principali tratti distintivi del procedimento in parola

L'art. 696 *bis* c.p.c. consente all'interessato di richiedere che venga disposta una consulenza tecnica preventiva “ai fini dell'accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito”.

La novità più significativa dell'istituto risiede nel fatto che il consulente nominato dal giudice tenta, prima del deposito delle relazioni tecniche, la conciliazione delle parti.

I presupposti della consulenza *de quavengono* individuati dal legislatore *a contrario*, come è possibile comprendere dall'inciso iniziale dell'art. 696 *bis* c.p.c., in forza del quale la consulenza tecnica preventiva può essere richiesta “anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696”. Come noto la disposizione testé citata si riferisce ai classici presupposti cautelari del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*, peraltro declinati nello specifico senso che assumono con riferimento ai procedimenti di istruzione preventiva *ex art.* 696 c.p.c.: e così il pericolo da ritardo dovrà qui essere inteso come impossibilità (ovvero come maggiore difficoltà) di assumere del mezzo di prova nel corso del giudizio ordinario; il *fumus boni iuris* dovrà essere identificato nella valutazione di ammissibilità e rilevanza del mezzo istruttorio, da assumere *pro futuro*. Nel caso di consulenza a fini conciliativi *ex art.* 696 *bis* c.p.c., come anticipato, l'urgenza propria della tutela cautelare potrà sussistere, ma qualora così non sia il provvedimento non potrà per ciò solo essere negato.

L'iter procedimentale è invece analogo a quello previsto per

l'accertamento tecnico preventivo di cui all'art. 696 c.p.c., considerato il richiamo operato dal primo allinea dell'art. 696 *bis* c.p.c. E così, più nello specifico, l'istanza potrà essere proposta sia prima della instaurazione della causa sia in pendenza della medesima, alla luce di quanto previsto dall'art. 699 c.p.c.

Qualora l'istanza venga rigettata, sarà comunque necessaria una pronuncia sulle spese, come disposto dall'art. 669 *septies* c.p.c., richiamato dall'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. che a sua volta esclude l'applicabilità del c.d. processo cautelare uniforme ai provvedimenti di istruzione preventiva. Una questione ancora aperta è costituita dalla possibilità o meno di proporre reclamo avverso il provvedimento di rigetto, a *fortiori* in seguito alla sent. 144/2008 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 669 *quaterdecies* e 695 c.p.c. nella parte in cui non consentivano la reclamabilità del provvedimento di rigetto della istanza di istruzione preventiva a norma degli artt. 692 e 696 c.p.c.[3].

Qualora ammessa, la consulenza tecnica preventiva potrà avere come esito la conciliazione delle parti dinanzi al consulente ovvero, in caso di mancata conciliazione, la redazione della relazione tecnica vera e propria.

Nella prima ipotesi, ossia nel in cui sia avvenuta la conciliazione il processo verbale di conciliazione sarà sottoposto al giudice, il quale vi attribuirà con decreto efficacia di titolo esecutivo, ai fini delle esecuzione forzata e della iscrizione di ipoteca giudiziale. In caso contrario, ossia quello di mancata conciliazione, il consulente redigerà la propria relazione, la quale potrà essere acquisita nel successivo giudizio di merito.

3. L'incerta natura del provvedimento *ex art.* 696 *bis* c.p.c.

Così tratteggiati, seppure in via necessariamente sintetica, i punti più rilevanti della disciplina della consulenza preventiva a fini conciliativi, può darsi atto del dibattito in merito alla natura effettivamente cautelare o meno dell'istituto in parola.

Al riguardo giurisprudenza e dottrina si trovano su posizioni differenti.

La prima è piuttosto ferma nel ritenere che nonostante le pe-

[2] Per una prima bibliografia sul tema si v., oltre ai contributi evidenziati più avanti, Cossignani F., *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in Carratta A. (dir. da), *I procedimenti cautelari*, Zanichelli, 2012, pp. 724 ss.; Ghirga M.F., *Le nuove norme sul procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, III, pp. 781 ss.; Luiso F.P., *Diritto processuale civile*, IV, Giuffrè, 2013, pp. 269 ss.; Mandrioli C., Carratta A., *Diritto processuale civile*, IV, Giappichelli, 2014, pp. 347 ss.; Magi F., Carletti F., *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in Tarzia G., Saletti A (a cura di), *Il processo cautelare*, CEDAM, 2015, pp. 178 ss.; Saletti A., *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, a cura di Tarzia G., CEDAM, 2006, p. 51; Tedoldi A., *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, IV, pp. 808 ss.

[3] Corte cost. 16 maggio 2008, n. 144, in *Giust. civ.*, 2009, XI, pp. 2357 ss., con nota di Granata R., *Limitazione alla reclamabilità ex art. 669-terdecies c.p.c. al solo provvedimento di rigetto della domanda di istruzione preventiva*.

culiarità evidenziate, il provvedimento di cui all'art. 696 bis c.p.c. resta da ascrivere nel novero dei provvedimenti con natura cautelare: gli ermellini valorizzano in tal senso sia la *sedes materiae* dell'istituto sia il suo «carattere provvisorio e strumentale»^[4]. La dottrina assolutamente maggioritaria è invece di opposta contraria^[5] e ritiene che la consulenza a fini conciliativi esuli dal campo dei procedimenti cautelari, presentando invece una funzione spiccatamente deflattiva. Diverse le argomentazioni addotte per giungere a tale conclusione. In primo luogo, possono essere ricordate l'efficacia di titolo esecutivo del verbale di conciliazione e la sua validità per iscrivere ipoteca giudiziale: dette qualità, unitamente alla esenzione dall'imposta di registro, possono essere viste quali incentivi per la conclusione bonaria della vertenza. In seconda istanza, milita in tale senso l'*incipit* dell'art. 696 bis c.p.c., il quale come visto consente l'instaurazione del procedimento «anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell'articolo 696» e, pertanto, al di fuori dei consueti presupposti cautelari del *fumus* e del *periculum*.

Ancora, un indice della natura non cautelare dell'istituto è rappresentato dall'esclusione (salve le limitate eccezioni sopra richiamate) dell'applicabilità degli artt. 669 bis ss. c.p.c. in tema di processo cautelare uniforme, considerata la non menzione della Sezione IV nell'art. 669 quaterdecies c.p.c. Infine, ad ulteriore conforto della propria tesi, la dottrina maggioritaria ricorda come con la stessa relazione ministeriale alla riforma, il legislatore del 2005 aveva modo di osservare che «la prima finalità dell'art. 696 bis c.p.c. consiste nell'apprestare uno strumento attraverso il quale le parti possano, pur sempre nell'ambito della giurisdizione e con le garanzie di terzietà proprie di un consulente nominato dal giudice, usufruire di una modalità per la determinazione delle eventuali conseguenze lesive connesse ad inadempimenti nell'esecuzione di prestazioni obbligatorie [...], o a fat-

ti dannosi di natura extracontrattuale [...] oltretutto ad una pluralità di vicende all'origine di svariate tipologie di controversie [...]. L'accertamento tecnico preventivo, nella configurazione di cui alla norma in esame può di per sé rappresentare una modalità di definizione della controversia in tutte quelle ipotesi in cui le contestazioni tra le parti vertano essenzialmente sul quantum dell'obbligazione»^[6].

4. Il presupposto della “conciliabilità tra le parti”

Come detto, l'innovazione maggiormente pregnante introdotta dall'art. 696 bis c.p.c. è costituita dal tentativo di conciliazione che deve essere incardinato dal consulente.

Al riguardo deve darsi atto della emersione in anni recenti di un orientamento giurisprudenziale sostenitrice di un'applicazione piuttosto restrittiva dell'istituto di cui all'art. 696 bis c.p.c.. Tale opinione si basa sull'assunto per cui il “presupposto per l'accertamento tecnico preventivo di cui all'art. 696 bis è che la controversia fra le parti abbia come unico punto di dissenso ciò che, in sede di processo di cognizione può costituire oggetto di consulenza tecnica, acquisita la quale, secondo le preventivamente dichiarate intenzioni delle parti, appare assai probabile che esse si concilieranno, non residuando – con valutazione da compiersi ex ante – altre questioni controverse”^[7].

Una tale interpretazione, tuttavia, presta il fianco a due obiezioni. In primo luogo, nessuna limitazione in tal senso risulta dal tenore letterale dell'art. 696 bis c.p.c., il quale - anzi - dispone che il giudice “provvede” sulla istanza, senza altro aggiungere. In secondo luogo, accogliere l'opinione di cui sopra significa in sostanza introdurre una sorta di condizione di ammissibilità del procedimento, che potremmo denominare di “conciliabilità tra le parti”. Ciò avrebbe come corollario quello di far dipendere la possibilità di accogliere la richiesta del provvedimento ex art. 696 bis c.p.c. da un mero

[4] Così Cass. Civ., Sez. Un., 20 giugno 2007, n. 14301, in *Giur. it.*, 2007, XI, pp. 2525 ss., con nota di Masoni R.; più di recente, si v. Cass. Civ., Sez. VI, 26 giugno 2014, n. 14505, in *Giust. civ. Mass.*, 2014; Cass. Civ., Sez. VI, 7 marzo 2013, n. 5698, *ibidem*, 2013. Della stessa opinione, in dottrina, Besso C., *art. 696 bis c.p.c.*, in Chiarloni S. (dir. da), *Le recenti riforme del processo civile*, II, Zanichelli, 2007, pp. 1328 ss.

[5] Così Cossignani F., *op. cit.*, pp. 724 ss.; Ghirga M.F., *op. cit.*, pp. 781 ss.; Luiso F.P., *op. cit.*, p. 270; Magi F., Carletti F., *op. cit.*, pp. 178 ss.; Mandrioli C., Carratta A., *op. cit.*, p. 350 sub nota 14; Montanari M., *Brevi note sulla natura giuridica della consulenza tecnica preventiva in funzione di composizione della lite (art. 696 bis c.p.c.) e sulle relative conseguenze di ordine applicativo*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, pp. 701 ss.; Saletti A., *op. cit.*, p. 56; Tedoldi A., *op. cit.*, pp. 808 ss. Per una opinione differente sul tema cfr. Bonatti R., *Un moderno dott. Jekyll: la consulenza tecnica conciliativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, I, pp. 247 ss.

[6] Così l'art. 53 del progetto “*Modifiche al Codice di procedura civile*”, testo unificato del 24 luglio 2002, p. 20.

[7] Trib. Milano, 23 gennaio 2007, in *DeJure*, 2007. Per altre pronunce in tal senso si v. Trib. Roma, ord. 26 marzo 2015, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, IV, pp. 1298 ss.; Trib. Pavia, 14 luglio 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, pp. 45 ss.; Trib. Milano, 17 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2007, pp. 2268 ss., con nota di Conte R. In dottrina, tra gli Autori concordi con tale orientamento, si v. Crocini L., *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *www.altalex.com*, 17 maggio 2006; Nardo G.N., *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005*, in *www.judicium.it*, 2005; Plenteda R., *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *www.altalex.com*, 18 luglio 2006; Visalli G., *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite quale provvedimento anticipatorio ai sensi dell'art. 669 octies 8° comma c.p.c.*, in *www.judicium.it*.

atteggiamento difensivo (o ostruzionistico) della parte resistente, capace con le proprie contestazioni (fondate o meno) di paralizzare l'azione.

Anche alla luce di queste considerazioni, si va affermando in giurisprudenza un diverso orientamento. Questa opinione risulta più cauta e sottolinea non solo la funzione conciliativa dell'istituto, ma anche quella funzione probatoria, orientamento che amplia le maglie dei presupposti di accoglimento della istanza di consulenza tecnica preventiva^[8]. In tale ottica l'istituto in parola appare avere un duplice possibi-

le epilogo: da un lato, la conciliazione, con tutto ciò che ne consegue in termini di benefici effetti per le parti e per il sistema; dall'altro, in considerazione della circostanza per cui una conciliazione non può e non deve - per definizione - essere imposta, il procedimento (ed il conseguente provvedimento) continua a mantenere la propria utilità, costituita dalla relazione peritale. Questa, analogamente a quanto previsto dall'art. 696 c.p.c., assumerà rilievo in un futuro giudizio di merito, sicché l'attività procedimentale svolta in precedenza non sarà stata inutilmente esperita.

[8] Cfr., a titolo di esempio, Trib. Como, ord. 11 febbraio 2015, in *www.ecllegal.it*, 2 novembre 2015, con nota di Ferrari F., *Consulenza tecnica preventiva e conciliabilità della lite*; Trib. Lecce, 15 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*, 11438, 23 ottobre 2014; Trib. Palmi, 25 gennaio 2011, in *DeJure*, 2011; Trib. Reggio Emilia, 20 dicembre 2010, in *Corr. merito*, 2011, pp. 368 ss., con nota di Bencini R., *La consulenza tecnica preventiva nelle controversie fra risparmiatore e banca*; Trib. Busto Arsizio, 25 maggio 2010, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, XI, pp. 2322 ss., secondo cui "se si dovesse chiudere il procedimento in questione con una declaratoria di inammissibilità ad ogni obiezione di parte convenuta sulla propria responsabilità o sulla misura della stessa, l'ambito di applicazione del nuovo istituto si ridurrebbe notevolmente in contrasto con la ratio sottesa alla sua previsione, essendo decisamente rari i casi in cui le parti controvertono solo dell'aspetto quantitativo"; Trib. Mantova, 26 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*, 2431, 2 novembre 2010; Trib. Catania, 8 febbraio 2010, in *Dir. & Giustizia online*, 2010; Trib. Torino, 31 marzo 2008, in *Giur. merito*, 2008, XI, pp. 2883 ss. In dottrina, cfr. Magi F., Carletti F., pp. 184 ss.; Saletti A., *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, a cura di Tarzia G., CEDAM, 2006, p. 51

AZIONE REVOCATORIA

Azione revocatoria e questioni di giurisdizione: le ultime pronunce della Corte di Giustizia

di Marco Farina

del 22 gennaio 2019

Sommario

Introduzione

Foro in materia contrattuale e azione revocatoria ordinaria: la soluzione della Corte di Giustizia

Azione revocatoria fallimentare e giurisdizione esclusiva dei giudici del luogo in cui è stata aperta la procedura di insolvenza

Introduzione

Con sentenza del 4 ottobre 2018 pronunciata nella causa [C-337/17](#) (*Feniks sp. Z o.o.* contro *Azteca Products & Services SL*)^[1], la Corte di Giustizia, pronunciandosi su di una questione pregiudiziale sottoposta da un giudice polacco, ha affermato, testualmente, che “*in una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, un’azione pauliana, mediante la quale il titolare di diritti di credito derivanti da un contratto chiede che sia dichiarato inefficace nei suoi confronti l’atto, asseritamente pregiudizievole ai suoi diritti, con cui il suo debitore ha ceduto un bene ad un terzo rientra nella norma sulla competenza internazionale di cui all’articolo 7, punto 1, lettera a), del Regolamento (UE) n. 1215/2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*”.

Con sentenza di poco successiva del 14 novembre 2018 pronunciata nella [causa C-296/17](#) (*Wiemer & Trachte GmbH* contro *Zhan Oved Tadzher*)^[2], la Corte di Giustizia, rispon-

dendo questa volta ad un quesito pregiudiziale rimesso da un giudice bulgaro, ha dichiarato che “*l’articolo 3, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, deve essere interpretato nel senso che la competenza giurisdizionale dei giudici dello stato membro, sul territorio del quale la procedura di insolvenza è stata avviata, a conoscere di un’azione revocatoria fondata sull’insolvenza e diretta nei confronti di una controparte con sede statutaria o domicilio in un altro Stato membro costituisce una competenza giurisdizionale esclusiva*”.

Di seguito, quindi, ci soffermeremo su entrambe le decisioni analizzandone un po’ più a fondo il contenuto e verificando la correttezza delle soluzioni adottate.

Foro in materia contrattuale e azione revocatoria ordinaria: la soluzione della Corte di Giustizia

In *Feniks* la Corte di Giustizia si è pronunciata, per la prima volta^[3], sull’applicabilità all’azione revocatoria ordina-

[1] Di seguito ci si riferirà a questa sentenza solo come *Feniks*.

[2] Di seguito ci si riferirà a questa sentenza solo come *Wiemer & Trachte*.

[3] Non è invece la prima volta che la questione del criterio di giurisdizione applicabile all’azione revocatoria ordinaria è portata all’attenzione della Corte di Giustizia. Con la sentenza *Reichert* (Corte di Giustizia, 10 gennaio 1990, Causa C-115/88), la Corte aveva escluso che potesse applicarsi all’azione revocatoria ordinaria disciplinata dal diritto francese e proposta avverso una donazione immobiliare il criterio di giurisdizione esclusiva in materia di diritti reali immobiliari, ossia il foro del luogo dove è situato il bene; nel caso di specie, *ratione temporis*, tale criterio era previsto dall’art. 16, paragrafo 1, della Convenzione di Bruxelles del 1968, poi trasfuso, senza modificazioni, nell’[art. 22, n. 1, Regolamento 44/2009](#) e, infine, nell’[articolo 24, n. 1, del Regolamento 1215/2012](#) (c.d. *Bruxelles I-bis*) attualmente in vigore. Con la sentenza *Reichert II* (Corte di Giustizia, 26 marzo 1992, Causa C-261/90), la Corte ha invece escluso che all’azione revocatoria ordinaria regolata dal diritto francese sia applicabile (i) il criterio di giurisdizione in materia di illeciti dolosi o colposi, vale a dire il foro del luogo dove l’evento dannoso è avvenuto o può avvenire (nel caso di specie, *ratione temporis*, tale criterio era previsto dall’art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles del 1968, poi trasfuso senza modificazioni nell’[art. 5, n. 3, del Reg. 44/2001](#) e oggi contenuto nell’[art. 7, n. 3, del Reg. 1215/2012](#) attualmente in vigore), (ii) il criterio di giurisdizio-

ria (nella specie quella regolata dal codice civile polacco) del criterio di giurisdizione di cui all'[articolo 7, n. 1, Reg. 1215/2012](#) il quale prevede che una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta in un altro stato membro «*in materia contrattuale, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio*»^[4].

Nel giudizio pendente innanzi ai giudici polacchi e da cui è scaturito il rinvio pregiudiziale risolto dalla sentenza *Feniks* era infatti accaduto questo. Una società con sede in Polonia, affermandosi creditrice di altra società - anch'essa con sede in Polonia - in dipendenza di pagamenti che la prima, nella sua qualità di committente e quale responsabile in solido *ex lege*, aveva effettuato a favore dei subappaltatori della seconda nell'ambito di un contratto di appalto stipulato in Polonia ed ivi da eseguirsi, aveva convenuto innanzi ai giudici polacchi una società con sede in Spagna al fine di sentir dichiarare inefficace nei suoi confronti - ai sensi delle pertinenti disposizioni dettate con riguardo all'*actio pauliana* dal codice civile polacco - il contratto di compravendita con cui la società debitrice ed appaltatrice aveva trasferito in favore della convenuta la proprietà di un immobile situato sempre in Polonia.

A quanto è dato ricavare dal testo del provvedimento, nel procedimento principale pendente in Polonia erano parti so-

lo il creditore ed il terzo in cui favore era stato disposto il trasferimento del bene immobile di proprietà della società polacca debitrice, mentre non era stata evocata in giudizio anche quest'ultima. Reso, perciò, inapplicabile al fine di radicare la giurisdizione innanzi ai giudici polacchi il criterio del litisconsorzio passivo di cui all'[articolo 8, n. 1, Reg. 1215/2012](#)^[5], il creditore e attore in revocatoria (ordinaria) riteneva che la giurisdizione dei giudici polacchi potesse ugualmente predicarsi in dipendenza dell'operare del criterio di giurisdizione in materia contrattuale; e ciò in ragione del fatto che il credito per la cui tutela aveva agito in giudizio al fine di sentire dichiarare inefficace nei suoi confronti l'atto di disposizione compiuto dal debitore in favore di un terzo derivava da un contratto di appalto il cui luogo di esecuzione era fissato in Polonia.

Sulla base di tali premesse, il giudice del procedimento principale decideva di rivolgersi alla Corte di Giustizia rimettendole il seguente quesito pregiudiziale: «*se una controversia risultante da un'azione promossa contro un'acquirente stabilito in uno Stato membro, diretta a far dichiarare l'inefficacia di un contratto di compravendita di un bene immobile situato nel territorio di un altro Stato membro, fondata sul pregiudizio arrecato ai creditori del venditore, contratto che è stato concluso ed eseguito integralmente nel territorio di tale altro Stato membro, costituisca una controver-*

ne esclusiva in materia di esecuzione delle decisioni di cui all'allora in vigore art. 16, n. 5, della Convenzione di Bruxelles del 1968, poi trasfuso senza modificazioni nell'[art. 22, n. 5, del Reg. 44/2001](#) e ora nell'[art. 24, n. 5, del Reg. 1215/2012](#) attualmente in vigore, (iii) il criterio di giurisdizione in materia di provvedimenti cautelari e provvisori previsto dall'allora in vigore art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 1968, poi trasfuso senza modificazioni nell'[art. 34 del Reg. 44/2001](#) e oggi contenuto nell'[art. 35 del Reg. 1215/2012](#). Conviene qui rammentare che il [Reg. 1215/2012](#) è entrato in vigore il 10 gennaio 2015 ed ha sostituito il [Reg. 44/2001](#) che continua, tuttavia, ad applicarsi alle azioni proposte anteriormente al 10 gennaio 2015. La soluzione della questione interpretativa somministrata dalla Corte di Giustizia con riferimento ad un caso regolato, *ratione temporis*, dal nuovo [Reg. 1215/2012](#) vale, dunque, anche per quei casi che siano ancora regolati dal [reg. 44/2001](#) attesa la coincidenza e continuità di contenuti dei due strumenti, così come le soluzioni fornite dalla Corte di Giustizia a quesiti interpretativi riguardanti le norme contenute nei predecessori del [reg. 1215/2012](#) continuano ad avere rilevanza pur con riferimento alle omologhe disposizioni contenute in *Bruxelles I-bis* (v. il *considerando* 34 ove testualmente si prevede che «*È opportuno garantire la continuità tra la convenzione di Bruxelles del 1968, il regolamento (CE) n. 44/2001 e il presente regolamento e a tal fine è opportuno prevedere adeguate disposizioni transitorie. Lo stesso bisogno di continuità si applica altresì all'interpretazione delle disposizioni della convenzione di Bruxelles del 1968 e dei regolamenti che la sostituiscono, a opera della Corte di giustizia dell'Unione europea*». Per l'affermazione del principio per cui per rispondere alle questioni interpretative poste con riferimento al [reg. 1215/2012](#) occorre fare riferimento all'interpretazione fornita dalla Corte riguardo al [regolamento n. 44/2001](#), nonché alla Convenzione di Bruxelles del 1968 e valida ugualmente per le omologhe disposizioni del [reg. 1215/2012](#) nei limiti in cui esse possono essere considerate equivalenti v., da ultimo, la sentenza *Kareda* (Corte di Giustizia, [15 giugno 2017, Causa C-249/16](#)).

[4] Sul foro in materia contrattuale v. S.M. Carbone-C. Tuo, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE 1215/2012*, Torino, 2016, 86 e ss.; P. Franzina, *La giurisdizione in materia contrattuale*, Padova, 2006, *passim*; M.A. Lupoi, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Tomo I, Policies, metodi, criteri di collegamento, Milano, 2002, 453 e ss.

[5] Ai sensi dell'[art. 8, n. 1, Reg. 1215/2012](#) (con formulazione identica a quella *olim* contenuta nell'[art. 6, n. 1, Reg. 44/2001](#)) una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta «*in caso di pluralità di convenuti, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui uno di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un collegamento così stretto da rendere opportuna una trattazione unica e una decisione unica onde evitare il rischio di giungere a decisioni incompatibili derivanti da una trattazione separata*». Nel caso di specie, quindi, qualora il diritto polacco avesse prescritto - come si prevede nel nostro ordinamento - un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra debitore, creditore e terzo, la giurisdizione dei giudici polacchi si sarebbe certamente potuta radicare in dipendenza del criterio di cui all'[art. 8, n. 1, Reg. 1215/2012](#). Sul criterio attributivo di giurisdizione fondato sul litisconsorzio passivo v. E. D'Alessandro, *La connessione tra controversie transazionali*, Torino, 2009, 37 e ss.

sia in “materia contrattuale” ai sensi dell’[articolo 7, punto 1, lettera a\), del regolamento n. 1215/2012](#)”.

Ad avviso del giudice remittente, in particolare, la propria giurisdizione si sarebbe dovuta affermare in quanto il foro in materia contrattuale è destinato ad applicarsi a tutte le controversie aventi un collegamento con un contratto, di modo che, nel caso di specie, l’azione revocatoria proposta dal creditore nei confronti della vendita effettuata dal proprio debitore in favore di un terzo sarebbe da porsi in stretto collegamento proprio con quest’ultimo contratto da dichiarare inefficace e per tale azione dovrebbe, quindi, senz’altro potersi applicare il criterio di giurisdizione di cui all’[art. 7, punto 1, lettera a\), Reg. 1215/2012](#)^[6].

La Corte di Giustizia ha, in primo luogo, chiarito che alla controversia in corso dinanzi ai giudici polacchi si applicava senz’altro il [Reg. 1215/2012](#), e ciò pur a dispetto del fatto che il presupposto per l’utile esperimento dell’azione revocatoria secondo il diritto polacco - per quanto riportato dallo stesso giudice remittente - sia lo stato di insolvenza del debitore che ha compiuto l’atto di disposizione asseritamente pregiudizievole. Secondo quanto giustamente osservato dalla Corte, però, il semplice fatto che l’azione revocatoria proposta dal singolo creditore si fondi sull’insolvenza del debitore non è chiaramente sufficiente a chiamare in vigore le norme sulla giurisdizione contenute nel [reg. 1346/2000](#) relativo alle procedure di insolvenza^[7] essendo, al contrario, necessario che l’azione volta a dichiarare inopponibile ai creditori l’atto di disposizione compiuto dal debitore insolvenza venga esercitata nell’ambito di una procedura di insolvenza dichiarata aperta e, dunque, a vantaggio dell’intera massa dei creditori e non invece del singolo che ha assunto la iniziativa processuale^[8].

