

RIVISTA GIURIDICA SARDA

2-2022

2-2022
Anno XXXVII

Maggio-Agosto – Pubblicazione quadrimestrale

EDIZIONI AV

Rivista Giuridica Sarda - 2022

Fondata da

FAUSTO SATTA

LUIGI CONCAS – PAOLO FOIS – ANGELO LUMINOSO – COSTANTINO MURGIA

Direttore

ANGELO LUMINOSO

Comitato di Direzione

FELICE ANCORA – CRISTIANO CICERO – PAOLO EFISIO CORRIAS – CARLO DORE Sr. – LEONARDO FILIPPI – ELISABETTA LOFFREDO – PIETRO MASI – LORENZO MEZZASOMA – STEFANIA PUDDU – ANTONIO SERRA – GOFFREDO ZUDDAS

Comitato di redazione

ETTORE ATZORI – FRANCO BANDIERA – FEDERICO CAPPAI – FRANCESCA CORTESI – GIAMPAOLO DEMURO – CARLO DORE jr. – ROSSELLA FADDA – GIOVANNA FALZONE – RICCARDO FERCIA – VALERIO FICARI – CARLO IBBA – SILVIA IZZO – PIERA LOI – FRANCO PICCIAREDDA – MATTEO PINNA – ELISABETTA PIRAS – ALESSANDRA PISU – GABRIELE RACUGNO – SILVIO SAU

Segretario di redazione: FEDERICO ONNIS CUGIA

Redazione di Cagliari: ALESSANDRA CAMEDDA – ANDREA CHELO – OMBRETTA DESSI – MARCELLA MARTIS – FEDERICO ONNIS CUGIA

Redazione di Oristano: ROSSELLA FADDA

Redazione di Nuoro: FRANCESCO PIRARI

Redazione di Sassari: GIUSEPPE PAOLO ALLECA – FABRIZIO BANO – PAOLO BARABINO – GIOVANNI BARROCU – IVAN DEMURO – CRISTINA MARRAS – LUCA NASEDDU – FRANCESCO PORCU – VALENTINO SANNA – ALESSIO SCANO – GIUSEPPE SCANU – MARIA LUISA SERRA – MANUELA TOLA

La copertina riproduce una pagina di JOANNES DE LIGNANO – Commentaria super Clementinas – ms. mem. sec. XIV, carta 69, esistente presso la Biblioteca Universitaria di Cagliari

Progetto grafico di TATIANA K. KIROVA

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2022

Abbonamento annuo versione cartacea + digitale:

ITALIA	€	56,81
ESTERO	€	72,30

Abbonamento annuo alla sola versione digitale : € 30,00

La versione digitale è on-line all'indirizzo: <https://www.rivistagiuridicasarda.it>

Annate arretrate senza aumento rispetto alla quota annuale.

Le richieste di abbonamento, le condizioni per mutamenti di indirizzo e gli eventuali reclami per mancato ricevimento di fascicoli vanno indirizzati all'Amministrazione presso

Le EDIZIONI **AV** di A. VALVERI

Amministrazione – Via M. De Martis, 6 – 09121 Cagliari – Tel. 070/27 26 22

Uff. spedizioni – Via Pasubio, 22/a – 09122 Cagliari – Tel. – 070/27 26 22

e-mail: edizioniav@edizioniav.it – **web:** www.edizioniav.it

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul c.c.p. n. 16720096 intestato alle EDIZIONI **AV** di Antonino Valveri;
- con versamento sul c/c bancario IBAN IT 89 F 01015 04800 000000035089 – Banco Sardegna S.p.A. – Sede Cagliari.

Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti – con apposita segnalazione – entro la scadenza.

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo.

Le comunicazioni in merito ai mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso le "EDIZIONI **AV** di A. Valveri" – Via M. De Martis, 6 – 09121 Cagliari.

La Direzione della Rivista è in Via Paoli, 67 - 09100 Cagliari

A questo indirizzo devono essere inviati, in duplice copia, i manoscritti, le bozze corrette, i cambi, le opere da recensire.

I collaboratori riceveranno 10 estratti gratuiti dei loro contributi all'atto della pubblicazione dei fascicoli della rivista: non potranno essere allestiti estratti anticipati o posticipati.

*La rivista è pubblicata con il contributo della Fondazione del
Banco di Sardegna e dell'Ordine degli avvocati di Cagliari*

Pubblicità inferiore al 45%

I.G.E.S. S.r.l. – Via Beethoven, 14 – 09045 Quartu S. Elena (CA)

Registrazione presso il Tribunale di Cagliari n. 550 del 24 aprile 1986

Direttore responsabile: ANGELO LUMINOSO

RIVISTA GIURIDICA SARDA

Anno XXXVII - 2022

EDIZIONI AV



© Copyright 2022 - Edizioni AV di Antonino Valveri
Via Pasubio n. 22/A - 09122 Cagliari - Italia
web: www.edizioniav.it
e-mail: edizioniav@edizioniav.it

Stampa e allestimento: NUOVE**GRAFICHE** Puddu s.r.l. - 09040 ORTACESUS (CA)

RIVISTA GIURIDICA SARDA

**La Rivista
Giuridica Sarda
anche in versione
digitale**



<http://www.rivistagiuridicasarda.it>



La Rivista Giuridica Sarda è on-line all'indirizzo: <https://www.rivistagiuridicasarda.it>

Il sito permette la consultazione gratuita di tutti gli indici.

L'abbonamento comprende l'accesso on-line alla versione digitale per 365 giorni dalla data della sottoscrizione.

Gli abbonati possono consultare e scaricare tutti i sommari, gli articoli, le note a sentenza, i testi e i contributi dei fascicoli dall'anno 2010 fino all'ultimo fascicolo pubblicato.

Il sito è dotato di un motore di ricerca full-text.

Per abbonarsi è necessario accedere alla sezione "Abbonamenti" del sito.
L'abbonamento è gratuito per gli aderenti all'Ordine degli Avvocati di Cagliari.

Per assistenza:

abbonamenti@rivistagiuridicasarda.it

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

R. ALESSI, S. AMOROSINO, F. AULETTA, T. AULETTA, A. BARGI,
A. BELVEDERE, P. BORIA, A. BRIGUGLIO, F. BRIOLINI, M. CASTELLANETA,
G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, E. D'ALESSANDRO, L. DEL FEDERICO,
R. DE MATTEIS, A.D. DE SANTIS, G. DI ROSA, V. FANTI, E. FOLLIERI,
G. FRANSONI, G. FURGIUELE, C.E. GALLO, W. GIULIETTI, L. IANNOTTA,
L.G. MARASÀ, G. MARINI, A. MASI, P. MASI, F. MORANDI, E. MOSCATI, A. MOTTO,
L. NIVARRA, L. NOGLER, L. NONNE, G. PALERMO, A. PANZAROLA,
A. ROMANO TASSONE, S. RUPERTO, G. SANTONI, A. SASSI, M. SCAPARONE,
C. SCOGNAMIGLIO, F. SEATZU, P. SELICATO, F. SGUBBI, G. SPANGHER, G. STELLA,
M. STELLA RICHTER, A.M. STILE, M. TAMPONI, P. TARTAGLIA, L. TULLIO,
F. TUNDO, A.P. UGAS, C. VENDITTI, E. VULLO, R. ZANNOTTI

Norme di autodisciplina

1. *I contributi inviati alla Rivista giuridica sarda per la pubblicazione vengono sottoposti alla valutazione di due membri del Comitato per la valutazione scientifica scelti per rotazione all'interno di liste per area tematica formate in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente del Comitato e disposte in ordine casuale.*
2. *Il contributo è avviato ai valutatori senza notizia dell'identità dell'autore.*
3. *L'identità dei valutatori è coperta da anonimato.*
4. *In caso di pareri contrastanti la Direzione assume la responsabilità della decisione.*
5. *Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, la Direzione promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio assumendosi la responsabilità della verifica.*

Hanno collaborato

FELICE ANCORA, *Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Cagliari*

FRANCESCO ANGELI, *Assegnista di ricerca in Diritto privato, Università di Perugia*

VALENTINA BARONCINI, *Ricercatrice di Diritto processuale civile, Università di Verona*

AMANDA CAROTTI, *Dottoranda in Diritto dei consumi, Università di Perugia*

ROSSELLA FADDA, *Professore associato, Università di Cagliari*

Leonardo Filippi, *Professore ordinario f.r. di Diritto processuale penale, Università di Cagliari*

PAOLA GALATÀ, *Dottoranda, Università di Cagliari*

ELISABETTA LOFFREDO, *Professoressa ordinaria di Diritto Commerciale, Università di Cagliari*

ANGELO LUMINOSO, *Professore Emerito di Diritto civile, Università di Cagliari*

SILVIO SAU, *Professore ordinario di Diritto processuale penale, Università di Sassari*

DIONIGI SCANO, *Professore associato di Diritto commerciale, Università di Cagliari*

MAURO SOGGIU, *Diplomato presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali, Università di Cagliari*

MANUELA TOLA, *Professore associato di Diritto commerciale, Università di Cagliari*

ENZO VULLO, *Professore ordinario di Diritto processuale civile, Università di Sassari*

GOFFREDO ZUDDAS, *Professore ordinario f. r. di Diritto privato, Università di Perugia*

RIVISTA GIURIDICA SARDA

INDICE DEL FASCICOLO 2

(Maggio - Agosto - 2022)

Parte prima COMMENTI

DIRITTO PRIVATO	<i>pag.</i>
Corte di Cassazione, Sezione I, 9 aprile 2021, n. 9460 (ord.)	» 229
con nota di ELISABETTA LOFFREDO, <i>La cedibilità del diritto del socio di s.r.l. di sottoscrivere l'aumento del capitale a pagamento</i>	» 238
Corte di Cassazione, Sez. II, 31 maggio 2021, n. 15137	» 251
con nota di PAOLA GALATÀ, <i>La sentenza di fallimento e l'interruzione dell'usucapione: alcuni chiarimenti</i>	» 255
e con nota di FRANCESCO ANGELI, <i>Gli immobili del debitore fallito e l'opponibilità dell'usucapione al fallimento. Profili di responsabilità del curatore fallimentare</i>	» 266
Corte di Cassazione, 7 marzo 2022, n. 7413	» 281
con nota di ROSSELLA FADDA, <i>La soluzione della Corte di Cassazione in tema di omogenitorialità ricusa la post-modernità giuridica delle Corti Cagliaritanee e riafferma i principi della l. 40/2004</i>	» 290
Corte d'appello di Cagliari, 28 aprile 2021, n. 189	» 293
con nota di GOFFREDO ZUDDAS, <i>Risarcimento del danno per mancata restituzione del bene alla scadenza di un contratto di comodato</i>	» 296
Corte d'appello di Cagliari, 14 settembre 2021, n. 401	» 305
con nota di AMANDA CAROTTI, <i>Scontro tra autoveicoli e danno da perdita del rapporto parentale: il prudente apprezzamento del giudice quale limite fondamentale agli automatismi probatori nel processo civile</i>	» 309
Arbitro Bancario Finanziario – Collegio di Palermo, decisione 3 giugno 2022 n. 8646	» 319
con nota di MANUELA TOLA, <i>Sul diritto dell'erede, del legatario e del legittimario pretermesso ad ottenere copia della documentazione bancaria del de cuius</i>	» 322

	<i>pag.</i>
Tribunale di Cagliari, Sezione specializzata, in materia di imprese, decreto, 21 maggio 2021	» 331
con nota di VALENTINA BARONCINI, <i>Sull'efficacia esecutiva delle sentenze di annullamento di delibere sociali</i>	» 338
Tribunale di Sassari, 15 marzo 2022, n. 299	» 347
con nota di ANGELO LUMINOSO, <i>Azioni restitutorie e risarcitorie conseguenti alla risoluzione del contratto, danno da occupazione sine titolo e riversione dei frutti</i>	» 363

DIRITTO PUBBLICO

Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna, Sezione I, 20 maggio 2021, n. 361	» 373
con nota di FELICE ANCORA, <i>Irricevibilità ed inammissibilità nella Giustizia amministrativa</i>	» 374
Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna, Sezione II, 16 agosto 2021, n. 598	» 395
con nota di MAURO SOGGIU, <i>Sulle modalità di selezione a disposizione della p.a. in materia di erogazione di contributi pubblici alle associazioni culturali e il relativo controllo giurisdizionale</i>	» 398

RIVISTA GIURIDICA SARDA

INDICE DEL FASCICOLO 2

(Maggio - Agosto - 2022)

Parte seconda DOTTRINA E VARIETÀ

	<i>pag.</i>
ENZO VULLO, <i>La revoca e la modifica dei provvedimenti cautelari civili</i> »	33
LEONARDO FILIPPI, <i>La riforma del processo penale: atto secondo</i> »	69
SILVIO SAU, <i>Interventi di garanzia sulla formazione della prova in sede di indagini preliminari: uno sguardo sintetico</i> »	75
DIONIGI SCANO, <i>La nomina e l'accettazione degli arbitri, loro indipendenza, imparzialità e ricusazione</i> »	87

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

C

COMODATO

- Termine di restituzione del bene - Scadenza - Mancata restituzione - Richiesta di risarcimento del danno - Prova del danno - Necessità - Danno in *re ipsa* - Esclusione - 293.

E

EROGAZIONI DI CONTRIBUTI PUBBLICI PER EVENTI CULTURALI

- L. reg. 21 aprile 1955, n. 7 - D.lgs. 31 marzo 1998, n. 123 - Ricorso ordinario *ex art.* 29 c.p.a. - Eccesso di potere per sviamento - Violazione art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241 - Genericità della motivazione e lacunosità della stessa - Accoglie - 395.

P

POSSESSO

- Effetti - Usucapione - Interruzione - Sentenza dichiarativa di fallimento e sua trascrizione - Idoneità ad interrompere il possesso *ad usucapionem* - Esclusione - Fondamento - 251.

PROCESSO AMMINISTRATIVO

- Ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione su un'istanza del privato - Deposito tardivo - Sopravvenienza di provvedimento espresso di accoglimento dell'istanza, con presa d'atto della tardività - Dichiarazione di inammissibilità del ricorso e non di cessazione della materia del contendere - 373.

PROCESSO CIVILE

- Sentenza di primo grado di annullamento di delibere assembleare societaria - Esecuzione provvisoria - Sussiste - 331.

PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA

- Applicazione estensiva della legge sulla P.M.A. - Tutela del minore - Riconoscimento dello *status filiationis* - Inammissibilità - 281.
- Requisiti oggettivi e soggettivi - Illiceità della P.M.A. - Tutela del minore - Costituzione del rapporto di filiazione - Inammissibilità - 281.
- Unione civile - Nascita da P.M.A. - Formazione dell'atto di nascita - Indicazione della seconda madre - Inammissibilità - 281.

R

RAPPORTI BANCARI

- Accesso alla documentazione bancaria del *de cuius* - Istanza *ex art.* 119 T.u.b. - Diritto del legatario - Sussiste - 319.
- Diritto di ottenere copia della documentazione bancaria del *de cuius* - Necessità di un'aspettativa qualificata a titolo ereditario - Legittimario pretermesso - Ammissibilità - 319.

RESPONSABILITÀ CIVILE

- Danno non patrimoniale - Danno da perdita del rapporto parentale - Danno-conseguenza - Liquidazione del danno - Criteri di valutazione - 305.
- Scontro tra veicoli - Responsabilità extracontrattuale - Presunzione

di pari corresponsabilità - Carattere sussidiario - Oneri probatori delle parti - 305.

S

SOCIETÀ A RESPONSABILITÀ LIMITATA

- Aumento a pagamento del capitale sociale - Quote di nuova emissione - Diritto di sottoscrizione - Cessione del diritto a terzi - Ammissibilità - Condizioni - Carattere personalistico della s.r.l. - Interpretazione in senso debole - Preferibilità - 229.

V

VENDITA

- Azione di risoluzione *ex art.* 1489 c.c. - Prescrizione decennale - Decorrenza del termine - Scoperta del vincolo sul bene - 347.
- Di cosa gravata da vincoli e diritti che ne diminuiscono il godimento - Responsabilità speciale del venditore per imperfetta attuazione dell'effetto reale - Diritto del compratore alla risoluzione e alle restituzioni - Irrilevanza della colpa del venditore - Diritto del compratore al risarcimento dei

danni - Necessità della colpa del venditore - 347.

- Risoluzione del contratto *ex art.* 1489 c.c. - Diritto del compratore alla restituzione del prezzo - Debito di valuta - Interessi al tasso legale ordinario e non al tasso superiore *ex art.* 1284, comma 4°, c.c. - 347.
- Risoluzione del contratto *ex art.* 1489 c.c. - Diritto del compratore al rimborso delle spese sostenute per il contratto - Rimborso delle spese per la stipulazione di un mutuo bancario e il pagamento dei relativi interessi - Necessità della colpa del venditore - 347.
- Risoluzione del contratto *ex art.* 1489 c.c. - Diritto del venditore incolpevole ad un indennizzo per il mancato godimento dell'immobile venduto - Decorrenza - Domanda di restituzione del bene - 347.
- Risoluzione del contratto *ex art.* 1489 c.c. - Obbligo del compratore di indennizzare il venditore per il mancato godimento dell'immobile venduto - Prova e liquidazione del danno - Presunzione relativa di "danno in *re ipsa*" - Liquidazione in base al valore locativo dell'immobile - 348.

Scriviamo insieme la nostra storia.



Per saperne di più
leggi il codice QR
con il tuo cellulare!



- XVII Sec. Monti Frumentari
- XIX Sec. Lasse Adornavivile
- 1927 ICAS
- 1953 Banco di Sardegna
- 1992 Banco di Sardegna S.P.A.
- 2001 Il Banco nel Gruppo BPER



La nostra è una lunga storia, iniziata quattro secoli fa con i Monti Frumentari. Come allora, ci impegniamo ogni giorno per creare valore per la nostra terra, per i nostri clienti e per chi lavora con noi. Il mondo è cambiato, ma i nostri valori, la correttezza e l'integrità nell'agire, così come il rispetto per gli altri, sono rimasti gli stessi. Perché da sempre pensiamo che la fiducia delle persone sia il nostro patrimonio più importante.



Banco di Sardegna

Ogni giorno con te.



PARTE PRIMA

DIRITTO PRIVATO

CORTE DI CASSAZIONE, Sezione I, 9 aprile 2021, n. 9460 (ord.) — GENOVESE *Presidente* — FALABELLA *Estensore* — C.P.P., C.S.M., H. S. s.a.s. di C.S.M. (avv.ti M. Aureli, S. Aureli) c. B. M. s.r.l. (avv.ti A. Serra, P. Serra).

Conferma App. Cagliari, Sez. distaccata Sassari, 29 luglio 2016; App. Cagliari, sez. distaccata Sassari, 9 novembre 2018.

Società a responsabilità limitata - Aumento a pagamento del capitale sociale - Quote di nuova emissione - Diritto di sottoscrizione - Cessione del diritto a terzi - Ammissibilità - Condizioni - Carattere personalistico della s.r.l. - Interpretazione in senso debole - Preferibilità.

(Cod. civ., artt. 2481-*bis*, 2469).

In seguito all'aumento del capitale sociale a pagamento di una s.r.l., il socio può cedere a terzi il proprio diritto di sottoscrizione delle quote di nuova emissione, purché l'atto costitutivo non preveda limiti alla libera trasferibilità delle partecipazioni. Il carattere "personalistico" della società a responsabilità limitata, infatti, deve essere interpretato in "senso debole", in quanto posto a tutela della misura della partecipazione del singolo socio rispetto agli altri e non della aprioristica "chiusura" della società rispetto all'ingresso di nuovi soggetti nella compagine sociale (1).

(*Omissis*) — 1. — In data 13 novembre 2006 l'assemblea straordinaria di B. M. s.r.l. deliberava l'azzeramento del capitale sociale, in conseguenza di perdite risultanti dal bilancio straordinario chiu-

(1) La nota segue a p. 238.

so al 31 agosto 2006, e il contestuale aumento del capitale stesso a Euro 10.200,00; deliberava, altresì, un secondo aumento di capitale a Euro 3.200.000,00.

2. – I soci di minoranza H. S. s.a.s. di C.S.M., C.P.P. e C.S.M. proponevano una prima impugnazione della delibera assembleare avanti al Tribunale di Sassari il quale, con sentenza del 30 marzo 2010, dichiarava inammissibili le domande spiegate dagli attori.

3. – Pronunciandosi sul gravame avverso tale sentenza, la Corte di appello di Cagliari, sezione distaccata di Sassari, rigettava, in data 29 luglio 2016, l'appello.

4. – Una seconda impugnazione della delibera adottata nella nominata assemblea del 13 novembre 2006 era respinta dal Tribunale sassarese.

5. – Anche in questo caso aveva corso il giudizio di appello; questo era definito con sentenza di rigetto della Corte di Cagliari, sezione distaccata di Sassari, del 9 novembre 2018.

Le due pronunce sono state impugnate con due ricorsi per cassazione da H.S. s.a.s. di C.S.M., P.P.C. e S.M.C. Entrambi constano di tre motivi. Nei due giudizi avanti questa Corte B. M. s.r.l. ha resistito con controricorso. Sono state depositate memorie. Il pubblico ministero ha rassegnato conclusioni scritte, instando per il rigetto di entrambi i ricorsi. (*Omissis*)

RAGIONI DELLA DECISIONE — (*Omissis*). 1. – I motivi posti a fondamento del primo ricorso (*Omissis*) possono riassumersi come segue.

1.1. – Col primo mezzo di censura è denunciata la violazione dell'art. 183 c.p.c., comma 4°. È lamentato che la Corte di appello abbia mancato di prendere in esame la censura circa la decorrenza del termine concesso per esercitare il diritto di opzione. Viene ricordato che il termine entro cui i soci possono esercitare il diritto di sottoscrivere l'aumento del capitale di una società a responsabilità limitata decorre non dalla pubblicazione dell'offerta mediante deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, bensì dal momento in cui viene comunicato ai soci che l'aumento di capitale può essere sottoscritto; nella fattispecie – evidenziano i ricorrenti – la delibera prevedeva, invece, che la sottoscrizione dovesse avvenire entro 30 giorni dall'iscrizione della stessa nel registro delle imprese. La censura investe l'affermazione del giudice del gravame con cui è

stato affermato che «in difetto di allegazione da parte del socio di aver ricevuto un qualche pregiudizio all'esercizio del diritto di opzione», doveva ritenersi che la previsione contenuta nella delibera rendesse «irrilevante il profilo di annullabilità dedotto». Asseriscono i ricorrenti che, valorizzando il difetto di interesse ad agire dei soci che avevano impugnato, la Corte di appello avrebbe basato la propria decisione su una questione rilevata d'ufficio senza aprire il contraddittorio su di essa, così violando la prescrizione di cui all'art. 101 c.p.c., comma 1°.

1.2. – Il secondo motivo oppone la violazione dell'art. 2481-*bis* c.p.c. I ricorrenti spiegano di aver indicato, quale ulteriore causa di invalidità del deliberato assembleare, il fatto che, in base a quanto stabilito dall'assemblea, il diritto di sottoscrizione proporzionale (o di opzione) potesse essere esercitato soltanto dagli attuali soci, con esclusione dei terzi che se ne fossero resi cessionari. Al riguardo, la Corte di merito ha valorizzato la previsione dell'atto costitutivo di B. M., da essa ritenuto conforme al disposto dell'art. 2481-*bis* c.c., comma 1°, Sostengono i ricorrenti che la pronuncia impugnata porrebbe una sensibile limitazione al diritto di sottoscrizione proporzionale spettante ai vecchi soci. Si sottolinea come, per escludere o limitare il diritto di opzione, sia necessaria una clausola statutaria diretta a quel risultato e si evidenzia poi, come lo statuto della società non contenga una previsione in tal senso. Gli istanti rilevano, infine, che il diritto di opzione, in quanto diritto di credito disponibile e avente carattere non personale, può essere oggetto di cessione secondo la regola generale posta dall'art. 1260 c.c. e che l'interesse di cui è lamentata la lesione è quello di potersi assicurare, mediante un'onerosa cessione del diritto a terzi, utilità patrimoniali prossime a quelle ottenibili mediante la sottoscrizione del nuovo capitale. (*Omissis*)

2. – I motivi svolti nel secondo ricorso (R.G.N. [*Omissis*]) sono in parte sovrapponibili a quelli articolati nel primo.

2.1. – I ricorrenti oppongono anzitutto, la violazione degli artt. 2481-*bis* e dell'art. 1260 c.c. La censura ha ad oggetto il tema della cedibilità del diritto di opzione: sul punto, la Corte di appello ha ritenuto che l'atto costitutivo della società fosse conforme alla previsione generale contenuta nell'art. 2481-*bis* e che la previsione in esso contenuta risultasse coerente con la maggiore "personalizzazione" della società a responsabilità limitata, introdotta dalla riforma, oltre che con l'interesse dei soci di mantenere inalterata la misura

della loro partecipazione. Gli argomenti svolti nel corpo del motivo sono in sostanza coincidenti con quelli articolati col secondo motivo del primo ricorso.

2.2. – Il secondo mezzo denuncia la violazione degli artt. 1421 e 2379 c.c. Spiegano i ricorrenti che nella comparsa conclusionale d'appello avevano fatto valere per la prima volta, quale causa di nullità, la violazione del termine previsto dall'art. 2481-*bis* c.c., comma 2°, e si dolgono che la Corte distrettuale abbia erroneamente osservato che tale questione non potesse essere esaminata. Si lamenta che, così facendo, il giudice di appello abbia disatteso il principio per cui anche per le delibere assembleari la nullità è rilevabile d'ufficio: è cioè invocata l'applicazione della regola posta dall'art. 1421 c.c. per i contratti.

3. – I due ricorsi vanno riuniti. (*Omissis*)

5. – Il secondo motivo del primo ricorso va esaminato unitamente al primo del secondo atto di impugnazione. Entrambi pongono la questione della cedibilità del diritto di opzione spettante ai soci della società a responsabilità limitata nel caso di aumento di capitale mediante nuovi conferimenti.

Va qui ricordato che la Corte di merito si è pronunciata espressamente sulla trasferibilità, da parte del socio, del diritto di opzione, negando che tale diritto fosse cedibile: in tal modo ha escluso che la delibera assembleare fosse, sotto tale profilo, illegittima. Mette conto di aggiungere che nella presente sede non si fa questione dell'interpretazione dell'impugnata delibera, essendo pacifico che la stessa non consentisse la cessione del diritto di opzione.

5.1. – Ciò detto, l'art. 2481-*bis* c.c., comma 1°, dispone: «In caso di decisione di aumento del capitale sociale mediante nuovi conferimenti spetta ai soci il diritto di sottoscriverlo in proporzione delle partecipazioni da essi possedute. L'atto costitutivo può prevedere, salvo per il caso di cui all'art. 2482-*ter*, che l'aumento di capitale possa essere attuato anche mediante offerta di quote di nuova emissione a terzi; in tal caso spetta ai soci che non hanno consentito alla decisione il diritto di recesso a norma dell'art. 2473».

Come è risaputo, la norma, introdotta col d.lgs. n. 6 del 2003, ha disciplinato in maniera autonoma rispetto a quanto stabilito per le società per azioni l'aumento di capitale "a pagamento" delle società a responsabilità limitata; lo ha fatto valorizzando il profilo personalistico di queste ultime società: profilo cui è del resto ispirata l'intera disciplina di riforma delle società a responsabilità a limi-

tata, giacché l'art. 3, comma 1°, lett. a), Legge Delega (l. n. 366 del 2001) prevedeva, per esse, un modello connotato dal "principio della rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci" e la stessa relazione al d.lgs. del 2003 sottolinea il rilievo che assumono, in tale forma societaria, le "persone dei soci" e i loro "rapporti personali". Coerentemente a tale impostazione di fondo l'art. 2481-*bis* attribuisce al socio il diritto di sottoscrivere l'aumento di capitale in proporzione alla quota posseduta e ammette l'esclusione o la limitazione di tale diritto solo nel caso in cui ciò sia contemplato dallo statuto, facendo salvo, in tal caso, il recesso del socio; la norma, attraverso il richiamo all'art. 2482 *ter* chiarisce, poi, che la possibilità di escludere o limitare il detto diritto del socio non opera in caso di riduzione di capitale per perdite, giacché in tale ipotesi l'esigenza di ricapitalizzazione della società è recessiva rispetto alla necessità di conservare al socio il diritto di partecipazione.

5.2. – Secondo il pubblico ministero il divieto di cedere il diritto di opzione andrebbe ricavato dall'art. 2481-*bis* c.c., comma 1°: poiché – egli afferma – solo l'atto costitutivo può prevedere l'offerta delle quote di nuova emissione a terzi, nel silenzio di tale atto l'offerta a terzi non può avvenire. Tale conclusione – viene spiegato – risulterebbe del resto «in armonia con il carattere solitamente ristretto e personalizzato della società a responsabilità limitata».

Nonostante, come si vedrà, i motivi in esame non possano dirsi fondati, reputa il Collegio che i rilievi della parte pubblica non possano essere condivisi e che l'asserita intrasferibilità del diritto di opzione, in assenza di disposizioni statutarie che lo prevedano, non trovi persuasivo riscontro alla stregua della disciplina legislativa vigente.

5.3. – Va osservato, anzitutto, che l'art. 2481-*bis*, comma 1° si occupa della previsione statutaria che consenta un aumento di capitale da attuarsi mediante offerta delle quote di nuova emissione a terzi: la disposizione ha quindi ad oggetto una modalità di capitalizzazione della società che, basandosi sull'offerta delle nuove partecipazioni a soggetti estranei alla società, comporta una compressione del diritto di opzione spettante ai soci. In tal senso, la fattispecie presa in considerazione dalla norma appare non sovrapponibile a quella di cui si dibatte; l'art. 2481-*bis* contempla infatti un regolamento statutario che sottrae le nuove quote al diritto di opzione, mentre l'ipotesi presa qui in considerazione presuppone un dato di partenza di segno opposto: e cioè la titolarità, in capo al socio, del diritto di opzione sulle quote di nuova emissione (di cui si predica la cedibilità).

5.4. – Quanto, poi, al carattere personalistico della società a responsabilità limitata, esso, secondo la dottrina, può intendersi in due distinti significati.

In una prima declinazione tale connotato è atto a descrivere la tendenziale chiusura della società a responsabilità limitata a soggetti terzi, che non potrebbero quindi farvi ingresso: in tale prospettiva, la detta società sarebbe dunque qualificata dal dato della sostanziale immutabilità della sua componente soggettiva, rappresentata dai soci.

In una seconda accezione di senso il carattere personalistico della società a responsabilità limitata è da riferire al ruolo che la partecipazione sociale assegna ad un socio rispetto agli altri: la dimensione personale della società sarebbe quindi da correlare alla volontà del legislatore di mantenere inalterata non già la composizione della società (che ben potrebbe essere esposta all'ingresso di nuovi soci), ma la misura della partecipazione del singolo socio. Rileverebbe, in altri termini, la valorizzazione, da parte del legislatore, dell'interesse del socio stesso a non vedere diluita la consistenza della partecipazione posseduta (e, di conseguenza, la consistenza dei diritti, amministrativi e patrimoniali, che da essa dipendono).

Nel primo significato la connotazione personalistica della società si opporrebbe alla libera cessione del diritto di opzione, dal momento che, attraverso il trasferimento del detto diritto a terzi, che poi lo esercitano, l'originaria composizione della società verrebbe a certamente a modificarsi.

È difficile credere, tuttavia, che la società a responsabilità limitata sia definita, in termini generali, da una tale esaltazione dell'*intuitus personae*: basti considerare, in proposito, che a norma dell'art. 2469 c.c., comma 1°, le partecipazioni della detta società sono liberamente trasferibili, salvo contraria disposizione dell'atto costitutivo; in base alla predetta norma, dunque, la società in questione è concepita dal legislatore come un ente aperto, almeno di regola, all'ingresso di nuovi soci.

Appare pertanto preferibile l'opinione che intende il carattere personalistico della società in senso, per così dire, debole: avendo cioè riguardo al ricordato interesse del socio a non vedere ridotta la propria partecipazione all'interno della compagine. È precisamente in tale chiave che si spiega, del resto, la disciplina del diritto di opzione, giacché tale regolamentazione, contenuta nel cit. art. 2481-bis, è diretta a preservare, in seno alla società, i medesimi rapporti

di forza tra i soci: questi, infatti, con l'esercizio del detto diritto, sono posti nella condizione di acquisire quote di nuova emissione in misura proporzionale a quelle già possedute.

5.5. – In tal senso, non è dato di ravvisare, in linea di principio, ragioni che ostino alla configurabilità della trasferibilità del diritto di opzione del singolo socio. Se, infatti, la richiamata disciplina del diritto di opzione è intesa a tutelare l'interesse del socio a mantenere inalterata la propria partecipazione all'interno della società, quel che rileva è la volontà di tale soggetto di dare attuazione a tale interesse: ove, dunque, una volontà in tal senso difetti (perché l'interessato non intende conservare la partecipazione fino ad allora posseduta, o non è in grado di mantenerla, mancando delle disponibilità economiche necessarie a tal fine) deve ritenersi che egli possa privarsi del diritto di opzione che gli spetta, rinunciandovi o cedendolo a terzi.

Il trasferimento del diritto di opzione può allora ritenersi precluso solo in presenza di una regolamentazione statutaria che sia direttamente o indirettamente incompatibile con esso. Assumono, cioè, portata ostativa, rispetto alla cessione dell'opzione, sia la disposizione dello statuto che espressamente la vieti, sia quella che escluda la libera circolazione delle partecipazioni societarie. A quest'ultimo riguardo è infatti da osservare che risulterebbe incongruo ammettere la trasferibilità del diritto di opzione delle quote di aumento del capitale sociale quando la norma statutaria impedisce la cessione della partecipazione societaria. In presenza di una prescrizione che vieti la cessione delle quote, la disciplina statutaria risulta chiaramente improntata all'esclusione dell'ingresso di nuovi soci: in una siffatta evenienza, dunque, la libera trasferibilità del diritto di opzione condurrebbe a un risultato che il contratto sociale ha vietato e non può conseguentemente ritenersi ammessa. In altri termini, l'esistenza della clausola statutaria che impedisca la circolazione delle partecipazioni sociali conferisce alla società quella peculiare caratterizzazione personalistica – estranea, come si è detto, alla disciplina legislativa – che è funzionale al mantenimento dell'originaria composizione soggettiva della società, la quale non si concilia con l'ingresso di nuovi soci.

All'opposto, ove la partecipazione societaria sia suscettibile di trasferimento, il divieto di cessione del diritto di opzione si mostra privo di fondamento giustificativo. Non solo: assumere l'esistenza del divieto in tale ipotesi porterebbe a conseguenze scarsamente co-

erenti sul piano logico; dovrebbe difatti riconoscersi che il socio non possa trasferire il proprio diritto di opzione al terzo che intenda acquisire la partecipazione sociale, ma possa, immediatamente dopo aver esercitato il diritto di opzione, trasferire la relativa quota allo stesso terzo (sicché, in definitiva, le parti interessate potrebbero raggiungere il medesimo risultato pratico cui mira la cessione dell'opzione spostando semplicemente in avanti, nel tempo, il negozio traslativo e mutandone l'oggetto).

La conclusione esposta non riceve smentita dalla previsione contenuta nell'art. 2481-*bis*, comma 2°, ultimo periodo secondo cui «(l)a decisione può anche consentire, disciplinandone le modalità, che la parte dell'aumento di capitale non sottoscritta da uno o più soci sia sottoscritta dagli altri soci o da terzi».

Anzitutto la norma non esprime la volontà del legislatore di ostacolare, in occasione dell'aumento del capitale sociale, l'ingresso di nuovi soci: essa infatti ammette che la quota di capitale non sottoscritta sia offerta non solo ai soci, ma anche ai terzi. Resta dunque confermato, sotto tale aspetto, che la caratterizzazione personalistica della società a responsabilità limitata non è da intendere nel senso, "forte", di tendenziale immutabilità delle persone dei suoi soci. In secondo luogo, la disposizione si occupa della deliberazione dell'assemblea sull'inoptato e risulta neutra rispetto al tema che qui interessa. Né rileva che la norma prenda in considerazione l'ipotesi della mancata sottoscrizione "da uno o più soci": la previsione è da leggere in continuità con la regola, posta dal comma 1°, secondo cui il diritto di opzione spetta, per l'appunto, ai soci, in misura proporzionale alle partecipazioni possedute; l'art. 2481-*bis*, comma 2°, u.p., mostra, in altri termini, di voler disciplinare la mancata sottoscrizione dell'aumento di capitale prendendo in considerazione i soggetti, cui compete, per legge, il diritto di opzione e disinteressandosi del problema della cedibilità di quest'ultimo da parte dei soci stessi (problema che, significativamente, non è affrontato in nessuna parte dell'articolo).

5.6. – In termini generali, può ritenersi, allora, che il socio, anteriormente alla scadenza del termine previsto per l'esercizio del diritto di opzione, possa liberamente cedere il diritto stesso a terzi non soci, salva la contraria previsione dello statuto dettata in tema di aumenti di capitale mediante nuovi conferimenti, e sempre che lo stesso statuto non limiti la circolazione delle partecipazioni sociali.

5.7. – Ora, la Corte di appello è stata investita della questione dell'illegittimità della delibera sotto il profilo dell'implicazione, in essa, del divieto, fatto ai soci, di cedere il diritto di sottoscrizione delle nuove quote. Rammenta il giudice distrettuale che con l'atto di gravame gli odierni ricorrenti avevano sostenuto che la decisione di escludere l'offerta in sottoscrizione a terzi non soci delle quote di nuova emissione non sottoscritte dai soci «comporterebbe il divieto di cedere il diritto di sottoscrizione proporzionale» in difetto di allegazione di un qualche interesse sociale a detta limitazione" (prima sentenza, pag. 6; seconda sentenza, pag. 9). La Corte di merito non ha negato che la delibera impugnata precludesse ai soci di cedere le quote offerte loro in opzione, ma ha aggiunto che tale delibera risultava conforme alla previsione statutaria (pag. 10 della seconda sentenza; nella prima pronuncia si afferma sostanzialmente lo stesso quando si rileva che la delibera risulta essere coerente allo statuto: p. 7).

I ricorrenti non hanno sollevato, col ricorso per cassazione, questioni interpretative vertenti sulla clausola statutaria; si sono limitati a osservare che l'art. 4 dello statuto, al comma 3°, conferisce ai possessori delle quote il diritto di opzione per il capitale in aumento: rilievo, questo, che appare tuttavia privo di decisività, essendo pacifico, in causa, che lo statuto non contenga deroga alla regola, posta dall'art. 2481-*bis* c.c., comma 1°, che assegna ai soci il diritto di sottoscrivere l'aumento di capitale in proporzione delle partecipazioni possedute. E del resto, come è del tutto evidente, ove lo statuto avesse escluso, in radice, il diritto di opzione, un problema di cedibilità dello stesso non si sarebbe potuto nemmeno porre.

Ciò detto, l'affermazione della Corte di appello circa la conformità della delibera impugnata allo statuto sociale è, ai fini che interessano, cruciale. Se, infatti, come si è detto, la libera trasferibilità del diritto di opzione sulla quota non può configurarsi in presenza di una previsione statutaria che lo escluda, non può considerarsi illegittima la delibera che, proprio recependo la disciplina dello statuto, neghi la cedibilità del diritto in esame.

In conclusione, e come anticipato, la sentenza impugnata si sottrae alle censure svolte coi motivi in esame (*Omissis*).

7. – I due ricorsi sono conclusivamente respinti (*omissis*).

(1) La cedibilità del diritto del socio di s.r.l. di sottoscrivere l'aumento del capitale a pagamento.

SOMMARIO: 1. Il caso e il provvedimento in sintesi. – 2. La cedibilità del diritto di sottoscrizione e il carattere personalistico “debole” del tipo s.r.l. – 3. Il regime legale dell'aumento del capitale a pagamento nella s.r.l. e la compressione del diritto individuale di sottoscrizione – 4. Diritto di sottoscrizione nella s.r.l. e diritto di opzione sulle azioni: omogeneità e divergenze. – 5. Aumento del capitale e “carattere personalistico” della s.r.l. – 6. La cedibilità del diritto di sottoscrizione e la difficile comprensione del regime di trasferimento delle quote: problemi interpretativi attuali e futuri.