Venendo, poi, al merito della questione interpretativa rimessa dal giudice polacco la Corte ha ritenuto che l’azione revocatoria ordinaria esercitata a tutela di un credito di fonte contrattuale rientri nella materia contrattuale e che, quindi, la giurisdizione in relazione possa essere determinata sia con

riferimento al criterio generale di giurisdizione di cui all’[art. 4 del regolamento 1215/2012](#), sia con riferimento al criterio speciale, alternativamente concorrente, di cui all’[art. 7, punto 1, lett. a\)](#).

Diversamente, però, da quanto rilevato dal giudice remittente, per la Corte di giustizia la natura contrattuale della controversia introdotta mediante la proposizione di un’azione revocatoria ordinaria non dipende dal fatto che ad essere impugnato con tale azione sia un contratto (mediante il quale il debitore ha disposto di un suo bene in favore di un terzo) ma, al contrario, dipende dal fatto che il credito che si vuole così tutelare abbia fonte e/o tragga titolo da un contratto concluso tra il creditore attore ed il debitore che ha compiuto l’atto di disposizione asseritamente pregiudizievole.

A parere della Corte, infatti, la causa dell’azione revocatoria consiste nella violazione delle obbligazioni che il debitore ha nei confronti del creditore ed il cui adempimento quest’ultimo cerca appunto di tutelare mediante la dichiarazione di inefficacia dell’atto con cui il debitore si è spogliato di un elemento attivo del proprio patrimonio utilmente aggredibile in via esecutiva, da ciò conseguendo che quando queste obbligazioni siano state assunte mediante la conclusione di un contratto l’azione revocatoria deve dirsi senz’altro appartenere alla categoria delle azioni in materia contrattuale.

Una tale conclusione volta a valorizzare, ai fini della risoluzione della *quaestio iurisdictionis*, la natura del credito che è al fondo dell’esercizio dell’*actio pauliana* e che con essa si intende tutelare, non è nuova per il nostro ordinamento nel quale non si esita ad attribuire rilevanza, al fine di individuare il giudice territorialmente competente per l’azione revocatoria ordinaria di cui all’[art. 2901 c.c.](#), ai criteri speciali di competenza dettati dall’[articolo 20](#) del codice di rito per le cause relative a diritti di obbligazione applicati al credito in dipendenza del quale il creditore si legittima alla proposizione dell’azione piuttosto che all’atto e/o al contratto da dichiarare inefficace^[9].

Per giungere alla conclusione racchiusa nel dispositivo, la

[6] A parere del giudice remittente, quindi, l’azione promossa dal creditore nei confronti del terzo per far dichiarare inefficace l’atto di disposizione compiuto dal debitore rientra nella “materia contrattuale” allorché l’atto pregiudizievole impugnato sia un contratto ed è, dunque, rispetto a tale ultimo contratto che deve verificarsi il luogo di esecuzione dell’obbligazione dedotta in giudizio idoneo a radicare la giurisdizione (v. punti 21 e 22 della sentenza).

[7] Come noto, il [reg. 1346/2000](#) è stato sostituito, a decorrere dal 26 giugno 2017, dal [Regolamento \(UE\) 848/2015](#). Per ulteriori indicazioni sui criteri di giurisdizione in materia di azioni revocatorie proposte nell’ambito di una procedura di insolvenza transfrontaliera v. il prossimo paragrafo.

[8] V. sempre il prossimo paragrafo per ulteriori approfondimenti sulla questione della giurisdizione infracomunitaria in materia di azione revocatoria *fallimentare*.

[9] Nella giurisprudenza di merito v. Tribunale Roma, [3 luglio 2018](#) in un caso però in cui il Tribunale adito era quello di residenza del convenuto; Tribunale di Firenze, [5 giugno 2018](#) che attribuisce rilevanza al foro scelto dalle parti del contratto da cui derivava l’obbligazione tutelata in via revocatoria in cui un caso in cui, però, era convenuto in giudizio il solo debitore che aveva compiuto un atto unilaterale di destinazione patrimoniale dei suoi beni immobili; Tribunale Trento, [23 maggio 2016](#) in un caso in cui era stata proposta azione revocatoria dell’atto di costituzione di un fondo patrimoniale posto in essere da due coniugi entrambi debitori del creditore attore in revocatoria; Tribunale di Bologna, 7 gennaio 2015; Tribunale di Reggio Emilia, 5 novembre 2013; Tribunale di Salerno, 3 luglio 2013, Tribunale di

Corte ha innanzi tutto richiamato il tradizionale principio della necessità di una interpretazione autonoma della nozione di materia contrattuale^[10] per poi evocare, a tal proposito, la anch'essa oramai tradizionale conclusione per la quale l'applicazione della norma che prevede un foro speciale, alternativamente concorrente con quello generale del domicilio del convenuto, presuppone l'esistenza di un obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti di un'altra e su cui si fonda l'azione in concreto proposta, non essendo quindi necessario che sia stato stipulato un vero e proprio contratto^[11].

Nel caso di specie, tuttavia, la questione non era tanto quella di verificare se la controversia oggetto del procedimento principale riguardasse o meno una vicenda negoziale astrattamente riconducibile alla nozione di materia contrattuale autonomamente elaborata dalla Corte di Giustizia quanto, diversamente, era quella consistente nel dire se potesse o dovesse avere rilevanza la natura contrattuale (pur nel suo autonomo concetto europeo) della pretesa tutelata con l'azione revocatoria, ovvero dell'atto impugnato e da dichiarare

inefficace o se, al contrario, la “*natura camaleontica dell'actio pauliana*”^[12] non imponesse di escludere *tout court* la possibilità di fare applicazione di uno dei criteri speciali di cui all'art. 7 reg. 1215/2012 confinando l'azione revocatoria nell'ambito di applicazione del solo criterio generale del domicilio del convenuto (e/o di uno dei convenuti in ipotesi di litisconsorzio passivo del terzo beneficiario e del debitore disponente).

Secondo la Corte, come anticipato, l'*actio pauliana* ha il suo fondamento nel diritto personale del creditore nei confronti del debitore e mira a conservare la garanzia patrimoniale generica, di modo che la “*causa di tale azione consiste, quindi, in sostanza, nella violazione delle obbligazioni che il debitore ha assunto nei confronti del creditore*” perché con il compimento dell'atto di disposizione il debitore ha pregiudicato o, comunque, reso più difficoltosa la soddisfazione dei diritti del creditore che discendono dalla forza vincolante del contratto concluso tra creditore e debitore e che corrispondono ad obbligazioni liberamente assunte da quest'ultimo.

Monza, 9 dicembre 2008. Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. civ., Sez. III, [6 luglio 1993, n. 7377](#) in un caso in cui l'azione revocatoria risultava proposta da parte del creditore nei confronti di due coniugi - entrambi debitori del soggetto che ha agito in revocatoria - che avevano costituito un fondo patrimoniale; in questo caso, dunque, l'applicazione del criterio di competenza territoriale di cui all'art. 20 c.p.c. era, evidentemente, comune ad entrambi i litisconsorti poiché entrambi erano parti del rapporto obbligatorio da cui traeva titolo il credito tutelato con l'azione revocatoria. V. anche Cass. Civ., Sez. III, [5 marzo 1988, n. 2307](#) che, tuttavia, ha quale principale *ratio decidendi* posta a fondamento della pronunciata cassazione della declinatoria resa dal giudice di merito quella consistente nella applicazione della regola (al tempo «vigente») che sanciva l'inefficacia dell'eccezione di incompetenza proposta solo da uno dei più litisconsorti necessari; solo di supporto a tale principale *ratio decidendi* e, dunque, quale mero *obiter dictum* la S.C., in questa non recente pronuncia, ha affermato che l'azione ex [art. 2901 c.c.](#) è relativa a diritti di obbligazione e che, di conseguenza, l'eccezione di incompetenza deve essere svolta con riferimento a tutti i fori, generali e speciali, alternativamente concorrenti (così supponendo l'applicabilità di essi, in particolare di quello di cui all'art. 20 c.p.c.). Nel senso che in caso di azione revocatoria ordinaria l'unico foro applicabile è quello generale del convenuto ex artt. 18 e 19 c.p.c. e/o di uno dei convenuti ex [art. 33 c.p.c.](#) v. Tribunale di Milano, 24 settembre 2002, nonché Corte d'Appello di Roma, 7 maggio 1991. L'unica volta in cui, invece, la nostra Corte di Cassazione ha dovuto risolvere non una questione di competenza interna ma una questione di giurisdizione relativa ad un'azione revocatoria con elementi di internazionalità, il caso è stato risolto ritenendo applicabile il *forum destinatae solutionis* dell'obbligazione la cui attuazione pregiudica le ragioni del creditore, vale a dire quella derivante dall'atto di disposizione impugnato (Cass. Civ., Sez. Un., [7 maggio 2003, n. 6899](#)).

[10] V. il punto 38 della sentenza *Feniks* ove è richiamata, tra le tante e da ultimo, Corte di Giustizia, [7 marzo 2018, Cause riunite C-274/16, C-447/16 e C-448/16, Flitghright](#)).

[11] La prima pronuncia al riguardo è la nota sentenza *Handte* (Corte di Giustizia, Corte di Giustizia, 10 gennaio 1990, Causa 17 giugno 1992, Causa C-26/91) in cui si è escluso che potesse rientrare nella nozione di materia contrattuale ai sensi dell'allora vigente art. 5, n. 1), Convenzione di Bruxelles del 1968 l'azione proposta dal sub-acquirente direttamente nei confronti del produttore di beni viziati, essendosi in quell'occasione testualmente rilevato che la materia contrattuale “*non può ricomprendere le fattispecie in cui non esista alcun obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti dell'altra*”. Nella sentenza *Tacconi* (Corte di Giustizia, [17 settembre 2002, Causa C-334/00](#)), invece, la Corte di Giustizia ha escluso dalla materia contrattuale, riconducendola a quella degli illeciti dolosi o colposi *olim* disciplinata dall'art. 5, n. 1), della Convenzione di Bruxelles del 1968, la responsabilità precontrattuale, atteso che essa discende uncamente “*dalla violazione di norme giuridiche*”. Nella sentenza *Engler* (Corte di Giustizia, [20 gennaio 2005, Causa C-27/02](#)) la Corte di Giustizia ha ritenuto rientrare nella nozione di materia contrattuale l'azione proposta da un consumatore nei confronti di un professionista per far valere una promessa di vincita, anche in assenza della conclusione di un contratto relativo alla fornitura di beni o servizi; e ciò sul presupposto dell'esistenza di un obbligo liberamente assunto dal professionista nei confronti del destinatario della comunicazione contenente detta promessa di vincita. Più di recente, la sentenza *ERGO Insurance* (Corte di Giustizia, [21 gennaio 2016, Cause riunite C-359/14 e C-475/14](#)) ha richiamato tale fondamento dell'obbligo liberamente assunto al fine di ritenere applicabile il foro speciale in materia contrattuale per discriminare la nozione di obbligazione contrattuale di cui al [Regolamento \(CE\) 593/2008](#) sulla legge applicabili alle obbligazioni contrattuali (c.d. *Roma I*) da quella di obbligazione extracontrattuale di cui al [Regolamento \(CE\) 864/2007](#) sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (c.d. *Roma II*).

[12] Questa l'efficace espressione utilizzata dall'avvocato generale M. Bobek nelle conclusioni presentate nel caso *Feniks* (punti 76 e ss.)

Ne consegue, secondo il ragionamento sviluppato dalla Corte di Giustizia, che se il diritto di credito che si intende tutelare in via revocatoria deriva da un contratto o, comunque, nei casi in cui a tale credito corrisponda un obbligo – di natura “contrattuale” nel senso, più ampio, fatto proprio dall’interpretazione della Corte di Giustizia – liberamente assunto dal debitore nei confronti del creditore, allora il creditore che abbia l’intenzione di proporre un’azione revocatoria potrà farlo dinanzi al giudice del luogo di esecuzione dell’obbligazione dedotta in giudizio.

In buona sostanza, allorché venga proposta un’azione revocatoria ordinaria – vale a dire un’azione che il creditore propone per far dichiarare inefficace nei suoi confronti un atto di disposizione del debitore che arreca pregiudizio alle sue ragioni diminuendo la garanzia patrimoniale a sua disposizione – per “*obbligazione dedotta in giudizio*” deve intendersi, secondo quanto rilevato dalla Corte nella sentenza *Feniks*, quella di cui è o, comunque, si afferma titolare, dal lato attivo, il soggetto che agisce nella sua dichiarata qualità di creditore.

Una tale conclusione è ritenuta dalla Corte di Giustizia del tutto compatibile e coerente con i principi di prevedibilità e di prossimità che devono guidare l’interprete nell’individuare i limiti oggettivi e soggettivi di applicazione dei criteri speciali di giurisdizione: quanto al principio di prossimità la Corte rileva che se si riconoscesse al creditore la possibilità di agire solo dinanzi ai giudici del luogo di domicilio del convenuto (e/o di uno dei convenuti in caso di litoconsorzio passivo ex [art. 8, n. 1](#), [Reg. 1215/2012](#)), si finirebbe col radicare la lite innanzi ad un giudice che potrebbe essere privo di qualunque nesso con il luogo di esecuzione delle obbligazioni del debitore nei confronti del creditore per la cui tutela, come detto, quest’ultimo sostanzialmente agisce in giudizio; quanto al principio della prevedibilità la Corte, con argomentare sinceramente apodittico, si limita, per un verso, ad affermare che il mettere a disposizione del creditore “contrattuale” il foro del luogo di esecuzione dell’obbligazione tutelata in via revocatoria soddisfa “*sia il requisito della certezza del diritto e di prevedibilità sia l’obiettivo della buona amministrazione della giustizia*” e, dall’altro, a dar atto della circostanza per cui “*un professionista che abbia concluso un contratto di acquisto di beni immobili, quando il credito-*

re della sua controparte reclama che tale contratto ostacola indebitamente l’esecuzione delle obbligazione di detta controparte nei confronti di tale creditore, può ragionevolmente aspettarsi di essere citato dinanzi al giudice del luogo di esecuzione di dette obbligazioni”.

La pronuncia della Corte, a nostro avviso, pare essere il frutto di un’argomentazione forse sin troppo sbrigativa e superficiale. Pur a tacer di altre considerazioni, a noi sembra innanzi tutto che dare rilevanza al credito per la cui tutela si agisce con l’*actio pauliana* – mediante conservazione e/o reintegrazione della garanzia patrimoniale che ne dovrebbe assicurare il soddisfacimento in caso di inadempimento – non sembra possa essere ritenuto conforme al rispetto del principio di prevedibilità: da un lato, infatti, il terzo beneficiario e/o contraente potrebbe trovarsi a doversi difendere da azioni revocatorie intentate da soggetti che vantino un ragione di credito nei confronti della sua controparte contrattuale fondata su titoli assai diversi tra di loro e neppure, come ovvio, agevolmente percepibili e, comunque, individuabili *ex ante*^[13] e, dall’altro, quand’anche tale consapevolezza potesse predicarsi in ragione della mala fede del terzo contraente – perfettamente a conoscenza della natura del credito che viene pregiudicato con l’atto di disposizione di cui è risultato beneficiario – risulterebbe abbastanza chiaro che tale consapevolezza è qualcosa che può accertarsi, in concreto, solo all’esito del giudizio costituendo, in taluni casi ma non in tutti, una delle condizioni che devono ricorrere affinché l’azione revocatoria possa ritenersi fondata.

Poiché sarà, quindi, la natura dell’obbligazione da tutelare a determinare l’applicabilità di un foro speciale, alternativamente concorrente rispetto a quello generale del domicilio del convenuto, e poiché, ancora, prima dell’instaurazione dell’azione e, comunque, al momento del compimento dell’atto di disposizione (ferma l’eventualità di una mala fede del terzo contraente rilevante, però, ai fini del merito e non invece ai fini della determinazione della competenza giurisdizionale), la natura contrattuale o extracontrattuale o altra e diversa natura della controversia non è e non può essere né noto al terzo convenuto né prevedibile *ex ante* da quest’ultimo, la conclusione più congrua in punto di determinazione del giudice competenza a conoscere di un’azione revocato-

[13] La conclusione cui giunge la Corte di Giustizia legittima, in effetti, l’ulteriore svolgimento per cui, allorché il credito che è al fondo dell’azione revocatoria derivi da un illecito doloso o colposo (nel senso di cui all’art. 8, n. 3), [Reg. 1215/2012](#), detta azione potrà allora essere proposta, oltre che dinanzi ai giudici del luogo di domicilio del convenuto, innanzi ai giudici del luogo in cui l’evento dannoso è avvenuto; o ancora, che nel caso in cui il credito per la cui tutela si agisce in via revocatoria derivi da un obbligo alimentare, potranno allora applicarsi i criteri di giurisdizione di cui al [Reg. 4/2009](#), e così via. In definitiva, la conclusione cui giunge la Corte pare essere quella, più generale, per la quale la giurisdizione in materia di azione revocatoria si determina (anche) in dipendenza del criterio di giurisdizione (speciale) applicabile al credito ed alla corrispondente obbligazione così (indirettamente) tutelata nella sua esecuzione e soddisfazione.

ria pare proprio essere quella che, ragionevolmente esclusa la possibilità di classificare in astratto ed in generale un tale tipo di azione al fine di inserirla *ex ante* in un criterio di giurisdizione diverso e concorrente con quello generale, prenda atto della impossibilità di applicare ad essa – in ragione della natura del credito tutelato o dell'atto impugnato – un criterio di giurisdizione speciale per ritenere invece applicabile solo il criterio generale del domicilio del convenuto e/o di uno dei convenuti[14].

Azione revocatoria fallimentare e giurisdizione esclusiva dei giudici del luogo in cui è stata aperta la procedura di insolvenza

In *Wiemer & Trachte* la Corte di Giustizia ha risolto una questione interpretativa relativa all'[articolo 3, comma 1, del reg.](#)

[1346/2000](#) applicabile al caso di specie *ratione temporis*[15]. La norma oggetto della questione pregiudiziale prevede, a seguito e per effetto della nota pronuncia *Deko Marty*[16], che la competenza dei giudici del luogo in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore ad aprire una procedura di insolvenza (principale) comprende anche la competenza a pronunciarsi sulle azioni che derivano da tale procedura e le sono strettamente connesse, quali ad esempio le azioni revocatorie *fallimentari*.

Nel caso di specie, la Corte era chiamata a pronunciarsi (espressamente[17]) sulla questione della natura esclusiva o meno di tale competenza giurisdizionale per le azioni che derivano dalla procedura di insolvenza atteso che, nel procedimento principale, era stata proposta, innanzi ai giudici del domicilio del convenuto localizzato in Bulgaria, un'azione volta

[14] Nel senso che per l'azione revocatoria ordinaria debba ritenersi applicabile il solo criterio generale del domicilio v. P. Franzina, *La giurisdizione in materia contrattuale*, cit., 261 e ss. che fonda tale conclusione, tra l'altro, sull'osservazione per cui "un'ipotetica inclusione di tali fattispecie nella sfera di applicazione dell'art. 5, n. 1 del regolamento n. 44/2001 potrebbe, inoltre, rivelarsi incompatibile con le esigenze di prossimità e prevedibilità che debbono invece ispirare l'impiego di questa norma. Nulla infatti assicura che nel luogo della prevista esecuzione delle obbligazioni contrattuali si proietti l'elemento su cui si impernia l'azione del terzo (vale a dire, per restare all'esempio della revocatoria, la perdita patrimoniale subita dal debitore e suscettibile di provocarne o aggravarne l'insolvenza), e non è detto che quel luogo – la cui individuazione può dipendere dalle pattuizioni delle parti, al limite ignote al terzo – rappresenti, per tutti i soggetti coinvolti, una sede ragionevolmente pronosticabile della lite". Nello stesso senso P. Biavati, *Azione revocatoria e criteri italiani di competenza giurisdizionale*, in *Int'l Lis*, 2004, Fascicolo 2, 86 e ss. e spec. 88 ove il rilievo per cui deve escludersi che per tutte le azioni di natura obbligatoria sussista un foro speciale dovendosi, al contrario, affermare che, in realtà, possono darsi fattispecie di tutela obbligatoria riconducibili al solo foro generale. Anche per M.A. Lupoi, *Conflitti transazionali di giurisdizioni*, Tomo I, cit., 457 e ss. per il quale non esistono argomenti per sostenere che il sistema di Bruxelles debba garantire, per ogni categoria di controversie, un foro speciale di completamento del foro generale. Che l'unico foro a disposizione del creditore che intenda impugnare un atto di disposizione del proprio debitore sia quello generale del domicilio di cui all'[art. 4 Reg. 1215/2012](#) è anche la conclusione patrocinata dall'Avvocato Generale Bobek che, dovizia di argomenti e riferimenti, giunge infine a considerare che «in definitiva, allo stato attuale del diritto dell'Unione, l'actio pauliana sembra essere uno dei rari esempi che consente solo l'applicabilità della regola generale e una altrettanta rara conferma del fatto che «... non vi è alcuna ragione ovvia a sostegno dell'idea che dovrebbe esistere sempre, o anche spesso, un'alternativa al giudice del luogo del domicilio del convenuto»" (punto 98 delle conclusioni).

[15] V. la nota 7 che precede.

[16] Corte di Giustizia, [12 febbraio 2009, Causa C-339/07](#). Su tale sentenza v., se vuoi, M. Farina, *La vis attractiva concursus nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Il Fallimento*, 2009, 667 e ss.. Più in generale su questo tema v. F. Corsini, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, Torino, 2010, 3 e ss.. Proprio in ragione di tale esegesi dell'[art. 3, comma 1, del reg. 1346/2000](#) allora in vigore, l'[articolo 6 del reg. 848/2015](#) (che ha abrogato, con effetti a decorrere dal 26 giugno 2017 e quindi per le procedure aperte dopo tale data, il [reg. 1346/2000](#), fatta salva la "solita" continuità interpretativa tra le norme dei due regolamenti che si sono succeduti nel tempo ove equivalenti) prevede oggi una norma espressa in materia di competenza giurisdizionale in virtù della quale "i giudici dello Stato membro in cui è aperta una procedura di insolvenza ai sensi dell'articolo 3 sono competenti a conoscere delle azioni che derivano strettamente dalla procedura e che vi si inseriscono strettamente, come le azioni revocatorie. Se un'azione di cui al paragrafo 1 è connessa ad un'azione in materia civile o commerciale contro lo stesso convenuto, l'amministratore delle procedure di insolvenza può ottenere la riunione delle due azioni dinanzi ai giudici dello Stato membro nel cui territorio il convenuto ha il domicilio oppure, se l'azione è promossa contro più convenuti, dinanzi ai giudici dello Stato membro nel cui territorio uno dei convenuti ha il domicilio, purché tali giudici siano competenti ai sensi del [regolamento \(UE\) 1215/2012](#)".

[17] Nella sentenza *Deko Marty* la questione della natura esclusiva o meno della regola di giurisdizione, ivi individuata, fondata sulla *via attractiva concursus* non fu espressamente affrontata, anche se (come notato in dottrina, v. F. Corsini, *op. ult. cit.*, 47) alcuni passaggi di quella pronuncia potevano essere letti nel senso di una ritenuta natura *esclusiva* di detto criterio di giurisdizione. E ciò, peraltro, a dispetto di quanto in quell'occasione rilevò, nelle proprie conclusioni, l'Avvocato generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer per il quale, infatti, il criterio di giurisdizione fondato sull'applicazione della *vis attractiva concursus* doveva ritenersi «relativamente esclusivo» consentendosi, così, al curatore di poter adire, a sua scelta, il foro del domicilio del convenuto. Il carattere esclusivo della competenza giurisdizionale per le azioni derivanti dalla procedura di insolvenza poteva farsi discendere, abbastanza agevolmente, dalla considerazione per cui tale competenza derivava da quella assegnata ai giudici del luogo in cui era stata aperta la procedura di insolvenza, così che il regime della incompetenza giurisdizionale valevole per il caso in cui tale criterio serviva per fondare il potere dei giudici di dichiarare aperta una procedura di insolvenza principale doveva considerarsi applicabile anche al caso in cui il (medesimo) criterio serviva (pur indirettamente) a radicare la giurisdizione sulle azioni ancillari.

ad ottenere la dichiarazione di inefficacia di un pagamento ricevuto dal convenuto successivamente all'apertura di una procedura di insolvenza principale decretata dai giudici tedeschi. A parere della Corte di Giustizia^[18], in ragione della circostanza per cui il reg. [1215/2012](#) (o il suo immediato predecessore, ossia il reg. [44/2001](#)) e il reg. [1346/2000](#) (ed il suo immediato successore, ossia il reg. [848/2015](#)) devono essere interpretati in modo da evitare qualsiasi sovrapposizione tra le norme giuridiche ivi contenute, nonché qualsiasi vuoto normativo, allorché un'azione sia esclusa dall'ambito di applicazione del [reg. 1215/2012 ai sensi dell'art. 2](#), lett. b), questa deve ricadere necessariamente nell'ambito di applicazione del regolamento sulle procedure di insolvenza.

Poiché, però, il [reg. 1346/2000](#), così come il [reg. 848/2015](#) attualmente in vigore non contengono nessuna norma generale che assegni *tout court* la competenza giurisdizionale a conoscere delle azioni revocatorie fallimentari *anche* ai giudici dello Stato membro in cui è domiciliato il convenuto^[19] e poiché, d'altro canto, tale competenza neppure potrebbe predicarsi in dipendenza dell'applicazione dell'[art. 4 del reg. 1215/2012](#) attesa l'inapplicabilità di tale regolamento alle azioni che derivano direttamente da una procedura di insolvenza^[20], non rimane che affermare il principio del carattere esclusivo della competenza dei giudici dello Stato membro nel cui territorio sia stata aperta la procedura di insolvenza da cui deriva l'azione revocatoria fallimentare proposta.

Questa competenza giurisdizionale per le azioni ancillari fondata sul principio della *vis attractiva concursus* è, insomma, l'*unica* competenza che può venire in rilievo allorché si abbia a che fare con un'azione che deriva direttamente da una procedura di insolvenza o che ad essa è strettamente connessa.

Tale conclusione in ordine alla natura *unica* o *esclusiva* della competenza dei giudici dello stato membro in cui è stata dichiarata aperta la procedura di insolvenza a conoscere delle azioni che da essa derivano non è ostacolata, secondo quanto rilevato dalla Corte, né dal disposto dell'[art. 25, comma 1, del reg. 1346/2000](#)^[21], né dalla norma contenuta nell'[art. 18, comma 2, del reg. 1346/2000](#)^[22].

Quanto alla prima disposizione – in virtù della quale le decisioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e le sono strettamente connesse sono automaticamente riconosciute ai sensi di quanto previsto dal [primo comma dell'articolo 25](#) (oggi [32](#) reg. 848/2015) ed eseguite a norma degli articoli da [39](#) a [44](#) e da [47](#) a [57](#) del reg. [1215/2012](#)^[23] "anche se prese da altro giudice"^[24] – la Corte di Giustizia richiama quanto già dalla stessa rilevato nella pronuncia *Deko Marty* con riferimento al fatto che tale precisazione non giustificava la possibilità di attribuire la competenza per le azioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza anche ai giudici di uno stato membro diverso da quello in cui è stata dichiarata aperta la procedura di insolvenza; tale disposizione, più limitatamente, serve solo a consentire che la

[18] La questione relativa al carattere esclusivo della competenza giurisdizionale per le azioni derivanti dalla procedura di insolvenza fondata sul principio della *vis attractiva concursus* era stata già portata all'attenzione della Corte di Giustizia nel caso *F-Tex* risolto con sentenza del 19 aprile 2012 ([causa C-213/10](#)) ove, però, tale questione non fu affrontata *ex professo* e fu, anzi, ritenuta giustamente assorbita dalla conclusione raggiunta sulla prima questione pregiudiziale che in quell'occasione fu rimessa alla Corte, ossia se un'azione revocatoria fallimentare instaurata da un cessionario di tale azione e non, invece, dal curatore (che tale azione ha legittimamente ceduto nell'ambito della procedura di insolvenza) ricadesse nell'ambito di applicazione del [Reg. 44/2001](#), ovvero del [reg. 1346/2000](#). Avendo la Corte ritenuto in quell'occasione che all'azione revocatoria fallimentare proposta da un terzo che se né reso legittimo cessionario non è applicabile il [reg. 1346/2000](#), bensì il [reg. 44/2001](#), non vi era motivo di rispondere al quesito relativo alla natura esclusiva o meno della competenza giurisdizionale *ex art. 3, comma 1, reg. 1346/2000* per le azioni che derivano da una procedura di insolvenza.

[19] Secondo quanto previsto oggi dal [secondo comma dell'art. 6 del reg. 848/2015](#) la possibilità che un'azione revocatoria fallimentare possa essere proposta innanzi ai giudici del domicilio del convenuto sussiste solo qualora l'azione «fallimentare» ricompresa nell'ambito di applicazione del [reg. 848/2015](#) sia strettamente connessa con altra, contestualmente o separatamente proposta, in materia civile e commerciale e quindi rientrante nell'ambito di applicazione del [reg. 1215/2012](#). È, quindi, chiaro che nel rinnovato contesto del [reg. 848/2015](#) oggi in vigore a favore della natura esclusiva della competenza giurisdizionale per le azioni che derivano dalla procedura di insolvenza fondata sull'applicazione del principio della *vis attractiva concursus* vi sia anche un decisivo argomento testuale.

[20] *V. supra*.

[21] Oggi trasfuso, senza sostanziali modificazioni, nell'[art. 32 del reg. 848/2015](#) attualmente in vigore.

[22] Oggi trasfuso, senza sostanziali modificazioni, nell'[art. 21, comma 2, del reg. 848/2015](#) attualmente in vigore.

[23] L'[articolo 25, comma 1, del reg. 1346/2000](#) faceva riferimento, ovviamente, alle corrispondenti norme contenute nel [reg. 44/2001](#). La sostanza, però, non cambia. Il principio che si desume dall'[articolo 25, comma 2, reg. 1346/2000](#) e dalla omologa ed equivalente disposizione contenuta nell'[art. 32, comma 2, reg. 848/2015](#) è che le decisioni su azioni che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e che le sono strettamente connesse sono riconosciute ed eseguite non secondo quanto previsto dal [reg. 1215/2012](#) ma, diversamente, secondo quanto espressamente disposto – anche mediante rinvio selettivo alle norme di tale regolamento applicabile alla materia civile e commerciale – dal regolamento sulle procedure di insolvenza.

[24] "Altra giudice" rispetto a quello che ha emesso la decisione di apertura.

competenza sulle decisioni su tali azioni derivate possa essere esercitata – pur sempre nel territorio del medesimo Stato membro di apertura della procedura – da un organo giurisdizionale diverso da quello cui è attribuita la competenza ad aprire la procedura e prendere decisioni relative al suo svolgimento e alla sua chiusura.

Con riferimento alla seconda disposizione, la Corte di Giustizia, anche qui forse sin troppo frettolosamente, si limita ad osservare che il fatto che l'[art. 18, comma 2, reg. 1346/2000](#) e, oggi, l'[art. 21, comma 2, reg. 848/2015](#) ammetta il curatore di una procedura di insolvenza territoriale a far valere, in ogni altro stato membro, in via giudiziale o stragiudiziale che un bene mobile è stato trasferito dal territorio dello Stato di apertura (di tale procedura territoriale o secondaria) nel territorio di tale altro Stato membro dopo l'apertura della procedura di insolvenza (territoriale o secondaria), riconoscendogli altresì la possibilità di esercitare “*ogni azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori*”, non può rimettere in discussione la natura esclusiva della competenza dei giudici dello Stato membro di apertura a conoscere delle azioni che derivano direttamente dalla procedura perché l'[art. 18, comma 2, reg. 1346/2000](#) e l'[art. 21, comma 2, del reg. 848/2015](#) non riguardano il caso, che veniva in rilievo nel caso di specie, del curatore nominato nell'ambito di una procedura di insolvenza principale. A parere della Corte, insomma, la possibilità per il curatore di una procedura secondaria di agire in revocatoria innanzi ai giudici di uno stato membro diverso da quello di apertura di tale medesima pro-

cedura di insolvenza territoriale si giustifica in ragione dei limitati poteri di cui gode tale curatore e dei limitati effetti territoriali prodotti dall'apertura di una procedura di insolvenza secondaria, di modo che tale da eccezionale disposizione non può trarsi un principio generale volto ad incrinare la conclusione cui deve giungersi con riferimento alla natura esclusiva della competenza giurisdizionale per le azioni ancillari fondata sulla *via attractiva concursus*[\[25\]](#).

In definitiva, le azioni revocatorie fallimentari esercitate dal curatore nell'ambito di una procedura di insolvenza aperta a carico di un debitore che abbia il proprio centro degli interessi principali in uno Stato membro devono essere proposte necessariamente dinanzi ai giudici dello Stato membro in cui è stata aperta una procedura di insolvenza principale o territoriale, di modo che i giudici dello Stato membro di domicilio del convenuto che siano stati ciò nondimeno aditi (in assenza del requisito della stretta connessione con altra azione, contestualmente proposta, in materia civile e commerciale) dovranno senz'altro dichiararsi, anche d'ufficio, incompetenti[\[26\]](#) con l'ulteriore conseguenza per cui, qualora ciò non facciano e decidano nel merito di tale azione, la loro decisione non potrà essere né riconosciuta, né eseguita in un altro Stato membro (compreso quello di apertura) atteso che l'[articolo 25 del reg. 1346/2000](#) e, oggi, l'[art. 35 del reg. 848/2015](#) prevedono che l'agevolato regime di riconoscimento ed esecutività spetta solo alle decisioni che siano prese dai giudici dello stato membro di apertura[\[27\]](#).

[\[25\]](#) Quanto osservato nella sentenza dalla Corte di Giustizia a tale riguardo è, tuttavia, opinabile e, comunque, non facilmente comprensibile. La Corte, infatti, ricollega quanto previsto dal primo periodo dell'[art. 18, comma 2, reg. 1346/2000](#) (oggi [art. 21, comma 2, reg. 848/2015](#)) anche al potere assegnato al curatore di esercitare ogni azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori: dice espressamente la Corte, “*poiché[...] gli effetti di detta procedura [secondaria o territoriale, ex art. 3, comma 2] sono limitati ai beni del debitore situati nel territorio dello Stato membro in cui è aperta la suddetta procedura di insolvenza [...] il curatore deve pertanto disporre, in un caso del genere, della possibilità di proporre un'azione revocatoria connessa a tale procedura dinanzi ai giudici di uno Stato membro diverso da quello di apertura della procedura secondaria nel caso in cui le merci oggetto di tale procedura siano state trasferite, successivamente alla sua apertura, in un altro Stato membro*”. In realtà, pare più congruo ritenere che l'ultimo periodo dell'[art. 18, comma 2](#), riconosca al curatore di una procedura di insolvenza secondaria o territoriale qualsiasi azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori locali, a prescindere dal fatto che essa si appunti su beni o diritti che abbiano una esclusiva proiezione territoriale nello stato membro di apertura. Si deve in ogni caso considerare che, oggi, poiché l'[art. 6 del reg. 848/2015](#) si riferisce, indistintamente, ai giudici dello stato membro nel cui territorio è stata aperta una procedura di insolvenza «*ai sensi dell'articolo 3*», detta norma finisce con l'attribuire competenza esclusiva ai giudici dello Stato membro di apertura a conoscere delle azioni ancillari sia nel caso di procedure principali, che nel caso di procedure secondarie.

[\[26\]](#) Il rilievo della incompetenza dei giudici di uno Stato membro diverso da quello di apertura può ritenersi possa avvenire anche *officiosamente* perché, non potendo applicarsi il [reg. 1215/2012](#), né le norme municipali che regolano il rilievo della questione della giurisdizione sul piano internazionale (perché ciò attenterebbe all'effetto utile del regolamento), è ragionevole fare applicazione di quanto oggi espressamente previsto dall'[art. 4 del reg. 848/2015](#) che, appunto, prevede che il «*il giudice investito di una procedura d'insolvenza verifica d'ufficio la propria competenza ai sensi dell'articolo 3*».

[\[27\]](#) Né, d'altra parte, quella decisione assunta in materia di azione revocatoria fallimentare derivante da una procedura di insolvenza aperta in uno Stato membro dai giudici di uno Stato membro *diverso* potrà circolare nello spazio giudiziario europeo ai sensi delle disposizioni contenute nel [reg. 1215/2012](#) attesa la sua inapplicabilità a questo tipo di azioni e decisioni.

RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

Il processo civile in itinere: la posizione dell'avvocatura e della magistratura

di Caterina Silvestri

del 23 gennaio 2019

Il 2 dicembre scorso, il Consiglio Nazionale Forense ha espresso “forte e netta contrarietà al progetto di riforma del codice di procedura civile così come articolata nella proposta del Ministro della Giustizia”, della quale ha focalizzato in particolare sei punti critici, sintetizzabili: a) in un “atteggiamento intransigente e punitivo nei confronti del cittadino che si rivolge al giudice per la tutela dei propri diritti”, il quale sarebbe desumibile, per esempio, dall’inasprimento delle sanzioni suscettibili di scaturire dalle previsioni dell’[art. 96, c.p.c.](#), che prevedono un’elevazione del contributo unificato sino a dieci volte il suo normale; b) nella previsione di “misure favorevoli o punitive per gli avvocati” che si sottraggono all’utilizzazione degli strumenti deflattivi preprocessuali; c) in una revisione dirigista del processo in favore dei poteri del giudice, l’aumento delle preclusioni e decadenze a carico delle parti, la sommarizzazione di tutti i gradi del processo; d) nella “discutibile commistione tra lo strumento della negoziazione assistita e gli strumenti istruttori stragiudiziali”; e) nell’abolizione dell’obbligatorietà della mediazione in materia di responsabilità sanitaria, con la permanenza della sola consulenza tecnica preventiva quale motivo di improcedibilità; f) nella direzione dello “asserito intervento riformatore” che riguarda “ossessivamente” il rito e le regole processuali, non affrontando le vere criticità del sistema”^[1]. Il deliberato in questione non è seguito, a oggi, da proposte al-

ternative che sono, verosimilmente, allo studio.

Dal canto della magistratura, l’Associazione Nazionale Magistrati ha già proposto un vero e proprio itinerario riformatore del processo penale, che ha seguito un precedente *pamphlet* relativo ad auspicate revisioni del processo civile e del lavoro^[2]. Su quest’ultimo versante, gli ambiti di intervento sono indicati in maniera aggregata su varie aree, individuate come “processo civile di primo grado”, “sinteticità e chiarezza di atti e provvedimenti processo civile telematico”, “il tribunale delle imprese”, “il giudizio d’appello”, “l’esecuzione forzata”, mentre con riferimento al processo del lavoro è prevista un’estensione della misura coercitiva ex [art. 614-bis, c.p.c.](#), e una semplificazione dei riti in materia di licenziamento con una decisa sforbiciata al, così detto, rito Fornero. Di particolare interesse, perlomeno per chi scrive, è la proposta di razionalizzazione della fase introduttiva del processo secondo il rito di cognizione ordinaria, intesa dalle osservazioni in questione come comprensiva delle memorie dell’[art. 183, sesto comma, c.p.c.](#) In particolare, del meccanismo attualmente in vigore è criticata la automaticità dei termini, peraltro non prevista dalla lettera della norma ma di conio giurisprudenziale, e l’inutile ripetitività, perlomeno in molti casi, del contenuto delle memorie in questione^[3]. Una qualche inquietudine provoca, nelle stesse proposte magistratuali, la previsio-

[1] Il “deliberato in tema di processo civile” del CNF, 2 dicembre 2018, può leggersi al seguente indirizzo <http://www.associazionenazionaleforense.it/deliberato-del-2-dicembre-2018-in-tema-di-processo-civile/>.

[2] Le proposte di riforma dell’ANM possono leggersi ai seguenti indirizzi: per quella penale, approvata il <http://www.associazionemagistrati.it/doc/3059/le-proposte-di-riforma-dellanm-in-materia-di-diritto-e-processo-penale.htm>; per la riforma del processo civile, approvata il 15 settembre 2018: <http://www.associazionemagistrati.it/doc/3060/le-proposte-di-riforma-dellanm-in-materia-di-processo-civile-e-del-lavoro.htm>

[3] Letteralmente, il documento ricordato rileva le criticità in questione come segue: “è ben nota la farraginosità dell’attuale sistema caratterizzato da una dilatazione dei tempi processuali spesso ingiustificata che: rimette la determinazione della prima udienza alla sola disponibilità delle parti, con il solo limite minimo del termine di comparizione di novanta giorni; prevede una trattazione solo formalmente orale perché, nella pratica, sostituita dalla lunga appendice della trattazione scritta ex [art. 183, VI co. c.p.c.](#) - obbligata dalla mera richiesta dalle parti (secondo l’interpretazione prevalente) - appendice non ben organizzata (il primo

ne di “forme di filtro” che “consentano al giudice, che rilevi l’inammissibilità e/o palese infondatezza della domanda, di merito e/o cautelare, sulla base delle sole allegazioni del ricorrente, di poter definire la causa con decreto motivato opponibile, che contenga altresì la condanna del ricorrente in favore dello Stato al pari di quel che avviene per le impugnazioni inammissibili e/o infondate ex [art. 13, comma 1, quater d.p.r. 115/2002](#)”. La discussione da tempo in auge sullo stile degli atti giudiziari, che ha già condotto al noto protocollo per la redazione del ricorso in Cassazione[4], guarda in queste linee guida al suggerimento non velato di “introdurre moduli di atti difensivi che prevedano una prima sezione schematica (contenuta in poche pagine) volta all’immediata individuazione degli elementi – fattuali e giuridici – fondanti le domande della parte ed, insieme, a delimitare l’obbligo motivatorio del Giudice, ed una seconda sezione, di carattere argomentativo, in cui si potranno approfondire le difese tecniche con i richiami di giurisprudenza.” Si tratta di una direzione che verosimilmente nel giro di pochi anni troverà applicazione generalizzata. Essa è già utilizzata da numerosi regolamenti Ue in materia processuale civile (ricordo tra i molti il Reg. 1896/2006 sull’ingiunzione di pagamento europea) e costituisce una prassi suggerita da tempo da vari tribunali, tra cui quello di Torino, che offre sul proprio sito una serie di modelli anche per atti non standard[5].

Che il nostro processo civile costituisca una sorta di “can-

tiere sempre aperto” è una definizione banale nel tempo[6] e nello spazio[7]. In un confronto, sommario e senza alcuna aspirazione all’esaustività, mi pare si possano individuare direzioni precise imboccate dal futuro “nuovo” processo civile, ancora una volta concepito in maniera frettolosa e fuori da un quadro organico, che trovano una certa sponda anche nelle linee riformatrici suggerite dall’ASN.

L’irrigidimento del rito è una delle “conquiste” più evidenti delle modifiche in corso e mi pare contraddica nei risultati la annunciata flessibilità: l’articolato ministeriale a oggi noto prevede la completa allegazione dei fatti e la richiesta delle prove sin dall’atto introduttivo, con le ovvie preclusioni e decadenze a corredo, risultato che mi pare in controtendenza rispetto all’opportunità di un rito flessibile, da tempo e da più parti evidenziata[8] in generale e in particolare per certe tipologie di contenzioso. Consapevoli che l’aver un rito flessibile non significa assenza di preclusioni, costituisce, tuttavia, un rilievo condiviso che soprattutto laddove ricorra una situazione di disparità tra le parti in giudizio, da intendersi secondo un’accezione ampia di «debolezza», non confinata a connotazioni economiche ma comprensiva delle situazioni, per esempio, di asimmetria informativa, un sistema che affidasse le allegazioni e le richieste istruttorie a rigidi meccanismi preclusivi concentrati nella fase di avvio del procedimento, potrebbe facilmente condurre a una violazione del diritto di difesa della parte che non ha a disposizione immediatamente tutte le informazioni di fatto e probato-

dei tre termini è concesso anche al convenuto che, subito dopo la costituzione, non ha nulla di nuovo su cui rispondere) e spesso inutile (nella pratica, le memorie sono spesso riproduzioni -anche testuali - di argomenti e richieste già contenuti negli scritti precedenti o nei verbali, oppure occasioni per nuove richieste che si sovrappongono, non sempre in modo coordinato, alle precedenti rendendo assai difficoltosa l’individuazione delle allegazioni e delle richieste rilevanti).

[4] Il protocollo è scaricabile dal sito ufficiale della Corte di cassazione al seguente indirizzo internet: http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it/det_documento_corte.page?search=protocollo&searchresults=true&contentId=DDC17947&pageCode=servizio_come_fare_per

[5] I modelli, predisposti per aree tematiche, possono leggersi al seguente indirizzo: <http://www.tribunale.torino.giustizia.it/it/Content/Index/27306>.

[6] Il nutritissimo numero di riforme ha originato un altrettanto vasta lettura, tra cui: Carratta, *Le più recenti riforme del processo civile*, Torino, 2017; Proto Pisani-Caponi-Balena-Trisorio Liuzzi-Dalfino-Polisenio-Fabiani-Casaburi- Scarselli-Pardolesi-Sassani-Romano-Fuschino-Miccolis-Poli-D’Alessandro-Spada-Fabiani, *Degiusdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell’arretrato (d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014 n. 162)*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 1; AA.VV., *Misure urgenti per la funzionalità e l’efficienza della giustizia civile*, a cura di Dalfino, Torino, 2015; Carpi, *La semplificazione dei modelli di cognizione ordinaria e l’oralità per un processo civile efficiente*, in questa rivista, 2009, p. 1283; *Linee di tendenza delle recenti riforme processuali*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 849; *Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo*, id., 2000, p. 105; Ansaneli, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza. Il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 339 ss.; Picozza, *Le modifiche relative al modello “ordinario” di cognizione di primo grado*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, a cura di Punzi, Torino, 2015, p. 201; Capponi, *La crisi della giurisdizione civile*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1285. Sassani, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1429 ss., parla di “mito della riforma perenne”.

[7] Dei “cinque cantieri della giustizia” si è parlato recentemente in Francia per il piano di intervento presentato e che può leggersi al seguente indirizzo: <https://www.gouvernement.fr/action/les-cinq-chantiers-de-la-justice>.

[8] Sul tema, da ultimo, Lupoi, *Tra flessibilità e semplificazione*. Bologna, 2018, al quale mi permetto di rinviare anche per le ampie e aggiornate indicazioni bibliografiche. In prospettiva anche comparatistica Ficcarelli, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, e ivi le ampie indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali.

rie che le sono necessarie per l'adeguato esercizio delle proprie prerogative processuali^[9]. Relativamente recenti sono, in questo senso, le osservazioni sollecitate dalle azioni risarcitorie previste dalla normativa *antitrust* i fonte Ue (mi riferisco alla direttiva 26 novembre 2014, n. 104, recepita dal nostro legislatore con *D.Lgs.* 19 gennaio 2017, n. 3)^[10], ma l'intento di perseguire una giustizia effettiva e in grado di interpretare le esigenze del caso concreto in quelle ricorrenti, è già presente nell'elaborazione giurisprudenziale delineata in altri settori^[11].

La fase istruttoria del processo resta la grande ignorata, ancora una volta e nonostante le reiterate modifiche intervenute

negli anni, pur nella piena consapevolezza della sua vetustà^[12]. Intatto è il novero dei mezzi istruttori (si mantiene il giuramento), si continuano a trascurare i mutamenti dovuti alla rivoluzione tecnologica e scientifica (che restano affidati all'elaborazione giurisprudenziale), si lascia inalterato il modo di assunzione della prova testimoniale, tanto per ricordare gli aspetti più anacronistici della nostra istruttoria. Le modifiche introdotte sono non in termini funzionali, ma sanzionatori, e diretti ad aumentare i poteri del giudice fuori da un quadro collaborativo con le parti tecniche, direzione che ha già decretato la scarsa utilizzazione degli istituti di simile impronta già presenti, quali, per esempio, l'[art. 281-ter, c.p.c.](#)

[9] Con riferimento alla normativa *antitrust*, De Cristofaro, *Innovazione e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 2, p. 523, pubblicato anche in banca dati *on line Studiolegale.leggitalia*, qui consultato, par. 8.

[10] Asimmetria informativa e complessità di analisi economico-fattuale sono caratteristica ineliminabile del giudizio di risarcimento in materia di *antitrust*, come rilevano De Carolis, *Il Decreto legislativo n. 3/2017 (attuativo della Direttiva) sul c.d. private antitrust enforcement, tra tecniche di ripartizione dell'onere della prova e (potenziali) ricadute sull'onere di allegazione*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di Sassani, Pisa, 2017, p. 157 e Casoria-Pardolesi, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale*, cit., par. III.

[11] i tratta di un'interpretazione "correttiva", ricorrente, per esempio, nel principio di "vicinanza della prova" e l'inversione, o l'attenuazione, dell'onere probatorio che ne deriva: per una recente applicazione in materia di revocatoria ordinaria, Cass., 28 febbraio 2018, n. 4728, in *Guida dir.*, 2018, 23, p. 58.

[12] Tra i molti studiosi che condividevano questo pensiero, in particolare Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, p. 284, che considera vecchia l'istruttoria così come concepita nel codice di procedura civile del 1942 già all'atto della sua entrata in vigore; Cappelletti, *Un falso idolo: il codice del 1942 (Bilancio di un trentennio)*, *Giustizia e Società*, Milano, 1972, 123.

ORDINI ESIBITORI

Il problema dell'attuazione degli ordini esibitori in una recente proposta di riforma del processo civile

di Beatrice Ficarelli

del 23 gennaio 2019

Sommario

1. Osservazioni introduttive.
2. I fondamenti dell'attuale assetto dell'esibizione istruttoria.
3. Brevi cenni ai principali aspetti dell'esibizione documentale.
4. Il problema delle "sanzioni". La dottrina e la prassi giurisprudenziale. L'ordine rivolto alla controparte.
5. La recente proposta governativa tra scelte "pubblicistiche" ed erosione del principio del *nemo tenetur edere contra se*.
6. Osservazioni conclusive.

1. Osservazioni introduttive.

Recenti proposte di riforma del processo civile e segnatamente gli *"Interventi per l'efficienza del processo civile"* di recente promossi dal Ministro Alfonso Bonafede e diffusi *on linedal* Ministero della Giustizia, suggeriscono di ripensare all'attuale assetto dell'istituto dell'esibizione documentale sotto il rilevante profilo delle conseguenze del rifiuto di ottemperare all'ordine del giudice.

Quello relativo alle sanzioni, invero, ha sempre rappresentato l'aspetto più delicato (nonché criticabile) dell'attuale disciplina normativa dell'istituto caratterizzato, attualmente, dalla pressoché totale incertezza delle conseguenze che discendono, per la parte e per il terzo che ne sono destinatari, dall'inottemperanza del provvedimento esibitorio.

Il codice di procedura civile del 1942, non a caso, in sede di disciplina generale dell'istituto dell'esibizione istruttoria, non stabilisce espressamente alcuna sanzione né mezzo di cautela a servizio dell'ordine di esibizione.

Le ragioni di questa scelta sono molteplici ma, sostanzialmente, alla possibilità che il legislatore ha lasciato alla parte o al terzo di non collaborare all'esibizione, può essere data una duplice lettura: anzitutto quella che vede tale scelta in

funzione della permanenza nel nostro ordinamento del principio dispositivo che attualmente regola, nel processo, i rapporti tra le parti ed il giudice definendone i rispettivi ruoli nonché del postulato del *nemo tenetur edere contra se* che di quella regola è considerato corollario indispensabile^[1].

La seconda interpretazione, invece, è quella secondo la quale le norme in tema di esibizione non contemplan sanzioni semplicemente perché non configurano neppure l'eventualità che l'intimato possa restare inadempiente^[2].

Quale che sia la ragione, la mancanza di rimedi, se può essere spiegata, sul piano speculativo, in base ai menzionati principi, contrasta in modo evidente con l'immagine ufficiale di un istituto, quale quello dell'esibizione delle prove, a cui il legislatore ha indubbiamente inteso conferire carattere "pubblicistico" ed acquista notevole rilievo dal punto di vista della concreta funzionalità dell'istituto medesimo sia in ordine alla più vasta tematica dell'effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile (che esula dal limitato ambito della nostra trattazione concentrata esclusivamente sullo strumento esibitorio).

Difatti, un ordine che può essere disatteso senza conseguenze precise e rilevanti rischia di servire a ben poco; e la prassi

[1] Tale postulato, nell'elaborazione dottrinale, ha sempre costituito un ostacolo all'introduzione di poteri coercitivi in capo al giudice per forzare la collaborazione della parte qualora ciò sia necessario per accertare la verità dei fatti nel processo. V. Cavallone, voce *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol.VII, Torino, 1991, 666. Più di recente, sull'effettiva portata del "principio" v. Graziosi, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 197 ss. e ci sia consentito il rinvio al nostro *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, 238 ss.