1. Con l'ordinanza in epigrafe i giudici di legittimità decidono su due ricorsi, riuniti per omogeneità di oggetto e di motivi, volti a far riconoscere l'invalidità di una delibera assembleare assunta da una s.r.l., che prevedeva azzeramento e contestuali ricostituzione e aumento del capitale sociale, destinato a essere sottoscritto in via esclusiva dai soci. La Corte d'appello di Cagliari, sez. distaccata di Sassari, con le due decisioni inedite indicate nell'intestazione, si era pronunciata nella prima impugnazione della delibera per l'inammissibilità, nella seconda aveva rigettato nel merito, con decisione confermata dalla Cassazione, che respinge entrambi i ricorsi.

Tra i diversi motivi di censura, spicca per rilevanza quello relativo alla controversa questione della trasferibilità a terzi, nelle more tra la delibera di aumento del capitale e la scadenza del termine previsto per il suo esercizio, del diritto che spetta al socio di s.r.l. di sottoscrivere l'aumento del capitale a pagamento in proporzione alla partecipazione posseduta, ai sensi dell'art. 2481-*bis* c.c. Nel caso di specie la cedibilità del diritto viene esclusa, posto che la delibera impugnata contemplava (o implicava) l'esclusione di terzi dalla partecipazione alla sottoscrizione dell'aumento, in conformità alla previsione dello statuto, sulla quale, per la verità il provvedimento non dà indicazioni specifiche. Risulta, tuttavia, dalle precisazioni fornite dalla dottrina che si è occupata della pronuncia (1), che lo statuto della società comprendeva una clausola di prelazione per il trasferimento delle quote per atto tra vivi, anche se non è noto in che termini essa fosse formulata – e, in particolare se si trattasse di prelazione propria o impropria –, ma che comunque va apprezzata come introduttiva di un limite al trasferimento delle quote e, indirettamente, anche al trasferimento del diritto di sottoscrizione in sede di aumento. Aspetto, questo, che dovrebbe aver rilevato per le conclusioni raggiunte dalla Cassazione.

Benché non apporti novità dirompenti rispetto al quadro interpretativo corrente, che in via maggioritaria già si orientava per la trasferibilità, a certe condizioni, di tale diritto, l'ordinanza ha immediatamente destato interesse e apprezzamento in dottrina (2). In effetti, la decisione merita attenzione per diverse ra-

(1) L'ordinanza, pubblicata nella banca dati *Deiure.it*, è stata oggetto di segnalazione, corredata da una prima puntuale analisi di PETROBONI, in *Riv. soc.*, 2021, p. 1066, dal quale si ritrae l'informazione sullo statuto della società resistente/controricorrente di cui si dice nel testo.

(2) L'ordinanza è stata pubblicata e commentata in *Le società*, 2021, p. 781 ss. (ove può leggersi il testo integrale del provvedimento, qui riproposto nelle sole parti rilevanti per il prin-

gioni: non soltanto perché è – a quanto risulta – la prima pronuncia che interviene in tema dopo la riforma del diritto societario del 2003, inserendosi in un contesto nel quale, mancano, oggi come nel sistema ante riforma, disposizioni che abbiano riguardo espresso alla cedibilità del diritto di sottoscrizione, tanto per escluderla, quanto per consentirla (3), né solo perché rafforza, con l'avallo autorevole dei giudici di legittimità, l'orientamento dominante. Il particolare valore della decisione risiede, soprattutto, nel contributo che offre alla nitida perimetrazione di una delle questioni di fondo più critiche sollevate dalla s.r.l., che investe la sua caratterizzazione "personalistica", e si ribalta su questioni applicative che superano i termini dello specifico problema qui affrontato.

2. – La Cassazione, come si è anticipato, nel pronunciarsi per la cedibilità (relativa) del diritto di sottoscrizione (4), accoglie e dà risalto all'argomento principale sulla base del quale la soluzione affermativa sul punto viene di consueto postulata dalla letteratura che la propugna, e che può proiettarsi come criterio interpretativo per la soluzione di altre questioni controverse.

Tale argomento si fonda sul ricorso a una lettura sistemica o olistica dell'assetto definito dall'atto costitutivo della società interessata dall'operazione, con riguardo al grado di permeabilità che essa presenta rispetto all'ingresso di nuovi soci (5), alla luce del quale può essere individuato il suo carattere personalistico più o meno accentuato.

cipio affermato), da CAGNASSO, *Cessione del diritto di sottoscrizione dell'aumento di capitale di s.r.l.*; in *Giur. it.*, 2021, p. 2398, da GUERCIO, *La cedibilità del diritto di sottoscrizione in caso di aumento di capitale nella s.r.l.*; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, II, p. 1 ss., da G.B. FAUCEGLIA, *La caratterizzazione personalistica della società a responsabilità limitata e l'ipotesi di cessione ai terzi del diritto di sottoscrizione delle quote di nuova emissione*; in *Il societario*, da CAPPELLETTI, *Sul diritto di opzione dei soci in occasione di aumento di capitale mediante nuovi conferimenti e sulla cedibilità a terzi*.

(3) Così SPOLIDORO, *L'aumento del capitale sociale nelle s.r.l.*, in *RDS*, 2008, p. 464 ss., a p. 482.

(4) Si esprimono per la cedibilità del diritto, tra gli altri: CAGNASSO, *Cessione*, cit., ma già ID., *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, vol. V.1, Padova, 2007, p. 332 ss.; CERRATO, *sub artt. 2481-2481 ter*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario* diretto da Cottino e Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Torino, 2004, vol. 2, p. 1969; CETRA, *Le operazioni sul capitale sociale nella s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 812; GIANNELLI, in diversi contributi in tema e, da ultimo, in *Le operazioni sul capitale*, in *Le società a responsabilità limitata* a cura di Ibba e Marasà, cit., vol. II, p. 1580 s., RACUGNO, *Le modificazioni del capitale sociale nella nuova s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 810 ss., e, con particolare dovizia argomentativa, ZANARONE, *sub art. 2481-bis*, in *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger diretto da Busnelli, Milano, 2010.

(5) A quanto, cioè, la sua porta sia "murata", "spalancata" o "senza battenti", per richiamare le icastiche espressioni di SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto societario* a cura di Cian, Padova, 2004, p. 29 ss.

Il criterio valorizzato nella pronuncia dei giudici di legittimità per risolvere il dubbio sulla cedibilità del diritto di sottoscrizione non disciplinato dall'atto costitutivo è rappresentato dal necessario allineamento delle diverse regole che, nella singola società, attengono alla possibile variazione della composizione della compagine societaria, presidiando l'immutabilità di quella originaria, ovvero consentendone il mutamento. Le regole sulla trasferibilità della quota, siano esse quelle legali o quelle diversamente definite attraverso l'autonomia negoziale in via statutaria, identificano l'effettivo livello di personalizzazione della società, che rileva rispetto a tutte le situazioni, come l'aumento di capitale a pagamento, in cui entra in gioco l'assetto partecipativo.

Se, infatti, per effetto del regime legale di circolazione delle quote, che di *default* prevede la libera trasferibilità, scelte unilaterali del socio di dismissione della propria partecipazione a favore di terzi possono modificare in senso soggettivo la base sociale, lo stesso criterio non può che protendere i propri effetti anche sull'aumento del capitale con nuovi conferimenti, legittimando la libera cedibilità, allo stesso modo della quota, anche del diritto del socio alla sottoscrizione dell'aumento (6). Osserva la stessa S.C., che alle due ipotesi, del resto, consegue il medesimo risultato pratico di variazione della compagine societaria originaria e non vi sarebbe ragione, nel silenzio dell'atto costitutivo, per consentirlo in un caso ed escluderlo nell'altro. Ragionando in termini diversi, peraltro, nulla impedirebbe al socio di sottoscrivere l'aumento, ipoteticamente anche con provvista ricevuta dall'aspirante socio, e di cederli successivamente la propria quota accresciuta o la sola frazione di quota corrispondente all'aumento sottoscritto. Soluzione, quest'ultima, che a sua volta presuppone, da un lato, la divisibilità della quota sul piano dispositivo, in concreto, e dall'altro il riconoscimento del valore relativo e residuale del principio di unitarietà della quota nelle dimensioni organizzative che vi si correlano (7).

Viceversa, gli impedimenti giuridici convenzionalmente introdotti nello statuto al libero trasferimento delle quote, si ribaltano anche sulla preclusione all'ingresso di nuovi soci in sede di aumento del capitale a pagamento.

(6) Osserva RACUGNO, *Le modificazioni*, cit., a p. 825, che «la *ratio* della clausola di gradimento, come pure della clausola di prelazione, consiste nell'introdurre meccanismi di controllo sulla circolazione delle partecipazioni e sulle connesse modifiche della compagine sociale, siano queste relative a partecipazioni già in essere come pure a partecipazioni emittende in seguito all'aumento del capitale sociale».

(7) Sul rapporto tra principio di unicità della quota e suo significato, divisibilità di essa e apprezzamento frazionato dei diritti correlati, si rinvia specificamente, anche per ogni indicazione sugli orientamenti, a M. CIAN, «Unitarietà» e «disgregabilità» della partecipazione di s.r.l. nelle vicende organizzative, in *Giur. comm.*, 2021, I, p. 396 ss., spec. p. 400 ss. Per una (dis)applicazione del principio di unitarietà al caso di esclusione del socio moroso per la parte di quota incrementata con la sottoscrizione di un aumento di capitale non liberato con i conferimenti dovuti, v. Cass., 21 gennaio 2020, n. 1185, mentre per l'esclusione per l'intera quota nella diversa ipotesi dell'indebitamento parziale all'obbligo di conferimento assunto in sede di costituzione della società, v. Trib. Roma, Sez. spec. impresa, 3 settembre 2020, in *Giur. comm.*, 2022, II, p. 720, con ampia nota di FACCI, *L'esclusione del socio moroso: un banco di prova per il principio di unitarietà della quota di s.r.l.*, al quale si rimanda per ogni ulteriore riferimento.

Si tratta peraltro di argomenti e soluzioni affatto nuovi: a essi perveniva la migliore dottrina già con riguardo alla disciplina previgente per motivare la cedibilità del diritto del socio (8), nel diverso contesto normativo (art. 2495 c.c., *ante* riforma), che conteneva un rinvio solo parziale alla disciplina dell'opzione. Essi erano maturati, tuttavia, in un quadro improntato a una logica di netta prossimità tra i tipi societari capitalistici, e di forte dipendenza delle regole della s.r.l. dalla disciplina madre della s.p.a. Essi si erano attestati, quindi, al netto del riferimento, sviluppato anche nella decisione qui analizzata, a ragioni connesse ai principi di «rilevanza centrale del socio e dei rapporti contrattuali tra i soci» (art. 3, comma 1°, lett. a, l. delega n. 366/2001), i quali, spezzando il codice organizzativo comune, hanno fatto da cornice all'odierna disciplina della s.r.l., autonomizzandola rispetto a quella della s.p.a. Si tratta, come è ben noto, di principi centrali nella riforma del 2003, specificamente valorizzati dalla Relazione min. al d.lgs. n. 6/2003, § 11, anche con specifico riguardo al diritto di sottoscrizione del socio di s.r.l., e che trovano particolare sottolineatura in alcune interpretazioni dottrinali (9).

È proprio la «personalizzazione del tipo» la nota nuova intervenuta ad arricchire anche sul punto la prospettiva interpretativa del sistema attuale della s.r.l., che è valsa tanto a differenziarla da quella maturata sotto il vigore della previgente legislazione, quanto a spezzarne il collegamento e la subordinazione a quella relativa alla s.p.a.

Ed è proprio in quest'ottica che la decisione in commento merita di essere messa in risalto, quale testimonianza della capacità della giurisprudenza di «valorizzare la collocazione della nostra società nel panorama dei tipi», senza cedere alla «tentazione di tornare ad applicare inerzialmente larghe parti della disciplina delle società azionarie alle società a responsabilità limitata» (10).

La decisione della Cassazione, infatti, si muove tutta sul piano di una lettura focalizzata sul tipo s.r.l., senza ricorrere a meccanismi di interpretazione estensiva o analogica delle regole ritraibili dalla s.p.a., e la motivazione si snoda se-

(8) V., in particolare, RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, XXX, t. 1, Milano, 1982, p. 366; SANTINI, *Della società a responsabilità limitata*, nel *Comm.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1992, p. 338; in argomento, fra gli studi tematici antecedenti alla riforma, cfr. CALANDRA BUONAURO, *L'aumento di capitale nella società a responsabilità limitata*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, vol. II, Padova, 1997, p. 1119 ss.

(9) Cfr., in particolare, SPERANZIN, *Diritto di sottoscrizione e tutela del socio nella s.r.l.*, Torino, 2012, spec. p. 31, cui *adde*, tra i contributi più recenti ispirati alla medesima chiave di lettura, quello di ALLECA, *Aumento a pagamento e tutela del socio nella s.r.l.*, in *RDS*, 2017, p. 983 ss., ad avviso del quale con la disciplina dell'aumento il «legislatore sembra aver voluto in primo luogo e soprattutto affermare la diversità della s.r.l., quale tipo dalla dimensione capitalistica suscettibile di una profonda attenuazione in senso personalistico; attenuazione della quale proprio la previsione di cui all'art. 2481-bis c.c. sarebbe espressione» (p. 991).

(10) La prospettiva è quella delineata con chiarezza da STELLA RICHTER jr., *Profilo storico*, in *Le società a responsabilità limitata* a cura di Ibba e Marasà, cit., p. 28, del quale è l'efficace sintesi espressiva dei virgolettati riportati nel testo.

guendo appunto il filo della “caratterizzazione in senso personalistico” della s.r.l., ridimensionando e dando concretezza a tale formula. La locuzione, infatti, fortemente enfattizzata dal legislatore (11), nei quasi vent’anni di vita della s.r.l. riformata nel 2003, soprattutto nell’esperienza e nelle riflessioni del primo periodo *post* riforma, si è presentata non di rado alla stregua di un mantra, più che come un canone interpretativo del tipo o della disciplina, e ha condotto a volte a oscurarne l’effettiva portata.

La lettura offerta dalla S.C., in adesione alla prospettazione delineata da autorevole dottrina (12), propone invece una visione attenuata della chiave personalistica che, muovendo dal problema specifico posto dall’aumento del capitale, investe in termini più generali la lettura del tipo s.r.l. e contribuisce allo smorzamento di tale connotato nel modello legale. Lo ridimensiona, infatti, in senso *debole*, dandogli un significato coerente con l’appartenenza del tipo s.r.l. alla classe delle società capitalistiche e con la concezione legislativa di essa come ente normalmente aperto e, dunque, per quanto qui d’interesse, con la disciplina delle operazioni sul capitale, che può considerarsi come la frazione più capitalistica di esse, pure rispetto al tipo connotato in senso personalistico (13).

3. – Per apprezzare più chiaramente la questione decisa e la soluzione qui adottata è necessaria una breve ripresa del regime legale dell’aumento del capitale della s.r.l. con nuovi conferimenti.

Nonostante l’art. 2481-*bis*, comma 1°, primo periodo, riproponga, nella sostanza, il contenuto del diritto di opzione dell’azionista, riservando al socio il diritto di sottoscrivere l’aumento reale del capitale proporzionalmente alla partecipazione posseduta, l’intera disciplina è stata ritenuta, da alcuni studiosi, uno fra i tratti più significativi di differenziazione della s.r.l. rispetto alla s.p.a. (14).

La regolamentazione legale dell’operazione, che si presenta compiuta, ma non senza vuoti (15), e autonoma rispetto a quella dettata dall’art. 2441 c.c. per le società azionarie, fa infatti riferimento testuale al diritto del socio a sottoscri-

(11) V. in specie, l’affermazione della Rel. Min. al d.lgs. n. 6/2003, che la s.r.l. «si caratterizza invece come una società personale la quale perciò, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata (...), può essere sottratta alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni».

(12) Specificamente da ZANARONE, *sub art. 2481-bis*, cit., p. 1536 ss.

(13) In senso opposto ALLECA, *L’aumento*, cit., p. 999.

(14) In questo senso, in particolare, SPERANZIN, *Diritto di sottoscrizione e tutela del socio nella s.r.l.*, cit., p. 31, e successivamente ID., *Disciplina del non sottoscritto nell’aumento di capitale di s.r.l.*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2020, I, p. 178.

(15) Così CERRATO, *sub artt. 2481-2481 ter*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario diretto da Cottino e Bonfante*, Cagnasso, Montalenti, Torino, 2004, vol. 2, p. 1947. In questo senso vanno sottolineate, in particolare, le criticità innescate, tra le altre, dall’incompletezza della disciplina dell’aumento delegato, della sorte del capitale non sottoscritto, delle modalità decisionali per l’ingresso della clausola statutaria di esclusione del diritto di sottoscrizione.

vere l'aumento, piuttosto che a un diritto di opzione su quote di nuova emissione; in essa si assicura che tale diritto non venga vulnerato, presidiandolo con meccanismi che presentano differenze non marginali rispetto a quelli che regolano l'opzione azionaria, che fanno perno interamente sul rilievo del contratto nella s.r.l., ma certamente non se ne vieta compressione o soppressione. Dalla lettera dell'art. 2481-*bis* c.c., infatti, non può desumersi, come alcuni ritengono, l'esistenza di un divieto di cessione che i soci potrebbero sterilizzare solo con una espressa previsione dell'atto costitutivo (16).

In particolare, l'esclusione del diritto individuale del singolo di sottoscrivere l'aumento nella s.r.l., e la possibilità di trasferirlo ad altri (a terzi, ma anche ad altri soci), è subordinata a un sistema che potenzia l'autonomia privata come regola di definizione del rapporto tra soci. Essa esige, infatti, un doppio livello che permetta l'ingresso di nuovi soci in sede di aumento: una disposizione statutaria che lo legittimi in via generale a monte, fissando eventualmente in modo espresso o implicito condizioni e limiti, e una specifica scelta assunta in sede necessariamente assembleare a valle, che legittima il socio dissenziente al recesso, venendo con ciò a escludersi anche che l'offerta del capitale a terzi possa venire adottata nel contesto di una delega all'aumento attribuita agli amministratori (17). Le previsioni statutarie che consentano l'offerta di sottoscrizione a terzi, peraltro, trovano un limite di efficacia, poiché non possono operare quando l'aumento sia deliberato contestualmente a una riduzione per perdite che intaccano il capitale minimo, venendo escluso radicalmente, in questa ipotesi, ogni possibile rischio di diluizione delle posizioni individuali preesistenti con l'ingresso di nuovi soci.

Il sistema legale ammette, quindi, ma costruisce in modo particolarmente rigoroso le condizioni alle quali è consentita la compressione del diritto individuale

(16) In questo senso si orientava invece il pubblico ministero nella vicenda decisa dalla Cassazione, come può leggersi nell'ordinanza: "secondo il pubblico ministero il divieto di cedere il diritto di opzione andrebbe ricavato dall'art. 2481-*bis*, comma 1°, c.c.: poiché – egli afferma – solo l'atto costitutivo può prevedere l'offerta delle quote di nuova emissione a terzi, nel silenzio di tale atto l'offerta a terzi non può avvenire".

(17) Per la prospettazione del doppio livello v. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 332 ss.; ID., *Cessione*, cit., p. 787. Quanto alla possibilità di limitare il diritto di sottoscrizione del socio nel contesto dell'aumento delegato, ai sensi dell'art. 2481 c.c., l'opinione dominante la esclude, a mio avviso condivisibilmente, non solo per l'argomento, a contrario, della esplicita autorizzazione in questo senso prevista per la s.p.a. dall'art. 2443 c.c. (v. in questo senso, in particolare, BARTALENA, sub art. 2481, in *Società di capitali. Commentario* a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1656), ma soprattutto in ragione della riserva in capo all'assemblea, ex art. 2479, n. 5, «delle decisioni comportanti una rilevante modificazioni dei diritti dei soci (e tali sono sicuramente l'esclusione o la limitazione del diritto di sottoscrizione)»: così ZANARONE, sub art. 2480, cit., p. 1501, aderendo alla lettura di GIANNELLI, espressa in diversi contributi dedicati al tema e riproposta da ultimo nella parte dedicata dall'A. a *Le operazioni sul capitale*, cit., loc. cit. In senso diverso, ferma restando la necessità di una previsione statutaria che lo preveda, tra gli altri, SPOLIDORO, *L'aumento*, cit., p. 475; GUERRERA-RESCIO, *L'aumento di capitale e la delega*, in *Commentario Portale*, cit., p. 894.

del socio, che può prospettarsi allora come “diritto soggettivo perfetto” (18), non vulnerabile senza il suo consenso, e pertanto certamente rafforzato rispetto alla mera aspettativa dell’azionista di mantenimento degli equilibri di potere nell’aumento di capitale a pagamento, aspettativa che arretra, senza diritto del socio all’*exit*, di fronte all’interesse della società, il quale fa da filo conduttore alle diverse ipotesi legali di esclusione del diritto d’opzione.

Nella s.r.l. la delibera di aumento deve invece muoversi all’interno delle coordinate fissate dall’atto costitutivo per l’ingresso o il sub-ingresso di nuovi soci, e in concreto potrà riservare l’aumento in offerta a terzi, precisa la Cassazione, solo se l’atto costitutivo delinea un sistema *non incompatibile* con la collaborazione extra-sociale dell’aumento (19) – spettando in ogni caso al socio che non vi abbia consentito il diritto di recedere –, ovvero con decisione assunta all’unanimità dai soci.

In termini analoghi dipendono, poi, dalla medesima delibera di aumento sia la sorte del capitale non sottoscritto da uno o più soci (art. 2481-*bis*, comma 2°), che potrà prevederne il collocamento presso gli altri soci (o terzi), definendone le modalità, sia l’eventuale scindibilità dell’aumento (art. 2481-*bis*, comma 3°). In mancanza di scelte dei soci in quest’ultimo senso, il singolo socio diviene arbitro delle sorti dell’aumento, poiché, non esercitando il proprio diritto o esercitandolo solo in parte, condanna all’insuccesso l’iniziativa di capitalizzazione programmata.

4. – L’insieme delle regole legali sulla sottoscrizione sopra richiamate mostra la chiara preordinazione della disciplina, così come lo è quella prevista per la società azionaria, al tendenziale mantenimento dell’assetto dei rapporti tra soci preesistente all’aumento. In questo senso deve convenirsi che l’operazione, in entrambi i tipi societari, ha carattere neutrale (20), non essendo consentito che, per il suo tramite, si alterino gli equilibri interni alla compagine sociale con modificazioni del peso relativo di ciascuna partecipazione, né a vantaggio di altri soci, né di terzi, se non per scelte condivise tra i soci.

La disciplina legale dettata per la s.r.l., tuttavia, non è di per sé affatto sintomatica della chiusura della società rispetto all’avvicendamento nella titolarità delle quote con ingresso di nuovi soci, che potrebbe invece essere frutto di una personalizzazione in senso *forte* della società, che precluda ingresso e subingresso di nuovi soci. Ne offre conferma il già richiamato divieto per gli amministratori di disporre autonomamente il collocamento dell’*inoptato* senza una previa autorizzazione in questo senso della delibera di aumento, *ex art.* 2481-*bis*, comma 2°,

(18) Cfr. ZANARONE, *sub art.* 2481-*bis*, cit., p. 1532, anche per il confronto con la qualificazione del diritto di opzione nella s.p.a., come “interesse occasionalmente protetto” coniata da BUONOCORE, *Le situazioni soggettive dell’azionista*, Napoli, 1965, p. 285.

(19) Salvo rinuncia da parte dei titolari.

(20) Cf. CETRA, *Le operazioni sul capitale sociale nella s.r.l.*, cit., il quale sottolinea che il principio di neutralità dell’operazione è espressamente sancito nelle operazioni di riduzione per perdite e di aumento gratuito, mentre lo si desume agevolmente in via interpretativa nelle riduzioni volontarie e dalla disciplina di default negli aumenti a pagamento.

terzo periodo, tanto presso terzi che presso gli altri soci; regola che opera anche in assenza di clausole limitative della circolazione delle partecipazioni (21).

Dall'iniziale consonanza di opinioni sulla comune finalità della disciplina sull'aumento nella s.p.a. e nella s.r.l., di assicurare, con regole differenziate per i due tipi societari, il mantenimento dei precedenti assetti interni alla società, per il resto le concezioni dottrinali sul diritto di sottoscrizione del socio di s.r.l. e sul diritto di opzione sulle azioni presentano significative divergenze.

In particolare, facendo leva sulla diversa formulazione delle norme che li prevedono, impostata in termini soggettivi per la s.r.l. (diritto del socio) e oggettivi (azioni di nuova emissione) per la s.p.a. (22), si era osservato, in alcuni primi commenti alle norme novellate nel 2003, che si tratterebbe di diritti a contenuto sì identico, ma distinti quanto a effetti verso i terzi (23), o in tutti i casi inidonei a essere raffrontati tra loro nella ricerca di principi uniformi (24). La differenza strutturale e funzionale tra i due istituti ha trovato un'affermazione più radicale e argomentata nel contesto di successivi studi, specie di carattere monografico sul tema, nei quali si sviluppano varie ragioni che concorrerebbero a connotare la funzione del diritto di sottoscrizione del socio nella s.r.l. in termini non solo di tutela rafforzata di quest'ultimo, ma altresì "diversa" rispetto alla s.p.a., talché esso nella s.r.l. risulterebbe un diritto (relativamente) indisponibile, ma frazionabile, e, soprattutto, incredibile anche in presenza di un regime di circolazione delle quote privo di limitazioni (25), nonché idoneo a condizionare, altresì, l'autonomia dei soci nella conformazione della "clausola di apertura" eventualmente introdotta nell'atto costitutivo (26).

A ridimensionare le differenze terminologiche del lessico legislativo e la disomogeneità strutturale tra i due istituti, riconducendo persuasivamente il diritto di sottoscrizione alla sostanza e alla funzione del diritto di opzione, sono state per contro avanzate specifiche ragioni tipologiche. Esse giustificano innanzitutto la diversa locuzione adottata in sede normativa, correlata al diverso oggetto al quale il diritto si riferisce nei due tipi societari: frazioni di capitale di valore e contenuto standardizzati, emesse a fronte dell'aumento nella s.p.a., e invece, nella s.r.l., partecipazioni non definibili *ex ante* in "quanta di uguale valore" (27), sulla base di un'operazione di "emissione", ma rilevabili *ex post* in funzione della frazione

(21) V. ancora ZANARONE, *sub art. 2480*, cit., p. 1357.

(22) Per tutti v. GIANNELLI, *Le operazioni sul capitale*, cit., p. 1580.

(23) Così PINNA, *sub art. 2481-bis*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, vol. III, p. 2086.

(24) SPOLIDORO, *L'aumento*, cit., loc. cit.

(25) SPERANZIN, *Diritto di sottoscrizione e tutela del socio nella s.r.l.*, Torino, 2021, spec. pp. 17-22, 31, in relazione alla sua qualificazione; p. 85 s., per la sua frazionabilità a scelta del titolare; p. 88 ss., per la sua incredibilità. In termini netti, v. anche ALLECA, *L'aumento*, cit., p. 1000.

(26) V. SPERANZIN, *Diritto di sottoscrizione*, cit., spec. p. 119 ss.

(27) Così ZANARONE, *sub art. 2468*, in *Il Codice civile*, cit., p. 506.

di capitale *unitariamente* riferibile a ciascun socio e ad essa commisurate (28). L'osservazione non è contraddetta dalla sostanziale "oggettivizzazione" delle quote di s.r.l., che emerge principalmente (ma non solo (29)) nella dimensione del loro trasferimento, nella quale esse si presentano assimilabili a "beni" (con oscillazioni tra beni immateriali, beni mobili non iscritti in pubblici registri, beni mobili iscritti), e sono suscettibili in tale logica di acquisto a titolo originario, a norma dell'art. 1153 c.c., e di usucapione (30).

Non può non notarsi, incidentalmente, che il legislatore, facendo riferimento nel contesto della stessa norma dell'art. 2481-*bis* c.c., comma 1°, secondo periodo, a "quote di nuova emissione", come si trattasse di partecipazioni reificate e predeterminate in astratto, pecchi di rigore linguistico. Oggi, tuttavia, la scelta lessicale, che appariva incongrua rispetto al modello di s.r.l. definito nella riforma del 2003, acquista il senso di una prefigurazione del sistema che si sarebbe realizzato circa un decennio dopo e si presenta coerente con la conformazione standardizzata e del tutto oggettivizzata delle partecipazioni che attualmente possono essere emesse dalle s.r.l. PMI e start up che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio (31).

Analogamente, le diversità in ordine ai presupposti per l'esclusione o la limitazione del diritto di sottoscrizione e dell'opzione andrebbero relativizzate ai due tipi societari s.r.l. e s.p.a., e al ruolo, in ciascuno di essi, dei diversi organi

(28) Sull'unitarietà e indivisibilità della quota, oltre al già ricordato contributo di CIAN, "Unitarietà" e "disgregabilità", cit., possono richiamarsi, *ex multis*, BIANCHI-FELLER, *sub art.* 2468, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, *Società a responsabilità limitata* a cura di di Bianchi, Milano, 2008, e la più recente ampia trattazione di SCIUTO, *Le quote di partecipazione*, in *Le società a responsabilità limitata* a cura di Ibbà e Marasà, cit., I, spec. p. 517 ss., il quale identifica tale aspetto come unicità o unitarietà *intrinseca* della partecipazione.

(29) La dimensione oggettiva della quota rileva, infatti, anche su piani diversi dal trasferimento: al riguardo v. da ultimo, v. App. Roma, 28 dicembre 2021, nella banca dati Dejure.it, per l'ammissibilità della revocatoria ordinaria avente a oggetto la quota, posto che la essa «esprime una posizione contrattuale obiettivata, che va considerata come bene immateriale equiparabile al bene mobile non iscritto in pubblico registro ai sensi dell'art. 812 c.c., per cui ad essa possono applicarsi, a norma dell'art. 813, ultima parte, c.c., le disposizioni concernenti i beni mobili e, in particolare, la disciplina delle situazioni soggettive reali e dei conflitti tra di esse sul medesimo bene».

(30) Per l'ammissibilità delle due ipotesi, v. rispettivamente, Trib. Roma, Roma, 15 giugno 2015, in *Società*, 2016, p. 368; Trib. Milano, 13 marzo 2015 (reperibile sul portale *giurisprudenza delle imprese*) e Trib. Torino Sez. spec. Impresa, 21 dicembre 2021, in *Foro it.* 2022, I, p. 747, ove ampi riferimenti sulle diverse impostazioni giurisprudenziali. Per una posizione più cauta sulla "problematica" qualificazione della quota come bene mobile, stante il suo essere «priva di ogni carattere di "realità"» v. Cass., 14 maggio 2014, n. 10826, in *Dir. fall.*, 2015, II, p. 238, con nota di G.B. FAUCEGLIA; e in *Corr. giur.*, 2015, 362, con nota di FURGIUELE. Per ampi riferimenti agli orientamenti, v., da ultimo, SCIUTO, *Le quote di partecipazione*, cit., p. 577 ss.

(31) Della cospicua letteratura che si è interessata delle tante questioni sollevate dall'apertura al mercato dei capitali di questi modelli, mi limito a richiamare, per tutti, l'inquadramento sistematico di CAGNASSO, *La s.r.l. piccola e media impresa*, in *Le società a responsabilità*

sociali rispetto all'operazione, nonché al differente grado di persistenza della rilevanza del contratto che può rinvenirsi, pur dopo la costituzione della società, nell'uno e nell'altro modello organizzativo. Quello più elevato riscontrabile nella s.r.l. permette certamente la deviazione dalle regole legali nel contesto di dinamiche negoziali e l'adattamento a interessi propri di quello specifico gruppo di soci – per quel che qui rileva in termini di chiusura più o meno accentuata – più che di scelte schiettamente organizzative o finalizzate a esigenze imprenditoriali della società, ma non vale a escludere una lettura unitaria dei due istituti considerati, per natura giuridica e per funzione (32), senza peraltro determinare l'appiattimento della disciplina dell'uno sull'altro e la reciproca autonomia.

5. – I due opposti approcci ricostruttivi sulla cedibilità del diritto di sottoscrizione hanno al fondo, vuoi che sia espresso in termini espliciti o semplicemente sottinteso, l'accoglimento di un diverso significato del carattere personalistico sulla base del quale la Rel. Min. al d.lgs. n.6/2003, § 11, motiva la disomogeneità delle regole sull'aumento a pagamento nella s.r.l. rispetto alla s.p.a., e dal quale dipende l'apprezzamento degli interessi ai quali esse prestano tutela e dei modi in cui tale tutela viene assicurata.

In estrema sintesi, in una prima lettura si evidenzia che la connotazione personalistica della s.r.l. opera nell'aumento a prescindere dal regime di trasferibilità delle quote, e in quel contesto si traduce nel riconoscimento del diritto di sottoscrizione come diritto partecipativo fondamentale del socio a “salvaguardare l'equilibrio instaurato nel contratto sociale” e il rapporto tra la propria posizione e quella degli altri soci, che lo rende irrinunciabile e incedibile. La regola di circolazione delle quote, al contrario, funzionale piuttosto a garantire al socio il diverso diritto al disinvestimento, non rappresenta “una norma cardine del tipo reale e decisiva ai fini dell'interpretazione”, e pertanto, operando su un diverso piano, non sarebbe incoerente con la tutela assoluta dell'autonomo diritto del socio alla proporzione nella partecipazione al rapporto sociale (33). Da tale imposta-

limitata, cit., I, p. 87 ss., e, con riferimento ai contributi più specificamente orientati alle quote “emesse” a fronte di operazioni di raccolta di capitali su portali di *equity crowdfunding*, ex multis, BENAZZO, *Categorie di quote, diritti di voto e governance della “nuovissima” s.r.l. quale ruolo e quale spazio per la disciplina azionaria nella s.r.l. PMI aperta?*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 1453 ss.; M. CIAN, *Le start up innovative a responsabilità limitata: partecipazioni, altri rapporti partecipativi e nuovi confini del tipo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1178 ss.; ID., *Dalla s.r.l. a base personalistica alle quote “finanziarie” e alla destinazione ai mercati: tante s.r.l.?*, in *Studium iuris*, 2019, p. 1425 ss., nonché, per ogni riferimento all'incerta qualificazione di tali tipologie di quote come strumenti finanziari, CORSO, *Le s.r.l. “aperte” al mercato tra governance societaria e diritti dei soci investitori*, Milano, 2021, p. 31 ss.

(32) V., in particolare, GIANNELLI, in diversi contributi e da ultimo in *Le operazioni*, cit., p. 1580; ZANARONE, *sub art. 2481-bis.*, in *Il Codice Civile*, cit., p. 1530; CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 332 ss. e, ora ID., *Cessione del diritto*, cit., p. 787.

(33) In questi termini SPERANZIN, *Diritto di sottoscrizione*, cit., spec. p. 32 ss., ove anche le parti citate testualmente nel testo; nello stesso senso, ALLECA, *L'aumento*, cit., p. 1000, per il

zione consegue, a cascata, tanto la immutabilità della clausola statutaria a monte, se non con il consenso unanime dei soci, sottraendo quindi questa specifica modificazione statutaria alla regola di maggioranza, quanto l'invalidità *ex art. 2479-ter*, comma 3° c.c. (nullità) della delibera di aumento che ne determini una violazione (34).

Per contro, secondo la concezione maggiormente diffusa e fatta propria dalla Cassazione, assicurare il carattere personalistico della s.r.l. anche nelle dinamiche relative alle operazioni di aumento, non significa postulare l'esistenza di un diritto, individuale o sociale, alla coesione (35) o all'invarianza soggettiva della compagine sociale, almeno non nel modello legale, con riguardo al quale viene modulata la disciplina dell'*art. 2481-bis*. In quest'ottica, carattere personalistico non è sinonimo di società chiusa, ma di società nella quale trovano risalto posizione e ruolo endosocietario del singolo socio, al quale viene garantita una tutela rafforzata sì, ma non indisponibile, dell'aspettativa a non venire marginalizzato con scelte da lui non condivise. Ricondotto in questa prospettiva, il diritto di sottoscrizione spettante al socio sull'aumento deliberato – ove ciò non sia specificamente escluso dall'atto costitutivo –, risulta pianamente cedibile, ad altri soci o a terzi, oppure no, in armonia con il regime di circolazione delle quote che l'autonomia statutaria abbia definito.

Peraltro, anche in questa persuasiva chiave di lettura non va sottaciuto che la soluzione, pur sistematicamente coerente, non è del tutto impeccabile rispetto all'esigenza di definire con certezza un esatto punto di equilibrio tra interessi diversi (36): così di quello individuale del socio, come di quello collettivo e organizzativo della società, che in questa occasione nella s.r.l. resta interamente offuscata e ha modo di affiorare solo se essi stessi l'abbiano esplicitamente previsto (37).

I soci di minoranza che non condividano la scelta di aumento del capitale con offerta ai terzi sono infatti tenuti a subire tanto la perdita di valore della partecipazione, mancando una previsione legale che imponga l'obbligo di sovrapprezzo, quanto la riduzione di peso dei propri diritti amministrativi, disponendo

quale la norma si propone di «conservare intatte le basi comuni del contratto, a iniziare dalle persone dei soci, per continuare con la misura della partecipazione di ciascuno (*art. 2481-bis*, comma 2°, c.c.), dalla quale deriva l'equilibrio nei rapporti tra le parti, sancito dall'accordo di soci».

(34) Sulla sottrazione della modifica alla regola di maggioranza v. in particolare SPERANZIN, *Diritto di sottoscrizione*, cit., spec. p. 62 ss., ma già FAZZUTTI, sub *Art.2481-bis*, in AA.VV., *La riforma delle società* a cura di Sandulli e Santoro, III, Torino, 2003, p. 187,

(35) Cfr. GIANNELLI, *Le operazioni*, cit., p. 1581, al quale si rinvia per la compiuta argomentazione.

(36) Per tale valutazione v., in specie, CAGNASSO, *Cessione del diritto*, cit., p. 787, e già ID., *La società a responsabilità limitata*, cit., p. 332 ss., ove anche i potenziali correttivi.

(37) Mentre, infatti, nella s.p.a. l'interesse della società nell'aumento del capitale viene anteposto a quello del socio al pieno esercizio del diritto d'opzione, nella s.r.l. l'interesse della società come causa giustificativa dell'ablazione del diritto del socio alla sottoscrizione dell'aumento può emergere soltanto con una previsione statutaria: cfr. CAGNASSO, *Cessione del diritto*, cit., p. 788; G.B. FAUCEGLIA, *La caratterizzazione personalistica*, cit., p. 21.

invece dell'alternativa rimediabile dell'uscita volontaria dalla società (38). Il fulcro si sposta perciò interamente, ancora, sulla dimensione contrattuale che “*riemerge e sommerge l'interesse dell'impresa*” (39), ribaltando sulla maggioranza i costi del recesso del non consenziente, in questo caso da liquidarsi a valori ragguagliati alla situazione anteriore all'aumento (40), con il rischio di conseguenze anche significative sulla stabilità della società.

6. – Gli interventi della Cassazione, anche al di là della funzione propriamente nomofilattica riconosciuta dall'ordinamento, vanno apprezzati per il contributo che offrono ai fini dell'applicazione uniforme del diritto, in risposta all'esigenza fondamentale “*per tutti gli operatori (per lo meno quelli onesti) di poter contare sulla certezza delle regole*” (41). Un'esigenza, questa, che innegabilmente per la s.r.l. ha valore prioritario, alla luce della mole del contenzioso che si è registrato nei quasi vent'anni di vita del modello societario riformato e che ancora non accenna a diminuire (42).

Da questo punto di vista il provvedimento in epigrafe, per l'ineccepibile percorso argomentativo e la persuasività dei suoi esiti, rappresenta senza dubbio un tassello importante verso la certezza del diritto sulla questione, ma il traguardo non sembra tuttavia ancora raggiunto.

Infatti, la costruzione della cedibilità del diritto di sottoscrizione quale problema di secondo grado, la cui risoluzione dipende, in concreto, dal regime di trasferimento delle partecipazioni, fa sì che sulla prima si ribaltino tutti gli osta-

(38) L'inderogabilità de recesso in questa ipotesi è del tutto pacifica (cfr., da ultimo, STELLA RICHTER jr.-PONTECORVI, *Recesso ed esclusione dalle società di capitali*, Napoli, 2022, p. 145), così come è indiscussa la sua spettanza solo in caso di offerta del diritto di sottoscrizione a terzi, e non anche quando le condizioni deliberate per l'aumento rendano al socio più gravoso l'esercizio: in questi termini Cass., 2 novembre 2015, n. 22349, in *Riv. dott. comm.*, 2016, p. 121.

(39) Il richiamo è alle parole di OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, cit., p. 7 ss., a p. 26 s.

(40) Come osserva, infatti, NOTARI, *Il diritto di opzione e la sua esclusione, in s.r.l. Commentario*, dedicato a Portale a cura di Dolmetta e Presti, Milano, 2011, p. 922, «altrimenti la liquidazione del socio non consenziente sconterebbe proprio quella (eventuale) perdita di valore che sta a fondamento del diritto di recesso»; negli stessi termini già FAZZUTTI, *op. cit.*, p. 188.

(41) La considerazione riportata nel testo, di amplissima condivisione tra gli interpreti, è quella espressa autorevolmente da RIVOLTA, *Autonomia privata e strumenti per l'esercizio delle imprese minori*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1274, che a fronte dell'accentuata flessibilità della s.r.l. scorgeva l'insorgenza di non pochi rischi per la certezza del diritto. La considerazione veniva allora riferita alla sola s.r.l. riformata nel 2003: ancor prima, quindi, delle novità normative relative alla s.r.l., che nell'ultimo decennio hanno creato nuove varianti di essa, o “sottotipi” o “qualifiche soggettive” o “submodelli” organizzativi, in funzione delle caratteristiche dell'impresa esercitata, acuendo le difficoltà di lettura del quadro normativo e accentuando l'esigenza di certezza.

(42) Per l'apprezzamento della crescita quasi esponenziale e della varietà tematica del contenzioso, sia permesso rinviare alle rassegne sistematiche, pubblicate con periodicità circa biennale, di LOFFREDO-RACUGNO, *Società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, negli anni 2006, 2008, 2011, 2014, 2017, 2019.

coli e le difficoltà interpretative che si incontrano nella esatta individuazione del regime di circolazione delle quote.

Nel caso deciso dalla Corte d'appello sassarese, prima, dalla Cassazione poi, l'incredibilità del diritto di sottoscrizione sembrerebbe conseguire (per quanto è dato comprendere, come si è detto, in base alle scarse indicazioni sul punto) dalla concordanza della delibera che lo escludeva con il regime statutario di circolazione delle quote, frenato dalla presenza della clausola di prelazione statutaria, che mira a mantenere invariata la composizione societaria, accentuando la caratterizzazione personalistica della società.

Ma in termini generali, giocheranno sulla comprensione in concreto della regola di trasferimento del diritto di sottoscrizione tutte le clausole che introducano limiti alla circolazione delle partecipazioni, il cui esatto contenuto è soggetto a interpretazione. Operazione complessa, ove le disposizioni convenzionali riguardino non il trasferimento di tutte, ma solo di certe quote o delle quote di certi soci, ovvero introducano condizioni o vincoli temporali al trasferimento, o, ancora, includano previsioni di "trascinamento" o di co-vendita, il cui apprezzamento in termini di meccanismi introduttivi, o non, di impedimenti giuridici al libero disinvestimento da parte del socio, è del tutto incerto (43). Dovrebbe altresì tenersi conto anche di altre previsioni che, pur senza vietare o condizionare direttamente il trasferimento delle partecipazioni, possono esprimere forme di cristallizzazione della compagine societaria, precludendo o ostacolando l'ingresso di nuovi soci, come quelle che governano la gestione della quota del socio moroso – la quale, *ex art. 2466 c.c.*, può essere venduta all'incanto solo se l'atto costitutivo lo consente –, o quella, alla quale si è già accennato, che attiene alla (in)divisibilità, o, in ultimo, della presenza di soci dotati di particolari diritti. Tutti elementi capaci anch'essi di incidere, "chiudendo" la società, sul suo grado di personalizzazione, definendolo "in senso forte".

Senza considerare, infine, come la dottrina più attenta non ha mancato già di avvertire, che le soluzioni accolte dalla Cassazione richiederanno una messa a punto sul nuovo orizzonte delle s.r.l. potenzialmente o effettivamente aperte nell'accesso al mercato dei capitali e dell'ammissibilità di distinte categorie di quote che vi si correla. La moltiplicazione di posizioni differenziali nella medesima società – ad esempio con quote prive del diritto di voto ma con la facoltà di sottoscrivere aumenti di capitale – e regimi e tecniche di circolazione diversi, potrebbero acuire in misura proporzionale anche le criticità nell'individuazione della regola societaria e frenare corrispondentemente le operazioni di interesse della società (44), o alimentare ulteriormente il tasso del contenzioso.

ELISABETTA LOFFREDO

(43) Per il quadro compiuto dei problemi relativi alla circolazione delle quote e la ricostruzione analitica e sistematica delle situazioni, legali e convenzionali, che possono alterare il regime legale di trasferibilità della quota e renderne complessa l'interpretazione può farsi riferimento a CIOCCA e MARASÀ, *Il trasferimento delle partecipazioni*, in *Le società a responsabilità limitata* a cura di Ibba e Marasà, cit., I, spec. p. 590 ss., ai quali si rinvia anche per compiuti riferimenti.

(44) Per gli interrogativi specifici in tema v. CAGNASSO, *Cessione*, cit., p. 791.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. II, 31 maggio 2021, n. 15137 —
GORJAN *Presidente Estensore* – G.E. e B.I.V. c. FALLIMENTO
(*Omissis*) s.r.l.

*Cassa con rinvio, App. Cagliari, Sez. Dist. di Sassari, 20 marzo
2015.*

**Possesso - Effetti - Usucapione - Interruzione - Sentenza dichiara-
tiva di fallimento e sua trascrizione - Idoneità ad interrompere
il possesso *ad usucapionem* - Esclusione - Fondamento.**

(Cod. civ., artt. 1158, 1165, 1167; l. fall., artt. 25, comma 1°, n. 2,
42, 45, 88).

*In tema di usucapione, la pronuncia della sentenza dichiarativa
di fallimento e la sua trascrizione, ex art. 88 del r.d. n. 267 del 1942,
sono inidonee ad interrompere il decorso del termine per l'acquisto del
diritto di proprietà, conseguendo l'interruzione del possesso solo al-
l'azione del curatore tesa al recupero del bene mediante spossessamento
del soggetto usucapente, nelle forme e nei modi prescritti dagli artt. 1165
e 1167 c.c. (1).*

(*Omissis*). SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — E.G. ed I.V.B. ebbe-
ro ad evocare in causa, avanti il Tribunale di Tempio Pausania sez.
dist. di Olbia, il Fallimento (*Omissis*) s.r.l. in liquidazione per sentir
accertare il loro acquisto mediante usucapione del diritto di pro-
prietà su immobile sito Comune amministrativo e censuario di Ol-
bia catastalmente identificato dalla particella. (*Omissis*)

Gli attori asserivano d'aver posseduto *ad usucapionem* l'immo-
bile – villetta eretta dalla società fallita – dal 1981, dapprima quale
casa delle vacanze e, quindi, quale loro residenza abituale.

(1) Le note seguono a p. 255. e a p. 266.

Si costituì il fallimento evocato, contestando la pretesa attorea ed il Tribunale gallurese, espletata la fase istruttoria, accolse la domanda proposta dagli attori.

La curatela fallimentare propose gravame avanti la Corte d'appello di Cagliari sede distaccata di Sassari e detto Giudice, resistendo i consorti G.-B., accolse l'impugnazione, osservando come il *tempus* prescritto *ex art.* 1158 c.c. non era maturato prima della dichiarazione di fallimento della società proprietaria del bene oggetto di lite, sicché, come da insegnamento di questa Suprema Corte, con l'iscrizione sui Registri Immobiliari della sentenza di fallimento, i soggetti usucapendi furono privati del loro possesso *ad usucapionem*.

Inoltre, osservava ancora la Corte turritana, la domanda di restituzione del bene alla curatela fallimentare era implicita nell'opposizione svolta contro la domanda di acquisto promossa dagli appellati, stante la natura stessa della procedura concorsuale. I consorti G.-B. hanno proposto ricorso per cassazione, avverso la sentenza resa dalla Corte turritana, articolando tre motivi di censura.

Resiste con controricorso la procedura del fallimento (*Omissis*) s.r.l. in liquidazione, illustrato anche con note difensive. All'odierna udienza pubblica, cui la causa era stata rimessa dal Collegio ad esito dell'esame nell'adunanza in camera di consiglio, sentite le conclusioni del P.G. – rigetto – e dei difensori presenti, questa Corte ha deliberato soluzione siccome illustrato nella presente sentenza.

RAGIONI DELLA DECISIONE. — Il ricorso proposto da E.G. ed I.V.B. ha pregio giuridico e va accolto.

Con il primo mezzo d'impugnazione proposto i ricorrenti denunziano violazione delle norme portate negli artt. 1140, 1141 e 1158 c.c.

Con la seconda ragione di doglianza i consorti G.-B. rilevano violazione delle norme *ex art.* 25, comma 1°, n. 2 del r.d. n. 267/1942, nella formulazione vigente nel 2000 e nell'attuale.

Osservano i ricorrenti come la Corte turritana erroneamente ritenne che la declaratoria di fallimento della società proprietaria della villetta e pertinenze, da essi posseduta *ad usucapionem*, ebbe l'effetto di interrompere il loro possesso – pacificamente dimostrato in causa –, posto che tale effetto consegue solamente in dipendenza delle condotte ed atti tassativamente indicati dalla legge, tra i quali non risulta la dichiarazione di fallimento ovvero la trascrizione sui Registri Immobiliari della relativa sentenza.

Pertanto, osservano i ricorrenti, in difetto di adeguata prova della proposizione di atto o condotta, tendente al loro spossessamento effettivo, individuato tassativamente dalla legge, non poteva essere postulato l'avvenuta interruzione del possesso *ad usucapionem* prima del maturarsi del tempus prescritto. (*Omissis*)

Il primo ed il secondo mezzo d'impugnazione, che attingono la medesima questione da profili diversi, vanno unitariamente esaminati ed appaiono fondati, mentre la terza censura rimane assorbita.

La Corte turritana ha fatto applicazione dell'insegnamento desunto dall'arresto n. 13184/99 di questa Suprema Corte, come da cenno nel passo dell'arresto sub sent. n. 10895/13 ritrascritto, che appunto evoca l'insegnamento desunto dalla decisione del 1999.

Di conseguenza, la Corte territoriale ha ritenuto che la sentenza dichiarativa di fallimento, ritualmente trascritta sui Pubblici Registri Immobiliari, in forza della disciplina speciale in tema di fallimento – in ispecie gli artt. 25 ed 88 del r.d. n. 267/1942 – comporta la perdita del possesso in capo al soggetto che si trova in relazione con la cosa pertinente alla massa fallimentare.

Dunque, ad opinione della Corte sarda, la trascrizione della sentenza dichiarativa del fallimento individua una speciale forma di interruzione del possesso, che si riflette sul maturare del *tempus* prescritto *ex art.* 1158 c.c.

Detta ricostruzione giuridica non può essere condivisa da questa Corte, poiché contraria a legge e non sostenuta dogmaticamente dagli arresti citati a sostegno.

Difatti è ben vero che la decisione di questa Suprema Corte del 2013 porta il passo ritrascritto nella sentenza impugnata, ma all'evidenza detta citazione risulta essere un *obiter dictum* senza anche il supporto di ricostruzione dogmatica della questione, se non il mero richiamo al citato precedente.

Ma leggendo la sent. n. 13184/1999, evidente appare che non può, dalla motivazione della stessa, esser desunta la netta affermazione che la declaratoria di fallimento – e la conseguente trascrizione della relativa sentenza sui Registri Immobiliari – abbia natura di atto interruttivo del possesso.

Anzi il tenore dell'arresto citato lueggia come l'insegnamento della Corte sia nel senso che le disposizioni afferenti la disciplina fallimentare non consentano di ritenere incisa la disciplina ordinaria in tema di acquisto dei diritti reali mediante usucapione.

Esattamente il contrario di quanto desunto e ritenuto dalla Corte sarda nella sentenza impugnata.

Difatti è principio consolidato – Cass., Sez. 2, n. 30079/19, Cass., Sez. 2, n. 16234/11 e Cass., Sez. 2, n. 6910/01 – che gli atti interruttivi del possesso *ex* artt. 1165 e 1167 c.c. sono tassativi e devono rivestire la forma giudiziaria – Cass., n. 323/1973 – poiché devono esser tesi al recupero del possesso del bene goduto in concreto dal soggetto possessore *ad usucapionem*, ovvero esser espressamente previsti da norma speciale.

Risulta altresì applicabile la norma *ex* art. 2944 c.c. in tema di riconoscimento del diritto – Cass., Sez. 2, n. 19706/14 –, ma non la messa in mora o la diffida a restituire – Cass., Sez. 2, n. 30079/19 –. Difatti la perdita del possesso rilevante ai fini dell'interruzione dell'usucapione – Cass., n. 376/1958 – deve esser fatto oggettivo con la perdita effettiva del godimento *uti domino* del bene ossia della relazione qualificante – ai fini dell'acquisto mediante usucapione – con la cosa.

Nella specie la disciplina afferente la procedura fallimentare non detta norma specifica in tema di interruzione del possesso, come già evidenziato da questo Supremo Collegio con l'arresto del 1999, impropriamente evocato dalla Corte sarda a sostegno della sua decisione.

Non il disposto *ex* art. 25 del r.d. n. 267/1942 – nella formulazione vigente nel 2000 – che abilitava il Giudice delegato ad emettere provvedimenti tesi alla conservazione del patrimonio, poiché l'eventuale interruzione del possesso ad usucapione conseguiva all'esecuzione di uno specifico provvedimento conservativo emesso dal Giudice – nella specie mai emesso –.

Disposto normativo appositamente innovato sul punto posto che, attualmente, la facoltà del Giudice delegato rimane esclusa proprio con relazione ai diritti rivendicati da terzi incompatibili con l'acquisizione del bene alla massa fallimentare.

Non il disposto *ex* art. 88, comma 2° del r.d. n. 267/1942 che semplicemente descrive la modalità della presa in consegna dei beni immobili pertinenti al fallito da parte del curatore e, non certo, la presa di possesso degli stessi, che comunque deve avvenire in modo effettivo e non meramente virtuale.

Come già chiarito dall'arresto del 1999, non assume rilievo il disposto *ex* art. 42 del r.d. n. 267/1942, né il principio dell'opponibilità degli atti compiuti dal fallito successivamente alla dichiara-

toria d'insolvenza, posto che non si verifica alcuna interruzione della gestione del patrimonio, che semplicemente transita dal fallito in capo al curatore, sicché dovrà esser cura di questo accertare sollecitamente la condizione dei beni pertinenti alla massa fallimentare ed attivarsi diligentemente al loro pronto recupero, così interrompendo nel modo di legge il possesso *ad usucapionem* eventualmente vantato da terzi.

L'opponibilità, poi, è questione che attiene ad atti e non anche ai meri fatti quale è il possesso alla base dell'acquisto mediante usucapione.

Dunque la trascrizione della sentenza di fallimento non risulta assumere valenza di fatto interruttivo del possesso a sensi dell'art. 1167 c.c. in forza di una qualche norma speciale in materia fallimentare, e pertanto erroneamente il Collegio turritano ha fondato su detta affermazione la sua decisione.

In definitiva va enunciato il seguente principio di diritto «il tempo per l'acquisto del diritto di proprietà su bene immobile continua a scorrere utilmente anche dopo la pronunzia della sentenza dichiarativa del fallimento e la sua trascrizione, *ex art. 88 del r.d. n. 267/1942*, poiché l'interruzione del possesso conseguirà solo all'azione del curatore tesa al recupero del bene mediante spossessamento del soggetto usucapiente nelle forme e modi prescritti dagli artt. 1165 e 1167 c.c.». (*Omissis*)

La sentenza impugnata va cassata e la causa rimessa alla Corte d'appello di Cagliari sede distaccata di Sassari, in altra composizione, che l'esaminerà in forza del principio di diritto dianzi enunciato e provvederà anche a regolare le spese di questo giudizio di legittimità. (*Omissis*)

(1) La sentenza di fallimento e l'interruzione dell'usucapione: alcuni chiarimenti.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso. – 3. Alcune annotazioni preliminari. – 4. L'approdo della Suprema Corte. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa.* – La pronuncia che si annota (1) torna a esaminare la delicata questione degli effetti della trascrizione della sentenza di fallimento sul possesso

(1) La sentenza in epigrafe è pubblicata in *Riv. dott. comm.*, 2021, p. 650 con la seguente massima: «Gli atti interruttivi del possesso *ex art. 1165 e 1167 c.c.* sono tassativi e devono rivestire la forma giudiziaria o essere espressamente previsti da norma speciale. Poiché con la di-

esercitato dai terzi sui beni appartenenti al fallito, e, più precisamente, del tempo necessario all'usucapione quando, nell'arco del suo decorso, sia intervenuta una declaratoria di fallimento con le conseguenze che ne discendono.

La fattispecie esaminata consente alla Corte di Cassazione di formulare un importante principio di diritto in materia di interruzione dell'usucapione, a cui il giudice di merito è chiamato a uniformarsi.

2. *Il caso.* – I coniugi G.E. e B.I.V. citano in giudizio il fallimento di una società ormai in liquidazione domandando l'accertamento della proprietà di un immobile (villetta e pertinenze), di cui era precedentemente proprietaria la società fallita. Gli attori affermano di aver posseduto il bene dal 1981 e per i venti anni necessari a far maturare l'usucapione. Su questa domanda si esprime il Tribunale di Tempio Pausania, accogliendo la pretesa attorea.

Avverso la sentenza di primo grado propone appello la curatela fallimentare della società dichiarata fallita. Il gravame viene accolto dalla Corte d'appello di Cagliari, sostenendo che non si sia perfezionato l'acquisto a titolo originario perché il termine previsto dall'art. 1158 c.c. non era interamente decorso prima della dichiarazione di fallimento della società e, conseguentemente, la trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento aveva interrotto il possesso *ad usucapionem*.

Contro questa decisione i coniugi G.E. e B.I.V. propongono ricorso per Cassazione, ancorandolo a tre motivi, i primi due dei quali vengono accolti con assorbimento del terzo, avente natura perlopiù processuale.

Con il primo motivo di doglianza i ricorrenti lamentano la violazione degli artt. 1140, 1141 e 1158 c.c. perché la Corte d'appello di Cagliari, in contrasto con il principio di tassatività degli atti interruttivi dell'usucapione, aveva erroneamente ritenuto che la dichiarazione di fallimento della società proprietaria dell'immobile avesse interrotto il loro possesso.

Correlatamente, i ricorrenti sostengono la violazione della norma regolatrice dei poteri del giudice delegato, nella parte in cui prevede che sia quest'ultimo a emettere o provocare «dalle competenti autorità i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio, ad esclusione di quelli che incidono su diritti di terzi che rivendichino un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione» (2).

chiarazione di fallimento non si verifica alcuna interruzione della gestione del patrimonio, che semplicemente transita dal fallito al Curatore, ne consegue che l'interruzione del possesso goduto dal soggetto uscapiente si verificherà solo a seguito di specifica azione del Curatore, svolta nelle forme e nei modi di cui agli articoli sopra citati». L'indirizzo ha trovato immediata applicazione in una sentenza di merito, v. App. Catanzaro, 18 giugno 2021, che esplicitamente si richiama al «recentissimo arresto del Giudice di legittimità (Cass. 31 maggio 2021, n. 15137) laddove viene ribadita l'irrilevanza dell'art. 41 l. fall., sul presupposto che dopo la dichiarazione di fallimento non si verifica alcuna interruzione nella gestione del patrimonio, che semplicemente transita dal fallito in capo al curatore, sicché dovrà essere cura di questo accertare sollecitamente la condizione dei beni appartenenti alla massa fallimentare ed attivarsi al loro pronto recupero, così interrompendo nei modi di legge il possesso *ad usucapionem* eventualmente vantato da terzi».

(2) Si fa riferimento nel testo alla formulazione attuale dell'art. 25, comma 1°, n. 2 del r.d. n. 267 del 1942, ma correttamente gli attori lamentavano la violazione della norma anche

I giudici di legittimità ritengono fondate le due censure avanzate dai ricorrenti e cassano la sentenza impugnata, rinviando a diversa composizione della Corte d'appello di Cagliari nella Sezione distaccata di Sassari perché provveda a un nuovo attento esame della questione controversa alla luce del principio di diritto enunciato.

Secondo la Corte di Cassazione, infatti, la sentenza dichiarativa del fallimento e la sua trascrizione non rappresentano atti interruttivi del possesso tali da annullare l'efficacia del tempo decorso per l'acquisto del diritto di proprietà per usucapione.

3. *Alcune annotazioni preliminari.* – La peculiarità della vicenda esaminata dai giudici di legittimità deriva dall'intersezione tra fatti e atti i cui effetti giuridici interessano il possessore e il proprietario di un medesimo bene e finiscono per riverberarsi in modo reciproco sulle situazioni che fanno capo all'uno e all'altro. Può accadere, infatti, che sul bene sul quale un soggetto vanta un diritto di proprietà venga esercitato da un terzo un potere di fatto connotato dai requisiti che lo rendono idoneo al conseguimento dell'usucapione (3). Tuttavia, la situazione di fatto che il possessore esercita sul bene è talvolta complicata dal concorso di atti in grado di interrompere la fattispecie acquisitiva della proprietà: ciò si verifica, ad esempio, quando il titolare del diritto proponga atti giudiziali tesi al recupero del bene stesso (4).

nella diversa formulazione in vigore nel 2000, mancante invero solo dell'inciso finale («ad esclusione etc.»).

(3) TENELLA SILLANI, voce *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIV, Torino, 1996, p. 18 ss.: la situazione possessoria non è riducibile al mero potere di fatto su di una cosa; al contrario, è una fattispecie complessa che si compone del comportamento attivo del possessore che instaura una relazione fattuale con la cosa posseduta – orientata alla fruizione della cosa e al godimento delle utilità che ne possono derivare –, da valutarci in concreto in riferimento alla qualità e destinazione della stessa (al tal proposito, si veda Cass., 24 febbraio 1993, n. 2260). Inoltre, la situazione di fatto deve manifestarsi in un'attività che «si espliciti in conformità alla struttura di un rapporto giuridico reale». Quanto, invece, all'usucapione e alla sua *ratio* giustificativa, valida anche nell'odierno ordinamento, si vedano DALLA MASSARA, *L'usucapione*, in *Tratt. dir. imm.* diretto da Visintini, Padova, 2013, pp. 1433-1483 e MATTEI, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, *I diritti reali*, Torino, 2001, p. 196 ss. Sugli elementi costitutivi di tale fattispecie acquisitiva, si guardi a BOZZI, *Art. 1158. Usucapione dei beni immobili e dei diritti reali immobiliari*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Gabrielli, *Della Proprietà* a cura di Jannarelli e Macario, Milano, 2013, p. 649 ss. e PINTO, *Art. 1158 c.c.*, in *Cod. civ.* a cura di Rescigno, I, Milano, 2010, p. 2131 ss.

(4) Si fa riferimento nel testo alla cosiddetta interruzione civile del possesso *ad usucapionem*; a proposito, si vedano BOZZI, *Art. 1165. Applicazione di norme sulla prescrizione*, in *Comm. cod. civ.* diretto da Gabrielli, *Della Proprietà* a cura di Jannarelli e Macario, *cit.*, p. 729 ss.; PINTO, *Art. 1165 c.c.*, in *Cod. civ.* a cura di Rescigno, *cit.*, pp. 2147-2148; POLA, *L'usucapione*, Padova, 2004, p. 67 ss.; DE MARTINO, *Art. 1165 c.c.*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, pp. 89-90. Quanto, invece, all'interruzione naturale, si rinvia a PINTO, *Art. 1167 c.c.*, in *Cod. civ.* a cura di Rescigno, *cit.*, pp. 2174-2175 e a DE MARTINO, *Art. 1167 c.c.*,

Nel caso di specie, veniva evocata in giudizio la curatela fallimentare della società proprietaria dell'immobile conteso, sul quale avanzavano le loro pretese i possessori, estranei alla procedura, al fine di ottenere una pronuncia dichiarativa che accertasse il loro diritto di proprietà sul bene per averlo usucapito. La circostanza problematica che ha determinato la divergenza nei *decisa* dei due gradi di giudizio consisteva nel fatto che il possesso *ad usucapionem* maturava prima e durante la procedura fallimentare. In altri termini, la fattispecie acquisitiva prevista dall'art. 1158 c.c. non si era perfezionata prima della sentenza dichiarativa di fallimento che aveva interessato la società e della sua trascrizione.

Nella sentenza in esame si intrecciano quindi varie questioni fondamentali, dalla sorte dei beni di proprietà del fallito in possesso di terzi ai poteri esercitabili sugli stessi beni dagli organi della procedura fallimentare fino a natura e limiti degli atti interruttivi dell'usucapione.

Come è noto, la sentenza di fallimento determina un mutamento di regime dell'attività di impresa, la quale cessa di essere gestita e diretta dalle scelte discrezionali dell'imprenditore o degli amministratori per venire amministrata dal curatore. Il primo fondamentale effetto di natura patrimoniale che ne discende è lo spossessamento del debitore, sancito dall'art. 42 l. fall. (5). Esso ha «un'efficacia privativa dell'esercizio di diritti e doveri» del fallito sull'intero patrimonio, o meglio su tutti i «beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento» (6). Per questo, a fronte della domanda di accertamento dell'acquisto a titolo originario della proprietà su di un bene del fallito, le curatele hanno di frequente eccepito l'improponibilità della medesima in ragione dell'avvenuto trasferimento dei poteri di amministrazione e disposizione in capo agli organi della procedura sulla base dell'addentellato normativo di cui agli artt. 42 e 45 l. fall., capace di creare un vincolo di indisponibilità sui beni della massa fallimentare assimilabile al pignora-

in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, cit., pp. 93-99. Per l'analisi della fitta giurisprudenza in materia di interruzione dell'usucapione, si rinvia a DE TILLA, *Il possesso*, II, Milano, 2005, p. 1531 ss.

(5) Secondo BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'ec.* diretto da Galgano, IX, Padova, 1986, p. 294, lo spossessamento è da considerarsi come un fenomeno del tutto peculiare del procedimento fallimentare, in ordine al quale ogni tentativo di riconduzione ad altre figure giuridiche, oltre che inoperabile, è altresì non necessario. Dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento il fallito è privato dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni con lo scopo precipuo di evitare che disponga del suo patrimonio in pregiudizio dei creditori. Difatti, è questo istituto, assieme a quello dell'inefficacia rispetto ai creditori degli atti compiuti dal fallito successivamente alla dichiarazione di fallimento, a determinare la cristallizzazione del patrimonio fallimentare da destinarsi alla soddisfazione dei crediti. Sul punto, v. CAVALLI, *Gli effetti del fallimento per il debitore*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, XI, *Il fallimento*, Padova, 2009, p. 326.

(6) Cfr. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., p. 291 ss.: per la dottrina, con la nozione di «beni esistenti» di cui all'art. 42 l. fall. si intende l'intero patrimonio del debitore, comprensivo di beni materiali e immateriali, poteri, azioni, facoltà, rapporti giuridici di vario genere. In particolare, si considerano «beni esistenti», che si presumono di proprietà del fallito e vengono susunti nella massa attiva, i beni che vengono reperiti presso l'azienda o la sua abitazione.

mento (7). In quest'ottica, l'eventuale sentenza che accertasse l'acquisto del bene a titolo originario risulterebbe inopponibile al fallimento, non essendo stata la relativa domanda di accertamento trascritta prima della sentenza di fallimento (8).

Una ricomposizione del conflitto tra curatela e nuovo proprietario, che si basi sulle regole che governano la trascrizione immobiliare, è invero possibile nel caso di acquisto a titolo derivativo (9); diversa la posizione di un acquirente a titolo originario che abbia usucapito il bene immobile, da considerarsi in ogni caso prevalente senza alcun onere di pubblicità (10). Non è quindi necessario che

(7) Si argomentava, in particolare, sulla base dell'art. 45 l. fall., il quale, costituendo un'applicazione delle norme di cui agli artt. 2914 e 2915 c.c., stabilisce che un atto dispositivo del fallito compiuto prima del fallimento sia comunque inefficace nei riguardi dei creditori, se non sono state eseguite le relative formalità tempestivamente, ossia anteriormente alla sentenza di fallimento. Cfr. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., p. 301 ss.

(8) Si faccia riferimento a Cass., 26 novembre 1999, n. 13184, in *Fallimento*, 2000, p. 1363 ss. con nota di LO SINNO, *Fallimento e usucapione*, e in *Dir. fall.*, 2000, p. 1125 ss., con nota di RAGUSA MAGGIORE, il quale non pare condividere la statuizione della Cassazione. Veniva sottoposta al sindacato della Suprema Corte una fattispecie analoga a quella suesposta: il giudice *a quo* aveva fondato l'improponibilità della domanda attorea sul presupposto che, essendo i beni ormai vincolati al soddisfacimento dei crediti che sarebbero stati poi ammessi allo stato passivo, dovesse escludersi l'acquisto ad opera di terzi in mancanza di atto avente data certa anteriore o di domanda trascritta anteriormente alla sentenza di fallimento. Condividendo la soluzione del giudice d'appello, la curatela fallimentare puntualizzava il carattere decisivo della «data di trascrizione della domanda». La Corte di Cassazione sistemava i termini della questione, affermando l'esattezza del ragionamento relativamente agli «atti» di acquisto a titolo derivativo; una simile impostazione, invece, «risulta del tutto estranea alla materia dell'acquisto a titolo originario, collegato all'usucapione» e concludeva per la proponibilità della domanda di accertamento dell'acquisto della proprietà immobiliare per usucapione nei confronti della curatela fallimentare, a ciò non risultando di ostacolo gli artt. 42 e 45 l. fall., e per la non configurabilità di un onere di pubblicità a carico di chi agisca per conseguire l'accertamento dell'usucapione. Conf. sulla proponibilità della domanda di accertamento dell'usucapione, Trib. Roma, 21 marzo 2005, in *Immobili e proprietà*, 2005, p. 708, con nota di DI MARZIO, *Usucapione – L'immobile di proprietà di un fallito può essere usucapito*; App. Roma, 16 luglio 2008, in www.studiolegale.leggiditalia.it.

(9) Si guardi alle chiare pagine di LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2019, pp. 102-104.

(10) Sulla necessaria distinzione tra i «fatti acquisitivi di diritti reali tipici» e atti dispositivi ai fini dell'applicazione degli artt. 42 e 45 l. fall., si veda Cass., 26 novembre 1999, n. 13184, cit. Invece, sulla inoperatività del principio della continuità delle trascrizioni nel conflitto tra acquisto a titolo derivativo e acquisto a titolo originario, cfr. Cass., 3 febbraio 2005, n. 2161, in *Giur. it.*, 2005, p. 2275 ss., con nota di PERATONER, *Usucapione e trascrizione*, confermata dalla recentissima Cass., ord. 16 marzo 2022, n. 8590; CAPUTO, *Trasferimento di immobile acquistato per usucapione non accertata in giudizio*, in *Immobili e proprietà*, 2008, p. 39 ss. *Contra*, Cass., 12 novembre 1996, n. 9884, in *Corr. giur.*, 1997, p. 315 ss. con nota di PALMIERI, *Vendita di possesso: un istituto "apolide" in cerca di cittadinanza*, dove – sia pure negli *obiter dicta* di una sentenza risolutiva della diversa questione della vendita del possesso – la Cassazione asserisce impropriamente che l'acquisto del diritto dominicale «per effetto della usucapione, per potere essere fatto valere e quindi costituire il possibile oggetto di un eventuale contratto di compravendita, deve essere prima accertato e dichiarato nei modi di legge», ridimensionando l'automaticità dell'acquisto a titolo originario. Si veda sul punto PERATONER, *Usucapione e trascrizione*, cit., p. 2275 ss.

il possessore, per avvalersi dell'istituto della prescrizione acquisitiva, abbia agito in giudizio e provveduto alla trascrizione della sentenza di accertamento o della relativa domanda prima del sorgere del vincolo (11).

4. *L'approdo della Suprema Corte.* – La Suprema Corte, ripercorrendo nella sua pronuncia i punti messi a fuoco nei paragrafi precedenti, ravvisa l'errore della Corte d'appello di Cagliari nell'aver seguito pedissequamente l'insegnamento dettato da una sentenza del 2013 della stessa Cassazione (12), che a sua volta aveva operato un incauto richiamo al precedente del 1999, «senza anche il supporto di ricostruzione dogmatica della questione» (13).

La Corte sarda accoglieva infatti l'impugnazione della curatela fallimentare ritenendo che non fosse maturato il *tempus* prescritto dall'art. 1158 c.c. prima dell'intercorsa declaratoria di fallimento, la quale, ritualmente trascritta nei Registri immobiliari, aveva determinato «la perdita del possesso in capo al soggetto che si trova in relazione con la cosa pertinente alla massa fallimentare». In tal modo, la trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento veniva a configurare una «speciale forma di interruzione del possesso» non prevista dalla legge, impedendo di fatto il perfezionamento della fattispecie acquisitiva ancora *in itinere* durante la procedura concorsuale. Tale argomentazione poggiava sull'arresto della Suprema Corte del 2013 che, nel considerare il possesso «opponibile al falli-

(11) Peraltro, si consideri il dibattito sulla trascrivibilità della domanda di accertamento dell'intervenuta usucapione: per la trascrivibilità sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 2653, comma 1°, n. 1 c.c., vedi Trib. Napoli, 21 dicembre 2006; opta, invece, per un'interpretazione teleologica ed effettuale per giungere alla soluzione della trascrivibilità il Trib. Pavia, ord. 19 ottobre 2018. Cfr. Cass., S.U., 12 giugno 2006, n. 13523, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 473 ss., con nota di GRASSI, *Trascrivibilità della domanda di accertamento dei limiti legali della proprietà e opponibilità ai terzi della relativa sentenza*, sulla possibilità di un'interpretazione estensiva dell'art. 2653, comma 1°, n. 1 c.c., comprensiva della domanda diretta a denunciare la violazione della distanza legale tra edifici. *Contra*, Trib. Catanzaro, decr. 14 novembre 2012, in *Corr. merito*, 2013, pp. 367-368.

(12) Si fa riferimento a Cass., 8 maggio 2013, n. 10895, sentenza in cui la Suprema Corte individua un «difetto di efficacia del possesso "ad usucapionem"» allorché si espliciti durante la procedura concorsuale poiché è da considerarsi opponibile al fallimento la sola fattispecie acquisitiva che «si sia completamente perfezionata anteriormente all'apertura della procedura». Peraltro, tale indirizzo ha trovato seguito nella giurisprudenza di merito (*ex multis*, Trib. Taranto, 13 Luglio 2015, in *Il Caso.it*, 10 gennaio 2020, consultabile qui: <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/22973>; Trib. Catania, 14 febbraio 2018, in *dejure.giuffre.it*) e un recente avallo da Cass., 13 maggio 2021, n. 12736, in *Fallimento*, 2021, p. 1046 ss., con nota di MONTANARI, *La cognizione in sede fallimentare dell'usucapione: inedite limitazioni (che non hanno ragione di essere)*, che, incidentalmente, ha riconosciuto che «al pari di ogni altro titolo di acquisto di bene di cui il soggetto poi fallito sia stato il precedente titolare [...], anche quello rappresentato dall'usucapione deve essersi interamente formato al tempo della sentenza dichiarativa, per potere essere fatto valere nei confronti del fallimento relativo».

(13) Cfr. Cass., 26 novembre 1999, n. 13184, *cit.*, e, per la ricostruzione della fattispecie oggetto della pronuncia, v. *supra* n. 8.

mento solo “ove la fattispecie acquisitiva si sia completamente perfezionata anteriormente all’apertura della procedura”, riconosceva implicitamente una causa di interruzione dell’usucapione.

L’interpretazione operata dai giudici di legittimità nel 2013 era, d’altra parte, il risultato di una lettura tendente a cogliere nel principio di diritto formulato nella sent. n. 13184 del 1999 più di quanto, presumibilmente, la Corte stessa intendesse affermare. In quella circostanza i giudici di legittimità affrontavano la fattispecie meno problematica in cui l’usucapione era maturata prima della sentenza dichiarativa di fallimento della società originariamente proprietaria del bene. Nel 1999, quindi, la Cassazione ribadiva l’assunto – chiaro e difficilmente contestabile – in base al quale il vincolo di indisponibilità che sorge sui beni del fallito *ex art. 42 l. fall.* non possa essere opposto a «fatti acquisitivi» già perfezionati al momento della dichiarazione di fallimento (14). Da tale pronunciamento non sembra potersi ricavare alcun elemento positivo riguardo all’eventualità di un’usucapione non ancora maturata al momento del fallimento.

Proprio con riferimento a quest’ultima eventualità la sentenza che si va commentando opera un chiarimento decisivo sulle ragioni ostative all’interruzione per avvenuta trascrizione della sentenza di fallimento, che possono ravvisarsi nei poteri conferiti dalla legge al curatore e al giudice delegato e nel principio di tassatività degli atti interruttivi.

In primo luogo, dalla dichiarazione di fallimento l’amministrazione dei beni del fallito è posta in capo al curatore, senza che a essa si accompagni la materiale apprensione dei beni all’attivo, almeno fintantoché egli non provveda all’inventario dei beni e alla richiesta di un estratto della sentenza di fallimento per la successiva notifica agli uffici competenti affinché dispongano la trascrizione nei pubblici registri se si tratta di immobili o mobili registrati (15). Queste attività determinano una presa in consegna da parte del curatore che diviene detentore dei beni, assumendone la custodia. Invece, i beni che risultino di proprietà del fallito ma in possesso dei terzi non possono essere loro sottratti mediante le attività materiali del curatore (16), ma è sempre quest’ultimo a doversi attivare con

(14) L’origine dell’equivoco in cui incorre, *in primis*, la Cassazione con la sentenza del 2013 risiede con probabilità nella rilettura della «formulazione alquanto ridondante e per certi versi, in effetti, fuorviante» del principio dettato nel 1999. Così, MONTANARI, *La cognizione in sede fallimentare dell’usucapione*, cit., p. 1048 ss. In effetti, i giudici di legittimità, pur equiparando il fallimento al pignoramento, constatavano che il vincolo di indisponibilità che consegue allo spossessamento del fallito non potesse essere «riferito a “fatti” acquisitivi di diritti reali tipici (che si assumono) già compiuti e produttivi di effetti in capo al fallito», con ciò facendo plausibilmente sorgere il dubbio che lo stesso vincolo non esperisse alcun effetto solo relativamente a quei beni su cui l’usucapione si fosse già perfezionata.

(15) Cfr. CAVALLI, *Gli organi del fallimento*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da Cottino, XI, *Il fallimento*, Padova, 2009, pp. 274-283, sulla gestione del patrimonio fallimentare da parte del curatore.

(16) «Tenuto conto che il criterio da seguire nell’apposizione dei sigilli è quello di assoggettare alla sigillazione i beni che sono in una palese esteriore situazione di appartenenza al fallito», quando vi siano beni del fallito in possesso di terzi, ove questi non consentano ad esibirli,

l'esperimento di un'azione possessoria o petitoria al fine di ottenere la loro acquisizione all'attivo fallimentare (17).

In altri termini, con riguardo ai beni del fallito in possesso di un terzo, non è lo spossessamento (18) né l'inventario (19) o la trascrizione della sentenza a determinare l'interruzione del possesso, bensì l'atto giudiziale del curatore che, a norma dell'art. 1165 c.c., ha sicuramente effetto interruttivo (20). In capo al curatore, infatti, ricade l'onere di porre in essere gli atti di impulso processuale proprio in ragione del principio di tassatività degli atti interruttivi enucleabili in quelli previsti dagli artt. 1165 e 1167 c.c. ovvero eventualmente disposti da norme speciali. A tal proposito, si consideri che la disciplina delle procedure concorsuali «non detta norma specifica in tema di interruzione del possesso».