[2] V. Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 95.

si diffida giustamente degli strumenti processuali inidonei a produrre risultati certi e, almeno, *secundum eventum*, utili. Infine, ma non da ultimo, il problema della mancanza di un apposito apparato sanzionatorio per l'ordine di esibizione rimasto ineseguito va affrontato alla luce del *diritto costituzionale alla prova* che, come noto, si è affermato come estrinsecazione del più ampio e fondamentale art. 24 della Carta costituzionale^[3].

E il *diritto alla prova* non si esplica soltanto con la deduzione ed assunzione delle prove di cui la parte dispone ma va attuato anche con l'effettiva acquisizione delle prove ritenute necessarie per la prova dei fatti^[4].

L'effettività del precetto costituzionale in questione comporta infatti l'estendibilità del raggio di azione del diritto alla tutela giurisdizionale ad ogni aspetto o elemento della controversia necessario per il conseguimento del bene controverso, poiché il diritto di agire non si esaurisce nella possibilità di accesso agli organi giurisdizionali, ma comprende tutte le attività processuali successive alla proposizione della domanda che siano strumentali all'effettiva e concreta tutela dei diritti.

Del resto, proprio dall'ammissione o meno di una prova può dipendere l'unica possibilità che il soggetto abbia per dimostrare al giudice l'esistenza del suo diritto ed ottenere quindi tutela giurisdizionale.

Lasciare uno degli strumenti attraverso cui passa la tutela giurisdizionale privo di un adeguato supporto sanzionatorio non può essere accettabile qualora si voglia salda ed effettiva la garanzia del diritto di azione e del correlativo diritto alla prova. Alla luce di una cornice ordinamentale progressivamente mutata, non pare più possibile definire, in positivo, l'assenza di sanzioni come una delle note distintive dell'esibizione, occorrendo piuttosto prospettare possibili soluzioni ad un problema che si fa sempre più sentito in funzione della sempre maggiore complessità istruttoria di sempre più complesse controversie.

2. I fondamenti dell'attuale assetto dell'esibizione istruttoria

Un sia pur breve studio sull'attuazione degli ordini esibitori, non può prescindere da una veloce disamina delle basi su cui l'istituto si è fondato^[5].

Sull'esempio della legislazione francese ed in ossequio al principio individualistico dei codici napoleonici, nella vigenza del codice di procedura civile del 1865, l'obbligo di esibire documenti in un giudizio era limitato alle ipotesi in cui il richiedente vantasse su di essi un diritto di natura privatistica. Nessuno, parte o terzo rispetto al giudizio, poteva essere costretto ad esibire nel processo medesimo documenti di cui non fosse proprietario, comproprietario o quantomeno documenti che non fossero anche a lui comuni, cioè documenti che costituissero la prova di atti o fatti cui il richiedente stesso avesse direttamente contribuito.

Per questo motivo, la possibilità di chiedere l'esibizione era ammessa solamente quando potesse essere vantato un diritto sostanziale sul documento; diritto che fungeva da giustificazione teorica e, contemporaneamente, da limite applicativo dell'ordine giudiziale di esibizione. L'istanza di esibizione veniva così (correttamente) strutturata come una *actio ad exhibendum*, fondata sul diritto di comproprietà o su un obbligo legale di presentazione.

Nel 1942, con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile, l'idea sostanzialista che fino a quel momento ha retto interamente la teoria dell'esibizione e che, in assenza di specifiche norme processuali, ne ha anzi consentito la concreta edificazione, viene superata dal dato normativo degli artt. 210 e seguenti (oltre che dagli artt. 94 e 95 delle disposizioni di attuazione).

La nuova disciplina libera l'esibizione da qualsiasi presupposto sostanziale e crea un istituto di ratio e funzione esclusivamente processuali, che riconosce alle parti il potere, puramente istruttorio, di pretendere l'esibizione di cose o documenti. Le parti medesime, nel corso del giudizio, possono quindi, da quel momento, ottenere dal giudice la pronuncia di un ordine di esibizione relativamente ad un documento di cui ritengano necessaria l'acquisizione al processo e che sia in possesso della controparte o di un terzo.

Con il vigente codice non ha pertanto senso neppure negare efficacia probatoria al documento dolosamente sottratto, come sosteneva il Carnelutti prima dell'introduzione dell'apposita disciplina esibitoria, perché alla valutazione privatisti-

[3] Sull'elaborazione e concetto di diritto alla prova nel nostro ordinamento v. Cappelletti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (art. 24 Costituzione e «due process of law clause»)*, in *Giur. cost.*, 1961, 1284; Trocker, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974; Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 74 ss.; Graziosi, *L'esibizione istruttoria*, cit., 11 ss.

[4] Questa considerazione, unita al valore che l'accertamento della verità assume nel moderno processo civile, costituisce il filo conduttore dell'opera di Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985 che subito affronta il tema dell'attuazione degli ordini esibitori in ottica comparatistica.

[5] Si rinvia, quanto ad un approfondito esame, ai lavori base di La China, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960; Sparano, *L'esibizione delle prove e la sua evoluzione*, in *Dir. giur.*, 1960, 140 ss.; Cavallone, voce *Esibizione delle prove*, cit.; Graziosi, *L'esibizione istruttoria*, cit.; Volpino, *Dell'esibizione delle prove*, Commento all'art. 210 c.p.c., in *Commentario del Codice di procedura civile*, a cura di Sergio Chiarloni, *Libro II: Processo di cognizione art.191-266*, a cura di Michele Taruffo, *Istruzione probatoria*, Bologna, 2014, 185 ss.

ca imposta dal rilievo essenziale dato al diritto sul documento, si è sostituita la valutazione meramente processuale che è fondata sugli stessi principi cui sono informati l'interrogatorio formale della parte e la prova testimoniale del terzo. Il fondamento pubblicistico del nuovo istituto e la sua base esclusivamente processuale, trovano espressa conferma nell'enfatica presentazione che ne fa il Ministro Guardasigilli nella relazione (n. 29) al nuovo codice di procedura civile: "Il potere conferito al giudice di ordinare d'ufficio ispezioni sulla persona delle parti o di un terzo, ovvero sulle cose in loro possesso, quando ciò appaia indispensabile per conoscere i fatti della causa; ed altresì il potere di ordinare, a istanza di parte, la esibizione in giudizio di cose in possesso delle parti o del terzo, corrispondono, in conformità dei voti della dottrina e della pratica, a quelle stesse considerazioni di solidarietà sociale e di cooperazione dei cittadini al miglior funzionamento della giustizia, sul quale è basato il dovere pubblico di rendere testimonianza. Come il cittadino è tenuto a deporre secondo verità in giudizio, così, quando l'interesse della giustizia lo reclama, egli deve essere tenuto a mettere a disposizione di questa le proprie cose ed anche, in certi casi eccezionali, la propria persona".

Il legislatore dimostra in tal modo tutta la sua fiducia in un rimedio di carattere e finalità puramente istruttorie senza sollevare il problema dell'inosseranza dell'ordine che appare, di conseguenza, un dato del tutto eventuale.

E questa fiducia acquista particolare rilievo se si considera che i riferimenti dell'art. 210 c.p.c. a requisiti ed interessi processuali seguono ad un progetto preliminare e ad un progetto definitivo di riforma del codice di procedura civile che ponevano, invece, come requisiti fondamentali della legittimità dell'ordine di esibizione l'esistenza del carattere della comunanza del documento, nei rapporti tra le parti, e dell'obbligo del terzo, per legge o per convenzione, alla consegna del documento medesimo.

3. Brevi cenni ai principali aspetti dell'esibizione documentale^[6]

Come noto, il dato normativo di carattere generale, quello cioè che disciplina l'esibizione documentale come mezzo istruttorio, è rappresentato dal primo comma dell'art. 210 c.p.c. (ordine di esibizione alla parte o al terzo).

La norma stabilisce che "negli stessi limiti entro i quali può essere ordinata a norma dell'art. 118 l'ispezione di cose in possesso di una parte o di un terzo, il giudice istruttore, su istanza di parte può ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo".

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

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

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

Dalla lettura e collocazione della normativa generale dell'esibizione processuale si ricaverebbe pertanto, ed anzitutto, l'impossibilità per il giudice di disporre d'ufficio l'esibizione in qualsivoglia tipo di processo considerato, del resto, che il potere istruttorio di ufficio da parte del giudice può essere esercitato solo nei casi tassativamente stabiliti dalla legge, a pena di violare il principio della disponibilità delle prove (dettato dal già ricordato art. 115 c.p.c.)^[7].

[6] Per una analisi di approfondimento mi permetto di fare rinvio al nostro *Esibizione di documenti e discovery*, cit., 252 ss.

[7] Come noto, infatti, i casi di attribuzione al giudice civile di poteri ufficiosi in materia probatoria sono, in linea generale, e salvo procedimenti speciali, limitati sostanzialmente: all'interrogatorio libero delle parti in qualunque stato del processo ex art. 117 c.p.c.; al potere di disporre l'ispezione ex art. 118 (norma, come la precedente, ricompresa nel titolo dedicato ai "Poteri del giudice"); alla nomina del consulente tecnico (nei limiti in cui la consulenza tecnica sia un mezzo di prova); al giuramento suppletorio e di estimazione; alla prova per testi nelle ipotesi specifiche previste ex lege, (per esempio l'audizione dei testi de relato); all'espe-

4. Il problema delle “sanzioni”. La dottrina e la prassi giurisprudenziale. L'ordine rivolto alla controparte.

Le soluzioni fino a questo momento prospettate in dottrina relativamente all'assenza di strumenti che consentano di intervenire qualora l'ordine di esibizione resti inosservato, si differenziano sensibilmente a seconda che il soggetto passivo della richiesta sia la controparte o piuttosto il terzo estraneo alla lite.

Peer quanto riguarda l'ordine rivolto alla parte le conseguenze si pongono (o si sono poste) su di un piano *probatorio*, risolvendosi nella facoltà per il giudice di trarre “argomenti di prova” dall'inottemperanza della parte inibita, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.

Il rimedio, applicato sia facendo leva sulla visione unitaria dei mezzi istruttori *esibizione-ispezione*, fondata sul richiamo dell'art. 210 c.p.c. sia in base alla tesi per cui il rifiuto di esibire è di per sé un contegno processuale significativo ai sensi e per gli effetti di quella norma, è apparso, nella pratica dei tribunali l'unico percorribile per tentare di ovviare al problema della violazione della normativa esibitoria in assenza di rimedi espressamente stabiliti. Esso, tuttavia, si scontra sulla difficile individuazione di che cosa sia effettivamente argomento di prova -definito “una tra le più ambigue e tormentate nozioni della disciplina delle prove”^[8] e soprattutto sulla consistenza probatoria di tali argomenti (o sul valore probatorio del comportamento processuale delle parti in relazione alla formazione del convincimento del giudice).

Secondo qualche orientamento, infatti, gli argomenti di prova non possono avere lo stesso valore delle prove in senso tecnico, ma sono solo elementi secondari di convincimento del giudice e, più precisamente hanno, rispetto alle prime, un carattere di *probatio inferior* privi della forza di essere decisivi per il giudizio^[9].

Gli argomenti di prova dovrebbero pertanto essere considerati unicamente quali elementi di valutazione delle altre prove addotte in giudizio, con la conseguenza che il giudice, pur tenendone conto, non potrebbe mai fondare su questi soltanto il proprio convincimento. In tal modo, come rilevato dal-

la miglior più recente dottrina in materia, è abbastanza intuitibile come la forza coercitiva che può esercitare sulla parte la facoltà del giudice di trarre argomento di prova dalla mancata esibizione di una determinata prova sia nulla o quasi^[10].

In giurisprudenza si è andata delineando anche una tendenza favorevole all'idoneità degli argomenti di prova a fondare da soli il convincimento del giudice per considerare il recalcitrante comportamento processuale della parte un elemento grave e preciso di prova, idoneo, di per sé, a costituire unica e sufficiente fonte di prova e di convincimento e non solo elemento di valutazione degli elementi già acquisiti nel processo. Una prova libera, dunque, in senso pieno.

Tuttavia, come si è già avuto modo di rilevare in passato, l'equiparazione tra argomento di prova e prova in senso proprio sembra correttamente prospettabile solo quando appare più immediato il collegamento tra il fatto da cui è concesso desumere argomenti di prova e il fatto da provare; situazione questa che però, almeno di regola, non si verifica nel caso di inottemperanza all'ordine di esibizione^[11].

segue: L'ordine rivolto al terzo.

Anche per il terzo che non ottemperi all'ordine, la legge non indica rimedi, nonostante che da un punto di vista pratico le situazioni di inottemperanza da parte di un terzo si profilano come assai frequenti data la veste di depositari o di detentori di documenti o cose nell'interesse altrui che possono rivestire numerosi soggetti quali banche, avvocati, notai, società e via di seguito. Giurisprudenza non ha sostanzialmente mai indicato rimedi di alcun genere.

Ovviamente, poi, il comportamento negativo del terzo non può essere valutato dal giudice a livello probatorio, come invece accade o può accadere per le parti, poiché la sua estraneità alla lite non consente una soluzione direttamente collegata all'esito di un processo che non lo riguarda. Sull'eco della prevalente dottrina, la giurisprudenza si è limitata poi a precisare che l'ordine di esibizione, (indifferentemente rivolto alla parte o al terzo) non è suscettibile di esecuzione forzata e che la mancata esibizione non configura alcuna violazione di legge^[12].

rimento giudiziale ex art. 261 c.p.c.; all'assunzione di sommarie informazioni ai fini di decidere sulla competenza ex art. 38 c.p.c.; alla richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione ex art. 213 c.p.c., norma di carattere speciale in tema di esibizione con funzione complementare, non sostitutiva, rispetto al 210 c.p.c.2.; e, sempre in tema di esibizione ma riguardante parimenti una fattispecie particolare, all'ordine all'imprenditore parte in causa dei libri e delle scritture contabili nonché di lettere, telegrammi e fatture ex art. 2711 c.c. Queste due ultime ipotesi, pur trattandosi di fattispecie esibitorie, rappresentano tuttavia eccezioni alla regola generale e, non a caso, sono espressamente stabilite ex lege.

[8] Così Chiarloni, *Riflessioni sui limitidel giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 840.

[9] Sul valore probatorio degli argomenti di prova v. di recente le efficaci osservazioni di Luiso, *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, Milano, 2017, 81-82.

[10] V. Graziosi, *op. cit.*, 224.

[11] Ci sia ancora consentito il richiamo al nostro *Esibizione di documenti e discovery, cit.*, 276.

[12] V. ad es. Cass. 10 dicembre 2003, n. 1883 (*Arch. Civ.*, 2004, 370).

Piuttosto, il legislatore si è preoccupato, con una disposizione *ad hoc*, cioè l'art. 211 c.p.c. di assicurare la tutela dei suoi diritti, accordandogli la possibilità, da un lato, di partecipare attivamente alla determinazione del giudice in ordine all'opportunità di disporre o meno l'esibizione e consentendogli, dall'altro, di muovere opposizione all'ordinanza già emessa. Non è difficile notare, pertanto, come la nostra legge processuale abbia dato al terzo ampia possibilità di far valere situazioni di rifiuto ingiustificato di esibire.

Sulla base di queste premesse, la risposta più immediata all'esigenza di sanzionare il comportamento del terzo è stata ancora rinvenuta nell'art. 118, comma 3, c.p.c. in base al quale il terzo che rifiuta l'ispezione è passibile di una pena pecuniaria da euro 250 a euro 1.500. vale appena la pena di ricordare come tale importo sia stato consistentemente innalzato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69 rispetto a quello in precedenza previsto di euro 5.

Sia pur dopo l'intervento del legislatore del 2009, non è difficile cogliere in tale soluzione - che postula la richiamata visione unitaria dei mezzi istruttori *ispezione-esibizione* a cui dottrina e giurisprudenza sono spesso ricorse, una sostanziale inadeguatezza ed inutilità a risolvere il tema dell'effettività dell'ordinanza di esibizione a causa del modesto importo previsto nelle controversie in cui la posta in gioco è molto alta.

Resta invece diffusa la convinzione della bontà dello strumento della sanzione pecuniaria in sé purché di valore adeguato alle circostanze, caratteristiche ed entità della controversia.

5. La recente proposta governativa tra scelte "pubblicistiche" ed erosione del principio del *nemo tenetur edere contra se*

E veniamo al recente progetto di riforma dell'istituto esibitorio.

Intanto, esso riguarda solo il prolema delle *sanzioni*, non intaccando l'assetto normativo del mezzo istruttorio il quale resta pressoché inalterato quanto agli originari indici normativi concorrenti a delinearne la fisionomia.

Al punto 4 della cd. "proposta Bonafede", si suggerisce infatti di aggiungere all'art. 210 c.p.c., dopo il terzo comma, i seguenti:

"se la parte rifiuta senza giustificato motivo di eseguire l'ordine di esibizione o non adempie allo stesso, il giudice può trarne argomenti di prova a norma dell'art.116, secondo comma".

E si aggiunge che *«alla parte o al terzo che rifiuta senza giustificato motivo di eseguire l'ordine di esibizione o non adempie allo stesso, il giudice applica una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 1000 a euro 50.000 che è devoluta a favore della cassa delle ammende»*.

Nella scelta del proponente appare ben chiaro l'intento di dotare l'ordine di esibizione di un adeguato apparato sanzionatorio che, allo stato, pare volersi articolare in un *cumulo* di sanzioni (di carattere processuale e non) per la parte, mentre, per il terzo, si delinea esclusivamente lo strumento della sanzione pecuniaria.

Si tratta, peraltro, di una pena destinata ad entrare nelle "Casse dello Stato" e non già in quelle della controparte, con ciò evidenziando una spiccata scelta del proponendo legislatore di sottolineare la rilevanza pubblicistica del mezzo istruttorio, non volendosi distinguendosi, sotto questo profilo, tra la posizione della parte e quella del terzo^[13].

Intervenendo sulle sanzioni, i proponenti dimostrano così forte attenzione nei confronti del delicato problema dell'effettività dell'ordine di esibizione, la cui realizzazione comporta necessariamente l'attenuazione del postulato del *nemo tenetur edere contra se*, fino a questo momento, ha pesantemente inciso, in senso limitativo, sull'attuazione degli ordini esibitori.

Certamente l'intervento sull'art. 210 c.p.c. può leggersi nell'ambito del più ampio contesto della recente sensibilità maturata nei confronti dei fenomeni sanzionatori non solo a livello di diritto sostanziale ma anche di diritto processuale.

Il pensiero corre infatti a tutti gli indici normativi che in epoca recentissima sono apparsi quali segni tangibili di una curvatura deterrente-sanzionatoria anche in seno al processo civile (oltre che nel diritto sostanziale), quali l'art. 614

[13] Calamandrei, in uno scritto dedicato alle *"Conseguenze della mancata esibizione in giudizio"* (in *Riv. dir. proc.* 1930, II, 293) ribadiva come dovesse tenersi distinta la posizione del terzo da quella della parte. Per il terzo, infatti, sussisterebbe un dovere di natura pubblicistica alla produzione di documenti in giudizio da intendersi come mezzi per accertare la verità in un processo. Rispetto alla parte, invece, Egli riteneva non superabili le difficoltà nascenti dal principio di disponibilità delle prove e della connessa regola dell'onere della prova.

bis c.p.c. che ha introdotto nel sistema processuale le misure di coercizione indiretta^[14], l'art. 709 *ter* c.p.c.^[15] che parimenti, sia pur nella circoscritta materia delle controversie tra genitori in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale o alle modalità di affidamento della prole, prevede un sistema progressivo di misure coercitive indirette^[16] tra cui una sanzione amministrativa pecuniaria a favore della Cassa delle ammende e l'art. 96, 3 comma c.p.c. che prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo.

Con riferimento a questa ultima disposizione, tra l'altro, la "riforma Bonafede" propone di aggiungere un quarto comma del seguente letterale tenore: "il giudice condanna la parte che abbia agito o resistito con mala fede o colpa grave al pagamento, a favore della Cassa delle ammende, di una somma pari al massimo a dieci volte il contributo dovuto per il giudizio o, in mancanza, a dieci volte il contributo dovuto per le cause di valore indeterminabile".

Si tratta, evidentemente, del tentativo di rafforzare una disposizione già di per sé sanzionatoria e non già meramente risarcitoria sottolinandosi però ora la finalità pubblicistica dell'istituto giacché destinatario della sanzione è lo Stato e non già la parte soccombente.

Le sanzioni previste per l'inosservanza dell'ordine di esibizione si collocano pertanto, al momento attuale, in un preciso percorso ormai già sufficientemente tracciato a livello di legge processuale.

6. Osservazioni conclusive.

La previsione pura e semplice dell'istituto della esibizione documentale non accompagnata da un efficiente meccanismo di attuazione non si è rivelata idonea a salvaguardare il fondamentale diritto alla prova consacrato dall'art. 24 cost.

ed elevato ad elemento del giusto processo dall'art. 111 della Carte Costituzionale medesima.

Al di là della tecnica redazionale certamente passibile di eccezioni, il tentativo della proposta di riforma in esame di rispondere al delicato problema dell'attuazione dell'ordine di esibizione tramite la predisposizione di un preciso apparato sanzionatorio va pertanto salutato positivamente, essendo peraltro i tempi ormai ampiamente maturi per rendere concreto un simile risultato lungamente tenuto a freno soprattutto per effetto del postulato del *nemo tenetur edere contra se*.

La proposta avrebbe potuto prevedere tuttavia, a questo punto, un armamentario più complesso di sanzioni, orientandosi verso scelte già ampiamente sperimentate in altri ordinamenti che si sono rivelate in grado di garantire all'istituto esibitorio una concreta effettività.

Per quanto riguarda l'ordine rivolto alla parte, come si è già avuto modo di osservare^[17], sarebbe stato opportuno affiancare all'argomento di prova ed alla sanzione amministrativa pecuniaria (preferibilmente però sotto forma di *astreinte* sulla falsariga del modello francese) anche la possibilità di considerare il rifiuto di esibire alla stregua di un elemento primario di prova con affetti assimilabili a quelli di una *facta confessio*, accostandosi cioè il rifiuto di esibire al rifiuto di rispondere all'interrogatorio formale, ipotesi ricostruttiva, questa, che pare la più idonea a soddisfare le esigenze di funzionalità dell'istituto esibitorio.

Quanto al terzo, invece, stante l'insuscettibilità di prevedere sanzioni di carattere processuale, sarebbe stato opportuno affiancare alla sanzione amministrativa pecuniaria in cui si concentra tutto il proposto sistema di attuazione, anche la possibilità di applicare al terzo esibitore le stesse conseguenze, riadattate al nostro istituto, previste dall'art. 255 c.p.c. per la mancata comparizione dei testimoni, vale a dire la pos-

[14] La letteratura in materia è vastissima. Tra i molti Autori che si sono occupati in via generale dell'art. 614 *bis* c.p.c. ed ai quali, senza pretesa di esaustività, si rinvia per tutte le problematiche inerenti l'istituto v. Consolo - Godio, *Commento all'art. 614 bis*, in AA.VV., *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, a cura di Consolo - De Cristofaro - Zuffi, Milano, 2009, 277 ss.; Chizzini, *Commento all'art. 614 bis*, in Balena - Caponi - Chizzini - Menchini (a cura di), *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, 160 ss.; Chiarloni, *Esecuzione indiretta. Le nuove misure coercitive ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.*, in www.treccani.it; Barreca, *L'attuazione degli obblighi infungibili di fare o di non fare (art. 614 bis c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2009, 4 ss.; Capponi, a cura di, *L'esecuzione processuale indiretta*, cit., 1 ss.; Gambineri, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 320 ss.; Mazzamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614 bis*, *Europa e dir. Priv.*, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile 2009*, 947 ss.; Saletti, *Commento all'art. 614 bis c.p.c.*, in AA.VV., a cura di Saletti - Sassani, Torino, 2009, 192 ss.; Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1548 ss.; Mondini, *L'attuazione degli obblighi infungibili*, cit., 1 ss.; Zucconi Galli Fonseca, *Misure coercitive tra condanna e tutela esecutiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 389 ss.; Tommaseo, *L'esecuzione indiretta e l'art. 614 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 267 ss.

[15] Su cui, per tutti, v. il compiuto lavoro monografico di Donzelli, *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c.*, Torino, 2018.

[16] Così Graziosi, *Diritto processuale di famiglia*, Torino, 2016, 237.

[17] Il riferimento è ancora al nostro *Esibizione di documenti e discovery*, cit., 276 ss.

sibilità di emettere un nuovo ordine, oppure di ordinare l'esecuzione coattiva.

Del resto i motivi di similitudine tra questi "terzi" sono in effetti molteplici e lo stesso Guardasigilli, nella Relazione al codice di procedura civile (n. 29) non mancava di sottolineare come il potere di ordinare l'esibizione rispondesse alle

stesse considerazioni sul quale è basato quello di rendere testimonianza. In entrambi i casi, si tratta di soggetti estranei al processo in corso che si trovano, per ordine del giudice, in posizione di soggezione rispetto a questo, collaborando al raggiungimento della verità processuale senza che si instauri un rapporto diretto tra colui che richiede la prova e il terzo.

RITO FORNERO

Recenti orientamenti sull'applicazione del rito Fornero

di Roberto Bonatti

del 25 gennaio 2019

1.
A distanza di ormai quasi sette anni dalla sua introduzione, il c.d. rito Fornero - applicabile alle controversie aventi ad oggetto la cessazione del rapporto di lavoro a seguito di licenziamento (di cui all'art. 1, commi 48 e ss., della legge n. 92 del 2012) - appare ancora di attualità, per le numerose questioni che la casistica propone. Peraltro, il tempo trascorso dalla novella legislativa che lo ha previsto è del tutto fisiologico affinché il contenzioso, sviluppatosi in tutte le proprie fasi e gradi di giudizio, giunga in cassazione. E ciò anche per un rito che, nell'intenzione del legislatore, presenta caratteri di indubbia celerità procedimentale, ancor più marcati che nel rito ordinario del lavoro, a sua volta è mediamente già più rapido rispetto al rito ordinario di cognizione.

Per la verità, fin dal principio era apparso che numerose questioni processuali avrebbero necessitato di un chiarimento per via giurisprudenziale. La ragione principale di ciò risiede nella tecnica normativa, che consta di uno scarno corpo di disposizioni, perlopiù contenute in commi di un articolo molto lungo e complesso. Il risultato è un insieme di regole processuali non organico ed in larga misura incompleto, che richiede un'accurata opera di interpretazione sistematica delle norme speciali applicabili al nuovo rito e di verifica della possibilità di applicare le norme generali sul rito del lavoro previste dal c.p.c. in mancanza di disposizioni specifiche nel contenzioso sui licenziamenti.