La Suprema Corte ricorda anche che la disposizione di cui all'art. 25, comma 1°, n. 2 l. fall. – prima della modifica legislativa del 2006 – conferiva al giudice delegato il potere di emettere provvedimenti urgenti volti alla conservazione del patrimonio del fallito, la cui esecuzione avrebbe certamente interrotto l'usucapione sul bene che si trovava nell'altrui possesso. Se si osserva che nel caso di specie un simile provvedimento conservativo non è mai stato emesso, allora diviene evidente come l'interruzione dell'usucapione non sia potuta conseguire neanche a tale atto astrattamente idoneo. Peraltro, alla luce della nuova formulazione della norma, se i beni sono in possesso di un terzo e questi contesta l'appartenenza al fallito rivendicando un diritto esclusivo e incompatibile con la pretesa dell'organo fallimentare, non si può far luogo all'acquisizione con decreto del giudice delegato. Pertanto, il giudice delegato potrà solo autorizzare il curatore ad agire o resistere in giudizio (21).

il curatore non potrà dar luogo nemmeno a quella attività preliminare che è l'apposizione dei sigilli. Si guardi a DI PAOLA, *Il fallimento: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2012, p. 235.

(17) Cfr. BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., p. 291 ss., secondo i cui i beni oggetto dello spossessamento «non sono soltanto i beni idonei a formare oggetto di amministrazione e di liquidazione, previa semplice apposizione di sigilli o di generica attività conservativa, ma anche quelli che possono essere appresi soltanto a seguito di quella complessa attività che è lo stare in giudizio del curatore», aggiungendo che, relativamente ai beni esistenti per i quali occorra una specifica attività di acquisizione, sussiste un dovere per il curatore di porla in essere. Similmente, BONSIGNORI, voce *Fallimento*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., Torino, 1990, p. 373 ss.

(18) Cfr. Trib. Siracusa, 31 ottobre 2019, in www.studiolegale.leggiditalia.it; in termini analoghi, Cass., 11 agosto 2005, n. 16853, in www.studiolegale.leggiditalia.it.

(19) Cfr. Cass., 4 settembre 2015, n. 17605.

(20) A tal proposito, v. LO SINNO, *Fallimento e usucapione*, cit.: «una eventuale pretesa del terzo verso la massa dei creditori del fallimento potrà trovare un suo fondamento se l'acquisto sia avvenuto per il protrarsi del possesso in capo al terzo, possesso non interrotto dal curatore che non potrà invocare il mero dato formale dell'intervenuto deposito della sentenza di fallimento (anche se seguito dalla successiva trascrizione della stessa ai sensi dell'art. 88, comma 2°, legge fallimentare) né far valere l'inopponibilità degli atti compiuti dal fallito (art. 42 l. fall.), ovvero la cristallizzazione del patrimonio del fallito conseguente la pronuncia di fallimento (artt. 42 e 45 l. fall.)».

(21) Si veda sul punto anche PAJARDI-PALUCHOWKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 271 ss.; LO CASCIO, *Art. 25. Poteri del giudice delegato*, in *Il nuovo dir. fall. Com-*

Il tenore complessivo delle norme di legge e l'interpretazione costante che di esse hanno fatto i giudici di legittimità e di merito depongono nel senso di escludere l'interruzione dell'usucapione in conseguenza della sentenza di fallimento ovvero della sua trascrizione. L'effetto interruttivo può conseguire solo e unicamente ad atti posti in essere dal curatore nei modi previsti dalla legge, in mancanza dei quali il possesso può essere esercitato da un terzo senza soluzione di continuità.

5. *Conclusioni.* – Alla luce delle considerazioni svolte, si possono abbozzare alcune riflessioni provvisorie su una questione che meriterebbe una trattazione più approfondita.

In primo luogo, è da escludersi l'efficacia interruttiva della sentenza di fallimento sulla base di una complessiva valutazione degli effetti patrimoniali che ne conseguono e dei poteri affidati agli organi della procedura. D'altra parte, deve rimarcarsi che non è riconosciuta efficacia interruttiva né agli atti dispositivi del proprietario – sia quelli traslativi del diritto di proprietà sia quelli costitutivi di diritti reali minori – né all'espropriazione per pubblica utilità contestata dall'intestatario dell'immobile, a nulla rilevando l'eventuale consapevolezza dell'usucapiente circa l'esistenza di un diritto altrui (22). Allo stesso modo, il possesso *ad usucapionem* è del tutto insensibile al pignoramento, cosicché l'acquisto del bene può venire a maturazione dopo l'apposizione del vincolo (23): in maniera analo-

mento al R.D. 16 Marzo 1942, n. 267 (agg. al d.l. 35/2005 e al d.lgs. 5/2006) diretto da Jorio, Zanichelli, Bologna, 2006, pp. 482-483; BONSIGNORI, Il fallimento, cit., p. 253 ss. I poteri del giudice delegato sono stati notevolmente limitati con le modifiche legislative apportate dal d.lgs. n. 5/2006: è stata introdotta una preclusione a provvedimenti del giudice delegato che incidono sui diritti dei terzi che rivendicano un diritto incompatibile con l'acquisizione all'attivo fallimentare, che siano provvedimenti officiosi o su istanza del curatore, emessi nei confronti del debitore o di qualsiasi terzo, volti ad apprendere i beni e le attività fallimentari che non risultino inventariate, i beni sopravvenuti e tutto ciò che sia direttamente ricollegabile al patrimonio del debitore.

(22) Cfr. BOZZI, *Art. 1165. Applicazione di norme sulla prescrizione*, cit., p. 732. A titolo d'esempio, si veda Cass., 28 settembre 2012, n. 15698, in *Riv. esec. forz.*, 2013, p. 418 ss., con nota di FARINA, *Sentenza di accertamento dell'usucapione e tutela del creditore ipotecario pretermesso*: la concessione dell'ipoteca da parte dell'originario proprietario, lungi dal configurare un «nuovo modo di interrompere l'usucapione», non incide sul decorso del termine per il suo perfezionamento, in conformità al principio giurisprudenziale di retroattività, per il quale si rinvia a Cass., 28 giugno 2000, n. 8792, in *Corr. giur.*, 2001, p. 520 ss., con nota di SEVERI, *Sulla retroattività dell'acquisto effettuato per usucapione*. Reputa non necessaria l'efficacia retroattiva dell'usucapione CRISTIANI, *Il problema della c.d. retroattività dell'usucapione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 1302 ss.

(23) Cfr. Cass., ord. 30 dicembre 2009, n. 27668, in *Riv. esec. forzata*, 2011, p. 1 ss., con nota di CAVUOTO, *Sulla tutela del terzo possessore nell'esecuzione forzata*, laddove si riconosce che la «situazione di possesso *ad usucapionem* resta, dunque, insensibile al pignoramento e, se mantiene i suoi caratteri, può senz'altro consolidarsi successivamente al pignoramento ed esser fatta valere dal terzo quando si è consolidata».

ga al debitore fallito, l'esecutato perde la pienezza dei poteri che contraddistinguono la proprietà, ma non viene automaticamente incisa la situazione del possessore, il quale può mantenere inalterata la propria relazione di fatto con la cosa (24). Nel caso della declaratoria di fallimento, come in quelli or ora richiamati, non siamo in presenza di atti nominativamente individuati come interruttivi dell'usucapione né di atti idonei a privare il terzo del possesso sulla cosa.

La Suprema Corte con la pronuncia che si annota esclude altresì la trascrizione della sentenza di fallimento dagli atti interruttivi del possesso, in quanto non contemplata dalle norme generali in materia di usucapione. In questo modo, non si ammettono automatismi che privilegino il fallimento e comportino l'acquisizione del bene sulla base di una mera formalità, a scapito di un possessore che, ignaro, potrebbe continuare a possedere.

In altre parole, la soluzione abbracciata dalla Suprema Corte sembra l'unica deducibile dalla lettera delle norme in materia di usucapione, soluzione quasi obbligata in ragione del principio di tassatività degli atti interruttivi. Ma, se anche compissimo lo sforzo di discostarci da questa tassatività che individua gli atti interruttivi e che poco spazio lascia all'interprete, ci troveremmo comunque di fronte ad altre norme, dettate in materia fallimentare, che non hanno carattere di specialità rispetto alle disposizioni codicistiche in materia di interruzione dell'usucapione e che, al contrario, rimettono al curatore fallimentare poteri il cui esercizio avrebbe effetto interruttivo. Per di più, è la funzione a cui assolvono gli artt. 42 e 45 l. fall., di tutela del patrimonio dai soli atti dispositivi del fallito, a chiarire che tali disposizioni non rappresentano un limite ai fatti acquisitivi che *medio tempore* maturino sui beni del proprietario fallito.

In conformità ai principi generali del sistema, trova particolare garanzia la situazione di fatto che, unitamente al decorso dello *statutum tempus*, può dar luogo a un acquisto a titolo originario della proprietà in capo al possessore, mentre è affidato alla solerzia del proprietario il recupero del bene prima che la perdita del diritto sia consumata (25). Nel caso di declaratoria di fallimento, invece, il proprietario non dispone più di tale potere e l'assoluta protezione del possesso, a prescindere dagli effetti della procedura concorsuale sul bene del proprietario fal-

(24) Cfr. Cass., ord. 30 dicembre 2009, n. 27668, *cit.*: «l'usucapione ventennale, che è un modo di acquisto basato esclusivamente sulla situazione di fatto, la quale non è incisa in alcun modo dall'esecuzione del pignoramento immobiliare, siccome dimostra la stessa struttura normativa emergente dall'art. 555 c.p.c. e conferma l'art. 559 c.p.c., il quale si limita a qualificare la situazione del debitore riguardo al bene, nel senso dell'attribuzione a lui degli oneri del custode, ma anche qui nella supposizione che egli sia nella condizione di poter espletare tale compito».

(25) Sulla *ratio* della forte protezione assicurata al possessore, si vedano le limpide parole di SACCO, voce *Usucapione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1999, p. 562: «il vero punto di forza della protezione del possessore consiste precisamente in questa speranza di acquistare il diritto, per effetto di uno sbarramento posto alle ragioni proprietarie. La proprietà ne esce apparentemente sacrificata. In realtà, la speranza consentita al possessore finisce per giovare al proprietario non intieramente dimentico, e perciò destinato a recuperare il bene prima che la perdita del diritto sia consumata, poiché la speranza dell'acquisto tratterrà il possessore dal trattare la cosa con l'incuria e la negligenza con cui si trattano le cose altrui».

lito, determina l'effetto collaterale di porre in capo a quest'ultimo la perdita di un diritto in conseguenza dell'inerzia di un altro soggetto, ossia il curatore che non si attivi prontamente per interrompere l'usucapione (26).

La soluzione approntata dalla Corte non solo appare la più aderente al substrato normativo, ma al contempo anche quella più ragionevole sotto il profilo del temperamento degli interessi in gioco, conferendo una protezione alla situazione possessoria che appare bilanciata dai poteri del curatore esercitabili a beneficio dell'attivo fallimentare e dei creditori.

PAOLA GALATÀ

(26) In questo senso si spiega la proposta di RAGUSA MAGGIORE, cit., p. 1125, di escludere la legittimazione del curatore in ordine alle azioni di carattere patrimoniale idonee all'interruzione della prescrizione acquisitiva e di conservarla in capo al fallito, «che comunque non è un incapace».

(1) **Gli immobili del debitore fallito e l'opponibilità dell'usucapione al fallimento. Profili di responsabilità del curatore fallimentare.**

1. La Corte di Cassazione è stata chiamata a dirimere una situazione controversa che spesso, anche se in via prudenziale, induce gli operatori del diritto concorsuale a non eseguire le vendite di determinati immobili a causa dell'incertezza. In particolare, la controversia sottoposta al vaglio della Corte si incentra sull'accertamento del rapporto che intercorre tra l'usucapione e il fallimento. La sentenza, specialmente nella parte in cui viene affermato il principio di diritto, offre il fianco anche ad un ulteriore approfondimento che verte sulla natura della sentenza di fallimento e sugli effetti che essa spiega a seguito della trascrizione (1) presso i pubblici registri.

Uno degli effetti che spiega la sentenza di fallimento (2) nei confronti del debitore, a prescindere dalla sua trascrizione, è quello dello spossessamento. Atto necessario per la conservazione del patrimonio del debitore fallito che rappresenta la garanzia su cui possono soddisfarsi i creditori secondo le regole proprie del concorso (3). I medesimi effetti li spiega il pignoramento nel caso di esecuzione individuale (4).

Tuttavia, come si vedrà più avanti, l'accertata usucapione (5) di un bene di proprietà del debitore fallito in favore del possessore di tale bene, fa sì che questo

(1) Sulla natura della pubblicità della sentenza di fallimento si veda FERRO, *La Legge Fallimentare*, Padova, 2014, p. 1162: «La S.C. ha avuto occasione di osservare che l'adempimento qui descritto non pretende l'osservanza di tutte le disposizioni in tema di trascrizione, atteso che la sua funzione non è quella di rendere opponibile ai terzi la sentenza dichiarativa di fallimento né quella costitutiva propria della trascrizione del pignoramento immobiliare, ma solo di rendere conoscibile ai terzi la dichiarazione di fallimento»; In relazione agli effetti della sentenza di fallimento si veda GENOVIVA, *Gli effetti patrimoniali e personali del fallimento per il fallito*, in *Fall. e altre proc. fall.* a cura di Fauceglia e Panzani, Milano, 2009, p. 445.

(2) V. anche PELLIZZONI, *Decorrenza degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Fall. e altre proc. fall.*, 2011, p. 849 ss.; CELENTANO, *Le forme di pubblicità ed il momento iniziale di efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Fall. e conc.* a cura di Celentano, Forgillo, Milano, 2008, p. 147: «Con il suo deposito in cancelleria la sentenza inizia a produrre tutti i suoi effetti, tranne quelli riguardanti i terzi, per i quali è necessario che essa sia anche iscritta nel registro delle imprese o che si dimostri che i terzi ne erano comunque, già prima di tale iscrizione, venuti a conoscenza».

(3) Sul rapporto tra lo spossessamento e la garanzia patrimoniale del debitore si veda GENOVIVA, *Gli effetti patrimoniali e personali del fallimento per il fallito*, in *Fall. e altre proc. fall.*, cit., p. 446.

(4) In tema di pignoramento e spossessamento si veda SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano, 2008, p. 215: «Il pignoramento costituisce, quindi, l'applicazione del principio della responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740 c.c. poiché imprime ai beni del debitore i quali, in genere, costituiscono la garanzia dell'adempimento delle sue obbligazioni una destinazione specifica che realizza l'esclusione di qualunque destinazione diversa da quella soddisfattoria, di qui l'inefficacia degli atti dispositivi dei beni assoggettati a pignoramento».

(5) Anche se in tema di esecuzione individuale, stante l'analogia con la procedura fallimentare considerata un pignoramento generale dei beni del debitore, v. Cass., 30 dicembre

venga estromesso, con un taglio netto, dal perimetro nel quale vengono compresi i beni del fallito (6). Ciò comporta un'inevitabile conseguenza: la sopravvenuta diminuzione della garanzia patrimoniale in danno ai creditori nonostante la cristallizzazione del patrimonio del debitore avvenuto a causa dell'intervenuto fallimento (7).

La natura peculiare dell'usucapione, stante l'effetto retroattivo dell'acquisto della proprietà in favore del possessore del bene usucapito, fa resistere la sentenza che lo accerta anche agli effetti che spiega la sentenza di fallimento (8) sul patrimonio del fallito (9). Va da sé che gli effetti conservativi e protettivi che circoscrivono il patrimonio del fallito, in questo caso, subiscono una forte destabilizzazione.

A diversa e, sicuramente, più agevole conclusione si può giungere in relazione a tutte quelle azioni giudiziarie che incidono sia sulla proprietà del bene immobile, sia sul suo possesso o sull'efficacia del diritto traslativo del bene immobiliare stesso (10). La sentenza inerente a tali azioni, per essere ritenuta opponibile al

2009, n. 27668, in *www.iusletter.com*, la quale sancisce che: «In tema di opposizione di terzo ad esecuzione immobiliare, la norma dell'art. 619 cpc legittima il terzo a far valere la proprietà o altro diritto reale sul bene pignorato senza esigere che tali situazioni siano state giudizialmente accertate, con la conseguenza che lo stesso terzo le può far ben valere rispetto ad un bene che assuma di aver già acquistato al momento dell'opposizione per effetto di usucapione, non incidendo, a sua volta, su tale acquisto l'esecuzione del pignoramento immobiliare e potendo, quindi, il termine ventennale utile a consolidarlo venire a maturazione anche successivamente al pignoramento medesimo».

(6) In senso conforme FERRO, *op. cit.*, p. 589: «Si discute se sia ammissibile la domanda di accertamento dell'acquisto per usucapione della proprietà immobiliare nei confronti della curatela fallimentare; secondo un orientamento, essa sarebbe proponibile in forza della sua natura di acquisto a titolo originario, che non resterebbe impedito né dalla regola sottesa all'art. 42 né da quella espressa all'art. 45, in quanto la condizione di opponibilità degli atti resterebbe estranea all'ipotesi in esame, non sussistendo nessun onere di pubblicità della domanda di usucapione, posto che l'art. 2651 c.c. si limiterebbe a disporre una forma di trascrizione della sentenza, non anche della domanda».

(7) Sulla cosiddetta cristallizzazione del patrimonio del debitore fallito GENOVIVA, *op. ult. cit.*, p. 446.

(8) Sull'ammissibilità dell'usucapione si veda Cass., 26 novembre 1999, n. 13184, in *www.dejure.it*, con la seguente massima: «È proponibile la domanda di acquisto della proprietà immobiliare per usucapione nei confronti della curatela fallimentare, atteso il carattere di acquisto a titolo originario che, con essa, si intende far verificare, ed a ciò non risultando di ostacolo gli artt. 42 e 45 l. fall. La prima delle due disposizioni, infatti limitandosi a porre il vincolo di indisponibilità sui beni del fallito non può essere riferita a "fatti" acquisitivi di diritti reali tipici già compiuti e produttivi di effetti in capo al fallito».

(9) Essendo la sentenza di fallimento equiparata al pignoramento per espresso richiamo dell'art. 54 l. fall., lo stesso ragionamento può essere fatto nel caso di esecuzione individuale e quindi è ammissibile la domanda di accertamento dell'acquisto per usucapione della proprietà immobiliare nei confronti del creditore pignorante in forza della sua natura di acquisto a titolo originario.

(10) Per un maggior approfondimento sulle azioni esperibili v. SACCO-CATERINA, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2014, p. 247.

fallimento, deve però essere preceduta da una domanda giudiziale trascritta prima della sentenza di fallimento (11). Seguendo questo ragionamento, diviene opponibile al fallimento la sentenza che accerta la proprietà in capo al promittente acquirente che, ai sensi dell'art. 2932 c.c., ha proposto, e tempestivamente trascritto, la domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica prima del fallimento, anche se la relativa sentenza interviene successivamente all'apertura del fallimento stesso (12).

Nel caso sottoposto al vaglio della S.C. tra le parti in causa non vi era contestazione sulla proprietà del bene immobile, che era in capo al convenuto debitore fallito. Dalla sentenza *de qua* appare incontestato il fatto che il bene immobile era nel possesso delle parti attrici le quali lo abitavano abitualmente (13).

2. Dalla lettura della sentenza appare anche incontestato il fatto che l'immobile, successivamente alla sentenza di fallimento, non è entrato nel possesso del curatore fallimentare (14). Ciò che invece era oggetto di contestazione è l'avvenuta interruzione del possesso da parte dei terzi dell'immobile ad opera del curatore fallimentare mediante la trascrizione della sentenza di fallimento.

Per comprendere il percorso logico giuridico che ha portato la Corte alla propria decisione, si ritiene che, preliminarmente, sia necessario porre l'attenzione su ulteriori questioni, che appaiono essere dirimenti rispetto alla prosecuzione dell'indagine, e cioè appurare quale sia la natura pubblicitaria della trascrizione della sentenza di fallimento presso il pubblico registro e quale siano gli effetti che la sua trascrizione spiega rispetto allo spossessamento del debitore.

(11) In merito all'opponibilità della domanda giudiziale al fallimento cfr. GENOVIVA, *op. ult. cit.*, p. 459: «La tempestiva trascrizione della domanda giudiziale relativa ad immobili o mobili registrati, effettuata in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento, rende opponibile alla massa la sentenza che l'abbia accolta».

(12) Sul punto si legga MEZZASOMA, *Il «consumatore acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008, p. 174: «Il problema è quello, ben più ampio, della sorte dei rapporti pendenti in caso di apertura di una procedura concorsuale e dei connessi poteri di scelta tra scioglimento o esecuzione del contratto da parte degli organi della procedura. In tale contesto [...] in un quadro di generale innovazione della disciplina dei rapporti pendenti nell'ambito delle procedure fallimentari, il quale, nel caso degli immobili in corso di costruzione, di fronte al fallimento del venditore limita la facoltà di scelta del curatore tra esecuzione e scioglimento del contratto così come prevista, in via generale, dall'art. 72 l. fall.».

(13) SACCO-CATERINA, *op. cit.*, p. 460: «Il vero punto di forza della protezione del possessore consiste precisamente in questa speranza di acquistare il diritto, per effetto di uno sbarramento posto alle ragioni proprietarie. La proprietà ne esce apparentemente sacrificata. In realtà, la speranza consentita al possessore finisce per giovare al proprietario non interamente dimentico, e perciò destinato a recuperare il bene prima che la perdita del diritto si sia interamente consumata. Infatti, la speranza dell'acquisto tratterrà il possessore dal trattare la cosa con l'incuria e la negligenza con cui si trattano le cose altrui».

(14) SACCO-CATERINA, *op. cit.*, p. 469: «Una tradizione vuole che il possesso conduca all'usucapione solo se pacifico. Pacifico non significa "incontroverso": il carattere non controverso del possesso non è richiesto dalla norma».

Per l'art. 88 l. fall., l'estratto della sentenza di fallimento deve essere trascritto presso il pubblico registro. La funzione della sua trascrizione è equiparabile alla trascrizione di un mero «fatto giuridico» e questo è avvalorato dal motivo che un qualsiasi atto dispositivo, compreso quello immobiliare, effettuato dal debitore dopo il fallimento è comunque inefficace a prescindere dell'avvenuta trascrizione della sentenza di fallimento.

Ne discende che la trascrizione della sentenza di fallimento non ha rilevanza ai fini dello spossessamento del debitore che si attua solo a seguito della presa in carico dei beni da parte del curatore (15).

Sostanzialmente la sentenza di fallimento è il mezzo giuridico che permette lo spossessamento del debitore, ma tale mezzo deve essere messo in esecuzione mediante l'effettivo svolgimento dell'attività conservativa che deve eseguire il curatore fallimentare.

Se è irrilevante la trascrizione della sentenza di fallimento sui beni, quindi, ai fini dello spossessamento del debitore, conseguentemente parrebbe essere irrilevante la sua cancellazione dal pubblico registro quando il bene sul quale è stata trascritta viene venduto.

Tuttavia, anche se la giurisprudenza maggioritaria ritiene che la trascrizione della sentenza di fallimento debba essere cancellata dopo la conclusione della vendita immobiliare (16), si ritiene, invece, che non debba essere cancellata proprio a seguito della funzione che assolve la sua trascrizione che è quella di garantire la continuità delle trascrizioni anche in relazione ai successivi passaggi di proprietà del bene immobile consacrando che la gestione dell'immobile, per un determinato lasso temporale, è transita in capo al curatore fallimentare che ne ha curato la vendita.

3. Per arrivare comprendere se la trascrizione della sentenza di fallimento sia atto idoneo all'interruzione del decorso dell'usucapione, si ritiene che, preliminarmente, sia necessario approfondire, ulteriormente, il tema dello spossessamento in capo al debitore fallito.

Lo spossessamento del debitore fallito, sancito dall'art. 88 l. fall., si attua mediante un comportamento attivo del curatore il quale deve prendere in consegna i beni del debitore redigendo un inventario (17). È evidente che lo sposses-

(15) Sul punto FERRO, *op. cit.*, p. 589.

(16) Contrariamente a quanto ritenuto sul punto v. anche Trib. Terni, decr. 17 marzo 2021, *ined.*, secondo il quale «la trascrizione del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo non ha più ragione di esistere all'esito dell'integrale esecuzione del concordato, atteso che, da un lato, tale gravame deve assimilarsi – sul piano funzionale – alla sentenza dichiarativa di fallimento, che, come noto, deve essere in ogni caso cancellata prima della chiusura del fallimento, e, dall'altro, il venir meno della trascrizione in questione non incide in alcun modo sulla continuità delle trascrizioni, assicurata dalla trascrizione della cessione dell'azienda a favore dell'acquirente e contro il debitore del concordato».

(17) Maggiori approfondimenti in CANDIA, *op. cit.*, p. 310; Sugli effetti della sentenza di fallimenti PELLIZZONI, *Decorrenza degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Fall. e altre proc. fall.*, 2011, p. 849.

samento è un modo di conservazione del patrimonio del debitore e la sua attuazione è necessaria in modo tale che beni del fallito, che rappresentano la garanzia patrimoniale sulla quale si dovranno soddisfare le ragioni dei creditori, vengano venduti dal curatore.

La sentenza della Corte, oggetto della presente nota, ribadisce che lo sposessamento deve essere attuato da parte del curatore in modo effettivo e non meramente virtuale. Lo sposessamento *ex lege*, difatti, spiega effetti concreti solo nei confronti del debitore fallito e sotto due differenti punti di vista (18). Dal punto di vista soggettivo sul debitore incombe l'obbligo di consegna di tutti i suoi beni in favore del curatore. Dal punto di vista oggettivo gli atti dispositivi conclusi dal debitore (19) dopo la declaratoria del suo fallimento sono inefficaci nei confronti dei creditori (20).

Il caso *de quo*, è diverso, in quanto ad occupare l'immobile non era il debitore fallito, ma un soggetto estraneo alla procedura fallimentare, nei confronti del quale lo sposessamento non opera automaticamente.

Preso atto di tale assunto, la Corte, nella sentenza di cui alla presente nota, ribadisce che gli atti interruttivi del possesso sono tassativi (21) e devono rivestire la forma giudiziaria (22). Fermo restando che il fallimento tra i suoi fini ha anche quello della conservazione dei beni, si ritiene che l'attività conservativa che svolge il curatore fallimentare, che si estrinseca anche con l'apposizione dei sigilli e con l'accesso all'immobile (23) pur essendo attività di natura giudiziaria, rivestendo il curatore anche la qualifica di pubblico ufficiale, non è sufficiente, da sola, ad essere considerata idonea all'interruzione del decorso del tempo del-

(18) Si veda PELLEGRINO, *Gli effetti del fallimento sul fallito*, in *Il diritto fall. e delle soc. comm.*, 2008, p. 699.

(19) In tema di sposessamento CAIAZZO, *op. cit.*, p. 407.

(20) Sugli effetti dell'inefficacia degli atti successivi al fallimento ABETE, *op. cit.*, p. 455: «Lo sposessamento del fallito non può pienamente attuarsi se non si prevede l'inefficacia dei suoi atti disposizione successivi alla pronunzia dell'insolvenza».

(21) Sulla natura degli atti interruttivi del possesso Cass., ord., 28 giugno 2019, n. 6029, in *www.italgiure.giustizia.it*, con la quale viene accertato che «in tema di possesso *ad usucapionem*, con il rinvio fatto dall'art. 1165 all'art. 2943 c.c. la legge elenca tassativamente gli atti interruttivi, cosicché non è consentito attribuire tale efficacia ad atti diversi da quelli stabiliti dalla norma, per quanto con essi si sia inteso manifestare la volontà di conservare il diritto, giacché la tipicità dei modi di interruzione della prescrizione non ammette equipollenti».

(22) Nella sentenza la Corte ribadisce che: «Difatti è principio consolidato che gli atti interruttivi del possesso ex artt. 1165 e 1167 c.c. sono tassativi e devono rivestire la forma giudiziaria poiché devono essere tesi al recupero del possesso del bene goduto in concreto dal soggetto possessore *ad usucapionem*, ovvero essere espressamente previsti da norma speciale».

(23) Sulla pubblicità legale che deve avere la sentenza di fallimento si legga RIGHI, *La presa in consegna dei beni del fallito da parte del curatore*, cit., p. 981: «Va peraltro tenuto presente che per quanto riguarda i beni immobili e gli ulteriori beni soggetti a pubblica registrazione, il curatore non può limitarsi ad indicarli nel verbale di inventario, ma deve procedere a trascrivere la sentenza dichiarativa di fallimento mediante la notifica in estratto agli uffici a ciò preposti».

l'usucapione (24). A nulla rileva infatti, che tale attività sia stata portata a conoscenza del possessore del bene (25). Valenza differente avrebbe avuto l'esecuzione dell'atto di liberazione dell'immobile occupato dal terzo, senza titolo idoneo ad occuparlo, da parte del curatore, interrompendo, quindi, inequivocabilmente il possesso dell'immobile.

L'alternativa possibile a quanto appena prospettato appare essere solo una, l'esperimento dell'azione di rivendicazione (26), tenendo conto che, nel caso esaminato dalla Corte, ciò non sarebbe stato neanche troppo oneroso in termini di prova per il curatore in quanto l'immobile era stato costruito dall'impresa successivamente dichiarata fallita (27).

La Corte, nella sentenza *de qua*, sancisce invece che anche la messa in esecuzione di uno dei provvedimenti di cui all'art. 25 l. fall. sarebbe stata idonea ad interrompere il decorso del tempo dell'usucapione. A differenza di quanto appena riportato, si potrebbe, invece, arrivare a sostenere che i provvedimenti del giudice di cui all'art. 25 l. fall., tesi alla conservazione del patrimonio, non siano idonei a provocare l'interruzione del decorso del tempo per l'usucapione (28).

4. Nella sentenza in commento si afferma che la messa in esecuzione di un provvedimento del giudice delegato al fallimento, emesso ai sensi dell'art. 25 l. fall. e volto alla conservazione del patrimonio, per la sua natura, sarebbe stato sufficiente a provocare l'interruzione del decorso del tempo per l'usucapione, ma occorre a questo proposito appurare se il giudice delegato al fallimento ha la legittimazione ad emettere provvedimenti idonei ad interrompere il decorso del tempo per l'usucapione.

L'art. 25 l. fall., nel testo applicabile alle procedure fallimentari aperte anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2006, prevedeva che il giudice

(24) Sul punto v. MOLIN, *Profili dell'apprensione del patrimonio del fallito*, in *Il Dir. fall. e delle soc. comm.*, Torino, 2005, p. 993.

(25) Cfr. MONTESANO, *Le azioni possessorie e nunciatorie nel nuovo processo civile*, Salerno, 1995, p. 15: «È lasciato, infine, privo di tutela colui che presti assenso all'altrui invasione della propria sfera possessoria (*volenti non fit iniuria*): è il caso del possessore il quale immetta lui stesso, personalmente od anche a mezzo di un proprio incaricato, il terzo nel possesso della cosa».

(26) BONFANTE, *La iusta causa dell'usucapione*, Roma, 1893, p. 51: «Comincio intanto dall'osservare che assolutamente non poteasi far differenza alcuna che la *iusta causa* si avesse di fronte a un terzo creduto *dominus*, fintantoché lo stato di usucapione durò indifeso nel diritto. Nell'un caso e nell'altro il possesso menava ad usucapire; ma nell'un caso e nell'altro il proprietario conservava intatta la *rei vindictio* e poteva ritogliere la cosa al possessore, che non l'avesse ancora usucapita».

(27) Conformemente si veda CELESTE, *Le azioni a difesa della proprietà*, Milano, 2010, p. 94: «L'azione *de qua* (l'A. si riferisce all'azione di rivendicazione) offre la maggiore ed energica protezione del diritto di proprietà, costituendo il più tipico ed importante rimedio a tutela del proprietario. Quest'ultimo può esperirla nei confronti di chi possiede o detenga una cosa».

(28) Sull'apposizione dei sigilli sui beni nel possesso di terzi si veda GENOVIVA, *L'inefficacia degli atti*, cit., p. 455, sul rapporto tra l'apposizione dei sigilli ed i beni in possesso di terzi.

delegato era titolato ad emettere o provocare alle competenti autorità i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio. La dottrina maggioritaria ha da sempre ritenuto che il potere del giudice delegato di emettere provvedimenti d'urgenza ai sensi dell'art. 25 l. fall., si estende a tutto ciò che concerne la conservazione del patrimonio fallimentare, inteso in senso lato, come preservazione di tutte le utilità economiche afferenti al patrimonio stesso (29). L'emissione di tali provvedimenti da parte del giudice è però possibile solo in relazione alle esigenze di una situazione concreta che si prospetta, solitamente, nella fase di apposizione dei sigilli e nell'attività di inventario.

La norma in questione costituisce, quindi, fondamento per i decreti di acquisizione mediante i quali il giudice può esercitare i poteri coercitivi direttamente utilizzabili per la consegna od il rilascio di beni avvocati all'attivo fallimentare ma ad una condizione, ch  gli stessi siano ancora nella disponibilità giuridica della procedura fallimentare. Conseguentemente per il giudice sembrerebbe essere escluso il potere di adottare provvedimenti coattivi nei confronti di terzi estranei alla procedura. Si ritiene che non sia possibile per il giudice emettere decreti di acquisizione ai sensi dell'art. 25 l. fall. quando la stessa abbia ad oggetto beni sui quali il terzo possessore rivendichi un proprio diritto esclusivo ed incompatibile con la loro successiva inclusione nell'attivo fallimentare (30).

Gli eventuali provvedimenti emessi ai sensi dell'art. 25 l. fall., richiamati nella sentenza della Corte, e volti all'acquisizione del bene posseduto dal terzo, seppur emessi in seno alla previgente disposizione normativa, verosimilmente non potevano essere emessi dal giudice delegato e, laddove emessi, nella fattispecie concreta, non avrebbero potuto assumere la veste di atto interruttivo dell'usucapione stante l'inesistenza giuridica del provvedimento emesso (31).

(29) Sui decreti di acquisizione del giudice delegato CAIAZZO, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, cit., p. 420: «Si ritiene che non sia necessario un giudizio di accertamento dell'inefficacia nei confronti della massa dei creditori nel caso di atti del fallito compiuti su un proprio bene dopo il fallimento, limitatamente ai beni immobili o mobili, posta che gli organi della procedura possono avvalersi dei poteri previsti dall'art. 25, n. 2, l. fall., attraverso l'emanazione del decreto di acquisizione».

(30) Contrariamente a quanto rilevato nella sentenza in commento, in relazione alle previsioni della legge fallimentare vigente al momento dell'apertura del fallimento si confronti PAJARDI, *Codice del fallimento*, Milano, 2004, p. 220: «La giurisprudenza ha individuato l'applicabilità dell'art. 25 c. 2, alle seguenti ipotesi: beni non ancora inventariati e posseduti dal fallito; beni sopravvenuti; beni colpiti da presunzione muciana; beni del fallito posseduti da terzi che non ne contestino l'avocazione».

(31) Sulla nullità dei decreti del giudice delegato CAIAZZO, *Gli effetti del fallimento per il fallito*, cit., p. 420 che conformemente a quanto affermato rileva che: «Il giudice con il proprio decreto di acquisizione non ha [...] il potere di disporre l'acquisizione dei beni sui quali il terzo possessore rivendichi un proprio diritto esclusivo incompatibile con la loro inclusione nell'attivo fallimentare, con la conseguenza che, in tale seconda ipotesi, il decreto del giudice delegato deve ritenersi giuridicamente inesistente per carenza assoluta del relativo potere, non essendo impugnabile con ricorso per cassazione, ex art. 111 Cost., restando esperibile in ogni tempo l'*actio nullitatis*, quale ordinaria azione diretta ad accertarne la radicale nullità». Nello stesso senso si legga anche PAJARDI, *op. cit.*, p. 220: «Non è invece consentito disporre l'acquisizione

Quanto appena riportato, come successivamente rilevato dalla Corte nella sentenza in commento, è stato recepito nell'attuale art. 25 l. fall. (32), introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2006, che al comma 1°, n. 2) dispone che il giudice delegato «*emette o provoca dalle competenti autorità i provvedimenti urgenti per la conservazione del patrimonio, ad esclusione di quelli che incidono su diritti di terzi che rivendichino un proprio diritto incompatibile con l'acquisizione*». L'attuale previsione normativa ha accolto quanto la dottrina aveva già sancito, ovvero la necessità di restringimento dell'ambito di applicazione del decreto di acquisizione del giudice delegato ai soli casi in cui un bene non sia stato compreso nell'inventario e lo venga incluso solo successivamente ma solo sul presupposto della non contestazione da parte di alcuno circa la spettanza del bene medesimo alla procedura fallimentare (33). Da qui ne deriva che se il terzo, ritenuto dal curatore un mero detentore, si reputi possessore e si rifiuti, per questo motivo, di consegnare il bene, il curatore potrà recuperarne il possesso solo mediante l'esercizio delle normali azioni processuali offerte dall'ordinamento (34).

Giova evidenziare che, a seguito della sempre più stretta connessione tra le disposizioni della procedura fallimentare in tema di vendita immobiliare e la procedura esecutiva immobiliare, è stata concessa al giudice delegato, quando ricorrono determinate condizioni, la legittimazione ad emettere l'ordine di liberazione previsto dall'art. 560 c.p.c. A differenza dei decreti di cui all'art. 25 l. fall., l'ordine di liberazione è finalizzato esclusivamente ad ottenere la liberazione dell'immobile di proprietà del fallito occupato da un terzo senza titolo o, comunque, senza titolo opponibile alla procedura fallimentare. Si ritiene che la messa in esecuzione dell'ordine di liberazione, stante la sua peculiare natura coercitiva, sia atto idoneo ad interrompere il decorso dell'usucapione in quanto riveste la forma necessaria a far valere il riconoscimento del diritto (35), da parte del curatore fal-

dei beni sui quali il terzo possessore rivendichi un proprio diritto esclusivo e incompatibile con la loro successiva inclusione nell'attivo fallimentare. Ciò comporta l'inesistenza giuridica del provvedimento emanato dal giudice delegato».

(32) Sul punto si veda FERRO, *op. cit.*, p. 390: «Se, invece, il terzo, ritenuto dal curatore mero detentore, si reputi invece possessore e rifiuti per questo la consegna del bene, non resterà a questo che esercitare le normali iniziative processuali, comprese quelle cautelari».

(33) Conformemente a quanto ritenuto PASI, *I poteri del giudice delegato ex art. 25, cit.*, p. 290: «L'illegittimità dei provvedimenti di apprensione alla massa dei beni, siano essi mobili od immobili, sui quali la pretesa del fallimento si fosse trovata in presenza di una contrapposta pretesa di terzi che vantassero sul bene un diritto esclusivo, contestando dunque il diritto degli organi della procedura all'acquisizione, da sempre affermata dalla dottrina, era principio ormai recepito dalla giurisprudenza».

(34) Nello stesso senso FERRO, *op. cit.*, p. 390: «La novella ex d.lgs. 5/06 ha normativizzato tale ultimo orientamento, consentendo l'acquisizione solo nel caso di beni posseduti da terzi i quali siano esibiti senza contestazioni».

(35) GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare*, in *Tratt. dir. civ.* a cura di Sacco, Milano, 2012, p. 156 ss.

limentare, ad acquisire il possesso del bene immobile a seguito della sua liberazione dal possessore senza titolo (36).

Appurata la natura e la tipologia, dei mezzi giuridici messi a disposizione dall'ordinamento volti all'interruzione del decorso del tempo dell'usucapione, ed ai quali il curatore poteva ricorrere per ottenere il possesso dell'immobile, la Corte, nella sentenza di cui al presente commento, collegando l'inerzia del curatore alla mancata proposizione delle azioni idonee alla tutela del patrimonio del debitore fallito, ha anche fatto un cenno, seppur veloce, alla responsabilità (37) conseguente al comportamento omissivo (38) dal curatore stesso tenuto.