2.
La diversificazione dei riti e dei modelli di tutela porta sempre con sé il rischio e l'inconveniente di identificare esattamente il campo di applicazione del rito speciale, per distinguere in modo univoco l'uso dell'un rito anziché dell'altro. È un inconveniente non di poco conto, se si considera che la questione sul rito applicabile è comunque questione preli-

minare che deve essere affrontata e decisa dal giudice e che dunque impiega risorse e tempo che, nel processo, potrebbero essere utilizzate in modo più efficace ed efficiente.

Anche per il rito speciale per i licenziamenti si sono posti e si pongono problemi non dissimili.

Essi possono essere raggruppati e classificati sotto due direttrici distinte: da un lato, questioni attinenti all'oggetto proprio del rito Fornero, ossia comprendere esattamente quali sono le controversie relative al rapporto di lavoro assoggettate al rito speciale sui licenziamenti e quali, invece, restano regolate dal rito del lavoro tradizionale; l'altra direttrice riguarda invece le questioni relative alle domande connesse con quelle proprie del rito Fornero, per stabilire se e quale tipo di connessione giustifica l'attrazione di tali domande - che autonomamente sarebbero escluse dall'applicazione del nuovo rito - all'interno di una medesima controversia avente quale domanda principale proprio quella relativa ad un licenziamento che ricade nell'ambito di applicazione del rito Fornero.

Sotto il primo profilo, la casistica giurisprudenziale mette chiaramente in risalto quanto sia ampia la tendenza ad intendere estensivamente l'oggetto della domanda proponibile con il rito Fornero.

In questo senso, appare ormai consolidato il principio affermato dal giudice di legittimità relativo all'applicabilità del rito speciale alla domanda di accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro con un soggetto nominativamente diverso dal formale datore di lavoro^[1]. In questi casi, sebbene la controversia non riguardi (o non riguardi soltanto) la legittimità della cessazione del rapporto di lavoro e del licenziamento, ma principalmente questioni soggettive rispetto al soggetto che assuma la veste di datore di lavoro, tuttavia la domanda trova pur sempre fondamento sull'illegittimità della cessazione di un rapporto di lavoro, e dunque va esamina-

[1] Cass. lav. n. 2303 del 30 gennaio 2018; conf. Cass. lav. n. 17775 del 8 settembre 2016.

ta con il rito accelerato previsto per tali tipi di controversie. In altri termini, ogni volta che la domanda riguardi la (ri) costituzione di un rapporto di lavoro che si è interrotto essa va proposta nelle forme del rito Fornero, anche qualora l'accoglimento della domanda stessa dipenda essenzialmente dall'accertamento dell'elemento soggettivo del contratto di lavoro, e non dall'oggetto dello stesso ovvero dai fatti che ne hanno determinato la cessazione.

Processualmente, la soluzione appare del tutto corretta dal momento che l'impugnazione di un licenziamento illegittimo si fonda su di una pluralità di fatti costitutivi, tra cui certamente l'esistenza di un contratto di lavoro tra le parti prima al momento della cessazione del rapporto di lavoro stesso. Cosicché, ai fini dell'applicazione della legge n. 92 del 2012 è del tutto indifferente se sia controverso l'oggetto del contratto (per esempio, se era legittima l'apposizione del termine; oppure se esso prevedeva il licenziamento quale sanzione disciplinare per il fatto materialmente contestato al lavoratore) oppure l'identità delle parti del rapporto stesso.

Merita di essere segnalata in questo senso una recente pronuncia della Cassazione^[2] che chiarisce come anche l'accertamento sulla natura del rapporto, se subordinato o di altro tipo, è attratta dal rito Fornero se essa sia preliminare rispetto alla valutazione di legittimità del licenziamento impugnato. Ciò che appare invece di più immediato interesse è la precisazione, che si rinviene nella giurisprudenza della Cassazione, in ordine alla necessità di verificare che in tali casi la prospettazione di fatto contenuta nel ricorso non sia artificiosa o pretestuosa, il che accade quando la domanda tendente ad ottenere la prosecuzione del rapporto di lavoro sia manifestamente inammissibile o infondata, ed inserita nel ricorso esclusivamente al fine di operare una non consentita scelta del rito. Questa situazione si potrebbe verificare, ad esempio, nel caso in cui il lavoratore chieda la conversione di un rapporto di lavoro a termine con una pubblica amministrazione in uno a tempo indeterminato, stante il divieto costituzionale di accesso al pubblico impiego senza previo superamento di un concorso.

L'applicabilità del rito Fornero è stata dichiarata anche in relazione alla domanda volta al pagamento della retribuzione dovuta per il periodo compreso tra la data della risoluzione del rapporto di lavoro e quella della sua materiale ed effettiva cessazione^[3], dal momento che anche in tali situazioni il diritto controverso richiede l'accertamento degli effetti, alme-

no sul piano temporale, del licenziamento e dunque trova nel licenziamento stesso il suo fatto costitutivo.

3.

Più problematica è la soluzione che si prospetta alla seconda delle questioni che abbiamo indicato, in relazione alla *vis attrattiva* del rito Fornero rispetto alle domande connesse con quelle relative al licenziamento. Si tratta più propriamente di domande nelle quali l'accertamento sugli effetti del licenziamento, a differenza dei casi appena esaminati, non rappresenta uno dei fatti costitutivi del diritto ma è mera questione pregiudiziale per la soluzione di altra questione, che si fonda su fatti costitutivi differenti.

Nella prassi, il problema si è posto soprattutto in relazione a domande accessorie rispetto a quella di reintegrazione, oppure a domande alternative ad essa ed in particolare di condanna al risarcimento per equivalente nel caso in cui non operi la tutela reale.

Rispetto a queste questioni, gli orientamenti paiono discordi. Per l'applicabilità del rito Fornero propende il dato normativo di cui all'art. 1, comma 48, della citata legge n. 92 del 2012, secondo il quale con il ricorso possono essere proposte domande diverse da quelle aventi ad oggetto il licenziamento ma soltanto se sono fondate su identici fatti costitutivi. Utilizzando l'interpretazione letterale, ed avvalendosi di una nozione ampia di fatto costitutivo, si giungerebbe alla conclusione che ogni domanda che tragga origine dai medesimi fatti che hanno dato oggetto al licenziamento sarebbe soggetta al rito Fornero, ivi compresa appunto quella di tutela solo obbligatoria laddove quella reale non sia ritenuta applicabile. In contrario si è però osservato^[4] che in questo modo si finirebbe per vanificare la *ratio* del rito speciale, che è senza dubbio quella di celerità su talune situazioni del rapporto di lavoro particolarmente delicate, come sono appunto le vicende estintive dello stesso.

La giurisprudenza di legittimità non risulta abbia ancora avuto modo di esaminare approfonditamente queste tematiche: certamente la soluzione dipende da quale aspetto si intenda perseguire, se la celerità del rito speciale anche a costo di offrire rapidamente una tutela solo parziale del diritto (nella specie, la tutela reale) ovvero se l'opposto fine di offrire al lavoratore una tutela completa in forme più rapide a quelle ordinarie in relazione alle vicende estintive del rapporto di lavoro.

[2] Cass. lav. n. 21959 del 10 settembre 2018.

[3] Cass. lav. n. 7586 del 27 marzo 2018.

[4] Per es. Trib. Catania, sez. lavoro, n. 4976 del 5 dicembre 2018.

A mio giudizio, non giova alle parti la parcellizzazione e frammentazione del contenzioso che si può generare in relazione ad un licenziamento, perché né il lavoratore né il datore di lavoro ha alcun vantaggio nel duplicare il contenzioso. Ma soprattutto dovrebbe far propendere per la prima soluzione l'osservazione che le due domande, appunto perché alternative, mantengono un elevato rischio di potenziale contrasto tra le due decisioni, rischio che può essere evitato soltanto consentendo per quanto possibile che sia il medesimo giudice, nella medesima sentenza, a decidere quale delle due domande merita accoglimento. Né pare convincente obiettare che il rischio potrebbe comunque essere limitato dalla disciplina del giudicato, nel senso che la celerità del rito Fornero è tale da produrre la cosa giudicata sostanziale sull'inapplicabilità della tutela reale in un tempo molto inferiore rispetto alla decisione del giudice sulla domanda di tutela obbligatoria. Ciò in quanto da un lato il giudicato sulla domanda retta dal rito Fornero richiede pur sempre un non trascurabile lasso di tempo, specialmente se la questione viene riproposta nelle sedi d'impugnazione; d'altro lato, proprio l'obiettivo di tutela rafforzata del lavoratore, che è alla base dello stesso rito speciale, dimostra che il lavoratore ha pur sempre diritto ad iniziare immediatamente la controversia volta ad ottenere il risarcimento per equivalente, senza che ciò sia in alcun modo condizionato dal giudicato sulla domanda di reintegrazione.

4.

Un aspetto sul quale la norma non sembra offrire soluzioni univoche è la disciplina della domanda riconvenzionale: l'art. 1, comma 56, della legge n. 92 del 2012, infatti, ammette la domanda riconvenzionale nella fase di opposizione ed a condizione che la stessa sia fondata su fatti costitutivi identici rispetto a quelli posti a fondamento della domanda principale. Resta tuttavia da comprendere se ciò escluda l'ammissibilità di una domanda riconvenzionale proposta già nella fase sommaria.

In altri termini, la norma, anche a livello letterale, non esclude la proponibilità della domanda riconvenzionale nella prima fase, sebbene si debba convenire sul fatto che una soluzione affermativa potrebbe apparire contraria all'obiettivo

di maggiore rapidità del rito speciale, ed in particolare della sua prima fase sommaria. Conseguentemente, parrebbe logico immediatamente concludere che la domanda riconvenzionale resta ammissibile soltanto eventualmente nella fase di opposizione, che trasforma la prima fase sommaria in un vero e proprio giudizio di primo grado a cognizione piena.

Tuttavia, vi sono delle situazioni in cui non ha senso rimandare alla fase di opposizione l'introduzione nel giudizio di una domanda riconvenzionale, perché ciò otterrebbe invece l'effetto opposto, di appesantire e rallentare il giudizio, nel quale invece sarebbe ottimale poter trattare congiuntamente la domanda principale e quella riconvenzionale fin da principio, ossia fin dalla fase sommaria.

Emblematica è la situazione affrontata dalla sentenza della Cassazione, sez. lavoro, n. 30433 del 23 novembre 2018: il giudizio, secondo il rito Fornero, era stato in quel caso attivato in prevenzione dal datore di lavoro, e non dal lavoratore licenziato; naturalmente, la domanda principale consisteva in una azione, di mero accertamento, sulla legittimità del recesso intimato. Il lavoratore, già nella fase sommaria, aveva così proposto domanda riconvenzionale, al fine di ottenere non soltanto l'accertamento contrario, ma anche la pronuncia di condanna alla tutela reale con il conseguente reintegro nel posto di lavoro.

La corte si preoccupa anzitutto di ribadire che, anche nelle controversie in tema di licenziamenti illegittimi, l'interesse ad agire va riconosciuto un interesse anche in capo al datore di lavoro in relazione alla domanda di accertamento della legittimità del licenziamento intimato al lavoratore^[5]. Questa situazione si colloca, più in generale, nel tema dell'ammissibilità delle domande svolte in prevenzione, ed in particolare dell'accertamento negativo sull'esistenza di un diritto altrui. Per tali situazioni, l'attualità e la concretezza dell'interesse ad agire richiede un'indagine, caso per caso, sulla situazione di fatto allegata dall'attore. L'interesse ad agire potrà pertanto essere riconosciuto soltanto in presenza di una comprovata situazione di incertezza sull'esistenza o meno di tale diritto, non eliminabile senza l'intervento del giudice, che si pone quale condizione (o come una delle condizioni) di un pregiudizio concreto ed attuale in capo all'attore^[6].

[5] Interesse riconosciuto anche in altre situazioni relative alla regolarità dello svolgimento del rapporto di lavoro: ad esempio, in caso di domanda di accertamento negativo della legittimità di uno sciopero proclamato dalle organizzazioni sindacali (Cass. lav. n. 24653 del 3 dicembre 2015), o nel caso di accertamento di quale sia il reale datore di lavoro a seguito della cessione di un ramo d'azienda (Cass. lav. n. 16262 del 31 luglio 2015) ovvero ancora di accertamento dell'esatta determinazione dei compensi dovuti, anche nel caso in cui essi non siano ancora maturati (Cass. lav. n. 4496 del 21 febbraio 2008, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 2, p. 268).

[6] Per tale ragione, è stato ritenuto insussistente l'interesse ad agire del datore di lavoro rispetto ad una domanda volta ad accertare se il comportamento del lavoratore, valutabile sotto il profilo disciplinare, fosse o meno in grado di ledere, per la sua gravità, l'elemento fiduciario alla base del rapporto di lavoro (Cass. lav. n. 14756 del 30 giugno 2014).

L'esistenza di un autonomo interesse ad agire in capo al datore di lavoro in ordine all'accertamento negativo del diritto del lavoratore alla prosecuzione del rapporto permane anche nella situazione in cui il lavoratore abbia già proposto domanda di accertamento dell'illegittimità del licenziamento e di condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro, salva ovviamente l'applicazione alle due domande delle regole sulla connessione ovvero sulla continenza di cause ex art. 39 c.p.c.^[7].

Se dunque è pacifica la possibilità che nello stesso giudizio vengano introdotte contemporaneamente le due domande, di accertamento mero della legittimità del licenziamento da parte del datore di lavoro e di accertamento della sua illegittimità con condanna alla reintegra da parte del lavoratore, resta da stabilire con quale tecnica processuale ciò possa avvenire nelle controversie soggette al rito Fornero.

In una situazione come quella affrontata dalla pronuncia in

commento, l'applicazione della regola prevista dall'art. 1, comma 56, della legge n. 92 del 2012, e cioè di rimandare l'ammissibilità della domanda riconvenzionale del lavoratore alla fase di opposizione, significherebbe da un lato diminuire la tutela processuale del lavoratore licenziato, che invece il rito Fornero ha inteso proteggere in modo più rapido ed effettivo; dall'altro, consentirebbe al datore di lavoro di bloccare la pronuncia sommaria, propria della prima fase del processo, semplicemente agendo in prevenzione rispetto al lavoratore licenziato.

Benché non ve ne si faccia cenno, questa seconda situazione sarebbe riconducibile sostanzialmente ad un abuso del processo da parte del datore di lavoro, che, chiaramente prevedendo l'azione giudiziale del lavoratore licenziato, anticipasse l'iniziativa processuale di quest'ultimo allo scopo di impedire una pronuncia, sommaria ma rapida, di eventuale condanna alla reintegrazion.

[7] Cass. lav. n. 7096 del 9 maggio 2012 in *Mass. giust. civ.*, 2012, 5, p. 579; Cass. lav. n. 6891 del 14 luglio 1998 in *Mass. giust. civ.*, 1998, p. 1527.

AFFIDAMENTO DEI MINORI

Stabilità e ricorribilità in Cassazione delle decisioni in materia di affidamento dei minori e nei giudizi *de potestate*

di Romolo Donzelli

del 28 gennaio 2019

Sommario

1. Primo quadro d'insieme della giurisprudenza
2. Le pronunce della Cassazione del 2016 sull'ammissibilità del ricorso straordinario nei procedimenti de potestate
3. Le conferme più recenti a favore dell'idoneità al giudicato dei provvedimenti de potestate
4. Rilievi conclusivi

1. Primo quadro d'insieme della giurisprudenza

Giuseppe Chiovenda, nell'interrogarsi sulla natura delle decisioni pronunciate in caso di abuso della patria potestà ai sensi dell'art. 233 del codice civile del 1985, osservava che tali decisioni «implicano modificazione del rapporto giuridico derivante fra padre e figlio dalla filiazione» e precisava, dunque, che per l'adozione delle relative decisioni «non si procede in camera di consiglio, perché né la legge lo dice, né la materia lo comporta, né può parlarsi di un procedimento senza contraddittore, essendo manifesto il conflitto fra attore e genitore, al fine di privare questo dei poteri che sono anche suoi diritti»^[1]. Nel codice civile del '42 i provvedimenti *de potestate*, disciplinati dagli artt. 330 ss., vengono assegnati alla competenza del Tribunale per i minorenni, che procede nelle forme camerali previste dall'art. 336 c.c.

In questo nuovo contesto normativo, la giurisprudenza ha per lungo tempo ritenuto che tali provvedimenti avessero natura sostanzialmente giurisdizionalvolontaria e non contenziosa: mera gestione di interessi, dunque, e non tutela di diritti soggettivi^[2].

Le conseguenze di tale impostazione sono note: da un lato, la piena revocabilità e/o modificabilità delle decisioni *de potestate* in conformità alla previsione di cui all'art. 742 c.p.c., dall'altro, la non ricorribilità in cassazione dei decreti pronunciati ai sensi dell'art. 336 c.c., stante il difetto dei requisiti di decisorietà e definitività; requisiti, che condizionano l'ammissibilità del ricorso straordinario in Cassazione ex art. 111, comma 7, Cost.

Se, tuttavia, si volge lo sguardo ai provvedimenti sull'affidamento dei figli minori nei giudizi di separazione e divorzio, nonostante l'evidente affinità con le decisioni assunte ex artt. 330 ss. c.c., può notarsi che l'andamento della giurisprudenza è stato più altalenante.

Il problema non si è posto nei giudizi di separazione giudiziale e di divorzio, nei quali la sentenza di appello è ordinariamente ricorribile ex art. 360 c.p.c., bensì nei giudizi camerali di modifica delle condizioni di separazione o divorzio rispettivamente previsti dagli artt. 710 c.p.c. e 9 l. div.; qui, infatti, il dubbio consisteva nuovamente se ammettere il ricorso straordinario avverso i decreti pronunciati a definizione del reclamo.

[1] Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 1260; cfr. anche Piola, *Delle persone incapaci*, t. 1, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, IV, *Delle persone*, Torino, 1910, 853; Stolfi, *Diritto civile*, V, *Diritto di famiglia*, Torino, 1921, 590 s.: «qui si pone in essere un conflitto di diritti e di interessi, per la risoluzione del quale si rendono necessarie le forme ordinarie della procedura civile e le garanzie di una discussione giudiziale»; Borsari, *Commentario del codice civile italiano*, I, Torino-Napoli, 1871, 861: «l'oggetto della questione è di tale gravità che non può essere discusso se non colla forma dei giudizi contenziosi. Nullameno l'indole amministrativa del provvedimento [...]».

[2] Il precedente a cui si deve il consolidamento di tale opzione interpretativa è costituito, come noto, da Cass. civ., S.U., 23 ottobre 1986, n. 6220, in *Foro it.*, 1987, I, 3278 ss.

A tal proposito la giurisprudenza ha prima ammesso il ricorso[3], poi lo ha negato[4]. Ed infine ha nuovamente ammesso la ricorribilità in cassazione di siffatti decreti dando l'avvio ad un nuovo orientamento ormai consolidatosi[5].

Al medesimo esito si è giunti con riguardo ai decreti camerale relativi all'affidamento dei figli minori nati da genitori non coniugati. Per lungo tempo tali provvedimenti sono stati equiparati, quanto al regime, a quelli *de potestate*, sicché si è ritenuto che fossero sempre modificabili anche sulla base di circostanze di fatto preesistenti e non fossero soggetti all'impugnazione prevista dall'art. 111, comma 7 Cost. Successivamente, tuttavia, ed in specie con la riforma della filiazione, la giurisprudenza ha mutato orientamento, dovendosi procedere ad una equiparazione dei diritti, anche processuali, dei figli minori a prescindere dalla sussistenza o meno del vincolo matrimoniale tra i genitori[6].

2. Le pronunce della Cassazione del 2016 sull'ammissibilità del ricorso straordinario nei procedimenti de potestate

Solo nel 2016 la prima sezione della Corte di Cassazione ha incrinato il pluriennale orientamento favorevole alla natura giurisdizionalvolontaria dei procedimenti *de potestate* sulla base dei seguenti argomenti[7]:

a) l'attività giurisdizionale svolta nei giudizi in questione non consiste in un mero controllo della responsabilità genitoriale

nell'interesse preminente del minore, poiché, ai sensi dell'art. 336 c.c., come novellato dalla l. n. 149/2001, il procedimento si svolge in presenza di parti processuali tra loro in conflitto e sia i genitori sia il minore debbono essere ascoltati, nonché assistiti da un difensore;

- b) il provvedimento conclusivo incide su diritti di natura personalissima, di primario rango costituzionale;
- c) se si ammette la ricorribilità dei decreti camerale riguardanti l'affidamento dei figli minori, *a fortiori* si deve ammettere la ricorribilità delle decisioni che non si limitano a regolare l'esercizio della responsabilità genitoriale, bensì incidono profondamente sulla titolarità della stessa;
- d) la riforma dell'art. 38 disp. att. c.c. ad opera della l. n. 219/2012 e del d.lgs. n. 154/2013, nel consentire che le misure limitative o ablative della responsabilità genitoriale possano essere assunte anche dal tribunale ordinario laddove penda un giudizio di separazione o divorzio, sollecita una piena parificazione del regime processuale delle decisioni assunte ai sensi degli artt. 330 ss. c.c. a quello proprio dei provvedimenti resi ai sensi degli artt. 337 *bis* ss. c.c.

Per questa via, si è, dunque, giunti all'esito di ritenere ricorribili in via straordinaria anche i provvedimenti *de potestate*, ritenuto idonei al giudicato *rebus sic stantibus* e come tali definitivi e decisorii ex art. 111, comma 7, Cost.

[3] Cfr. ad es. Cass. civ. 25 novembre 1976, n. 4441, in *Rep. Foro it.*, 1976, *Matrimonio*, n. 237; Cass. civ. 19 ottobre 1977, n. 4470, in *Rep. Foro it.*, 1977, *Matrimonio*, n. 314; Cass. civ. 29 aprile 1982, n. 2687, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1751; Cass. 26 febbraio 1983, n. 1474, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 673; Cass. civ. 1° luglio 1987, n. 5046, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2856; Cass. civ. 26 febbraio 1988, n. 2050; Cass. civ. 11 giugno 1991, n. 6621; Cass. civ. 10 ottobre 1991, n. 11042, in *Mass. giur. it.*, 1991; Cass. civ. 30 dicembre 2004, n. 24265, in *Fam. dir.*, 2005, 501 ss., con nota di Bianchi, *Affidamento dei figli, revisione della sentenza di separazione e ricorso straordinario*.

[4] Cfr. Cass. civ. 4 settembre 1997, n. 8495, in *Fam. dir.*, 1997, 514 ss., con nota adesiva di Vullo, *Sul ricorso straordinario in cassazione contro i provvedimenti di modifica delle condizioni di separazione*; Cass. civ. 22 maggio 1999, n. 4988, in *Giur. it.*, 2000, 711, con nota di Ferri, *Tutela del diritto alla revisione delle condizioni della separazione consensuale e rito camerale*; Cass. civ. 14 agosto 1998, n. 8046, in *Fam. dir.*, 1999, 132, con nota di Porcari, *Sul ricorso ex art. 111 Cost. contro i provvedimenti di modifica delle condizioni di separazione*; Cass. civ. 23 marzo 2002, n. 4499, in *Arch. civ.*, 2003, 81; Cass. civ. 28 giugno 2002, n. 9484, in *Arch. civ.*, 2003, 426; Cass. civ. 4 giugno 2004, n. 10632, in *Guida dir.*, 2004, 28, 60; Cass. civ. 8 luglio 2004, n. 12562; Cass. civ. 9 luglio 2004, n. 12691.

[5] Cfr. Cass. 30 dicembre 2004, n. 24265; Cass. civ. 4 febbraio 2005, n. 2348; Cass. civ. 18 agosto 2006, n. 18187, in *Fam. dir.*, 2007, 345 ss., con nota di Dogliotti, *Affidamento congiunto, affidamento condiviso: un primo intervento della Cassazione*; Cass. civ. 28 agosto 2006, n. 18627; Cass. civ. 17 giugno 2009, n. 14093, in *Nuova giur. civ.*, 2010, 80 ss., con nota di Puliti, *Separazione personale e procedura camerale di revisione delle condizioni della separazione*; Cass. civ. 17 maggio 2012, n. 7770, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 682, con nota di Bianchi, *Sulla ricorribilità in Cassazione del decreto della Corte d'appello di modifica delle condizioni di separazione dei coniugi*; Cass. civ. 8 maggio 2013, n. 10720, in *Fam. dir.*, 2014, 35, con nota di Lai, *La cassazione conferma: riformare in appello le sentenze di separazione dipende di regola dal riesame di circostanze già dedotte in primo grado*; Cass. civ. 30 luglio 2014, n. 17278; Cass. civ. 18 settembre 2014, n. 19694.

[6] Cfr. in particolare Cass. civ. 4 novembre 2009, n. 23411 e Cass. civ. 30 ottobre 2009, n. 23032, in *Fam. dir.*, 2010, 113 ss., con nota di Dosi, *Ricorribili per cassazione per violazione di legge i decreti della corte di appello nelle procedure ex art. 317 bis c.c.*; Cass. civ. 21 marzo 2011, n. 6319; Cass. 21 novembre 2013, n. 26122; Cass. civ. 30 luglio 2014, n. 17278; Cass. civ. 26 marzo 2015, n. 6132, *Foro it.*, 2015, I, 1542, con nota di Casaburi; Cass. civ. 3 aprile 2015, n. 6863, in motivazione; Cass. civ. 7 maggio 2015, n. 9203; Cass. civ. 7 febbraio 2017, n. 3192; Cass. civ. S.U., 30 marzo 2018, n. 8042.

[7] Cfr. Cass. 21 novembre 2016, n. 23633, in *Fam. dir.*, 2017, 225 ss., con nostra nota *Sulla natura decisoria dei provvedimenti in materia di abusi della responsabilità genitoriale: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione*; nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 563 ss., con nota di Nascosi, *Ricorribilità per cassazione dei provvedimenti «de potestate»*; in *Giur. it.*, 2017, 1343 ss., con nota di Turroni, «And she opened the door and went in»: *la Cassazione apre alle misure «de potestate»*; in precedenza, sebbene solo in motivazione, v. Cass. 29 gennaio 2016, nn. 1743 e 1746, in *Foro it.*, 2016, I, 814 ss., con nota di Casaburi; nonché in *Fam. dir.*, 2016, 1135 ss., con nota di Ravot, *Responsabilità genitoriale e provvedimenti de potestate*.