5. È ora opportuno approfondire anche il tema inerente la responsabilità civile alla quale soggiace il curatore fallimentare nello svolgimento della sua attività. Non vi è dubbio che il curatore fallimentare sia responsabile per il danno cagionato alla massa dei creditori a seguito di un suo comportamento commissivo o, come nel caso esaminato dalla Corte in commento, omissivo (39). Ma ciò su cui è necessario indagare è se una adeguata informativa agli organi della procedura fallimentare possa valere quale prova liberatoria per il curatore al fine di non incorrere in una sua responsabilità personale (40).

La soluzione alla domanda deve essere ricercata nelle disposizioni dettate dall'art. 25 l. fall. e 35 l. fall., norme che elencano i poteri demandati agli organi della procedura ed in particolare al giudice delegato (la prima) ed al comitato dei creditori (la seconda) (41).

(36) L'ordine di liberazione emesso dal giudice ai sensi dell'art. 560 c.p.c. è devoluto alla liberazione immediata dell'immobile, facendolo rientrare nel possesso materiale del curatore fallimentare, in quanto la sua messa in esecuzione si conclude con la liberazione delle persone che occupano l'immobile.

(37) Sulla responsabilità del curatore fallimentare FERRO, *op. cit.*, p. 545: «La responsabilità del curatore può altresì derivare da comportamento od omissioni, coperto o meno dalle prescritte autorizzazioni, a seguito della esposizione di situazioni non veritiere per difetto di indagini, dolo, erronea indicazione di circostanze rilevanti, che possono influire sulla concessa o denegata autorizzazione».

(38) V. SERAO-RUVOLO, *La responsabilità del curatore*, in *Fall. e altre proc. fall.*, p. 332: «Il tenore della norma comporta, dunque, che il curatore risponda qualora, con dolo o colpa, in violazione dei doveri inerenti al suo ufficio, abbia posto in essere una condotta anche omissiva, che abbia cagionato un danno al patrimonio fallimentare».

(39) Cfr. SERAO-RUVOLO, *La responsabilità del curatore*, cit., p. 333: «La responsabilità del curatore deve essere poi ravvisata ogniqualvolta si configuri una ingiustificata violazione del dovere generico di corretta amministrazione finalizzata alla conservazione dell'integrità del patrimonio in funzione della massimizzazione del risultato utile per i creditori».

(40) CANDIA, *Gli organi preposti al fallimento*, cit., p. 282: «L'azione di responsabilità prevista dall'art. 38 l. fall. integra una azione risarcitoria, per cui al nuovo curatore spetterà provare la verificazione dell'evento dannoso etiologicamente collegato al dedotto inadempimento del curatore revocato, beneficiando sul punto dell'agevolazione probatoria dell'art. 1218 c.c. in tema di presunzione di colpa».

(41) Sulle autorizzazioni del giudice delegato CANDIA, *Gli organi preposti al fallimento*, cit., p. 282: «La verifica che il giudice è tenuto ad effettuare nel concedere o meno l'autorizza-

Tali precetti normativi, specificatamente, elencano le autorizzazioni che il giudice delegato può rilasciare al curatore e le autorizzazioni che il comitato dei creditori può rilasciare al curatore. La prima conclusione alla quale si giunge è, quindi, che il curatore deve indicare agli organi della procedura ciò che intende realizzare con il rilascio della richiesta autorizzazione, per cui gli organi della procedura possono autorizzare o negare tale richiesta. Si può dedurre, perciò, che la mera informativa che il curatore, in ipotesi, dovesse inviare agli organi della procedura non può essere considerata come prova liberatoria da una sua responsabilità personale. Tale assunto si fonda sulla lettura coordinata degli artt. 25 e 35 l. fall. dalla quale si deduce che gli organi della procedura possono emettere un provvedimento decisivo solo a seguito di una richiesta espressa del curatore, da ciò ne deriva che, al contrario, su una mera informativa depositata dal curatore, possono solo invitare il curatore a riformulare nuovamente la propria istanza nel caso in cui essa non fosse idonea a perseguire gli interessi della massa dei creditori (42). Stesso discorso può essere fatto, a maggior ragione, nel caso in cui il curatore non informi (43) adeguatamente gli organi della procedura sul suo operato (44). Conseguenza di quanto appena detto è che il protrarsi del comportamento del curatore non conforme alle disposizioni normative o, comunque, agli interessi che deve perseguire, può far generare l'apertura del procedimento della sua revoca. Si ritiene che in questo senso vada letto il comma 1° dell'art. 25 l. fall. sia nel testo previgente, il quale attribuisce al giudice la direzione del fallimento e la vigilanza sull'operato del curatore e sia nell'attuale testo il quale attribuisce al giudice l'esercizio di funzioni di vigilanza e di controllo sulla regolarità della procedura (45).

zione intercetta valutazioni di merito e sul merito dell'azione prospettata dal curatore, ben potendo, quindi, qualora non ne ravvisi le ragioni del suo utile esperimento ed ipotizzi la sussistenza di eventuali danni per la massa, negare l'autorizzazione».

(42) Sul rapporto che intercorre sulla responsabilità del curatore e l'autorizzazione del giudice delegato al compimento degli atti SERAO-RUVOLO, *La responsabilità del curatore*, cit., p. 333: «Il curatore può essere ritenuto responsabile anche per quegli atti che, sebbene compiuti con l'autorizzazione del comitato dei creditori o del giudice delegato, siano posti in essere con un adeguato supporto informativo, ovvero sia mutato il contesto economico in cui l'iniziale scelta era stata effettuata».

(43) In merito agli atti informativi del curatore fallimentare si veda CANDIA, *Gli organi preposti al fallimento*, cit., p. 282: «Si tratta, dunque, di relazioni aventi un duplice contenuto, informativo e riepilogativo di quanto già svolto, nonché integrativo rispetto alle notizie fornite con la prima relazione».

(44) Sul dovere di informazione del curatore fallimentare si veda SERAO-RUVOLO, *I doveri di informazione del curatore*, in *Fall. e altre proc. fall.*, p. 337.

(45) Sui poteri di controllo del giudice delegato PASI, *I poteri di vigilanza del giudice delegato*, cit., p. 288: «Nella prassi, si assiste a indirizzi che propugnano soluzioni interpretative tendenti ad individuare un ruolo del giudice delegato più ampio ed incisivo di quanto non derivi dal tenore letterale delle disposizioni in esame. Si è infatti sostenuto che, sul presupposto della permanenza in capo al giudice delegato non soltanto di un generale potere di controllo, ma di strumenti diretti quali il potere di proporre la revoca del curatore, ai sensi dell'art. 37, e di quello di convocazione del curatore ai sensi dell'art. 25».

6. La sentenza in commento, approfondisce il rapporto che intercorre anche tra l'usucapione e la vendita esecutiva in virtù del fatto che quest'ultima può essere considerata un atto a formazione progressiva.

Prima di procedere alla vendita del bene immobile, come noto, il curatore deve effettuare verifiche sostanziali e formali sullo stato, anche giuridico, dell'immobile stesso. Al completamento di tutte le attività il curatore potrà intraprendere la procedura competitiva per la vendita dell'immobile: è questo il motivo per cui la vendita giudiziale può essere considerata un atto a formazione progressiva (46).

In primo luogo il curatore fallimentare non può esimersi dall'effettuare l'accesso agli immobili di proprietà del debitore fallito anche al fine di appurare la presenza di eventuali occupanti senza titolo degli immobili stessi. In secondo luogo dovrà appurare la sussistenza della continuità delle trascrizioni (47) prevista dall'art. 2650 c.c.

A tale norma soggiace anche la procedibilità della vendita giudiziaria immobiliare: difatti mentre nella vendita cosiddetta privatistica, laddove la continuità delle trascrizioni non dovesse sussistere la stessa deve essere ricostruita a cura dalla parte venditrice (48) che ha interesse a vendere, questo non accade nella vendita giudiziaria stante il fatto che la parte venditrice, che è riconducibile al debitore fallito o pignorato, non ha interesse a far sì che l'eventuale mancanza della continuità delle trascrizioni venga ricostruita causando, quindi, l'impossibilità della vendita stessa (49).

Ed è per questo motivo che prima di porre in vendita l'immobile deve essere garantita la continuità delle trascrizioni nell'intervallo temporale che intercorre tra la data di trascrizione della sentenza di fallimento ed i venti anni ad essa antecedenti rifacendosi al termine massimo entro il quale può essere proposta l'usucapione (50).

La ricostruzione della continuità delle trascrizioni e la presa in possesso del compendio immobiliare da parte del curatore, congiuntamente, consentono di poter vendere l'immobile in uno stato di quasi assoluta tranquillità. Se nel corso delle fasi propedeutiche alla vendita giudiziale dell'immobile dovesse intervenire una domanda di usucapione, il curatore potrà sospendere l'attività di vendita sino alla definizione del giudizio.

Altro problema riguarda la sorte della vendita giudiziaria immobiliare quando la domanda di usucapione viene proposta dopo che sono state depositate le offerte da parte degli interessati a partecipare alla vendita stessa. In questo caso, nella procedura di vendita è entrato un nuovo soggetto, l'offerente, il cui l'inte-

(46) Nello stesso senso si veda FABIANE-PICCOLO, in *Studio n. 31-2018/E*, Consiglio Nazionale del Notariato, Roma, 2018, p. 6.

(47) Maggiori approfondimenti in BESSONE, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, Torino, 2012, p. 33 ss.

(48) Sulla continuità delle trascrizioni v. ZAULI, *La responsabilità del notaio che abbia rogato una compravendita*, in *La Resp. civ.*, Milano, 2006, p. 719.

(49) Sul punto BESSONE, *op. cit.*, p. 35.

(50) Conformemente BESSONE, *op. ult. cit.*, p. 35.

resse potrebbe prevalere sicché la domanda di usucapione, seppur fondata, potrebbe essere destinata a subire una declaratoria di improcedibilità stante il disposto dell'art. 187-*bis* disp. att. c.p.c. (51).

Stessa sorte potrebbe spettare alla domanda di usucapione proposta dopo l'aggiudicazione del bene immobile (52). Se è vero che l'aggiudicazione è provvisoria, è anche vero che questa può essere revocata solo in tassativi casi previsti dalla legge (53), per cui una domanda di usucapione proposta dopo il deposito delle offerte o, addirittura, dopo l'aggiudicazione del bene immobile, potrebbe venire considerata non meritevole di tutela stante la concreta possibilità che venga depositata solo per ritardare la vendita del bene immobile.

7. Si può affermare, in conclusione, che il curatore fallimentare aveva a sua disposizione più mezzi giuridici idonei a causare l'interruzione del possesso dell'immobile da parte dell'occupante senza titolo (54) e quindi che la sua inerzia sia stata, quantomeno, una delle cause che hanno portato all'accoglimento della domanda di usucapione. La Corte, nel comportamento omissivo del curatore, ha ravvisato anche una sua responsabilità da inadempimento (55) dalla quale esso non può liberarsi per il solo fatto che ha informato dell'occupazione dell'immobile gli organi della procedura (56) e che ha trascritto la sentenza di fallimento presso il pubblico registro.

Da qui ne deriva il principio di diritto con il quale la Corte ha sancito che la mera trascrizione della sentenza di fallimento non è causa di interruzione del possesso senza titolo di un immobile. Ed è proprio questo principio che permette di fare anche un'ulteriore riflessione sul regime della pubblicità della sentenza

(51) L'assunto trova conferma anche in Cass., 10 febbraio 2015, n. 2471, in *www.iusletter.com* nella quale viene affermato il principio secondo il quale: «Ove sopravvenga l'accertamento dell'inesistenza di un titolo idoneo a giustificare l'esercizio dell'azione esecutiva, non viene meno l'acquisto dell'immobile pignorato, da parte del terzo nell'ambito di procedura espropriativa conforme alle normative, salvo dimostrazione di collusione tra il terzo acquirente del bene e creditore procedente».

(52) Cfr. CAMEDDA, *Trascrizione del pignoramento immobiliare ed usucapione. Brevi cenni sul conflitto tra acquirente per usucapione e acquirente per aggiudicazione*, in questa *Rivista*, 2013, p. 11 ss.

(53) Si rinvia all'art. 108 l. fall. in tema di vendita giudiziaria in ambito fallimentare e alle disposizioni dettate dall'art. 586 c.p.c. in tema di vendita giudiziaria in ambito del processo esecutivo immobiliare.

(54) Sui modi di interruzione del decorso del tempo Cass., 26 luglio 2016, n. 15927, in *www.italgiure.giustizia.it*: «Gli atti di diffida e di messa in mora, come, nella specie, la richiesta per iscritto di rilascio dell'immobile occupato, sono idonei ad interrompere la prescrizione dei diritti di obbligazione, ma non anche il termine per usucapire, potendosi esercitare il possesso anche in aperto e dichiarato contrasto con la volontà del titolare del diritto reale».

(55) Sulla natura della responsabilità del curatore fallimentare SERAO-RUVOLO, *La responsabilità del curatore*, cit., p. 333: «Per quanto concerne la natura della responsabilità del curatore, è opinione ormai consolidata che la stessa si di tipo contrattuale, in quanto conseguente all'inadempimento di specifici obblighi relativi al rapporto che intercorre tra il curatore e la procedura».

(56) Conf. CANDIA, *La revoca e la sostituzione del curatore*, cit., p. 326.

di fallimento (57), al fine di stabilire quando sia necessario procedere alla sua cancellazione.

Mentre non vi è dubbio che la sentenza di fallimento debba essere cancellata dal pubblico registro nel caso in cui il fallimento dovesse essere revocato (58), il dubbio sorge se essa debba essere cancellata dopo la vendita del bene immobiliare, effettuata dal curatore, sul quale è stata trascritta.

Sul punto la Corte ha affermato che la trascrizione della sentenza di fallimento non è un atto idoneo a generare lo spossessamento se il bene è posseduto da un terzo ed è in forza di tale assunto che ci si chiede se la sentenza di fallimento debba essere cancellata dal pubblico registro quando il bene immobile esce dalla proprietà del debitore fallito a seguito della sua vendita.

Le teorie sono molteplici e tutte hanno un loro fondamento giuridico. Un riferimento normativo che potrebbe essere posto a sostegno della necessità di procedere alla cancellazione della trascrizione della sentenza di fallimento, si trova nell'art. 108 l. fall. nella parte in cui prevede che il giudice, avvenuta la vendita, dispone la cancellazione «di ogni altro vincolo». La giurisprudenza maggioritaria ritiene che in tale locuzione vada compresa anche la sentenza di fallimento ma ciò non appare essere pienamente condivisibile stante la natura della trascrizione della sentenza di fallimento che, come sancito dalla Corte, assume la valenza di pubblicità di mero fatto giuridico (59).

In conclusione, si può affermare che la trascrizione della sentenza di fallimento rappresenta un fatto di rilevante interesse giuridico per i terzi e, quindi, non si deve procedere alla sua cancellazione nel caso di vendita del bene immobiliare (60). In luogo della sua cancellazione potrebbe essere invece opportuno, ed utile, annotare il decreto di chiusura della procedura fallimentare anche al fine di evitare che successivamente alla uscita del bene dalla procedura un terzo ne possa reclamare la proprietà in forza del trascorrere del tempo per l'usucapione.

Mentre si ritiene che ci sia margine per ulteriori tesi diverse a quelle sancite dalla Suprema Corte in relazione al rapporto che intercorre tra l'usucapione e la vendita giudiziaria, sia in sede fallimentare che in sede di esecuzione individuale,

(57) Sul rapporto tra l'inadempimento e la responsabilità del curatore QUATRARO-D'AMORA, *Il curatore fallimentare*, Milano, 1999, p. 596: «Poiché gli effetti della sentenza si producono *erga omnes* dalla data della sua pubblicazione, la mancanza o ritardata notificazione o trascrizione della sentenza stessa non ne impedisce l'opponibilità ai terzi, ma può comportare solo una responsabilità del curatore per gli eventuali danni derivati al fallito ed alla massa dei creditori, da tale inadempimento».

(58) In tema di cancellazione del pignoramento si veda SOLDI, *op. cit.*, p. 662: «La trascrizione del pignoramento deve essere cancellata su ordine del giudice quando il pignoramento divenga inefficace ai sensi dell'art. 562 c.p.c. o ai sensi dell'art. 567 c.p.c. ovvero la procedura esecutiva si estingue».

(59) Differentemente nel processo esecutivo immobiliare la trascrizione del pignoramento deve essere oggetto di cancellazione, in questo senso SOLDI, *op. cit.*, p. 758: «Il principio generale è nel senso che, con il decreto di trasferimento, si ordina la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie precedenti alla trascrizione del pignoramento».

(60) Anche se in materia di pignoramento si veda BESSONE, *op. cit.*, p. 112.

rimane invece aperto il dibattito sulla necessità della cancellazione della sentenza di fallimento e, questo, sarà ancora più vivo e stimolante a seguito dell'imminente entrata in vigore del Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza che, all'art. 217, non indica la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale nell'elenco delle iscrizioni e delle trascrizioni pregiudizievoli delle quali il giudice delegato deve emettere l'ordine di cancellazione a seguito della vendita del bene immobile.

FRANCESCO ANGELI

CORTE DI CASSAZIONE, 7 marzo 2022, n. 7413 — GENOVESE
Presidente — IOFRIDA *Ettore* – Procuratore Generale della Repubblica presso Corte d'appello di Cagliari c. Ministero dell'Interno e Prefettura di Cagliari (avv. Generale Stato) e C.S. e Comune di Cagliari, I.A., L.L.
Corte d'appello di Cagliari, decreto 28 aprile 2021.

Procreazione medicalmente assistita - Unione civile - Nascita da P.M.A. - Formazione dell'atto di nascita - Indicazione della seconda madre - Inammissibilità.
(L. 40/2004, art. 4, 5, 8; d.p.r. 396/2000, artt. 30, 43).

Procreazione medicalmente assistita - Requisiti oggettivi e soggettivi - Illiceità della P.M.A. - Tutela del minore - Costituzione del rapporto di filiazione - Inammissibilità.
(L. 40/2004, artt. 1, 4, 5, 8).

Procreazione medicalmente assistita - Applicazione estensiva della legge sulla P.M.A. - Tutela del minore - Riconoscimento dello *status filiationis* - Inammissibilità.
(L. 40/2004, artt. 1, 4, 5, 8).

Il riconoscimento di un minore concepito mediante ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto con la l. 40 del 2004, art. 4, comma 3°, e con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte di coppie omosessuali, non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico (1).

Non è condivisibile la scissione tra il piano dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso alle tecniche di P.M.A. e quello della tutela del nato, in contrasto con l'unitarietà della disciplina in esame, volta ad adattare le modalità di costituzione del rapporto di filiazione alla diversa realtà determinata dalla procreazione medicalmente assistita, nei limiti in cui il ricorso alla stessa risulta consentito (2).

La prevalenza da accordarsi all'interesse del minore non legittima l'automatica estensione delle disposizioni dettate per la procreazione medicalmente assistita anche ad ipotesi estranee al loro ambito di applicazione, non potendo il giudice sostituirsi al legislatore, cui spetta, nell'esercizio della propria discrezionalità, l'individuazione degli strumenti giuridici più opportuni per la realizzazione del predetto interesse, compatibilmente con il rispetto dei principi sottesi alla l. 40 del 2004 (3).

FATTI DI CAUSA. — La Corte d'appello di Cagliari, con decreto n. cronol. 691/2021, depositato il 28 aprile 2021, ha respinto il reclamo del Ministero dell'Interno e della Prefettura di Cagliari avverso il decreto del Tribunale di Cagliari che aveva respinto l'azione del P.M. presso il Tribunale e delle amministrazioni pubbliche di rettificazione, d.p.r. n. 396 del 2000, *ex art. 95* ritenendo legittima l'annotazione, operata dall'Ufficiale dello stato civile, sull'atto di nascita di L.A., nato a (*Omissis*) (a seguito di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, accessibile in Germania anche alle coppie di persone dello stesso sesso), dell'indicazione, quali genitori, oltre alla madre partoriente, L.L., di C.S., per dichiarazione di quest'ultima di riconoscimento di filiazione naturale. (*Omissis*)

Nel merito, la Corte territoriale ha sostenuto che, ferma l'illiceità della pratica ricreativa attuata dalla coppia genitoriale di sesso femminile, ai sensi della disposizione, non costituzionalmente censurabile, di cui alla l. n. 40 del 2004, art. 7 (secondo cui i requisiti soggettivi di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in Italia, presuppongono la diversità di sesso dei componenti la coppia genitoriale), non contraria comunque all'ordine pubblico interno, alla luce di quanto espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 32/2021, dovesse procedersi ad una interpretazione costituzionalmente orientata della l. n. 40 del 2004, art. 8 (in forza del quale i nati a seguito dell'applicazione di P.M.A. (procrea-

(1-2) La nota segue a p. 290.

zione medicalmente assistita), hanno comunque “lo stato di figli” della coppia che ha espresso il consenso all'utilizzazione delle tecniche medesime), al fine di assicurare piena tutela al minore nato, in Italia, a seguito di un progetto di procreazione condiviso dalla coppia di sesso femminile, stante il preminente interesse dello stesso di essere riconosciuto figlio di entrambe coloro che avevano concorso alla sua nascita, non potendo comunque rilevare la successiva rottura della relazione sentimentale tra le componenti della coppia genitoriale, dovendo il progetto di genitorialità condivisa continuare ad essere attuato.

La Corte d'appello, confutando, in espresso dissenso, le motivazioni espresse da questo giudice di legittimità nelle pronunce nn. 7668 e 8029 del 2020, si è richiamata, quanto all'interpretazione costituzionalmente orientata della l. 40 del 2004, art. 8 all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 32/2021, di declaratoria di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale della l. n. 40 del 2004, artt. 8 e 9 e dell'art. 250 c.c., rilevando che: a) l'illecito ricorso alla P.M.A. della coppia omo-affettiva e quindi il superamento del requisito della diversità di sesso stabilito dalla l. n. 40 del 2004, art. 5 per l'accesso a dette tecniche non si pone in contrasto con l'“ordine pubblico interno”, secondo quanto affermato in un passaggio motivazionale della suddetta pronuncia della Consulta, ed inoltre il mancato riconoscimento dello *status filiationis* al nato a seguito di fecondazione eterologa omo-affettiva, per il solo fatto di essere nato in Italia e non all'estero (essendo, in tale ipotesi, ciò consentito, anche secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, a fronte del diverso parametro dell'“ordine pubblico internazionale”), seppure da coppia omo-affettiva italiana, realizzerebbe comunque un diverso trattamento del preminente interesse del minore a vedersi riconosciuto tale *status* sulla sola base del fatto, del tutto causale del luogo di nascita, in Italia o all'estero, spesso correlato alle capacità finanziarie della coppia omo-genitoriale; b) l'art. 8, alla luce anche della sentenza n. 162/2014 della Corte Costituzionale, “non subordina il conseguimento dello *status filiationis* al presupposto che il ricorso alla P.M.A. sia avvenuto nel rispetto dei requisiti oggettivi e soggettivi, di cui alla l. n. 40 del 2004, artt. 1, 4 e 5”, facendosi ivi riferimento generale alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ed alla coppia; c) anche quando era vigente il divieto assoluto di fecondazione assistita eterologa, l. n. 40 del 2004, art. 4, comma 3°, divieto caduto a seguito degli interventi della Corte Costi-

tuzionale (sentenze nn. 162/2014 e 221/2019), in caso di patologia che sia causa di sterilità o infertilità irreversibili e di coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, il legislatore del 2004 aveva previsto, all'art. 9, il divieto di disconoscimento della paternità e dell'anonimato della madre, a tutela del nato che acquisiva lo stato di figlio ai sensi dell'art. 8, stante l'autonomia o piena scissione del piano della tutela del nato rispetto a quello dell'illiceità della P.M.A. per insussistenza dei requisiti oggettivi, di cui agli artt. 1 e 4 stessa legge, e "a prescindere pertanto dal rapporto biologico con entrambi i genitori, sicuramente insussistente quanto meno per uno di essi"; d) non esiste, oggi, un unico modello di filiazione, quello previsto dal codice civile e dai costituenti, e al concetto di genitorialità biologica si affianca oggi quello di "genitorialità legale, basata su intenzioni, volontà e consenso", come riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 32/2021 ed anche nelle sentenze precedenti nn. 127/2020 e 205/2015, oltre che nelle pronunce del giudice di legittimità, civile, nn. 19599/2016, 13000/2019, 8325/2020, e penale, n. 48696/2016.

Avverso la suddetta pronuncia, il Procuratore Generale presso la Corte d'appello di Cagliari propone ricorso per cassazione, notificato il 28 maggio 2021, affidato ad unico motivo, nei confronti del Ministero dell'Interno (che resiste con controricorso e ricorso incidentale in due motivi, notificato l'8 luglio 2021), di C.S. (che resiste con controricorso e ricorso incidentale in unico motivo, notificato il 6 luglio 2021) e di Prefettura di Cagliari, L.L., Avv. I.A., in qualità di curatore speciale del minore L.A., Comune di Cagliari (che non svolgono difese). La ricorrente incidentale C. ha depositato memoria. (*Omissis*)

RAGIONI DELLA DECISIONE. — 1. Il ricorrente principale Procuratore Generale presso la Corte d'appello di Cagliari lamenta, con unico motivo, la violazione e/o falsa applicazione, *ex* art. 360 c.p.c., n. 3, del d.p.r. n. 396 del 2000, art. 30, art. 269 c.c. e l. n. 40 del 2004, artt. 4, 5, 8 e 12 rilevando, in particolare, alla luce delle pronunce recenti del giudice di legittimità e dell'ordinanza n. 32/2021 della Corte Costituzionale, che solo il legislatore può rimuovere l'ostacolo normativo rappresentato dalla l. n. 40 del 2004, art. 5 relativo ai requisiti soggettivi per l'accesso alle pratiche di P.M.A. (procreazione medicalmente assistita), e che l'interesse del minore, da valutarsi, peraltro, in termini non astratti ma concreti, deve rap-

presentare “il punto di approdo non di partenza” del percorso motivazionale, a seguito della previa verifica della sussistenza nel nostro ordinamento “di una norma che attribuisca il diritto alla genitorialità intenzionale”, il che, nella specie, non ricorre; la tutela del minore, nato, in Italia, da P.M.A. illecita praticata all'estero da coppia omo-affettiva, è comunque assicurata attraverso il trattamento giuridico ricollegabile allo *status filiationis* pacificamente riconosciuto nei confronti del genitore biologico. (*Omissis*)

7. Il ricorso principale della Procura Generale ed il primo motivo del ricorso incidentale del Ministero sono, invece, fondati.

7.1. I ricorrenti deducono che la Corte di merito, nel ritenere consentita la genitorialità intenzionale omosessuale, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle predette disposizioni, non ha tenuto conto del divieto della procreazione medicalmente assistita, dalle stesse imposto alle coppie omosessuali, laddove la valorizzazione di una genitorialità condivisa apre il varco ad una concezione del tutto svincolata dalle regole biologiche, facendo dipendere esclusivamente dalla volontà la sua attuazione e spostando su un piano meramente potestativo l'attribuzione dello *status filiationis*, finora pacificamente ritenuto sottratto alla disponibilità delle parti. Invece, anche a seguito della parziale dichiarazione d'illegittimità costituzionale della l. n. 40 del 2004, l'ampliamento delle ipotesi di filiazione, derivante dall'introduzione della disciplina della procreazione medicalmente assistita, resta finalizzato esclusivamente a consentire la filiazione a coppie che, in astratto, potrebbero procreare ma che, in concreto, ne sono impediti, mentre per le coppie omosessuali l'impedimento deriva invece da un limite naturale, che rende impossibile la generazione di figli se non attraverso il ricorso a pratiche mediche richiedenti la cooperazione di terzi; i ricorrenti evidenziano che la materia della filiazione e dell'adozione non ha trovato spazio neppure nella l. 20 maggio 2016, n. 76, la quale, nell'ammettere le unioni civili fra individui dello stesso sesso, ha escluso l'applicabilità delle relative disposizioni al di fuori dell'ambito espressamente previsto.

7.2. Questioni del tutto analoghe a quelle oggetto del presente giudizio sono state risolte da questa Corte in due recenti pronunce, nn. 23320 e 23321 del 2021, che, nel ribadire il principio di diritto espresso nelle pronunce nn. 7668 e 8029/2020 (oggetto di specifica contestazione critica nella decisione di merito qui impugnata, in dichiarato dissenso da tale orientamento), secondo cui il riconosci-

mento di un minore concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto con la l. n. 40 del 2004, art. 4, comma 3°, e con l'esclusione del ricorso alle predette tecniche da parte delle coppie omosessuali, non essendo consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto, hanno così ulteriormente argomentato: a) nel caso di minore, concepito all'estero ma nato in Italia da cittadina italiana, la fattispecie è interamente regolata, l. n. 218 del 1995, *ex art.* 33 dalla legge italiana, non presentando alcun elemento di estraneità all'ordinamento italiano, tale da giustificare il ricorso alla nozione di ordine pubblico internazionale; b) la l. n. 40 del 2004, artt. 4 e 5, i quali escludono il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, assoggettando l'accesso alle altre tecniche al possesso di determinati requisiti soggettivi ed oggettivi, costituiscono espressione delle scelte di fondo sottese alla disciplina in questione, consistenti nella configurazione delle predette tecniche "come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimuovibile e nell'intento di garantire che il nucleo familiare scaturente dalla loro applicazione riproduca il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una madre e di un padre" e tali coordinate sono rimaste inalterate anche a seguito delle sentenze della Corte costituzionale n. 162 del 2014 e n. 96 del 2015, che hanno comportato un ampliamento del novero dei soggetti abilitati ad accedere alla procreazione medicalmente assistita; c) la perdurante operatività delle linee guida sottese alla disciplina dettata dalla l. n. 40 del 2004 impedisce di desumere dalla stessa la configurabilità, anche al di fuori dei casi da essa previsti, di un rapporto genitoriale tra il nato ed il coniuge o il convivente del genitore che non abbia fornito alcun apporto biologico alla procreazione, in ossequio alla preminenza dell'interesse del minore al mantenimento di uno *status filiationis* corrispondente al progetto genitoriale concretizzatosi nella prestazione del consenso alla procreazione medicalmente assistita, non essendo possibile, in particolare, "astrarre il disposto dell'art. 9 dal contesto in cui è inserito"; d) non può essere condivisa la scissione tra il piano dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso

alle tecniche di P.M.A. e quello della tutela del nato, “in contrasto con l’unitarietà della disciplina in esame, volta ad adattare le modalità di costituzione del rapporto di filiazione alla diversa realtà determinata dalla procreazione medicalmente assistita, nei limiti in cui il ricorso alla stessa risulta consentito, al fine di porre rimedio a forme patologiche di sterilità o infertilità o di evitare la trasmissione di malattie genetiche”; e) i suddetti principi sono stati ribaditi, di recente, dalla Corte Costituzionale nelle pronunce nn. 230/2020 e n. 33/2021; f) quanto, infine, all’interesse del minore, la prevalenza da accordarsi allo stesso non legittima l’automatica estensione delle disposizioni dettate per la procreazione medicalmente assistita anche ad ipotesi estranee al loro ambito di applicazione, non potendo questa Corte sostituirsi al legislatore, cui spetta, nell’esercizio della propria discrezionalità, l’individuazione degli strumenti giuridici più opportuni per la realizzazione del predetto interesse, compatibilmente con il rispetto dei principi sottesi alla l. n. 40 del 2004.

7.3. A tali considerazioni, che vanno riaffermate anche nella presente controversia, va aggiunto che la Corte Costituzionale: a) con la sentenza n. 221 del 2019, nel respingere le censure di illegittimità costituzionale rivolte al predetto art. 5 e all’art. 12, commi 2°, 9° e 10°, nonché alla l. n. 40 del 2004, art. 1, commi 1° e 2°, e art. 4 ha, tra l’altro, precisato che l’esclusione dalla P.M.A. delle coppie formate da due donne “non è (...) fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull’orientamento sessuale”; b) in altra pronuncia, la n. 32/2021, ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale proprio della l. 19 febbraio 2004, n. 40, artt. 8 e 9 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e art. 250 c.c., sollevate da Tribunale di Padova, che aveva, per l’appunto ritenuto impraticabile la possibilità di un’interpretazione della l. n. 40 del 2004, artt. 8 e 9 che consentisse di assicurare la tutela dei nati, in Italia, a seguito del ricorso a tecniche di P.M.A. eterologa da parte di due donne, effettuato all’estero, riconoscendo loro lo *status* di figli di entrambe, alla luce di un’interpretazione sistematica e logica, poiché “allo stato della legislazione, il requisito soggettivo della diversità di sesso per accedere alla procreazione medicalmente assistita”, prescritto dalla l. n. 40 del 2004, art. 5 anche letto in relazione alle norme del codice civile sulla filiazione, esclude tale opzione ermeneutica.

In particolare, la Consulta, in tale ultima pronuncia (sulla cui motivazione si è specificamente soffermata la decisione qui impu-

gnata della Corte d'appello di Cagliari), ha affermato che, seppure "l'elusione del limite stabilito dalla l. n. 40 del 2004, art. 5 non evoca scenari di contrasto con principi e valori costituzionali", in difetto di un divieto costituzionale, per le coppie omosessuali, di accogliere figli, spetta alla discrezionalità del legislatore la relativa disciplina. La Corte Costituzionale ha ritenuto, quindi, di non potere porre, allo stato, rimedio al grave vuoto di tutela, anche al fine di evitare "disarmonie nel sistema complessivamente considerato", rivolgendo un monito alla sensibilità del legislatore (affermando che "non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa").

E l'urgenza di un intervento legislativo è stato evidenziato anche nella pronuncia gemella n. 33 della stessa Corte Costituzionale.

7.4. Orbene, l'atto di nascita, oggetto della controversia in esame e del procedimento di rettificazione, riguarda un bambino nato in Italia da donna di nazionalità italiana, cosicché resta interamente assoggettato alla legge nazionale.

La Corte d'appello afferma che la pratica di una P.M.A. illecita, per violazione pacifica della l. n. 40 del 2004, art. 5 sotto il profilo del requisito soggettivo di accesso, non comporta anche contrasto con l'"ordine pubblico interno", dato solo da precetti di rilievo costituzionale, sulla base anche della motivazione, al riguardo, espressa dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2021.

Tuttavia, quando non si pone una questione di applicabilità di una norma straniera, richiamata da norme di conflitto, o di riconoscibilità di una sentenza straniera e la fattispecie è totalmente interna all'ordinamento nazionale, non si pone neppure una questione di "limite dell'ordine pubblico interno".

La Corte territoriale ha, in effetti, inteso dire che, nel riconoscere, ferma l'illiceità del ricorso alla P.M.A. per violazione della l. n. 40 del 2004, art. 5, la tutela al nato da coppia di due donne, ai sensi della l. n. 40 del 2004, art. 8), come interpretato, secondo una lettura estensiva, costituzionalmente orientata, e nel ritenere non viziata l'annotazione nell'atto di nascita della dichiarazione di riconoscimento da parte della madre intenzionale che aveva condiviso il progetto di procreazione medicalmente assistita, non si è incorsi nella violazione di precetti costituzionali.

Ma, proprio alla luce di quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 32/2021, la l. n. 40 del 2004, artt. 8 e 9 (tutela del nato e suo stato giuridico) non possono, allo stato, prescindere dal complessivo impianto regolatore della suddetta legge,

in particolare dalle disposizioni che individuano i requisiti per l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita artt. 4 e 5), e dagli originari principi ispiratori della legge. La scelta del legislatore (l. n. 40 del 2004, artt. 4 e 5) è nel senso di limitare l'accesso alle tecniche di P.M.A. per rimuovere cause impeditive della procreazione circoscritte ai casi di sterilità o di infertilità accertate e certificate da atto medico. E quindi a situazioni di infertilità patologica, alle quali, come precisato dalla Corte costituzionale, non è omologabile la condizione di infertilità della coppia omosessuale (v. Corte cost. n. 221 del 2019). Il limite soggettivo (coppia di sesso diverso) posto dalla l. n. 40 del 2004, art. 5 all'accesso alle tecniche di P.M.A. non è stato, sinora, caducato da un intervento della Corte Costituzionale.

Come rilevato da questa Corte, nella recente pronuncia n. 6383/2022, "l'esegesi costituzionalmente orientata è praticabile dinanzi a un'alternativa che veda il risultato di quella difforme in contrasto con norme o principi costituzionali", ma, nel caso concreto, la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 32 del 2021, affrontando, proprio, la questione di legittimità della l. n. 40 del 2004, artt. 8 e 9 oltre che dell'art. 250 c.c., disposizioni che, in quanto, sistematicamente interpretate, non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore, ha dichiarato inammissibile la questione medesima perché involgente scelte discrezionali del legislatore. Il che significa che una diversa interpretazione delle norme in esame, involgenti la sola questione della formazione dell'atto di nascita, "non è affatto imposta dalla necessità di colmare in via giurisprudenziale un vuoto di tutela", implicando pur sempre il suddetto vuoto, in materia, quale questa, eticamente sensibile, "scelte legislative di riscontro in base all'equilibrio di diversi valori costituzionali – tutti coinvolti e tutti in gioco –", a fronte delle quali scelte "non sarebbe ammissibile, perché potenzialmente finanche arbitraria, una qualsivoglia attività di supplenza in termini solo giurisprudenziali" (Cass. 6383/2022).

Ne consegue che la soluzione interpretativa estensiva della l. n. 40 del 2004, art. 8 fatta propria dalla Corte d'appello di Cagliari, non risulta conforme a diritto.

8. Per tutto quanto sopra esposto, in accoglimento del ricorso principale della Procura Generale e del primo motivo del ricorso incidentale del Ministero, respinto il secondo motivo e il ricorso incidentale della C., va cassata la sentenza impugnata, con rinvio alla Corte d'appello di Cagliari, in diversa composizione. Il giudice del rinvio provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità. (*Omissis*)

(1-3) La soluzione della Corte di Cassazione in tema di omogenitorialità ricusa la post-modernità giuridica delle Corti Cagliaritane e riafferma i principi della l. 40/2004.

La Corte di Cassazione con la sentenza in epigrafe ha accolto il ricorso della Procura generale di Cagliari, avverso la sentenza con la quale la Corte d'appello riconosceva la doppia maternità, ritenendo legittima l'annotazione nell'atto di nascita della madre intenzionale, in aggiunta a quella biologica (1).

Le pronunce di merito, di primo e secondo grado, argomentando dalla giuridicità dei fatti, al fine di soddisfare la primaria esigenza di tutela del minore, hanno riconosciuto che la genitorialità possa essere costituita anche in assenza di un legame biologico e determinata in base all'assunzione della responsabilità per la nascita, proponendo una interpretazione forzata della l. 40 del 2004, che ne svincola l'applicazione dall'osservanza dei presupposti per l'accesso alla P.M.A. e, in particolare, di quello relativo alla diversità di sesso degli aspiranti genitori (2).

La soluzione contraria accolta dalla Corte di Cassazione pone un freno alla giurisprudenza creativa delle Corti di merito, le quali sulla base di un approccio di c.d. post-modernità giuridica, hanno esteso le norme sulla fecondazione artificiale ad ipotesi estranee al loro ambito di applicazione. La decisione appare coerente con i numerosi interventi della Corte Costituzionale sulla omogenitorialità, i quali hanno affermato la legittimità costituzionale della l. 40/2004 nella parte in cui esclude dalle pratiche di fecondazione artificiale le coppie *same sex* (3). Accogliendone le premesse, la Suprema Corte, infatti, rece-

(1) Il tema è già trattato in questa *Rivista*, 2021, p. 502 ss., con nota di FADDA, *La genitorialità omosessuale: tendenze progressiste ed esigenze di riforma*, alla quale si rinvia per ulteriori approfondimenti e citazioni bibliografiche.

(2) Trib. Cagliari, 28 aprile 2020, n. 1146; App. Cagliari, 28 aprile 2021, n. 691, in questa *Rivista*, 2021, p. 489 ss.