3. Le conferme più recenti a favore dell'idoneità al giudicato dei provvedimenti de potestate

Le recenti aperture hanno trovato successiva conferma in diverse pronunce della Cassazione.

Più in particolare, si è evidenziato, a completamento degli argomenti spesi dalle decisioni poc'anzi citate, che il tenore testuale delle disposizioni che disciplinano la modificabilità delle decisioni assunte in materia di affidamento e di decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale appare tutt'altro che univoco^[8].

Nel primo ambito, l'art. 337 *quinquies* c.c. consente la revisione dei provvedimenti pronunciati ai sensi dell'art. 337 *ter* ss. c.c. «in ogni tempo» e l'art. 710 c.p.c. consente «sempre» la modifica dei provvedimenti riguardanti la prole ed i coniugi. D'altro canto, l'art. 156, comma 7, c.c. richiede per i secondi la sopravvenienza di «giustificati motivi». Se, invece, si volge lo sguardo alla legge sul divorzio si nota che l'art. 9 pone i «giustificati motivi» a presupposto della revisione delle disposizioni che riguardano tanto i figli minori, quanto gli *ex* coniugi.

Nel secondo ambito, ovvero con riguardo ai procedimenti *de potestate*, l'art. 333, comma 2, c.c. dispone che le decisioni con cui si limita la responsabilità genitoriale sono revocabili «in qualsiasi momento», ma, di contro, l'art. 332 c.c. autorizza il giudice a reintegrare il genitore nella responsabilità genitoriale «quando, cessate le ragioni per le quali la decadenza è stata pronunciata, è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio».

Di fronte ad un dato normativo siffatto, dunque, la giurisprudenza ha correttamente ritenuto che l'unica opzione interpretativa plausibile consista nell'adottare una soluzione uniforme nei due diversi ambiti.

Muovendo da tale premessa, si è, dunque, osservato che «la revocabilità e modificabilità “a tutto campo” [...] rischia di tradursi [...] in una continua ed altalenante revisione dei provvedimenti stessi ad opera dello stesso giudice, in una materia nella quale l'esigenza di certezza e stabilità delle decisioni si pone, invece, in modo particolarmente intenso,

nell'interesse prioritario dei minori», sicché «un regime di revocabilità limitata - cui faccia seguito la possibilità di ottenere una pronuncia risolutiva della Corte Suprema, ai sensi dell'art. 111 Cost. - è decisamente più rispondente all'esigenza di certezza nei rapporti familiari»^[9].

In questa prospettiva si sono, dunque, orientate diverse pronunce della Suprema Corte^[10] e, da ultimo, come auspicato^[11], anche le Sezioni Unite, evidenziando che «l'emissione dei provvedimenti ablativi e limitativi della responsabilità genitoriale incide [...] su diritti di natura personalissima e di rango costituzionale» ed al contempo un'incondizionata modificabilità di tali provvedimenti «non pare al Collegio idonea a porre il soggetto che li subisca al riparo dagli effetti nefasti che possono *medio tempore* prodursi nell'ambito delle relazioni familiari, sicché [...] la tesi tradizionale che, ritenendoli non decisori e definitivi, esenta siffatti provvedimenti dall'immediato controllo garantistico di questa Corte comporta un *vulnus* al diritto di difesa e va, dunque, superata»^[12].

4. Rilievi conclusivi.

Alla luce della più recente giurisprudenza sembra, dunque, doversi ritenere oramai superata la concezione giurisdizionalvolontaria dei provvedimenti resi nell'interesse dei figli minori tanto ai sensi degli artt. 337 *ter* ss., quanto ai sensi degli artt. 330 ss. c.c.

Tali provvedimenti, infatti, determinano il contenuto della responsabilità genitoriale e, più analiticamente, dei diritti, dei poteri e dei doveri, che spettano ai genitori ed ai figli^[13]. Il loro grado di stabilità è, quindi, assimilabile a quello che è proprio di ogni provvedimento decisorio idoneo al giudicato *ex art.* 2909 c.c.

A tal riguardo non deve trarre in inganno la clausola *rebus sic stantibus* che sovente ricorre nelle decisioni giurisprudenziali.

La funzione di tale clausola, infatti, è rappresentata dal voler porre in evidenza che il provvedimento può essere rimesso in discussione sulla base di sopravvenienze. Regola generale, quest'ultima, che non implica una maggiore cedevolezza

[8] Così, Cass. civ. 25 luglio 2018, n. 19779, in *Corr. giur.*, 2018, 1586 ss., con nota di Danovi, *Provvedimenti relativi a minori e garanzia del ricorso in Cassazione: un fronte (giustamente) sempre più aperto*.

[9] Cass. civ. 25 luglio 2018, n. 19779, cit.

[10] Cfr. Cass. civ. 20 aprile 2018, n. 9841; Cass. civ. 14 marzo 2018, n. 6384; Cass. civ. 6 marzo 2018, n. 5256; Cass. civ. 7 giugno 2017, n. 14145; Cass. civ. 16 giugno 2018, n. 15238; in senso contrario, ma senza prendere posizione sul nuovo orientamento appena indicato, v. Cass. civ. 10 luglio 2018, n. 18149.

[11] Cfr. il nostro *Provvedimenti de potestate e ricorso straordinario: le Sezioni unite non risolvono tutti i dubbi*, in *Fam. dir.*, 2017, 864 ss.; nonché Tiscini, *Ricorso straordinario in cassazione, evoluzioni giurisprudenziali, certezze e incertezze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 860 s.

[12] Cass. civ., S.U., 13 dicembre 2018, n. 32359.

[13] Sul punto, sia consentito il rinvio al nostro *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709ter c.p.c.*, Torino, 2018, 42 ss.

za del giudicato in questo ambito, bensì rimarca che l'accertamento, nel riguardare rapporti giuridici di durata, è *naturaliter* esposto alle circostanze di fatto che si realizzano dopo il passaggio in giudicato del provvedimento o, più precisamente, dopo l'ultimo momento utile per poter allegare nel processo i fatti nuovi sopravvenuti^[14].

In definitiva, i decreti camerali resi all'esito dei giudizi di reclamo aventi ad oggetto l'affidamento dei figli minori, siano questi nati da genitori coniugati o non, o l'assunzione delle misure de potestate debbono ritenersi definitivi e de-

cisori e come tali ricorribili in via straordinaria in cassazione.

Al contempo, laddove i suddetti decreti passino in giudicato, la stabilità del provvedimento sarà assistita dall'ordinaria preclusione del dedotto e del deducibile, impendendo – così – una modifica dei medesimi sulla base di fatti o ragioni già sottoposte alla cognizione del giudice o sulla base di circostanze pur non allegare in precedenza, ma preesistenti alla pronuncia.

[14] Come autorevolmente chiarito, «quel che vi è di diverso in questi casi non è una minore rigidità della cosa giudicata, ma la natura del rapporto giuridico, che continua a vivere nel tempo con un contenuto od una misura determinati da elementi essenzialmente variabili»: così, Liebman, *Efficacia e autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*(1935), Milano, 1983, 19; nello stesso senso, v. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, 1328; Costa, *Le sentenze civili con la clausola rebus sic stantibus*, in *Studi senesi*, 1930, 167 ss.; Cristofolini, *Effetti della sentenza nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 1935, 323; Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, 106; Attardi, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1999, 507; Menchini, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, 242 ss.; Betti, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, 549; con specifico riferimento ai provvedimenti riguardanti i minori, v. Vullo, *Dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, I, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di Chiarloni, 2011, Bologna-Roma, 357 ss.

DESISTENZA E DOMANDA DI FALLIMENTO

Effetti della desistenza sulla domanda di fallimento (Considerazioni in margine a Cass. civ., sez. VI, 21 dicembre 2018, n. 33116 e Cass. civ., sez. I, 14 gennaio 2019, n. 618)

di Lucilla Galanti

del 29 gennaio 2019

Sommario

1. La desistenza nella giurisprudenza di legittimità
2. Anteriorità dell'atto di desistenza e tempo di deposito
3. Brevi cenni sulla rinuncia alla luce del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza

1. La desistenza nella giurisprudenza di legittimità

Due recenti pronunce di legittimità^[1] offrono lo spunto per alcune brevi considerazioni sugli effetti della desistenza dalla domanda di fallimento proposta dal creditore procedente. Con la prima, la S.C. è intervenuta rispetto ad un caso in cui la dichiarazione di desistenza del creditore istante, che recava una data anteriore alla pronuncia di fallimento, era stata prodotta nel

procedimento di reclamo: la Corte ha ritenuto sussistenti i requisiti necessari per la produzione degli effetti della rinuncia^[2]. Si è così ribadito il principio per il quale la dichiarazione di fallimento presuppone l'esistenza di una domanda attuale^[3], che deve permanere fino alla decisione, con la conseguenza di non potersi provvedere alla relativa declaratoria di fronte ad un atto di rinuncia pregresso alla pronuncia di merito^[4].

[1] Si tratta di Cass. civ., sez. VI, 21 dicembre 2018, n. 33116 in *Dir. e giust.*, 3 gennaio 2019, nonché di Cass. civ., sez. I, 14 gennaio 2019, n. 618 in *Dejure*.

[2] Cass. civ., sez. VI, 21 dicembre 2018, n. 33116, cit., nella specie, ha ritenuto «presenti tutti i requisiti occorrenti perché la rinuncia del creditore all'istanza di fallimento venga a produrre i suoi effetti, per l'appunto consistenti nel far venire meno la legittimazione del medesimo».

[3] Si afferma infatti che, «nel nuovo procedimento per la dichiarazione di fallimento, affinché il giudice possa pronunciarsi nel merito, è necessario che la domanda proposta dal soggetto a tanto legittimato sia mantenuta ferma, cioè non rinunciata, per tutta la durata del procedimento stesso, derivandone, quindi, che la desistenza del creditore istante, che sia intervenuta anteriormente alla pubblicazione della sentenza di fallimento, pur se depositata solo in sede di reclamo avverso quest'ultima, determina la carenza di legittimazione di quel creditore e la conseguente revoca della menzionata sentenza»: Cass. civ., sez. I, 28 giugno 2017, n. 16180, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Fallimento*, n. 254.

[4] Ciò vale, ovviamente, anche in caso di rinuncia alla domanda di autofallimento; quest'ultima, «al pari della domanda del creditore» «è nella disponibilità di chi lo ha presentato, potendo il debitore anche rinunziarvi», purché la rinuncia «intervenga prima che sia dichiarato il fallimento»: F. De Santis, *Prospettive teleologiche e problematiche processuali del giudizio di autofallimento*, in *Dir. fallim.*, 2017, 1017-1018. Un discorso analogo può farsi, con le dovute precisazioni, per il pubblico ministero. Si afferma infatti la possibilità che, «in forza delle difese del debitore e delle risultanze istruttorie assunte ad istanza delle parti o d'ufficio il quadro di riferimento si riveli differente da quanto il P.m. aveva ritenuto con la richiesta di fallimento; ed è possibile che anche il P.m. riveda le sue posizioni, convincendosi che il debitore non deve essere dichiarato fallito»; trattandosi in questo caso «di capire se il P.m. dovrà rinunciare alla richiesta di fallimento, e se a questo consegue la chiusura della procedura senza che il tribunale possa più pronunciare sul merito della proposta; o se invece il P.m. non potrà ritirare la richiesta ma limitarsi a chiedere al tribunale di pronunciare il rigetto della richiesta di fallimento, con la conseguenza che il tribunale si troverà comunque investito della questione, e, dovendo decidere nel merito, ben potrà se ne ritenga esistenti i presupposti soggettivi ed oggettivi dichiarare il fallimento del debitore»: F. Santanelli, *P.M. e fallimento*, ivi, 2017, 20.

Perché possa verificarsi l'estinzione del processo^[5], la desistenza deve essere antecedente rispetto alla dichiarazione di fallimento: seppure talvolta la giurisprudenza di merito ritenga che la rinuncia sia valida ed efficace anche se intervenuta successivamente alla sentenza^[6], la giurisprudenza di legittimità è costante nel senso contrario^[7]. Si afferma infatti che la rinuncia successiva alla dichiarazione di fallimento^[8] non sia idonea ad esplicare alcuna rilevanza preclusiva del potere decisionale già esercitato dal giudice^[9].

Per la pronuncia annotata, però, è sufficiente l'anteriorità della rinuncia in sé considerata e non anche della sua acquisizione al giudizio; infatti, se pregresso, l'atto di desistenza è considerato idoneo ad escludere la declaratoria di fallimento seppure depositato solo in fase di reclamo. A tale conclusione la giurisprudenza di legittimità era già pervenuta valorizzando il principio pienamente devolutivo del giudizio di reclamo, che consente di valorizzare per la prima volta anche circostanze non dedotte nella fase prefallimentare, purché pregresse^[10].

2. Anteriorità dell'atto di desistenza e tempo di deposito.

Il principio per il quale l'atto di desistenza può essere prodotto per la prima volta anche in fase di reclamo non sembrerebbe altrettanto scontato per la seconda pronuncia in commento. Nel caso di specie, i creditori istanti avevano desistito dalle loro domande prima della dichiarazione di fallimento, depositando il relativo atto in sede di reclamo, e «avevano pure perso la legittimazione iniziale, dato che i loro crediti erano stati estinti per pagamento in epoca antecedente alla pronuncia della statuizione impugnata»; in tali circostanze, la Corte ha ritenuto che il «motivo – volto da una parte a rappresentare la valenza della desistenza intervenuta prima della dichiarazione di fallimento ma depositata soltanto con il reclamo, dall'altra a contestare il persistere della legittimazione dei creditori istanti – impone di valutare gli effetti provocati da una desistenza correlata al pagamento del creditore istante e avvenuta prima della sentenza di fallimento e quelli conseguenti invece a una desistenza, pur antecedente

[5] Si mette in rilievo che «[n]el sistema attuale che si regge sulla iniziativa di parte, se viene meno questa, il tribunale, in conformità a quanto accade nel processo di cognizione, deve qualificare l'abdicazione del richiedente come una rinuncia agli atti e quindi deve emettere un provvedimento di estinzione del processo (art. 306 c.p.c.)»: v. M. Fabiani, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 786.

[6] In tal senso, v. C. App. Salerno, 30 gennaio 2016, n. 71, in *Dir. fallim.*, 2016, 1560, che ha ritenuto come la desistenza dell'unico creditore istante, sia pure intervenuta nella fase del reclamo, importi la revoca della dichiarazione di fallimento.

[7] In una fattispecie in cui l'atto di desistenza era successivo alla pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento, Cass. civ., sez. VI, 5 maggio 2016, n. 8980, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Fallimento*, n. 298 ha ribadito il principio per il quale è necessario che la desistenza dell'unico creditore istante intervenga anteriormente alla pubblicazione della sentenza di fallimento. Infatti, «[i]l principio della esistenza della domanda di fallimento di almeno un creditore, come condizione per la pronuncia della dichiarazione di fallimento» rende «irrelevante e priva di effetti una istanza di desistenza successiva alla dichiarazione di fallimento che attiva un procedimento governato dall'interesse pubblicistico all'equa e più efficiente soddisfazione del ceto creditorio»: Cass. civ., sez. VI, 3 agosto 2016, n. 16278, in *Dir. fallim.*, 2016, 1559. La rinuncia all'azione o desistenza del creditore istante intervenuta dopo la dichiarazione di fallimento «è irrilevante» per Cass. civ., sez. I, 28 giugno 2017, n. 16180, cit.; «non è idonea a determinare l'accoglimento del reclamo e, conseguentemente, la revoca della sentenza di fallimento» per Cass. civ., sez. VI, 13 settembre 2017, n. 21276, in *Dejure*; «non produce effetto» per Cass. civ., sez. VI, 20 giugno 2018, n. 16190, ivi, ove si sottolinea come «nel giudizio di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento hanno rilievo esclusivamente i fatti esistenti al momento della sua decisione, e non quelli sopravvenuti, perché la pronuncia di revoca del fallimento, cui il reclamo tende, presuppone l'acquisizione della prova che non sussistevano i presupposti per l'apertura della procedura alla stregua della situazione di fatto esistente al momento in cui essa venne aperta»; allo stesso modo, la desistenza successiva è irrilevante per Cass. civ., sez. VI, 27 ottobre 2017, n. 25688, ivi, che ha affermato l'inammissibilità del ricorso «ai sensi dell'art. 360-bis c.p.c., n. 1» a fronte di desistenza avvenuta «in data successiva alla dichiarazione di fallimento»; nello stesso senso dell'inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 360-bis n. 1 c.p.c., v. pure Cass. civ., sez. I, 19 dicembre 2018, n. 32850, ivi; vi è infatti un «orientamento costante, secondo il quale la desistenza o rinuncia dell'unico creditore istante rilasciata in data successiva alla dichiarazione di fallimento non è idonea a determinare l'accoglimento del reclamo»: v. Cass. civ., sez. I, 23 novembre 2018, n. 30515, ivi.

[8] Seppure per un lasso di tempo minimo: in tal senso, v. Cass. civ., sez. VI, 14 febbraio 2018, n. 3505, in *Dejure* ove si mette in rilievo come, nel caso di specie, «dovendosi far risalire i relativi effetti alle ore 00:00 della data di pubblicazione, la pronuncia di fallimento doveva essere [...] considerata anteriore al deposito dell'atto di desistenza, necessariamente avvenuto ad un'ora successiva a quella di apertura degli uffici di cancelleria».

[9] Infatti, «si ritiene che il ritiro del ricorso impedisca al tribunale fallimentare correttamente adito di procedere comunque *ex officio* fino al giudizio finale»: F. Santangeli, *P.M. e fallimento*, cit., 12. In particolare, «per assumere qualche rilevanza in sede di reclamo, la desistenza dell'unico creditore istante deve essere resa in data (certa) antecedente alla sentenza dichiarativa», «presumibilmente, tra la data di chiusura dell'istruttoria prefallimentare e quella del deposito e pubblicazione della sentenza»: v. G. Fauceglia, *Brevi osservazioni sulla desistenza dell'unico creditore istante in sede di reclamo avverso la sentenza di fallimento*, in *Dir. fallim.*, 2016, 1567.

[10] Nel senso che l'atto di desistenza anteriore alla sentenza di fallimento, benché prodotto in fase di reclamo, possa considerarsi in tale giudizio, «caratterizzato da effetto devolutivo pieno, per il quale non si applicano i limiti dell'appello, di cui agli artt. 342 e 345 c.p.c.»: v. Cass. civ., sez. I, 19 settembre 2013, n. 21478, in *Fallimento*, 2014, 423.

all'accertamento dell'insolvenza, non accompagnata da alcuna estinzione del debito e rappresentata solo al giudice del reclamo», rimettendo la decisione alla pubblica udienza^[11]. In effetti, la dottrina non si è mostrata pienamente concorde con l'orientamento di legittimità di cui si è dato conto. Da un lato, si è prospettato un dubbio circa la natura processuale della rinuncia^[12] e rispetto al termine per produrre la documentazione da cui risulti; in tal senso, si è ritenuto che un eventuale atto di desistenza possa esplicare efficacia preclusiva soltanto attraverso il tempestivo deposito nell'ambito del procedimento per la dichiarazione di fallimento, precedentemente alla decisione^[13]. Dall'altro, non è mancata una ricostruzione per la quale la rinuncia potrebbe avere un'efficacia ostativa alla pronuncia di fallimento soltanto quando, insieme al venir meno dell'iniziativa processuale, determini altresì un'estinzione del debito; ciò in misura tale da in-

fluire sulle soglie dimensionali di indebitamento complessivo, riflettendosi nell'inesistenza stessa dei presupposti di fallibilità^[14].

3. Brevi cenni sulla rinuncia alla luce del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, approvato lo scorso 10 gennaio^[15], prevede una specifica disciplina per la rinuncia, che riguarda la domanda proposta ai sensi dell'art. 40 per l'accesso alla procedura^[16]; il nuovo codice prevede infatti un procedimento unico per l'accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, al cui interno sono destinate a confluire le diverse iniziative volte alla regolazione concordata o alla liquidazione giudiziale^[17].

Ai sensi dell'art. 43, in caso di rinuncia alla domanda di ac-

[11] Cass. civ., sez. I, 14 gennaio 2019, n. 618, cit.

[12] In tal senso, l'istituto dell'estinzione del processo per rinuncia agli atti sarebbe incompatibile con la disciplina fallimentare, e ciò in quanto, da un lato, il creditore sarebbe «privo del potere di rinunciare agli atti, perché egli non chiede, con l'istanza di fallimento, l'accertamento del proprio diritto di credito [...]». Nel contempo non vi è soggetto che possa accettare tale ipotetica rinuncia agli atti, considerato che la sentenza dichiarativa di fallimento produce effetti nei confronti di un numero indeterminato (e indeterminabile *a priori*) di soggetti»: E. Marinucci, *Desistenza del creditore istante in sede di istruttoria prefallimentare e richiesta di fallimento da parte del pubblico ministero su segnalazione del tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1181. Analogamente, si è ritenuta «incerta» la «riconducibilità della rinuncia all'istanza di fallimento alle regole formali e sostanziali di cui all'art. 306 c.p.c.»: M. Farina, *Brevi note sulla rinuncia all'istanza di fallimento*, in *Fallimento*, 2014, 429.

[13] Si è messo infatti in rilievo come «la mancata rituale "acquisizione", nel corso del processo di primo grado» dell'atto di rinuncia impedirebbe di ritenere «*perfezionata* alcuna fattispecie *processualmente rilevante* in grado di sottrarre al giudice la possibilità di esercitare *validamente* il proprio dovere decisorio di "merito"»: M. Farina, *Brevi note*, cit., 428; in tal senso, si è specificato come la rinuncia «in tanto possa essere considerata (processualmente) *rilevante* ai fini di una eventuale *invalidità* della sentenza di merito comunque resa, in quanto l'atto di rinuncia medesimo abbia effettivamente avuto modo di *privare* il giudice del proprio dovere di decidere il *merito* della lite», presupponendo una «(tempestiva) iniziativa destinata a far acquisire rilevanza all'atto "stragiudiziale" di rinuncia».

[14] Si mette infatti in rilievo come, una volta che sia stato dato «l'atto di impulso, al tribunale è pure dato, con esso, tutto quanto necessario e sufficiente per «l'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento», quindi viene subito costituito il relativo dovere di pronunciare o - simmetricamente - negare tale dichiarazione», senza che possano acquistare importanza «eventi successivi alla proposizione del ricorso e pertinenti alla (eventuale in-)attualità del corrispondente interesse del suo autore», né che, a seguito della desistenza, possa pronunciarsi nel senso dell'estinzione o dell'improcedibilità: F. Auletta, *L'«iniziativa per la dichiarazione di fallimento» (specie del «creditore sedicente o non legittimato o rinunciante»)*, in *Fallimento*, 2010, 130 e 132. Come mette altresì in rilievo l'A., la «desistenza del creditore dev'essere ordinariamente apprezzata per la sua capacità di incidere sullo stato di decozione (*recte*: la sua manifestazione e il suo limite quantitativo di rilevanza *ex art. 15* ultimo comma), la cui attualità al tempo della sentenza di fallimento non è discutibile siccome sentenza costitutiva (di status) a carattere necessario». Nel senso che «la desistenza, di per sé, non impone al tribunale di chiudere il procedimento», v. anche E. Marinucci, *Desistenza*, cit., 1180 e 1182.

[15] Come si legge nel Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri del 10 gennaio 2019, n. 37, in <http://www.governo.it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-37/10687>, in tale data è stato approvato «in esame definitivo, un decreto legislativo che, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, introduce il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza». Il testo, nell'ultima versione licenziata, è reperibile in *Il fallimentarista*.

[16] L'art. 43, rubricato «Rinuncia alla domanda», prevede che «[i]n caso di rinuncia alla domanda di cui all'articolo 40 il procedimento si estingue. È fatta salva la legittimazione del pubblico ministero intervenuto» (comma 1); «[s]ull'estinzione il tribunale provvede con decreto e, nel dichiarare l'estinzione, può condannare la parte che vi ha dato causa alle spese. Il decreto è comunicato al pubblico ministero» (comma 2); «[q]uando la domanda è stata iscritta nel registro delle imprese, il cancelliere comunica immediatamente il decreto di estinzione al medesimo registro per la sua iscrizione da effettuarsi entro il giorno successivo» (comma 3).

[17] Tra i principi processuali, all'art. 7 vi è quello di trattazione unitaria delle domande di regolazione della crisi o dell'insolvenza, in via d'urgenza e in un unico procedimento, anche tramite riunione delle domande sopravvenute. Il codice disciplina infatti un procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, con «una *reductio ad unum* della fase iniziale delle varie procedure esistenti, attraverso la creazione di un contenitore processuale

cesso alla procedura, il procedimento si estingue, con salvezza, però, della legittimazione del pubblico ministero intervenuto; sull'estinzione il tribunale provvede con decreto (che può anche contenere condanna alle spese della parte che vi ha dato causa) comunicato al pubblico ministero. Su tali basi, appaiono anche normativamente dissolti gli eventuali dubbi – se mai ancora ve ne fossero – relativi alla possibilità di pervenire all'apertura (non più del fallimento, bensì) della liquidazione giudiziale su iniziativa del pubblico ministero al quale venga segnalata l'insolvenza anche a fronte di una pregressa rinuncia alla domanda di accesso alla procedura^[18].

In questa direzione, d'altra parte, si erano già poste le Sezioni Unite, precisando che alla dichiarazione di fallimento si può pervenire su istanza del pubblico ministero, a fronte della segnalazione di insolvenza da parte del tribunale che ne ravvisi gli estremi, quand'anche la rinuncia alla domanda da parte dei creditori abbia determinato la chiusura della fase prefallimentare senza decisione sul merito^[19].

uniforme di tutte le iniziative fondate sulla prospettazione - e miranti alla regolazione - della crisi e dell'insolvenza del debitore»: I. Pagni, *Profili processuali*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di A. Jorio - B. Sassani, 2016, 363; cfr. Id., *I modelli processuali nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Caso*, 2016, 3.

[18] Ai sensi dell'art. 38, infatti, il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza (comma 1) e l'autorità giudiziaria che rileva l'insolvenza nel corso di un procedimento lo segnala al pubblico ministero (comma 2); senza, dunque, più contenere alcun tipo di delimitazione al tipo di procedimento.