(3) Corte cost., 23 ottobre 2019, n. 221, in *Resp. civ. prev.*, 2020, n. 430; Corte cost. 15 novembre 2019, n. 337, in *Foro it.*, 2020, I, c. 31; Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, in *Foro it.*, 2021, I, c. 28; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 e 33, in *Foro it.*, 2021, 6, I, c. 1923, dichiarano inammissibili le questioni di legittimità costituzionale delle norme della l. 40/2004 che vietano l'accesso alla P.M.A. alle coppie omosessuali e rimettono al legislatore il compito di intervenire in materia di tutela del minore.

pisce le indicazioni della Corte costituzionale laddove afferma che la menzione di due madri nell'atto di nascita si pone in contrasto con la l. 40/2004, la quale vieta il ricorso alle tecniche di P.M.A. alle coppie formate da persone dello stesso sesso, non consentendo forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge medesima (4). Inoltre, secondo la Corte, i presupposti per l'applicazione della l. 40/2004, tra i quali la diversità di sesso dei richiedenti, costituiscono espressione di principi accolti dal nostro ordinamento in tema di P.M.A., in particolare della funzione terapeutica della fecondazione artificiale e della doppia genitorialità. I giudici di legittimità, peraltro, non condividono l'argomento sul quale si fonda la decisione della Corte d'appello, relativo alla scissione del profilo della illiceità della P.M.A. per insussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale e quello della tutela del nato, rilevando, *a contrario*, che si tratta di una disciplina unitaria applicabile nei limiti in cui è consentito. Infine, sempre secondo la Corte, i precedenti di merito non sono conformi a diritto in quanto la prevalenza dell'interesse del minore non può legittimare l'estensione delle norme della legge sulla P.M.A. ad ipotesi estranee al loro ambito di applicazione, non potendo il giudice sostituirsi al legislatore.

Non si può negare che le decisioni di segno opposto – di merito da un lato e di legittimità dall'altro – adottate nella vicenda *de qua*, evidenziano ancora una volta la necessità di un intervento del legislatore che offra una soluzione nell'interesse del minore alla stabilità dello *status* e dei rapporti affettivi.

L'intervento normativo, più volte sollecitato dalla Corte Costituzionale, dovrà essere preordinato, nell'ottica accolta dal nostro legislatore in tema di filiazione, a garantire una adeguata protezione al minore, assicurandogli una tutela che realizzi non solo la continuità formale dello *status*, ma anche il riconoscimento delle relazioni affettive instaurate con chi ha assunto la responsabilità per la nascita.

In questa direzione, la scelta dello strumento con il quale potrà essere perseguita la tutela del minore compete al legislatore e non è necessariamente legata all'ampliamento dell'ambito di applicazione della l. 40/2004. L'obiettivo indicato si potrebbe infatti realizzare anche attraverso un intervento normativo volto a riformare la legge sull'adozione, già attualmente applicata dalla giurisprudenza prevalente, per riconoscere il rapporto tra il nato da P.M.A. e il *partner* del genitore biologico, attraverso il ricorso all'art. 44, lett. d), l. ad. Questa soluzione, seppure attualmente ritenuta non idonea a realizzare una piena tutela del minore, a fronte di una riforma dell'istituto ormai vetusto dell'adozione, potrebbe apparire la strada giusta per assicurare e rafforzare la tutela del minore, nel rispetto dell'attuale quadro normativo in materia di filiazione e di P.M.A. e in risposta alle nuove esigenze della famiglia, o meglio delle famiglie. Un segnale in questo senso proviene dalla stessa Corte costituzionale che è recentemente intervenuta per dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 l. ad., nella parte in cui, median-

(4) Cass., 4 aprile 2022, n. 10844, in *Dir. & giust.*, 2022, 5 aprile, rigetta il ricorso volto ad ottenere l'indicazione nell'atto di nascita della madre intenzionale accanto a quella biologica, unita alla prima da una stabile relazione affettiva.

te rinvio all'art. 300, comma 2°, c.c., prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante (5). Superato così il problema della discriminazione a carico dei figli adottati "in casi particolari" con il riconoscimento dello *status* di figlio e dei legami parentali, l'applicazione dell'art. 44, lett. d), l. ad., potrebbe offrire quella tutela efficace e adeguata che la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione reclamano dal legislatore (6).

Percorrendo questa strada, con la riforma dell'adozione, il legislatore potrebbe offrire una risposta alle esigenze di tutela del minore nato a seguito di P.M.A., chiarendo, ed eventualmente ampliando, l'ambito di applicazione dell'art. 44, oppure intervenendo sull'art. 6 l. ad., con il superamento dei restrittivi presupposti dell'adozione, legati al riconoscimento di un solo modello familiare, ossia quello un tempo definito "legittimo", che certamente non è più l'unico modello accolto dal nostro ordinamento, né l'unico meritevole di protezione, soprattutto quando vengono in considerazione interessi di minori.

In questo modo, nonostante la perdurante vigenza del divieto di accesso alle pratiche di P.M.A. per le coppie dello stesso sesso, la riforma della legge sull'adozione potrebbe offrire una soddisfacente soluzione al conflitto di interessi – del minore e degli aspiranti genitori – che viene in considerazione nella materia *de qua*, ripristinando anche legalmente il giusto confine, e il differente trattamento, tra la situazione in cui il minore è già nato, e appare bisognoso di cura e tutela, e quella in cui costituisca l'oggetto di un programma finalizzato a realizzare l'interesse spesso egoistico alla genitorialità (7).

ROSSELLA FADDA

(5) Corte cost., 28 marzo 2022, n. 79, in *Dir. & giust.*, 2022, 29 marzo.

(6) Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Dir. fam. pers.*, 2020, p. 960, afferma che l'adozione ex art. 44, lett. d), l. ad., non è idonea al riconoscimento dello *status* di figlio e alla tutela del minore, in quanto non crea un vero rapporto di filiazione; Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, *cit.*, rileva il vuoto normativo e rivolge un monito al legislatore perché intervenga dettando una disciplina che assicuri gli interessi del minore in modo più aderente alle peculiarità della situazione, che sono assai diverse da quelle dell'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, lett. d).

(7) Sul diritto alla genitorialità, v. FADDA, *Il conflitto assiologico nella legge n. 40/2004 tra morale kantiana e diritto alla procreazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 430 ss.

CORTE D'APPELLO DI CAGLIARI, 28 aprile 2021, n. 189 —
OSANA *Presidente* — DOMINIANNI *Estensore* – P.G. (avv. M. Meloni) c. P.D. (avv.ti Nanni e Murri).

Riforma parzialmente Trib. Cagliari, 24 aprile 2018, n. 1253.

Comodato - Termine di restituzione del bene - Scadenza - Mancata restituzione - Richiesta di risarcimento del danno - Prova del danno - Necessità - Danno in *re ipsa* - Esclusione.

(Cod. civ., artt. 1809 s., 1218 ss., 2043 ss., 873 ss.).

Nel caso di illegittima occupazione di un immobile concesso in comodato a seguito di mancata restituzione nel termine convenuto, il danno subito dal concedente non può ritenersi sussistente in re ipsa, atteso che tale concetto identifica il danno con l'evento dannoso e configura un vero e proprio danno punitivo, mentre il danno da occupazione sine titulo, trattandosi di danno-conseguenza, deve essere allegato e provato anche sulla base di presunzioni semplici, fermo restando che un alleggerimento dell'onere probatorio di tale natura non può includere anche l'esonero dalla allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto (1).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — P.S. e P.D. hanno convenuto in giudizio P.G. deducendo:

che P.S., nel mese di agosto del 2000, aveva concesso in comodato gratuito, per 8 mesi, da settembre a maggio 2001, al convenuto, suo nipote, il proprio immobile di civile abitazione sito in Villa-

(1) La nota segue a p. 296.

speciosa (...); che, scaduto il contratto, il P.G. non aveva provveduto al rilascio dell'immobile, nonostante invito in tal senso del maggio 2001 e successivi tentativi bonari; di aver formalizzato, l'11 febbraio 2004, la donazione dell'immobile al nipote P.D.

Su tali premesse, gli attori hanno chiesto la restituzione dell'immobile e il risarcimento dei danni loro derivanti dalla mancata disponibilità dello stesso. (*Omissis*)

P.G. si è costituito in giudizio chiedendo il rigetto della domanda.

Istruita la causa con documenti e interrogatorio formale delle parti, il Tribunale di Cagliari, con sentenza n. 1253/2018, ha: dichiarato l'illegittima e illecita detenzione e occupazione senza titolo, da parte del convenuto, dell'immobile per cui è causa; condannato P.G. al risarcimento dei danni in favore di P.D., nella misura di € 47.643,57; condannato il convenuto al pagamento delle spese processuali.

Avverso la suddetta sentenza ha proposto appello P.G. (*Omissis*)

MOTIVI DELLA DECISIONE. — L'appello è invece fondato nella parte in cui la condanna del convenuto al risarcimento dei danni.

La Corte di Cassazione (Ord. n. 26296 del 17 ottobre 2019) ha recentemente precisato che «Nel caso di occupazione abusiva di un immobile il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, atteso che tale concetto giunge a identificare il danno con l'evento dannoso e a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni Unite secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato, sia con l'ulteriore e più recente intervento nomofilattico che ha riconosciuto la compatibilità del danno punitivo con l'ordinamento solo nel caso di espressa sua previsione normativa, in applicazione dell'art. 23 Cost. Deriva da quanto precede che il danno da occupazione *sine titulo*, in quanto particolarmente evidente, può essere agevolmente dimostrato sulla base di presunzioni semplici, ma un alleggerimento dell'onere probatorio di tale natura non può includere anche l'esonero dall'allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto».

Giova ancora citare ulteriori arresti giurisprudenziali sul tema: «Nel caso di ritardo nella consegna di immobile (...), il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, atteso

che tale concetto giunge ad identificare il danno con l'evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni Unite della S.C. (sent. n. 26972 del 2008) secondo il quale ciò che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato, sia con l'ulteriore e più recente intervento nomofilattico (sent. n. 16601 del 2017) che ha riconosciuto la punibilità del danno punitivo con l'ordinamento solo nel caso di espressa sua previsione normativa, in applicazione dell'art. 23 Cost.; ne consegue che è onere del proprietario provare di aver subito un'effettiva lesione del proprio patrimonio per non aver potuto locare l'immobile ovvero per aver perso l'occasione di venderlo a prezzo conveniente o per aver sofferto altre situazioni pregiudizievoli, con valutazione rimessa al giudice di merito che può avvalersi al riguardo di presunzioni, sulla base però di elementi indiziari allegati dallo stesso danneggiato, *diversi dalla mera mancata disponibilità o godimento del bene*» (Cass., ord. n. 31233/2018); «Il danno da occupazione abusiva di immobile non può ritenersi sussistente *in re ipsa* e coincidente con l'evento, che è viceversa un elemento del fatto produttivo del danno, ma, ai sensi degli artt. 1223 e 2056 c.c., trattasi pur sempre di un danno-conseguenza, sicché il danneggiato che ne chieda in giudizio il risarcimento è tenuto a provare di avere subito un'EFFETTIVA lesione del proprio patrimonio per non avere potuto locare o altrimenti direttamente e tempestivamente utilizzare il bene, ovvero per avere perso l'occasione di venderlo a prezzo conveniente o per aver sofferto situazioni pregiudizievoli» (Cass., sent. n. 15111/2013).

Nella fattispecie in esame non si rinviene, nell'atto introduttivo del giudizio, alcuna allegazione dell'attore sulla sua pregressa intenzione di locare l'immobile e di metterlo a frutto, contenendo, il ricorso, soltanto l'invocazione del valore locativo, ma come mero parametro di liquidazione dell'invocato risarcimento, e un generico richiamo alla mancata disponibilità, senza però alcuna deduzione, in fatto, su una determinazione del P.D., a far data dalla donazione dell'11 febbraio 2004, a concedere l'immobile in godimento ad altri verso un corrispettivo.

Secondo i principi affermati dalla citata giurisprudenza di legittimità, ai fini dell'accoglimento della domanda risarcitoria il ricorrente avrebbe dovuto specificamente allegare, nonché provare, che egli, sin da quando ne aveva acquisito la proprietà esclusiva, intendeva locare l'immobile, o comunque metterlo a frutto, che ave-

va concrete possibilità di farlo e che, conseguentemente, l'attività omissiva del P.G. gli aveva cagionato un concreto, effettivo pregiudizio patrimoniale: tuttavia, nessuna deduzione di tali circostanze è stata effettuata né, tanto meno, ne è stata offerta prova, come, peraltro, è ovvio, atteso che le deduzioni istruttorie necessariamente presuppongono un'attività assertiva. (*Omissis*)

Alle precedenti considerazioni consegue l'infondatezza della domanda di risarcimento dei danni e la parziale riforma della sentenza impugnata. Le spese dei due gradi del giudizio devono essere compensate in virtù della soccombenza reciproca tra le parti. (*Omissis*)

(1) Risarcimento del danno per mancata restituzione del bene alla scadenza di un contratto di comodato.

1. La sentenza pronunciata dalla Corte cagliaritana affronta un caso in sé relativamente semplice, ma la cui soluzione ha dato luogo a lungo a contrasti giurisprudenziali di notevole entità, tanto che le decisioni adottate sono non solo contrastanti tra loro, ma addirittura contrapposte.

In sintesi, alla scadenza di un contratto di comodato il bene immobile oggetto dell'accordo viene restituito al comodante con notevole ritardo, per cui costui chiama in giudizio il comodatario al quale richiede il risarcimento dei danni subiti per il mancato godimento del bene (1).

Mentre il giudice di primo grado accoglie la domanda ritenendo che in questo caso il danno sia *in re ipsa* e non necessiti perciò di alcuna prova specifica, la Corte d'appello, con il provvedimento che qui si commenta, ribalta completamente il precedente giudizio, stabilendo che, nel caso *de quo*, trattandosi di danno-conseguenza, esso deve essere allegato e provato.

Il tema, come si è anticipato, viene risolto in maniera difforme dai giudici italiani e, nonostante la sicurezza espressa dall'estensore cagliaritano, non mi pare che possa ancor oggi offrire un orientamento consolidato della giurisprudenza di merito e di legittimità, anche se le decisioni più recenti sono nel senso di quella che qui si annota (2).

(1) In realtà la vicenda è un po' più complessa, nel senso che il giudice ha dovuto affrontare anche altri problemi, peraltro marginali, quali l'integrazione del contraddittorio, la natura ad uso di abitazione familiare di un bene dato in comodato, le eccezioni relative a miglioramenti apportati al bene dal comodatario, la distinzione tra azione di rivendica e di restituzione, ma questa nota di commento intende soffermarsi esclusivamente sul problema del risarcimento del danno e degli oneri probatori gravanti sul comodante che agisca contro il comodatario detentore abusivo.

(2) Sul tema v. COSTANZA, *Delle azioni spettanti al comodante in caso di inadempimento dell'obbligo di restituzione da parte del comodatario*, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2716 ss.

2. In sostanza si è statuito – nel nostro caso con riferimento al comodato – che il mancato godimento di un bene detenuto arbitrariamente dal comodatario che ritardi la riconsegna dopo la scadenza del termine, sia di per sé un evento dannoso (3). Ciò posto, l'occupazione *sine titulo* costituisce un pregiudizio *in re ipsa*, riconosciuto al soggetto leso – salva la dimostrazione contraria dell'autore della violazione – con l'attribuzione in giudizio di un risarcimento di entità determinata alla luce del valore locativo del bene, senza necessità di alcuna prova e neppure di allegazione.

In questo senso, singolarmente, è la stessa sezione di Sassari della Corte d'appello di Cagliari ad ammettere l'esistenza di un danno *in re ipsa*, anche se poi il provvedimento è stato riformato proprio dall'ordinanza della Corte di Cassazione a cui la sentenza in epigrafe si richiama espressamente riportando integralmente parte del testo (4).

In senso diametralmente opposto si è stabilito che, in caso di occupazione illegittima di un bene immobile, il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, visto che tale concetto finisce per identificare il danno con l'evento dannoso e a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi in tal modo in contrasto con l'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (5).

Con una pronuncia del 2018 la Corte di Cassazione ha abbandonato il precedente orientamento stabilendo che «Il danneggiato che chieda in giudizio il risarcimento del danno per mancato godimento dell'immobile è tenuto a provare di aver subito un'effettiva lesione del proprio patrimonio per non aver potuto locare ovvero per aver sofferto altre situazioni pregiudizievoli, da allegare e provare da parte del preteso danneggiato, diversi dalla mera mancata disponibilità o godimento del bene, che possano sorreggere il convincimento sia dell'esistenza di tale danno-conseguenza, sia del suo collegamento causale con l'evento lesivo» (6).

Sebbene non manchino anche di recente pronunce che ritengono integrato *in re ipsa* il danno da occupazione abusiva di immobile (7), la Terza Sezione della

(3) Accolgono la teoria del danno *in re ipsa*, tra le altre, Cass., ord., 6 agosto 2018, n. 20545; Cass., ord., 28 agosto 2018, n. 21239; Cass., 9 agosto 2016, n. 16670; Cass., 8 marzo 2010, n. 5568; Cass., 11 febbraio 2008, n. 3251; Cass., 8 maggio 2006, n. 10498. V. anche DI MARZIO, *Occupazione di immobili senza titolo e rimedi esperibili dal proprietario*, in *Imm. & propr.*, 2011, p. 387 s.

(4) Così App. Cagliari-Sez. Sassari, 27 ottobre 2016, n. 535, *ined.*, cassata con rinvio da Cass., ord., 17 ottobre 2019, n. 6296, secondo la quale la sentenza impugnata deve essere censurata per aver affermato che il danno da occupazione abusiva di un immobile deve ritenersi *in re ipsa*, avendo, in questo modo, il giudice d'appello contravvenuto al più recente insegnamento della Corte, che esigerebbe sempre l'esistenza di una prova, da parte di chi agisce in giudizio, dei danni subiti.

(5) E cioè contro il disposto di Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, per la quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato.

(6) In tal senso, Cass., 20 giugno 2018, n. 31233. Sul tema *amplius* BUSNELLI e PATTI, *Danno e responsabilità civile*³, Torino, 2013, *passim*.

(7) Cass., ord., 6 agosto 2018, n. 20545 *cit.*; Cass., ord., 28 agosto 2018, n. 21239 *cit.*; Cass., 9 agosto 2016, n. 16670 *cit.*

Suprema Corte ha ribadito che “nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, atteso che tale concetto giunge a identificare il danno con l’evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l’insegnamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte (*id est* Cass., 2008 n. 26972) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato” (8).

Il principio è stato in seguito ulteriormente ribadito nel senso che, in caso di occupazione di un immobile *sine titulo*, il danno subito dal proprietario non può ritenersi *in re ipsa*, ma deve essere sempre provato, ancorché attraverso il ricorso a presunzioni semplici, che comunque rivelino l’intenzione concreta del proprietario di mettere l’immobile a frutto, dovendo la liquidazione equitativa dello stesso compiersi sulla base di un prudente temperamento dei vari fattori di probabile incidenza del pregiudizio nel caso concreto.

Accogliendo questo indirizzo la Corte di Cassazione ha riconosciuto la compatibilità del danno punitivo con l’ordinamento solo nel caso di espressa sua previsione normativa, in applicazione dell’art. 23 Cost. (9).

Le implicazioni derivanti da tale pronuncia paiono di non poco conto poiché si finirebbe con il lasciare senza tutela innumerevoli situazioni giuridiche in cui il danneggiato, privato della disponibilità della *res*, si trovi nell’impossibilità di fornire una prova del danno-conseguenza, foss’anche indiziaria.

3. Il concetto di danno, si afferma, può essere distinto in due grandi categorie: il danno evento e il danno conseguenza. Il primo consiste nella lesione di un interesse giuridicamente rilevante arrecata da un soggetto diverso dal titolare dell’interesse stesso. Il secondo ricomprende, invece, le conseguenze pregiudizievoli che la vittima dell’illecito ha sofferto a causa della lesione arrecata alla situazione giuridica della quale è titolare. Tali conseguenze si specificano ulteriormente nelle sottocategorie di danno emergente e lucro cessante. (10).

Le ragioni che hanno indotto la Suprema Corte ad esigere la prova positiva del danno-conseguenza nel risarcimento del danno da manato godimento del bene contrastano invero con l’esigenza di tutela di diritti soggettivi illecitamente compressi.

(8) Secondo Cass., 6 maggio 2020, n. 8494, accanto alla «*preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria*» si riconosce adesso una «*natura polifunzionale che si proietta verso più aree*», tra cui le principali sono quella preventiva e quella sanzionatorio-punitiva: l’istituto dei risarcimenti punitivi «*non è quindi ontologicamente incompatibile con l’ordinamento italiano*».

(9) Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601.

(10) Cfr. M.C. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2015, p. 174 ss., secondo il quale il danno evento, inoltre, può essere attribuito all’autore sulla base del principio di imputazione, ossia dolo o colpa, mentre il danno conseguenza rileva soltanto secondo il principio di causalità, fermo restando che i presupposti per l’esistenza di un danno non vanno confusi con i presupposti per la sua risarcibilità.

Le argomentazioni contenute nel precedente della Cass. n. 31233/2018 (che costituisce tuttora un indirizzo minoritario), sono incentrate essenzialmente sulla differenza tra danno *in re ipsa*, danno-evento e danno-conseguenza, circostanza che si presta a numerose riflessioni critiche, considerato che dall'indisponibilità o dal mancato godimento di un immobile consegue sempre, secondo normale inerzia, il mancato guadagno dei frutti ricavabile in base al valore locativo (11).

L'innovativo principio introdotto dalla più recente giurisprudenza della Cassazione tenta di superare l'obiezione basata sulla possibilità di accordare un risarcimento da mancato godimento per un immobile inutilizzato nella consapevolezza che si abbandonino impostazioni formalistiche su astratti e improbabili principi, che nella prassi quotidiana sovente si traducono in una forma di negazione della giustizia.

Sulla risarcibilità del danno da mancato godimento di un bene immobile esiste comunque un'imponente casistica della giurisprudenza di merito e di legittimità, che da tempo e ripetutamente hanno affermato che il danno subito dal proprietario risiede nella perdita della disponibilità del bene e nell'impossibilità del *dominus* di conseguire l'utilità di regola ricavabile dal bene medesimo, in relazione alla natura normalmente fruttifera di esso.

4. Poste queste premesse, si è stabilito che "il danno da occupazione *sine titulo*, in quanto particolarmente evidente, può essere agevolmente dimostrato sulla base di presunzioni semplici, fermo restando che un alleggerimento dell'onere probatorio di tale natura non può includere anche l'esonero dalla allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto" (12).

Lo stesso indirizzo giurisprudenziale che esclude l'esistenza di un danno *in re ipsa* ritiene possibile il ricorso alla prova per presunzioni alla quale il giudice di merito può attribuire rilevanza, anche in via esclusiva, ai fini della formazione del proprio convincimento, nell'esercizio del potere discrezionale, istituzionalmente demandatogli, di individuare le fonti di prova, controllarne l'attendibilità e la conclusione e, infine, scegliere, fra gli elementi probatori sottoposti al suo esame, quelli ritenuti più idonei a dimostrare i fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione (13).

(11) Principio recepito anche dalla giurisprudenza di merito che ha sempre condiviso l'indirizzo maggioritario della Cassazione, che solleva il danneggiato dal rigore della prova positiva piena del danno-conseguenza, precisando che «in presenza della lesione al titolare di un diritto reale, consistente nel mancato godimento del diritto stesso, il danno deve essere riconosciuto facendo applicazione dei criteri equitativi di liquidazione, senza quindi la necessità di una puntuale dimostrazione delle conseguenze pregiudizievoli»: v. per tutte App. Napoli, 21 febbraio 2018.

(12) Cass., 25 maggio 2018, n. 13071; conf., in precedenza, Cass., 25 maggio 2017, n. 13071, *cit.*; Cass., 17 giugno 2013, n. 15111, nonché, successivamente, Cass., ord., 4 dicembre 2018, n. 31233; Cass., 24 aprile 2019, n. 11203; Cass., ord., 16 marzo 2021, n. 7280; Cass., ord., 25 maggio 2021, n. 14268.

(13) Spetta, pertanto, «al giudice di merito valutare l'opportunità di fare ricorso alle presunzioni, individuare i fatti da porre a fondamento del relativo processo logico e valutarne la ri-

Proprio tale constatazione, ovvero la possibilità del ricorso alla prova presuntiva, costituisce la ragione del sostanziale “riallineamento” della giurisprudenza della Corte in tema di danno da occupazione di immobile *sine titulo*. In tal senso la quantificazione del risarcimento ben può essere stabilita dal giudice mediante ricorso al cosiddetto danno figurativo e, quindi, con riguardo al valore locativo del cespite (14).

Deve ritenersi possibile anche la liquidazione equitativa del danno, consistente “in un giudizio di prudente temperamento dei vari fattori di probabile incidenza sul danno nel caso concreto, sicché, pur nell’esercizio di un potere di carattere discrezionale, il giudice è chiamato a dare conto, in motivazione, del peso specifico attribuito ad ognuno di essi, in modo da rendere evidente il percorso logico seguito nella propria determinazione e consentire il sindacato del rispetto dei principi del danno effettivo e dell’integralità del risarcimento”, pena, altrimenti, il vizio di nullità per difetto di motivazione (15).

La liquidazione equitativa del danno può nel caso concreto essere ammessa, salvo che i criteri adottati siano manifestamente incongrui rispetto al caso concreto, o radicalmente contraddittori, o macroscopicamente contrari a dati di comune esperienza, ovvero l’esito della loro applicazione risulti particolarmente sproporzionato per eccesso o per difetto (16).

La Cassazione ha osservato, infatti, che l’esercizio, in concreto, del potere discrezionale conferito al giudice di liquidare il danno in via equitativa non è suscettibile di sindacato in sede di legittimità, a condizione che “la motivazione della decisione dia adeguatamente conto dell’uso di tale facoltà, indicando il processo logico e valutativo seguito” (17). Inoltre, per evitare che la relativa decisione si presenti come arbitraria e sottratta ad ogni controllo, occorre che il giudice

spondenza ai requisiti di legge»: così Cass., 17 giugno 2013, n. 15111. Conf. Cass., ord., 16 marzo 2021, n. 7280, *cit.*

(14) Tra le numerose sentenze segnalo quelle più recenti e maggiormente significative: Cass., 12 luglio 2019, n. 18740; Cass., 6 agosto 2018, n. 20545, *cit.*; Cass., 28 agosto 2018, n. 21239, *cit.*; Cass., 25 maggio 2016, n. 10870; Cass., 15 ottobre 2015, n. 20823; Cass., 28 maggio 2014, n. 11992; Cass., 17 giugno 2013, n. 15111, *cit.*; Cass., 16 aprile 2013, n. 9137; Cass., 11 febbraio 2008, n. 3251; Cass., 8 maggio 2006, n. 10498.

(15) Cass., 13 settembre 2018, n. 22272; Cass., 22 maggio 2017, n. 13153, *cit.*; Cass., 31 gennaio 2018, n. 2327, hanno stabilito che il giudice deve indicare, almeno sommariamente e nell’ambito del suo potere discrezionale i criteri seguiti per determinare l’entità del danno e gli elementi su cui ha basato la sua decisione in ordine al *quantum*. Trattasi di orientamento consolidato: v. Cass., 13 maggio 1982, n. 3000 e Cass., 17 giugno 1982, n. 3692, entrambe in *Dir. prat. assic.*, 1983, p. 141, con nota di ANTINOZZI, *La valutazione equitativa del danno*.

(16) Cfr. Cass., ord., 25 maggio 2017, n. 13153; Cass., 13 ottobre 2017, n. 24070, secondo le quali l’esercizio in concreto del potere discrezionale conferito al giudice di liquidare il danno in via equitativa non è suscettibile di sindacato in sede di legittimità, purché la motivazione della decisione dia adeguatamente conto dell’uso di tale facoltà indicando il processo logico e valutativo seguito.

(17) Criterio ampiamente consolidato: v. Cass., 25 giugno 1981, n. 4137, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2213. Da ultimo, Cass., 13 ottobre 2017, n. 24070, *cit.*; Cass., 15 marzo 2016, n. 5090.

indichi, almeno sommariamente e nell'ambito dell'ampio potere discrezionale che gli è proprio, i criteri seguiti per determinare l'entità del danno e gli elementi su cui ha basato la sua decisione in ordine al *quantum* (18).

L'assenza di ogni motivazione sui criteri seguiti per la quantificazione del danno integra uno di quei casi di c.d. *equità cerebrina*, ovvero un modello di valutazione equitativa non rispondente alla previsione legale di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c., secondo i quali "il giudice non può farsi guidare da concezioni personali o da mere intuizioni, col rischio di sconfinare nell'arbitrio", avendo, invece, "il dovere di ispirarsi a criteri noti e generalmente accolti dall'ordinamento vigente, comportandosi come avrebbe fatto il legislatore se avesse potuto prevedere il caso" (19).

Giusto per arricchire il campo delle indagini, osservo che, in tema di responsabilità del conduttore per ritardata restituzione dell'immobile locato, il maggior danno risarcibile *ex art.* 1591 c.c. (in aggiunta alla liquidazione automatica in misura corrispondente al canone pagato prevista da detta norma) dev'essere provato dal locatore – anche per presunzioni – nella sua certa e concreta esistenza e non si identifica nel danno da perdita di *chance*, la cui configurabilità è esclusa in questo caso per l'intrinseca incertezza sulla possibilità di conseguire il vantaggio economico che connota questa figura (20).

Il locatore deve dimostrare tale maggior danno che può derivare, ad esempio, dal fatto di aver dovuto prendere in locazione un altro immobile o dal non aver potuto percepire un più alto canone pattuito con terzi (21).

Si è stabilito ancora, in tema di mancata riconsegna di un'area demaniale oggetto di concessione non rinnovata alla scadenza, che il danno è da ritenersi sussistente *in re ipsa* e va commisurato al presumibile valore locativo dell'immobile illegittimamente occupato, discendendo dalla perdita della disponibilità del bene e dall'impossibilità di conseguire l'utilità anche solo potenzialmente ricavabile dal bene stesso. Ne consegue che trova applicazione, in via analogica, il criterio di valutazione previsto dall'art. 1591 c.c., espressione di un principio riferibile a tutti i tipi di contratto con i quali viene concessa l'utilizzazione di un bene dietro corrispettivo, allorché il concessionario lo continui a utilizzare oltre il termine finale del rapporto senza averne più il titolo (22).

(18) Orientamento pacifico: v. tra le tante Cass., ord., 23 novembre 2021, n. 35251; Cass., 31 gennaio 2018, n. 2327, *cit.*; Cass., 13 ottobre 2017, n. 24070, *cit.*; Cass., 15 giugno 2016, n. 5090.

(19) Cass., 21 settembre 2007, n. 19536. V. inoltre FRANZONI, *Il danno risarcibile*², in *Tratt. resp. civ.* diretto da Franzoni, Milano, 2010, *passim*.

(20) Considerazioni svolte da Cass., 7 ottobre 2021, n. 27287, in *Pactum*, 2022, p. 1, con nota di LOCATELLO, *Danno da ritardata restituzione dell'immobile locato: perdita di chance?*

(21) V. Cass., 15 maggio 2007, n. 11189, in *Danno e resp.*, 2008, p. 663, con nota di GUERRINI, *Responsabilità per ritardata restituzione della cosa locata: corrispettivo, risarcimento o restituzione?*

(22) Cass., ord., 31 luglio 2019, n. 20708. Sulle problematiche relative alla prova del maggior danno si rinvia al contributo di FOFFA, *Danni da mancata restituzione dell'immobile: la*

5. La sentenza in commento, per quanto egregiamente ricostruita attraverso puntuali riferimenti tratti da numerose sentenze che accolgono la stessa soluzione, non pare invero del tutto convincente.

L'esigenza di fornire la prova che si intende "mettere l'immobile a frutto" sembra rappresentare, infatti, uno strumento di scarsa attendibilità.

In pratica tale prova potrebbe essere fornita in modo fittizio – non necessariamente veritiero – attraverso numerosi mezzi aventi tutta scarsa rilevanza giuridica: ad es. producendo una scrittura (sottoscritta dalle parti) con la quale si conferisca a un mediatore professionale l'incarico di locare o vendere un determinato immobile; con un'inserzione sul giornale (ripetuta più volte) con la quale si offra in vendita/locazione un determinato immobile; con la foto di una pluralità di cartelli nei quali sia scritto "vendesi" con i necessari riferimenti contrattuali; con un'offerta formulata attraverso siti elettronici, ecc.

Al solo fine di predisporre la prova richiesta sarebbe facile indicare – in vista della quantificazione del danno – un canone elevatissimo ovvero un prezzo di vendita eccessivo. Tali elementi non porterebbero certo né alla vendita né alla locazione del bene, ma costituirebbero, ritengo, una valida base – per quanto non veritiera – sulla quale identificare il danno da ritardo.

Resta il fatto, in conclusione, che i differenti orientamenti esistenti presentano rilevanti differenze probatorie che non facilitano certo il compito del giudice, consistente, dopo aver accolto la domanda, nel quantificare il danno subito (23).

6. Chiarito quali sono gli orientamenti esistenti, quali i mezzi di prova utilizzabili, e più in generale quali le problematiche relative al risarcimento del danno per ritardata riconsegna di un bene immobile, occorre infine segnalare che finalmente ci si è resi conto dell'esistenza di uno spinoso problema interpretativo e la Corte di Cassazione, con due diverse ordinanze, ha rimesso alle Sezioni Unite la risoluzione del contrasto.

Secondo un certo orientamento della stessa Corte – come si è visto – il proprietario ha pieno diritto di usare e godere della cosa propria, secondo la naturale destinazione della stessa, per cui, qualsiasi intervento di terzi che limiti tale uso e godimento, costituisce turbativa del diritto di proprietà sul bene e legittima il proprietario a chiedere la tutela in forma specifica, della cessazione della turbativa e ripristino dello *status quo*, e il risarcimento dei danni.

Muovendo da questo presupposto, la Terza Sezione Civile ha perciò rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione

seconda giovinezza dell'art. 1591 c.c., in *Danno e resp.*, 2007, p. 61 ss. V. anche l'ipotesi dell'appaltatore che deve eseguire dei lavori sul fondo già oggetto di locazione non restituito in termini: cfr. TABET, *La locazione-conduzione*, in *Tratt. Dir. civ. comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1972, p. 478.

(23) E così Cass., ord., 17 ottobre 2019, n. 26296, *cit.*, prendendo atto della difficoltà di valutare il danno, giustamente osserva che il primo giudice «neppure precisa in base a quel criterio sia pervenuta a stimare l'entità del danno nella misura di 6.000 euro per ogni anno di occupazione».

se il danno da illegittima occupazione di immobile sia configurabile come danno *in re ipsa*, nel senso di rapportarsi alla mera circostanza della perdita della disponibilità del bene, ovvero richieda la prova – da fornirsi anche per presunzioni – della concreta intenzione del proprietario di mettere a frutto l'immobile (24).

A sostegno di ciò, la Corte evidenzia che il valore patrimoniale di un immobile libero è maggiore di quello dell'immobile occupato: l'occupazione di un immobile causa *ex se* una *deminutio patrimonii* del proprietario, indipendentemente dal fatto se in concreto l'immobile venga venduto.

Si è ritenuto quindi opportuno sottoporre all'esame delle Sezioni Unite la questione sul se, in caso di occupazione *sine titulo*, la prova del danno emergente – consistente nella *deminutio patrimonii* derivante dalla perdita della facoltà di godimento del bene per la durata dell'occupazione senza titolo – debba considerarsi sussistente *in re ipsa*, con sua conseguente liquidabilità in via equitativa, ove non diversamente possibile (25).

Con i suddetti provvedimenti sono state finalmente investite le Sezioni Unite dell'importante ed annosa questione del danno da abusiva occupazione di un immobile.

La Corte afferma di ritenere opportuno rimettere alle Sezioni Unite anche la trattazione dell'ulteriore questione, e cioè se il danno patrimoniale da occupazione senza titolo debba qualificarsi, ai sensi dell'art. 1123 c.c., come perdita o come mancato guadagno, ossia come danno emergente o lucro cessante. Più precisamente, ci si chiede se la compressione della facoltà di godimento diretto del bene, che costituisce il contenuto del diritto di proprietà *ex art.* 832 c.c., insieme alla facoltà di disposizione del bene, debba considerarsi quale danno patrimoniale da risarcire ai sensi degli artt. 1223 e 2056 c.c. (26).

Le Sezioni Unite devono dunque stabilire se il danno deve sempre presumersi per la violazione dell'art. 832 c.c., lasciando al responsabile dell'occupazione illecita la possibilità della prova contraria oppure se, al contrario, il danneggiato deve provare la sussistenza effettiva e concreta del danno.

GOFFREDO ZUDDAS

(24) È l'ordinanza interlocutoria di Cass., 17 gennaio 2022, n. 1162, in *Persona e danno*, 2022, p. 1, con nota di BASSO, *Il danno da occupazione senza titolo è in re ipsa? – La parola alle Sezioni Unite*, in *RIDARE*, 19.1.2022, p. 1 ss., con nota di VILLA, *Il danno da occupazione abusiva può essere considerato in re ipsa? La parola alle Sezioni Unite*.

(25) V. altra ordinanza di Cass., 8 febbraio 2022, n. 3946.

(26) Il Collegio, con l'ordinanza in esame, aggiunge che anche una fruizione solo potenziale sarebbe idonea a costituire una posta attiva del patrimonio del proprietario. E, infatti, il valore di utilizzazione diretta o indiretta (cessione del godimento a terzi) di un bene, costituisce un valore patrimoniale. Pertanto, la privazione anche solo temporanea della disponibilità di un bene rappresenta una lesione patrimoniale, ovvero un danno per il titolare del bene.

CORTE D'APPELLO DI CAGLIARI, 14 settembre 2021, n. 401
— OSANA *Presidente* — PROVITERA *Estensore* — P.E., P.C., V.M.T
(avv. Santamaria) c. G.A. s.p.a. (avv. Fanni) c. M.S.
Riforma parzialmente Trib. Lanusei, 6 novembre 2017.

Responsabilità civile - Scontro tra veicoli - Responsabilità extra-contrattuale - Presunzione di pari corresponsabilità - Carattere sussidiario - Oneri probatori delle parti.
(Cod. civ., art. 2054, comma 2°).

Responsabilità civile - Danno non patrimoniale - Danno da perdita del rapporto parentale - Danno-conseguenza - Liquidazione del danno - Criteri di valutazione.
(Cod. civ., artt. 1226, 2056, 2059).

Nel caso di scontro tra veicoli, la presunzione di pari responsabilità ha carattere sussidiario, dovendosi applicare soltanto nel caso in cui sia impossibile accertare in concreto il grado di colpa di ciascuno dei conducenti coinvolti nel sinistro, fermo restando che l'accertamento della intervenuta violazione, da parte di uno dei conducenti, del divieto di svolta o di mancata precedenza, non dispensa il giudice dal verificare il comportamento dell'altro conducente onde stabilire se quest'ultimo abbia a sua volta violato o meno le norme sulla circolazione stradale ed i normali precetti di prudenza, potendo l'eventuale inosservanza di dette norme comportare l'affermazione di una colpa concorrente (1).

Il danno da lesione del rapporto parentale consiste nella perdita di un prossimo congiunto da cui consegue normalmente una condizione di vuoto esistenziale da parte dei familiari, determinato dal fatto di non poter più godere della sua presenza e di non poter più sperimentare tutte quelle relazioni fatte di affettività, condivisione, solidarietà che

caratterizzano un sistema di vita che viene irreversibilmente stravolto; vertendosi in materia di lesione di valori inerenti la persona e dunque privi di immediata valutazione economica, la liquidazione del danno deve tener conto dell'intensità del vincolo familiare, della situazione di convivenza e di ogni ulteriore utile circostanza, quali la consistenza più o meno ampia del nucleo familiare, le abitudini di vita, l'età della vittima e dei singoli superstiti (2).

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*) Con un unico sostanziale motivo di gravame gli appellanti censurano la sentenza impugnata per avere il primo giudice errato nella ricostruzione dei fatti oggetto della controversia e per avere male applicato il dettato dell'art. 2054 c.c.; affermano gli appellanti che il convenuto S.M. non ha adempiuto all'onere della prova su di lui incombente onde liberarsi dalla presunzione di pari corresponsabilità non emergendo dall'istruttoria di avere egli osservato un comportamento, che nei limiti della normale diligenza, sia esente da colpa e conforme alle norme del codice della strada; sostengono inoltre che l'imprudente comportamento del convenuto è stato invece la causa principale dell'evento dannoso e che pertanto semmai al de cuius F.P. dante causa degli attori odierni appellanti può essere imputata una percentuale di corresponsabilità non superiore al 10%.