[19] Le Sezioni Unite (Cass. civ., sez. un., 18 aprile 2013, n. 9409, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1170 ss.), intervenute a valutare la «questione concernente la legittimità di una dichiarazione di fallimento intervenuta a seguito di istanza del P.M., sollecitata a valutare l'eventuale sussistenza di uno stato di insolvenza dell'imprenditore da parte del tribunale, all'esito del procedimento per la dichiarazione di fallimento dello stesso imprenditore, definitosi con decisione liberatoria per il debitore a seguito di desistenza del creditore istante», hanno statuito come la formulazione generale dell'art. 6 l. fall., che riconduce il potere di iniziativa del P.M. alla segnalazione «senza la previsione di eccezioni e limiti di sorta, non consente [...] di escludere dalla relativa previsione le eventuali segnalazioni effettuate nell'ambito di procedure fallimentari». Su tali basi si è affermato che, tra i procedimenti civili dai quali può emergere lo stato di insolvenza, sia da annoverare anche quello prefallimentare, rispetto al quale può esserci una richiesta di fallimento del P.M. in conseguenza della segnalazione di insolvenza pure nei casi di rinuncia al ricorso per la dichiarazione di fallimento dei creditori istanti. In tal senso, la soppressione della dichiarazione di fallimento d'ufficio risulterebbe «bilanciata dall'affidamento al pubblico ministero del potere di dar corso all'istanza di fallimento su segnalazione [...] anche nei casi di rinuncia (c.d. desistenza) al ricorso per dichiarazione di fallimento da parte dei creditori istanti»: F. Cordopatri, *Osservazioni sull'art. 15 della legge fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 303 ss., in part. nota 95. Sul punto v. anche F. Rolfi, *L'insolvenza non è "una questione privata": le Sezioni Unite e la segnalazione di insolvenza al P.M. da parte del tribunale fallimentare*, in *Corr. giur.*, 2014, 80. Analoghi principi valgono anche in caso di autofallimento: infatti, «[r]esta ferma, in caso di rinuncia alla domanda di autofallimento, il potere-dovere del tribunale di trasmettere, se ne ritiene gli estremi, la segnalazione dell'insolvenza al pubblico ministero»: F. De Santis, *Prospettive*, cit., 1017.

LIQUIDATORI E FONDAZIONI

La natura volontaria del procedimento di nomina e di sorveglianza sull'attività compiuta dai liquidatori delle fondazioni: una rassegna giurisprudenziale dei principali provvedimenti di nomina e revoca

di Caterina Pasini

del 30 gennaio 2019

I provvedimenti emessi dal Presidente del tribunale, in forza degli artt. 11 e 12 disp. att. c.c., nell'espletamento della sua funzione di nomina e di sorveglianza sull'attività compiuta dai liquidatori delle fondazioni, nonché delle associazioni private riconosciute e, per analogia, anche non riconosciute, costituiscono misure di volontaria giurisdizione, prive di decisorietà e definitività, essendo il liquidatore revocabile o sostituibile in ogni tempo, anche d'ufficio, e fondandosi esse su un'indagine sommaria e «incidenter tantum», con la conseguenza che avverso tali provvedimenti non è ammessa impugnazione straordinaria per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost.

Riferimenti

Cassazione Civile sez. I, 19.7.2018, n. 19309

Il Presidente del Tribunale di Gorizia nominava tre commissari liquidatori della Fondazione Ospizio Marino di Grado, già dichiarata estinta dall'organo competente della Regione Friuli Venezia Giulia, in persona di C.D., F.P. e T.C., revocati e sostituiti con provvedimento del 28 aprile 2014 da un commissario liquidatore nella persona di G.E.

Avverso tale decreto i tre commissari liquidatori, dolendosi della revoca, proponevano ricorso straordinario per cassazione, notificato alla Fondazione.

Secondo l'art. 11 disp. att. c.c. quando, come in questo caso, la fondazione è sciolta, il presidente del tribunale, su istanza degli amministratori, dei soci, dei creditori, del pubblico ministero o anche di ufficio, nomina uno o più commissari liquidatori, salvo che l'atto costitutivo o lo statuto non preveda una diversa forma di nomina e a questa si proceda entro un mese dal provvedimento. I commissari liquidatori hanno la funzione, ai sensi dell'art. 30 c.c., di procedere alla liqui-

dazione del patrimonio secondo le norme del codice civile. Il successivo art. 12 disp. att. c.c. prevede che i liquidatori esercitano la loro funzione sotto la diretta sorveglianza del presidente del tribunale e si considerano ad ogni effetto di legge pubblici ufficiali. Possono essere revocati e sostituiti in ogni tempo anche d'ufficio dallo stesso presidente con provvedimento non soggetto a reclamo.

Ebbene i provvedimenti del Presidente del Tribunale, sia quelli di nomina o sostituzione dei commissari liquidatori emessi ai sensi dell'art. 11 disp. att. c.c. che quelli adottati nell'esercizio del suo potere di sorveglianza diretta ai sensi dell'art. 12 disp. att. c.c. non sono impugnabili con ricorso straordinario in Cassazione ex art. 111 Cost.

La nomina dei liquidatori infatti è sempre revocabile o sostituibile, anche d'ufficio, e difetta dunque il requisito della definitività del provvedimento. Inoltre, si tratta di provvedimenti presi sulla base di una attività istruttoria incidentale, ai soli fini della nomina stessa, e del tutto sommaria, circostanza che non li rende in alcun modo decisori.

Tali provvedimenti di gestione sono ricompresi nel campo della giurisdizione volontaria, esente da profili contenziosi, poiché il giudice non ha l'obbligo di realizzare o tutelare un diritto soggettivo a definizione di un conflitto tra parti contrapposte in ottica conflittuale ma è chiamato a esercitare il potere di nomina (o revoca) previsto dalla legge o a esercitare il suo potere di sorveglianza.

L'interesse che il giudice tutela con il proprio intervento è, nel caso di specie, quello alla corretta liquidazione del patrimonio e la sua pronuncia è contraddistinta da una stima discrezionale, di opportunità, avente come *focus* la protezione di tale interesse.

La pronuncia si aggiunge alla lunga serie di provvedimenti di nomina e/o revoca dichiarati non impugnabili con ricorso straordinario in Cassazione ex art. 111 Cost. in quanto rientranti nell'ambito della giurisdizione volontaria.

Così, non è ricorribile: *a)* il decreto di nomina giudiziale di amministratore condominiale a norma dell'art. 1129, comma 1, c.c., sul presupposto che il condominio ne sia sprovvisto[1]; *b)* il decreto che decide sul reclamo avverso il provvedimento ex art. 1129, comma 3, c.c. di revoca dell'ammini-

stratore di condominio, poiché pur incidendo sul rapporto di mandato tra condomini e amministratore, il provvedimento non ha carattere decisorio, non precludendo la richiesta di tutela giurisdizionale piena in un ordinario giudizio contenzioso, del diritto su cui il provvedimento incide[2]; *c)* il decreto di nomina del sequestratario dell'immobile[3]; *d)* il decreto di nomina di un amministratore della cosa comune[4]; *e)* il decreto di nomina del curatore speciale ex art. 78 c.p.c.[5] (diversamente per la revoca del curatore speciale di minore

[1] Cass. civ., 11.10.2018, n. 25336, in *D&G*, 2018, 12 ottobre (nota Morello) per cui il provvedimento con il quale il giudice della volontaria giurisdizione si astenga, correttamente, dal regolare le spese di procedimenti sottoposti alla sua attenzione (nomina giudiziale di un amministratore condominiale) non è impugnabile con ricorso straordinario, ex art. 111 Cost. Sullo stesso tema Cass. civ., 06.05.2005, n. 9516, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5 per cui è inammissibile, anche quando vengano denunciati vizi in procedendo, il ricorso straordinario avverso il provvedimento con cui la corte d'appello decide sul reclamo contro il decreto di nomina di un amministratore giudiziario del condominio ai sensi dell'art. 1129, c. 1, c.c., attesa la carenza di attitudine al giudicato di quest'ultimo, che non viene meno in ragione della dedotta violazione di norme strumentali preordinate alla sua emissione (quali, nella specie, la mancata convocazione ed audizione dell'amministratore revocato; la declaratoria della soccombenza virtuale senza la verifica dei documenti prodotti; la condanna al pagamento delle spese in un procedimento di volontaria giurisdizione). Il ricorso è invece ammissibile avverso la statuizione relativa alla condanna al pagamento delle spese del procedimento, concernendo posizioni giuridiche soggettive di debito e credito discendenti da un rapporto obbligatorio autonomo rispetto a quello in esito al cui esame è stata adottata, e pertanto dotata dei connotati della decisione giurisdizionale con attitudine al giudicato, indipendentemente dalle caratteristiche del provvedimento cui accede. Il principio della inammissibilità del ricorso si ritrova in Cassazione civile, SS.UU., 29.10.2004, n. 20957 in *D&G*, 2005, 2, 12 (nota di Sangiorgio). Più risalente Cass. civ., sez. II, 13.11.1996, n. 9942, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1517 per cui tale nomina costituisce attività di carattere non giurisdizionale ma amministrativo, non essendo diretta a risolvere un conflitto di interessi ma solo ad assicurare al condominio l'esistenza dell'organo necessario per l'espletamento delle incombenze ad esso demandate dalla legge. Esso non è soggetto a reclamo innanzi alla Corte d'appello, mancando una previsione normativa in tal senso (a differenza del provvedimento di revoca dell'amministratore adottato ai sensi del comma 3 del cit. art. 1129 nonché del comma ultimo dell'art. 1131, per il quale il reclamo è previsto dall'art. 64 disp. att. c.c.) con conseguente inammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., avverso il provvedimento della Corte d'appello che abbia dichiarato inammissibile il reclamo contro lo stesso proposto.

[2] Cass. civ., 30.03.2001, n. 4706 in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 632; conf. Cass. civ., 21.02.2001, n. 2517, in *Foro it.*, 2001, I, 1500; Cass. civ., 15.05.2000, n. 6249, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1024; Cass. civ., 23.08.1999, n. 8837 in *Foro it.*, 2000, I, 1673; Cass. civ., 10.05.1997, n. 4090, in *Foro it.*, 1997, I, 2497. In particolare Cass. civ., 04.07.2011, n. 14562, in *Giust. civ.*, 2013, 3-4, I, 772 che specifica come sia invece ammissibile il ricorso per la sola parte del provvedimento che concerne il regolamento delle spese di lite che invece incide su diritti soggettivi. Secondo Cass. civ., 11.04.2002, n. 5194, in *Giur. it.*, 2003, 236, tale impugnazione sul capo relativo alle spese non sarà immediatamente possibile qualora contro il capo attinente al merito sia stato proposto reclamo.

[3] Cass. civ., 04.09.2017, n. 20745 in *Giust. civ. mass.*, 2018. In tema di obbligo alla riconsegna di un immobile (nella specie a seguito di cessazione di un rapporto locativo), il decreto del Presidente della Corte di appello che decide sul reclamo proposto, ex art. 79, comma 2, disp. att. c.c., avverso la nomina del sequestratario effettuata ai sensi dell'art. 1216 comma 2 c.c., non è impugnabile col ricorso straordinario ex art. 111, comma 7, Cost., trattandosi di provvedimento che non è idoneo ad incidere su posizioni di diritto soggettivo ed è quindi privo dei caratteri della decisorietà e definitività in senso sostanziale, e ciò sia se lo si riconduca nell'alveo della giurisdizione volontaria, sia se lo si ponga in relazione con la misura cautelare di cui all'art. 687 c.p.c.

[4] Cass. civ., 22.06.2017, n. 15548 in *Giust. civ. mass.*, 2017 per cui il provvedimento con cui l'autorità giudiziaria nomina, ex art. 1105, comma 4, c.c., un amministratore della cosa comune, al fine di supplire all'inerzia dei partecipanti alla comunione, ha natura di atto di giurisdizione volontaria, perciò privo di carattere decisorio o definitivo, in quanto revocabile e reclamabile ai sensi degli artt. 739, 742 e 742-bis c.p.c. e, conseguentemente, non ricorribile per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., salvo che il provvedimento, travalicando i limiti previsti per la sua emanazione, abbia risolto in sede di volontaria giurisdizione una controversia su diritti soggettivi. (Nella specie, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso con il quale si lamentava l'irregolare costituzione del contraddittorio nel giudizio di reclamo innanzi alla corte di appello, in virtù delle concrete modalità di notifica dell'atto introduttivo di detta fase processuale); conf. Cass. civ., 18.03.1997, n. 2399, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 414 con riferimento al decreto con il quale la Corte d'appello dichiarava inammissibile il reclamo avverso il provvedimento del tribunale di nomina di un amministratore della comunione ereditaria.

[5] Cass. civ., 04.11.2015, n. 22566, in *Giust. civ. mass.*, 2015 per cui è inammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. contro il decreto di nomina di curatore speciale ex art. 78 c.p.c., perché tale provvedimento non attribuisce o nega un bene della vita, ma assicura la rappresentanza processuale all'incapace che ne sia privo o al rappresentato che sia in conflitto d'interessi con il rappresentante, ha una funzione strumentale al singolo processo, destinata ad esaurirsi nell'ambito del processo medesimo, ed è sempre revocabile o modificabile ad opera del giudice che l'ha pronunciato, anche d'ufficio in primo grado e, successivamente, su gravame di parte, ad opera dei giudici di merito e di legittimità. (Nella specie, era stato nominato un curatore speciale alla società costituita in giudizio in persona del suo amministratore unico, a sua volta convenuto da un socio per danni procurati anche alla medesima società).

infraquattodicenne)[6]; *f*) il decreto di nomina di un tutore e di affidatari provvisori in ambito di adozione[7]; *g*) il decreto di nomina dell'esperto per la valutazione delle azioni del socio receduto, ai sensi dell'art. 2437 ter cod. civ. e dell'art. 29 del d.lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003[8]; *h*) il decreto di revoca dei sindaci, ai sensi dell'art. 2400, comma 2, c.c., dove si specifica che la deliberazione di revoca è il presupposto di un'eventuale impugnazione in sede contenziosa, con la conseguenza che il decreto con il quale la corte d'appello abbia respinto il reclamo avverso il provvedimento del tribunale emesso ex art. 2400 c.c., operando solo sul piano processuale, non ha natura di pronuncia irrevocabile sul diritto soggettivo del sindaco all'esercizio delle sue funzioni e non può, pertanto, essere impugnato con ricorso ai sensi dell'art. 111 cost.[9]; *i*) il decreto in tema di rimozione e sostituzione

ad opera del giudice tutelare di un amministratore di sostegno[10]; *l*) l'ordinanza con cui il giudice istruttore, dando atto della non contestazione del diritto allo scioglimento della comunione, delega un notaio per la direzione delle relative operazioni e nomina il consulente tecnico d'ufficio[11]; *m*) i provvedimenti resi sulla denuncia di irregolarità nella gestione di una società ex art. 2409 c.c., ancorché comportino la nomina di un ispettore o di un amministratore con la revoca di quello prescelto dall'assemblea, ovvero decidano questioni inerenti alla regolarità del relativo procedimento[12]; *n*) il provvedimento del presidente della corte d'appello, reso su reclamo avverso il decreto di nomina del presidente del tribunale ai sensi dell'art. 82 disp. att. c.c. in tema di nomina del terzo arbitratore, nei casi previsti dal c. 2 dell'art. 1473 c.c.[13]; *o*) l'ordinanza con cui il presidente del tribunale de-

[6] Vedi anche Cass. civ., 06.04.1995, n. 4035 in *Giust. civ. 1995*, I, 2402 il decreto con il quale la Corte d'appello revocò il provvedimento del tribunale di nomina del curatore speciale al minore infrasedicenne - al fine del promovimento dell'azione di disconoscimento della paternità ex art. 244, u. c. c.c. - incidendo in maniera immediata e diretta sullo *status* del minore, e quindi su un suo diritto soggettivo fondamentale, è impugnabile con ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 cost., ancorché privo del carattere della definitività.

[7] Cass. civ., 06.11.1999, n. 12360 in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 2203 per cui i provvedimenti temporanei nell'interesse del minore, di cui all'art. 10, comma 2, l. 4 maggio 1983 n. 184, adottati nel corso del processo di adozione e fino all'affidamento preadottivo, anche quando dispongono la sospensione dei genitori dalla potestà integrano atti di volontaria giurisdizione (in quanto non risolvono controversie su diritti soggettivi con statuizioni idonee ad acquistare autorità di giudicato, ma assolvono ad una funzione meramente cautelare e provvisoria), sono privi di carattere decisorio, sono modificabili e revocabili nel corso del processo e sono, infine, destinati a perdere efficacia con la conclusione di detto processo. Ne consegue l'inammissibilità del ricorso per cassazione presentato avverso detti provvedimenti, ex art. 111 cost., quantunque emanati in sede di reclamo dalla Corte d'appello.

[8] Cass. civ., 19.02.2014, n. 3883 in *Giust. civ. Mass.*, 2014 essendo tale decreto un atto di volontaria giurisdizione privo dei caratteri della decisorietà e della definitività, da un lato perché la stima operata dall'esperto non ha valore decisorio fra le parti ed è sindacabile dal giudice ove sia manifestamente erronea od iniqua (art. 1349 c.c., richiamato dall'art. 2437, 6 c., c.c.), dall'altro perché il decreto può essere revocato o modificato in presenza di nuove circostanze, ai sensi dell'art. 26 del d.lgs. citato; né la conclusione muta ove il ricorrente contesti il diritto stesso della controparte ad ottenerne l'emissione, atteso che la pronuncia del merito sul punto ha la medesima natura dell'atto giurisdizionale cui il processo è preordinato, e non può dunque avere autonoma valenza di provvedimento decisorio e definitivo.

[9] Cass. civ., 04.09.2012, n. 14778 *Giust. civ. Mass.*, 2012, 9, 1085 per cui il provvedimento di approvazione della delibera di revoca è atto di volontaria giurisdizione, costituente la fase necessaria e terminale di una vera e propria sequenza procedimentale preordinata alla produzione dell'effetto della revoca.

[10] Cass. civ., 10.05.2011, n. 10187, in *Foro it.*, 2011, 10, I, 2731 per cui tali provvedimenti hanno carattere meramente ordinatorio ed amministrativo e dovendo riferirsi tale norma soltanto ai decreti, quali quelli che dispongono l'apertura o la chiusura dell'amministrazione, di contenuto corrispondente alle sentenze pronunciate in materia di interdizione ed inabilitazione, a norma dei precedenti art. 712 ss., espressamente richiamati dal comma 1 dell'art. 720 bis.

[11] Cass. civ., 19.11.2008, n. 27523, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 11, 1650, poiché si tratta di provvedimento ordinatorio e non decisorio.

[12] Cass. civ., 17.05.2005, n. 10349, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 5, poiché sono privi di decisorietà in quanto, nell'ambito di attribuzioni di volontaria giurisdizione rivolte alla tutela di interessi anche generali ed esercitate senza un vero e proprio contraddittorio, si risolvono in misure cautelari e provvisorie, e, pur coinvolgendo diritti soggettivi, non statuiscano su di essi a definizione di un conflitto tra parti contrapposte, né hanno attitudine ad acquistare autorità di giudicato sostanziale. L'inammissibilità non incontra deroga neppure nel caso in cui la corte d'appello abbia, in sede di reclamo, risolto in senso positivo o negativo questioni inerenti alla regolarità o all'ammissibilità stessa del procedimento. In tema di revoca del liquidatore di una s.r.l. e nomina, in sua vece, di un amministratore giudiziario vedi Cass. civ., 16.06.2000, n. 8226 in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 23, 98 tali provvedimenti non assumono carattere contenzioso nemmeno nelle ipotesi in cui si disponga la revoca degli amministratori e dei sindaci; Cassazione civile, sez. I, 10.10.1996, n. 8868 in *Giur. comm.*, 1999, II, 6 (nota di Alvaro) per cui l'interesse che giustifica tali provvedimenti di giurisdizione volontaria è quello della società ad una corretta amministrazione; conf. Cass. civ., 10.10.1996, n. 8868, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 757; Cass. civ., 10.10.1996, n. 8868 in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1404; Cass. civ., 30.08.1995, n. 9151, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 1566.

[13] Cass. civ., 19.11.2003, n. 17527, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 11 non è esperibile il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost., trattandosi di provvedimento di volontaria giurisdizione avente carattere non decisorio, bensì sostitutivo della volontà negoziale delle parti; né tale carattere viene meno allorché il giudice si pronuncia anche sulla contestata sussistenza dei presupposti della nomina, atteso che tale verifica non costituisce accertamento idoneo al giudicato, ma ha valenza meramente incidentale in funzione della nomina stessa, e lascia dunque impregiudicata la definizione di ogni questione in sede di giudizio contenzioso, il

cide sulla richiesta di una parte diretta ad ottenere la nomina di un arbitro che l'altra parte si rifiuta di nominare [14]; p) il decreto con il quale il presidente del tribunale nomina i liquidatori di una società di capitali ex art. 2450 comma 3 c.c.[15] con una, a quanto risulta isolata, opinione contraria [16]; q) i provvedimenti di nomina degli organi della procedura concorsuale [17].

I provvedimenti sopra indicati, con le specifiche motivazioni argomentate nelle sentenze riportate in nota, sono dichiarati non impugnabili con ricorso straordinario ex art. 111 Cost. in quanto rispondono a necessità di carattere amministrativo e/o gestorio e difettano del carattere della definitività e decisorietà.

[17]

cui esito può anche porre nel nulla gli effetti della pronuncia presidenziale.

[14] Cass. civ., 14.04.1994, n. 3513, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 258.

[15] Cass. civ., 27.08.2003, n. 12539, in *Dir. e prat. soc.*, 2004, 10, 71 con nota di Liace, poiché si tratta di un provvedimento di volontaria giurisdizione; Cass. civ., 21.11.1998, n. 11798, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2416 il decreto con il quale il Presidente del tribunale abbia provveduto alla nomina dei liquidatori di una società di capitali per impossibilità di funzionamento dell'assemblea (art. 2450, comma 3, c.c.) non è suscettibile di ricorso per cassazione, ex art. 111 cost., attese il carattere di provvedimento di volontaria giurisdizione privo di qualsivoglia contenuto decisorio, senza che assuma rilievo la circostanza che, in ordine alla sussistenza o meno della causa di scioglimento della società, sia precedentemente insorto contrasto tra i soci; conf. Cass. civ., 01.09.1997, n. 8303 in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1588; Cass. civ., 02.12.1996, n. 10718, in *Società* 1997, 528 (nota di Cerradini) che specifica come non vi sia alcun accertamento sulla ricorrenza della causa di scioglimento con attitudine al formarsi della cosa giudicata; conf. Cass. civ., 02.12.1996, n. 10718, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1648 che aggiunge come il presidente, dopo un'indagine sommaria, può nominare i liquidatori sul presupposto che la società si sia sciolta, ma non accerta né l'intervenuto scioglimento, né le cause che lo avrebbero prodotto, tanto che ciascuno degli interessati potrà promuovere un giudizio ordinario su dette questioni e, ove sia provata l'insussistenza della causa di scioglimento, ottenere la rimozione degli effetti del decreto (Corte cost. 27 giugno 1968 n. 77).

[16] Cass. civ., 13.06.2000, n. 8030, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 23, 97 per cui il potere del presidente del Tribunale di nominare i liquidatori della società, ai sensi dell'art. 2450 c.c., è idoneo a incidere su situazioni giuridiche dei soci qualificabili come diritti soggettivi, con la conseguenza che, in caso di adozione di un provvedimento atipico di nomina del liquidatore, per la non pacifica sussistenza della causa di scioglimento, è ammissibile il ricorso per cassazione, ex art. 111 Cost., avverso il provvedimento medesimo. Nella specie, la S.C., dichiara l'ammissibilità del ricorso, ha cassato il provvedimento del presidente del Tribunale, il quale non solo aveva eluso la necessaria verifica di esistenza di un accordo dei soci sulla ricorrenza e gravità della causa di scioglimento, ma addirittura aveva egli stesso direttamente disposto lo scioglimento della società, senza peraltro instaurare alcun contraddittorio.

[17] Cassazione civile, 28.08.1995, n. 9030 in *Dir. e giur.* 1996, 177 (nota di Guida) ancorché contenuti in una sentenza o altro provvedimento di carattere decisorio, conservano natura ordinatoria e amministrativa e, in quanto privi di qualsiasi portata decisoria su diritti soggettivi, non sono suscettibili di alcuna impugnazione, e nemmeno di ricorso per cassazione ex art. 111 cost., ma possono solo essere revocati di ufficio dal tribunale, su proposta del giudice delegato o su richiesta del comitato dei creditori, al quale ciascun interessato può segnalare le ragioni di legittimità o di mera opportunità che possano giustificare la revoca. Ne consegue che, sino a quando nella procedura di concordato preventivo non sia disposta la revoca del liquidatore, nominato nella stessa persona del commissario giudiziale, non può essere ritenuto illegittimo il cumulo di entrambe le funzioni al solo fine di negare la legittimazione attiva del commissario liquidatore in un procedimento da lui promosso nello svolgimento della procedura di liquidazione dei beni ceduti dall'imprenditore concordatario. Cass. civ., 07.04.1994, n. 3284, in *Giust. civ. Mass.* 1994, 448 in tema di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, è inammissibile il ricorso per cassazione ex art. 111 cost. nei confronti del decreto di appello emesso in sede di reclamo contro il provvedimento adottato dal tribunale sulla istanza di revoca del liquidatore, in quanto ha natura ordinatoria. Cass. civ., 01.04.1982, n. 2004, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, fasc. 4, risalente, in tema di amministrazione controllata il decreto, con cui il giudice delegato rifiuta all'imprenditore l'autorizzazione alla nomina di professionisti per la predisposizione di una proposta di concordato preventivo al solo fine di evitare l'opponibilità del costo relativo alla massa dei creditori concorsuali, costituisce attività amministrativa, sicché è suscettibile di reclamo davanti al tribunale, ai sensi dell'art. 26 l. fall. Ma se il tribunale dichiara inammissibile tale reclamo, sull'erroneo rilievo dell'impugnabilità dell'indicato decreto esclusivamente con il ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., tale pronuncia - in quanto incidente sul diritto soggettivo processuale ad esperire un reclamo previsto dalla legge - può essere impugnata con il rimedio straordinario del ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 citato, in mancanza di altro, specifico mezzo d'impugnazione.

INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

L'insolvenza transfrontaliera del "gruppo" nel reg. UE n. 848/2015: i nuovi obblighi di cooperazione e informazione e la facoltà di coordinamento

di Gianni Ghinelli

del 31 gennaio 2019

Sommario

La scelta di compromesso del regolamento UE n. 848/2015

Gli obblighi di cooperazione e comunicazione (Capo V. Sez. 1, artt. 56-60 reg. UE n. 848/2015)

Il coordinamento tra le procedure del gruppo (Capo V. Sez. 2, artt. 61-77 reg. UE n. 848/2015)

La scelta di compromesso del regolamento UE n. 848/2015

Nel tempo e nello spazio del mercato unico europeo - in cui persone, capitali e merci circolano liberamente in tutta l'Unione - l'attività d'impresa è spesso ramificata nella forma del gruppo transfrontaliero. Ad ogni società del gruppo si applica un diritto societario diverso ed, in caso di insolvenza, ciascuna società è soggetta alle procedure previste dal proprio diritto nazionale. A questa frammentazione giuridica, tuttavia, non corrisponde anche una frammentazione degli interessi economici che animano il gruppo^[1]. Tale conflitto si acuisce ancor più, poi, quando il gruppo entra in crisi. L'interconnessione economica e l'unitarietà degli interessi aziendali entrano in attrito con il fatto che ciascun diritto nazionale prevede procedure d'insolvenza diversamente

strutturate. Può accadere, allora, che una società del gruppo venga sottoposta ad una procedura di tipo liquidatorio, mentre un'altra ad una procedura di risanamento. Questa discrasia, e la diversità dei tempi e dei costi, creano il pericolo di rendere vani gli sforzi di risanamento del gruppo, determinando così l'insolvenza dell'intero gruppo.

A fronte del problema di governare il fenomeno dell'insolvenza del gruppo, il reg. CE n. 1347/2000 non prevedeva una disciplina sul punto. Il legislatore europeo si limitava, da un lato, a stabilire norme per attribuire la competenza internazionale ad aprire una procedura d'insolvenza transfrontaliera e, dall'altro, a prevedere quale fosse il diritto applicabile alla singola procedura^[2].

Sul tema dell'insolvenza transfrontaliera del gruppo è quin-

[1] Il conflitto tra gli ordinamenti nazionali e gli interessi - sovranazionali invece - delle imprese che operano oltre i confini degli Stati, quindi in definitiva il tema del conflitto tra diritto e mercato, dà luogo al fenomeno del *forum and law shopping*, ossia della scelta, in base a parametri di mera convenienza, dell'ordinamento in cui far "vivere" l'attività d'impresa ed in cui radicare i contenziosi. Lo Stato che offre il miglior "servizio-giustizia" attira investimenti, quindi ricchezza. Il diritto tributario è forse il terreno d'eccellenza sul quale si gioca questa partita, ma il diritto processuale non è escluso dallo *shopping* giuridico; nemmeno lo è il diritto dell'insolvenza. Il reg. CE n. 1346/2000 si poneva infatti, tra gli altri, l'obiettivo di contrastare la competizione tra gli ordinamenti europei, sancendo regole comuni circa la radicazione delle procedure d'insolvenza transfrontaliera e la legge ad esse applicabili. Anche il reg. UE n. 848/2015 si pone l'obiettivo di dissuadere gli operatori dalla pratica del *forum shopping*, v. considerando n. 5. In generale, sul tema cfr. GARAPON, *Lo Stato minimo - Il neoliberalismo e la giustizia*, Milano, 2016, p. 134 e MICCOLI-SCIACCA, *Managerialità giudiziaria e programmi di gestione dei procedimenti civili*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 1, p. 174.

[2] L'elemento centrale di questo costrutto è la nozione di centro degli interessi principali del debitore (in inglese, *Centre of Main Interests* - C.o.m.i.): infatti, è là dove in base a criteri oggettivi e riconoscibili da terzi si trova il centro di gestione dell'impresa, che va radicata la competenza ad aprire una procedura principale d'insolvenza transfrontaliera. La nozione di centro degli interessi principali del debitore era originariamente prevista dall'art. 3 dell'abrogato reg. CE n. 1346/2000; oggi viene disciplinata dall'art. 3 del reg. UE n. 848/2015. Per una panoramica sul regolamento CE n. 1346/2000, v. LUPOLI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2012, p. 2092 ss, nonché la tesi di dottorato di PASINI, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione*:

di dovuta intervenire la Corte di Giustizia europea, la quale ha affermato il principio dell'autonomia di ciascuna persona giuridica componente il gruppo: ogni società del gruppo dà luogo ad una distinta procedura d'insolvenza, senza la possibilità di accentrare la competenza internazionale in capo ad un unico giudice^[3].

La lacuna legislativa e le istanze emerse dalla prassi applicativa hanno spinto il legislatore ad intervenire con il reg. UE n. 848/2015, nel quale si dedica una disciplina specifica proprio all'insolvenza del gruppo^[4] (Capo V, artt. 56 -77).

Il nuovo regolamento mantiene fermo il principio per cui ogni distinta persona giuridica è titolare di un suo autonomo centro di interessi principali (*c.o.m.i.*); tuttavia, il legislatore europeo non ha ignorato la necessità di disciplinare il frequente fenomeno dell'insolvenza transfrontaliera del gruppo. Con una soluzione di compromesso rispetto alla prospettiva di optare per una competenza di un solo giudice per tutto il gruppo, si scelto si introdurre l'obbligo di cooperazione e comunicazione tra gli organi delle procedure (Capo V. Sez. 1, artt. 56 - 60 reg. UE n. 848/2015) e la facoltà di coordinamento tra le stesse (Capo V. Sez. 2, artt. 60-77 reg. UE n. 848/2015).

Gli obblighi di cooperazione e comunicazione (Capo V. Sez. 1, artt. 56 - 60 reg. UE n. 848/2015)

Gli obblighi di cooperazione e comunicazione operano in presenza di tre presupposti applicativi, previste dall'art. 56 reg. UE n. 848/2015^[5]. Anzitutto, devono essere state aperte più procedura d'insolvenza nei confronti di due o più soggetti appartenenti ad un gruppo. La cooperazione, poi, deve servire a facilitare la gestione efficace della procedura ed, infine, non deve essere incompatibile con le norme ad esse applicabili.

Va a questo punto verificato quali siano i soggetti obbligati alla cooperazione e comunicazione. Ai sensi dell'art. 56 reg., tali obblighi vincolano gli amministratori^[6], tra loro, ed i Giudici, anche tramite soggetti appositamente nominati, tra loro. Inoltre, *ex art.* 58 reg., queste due categorie sono reciprocamente tenute a cooperare ed a comunicare.

Nella cooperazione tra amministratori, quanto al contenuto degli obblighi ed alla modalità di cooperazione, in forza dell'art. 56, par. 1, reg. vige il principio della libertà delle forme, nel senso che gli amministratori possono scegliere liberamente come cooperare tra loro. La norma parla inoltre della possibilità di concludere accordi o protocolli. Il legislatore elenca poi, a mero titolo esemplificativo, una serie di modi nei quali la cooperazione può svolgersi:

- (a) scambio di informazioni;
- (b) verifica della possibilità di coordinare la gestione e la sorveglianza degli affari delle società del gruppo e, in caso affermativo, coordinare tale gestione e sorveglianza;
- (c) verifica della possibilità di una ristrutturazione del gruppo ed, in caso affermativo, formulazione di una proposta coordinata di piano di ristrutturazione.

Per raggiungere i risultati di cui ai punti b) e c), ed in conformità alla disciplina nazionale applicabile alle procedure d'insolvenza, gli amministratori possono convenire di conferire alcuni poteri ad uno di essi, oppure possono convenire di ripartire tra loro alcuni compiti. Se lo scambio di informazioni è la modalità più elementare di cooperazione, peraltro già praticabile prima della riforma, è evidente il *favor* legislativo per la gestione e la sorveglianza coordinata delle società del gruppo ed, ancor più, per la presentazione di un piano di ristrutturazione coordinato. Il legislatore europeo vuole difatti spingere gli amministratori a presentare un piano di ristrutturazione, con la finalità di un risanamento dell'intero gruppo.

Come si è anticipato, anche i Giudici sono tenuti a cooperare: possono farlo direttamente tra loro, oppure a mezzo di soggetti appositamente designati. Anche qui vige il principio di libertà delle forme: nel rispetto del diritto procedurale previsto da ciascuna procedura e degli obblighi di riservatezza, possono comunicare tra loro, chiedersi reciproche informazioni o assistenza. Inoltre, *ex art.* 57 reg., la cooperazione può svolgersi mediante:

- (a) il coordinamento nella nomina degli amministratori delle procedure di insolvenza;
- (b) la comunicazione delle informazioni con i mezzi ritenuti

l'esperienza del regolamento Ce n. 1346/2000.

[3] Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia europea *Eurofood IFSC Ltd* (Causa C341/04), punto n. 30 "[...] nel sistema di determinazione della competenza dei giudici degli Stati membri posto in essere dal regolamento, esiste una specifica competenza giurisdizionale per ciascun debitore costituente un'entità giuridicamente distinta".

[4] Se è vero che nella maggior parte dei casi per gruppo si deve intendere un gruppo di società, il legislatore europeo sovrappone - volontariamente o involontariamente - la nozione di impresa e di società. La conseguenza è un'incertezza esegetica sull'esatto concetto di gruppo di cui al regolamento vigente ed una potenziale incertezza applicativa: si pensi al GEIE o all'istituto della Joint Venture, sono gruppi ai sensi del regolamento?

[5] Il regolamento UE n. 848/2015 viene di seguito, per facilitare la lettura del testo, anche indicato con l'abbreviazione «reg.»

[6] La nozione di amministratori sostituisce quella precedente di "Curatore" di cui all'art. 2, lett. b), reg. CE 1346/2000.

- appropriati dal giudice;
- (c) il coordinamento della gestione e della sorveglianza dei beni e degli affari delle società del gruppo;
- (d) il coordinamento della tenuta delle audizioni;
- (e) il coordinamento dell'approvazione dei protocolli, se necessario.

Quando gli obblighi di cooperazione riguardano i rapporti tra amministratori e Giudici - premesso che anche in questo caso vale il presupposto generale della facilitazione della gestione efficace delle procedure, dell'assenza di conflitti di interesse e della non incompatibilità con le norme nazionali applicabili alle procedure - gli obblighi si sostanziano nel poter chiedere ai giudici informazioni sulle procedure relative ad altre società del gruppo o assistenza nella procedura per la quale è stato nominato.

Emerge nuovamente come il legislatore parli di obblighi, ma di come - in realtà - questa disciplina manchi di una portata cogente. Sembra essere più un invito, quello rivolto dal legislatore europeo a giudici ed amministratori, piuttosto che un vero obbligo. In ogni caso, al di là di queste considerazioni, il regolamento li concepisce come obblighi; pertanto a fronte di obblighi, il regolamento prevede dei diritti in capo agli amministratori, i quali devono essere messi nella condizione di intervenire sulle altre procedure del gruppo. Tra questi, particolare rilievo pare assumere la possibilità di chiedere la sospensione di qualsiasi provvedimento relativo alla distribuzione dell'attivo, sempreché sia stato proposto un piano di ristrutturazione coinvolgente tutte o alcune società del gruppo, che la sospensione sia necessaria alla realizzazione del piano, che il piano avvantaggi i creditori della procedura per la quale si chiede la sospensione e che, infine, non sia in corso il coordinamento di cui al capo V, Sez. 2, art. 61 e ss. reg. UE n. 848/2015.

Ex art. 60 reg., inoltre, gli Amministratori possono poi essere sentiti nelle procedure aperte nei confronti altre società del gruppo e possono chiedere l'apertura di una procedura di coordinamento ex art. 61 reg.

Il legislatore, con la norma di cui all'art. 59 reg., interviene poi sull'allocazione dei costi sostenuti per svolgimento delle attività inerenti all'adempimento dell'obbligo di cooperazione e comunicazione, stabilendo che questi sono a carico della massa attiva della procedura che li ha sostenuti.

Il coordinamento tra le procedure del gruppo (Capo V. Sez. 2, artt. 61-77 reg. UE n. 848/2015)

Il coordinamento è disciplinato dal Capo V, Sez. 2, Sottosezioni 1 e 2: la prima delle due, è dedicata alla procedura di coordinamento (artt. 61-70 reg. UE n. 848/2015), mentre la seconda regola la figura del coordinatore (artt. 71-77 reg. UE n. 848/2015).

Se, come si è visto, la cooperazione tra gli organi delle procedure d'insolvenza riguardanti il gruppo è un obbligo, la partecipazione al coordinamento, invece, è una mera facoltà. A differenza della cooperazione e comunicazione, poi, il coordinamento dà luogo ad una vera procedura - intesa come una sequenza di atti, il cui esito finale è la realizzazione del coordinamento. L'obiettivo è quello di coordinare le diverse procedure del gruppo attraverso la figura del coordinatore, senza però creare un'unica procedura, lasciando quindi impregiudicato il principio in base al quale ogni persona giuridica è soggetta ad una distinta procedura la cui competenza è autonomamente individuata. La *ratio* sottostante a questa disciplina è quella, ancora una volta, di favorire il risanamento del gruppo[7].

La procedura di coordinamento si compone di una serie di passaggi, alcuni dei quali obbligati, altri eventuali. Si inizia con la proposizione della domanda di coordinamento alla quale segue la verifica dei presupposti e notificazione della domanda; all'esito della notificazione, può essere eventualmente sollevata una contestazione. Interviene quindi la decisione di apertura della procedura di coordinamento di gruppo, per finire con l'eventuale adesione successiva.

La domanda di coordinamento, così come previsto dall'art. 61, par. 1, reg. può essere proposta dal qualunque amministratore di una delle procedure d'insolvenza riguardante una società del gruppo ed è rivolta a qualunque giudice[8] di fronte a cui pende una procedura d'insolvenza riguardante il gruppo. La domanda deve contenere la proposta di nomina del coordinatore e le informazioni relative alla sua persona. Inoltre, deve indicare le linee generali del coordinamento di gruppo ed una motivazione in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui all'art. 63, par. 1, reg. Ancora, l'amministratore che la redige deve anche inserire l'elenco nominativo degli amministratori, dei giudici e delle autorità coinvolte ed, infine, le linee generali dei costi stimati del coordina-

[7] V. considerando n. 54. Peraltro, la logica del risanamento è la matrice di politica del diritto - nazionale ed europea - che ha contrassegnato tutti i recenti interventi legislativi in materia di insolvenza. In particolare, v. la Raccomandazione della Commissione UE del 12 marzo 2014.

[8] Pare necessario precisare l'ambito di operatività della norma: ai sensi dell'art. 61, par. 2, reg., in dottrina si ritiene che il destinatario della domanda debba necessariamente essere il giudice di fronte al quale si svolge la procedura in cui è stato nominato l'amministratore richiedente. Cfr. DE CESARI-MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, Torino, 2017, p. 184.

mento.

In dottrina, si ritiene che la domanda presenti un ulteriore requisito implicito - consistente nella prova dell'esistenza del gruppo e la delimitazione della sua struttura^[9].

L'effetto prodotto dal deposito della domanda è quello di far scattare il meccanismo di prevenzione temporale, in forza del quale il primo giudice adito è l'unico, in tutta l'Unione, ad essere competente a decidere circa l'apertura di una procedura di coordinamento del gruppo. In questo senso, l'art. 62 reg. riprende il principio già sancito, quanto alla competenza internazionale ad aprire una procedura d'insolvenza principale, dall'art. 19 reg. Vi è però una differenza sostanziale dal punto di vista pratico: mentre per la procedura di coordinamento la priorità temporale opera già con la mera proposizione della domanda, nell'ipotesi prevista dall'art. 19 in combinato disposto con l'art. 3 reg., il meccanismo in parola scatta in favore della prima decisione di apertura. Nel primo caso (art. 62 reg.), rileva la domanda, nel secondo (artt. 3 e 19 reg.) ad essere rilevante è la decisione di apertura.

Sempre in tema di priorità temporale, va poi messo in luce la deroga introdotta dall'art. 66 reg.: mediante convenzione^[10], infatti, la maggioranza dei due terzi degli amministratori possono attribuire al giudice di un diverso Stato membro la competenza ad aprire una procedura di coordinamento.

Il giudice destinatario della domanda di apertura di una procedura di coordinamento è tenuto alla verifica dei requisiti posti dall'art. 63 reg.: il coordinamento deve servire alla gestione efficace delle procedure d'insolvenza relative al gruppo, non può svantaggiare i creditori delle procedure inserite nel coordinamento ed, infine, il coordinatore deve possedere i requisiti di cui all'art. 71 reg. In caso la verifica sortisca esito positivo, il giudice notifica la domanda di apertura a tutti gli amministratori di procedure riguardanti società del gruppo^[11].

Si apre a questo punto la fase, solo eventuale della contestazione, che ogni amministratore può sollevare entro trenta giorni dalla notificazione, utilizzando il modulo di cui all'art. 88 reg. Dalla lettura dell'art. 64 reg. si deduce che il silenzio vale come tacita accettazione dell'inserimento della propria procedura nel coordinamento di gruppo.

La contestazione può assumere due diversi contenuti e produce due diversi effetti: se è contestata l'inclusione della propria procedura nel coordinamento la domanda produce l'effetto di escludere la propria procedura dal coordinamento; se, invece, è contestata la proposta di nomina del coordinatore, l'effetto è quello per cui il giudice può chiedere all'amministratore contestante di formulare una proposta concorrente che preveda la nomina di un altro amministratore.

Trascorsi 30 giorni dalla notificazione della domanda di apertura senza che siano pervenute contestazioni, il giudice richiesto può - trattasi dunque di una facoltà - aprire la procedura di coordinamento. Con la decisione di apertura il giudice deve nominare un coordinatore, stabilire le linee generali del coordinamento e stimare i costi e la quota di essi posti a carico di ciascuna società.

La decisione di apertura viene comunicata a tutti gli Amministratori, anche quelli non compresi dal coordinamento (art. 68 reg.).

Scopo della previsione appena menzionata, è quello di permettere agli amministratori delle procedure che avevano inizialmente chiesto l'esclusione della propria procedura ed a quelli nominati in procedure aperte successivamente di chiedere l'adesione successiva al coordinamento (art. 69 reg.).

Emerge qui nuovamente quanto l'intera procedura di coordinamento si svolga nella totale disponibilità delle parti - la facoltà di dar luogo al coordinamento riguarda sia il giudice richiesto sia gli amministratori, i quali possono addirittura prima opporsi all'inserimento della propria procedura nel coordinamento e poi aderire successivamente. L'intento del legislatore è quello di permettere agli amministratori di valutare i benefici del coordinamento per la propria massa creditoria ed, inoltre, di facilitare il più possibile il risanamento del gruppo o, quantomeno, di alcune società del gruppo.

Come si è già anticipato, la Sottosezione 2 - art. 71 - art. 77 reg. - disciplina la figura del coordinatore, stabilendo anzitutto che tale incarico possa essere conferito a chiunque, ai sensi della legge del proprio Stato membro, sia in possesso dei requisiti per essere nominato amministratore di una procedura di insolvenza, sia stato nominato amministratore di una procedura d'insolvenza del gruppo, non sia in conflitto di interessi (art. 71 reg.).

I compiti del coordinatore, in forza dell'art. 72, par. 1, reg.

[9] DE CESARI-MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, cit, p. 183 ss.

[10] La norma dell'art. 66 reg. parla di accordo concluso o, quantomeno, provato per atto iscritto. Trattasi di una disciplina innovativa, in quanto derogatoria rispetto al fondamentale principio di prevenzione temporale che costituisce il cardine dell'intero regolamento.

[11] Si comprende qui il perché dell'onere di indicare nella domanda i dati di ciascun amministratore delle procedure riguardanti il gruppo: trattasi di un obbligo volto a facilitare il compito del giudice.

sono quelli di proporre raccomandazioni per la conduzione coordinata delle procedure d'insolvenza e la proposizione di un piano di coordinamento di gruppo. Il piano può prevedere proposte di misure per aumentare la redditività delle società, per la composizione delle controversie interne al gruppo relative alle operazioni infragruppo e le azioni revocatorie e per il raggiungimento di accordi tra gli amministratori delle procedure d'insolvenza riguardanti il gruppo.

Al fine di adempiere ai doveri che gli sono imposti dal regolamento, al coordinatore è riconosciuta una serie di diritti - in particolare, egli può essere sentito nelle procedure di insolvenza delle società del gruppo, presenziare alle assemblee dei creditori, chiedere informazioni, mediare nelle controversie infra gruppo, presentare il piano di coordinamento agli organi delle procedure e chiedere la sospensione di una o più procedure aperte contro una società del gruppo, ai fini della realizzazione del piano, per un periodo non superiore a sei mesi e a condizione che tale sospensione sia necessaria

per garantire la corretta applicazione del piano e sia a vantaggio dei creditori (art. 72, par. 2, reg.).

Si noti che il piano di coordinamento, che è lo strumento principale mediante il quale il coordinatore interviene nella gestione coordinata delle procedure del gruppo, non può contenere raccomandazioni riguardo all'eventuale consolidamento della procedura o della massa fallimentare e, più in generale, non ha una portata vincolante. Questo perché il coordinamento è uno strumento facoltativo, nella completa disponibilità delle parti e la cui portata non è mai vincolante.

Il legislatore, infine, non trascura gli aspetti linguistici del coordinamento, la cui rilevanza pratica non può essere sottovalutata. Ai sensi dell'art. 73, il coordinatore, nel rapportarsi con gli amministratori, utilizza la lingua scelta di comune accordo, oppure la lingua ufficiale dello Stato membro dell'amministratore. Quando comunica con i giudici, invece, utilizza la lingua dello Stato membro di appartenenza del giudice.

Le Pagine de



L' AULA CIVILE

Visita l'Aula Civile on line: www.aulacivile.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

Michele Angelo Lupoi

Avvocato del Foro di Bologna, si occupa di diritto civile, diritto di famiglia e controversie transnazionali. È professore associato di diritto processuale civile dell'Università di Bologna, insegna Diritto processuale civile e Diritto fallimentare. È coordinatore del Corso di studi magistrale della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Campus di Ravenna. Ha partecipato a numerosi convegni e seminari in Italia e all'estero in qualità di relatore. Fa parte del Comitato di redazione della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, è editor dell'International Journal of Procedural Law. Ha pubblicato articoli, saggi e volumi in materia di diritto di famiglia, diritto fallimentare, diritto processuale civile, diritto processuale internazionale.

GLI AUTORI DI QUESTO NUMERO

Roberto Bonatti

Concluso il dottorato di ricerca, dal 2010 è ricercatore confermato e professore aggregato di diritto processuale civile nell'Università di Bologna. È autore di numerosi articoli e contributi, in riviste e in opere collettanee, prevalentemente sui temi del diritto europeo, del diritto della concorrenza, sull'arbitrato e sul rito del lavoro. Esercita la professione di avvocato, occupandosi di arbitrati, contenzioso civile e amministrativo e di consulenza in particolare nel diritto della concorrenza, degli appalti pubblici e di diritto farmaceutico. Collabora ed è membro del board scientifico di alcune prestigiose riviste. In tutti questi ambiti, è stato relatore a numerosi convegni, anche di rilievo internazionale. Membro, tra le varie, dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile e della Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti.

Romolo Donzelli

Professore associato di diritto processuale civile presso l'Università di Macerata. Esercita la professione di avvocato in Roma. È autore di numerose pubblicazioni in materia di diritto civile e processuale civile, con particolare attenzione al diritto di famiglia, al diritto concorsuale ed alla tutela giurisdizionale collettiva.

Marco Farina

Avvocato in Roma. Professore a contratto di diritto processuale civile presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università LUISS Guido Carli di Roma. È autore di

una monografia e di numerosi articoli pubblicati in varie riviste scientifiche nelle materie del diritto processuale civile, nazionale ed internazionale, e del diritto fallimentare e partecipa, regolarmente, come relatore, a convegni scientifici e di aggiornamento professionale.

Beatrice Ficarelli

Divenuta Ricercatore presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Teramo, attualmente è Professore Associato in Diritto processuale civile presso il Dipartimento Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena. È membro dell'Associazione Italiana fra gli studiosi del processo civile e del comitato scientifico e di redazione di riviste specializzate in Diritto processuale civile, tiene lezioni e corsi in Diritto processuale civile presso varie Scuole di specializzazione per le professioni legali (Master II° livello) nonché in Corsi di Alta Formazione post-universitaria. Specializzata in diritto processuale civile comparato, tra i suoi lavori principali si annoverano le due monografie "Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale", Napoli, 2011 e "Esibizione di documenti e discovery", Torino, 2004.

Gianni Ghinelli

Laurea con lode nel 2016 (Università di Bologna). Dopo esperienze presso Derra, Meyer und Partner (Bologna) e Dezan Shira & Associates (Shanghai), svolge oggi la pratica forense negli studi Schultze & Braun (Bologna) e Ghinelli (Rimini). Collabora con la Cattedra di Diritto Processuale Civile del Prof. Michele Angelo Lupoi – Università di Bologna.

Lucilla Galanti

avvocato dal 2015 e dottore di ricerca in Istituzioni e mercati, diritti e tutele, Università di Bologna, dal 2017. È attualmente assegnista di ricerca presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

Caterina Pasini

Ha conseguito il dottorato di ricerca in diritto processuale civile presso l'università di Bologna con una tesi in materia di insolvenza transfrontaliera. È docente a contratto in Diritto processuale civile e diritto processuale dell'impresa presso la Scuola di Giurisprudenza della Facoltà di Bologna. Ha svolto periodi di ricerca in Francia (Université Sorbonne) e negli Stati Uniti (Berkeley UC). Avvocato del Foro di Bologna, si occupa di diritto civile e di famiglia.

Mattia Polizzi

Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi dell'Insubria (Varese e Como), cultore delle materie di diritto processuale civile presso il Di.D.E.C. e di diritto fallimentare presso il Di.ECO del medesimo Ateneo. Ambiti di ricerca e studio: processo civile ordinario, processi cautelari e sommari, esecuzione forzata, diritto fallimentare.

Caterina Silvestri

È professore associato alla Scuola di Giurisprudenza di Firenze (settore scientifico-disciplinare Diritto processuale civile) dove insegna Sistemi processuali e tutela dei diritti, Teoria generale del processo e Diritto processuale civile europeo. È avvocato civilista dal 1993.

LE AREE DELLA RIVISTA

Impugnazioni – Trattazione – Cautelare – Fallimentare – Dir. Proc.Europeo – Esecuzioni – Prove – Arbitrato – Mediazione – Procedimenti Speciali – Procedimenti Camerali – Volontaria Giurisdizione – Rito Del Lavoro – Tribunale Delle Imprese – Processo Industrialistico – Proc. Dir. Famiglia – Societario.