Quanto alla quantificazione del danno eseguita dal primo giudice, pur se con riferimento al 10% della responsabilità attribuita al convenuto S.M., gli appellanti lamentano la non corretta ed equa applicazione degli importi minimi previsti dalla Tabelle predisposte dal Tribunale di Milano per la quantificazione del danno da perdita parentale; rilevano a tal proposito che il giudice non ha considerato che il defunto F.P., di anni 68 all'epoca del sinistro, rappresentava l'unico mezzo di sostentamento della famiglia atteso che il figlio C.P. di anni 41 risultava essere disoccupato e la figlia E.P., di anni 47, e la vedova M.T.V., di anni 66, erano entrambe in precarie condizioni di salute, casalinghe e prive di reddito. (*Omissis*)

L'appello è parzialmente fondato e deve essere accolto per quanto di ragione. (*Omissis*)

Orbene ritiene la Corte, condividendo sul punto quanto statuito dal primo giudice, che il sinistro si sia effettivamente verificato per un concorso non paritario di responsabilità tra il M. ed il P.;

(1-2) La nota segue a p. 309.

infatti è da ritenersi che l'evento si sia verificato prevalentemente per la condotta imprudente del P. che ebbe ad eseguire una improvvisa manovra di svolta sulla strada provinciale, all'altezza del distributore di benzina Esso, allo scopo di invertire la propria corsia di marcia e far ritorno verso l'abitato di Tertenia, tagliando la strada all'auto del M. che in quel momento sopraggiungeva.

Non si ritiene però condividere quanto statuito dal primo giudice in merito alla percentuale di responsabilità da attribuire alle parti coinvolte nel sinistro; infatti, è emerso dalla espletata consulenza tecnica disposta dalla Procura che il M. viaggiava ad una velocità di 75 km orari, velocità da ritenersi elevata in considerazione della palese pericolosità della strada, del suo approssimarsi al centro abitato della città e la presenza sul luogo di un distributore di benzina da cui ben poteva immaginarsi l'uscita di veicoli; un comportamento più prudentiale avrebbe dovuto suggerire al M. di rallentare la propria velocità con la conseguenza che l'impatto seppur non evitabile avrebbe potuto quasi certamente portare a conseguenze meno disastrose; alla luce di quanto sopra ritiene il Collegio che debba essere attribuita al P. una percentuale di responsabilità pari al 80% ed al M. il restante 20%.

In ogni caso la illiceità della condotta tenuta dal M. risulta confermata dall'emissione del decreto penale di condanna emesso nei suoi confronti, per omicidio colposo, neppure opposto dall'imputato.

Si osserva al riguardo che nel caso di scontro tra veicoli, la presunzione di pari responsabilità prevista dall'art. 2054 c.c. ha carattere sussidiario, dovendosi applicare soltanto nel caso in cui sia impossibile accertare in concreto il grado di colpa di ciascuno dei conducenti coinvolti nel sinistro; l'accertamento della intervenuta violazione, da parte di uno dei conducenti, del divieto di svolta o di mancata precedenza, non dispensa il giudice dal verificare il comportamento dell'altro conducente onde stabilire se quest'ultimo abbia a sua volta violato o meno le norme sulla circolazione stradale ed i normali precetti di prudenza, potendo l'eventuale inosservanza di dette norme comportare l'affermazione di una colpa concorrente (Cass. 16 settembre 2013, n. 21130). (*Omissis*)

La presunzione di corresponsabilità di cui all'art. 2054, comma 2°, c.c., quindi, può essere vinta solo fornendo la c.d. "prova liberatoria"; prova che a parere del Collegio è stata raggiunta con l'espletamento della prova testimoniale raccolta in primo grado, con la do-

cumentazione probatoria prodotta (verbali e rilievi eseguiti dai Carabinieri) e dalle risultanze della relazione peritale eseguita dal tecnico nominato dal P.M. (*Omissis*)

Deve poi osservarsi quanto al pregiudizio patito dagli attori, rispettivamente moglie e figli del *de cuius* F. P., che lo stesso consiste prevalentemente nella perdita del rapporto parentale; la suprema Corte di Cassazione ha definito il danno da perdita del rapporto parentale come consistente “nella perdita di un prossimo congiunto da cui consegue normalmente una condizione di vuoto esistenziale da parte dei familiari, determinato dal fatto di non poter più godere della sua presenza e di non poter più sperimentare tutte quelle relazioni fatte di affettività, condivisione, solidarietà che caratterizzano un sistema di vita che viene irreversibilmente stravolto” (Cass. Civ., sent. n. 21230 del 20 ottobre 2016); vertendosi in materia di lesione di valori inerenti la persona e dunque privi di immediata valutazione economiche, inoltre, la liquidazione del danno «deve tener conto dell’intensità del vincolo familiare, della situazione di convivenza e di ogni ulteriore utile circostanza, quali la consistenza più o meno ampia del nucleo familiare, le abitudini di vita, l’età della vittima e dei singoli superstiti» (Cass. Civ., Sez. III, sent. 11200/2019).

Aderendo al maggioritario indirizzo giurisprudenziale ritiene la Corte che la sofferenza del superstite per la morte del fratello debba presumersi; detta presunzione trova un limite logico – prima che giuridico – nell’assenza degli elementi minimi per apprezzare la consistenza del danno lamentato, in considerazione delle peculiari circostanze del caso concreto; infatti, il danno-conseguenza derivante dalla perdita del rapporto parentale si concreta non già nella recisione di un rapporto di parentela in senso formale, ma nello sconvolgimento esistenziale e nella sofferenza interiore che da tale recisione derivano. Esso non è in *re ipsa* e dunque non coincide con la lesione dell’interesse, dovendo essere allegato e provato da chi ne chiede il risarcimento. Anche dunque nell’ambito della famiglia ristretta, non è sufficiente – più precisamente, non può ritenersi sempre sufficiente – allegare il rapporto per provare anche in via presuntiva il danno.

Dallo stato di famiglia, ritualmente e tempestivamente prodotto dagli attori, emerge che sia la moglie che i due figli C. ed E., al momento del sinistro, effettivamente convivevano con il padre e coniuge; risulta però solo allegata ma non provata la circostanza

che il *de cuius* fosse all'epoca già pensionato così come pure alcuna prova è stata fornita dagli attori in relazione al fatto che essi dipendevano economicamente dal *de cuius* pur avendo una età adulta i figli (34 anni C. e 40 E.), ed una età non ancora elevata la moglie (59 anni); infine alcuna prova è stata fornita dagli appellanti in merito alla condizione psichica, morale e sociale in cui essi si sono trovati nel periodo successivo alla perdita del congiunto, e con che intensità tale evento abbia effettivamente inciso sulle loro vite.

Per tali motivi e passando ora alla quantificazione del danno subito dagli appellanti deve condividersi l'assunto del Tribunale circa le modalità di applicazione delle tabelle redatte dal Tribunale di Milano; il primo giudice ha infatti ritenuto, correttamente, di applicare per i due figli un 5% in più rispetto al limite minimo di tale tabella, individuato in euro 170.000,00 per ciascuno di essi, mentre per la moglie, all'epoca dei fatti cinquantanovenne, un valore maggiore rispetto ai minimi, in misura del 20% in più del minimo tabellare ed individuato nell'importo di euro 200.000,00. (*Omissis*)

(1-2) Scontro tra autoveicoli e danno da perdita del rapporto parentale: il prudente apprezzamento del giudice quale limite fondamentale agli automatismi probatori nel processo civile.

1. La sentenza in commento offre diversi spunti di riflessione sulla responsabilità per danni derivanti dalla circolazione dei veicoli, in particolare sul ruolo della presunzione di pari responsabilità in capo ai conducenti dei veicoli coinvolti nel sinistro e sull'accertamento e quantificazione del danno da perdita del rapporto parentale (1). Le due questioni, apparentemente prive di legame, nell'articolarsi della decisione trovano un punto d'incontro nel prudente apprezzamento del giudice nella valutazione delle prove, che si sostanzia in un limite ai possibili automatismi probatori (2).

(1) Cfr. Cass., 12 luglio 2006, n. 15760; Cass., 19 gennaio 2007, n. 1203; Cass., 13 maggio 2011, n. 10527; Cass., 16 novembre 2011, n. 24016; Cass., 22 agosto 2013, n. 19402; Cass., 14 gennaio 2014, n. 531, tutte in *Onlegale*. In dottrina v. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 300 ss.; CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Europa e diritto privato*, 2016, pp. 293-333; PARDOLESI e SIMONE, *Doppia dimensione del danno da perdita del rapporto parentale: una proposta pratica*, in *Danno resp.*, 2022, p. 15 ss.; QUARTA, *Tutela civilistica della vita e risarcimento del danno non patrimoniale. Questioni comuni e questioni specifiche del danno tanatologico*, in *Le Corti Salernitane*, 2014, p. 231 ss.

(2) Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2020, p. 731 ss.; CHINDEMI, *Responsabilità civile auto e profili assicurativi*, Milano, 2021, p. 103 ss.; CANALI, *La responsabilità civile da sinistro stradale*, in *L'illecito nella circolazione stradale* a cura di Perrone, Torino, 2011, p. 117 ss.

Al fine di illustrare l'*iter* argomentativo della Corte di appello, è necessario ripercorrere sinteticamente la vicenda processuale.

Gli eredi di F.P., deceduto a seguito del violento impatto fra il suo autocarro e il veicolo condotto da S.M., assicurato dalla società G.A. s.p.a., adivano l'auto-rità giudiziaria al fine di ottenere la condanna di S.M. e della compagnia assicuratrice, nelle loro rispettive qualità, al risarcimento *iure proprio* dei danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti dalla perdita del rapporto parentale.

Il giudice di primo grado, accertata la corresponsabilità di S.M., convenuto contumace, nella causazione del sinistro nella percentuale del 10%, condannava solidalmente la G.A. s.p.a. e S.M. al pagamento della somma di euro 18.392,53 in favore di ciascun attore.

Nell'atto d'appello il coniuge e i figli del defunto F.P. affermavano che il convenuto S.M. non aveva fornito la prova liberatoria consistente nell'aver tenuto un comportamento diligente e conforme al codice della strada, necessario per superare la presunzione di pari corresponsabilità prevista dall'art. 2054, comma 2°, c.c.

In tema di quantificazione del danno da perdita del rapporto parentale, gli appellanti censuravano l'erronea e non equa applicazione degli importi minimi previsti dalle tabelle predisposte dal Tribunale di Milano, applicabili al caso concreto.

La Corte di appello, ribadita la natura sussidiaria della presunzione di pari responsabilità dei conducenti dei veicoli coinvolti nel sinistro (3), confermava il concorso non paritario di responsabilità di S.M. e F.P., nella causazione dell'evento, in ragione del comportamento avventato di F.P., che eseguiva un'improvvisa inversione ad "U" sulla strada provinciale e dell'illiceità della condotta di S.M.

Il Collegio, pertanto, ritiene parzialmente fondato l'appello e ridefinisce la percentuale di responsabilità da attribuire alle parti coinvolte.

In ordine all'accertamento e alla quantificazione del danno da perdita del rapporto parentale, ricondotta la fattispecie nell'ambito del danno non patrimoniale (4), il giudice dell'impugnazione ribadisce gli stringenti presupposti di risarcibilità di tale lesione, negando la sussistenza di un danno *in re ipsa* anche nell'ambito della famiglia ristretta.

Osservo a questo proposito che il 'danno da perdita del rapporto parentale' – inizialmente ricondotto nella categoria dei danni indiretti in quanto subito da un soggetto diverso rispetto alla vittima principale del reato – era ritenuto non risarcibile per difetto del nesso causale (5). Tale orientamento è stato, in breve

(3) Corte cost., 29 dicembre 1972, n. 205, in *Onelegale*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2054, comma 2°, c.c. limitatamente alla parte in cui in caso di scontro tra veicoli esclude che la presunzione di egual concorso dei conducenti operi anche se uno dei veicoli non abbia riportato danni.

(4) BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 102 s.; PERLINGIERI, *L'onnipotente art. 2059 cc e la "tipicità" del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 520 ss.

(5) Orientamento della giurisprudenza accolto dal 2003: Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Dejureonline*.

tempo, rimeditato dalla giurisprudenza, che in relazione alle situazioni giuridiche protette, ha assimilato la posizione dei familiari superstiti a quella della vittima principale della lesione, in ragione del legame diretto tra il fatto dannoso e i pregiudizi non patrimoniali patiti dai prossimi congiunti della persona offesa (6).

Per queste ragioni la perdita del rapporto parentale è stata considerata la causa di un danno diretto ed immediato che il superstite può far valere *iure proprio* in giudizio, sebbene in corrispondenza pur sempre dell'illecito commesso nei confronti di una persona legata da un vincolo parentale (7).

Deve, pertanto, ritenersi sbagliata la prassi di liquidare in caso di lesioni della persona sia il danno morale sia quello biologico; come pure quella di liquidare, nel caso di morte di un familiare, sia il danno morale, sia quello da perdita del rapporto parentale (8).

2. L'art. 2054 c.c. disciplina, come è noto, un'ipotesi speciale di responsabilità extracontrattuale (9), caratterizzata da una presunzione di colpa in capo al conducente del veicolo, in deroga al modello generale dettato dall'art. 2043 c.c. La circolazione dei veicoli (10), infatti, è un caso particolare di attività pericolosa, la cui disciplina è modellata quale sottospecie della regola generale posta dall'art. 2050 c.c. (11).

Il percorso argomentativo della Corte territoriale si incentra sulla presunzione di pari responsabilità prevista dall'art. 2054, comma 2°, c.c. che fornisce

(6) V. in tal senso Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, *cit.*

(7) Sul punto si veda anche Cass., 11 novembre 2008, n. 26972 (c.d. "sentenze di San Martino"), in *Foro it.*, 2009, I, c. 120, con nota di PALMIERI, *La rifondazione del danno patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, per la quale il danno non patrimoniale va risarcito integralmente, ma senza duplicazioni.

(8) Cfr. LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita del rapporto parentale dopo la seconda stagione di San Martino*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 331; SCALVINI, *Risarcibilità del danno parentale: la convivenza non è una condicio sine qua non*, in *Giur. it.*, 2018, c. 2355.

(9) In dottrina è controversa la natura del criterio di imputazione dell'art 2054, comma 2°. Secondo una prima interpretazione si tratterebbe di una fattispecie di responsabilità oggettiva, ma altra parte della dottrina riconduce la responsabilità in parola nello schema dell'imputazione per colpa. Sul tema v. MAZZON, *Responsabilità e risarcimento del danno da circolazione stradale*, Santarcangelo di Romagna, 2014, p. 377 ss.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, pp. 433-435 ss.

(10) In ordine al concetto di circolazione stradale, è stato chiarito che nello stesso deve essere ricompresa anche la posizione di arresto del veicolo, sia in relazione all'ingombro da esso determinato sugli spazi addetti alla circolazione, sia in relazione alle operazioni eseguite in funzione della partenza o connesse alla fermata e in tutte le operazioni necessarie alla circolazione: v. Cass., 27 febbraio 2019, n. 5729, in *Dejureonline*. Cfr. altresì Cass., S.U., 29 aprile 2015, n. 8620, in *Dejureonline*.

(11) Approfondisce la nozione di attività pericolosa GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, p.728 ss.; MEZZASOMA, *Sulla nozione di pericolosità di cui all'art. 2050 c.c.* (nota a Trib. Spoleto, 15 gennaio 1997 e Pret. Spoleto, 25 maggio 1996), in *Rass. giur. umbra*, 1997, p. 421 ss.

una regola per il riparto della responsabilità civile in capo ai conducenti dei veicoli a motore coinvolti in un sinistro stradale, regolando in particolare gli aspetti, interconnessi, della colpa dei conducenti e dell'apporto causale delle rispettive condotte con riferimento al fatto dannoso prodotto. La norma in commento prevede, in estrema sintesi, una presunzione, fino a prova contraria, di eguale concorso di colpa tra i conducenti. Pertanto, la pari responsabilità di cui all'art. 2054, comma 2°, c.c., integra una c.d. presunzione relativa (12).

Se non si dubita del meccanismo di operatività della presunzione di corresponsabilità, maggiori problemi si pongono in riferimento al campo di applicazione della stessa.

Si registrano in merito due diverse tendenze: un primo e maggioritario orientamento sostiene che, nello scontro tra veicoli, l'accertamento in concreto, della colpa di uno degli automobilisti non determini il superamento della presunzione di colpa concorrente prevista dall'art. 2054 c.c. (13). Tuttavia, un secondo orientamento ritiene che l'accertamento della colpa esclusiva di uno dei due conducenti, liberi l'altro dalla presunzione di pari responsabilità (14).

L'adesione all'una o all'altra opzione ermeneutica ha significativi risvolti pratici, riverberandosi sul piano della distribuzione dell'onere della prova.

La pronuncia in commento si inserisce nel primo filone interpretativo. La Corte ribadisce infatti che l'accertata violazione di norme del codice della strada in capo ad uno dei conducenti non dispensa il giudice dal verificare il comportamento dell'altro conducente.

La soluzione adottata coglie pienamente che la *ratio* dell'art. 2054, comma 2°, c.c. è proprio quella di offrire un criterio di imputazione fittizio della responsabilità laddove non sia possibile pervenire ad una esatta ricostruzione dei fatti di causa (15).

La presunzione di pari responsabilità prevista dall'art. 2054, comma 2°, c.c. ha quindi natura sussidiaria (16), trovando applicazione soltanto nel caso in cui le risultanze probatorie non consentano di accertare, in concreto, in quale misu-

(12) In dottrina, ad offrire una definizione in tal senso del conetto di presunzione: CO-MOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 652 ss.; PATTI, *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 478 ss. Sul punto la giurisprudenza ha precisato che la prova del fatto contrario e quello oggetto di presunzione legale può essere fornita con ogni mezzo, anche attraverso una singola presunzione semplice, purché grave e precisa: Cass., 21 giugno 1985, n. 3721, in *Dejureonline*.

(13) La giurisprudenza di legittimità è granitica nel ritenere non superata le presunzioni di pari responsabilità nella produzione del sinistro, nel caso cui sia accertata la colpa di uno dei conducenti Cass., 31 luglio 2013, n. 18340, in *dirittoegustizia.it*; Cass., 16 maggio 2008, n. 1254, in *Dejureonline*; Cass., 4 novembre 2014, n. 23431, *ivi*.

(14) Critico al riguardo TANZILLO, *In caso di sinistro stradale, l'accertamento della colpa esclusiva di uno dei conducenti esonera l'altro dall'onere di provare di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno?*, in *Il Foro nap.*, 2018, p. 885 ss.

(15) V. Cass., 20 marzo 2020, n. 7479, in *Dejureonline*; Cass., 4 aprile 2019, n. 9353, *ivi*.

(16) Cfr. Cass., 13 maggio 2021, n. 12884, in *Resp. civ. prev.*, 2021, p. 952.

ra la condotta dei due conducenti abbia cagionato l'evento dannoso e di attribuire le effettive responsabilità del sinistro, a prescindere dalla dimostrazione o meno dell'esclusiva responsabilità di uno dei conducenti (17).

A conferma di ciò, la Cassazione ha osservato che l'accertamento dell'intervenuta violazione, da parte di uno dei conducenti, dell'obbligo di dare la precedenza, non dispensi il giudice dal verificare il comportamento dell'altro conducente onde stabilire se quest'ultimo abbia a sua volta violato o meno le norme sulla circolazione stradale ed i normali precetti di prudenza. Analogamente, nel caso in cui sia accertata l'inosservanza da parte di uno dei conducenti, intento a svoltare sulla destra, dell'obbligo (*ex art. 153, comma 3°, lett. a, cod. str.*) di tenersi il più possibile vicino al margine destro della carreggiata, nonché di mantenere una velocità moderata, non sussiste automaticamente la sua colpa esclusiva e la liberazione dell'altro conducente proveniente dal contrario senso di marcia ed intento a svoltare a sinistra, laddove quest'ultimo, essendo rimasta carente la prova concernente il punto della carreggiata dove era avvenuto l'urto tra i veicoli, non abbia, a sua volta, dimostrato di aver rispettato le norme di comportamento di cui all'art. 143, cod. str. (18).

La natura sussidiaria dell'art. 2054, comma 2°, c.c. presuppone l'identica natura del criterio di imputazione della responsabilità previsto dall'art. 2054, comma 1°: pertanto il conducente coinvolto in un sinistro stradale, per andare esente da responsabilità, deve dimostrare di aver osservato tutte le norme sulla circolazione stradale e quelle di comune prudenza (19).

3. Premessa tale ricostruzione, occorre valutarne le ricadute nel caso concreto e, dunque se trovi applicazione o meno la presunzione di pari corresponsabilità *ex art. 2054, comma 2°, c.c.*

Nel caso *de quo*, la Corte ritiene superata tale presunzione relativa, in ragione della possibilità di accertare le concorrenti responsabilità dei conducenti coinvolti nel sinistro, sulla base delle risultanze istruttorie emerse dai verbali redatti dai Carabinieri intervenuti sul posto, nell'immediatezza dello scontro, dall'esperimento della prova testimoniale svolta in primo grado, della C.T.U. disposta dal P.M. nel corso del procedimento penale promosso nei confronti di S.M. e conclusosi con un decreto penale di condanna per omicidio colposo (20).

(17) Confermano tale orientamento diverse pronunce della giurisprudenza di legittimità. A titolo esemplificativo: Cass., 23 maggio 2013, n. 12667, in *Dejureonline*, v. Cass., 14 novembre 2013, n. 25620, *ivi*.

(18) Così Cass., 14 novembre 2013, n. 25620, *cit.*

(19) Afferma che tale prova liberatoria pone l'accento sulle modalità di svolgimento della circolazione stradale, richiedendo al conducente una diligenza "rinforzata" rispetto a quella richiesta al danneggiante degli artt. 2043 e 1176 c.c.: Cass., 18 luglio 2013, n. 17568, in *Dejureonline*. Sul tema v. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, *cit.*, p. 677 ss. Ripercorre le diverse interpretazioni in ordine alla prova liberatoria prevista dagli artt. 2050 e 2054 c.c. GIOVANNOLI, *Manuale di Diritto civile*, Torino, 2019, p. 1355.

(20) Secondo MAZZON, *La Responsabilità civile nella circolazione stradale*, Milano, 2017, p. 26, la natura sussidiaria della presunzione in analisi è confermata dalla circostanza che il giu-

Il Collegio, effettuato un prudente apprezzamento dei comportamenti di entrambi gli automobilisti, ha ritenuto l'evento dannoso causato da un concorso non paritario di responsabilità, in ragione della mancata dimostrazione da parte dell'appellato contumace di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno.

La pronuncia ha valorizzato le peculiarità del caso concreto e le molteplici risultanze istruttorie e, senza applicare acriticamente la presunzione prevista dall'art. 2054, comma 2°, c.c., ha ridisegnato le responsabilità ascrivibili ai due conducenti coinvolti nel sinistro, dando risalto al comportamento avventato dell'automobilista superstite.

4. Dipanata la questione relativa al riparto di responsabilità fra i conducenti coinvolti nel sinistro, la Corte è chiamata a pronunciarsi sull'accertamento e l'applicazione degli importi minimi previsti dalle tabelle milanesi per la quantificazione del danno parentale (21).

Questa tipologia di danno non coincide con la lesione dell'interesse protetto e, dunque con l'evento-morte del familiare, ma con la perdita di un interesse personale, rappresentato dall'irreversibile privazione dell'affetto e del rapporto con un congiunto, configurandosi quindi come un danno-conseguenza (22).

La giurisprudenza qualifica il danno da perdita del rapporto parentale, come pregiudizio che coinvolge gli interessi all'intangibilità della famiglia e della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana (23), costituzionalmente tutelati dagli artt. 2, 29 e 30 Cost. (24).

dice non può ricorrervi, dopo aver dichiarato irrilevanti le richieste istruttorie sulla dinamica dello scontro formulata da una parte, in ragione dell'ammissione di responsabilità da parte dell'altro conducente.

(21) Le tabelle di Milano rappresentano uno strumento para-normativo, come affermato dalla Cass., 1° febbraio 2021, n. 12408, in *Onlegale*, che consente di calcolare l'ammontare del danno non patrimoniale. Tali criteri giudiziali di liquidazione, ove adottati sull'intero territorio nazionale, garantiscono uniformità nel calcolo del *quantum* risarcitorio evitando sperequazioni. La recente giurisprudenza ha evidenziato, con riferimento alla liquidazione del danno parentale, che la personalizzazione del danno prevista in un tetto minimo e massimo dalle tabelle milanesi potrebbe costituire un problema laddove questi limiti costituiscano esclusivamente una mera perimetrazione della valutazione equitativa del danno, senza specificarla in relazione al punto variabile, facendo venire meno, così, la funzione unificatrice della liquidazione del danno non patrimoniale delle tabelle. Cfr. Cass., 10 novembre 2021, n. 33005, in *Dejureonline*.

(22) *Ex multis*, Cass., 15 luglio 2005, n. 15022; conf. Cass., 13 maggio 2011, n. 10527; Cass., 22 agosto 2013, n. 19402, tutte in *Dejureonline*. Per altri riferimenti, DE GIORGI e THIENE, *Commento agli artt. 2043-2059*, in *Comm. breve c.c.* Cian e Trabucchi, Padova, 2007, p. 2168.

(23) Secondo PERLINGIERI, *Sul giurista che «come il vento non sa leggere»*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 400, non è possibile considerare «il danno alla persona tipico e quello patrimoniale atipico perché verrebbe stravolta la gerarchia dei valori normativi, come se il [primo] danno fosse un danno di serie minore».

(24) La lesione del rapporto parentale trova tutela anche in norme di rango sovranazionale, quali gli artt. 8 Cedu e 7 della Carta di Nizza.

Come da consolidato insegnamento giurisprudenziale, il danno non patrimoniale, anche quando concerne diritti inviolabili dell'individuo, non può considerarsi *in re ipsa* (25).

Calando queste affermazioni nell'ambito del danno da perdita del rapporto parentale, anche per tale pregiudizio è necessaria una specifica allegazione delle sofferenze subite in conseguenza dell'evento illecito. Considerato che il danno oggetto di prova è rappresentato dall'irrimediabile dissoluzione di un sistema di vita basato sulla condivisione e sulla reciproca solidarietà in ambito familiare, ne consegue che più stretto è il rapporto parentale con il *de cuius*, più probabile sarà la sussistenza del pregiudizio allegato.

In quest'ambito, risulta particolarmente rilevante la prova per presunzioni, ex art. 2727 c.c., che rappresenta uno strumento probatorio paritario rispetto alla prova diretta (26).

In ossequio al principio di vicinanza della prova, spetta alla parte che propone la domanda di risarcimento del danno parentale l'onere di allegare specificamente gli elementi di fatto che giustificano la presunzione e tutte le sofferenze di cui si pretende la riparazione. Tale onere di allegazione è funzionale all'esplicazione del diritto di difesa del convenuto, consentendo di circoscrivere il contenuto dello speculare onere di contestazione (27). Il danneggiante dovrà perciò provare l'esistenza di circostanze serie, concrete e non meramente ipotetiche, dimostrative dell'assenza di un legame affettivo tra la vittima ed il superstita (28).

L'assottigliarsi della differenza fra presunzioni e massime di comune esperienza, in tema di danno da perdita del rapporto parentale, non implica alcuna violazione delle regole probatorie del giudizio civile, non potendosi seriamente dubitare della considerazione da cui muove il consolidato orientamento di legittimità, accolto dalla Corte d'appello in ordine alla regolarità causale circa la sofferenza che deriva ad un familiare dalla perdita di un congiunto (29).

La Corte ha valorizzato quale elemento "*noto*" la morte del congiunto che cagiona il danno da perdita del rapporto parentale, in primo luogo agli stretti familiari della vittima (figlio/a, moglie), in quanto per gli stessi, secondo l'*id quod plerumque accidit*, si presume esistente quello stretto rapporto interpersonale che si forma nell'ambito del nucleo familiare reciso dall'evento nefasto. La presunzione risulta confermata dalla tempestiva produzione dello stato di famiglia, atte-

(25) Va respinta la tesi secondo cui in caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe *in re ipsa*, che finisce per snaturare la funzione del risarcimento, concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo. In tal senso Cass., 13 maggio 2011, n. 10527, *cit.*

(26) Cfr. Cass., 19 novembre 2018, n. 29784, in *Onelegale*; Cass., S.U., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1344.

(27) Descrive chiaramente il riparto degli oneri probatori in ambito di danno da perdita del rapporto parentale. Cass., 12 maggio 2021, n. 12681, in *Onelegale*.

(28) Critica questo orientamento PETROLATI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale ai congiunti nei paesi di origine: il senso imperfetto della cassazione per il denaro*, in *giustiziacivile.com*.

(29) Emblematica sul punto Cass., 15 febbraio 2018, n. 3767, in *Dejureonline*.

stante la convivenza degli appellanti con il *de cuius*, la coabitazione con il congiunto defunto, considerata per molto tempo elemento imprescindibile al fine di poter ottenere il risarcimento sperato (30).

Ciascuno dei familiari superstiti è titolare di un autonomo diritto all'integrale risarcimento del pregiudizio subito, ed ha diritto ad una liquidazione inclusiva di tutto il danno non patrimoniale (31).

Nel caso di specie, Il Collegio ha ritenuto corretta la quantificazione del danno operata dal Tribunale in ragione della carenza della prova del concreto atteggiarsi dei rapporti e delle relazioni effettivamente intrattenute dai familiari con la vittima, in quanto gli appellanti si sono limitati ad allegare le circostanze: del pensionamento del *de cuius* al momento del sinistro, della loro dipendenza economica dalla vittima e del danno morale conseguente alla perdita del familiare, senza fornire alcuna prova delle stesse.

Il danno da perdita del rapporto parentale, riguardando valori non suscettibili di valutazione economica, è liquidabile unicamente utilizzando i criteri equitativi previsti dagli artt. 1226 e 2056 c.c. Per assicurare l'esigenza di uniformità di trattamento in situazioni analoghe, sono state predisposte delle tabelle giudiziali (32).

A prescindere dai parametri di quantificazione, per i valori inerenti alla persona, si avverte la necessità di un sistema specifico di quantificazione del danno, capace di riconoscere alla vittima un risarcimento equo.

Sul criterio da adottare non è stata ancora raggiunta unanimità: da un lato parte della giurisprudenza propende per soluzioni di carattere oggettivo; un altro orientamento auspica che, nel rispetto della necessità di evitare duplicazioni, sia garantita l'integralità della riparazione.

Entrambe le posizioni, che sottendono due esigenze contrapposte, possono generare disuguaglianze (33). Da un lato l'esigenza assicurare uniformità di giudizio nei diversi uffici giudiziari, di evitare duplicazioni risarcitorie. Dall'altro, l'esigenza di valorizzare la peculiarità del caso concreto, senza automatismi, delineando un'adeguata personalizzazione del danno.

(30) FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. resp. civ.* a cura di Franzoni, Milano, 2010, p. 684.

(31) Cass., 17 gennaio 2018, n. 907, in *Dejureonline*, precisa che la quantificazione del risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale va effettuato in proporzione alla durata ed intensità del vissuto, nonché alla composizione del restante nucleo familiare, avuto riguardo all'età della vittima ed a quella dei familiari danneggiati, alla loro personalità individuale, alla loro capacità di sopportazione del trauma e ad ogni altra circostanza del caso concreto, da allegare e dimostrare in modo rigoroso.

(32) Le tabelle più utilizzate nella prassi sono quelle elaborate dai Tribunali di Roma e di Milano, che presentano sostanziali differenze. Il Tribunale di Milano utilizza il criterio di un valore prestabilito, tra un minimo ed un massimo per le diverse ipotesi risarcitorie. Le tabelle romane, invece, convergono su un sistema fondato sul punto variabile. Per una disamina completa dell'argomento v. PONZANELLI, *Il risarcimento del danno alla persona: tabelle giudiziali, controllo della Corte di Cassazione e principio di uguaglianza*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 1027 ss.

(33) Illustra entrambi gli orientamenti la recente Cass., 12 maggio 2022, n. 15148, in *Onelegale*. In dottrina v. PONZANELLI, *op. cit.*, p. 1027 ss.

La soluzione che appare più ragionevole è una scelta di compromesso fra le due posizioni, come quella adottata nella pronuncia in esame scevra da qualsiasi automatismo probatorio. Seppur succintamente, il Collegio ha effettuato un attento esame delle risultanze istruttorie e interpretato scrupolosamente gli oneri probatori, in particolar modo la prova per presunzioni, pervenendo ad una valutazione equitativa, *rectius* proporzionata al pregiudizio subito (34).

La Corte si mostra consapevole del ruolo di primaria importanza che è chiamata a svolgere, rappresentato dal ragionevole apprezzamento di tutte le circostanze che nel caso concreto abbiano potuto avere incidenza positiva o negativa sull'ammontare del pregiudizio e dare conto, in motivazione, del peso specifico attribuito a ciascuna di esse, al fine di rendere evidente il percorso logico su cui si fonda la propria determinazione e consentire il sindacato nel rispetto dei principi di danno effettivo e integralità del risarcimento.

La liquidazione equitativa del danno non patrimoniale, anche nella sua forma c.d. pura, consiste, infatti, in un giudizio di prudente contemperamento dei vari fattori di probabile incidenza sul danno, ovvero in un giudizio di mediazione fra probabilità positive e le probabilità negative del danno effettivo nel caso concreto.

In conclusione, la decisione esaminata non si lascia tentare da soluzioni "semplici" scendendo nel piano delle concretezze per raggiungere un accertamento dei fatti quanto più razionale e logico, non precostituito normativamente, in linea con il principio costituzionale del giusto processo.

AMANDA CAROTTI

(34) PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020, p. 364.

ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO — COLLEGIO DI PALERMO, decisione 3 giugno 2022 n. 8646 — MAUGERI *Presidente* – SANTANGELI *Relatore* – D. D. A. c. I. S. s.p.a.

Rapporti bancari - Accesso alla documentazione bancaria del *de cuius* - Istanza ex art. 119 T.u.b. - Diritto del legatario - Sussiste.

(Codice civile, artt. 551; 1842 ss.; T.u.b., art. 119).

Rapporti bancari - Diritto di ottenere copia della documentazione bancaria del *de cuius* - Necessità di un'aspettativa qualificata a titolo ereditario - Legittimario pretermesso - Ammissibilità.

(Codice civile, artt. 551 ss.; 1842 ss.; T.u.b., art. 119).

Il diritto di accesso alla documentazione bancaria inerente ai rapporti intercorsi col de cuius spetta tanto all'erede, successore a titolo universale, quanto al legatario, successore a titolo particolare, in quanto l'art. 119 Tub ha funzione protettiva del cliente (1).

L'art. 119 comma 4°, Tub, là dove riconosce il diritto di ottenere copia della documentazione bancaria sia al cliente, sia a "colui che gli succede a qualunque titolo", deve essere inteso in senso comprensivo non solo dell'erede, ma anche del chiamato all'eredità e di chiunque possa vantare un'aspettativa qualificata a titolo ereditario e quindi del legittimario pretermesso (2).

(*Omissis*). — Con ricorso pervenuto in data 17 dicembre 2021, preceduto da reclamo, il ricorrente agisce nei confronti dell'intermediario convenuto al fine di ottenere, quale erede necessario del

(1-2) La nota segue a p. 322.

padre (legatario per testamento), la consegna *ex art. 119 TUB* della documentazione richiesta. Chiede, pertanto, di ottenere dall'intermediario tutta la documentazione relativa a tali rapporti, al fine di poter procedere, tramite riunione fittizia, al calcolo dell'intero ammontare dell'asse ereditario.

Costituitosi l'intermediario si oppone alle pretese della ricorrente e rileva la legittimità del proprio comportamento. Rileva, in particolare, che: il padre del ricorrente ha lasciato testamento pubblico, registrato a Cagliari il 14 settembre 2021, con cui ha disposto dei suoi beni in favore della moglie, che ha nominato erede universale, e dei due figli, ai quali espressamente ha legato, in conto di legittima, beni immobili e mobili diversi dai rapporti bancari intrattenuti con la Banca; in data 26 ottobre 2021, il ricorrente ha scritto alla banca chiedendo, in qualità di figlio ed erede necessario del *de cuius*, tutte le informazioni e i documenti relativi ai rapporti intrattenuti presso l'Istituto dal padre; la richiesta è stata riscontrata dalla Banca in data 18 novembre 2021, fornendo al ricorrente l'elenco dei rapporti ed il saldo degli stessi alla data del decesso del padre ed evidenziando l'impossibilità della trasmissione della documentazione ulteriore non rientrando l'istante tra gli aventi diritto ai sensi dell'art. 119, comma 4°, TUB; ha insistito con comunicazione del 22 novembre 2022 nella richiesta di tutta la documentazione relativa ai rapporti intrattenuti dal *de cuius* e la banca lo ha nuovamente riscontrato, ribadendo le motivazioni alla base del parziale diniego.

In sede di repliche e controrepliche, le parti contestano le rispettive difese ed insistono sulle proprie richieste. (*Omissis*)

La controversia sottoposta al Collegio concerne la richiesta di consegna *ex art. 119 TUB* avanzata dal ricorrente, in qualità di legittimario pretermesso, della documentazione afferente ai rapporti bancari intrattenuti dal padre deceduto con l'intermediario resistente.

Dall'esame della documentazione versata in atti e dalle stesse dichiarazioni del resistente emerge che l'intermediario eccepisce che il testatore ha nominato quale erede universale la moglie, lasciando ai due figli due legati in conto di legittima non aventi ad oggetto i rapporti bancari intrattenuti presso la Banca, da ciò discendendo l'inapplicabilità dell'art. 119, comma 4°, che attribuisce la legittimità ad ottenere copia della documentazione bancaria, oltre che al titolare del rapporto, a «*colui che [gli] succede a qualunque titolo*». Orbene, la disposizione testé citata, dispone espressamente

che «*il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni*».

Dal citato dettato normativo emerge, senza alcun dubbio, che il diritto di accesso alla documentazione bancaria inerente ai rapporti facenti capo al *de cuius*, spetti tanto all'erede successore a titolo universale, quanto al legatario a titolo particolare, in coerenza con la funzione protettiva del cliente assolta dall'art. 119 TUB.

La Cassazione ha espressamente affermato che «*la richiamata disposizione dell'art. 119, viene a porsi tra i più importanti strumenti di tutela che la normativa di trasparenza – quale attualmente stabilita nel testo unico bancario vigente (“trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti”, secondo la formale intitolazione del titolo VI di tale legge) – riconosca ai soggetti che si trovino a intrattenere rapporti con gli intermediari bancari. Come è stato rilevato, con tale norma la legge dà vita a una facoltà che non è soggetta a restrizioni (diverse, naturalmente, da quelle previste nella stessa disposizione dell'art. 119) e con cui viene a confrontarsi un dovere di protezione in capo all'intermediario, per l'appunto consistente nel fornire degli idonei supporti documentali alla propria clientela, che questo supporto venga a richiedere e ad articolare in modo specifico*». (Cass., n. 11554/2017).

Sulla base, dunque, di tale quadro normativo e giurisprudenziale, codesto Collegio ritiene di conformarsi all'orientamento già espresso in seno all'Abf, secondo cui la formulazione del comma 4° dell'art. 119 TUB, il quale riconosce il diritto di ottenere copia della documentazione bancaria sia al cliente, sia a “*colui che gli succede a qualunque titolo*” (oltre che a “*colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni*”) debba necessariamente essere intesa in senso ampio, come puntualizzato dalla Suprema Corte nella decisione citata, così da ricomprendere non solo l'erede, ma anche il chiamato all'eredità o comunque chi – come nel caso del ricorrente, figlio del *de cuius* – quale legittimario pretermesso possa dimostrare di vantare un'aspettativa qualificata a titolo ereditario.

D'altronde lo stesso art. 551 c.c. riconosce al legittimario cui è stato attribuito legato, il diritto di rinunciare al legato e di chiedere la legittima, in ciò risultando, dunque, necessario che il soggetto sia messo nelle condizioni di conoscere la consistenza del *relictum* la-

sciato dal *de cuius*, poiché altrimenti non sarebbe in grado di poter quantificare la legittima di sua spettanza.

È peraltro banale osservare, a conferma di quanto sostenuto, che per l'esercizio di tutta una serie di azioni, diritti e facoltà in capo al chiamato all'eredità, quale per l'appunto la scelta se rifiutare o accettare l'eredità, è evidente la necessità di poter accedere ai dati del defunto così da ricostruirne la situazione patrimoniale.

A nulla rileva quanto dedotto dal resistente, in ordine alla circostanza di avere consegnato a parte istante l'elenco dei rapporti e dei relativi saldi, avendo il ricorrente il diritto di accedere a tutta la documentazione al fine di analizzarla e procedere con le azioni ritenute più utili a difesa dei propri diritti.

Si ritiene, pertanto, il resistente tenuto alla consegna della documentazione richiesta.

(1-2) Sul diritto dell'erede, del legatario e del legittimario pretermesso ad ottenere copia della documentazione bancaria del *de cuius*.

SOMMARIO: 1. La questione al vaglio dell'ABF. – 2. Il fondamento del diritto alla copia della documentazione bancaria nella giurisprudenza. – 3. Richiesta della documentazione bancaria con finalità esplorativa. – 4. Accesso ai dati bancari e Codice della *privacy*.

1. *La questione al vaglio dell'ABF*. – Tra i numerosi problemi che conseguono alla morte di un congiunto, la ricostruzione dei conti bancari si rivela operazione particolarmente critica. Avuta notizia del decesso del cliente, infatti, le banche provvedono immediatamente a bloccare i rapporti attivi ponendo sovente i chiamati nella difficoltà di fronteggiare i costi della fase *post mortem*. Per quanto possa risultare particolarmente odioso, questo modo di procedere si conforma alla prescrizione dell'art. 48, comma 3°, d.p.r. 31 ottobre 1990 n. 346 (Testo unico delle successioni e donazioni) che vieta ai debitori del defunto e ai detentori dei beni che gli appartenevano di pagare le somme dovute o di consegnare i beni detenuti agli eredi, ai legatari e ai loro aventi causa «se non è stata fornita la prova della presentazione (...) della dichiarazione della successione o integrativa con l'indicazione dei crediti e dei beni suddetti». Peccato, però, che la ricomposizione del patrimonio ereditario necessiti di una serie di dati giust'appunto in possesso della banca la quale, talvolta, tarda a comunicarli, talatra invece rifiuta di farlo disconoscendo la legittimazione del richiedente. È quanto accaduto nella vicenda sottoposta all'Abf e decisa con il provvedimento in epigrafe.

Nel caso di specie, il figlio del cliente della banca aveva formulato istanza *ex* art. 119, comma 4°, Tub al fine di ottenere le informazioni e i documenti relativi ai rapporti intrattenuti dal defunto genitore, ricevendone in tutta risposta niente più che la mera elencazione dei contratti in essere al momento del decesso con indicazione dei rispettivi saldi. Assumeva la banca che, in quanto semplice lega-

tario, il richiedente non avesse titolo per accedere alla documentazione contrattuale ed avere ulteriori informazioni, e che non rilevasse che il medesimo, in quanto figlio, fosse anche legittimario del defunto cliente.

Su questo presupposto, frutto di un'interpretazione eccessivamente formale dell'art. 119, comma 4°, Tub, la medesima confermava il suo rifiuto offrendo alla controparte un valido motivo da sottoporre all'Abf.

2. *Il fondamento del diritto alla copia della documentazione bancaria nella giurisprudenza.* – Con la decisione in commento si riapre una questione che, già in passato, si era posta al centro di un intenso dibattito scaturito dai numerosi problemi legati alla concreta applicazione dell'art. 119, comma 4°, Tub. La norma, infatti, nella sua originaria formulazione riproduceva sostanzialmente l'art. 8, comma 4°, l. 17 febbraio 1992, che, in funzione di delimitare gli obblighi informativi della banca, riservava il diritto di accesso alla documentazione creditizia al solo "cliente". Questo limite formale, sistematicamente opposto dalle banche in sede di rifiuto delle richieste provenienti da soggetti estranei alla fattispecie contrattuale, aveva generato nel tempo un rilevante contenzioso, amplificato negli effetti dall'evidente necessità pratica di estendere la norma a chiunque fosse portatore di un interesse giuridicamente rilevante alla conoscenza dello svolgimento del rapporto (1). Nella pratica, i casi più clamorosi riguardavano gli eredi del cliente e il curatore nominato nel suo fallimento al quale ultimo, peraltro, già nel vigore della l. 154/92, la giurisprudenza riconosceva un vero e proprio diritto sostanziale, e non meramente processuale, di ottenere copia della documentazione bancaria del fallito (2).

Con l'art. 24, comma 2°, d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, si è opportunamente provveduto alla riformulazione del testo normativo e si è riconosciuto il diritto ad ottenere la documentazione anche al successore a qualsiasi titolo del cliente nonché a colui che subentri nell'amministrazione dei suoi beni. In seguito a questa modifica, ritenuta di carattere "non innovativo" (3) giacché attuata sulla falsariga degli approdi giurisprudenziali già espressi in materia, a questi soggetti viene

(1) MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria*, in *Trattato dei contratti* a cura di Roppo, V, Milano, 2014, p. 707 s.

(2) Su questa seconda ipotesi v. per tutti FABIANI, *Documenti bancari: diritto alla consegna e prova nel fallimento*, Milano, 2000, p. 4 ss. Una rassegna delle decisioni anteriori all'entrata in vigore del Tub è svolta da LEMBO, *La vicenda del diritto del curatore ad avere documentazione bancaria concernente i rapporti con il fallito approda per la prima volta in Cassazione*, in *Dir. fall.*, 1997, p. 827. Per la giurisprudenza successiva, cfr. *ex multis* Cass., 19 ottobre 1999, n. 11733, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2623; in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 205; Cass., 22 maggio 1997, n. 4598, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1732; in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 247; in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 316.

(3) Cfr. Cass., 12 maggio 2006, n. 11004, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3203; in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, p. 731 con nt. di Di Pietropaolo, in cui si afferma espressamente che «il diritto di copia della documentazione relativa a singole operazioni, riconosciuto in favore del *de cuius* e facente parte dei rapporti giuridici a questi intestati, si trasmetteva, anche nel vigore della

attribuito il «diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni», con l'ulteriore precisazione che in caso di richiesta del cliente potranno essere addebitate le sole spese per produrre la documentazione (4).

Allo stato, dunque, i titolari del diritto alla documentazione bancaria risultano essere molteplici (5). E con specifico riguardo a colui che “succede a qualunque titolo” al cliente, la tendenza è quella di ricomprendervi tanto il successore a titolo universale quanto il successore a titolo particolare (6), e segnatamente l'erede nonché la società risultante dalla fusione nel primo caso, e il legatario e il cessionario del contratto nel secondo caso (7).

Pur nella sua nuova formulazione, ulteriormente precisata sul piano applicativo dai numerosi contributi dottrinali e giurisprudenziali, la norma non è evidentemente riuscita appieno nell'intento di allentare le resistenze delle ban-

precedente normativa, al soggetto che fosse succeduto universalmente al cliente della banca». Nello stesso senso, Trib. Milano, 2 maggio 1996 e Trib. Venezia, 3 aprile 1995, entrambe in *Foro it.*, 1996, I, c. 3200 ss.

(4) Secondo LIACE, sub *art. 119*, *Commentario breve al Testo unico bancario* a cura di Cozzi, Vella, Padova, 2019, p. 744, si tratta dei costi vivi sostenuti dalla banca per il reperimento, la riproduzione e la spedizione della documentazione. Il relativo importo dovrebbe essere indicato dalla banca, almeno in via presuntiva, nel momento in cui la richiesta di documentazione perviene presso il suo indirizzo. In quest'ultimo senso, MINERVINI, sub *art. 119*, in BONFATTI, *Commentario al Testo unico bancario*, Pisa, 2021, p. 800.

(5) Infatti, ai successori a qualunque titolo del cliente si aggiungono coloro che subentrano nell'amministrazione dei suoi beni, tra i quali si annoverano: il tutore, il curatore dell'inabilitato, dell'eredità giacente e dello scomparso, l'amministratore dell'eredità, l'amministratore giudiziario, il curatore fallimentare, il commissario liquidatore e, in caso di rappresentanza volontaria anche il mandatario e l'istitutore. Per l'individuazione dei legittimati ad ottenere la consegna della documentazione ai sensi dell'art. 119 Tub, v. per tutti DI CHIO, *Spunti di riflessione sull'obbligo di consegnare e sull'onere di conservare da parte della banca i documenti contrattuali utili alla ricostruzione del rapporto dare-avere con il cliente*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 1243; LATTANZI, sub *art. 24*, in *Le nuove modifiche al testo unico bancario* a cura di Dolmetta, Milano, 2000, p. 86 ss. Il diritto di copia della documentazione viene riconosciuto anche al fideiussore e al terzo datore di pegno e ipoteca, con possibilità di accesso alle informazioni sulle operazioni compiute dal soggetto garantito: Trib. Taranto, 3 gennaio 2019, in banca dati *dejure*. In dottrina: MORERA, in Brescia Morra, Morera, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da Perlingieri, Napoli, 2006, p. 380; PORZIO, *op. cit.*, p. 1006 s.; DI PIETROPAOLO, *Ambito e fondamento del diritto alla documentazione bancaria (art. 119 t.u.b.)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, p. 753 s.; più di recente, NATALE, *Il diritto del cliente alla consegna della documentazione bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, I, p. 897; nonché ai singoli condomini, per il tramite dell'amministratore e in relazione ai rapporti bancari accessi per far transitare le somme ricevute o impiegate per conto del Condominio. Su quest'ultima ipotesi v. ABF, Collegio di Roma, 16 settembre 2016, in *www.abf.it*.

(6) PORZIO, sub *art. 119*, in *Testo unico bancario. Commentario* a cura di Porzio, Belli, Losapio, Rispoli Farina, Santoro, Milano, 2010, p. 1002; LIACE, *op. cit.*, p. 743.

(7) LATTANZI, *op. cit.*, p. 86 ss.

che alla consegna della documentazione (8). Queste, infatti, continuano ad operare un'arbitraria selezione delle situazioni legittimanti, spesso attestandosi sul dato formale, senza considerazione alcuna dell'aspetto sostanziale delle situazioni giuridiche soggettive e dell'interesse giuridicamente rilevante del richiedente.

Questo deprecabile atteggiamento si pone in palese contrasto con il fondamento dell'obbligo di consegna della documentazione bancaria, pacificamente rinvenuto in quella particolare declinazione del principio di buona fede contrattuale costituito dal dovere di reciproca solidarietà tra i contraenti (9). Come del resto recita un celebre passo della Relazione ministeriale al codice del '42, a prescindere dalla sussistenza di specifici obblighi contrattuali o extracontrattuali ciascuna parte del rapporto deve tenere quel comportamento che «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore» (10).

A venire in considerazione sono, dunque, i doveri di buona fede e correttezza *in executivis* predicati in via generale dagli artt. 1374 e 1375 c.c., e con preciso riferimento ai contratti bancari, anche dall'art. 119 Tub (11), oltre che dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia che ne fanno il caposaldo della disciplina della trasparenza (12). In quest'ultimo caso, peraltro, il richiamo alle suddette clausole generali non sarebbe meramente reiterativo dei doveri civilistici incombenenti sulle parti contrattuali ma sarebbe funzionale ad introdurre «obblighi di comportamento più specifici di quelli che si risolvono nel mero divieto di arrecare danno alla sfera giuridica altrui» (13).

(8) Come osserva NATALE, *op. cit.*, p. 890, l'intervento normativo è riuscito unicamente a «ridimensionare» la tendenza delle banche rispetto all'obbligo di consegna della documentazione. E ciò «non solo alla luce della maggiore consapevolezza (...) degli sviluppi giudiziari (...) ma altresì della forma di tutela iniziale, di regola, attivata dalla clientela».

(9) Cass., 27 settembre 2001, n. 12093, in *Foro it.*, 2001, I, c. 3541; Trib. Napoli, 26 aprile 2000, in banca dati *dejure*.

(10) V. appunto testualmente la *Relazione del Ministro Guardasigilli* al codice del '42, Roma, Libreria dello Stato, 1943, § 558.

(11) Cass., 12 maggio 2006, n. 11004, *cit.*; Cass., 27 settembre 2001, n. 12093, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2322; in *Vita not.*, 2001, p. 1309; in *D&G*, 2001, n. 36, p. 58 con nt. di Giacalone. In dottrina, cfr. LIACE, *op. cit.*, p. 743.

(12) Cfr. BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di Vigilanza per le banche*, titolo X, capitolo I, sezione I, paragrafo 1.2., in cui è previsto che «La disciplina della trasparenza presuppone che le relazioni d'affari siano improntate a criteri di buona fede e correttezza». Un'interpretazione della norma, quale forma di tutela degli obblighi di informazione che fanno parte della dinamica del contratto, è offerta da ALPA, GAGGERO, *Trasparenza bancaria e contratti del consumatore*, in *Mercato finanziario e tutela del risparmio* a cura di Galgano e Visintini, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* diretto, da Galgano, XLIII, Padova, 2006, p. 80. Sui rapporti tra buona fede oggettiva e trasparenza, si rinvia all'attenta ricostruzione di DOLMETTA, *Normativa di trasparenza e ruolo della Banca d'Italia*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1998, I, p. 30 ss.

(13) Così CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, in *Tratt. Bessone*, XXXI, Torino, 2007, p. 235, sul presupposto che, in caso contrario, la norma

Questi obblighi vanno individuati anche in rapporto alle finalità della trasparenza, orientata tanto alla «promozione di dinamiche concorrenziali effettive» (14) quanto alla garanzia di controllo e di governo del traffico giuridico ed economico del cliente bancario (15). In questi termini, la richiesta della documentazione relativa allo svolgimento del rapporto assurge a vero e proprio diritto esercitabile *a posteriori* (16), non solo in relazione ai contratti in corso ma anche in riferimento a quelli non più in essere, rispetto ai quali la pretesa può essere esercitata «fino a quando permane l'interesse giuridicamente tutelato della controparte a essere informata» (17).

Solo a queste condizioni la richiesta volta ad ottenere le informazioni contrattuali si contempera con l'esigenza della banca a limitare gli oneri organizzativi inerenti alla conservazione e alla consegna della documentazione (18), cosicché la funzione della norma può dirsi interamente assolta (19).

3. *Richiesta della documentazione bancaria con finalità esplorativa.* – Ormai da tempo la giurisprudenza afferma che il diritto alla copia della documentazione bancaria, previsto dall'art. 119, comma 4°, Tub, ha natura sostanziale sicché la sua tutela integrerebbe una situazione giuridica «finale» destinata a comporre il patrimonio del titolare (20). La banca richiesta della documentazione, quindi, non potrebbe rifiutare di consegnarla sindacando l'uso che il richiedente intenderebbe farne, ben potendo quest'ultimo avvalersene per una molteplicità di scopi: ad es., far emergere un illecito civile o penale, agire in revocatoria foss'anche contro la stessa banca, aver conoscenza dei rapporti contrattuali intrattenuti dal dante causa ovvero ricostruirne le vicende (21).

Proprio a quest'ultimo fine – ossia: all'acquisizione di conoscenza – era orientata l'istanza del ricorrente il quale, benché legatario del cliente, ne era anche figlio e quindi legittimario. Tale qualità giustificava palesamente l'interesse ad ottenere tutte le informazioni complete e tutti i documenti relativi ai rapporti

speciale sarebbe condannata a una «sostanziale inutilità»; COSTI, *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 726.

(14) MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012, p. 11.

(15) Trib. Trani, 11 aprile 2000, in *Foro it.*, I, c. 2641.

(16) NATALE, *op. cit.*, p. 893.

(17) Cass., 22 maggio 1997, n. 4598, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 247 con nt. di D'Angelo; in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 316, con nt. di Staunovo Polacco; in *Dir. fall.*, 1998, II, p. 489, con nt. di Di Lauro.

(18) BUTA, *Ambito e fondamento del diritto alla documentazione bancaria (art. 119 t.u.b.)*, in *Banca borsa tit. cred.*, II, p. 747.

(19) NATALE, *op. cit.*, p. 897.

(20) Cass., 12 maggio 2006, n. 11004, *cit.*; Cass., 27 settembre 2001, n. 12093, *cit.*; Cass., 19 ottobre 1999, n. 11733, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, p. 305 con nt. di Buta.

(21) V. Cass., 19 ottobre 1999, n. 11733, *cit.* e, in precedenza, Cass., 22 maggio 1997, n. 4598, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, II, p. 247 ss., con nt. di Matera.

dal *de cuius* intrattenuti con la banca in funzione esplorativa e al precipuo fine di vagliare la congruità virtuale del legato in sostituzione di legittima, in relazione al complessivo *relictum* e *donatum* (22). Solo a questa condizione, dunque, egli avrebbe potuto esercitare consapevolmente la facoltà accordatagli dall'art. 551 c.c. di rinunciare al legato e chiedere la propria *portio legitima*. Foss'anche, se del caso, agendo proprio contro chiunque, attraverso *quella* documentazione bancaria, si fosse rivelato destinatario di liberalità del defunto lesive della legittima stessa.

Il rifiuto della banca di dar corso alla richiesta era, dunque, palesemente illegittimo.

Non solo infatti il legittimario che sia destinatario di un legato sostitutivo di legittima – in quanto appunto legatario – *ipso iure* già tecnicamente “succede” al cliente (v. art. 649 c.c.), sia pur a titolo particolare (23); ma per quel che più conta, qui, soltanto la ricostruzione di tutti i rapporti successorii nella loro dimensione diacronica, ossia la conoscenza di ogni singola operazione nei suoi elementi temporali, oggettivi e soggettivi, consente di stabilire la congruità del legato, dando modo al legatario stesso di valutare se rinunciare o meno (24), e quindi se esperire o no l'azione di riduzione funzionale al conseguimento della legittima (25). Senza

(22) Proprio in ragione della natura sostanziale del diritto ad avere dalla banca copia della documentazione relativa allo svolgimento del rapporto negli ultimi dieci anni, si tende ad escludere l'applicabilità dei principi relativi all'ordine di esibizione *ex art.* 210 c.p.c., nell'ipotesi in cui la richiesta *ex art.* 119 Tub sia presentata in giudizio. Tuttavia, ove non possa mettersi in dubbio l'esistenza del rapporto e, dunque, l'esistenza della documentazione relativa alla sua gestione, la richiesta non può essere disattesa adducendo la natura meramente esplorativa dell'istanza in tal senso presentata: Cass., 8 febbraio 2019, n. 3875, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 652. Sui rapporti tra ordine di esibizione in giudizio e finalità esplorativa della richiesta di documentazione bancaria, v. da ultimo, NATALE, *op. cit.*, p. 903 ss.; TOLA, *Prospettive evolutive in tema di prova dei rapporti bancari in conto corrente*, in questa *Rivista*, 2020, p. 216 ss.

(23) Invero, e a rigore, il TUB testualmente recita: «a qualunque titolo»: v. appunto art. 119, comma 4°. Peraltro, non necessariamente (ove succeda a titolo particolare) il richiedente deve succedere specificamente nel rapporto bancario in questione, purché abbia un interesse che astrattamente giustifichi l'esigenza di acquisire conoscenza. Insomma: ai fini del diritto alla documentazione bancaria, successione a titolo universale e successione a titolo particolare, da un lato, e successione o no nello specifico rapporto bancario, dall'altro, sono tutte variabili indipendenti che possono indifferentemente combinarsi senza far venir meno il diritto in via generale riconosciuto dall'art. 119: si pensi al caso della divisione del testatore, là dove ciascuno dei coeredi – pur, tutti, successori a titolo universale – succede direttamente nei soli rapporti a lui assegnati e però conserva, ove vi fosse lesione, l'azione di riduzione (art. 735, comma 2°, c.c.) ed ha perciò pieno diritto di ricevere la documentazione completa, anche se concerne rapporti dal testatore attribuiti esclusivamente ad altri coeredi.

(24) Cass., 16 maggio 2007, n. 11288, in *Riv. not.*, 2008, II, p. 1152, con nt. di Romoli che ha affermato l'irrelevanza degli atti di ravvedimento una volta espressa la volontà del beneficiario di conservare il legato in sostituzione di legittima; in senso conforme, più di recente, Trib. Vicenza, 12 giugno 2017, n. 1714, in *Guida al dir.*, 2018, 3, p. 32.

(25) V. Cass., 27 giugno 2013, n. 16252, in *Riv. not.*, 2014, II, p. 769, con nt. di Piccolo; Cass., 22 luglio 2004, n. 13785, in banca dati *dejure*. Peraltro, la mera richiesta della legittima non è di per sé sufficiente a determinare la rinuncia al legato giacché quest'ultima deve risultare

dire che alla rinuncia può farsi luogo persino dopo proposta l'azione di riduzione, purché prima che questa sia trattenuta in decisione (26).

Ma, più in generale: legittimario pretermesso, legittimario del donante, chiamato all'eredità non nel possesso dei beni non sono (ancora) successori del defunto; da una prospettiva di teoria generale del diritto ognuno di costoro è però titolare di una situazione giuridica di aspettativa non di mero fatto ma in senso tecnico-giuridico. Come tale perciò «è fornito di poteri giuridici (diritti soggettivi) per la tutela del suo interesse in previsione dell'evento conclusivo della fattispecie in formazione» (27). Il diritto alla copia della documentazione bancaria, proprio in quanto potere giuridico sostanziale ("finale", s'è detto *supra*, § 3), va allora, in questi casi, precisamente annoverato tra quel fascio di poteri e doveri – non confondibili coi poteri e doveri propri del rapporto definitivo – che la legge riconosce a tutela dell'aspettativa, come mezzi per assicurare il soddisfacimento dell'interesse nell'ipotesi in cui la fattispecie poi si completi e sorga il rapporto successorio definitivo (28).

4. *Accesso ai dati bancari e Codice della privacy*. – L'informazione sulle operazioni bancarie compiute dal *de cuius* poteva essere richiesta anche ai sensi dell'art. 2-terdecies, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cd. Codice della *privacy*), che riconosce il diritto di accesso ai dati relativi a persone decedute «a chi ha un interesse proprio o agisce a tutela dell'interessato o per ragioni familiari meritevoli di protezione» (29). Su questa base, dunque, il ricorrente ben avrebbe potuto rivolgere alla banca istanza *ex art.* 15 del Regolamento sulla protezione dei dati (GDPR) ed apprendere ogni elemento utile per decidere se accettare o meno il legato (30).

Come il Garante della *Privacy* ha avuto modo di affermare in più occasioni, tale diritto va tenuto distinto da quello riconosciuto dall'art. 119, comma 4°, Tub, rispetto al quale si configura come «una possibilità diversa» (31). La diffe-

da una valida e inequivoca manifestazione dell'intento abdicativo del diritto. Così Cass., 15 marzo 2006, n. 5779, in *Riv. not.*, 2007, II, p. 198 con nt. di Musolino.

(26) Cass., 29 aprile 2022, n. 13530, in banca dati *dejure*.

(27) L. CARRARO, *Frammento inedito di dottrine generali: il rapporto giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 12.

(28) L. CARRARO, *op. loc. cit.*

(29) In precedenza, ai «Diritti riguardanti le persone decedute» era dedicato l'art. 13, comma 3° della l. 31 dicembre 1996, n. 675.

(30) Già nel vigore dell'art. 7 del Codice della *privacy* (ora art. 15 del GDPR), il diritto di accesso ai dati personali detenuti dalle banche era riconosciuto anche a favore del successore del cliente. Cfr. Garante per la protezione dei dati personali, Prov. 17 luglio 2008, n. 1541439, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 631; 13 novembre 2003, n. 1053653; 25 ottobre 2002, n. 1066455; 3 aprile 2002, n. 1065256; entrambi reperibili all'indirizzo <https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1143698>. In giurisprudenza, Cass., 12 maggio 2006, n. 11004, *cit.*

(31) Come rimarcato nei chiarimenti reperibili all'indirizzo <https://www.garanteprivacy.it/faq/accesso-ai-dati-bancari>.

renza si percepisce già sul piano del concreto esercizio, dal momento che, al contrario della richiesta della documentazione bancaria, la richiesta di accesso ai dati personali non può essere subordinata all'esibizione di particolari documenti, quali ad es. i certificati relativi all'identificazione degli eredi ovvero attestanti lo stato delle disposizioni testamentarie (quest'ultime, peraltro, nel caso di specie, assunte dalla banca a pretesto per giustificare il rifiuto della documentazione) (32). Per di più, l'informazione sarebbe in ogni caso dovuta, persino al ricorrere di un espresso divieto posto dal *de cuius* al titolare del trattamento (ossia la banca), ai sensi dell'art. 2-terdecies, comma 2°, d.lgs. n. 196/2003). In questa eventualità, infatti, non si potrebbero comunque produrre effetti pregiudizievoli «per l'esercizio da parte dei terzi dei diritti patrimoniali che derivano dalla morte dell'interessato nonché del diritto di difendere in giudizio i propri interessi».

MANUELA TOLA

(32) Garante per la protezione dei dati personali, Provv. 8 ottobre 2003, n. 1053855, reperibile all'indirizzo <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1053855>.

TRIBUNALE DI CAGLIARI, Sezione specializzata, in materia di imprese, decreto, 21 maggio 2021 — MALAGOLI *Estensore* — S.A. contro E. Service soc. coop. a r. l.

Processo civile - Sentenza di primo grado di annullamento di delibere assembleare societaria - Esecuzione provvisoria - Sussiste.

(Cod. proc. civ., art. 282; Cod. civ., art. 2378).

La sentenza di primo grado che ha dichiarato la nullità o pronunciato l'annullamento di una delibera assembleare di società è provvisoriamente esecutiva ai sensi dell'art. 282 c.p.c., poiché l'ordinamento riconosce e persegue in questa materia l'esigenza di anticipare gli effetti del giudicato, come dimostrato dal rimedio cautelare previsto dall'art. 2378 c.c. (1).

(*Omissis*). — Con ricorso *ex art.* 700 c.p.c., datato 17 dicembre 2020, S.A. ha chiesto che il Tribunale ordinasse all'organo amministrativo della società E. Service soc. coop a r.l., nelle persone dei signori P.G.M., E.M. e P.F., di disporre la propria reintegra nella compagine sociale.

A sostegno della propria domanda il ricorrente ha esposto (in sintesi): 1) di essere uno dei soci fondatori, con titolarità di 204 quote pari al 24,29%, della società convenuta; 2) di essere stato escluso illegittimamente dalla Cooperativa in data 25 agosto 2018; 3) di avere attivato la procedura arbitrale prevista dallo statuto; 4) che con lodo datato 29 novembre 2019, l'Arbitro unico avv. P. C. aveva annullato la delibera di esclusione; 5) che non era stata accolta la domanda di reintegrazione nella compagine sociale formulata dal Signor A.; 6) che in proposito l'Arbitro unico aveva rilevato che

(1) La nota segue a p. 338.

i relativi provvedimenti – conseguenti all’annullamento della delibera – competevano all’organo amministrativo della Società ai sensi dell’art. 2377, comma 7°, c.c. (richiamato dall’art. 2479-ter c.c.) applicabile alle cooperative *ex* art. 2519 c.c.; 7) che la società E. aveva proposto appello avverso il lodo, chiedendone la sospensione; 8) che l’istanza di sospensione veniva respinta dal Collegio; 9) che, nonostante i reiterati solleciti ad ottemperare a quanto disposto con il lodo arbitrale, visto il rifiuto della E. Service Soc. Coop. a r.l., il Signor S.A. aveva promosso, davanti al Tribunale di Cagliari – Sezione Volontaria Giurisdizione, procedimento *ex* art. 825 c.p.c. al fine di farlo dichiarare esecutivo; 10) che, con decreto del 21 settembre 2020, depositato in Cancelleria in data 22 settembre 2020 (N. cronol. 582/2020 – R.G. 3959/2020), il Tribunale Ordinario di Cagliari – Sezione Volontaria Giurisdizione, ritenuta la regolarità formale del lodo, lo aveva dichiarato esecutivo; 11) che il predetto decreto, munito di formula esecutiva apposta in data 28 settembre 2020, unitamente ad una copia conforme del lodo, era stato notificato, con pedissequo atto di precetto, alla E. Service Soc. Coop. a r.l. in data 31 ottobre 2020, che in data 9 novembre 2020 aveva provveduto al pagamento delle somme precettate; 12) che la società non aveva invece provveduto a reintegrare nella compagine sociale il ricorrente; 13) che vi era fondato timore in ordine ad un aggravamento dei danni prodotti dalla delibera annullata, a tal punto da non consentirgli di ottenere un futuro adeguato ristoro, posto che da oltre due anni non poteva, in virtù della menzionata delibera già annullata dal lodo arbitrale, esercitare i diritti di socio e di prestare la propria attività lavorativa nell’ambito del prevalente scopo mutualistico che connota la E. Service Soc. Coop. a r.l.

1.3 Si è costituita in giudizio la società E. Service Soc. Coop. a r.l., eccependo preliminarmente l’inammissibilità del ricorso, sotto un duplice profilo: in primo luogo, perché il ricorrente non aveva precisato le domande di merito, cui sarebbe stata funzionale la pronuncia cautelare richiesta, in secondo luogo, perché il lodo di annullamento della delibera non contiene il comando della reintegrazione, con la conseguenza che del tutto impropriamente il ricorrente tentava di ottenere dal Tribunale un ordine di reintegrazione che non era contenuto nel lodo.

Nel merito la società ha contestato la fondatezza del ricorso, assumendo che, siccome il lodo non era ancora divenuto definitivo, nessun obbligo poteva dirsi gravante sulla società in relazione alla

richiesta reintegrazione. A tal fine la resistente ha spiegato che: «Invero, il lodo arbitrale non può avere effetti superiori a quelli che avrebbe avuto – in assenza di clausola compromissoria – una sentenza del Tribunale, ovvero: provvisoria esecutività relativamente alla condanna alle spese del giudizio, ma non relativamente alla reintegrazione (qualora la relativa domanda fosse stata accolta, ciò che peraltro non è avvenuto col lodo arbitrale de quo). Ciò in quanto la tipologia di sentenza non sarebbe stata di condanna: invero, la giurisprudenza interpreta restrittivamente l'art. 282 c.p.c. ritenendolo applicabile alle sole sentenze di condanna (cfr. ad es. *ex multis*: Cass. Civ., Sez. II, 26 marzo 2009, n. 7369)». La resistente ha quindi contestato anche la sussistenza del *periculum in mora* ed ha chiesto il rigetto del ricorso.

1.3 Con comparsa del 15 marzo 2021 (a seguito del rinnovo della notifica del ricorso), si sono successivamente costituiti in giudizio P.G.M., E.M. e P.F., i quali con atti identici hanno fatto integralmente proprie le difese già sviluppate dalla società.

2. Al fine di decidere appare assorbente rilevare quanto segue: l'annullamento della deliberazione di esclusione di un socio opera ontologicamente *ex tunc* e di per sé comporta la «reintegrazione» del socio stesso nella sua posizione anteriore e nella pienezza dei diritti da essa derivati.

I resistenti eccepiscono tuttavia che, essendo il lodo arbitrale (pur munito dal Tribunale di formula esecutiva) al momento oggetto di impugnazione innanzi alla Corte d'appello, la parte relativa all'annullamento della delibera e dunque la componente del dispositivo contenente l'effetto costitutivo della decisione, non sarebbe ancora esecutiva ed eseguibile in ossequio all'orientamento maggioritario secondo cui l'art. 282 c.p.c. non si applicherebbe alle sentenze costitutive.

In merito a detta questione, sulla scorta dell'interpretazione seguita dal Tribunale in un recente precedente di merito (cfr. Tribunale di Cagliari, sentenza collegiale 6 febbraio 2020, R.G. 2792/2017, Pres. Tamponi, est. Caschili), occorre evidenziare che: «È noto che la portata dell'art. 282 c.p.c., come modificato dalla n. 353 del 1990, è tradizionalmente limitata alle sentenze di condanna e non a quelle costitutive e di accertamento.

È stato altresì chiarito che la provvisoria esecutività «è limitata ai capi della decisione che sono compatibili con la produzione dell'effetto costitutivo in un momento successivo, e non si estende a

quelli che si collocano in rapporto di stretta sinallagmaticità con i capi costitutivi relativi alla modificazione giuridica sostanziale» (Cass., S.U., 4059/2010).

Più di recente, la tesi è stata sottoposta ad esame critico da una parte della dottrina, ad avviso della quale la norma, nella sua portata letterale, non prevede limitazioni, fissando il principio generale della naturale esecutività della pronuncia giudiziale non definitiva, sia essa costitutiva, di accertamento o di condanna. Tesi che troverebbe conferma nella esistenza di ipotesi in cui la legge espressamente limita l'esecutività alle sentenze di condanna (artt. 431 c.p.c. e 447-*bis* c.p.c.).

Senza entrare nel merito della più generale questione, l'esame può essere circoscritto al più ristretto microcosmo delle sentenze aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere sociali.

In questo ambito, pur a fronte di un consolidato orientamento che tende ad applicare il tradizionale insegnamento sopra richiamato, si deve dare atto di un movimento più recente ispirato dalla volontà di attribuire alle sentenze che pronunciano in materia di delibere assembleari il crisma della provvisoria esecutività. Anche la giurisprudenza recente ha offerto significative aperture, pur in un quadro ancora contrastato.

La materia è particolarmente delicata coinvolgendo da un lato l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e dall'altro l'esigenza di certezza delle vicende societarie. Se da un lato si avverte l'esigenza che la pronuncia giurisdizionale di primo grado possa attribuire alla parte il diritto leso senza dover attendere l'esito dei successivi gradi di giudizio in un settore, quello dei rapporti sociali, sensibile alla celerità ed alla rapidità delle decisioni, d'altro lato viene evidenziata la necessità che i rapporti sociali siano stabili e non suscettibili di capovolgimenti, tali da lasciare l'azione sociale «prigioniera delle alterne fortune giudiziarie dell'impugnazione».

Ritiene il tribunale di condividere la tesi della esecutività della sentenza non definitiva in materia di impugnazione di delibera assembleare, conformemente a quanto già argomentato con l'ordinanza del 22 giugno 2017 resa nel procedimento cautelare dal giudice della prima fase ed a quanto deciso in una fattispecie analoga dal Tribunale Milano, sezione imprese, con ordinanza collegiale del 20 agosto 2018 (in senso contrario, sebbene acriticamente, Cass. Civ., n. 24939 del 7 ottobre 2019; Trib. Bologna, ord. coll., 10 aprile 2013, n. 1521; Trib. Milano, 7 novembre 2003).

L'argomento più significativo in tal senso, ad avviso del collegio, ruota intorno all'istituto della sospensione cautelare prevista dall'art. 2378, comma 3°, c.c.

È bene partire da una premessa di ordine generale circa il regime della cautela nei giudizi di accertamento e costitutivi. La giurisprudenza più datata era solita sostenere che «le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente, proprio perché si eserciterebbe una funzione strutturalmente anticipatoria che produrrebbe subito quella stessa costituzione del rapporto giuridico che dovrebbe essere presumibilmente introdotta con la sentenza costitutiva, laddove il disposto dell'art. 700 c.p.c. presuppone l'attualità del diritto cautelando» (Trib. Torino, 12 luglio 2003, GI, 2004, 538; conf. Trib. Milano, 5 novembre 1952, FI, 1953, I, 133; Pret. Torino, 18 giugno 1956, GI, 1956, I, 2, 738).

La più recente giurisprudenza, sensibile all'esigenza di tutela dei diritti, tuttavia, ritiene possibile anticipare alcuni degli effetti pratici tipici del diritto costituito. Il provvedimento cautelare, pur non costituendo in via anticipata il diritto, consente comunque al ricorrente di soddisfare alcuni interessi pratici immediati, in attesa che il giudizio di merito consacrì tale sua pretesa in un diritto costituito e perfetto (Tribunale Lanusei, 6 ottobre 2011; Tribunale Genova, 27 aprile 2007, est. Zampieri; Tribunale Catania, 5 gennaio 2004, Tribunale Verona, 10 aprile 2006; Appello Bari, 12 aprile 1990; già in passato, Pretore di Roma, 31 maggio 1972).

In questo quadro, la disciplina dell'art. 2378 c.c. in ambito societario prevede una tutela ben più avanzata e piena. La norma, infatti, paralizzando gli effetti della delibera impugnata, ha una portata analoga a quella della sentenza di annullamento, realizzando in via anticipata e provvisoria gli stessi effetti della pronuncia di merito.

La norma, pertanto, dimostra che il legislatore ha colto l'esigenza della tutela anticipata, fornendo uno strumento processuale idoneo a paralizzare non solo gli effetti ma anche l'efficacia della delibera. L'orientamento che sembra attualmente prevalere, sia in dottrina che in giurisprudenza, infatti, estende la portata anticipatoria del provvedimento cautelare anche alle delibere già eseguite o a quelle *self-executing* (in giurisprudenza, Trib. Milano, 25 ottobre 2012; Trib. Milano, 3 giugno 2012; Trib. Milano, 9 agosto 2012; Trib. Milano, 6 novembre 2012).

Ciò significa che la tutela apprestata mediante l'istituto cautelare previsto dall'art. 2378 c.c. è molto più avanzata rispetto a quel-

la fornita dalla giurisprudenza nelle restanti ipotesi di giudizi di accertamento o costitutivi.

Le ragioni che hanno portato il legislatore a introdurre un sistema di tutela anticipata forte e radicale in favore dell'impugnante, esteso alla stessa efficacia del provvedimento impugnato e non limitato a rimuovere taluni dei suoi effetti, non può che avere conseguenze in tema di esecutività della pronuncia non definitiva nel merito.

Ed infatti, non può non riconoscersi alla sentenza di primo grado, resa all'esito di un giudizio a cognizione piena, almeno la stessa efficacia del provvedimento cautelare, reso all'esito di un giudizio sommario. Poiché, altrimenti, il sistema sarebbe privo di coerenza e contraddittorio, relegando la sentenza di primo grado ad un grado efficacia minore rispetto al provvedimento cautelare adottato nelle more della stessa pronuncia.

In senso contrario, si sostiene che nel giudizio cautelare il giudice è chiamato a fare una valutazione degli interessi ed a sospendere l'esecuzione della delibera solo dopo avere riconosciuto un pregiudizio prevalente in capo all'impugnante, compiendo in concreto il bilanciamento degli interessi che giustifica l'anticipazione degli effetti del giudicato, valutazione che invece mancherebbe in caso di pronuncia non definitiva.

Tale tesi omette tuttavia di dare efficace rilievo al fatto che il presupposto per la concessione del provvedimento cautelare è il *fumus boni iuris*, che in sede cautelare è accertato in via sommaria, mentre all'esito della pronuncia di primo grado è accertato con carattere cognitorio pieno, tale da rendere superflua ogni valutazione del *periculum*. Peraltro, il provvedimento di primo grado provvisoriamente esecutivo può essere sospeso dal giudice superiore ricorrendo «gravi e fondati motivi» (art. 283 c.p.c.), così garantendo, in ogni caso, la comparazione tra esigenze di celerità e di stabilità dei rapporti sociali, nel caso in cui il rischio di alterne vicende giudiziarie possa costituire un danno. Oltretutto, la valutazione comparativa degli interessi in gioco potrà essere effettuata con maggiore incisività dal giudice superiore dopo una prima pronuncia a cognizione piena, piuttosto che dal primo giudice in una fase sommaria.

Ad avvalorare la tesi della necessaria esecutività della sentenza non definitiva, si deve altresì considerare che il provvedimento cautelare assolve la funzione di dare immediata attuazione alla tutela giurisdizionale mediante l'eliminazione del pregiudizio che possa

derivare dalla durata del processo a cognizione piena, ed è caratterizzato, oltre che dalla strumentalità, dalla provvisorietà, in quanto non è idoneo a regolare il rapporto in via definitiva. Secondo la dottrina prevalente e la giurisprudenza della Suprema Corte, il provvedimento cautelare è destinato ad essere assorbito dalla pronuncia con la quale viene riconosciuto il diritto a tutela del quale è stato concesso (Cass., 11 marzo 2004, n. 4964).

Ancor più chiaramente, la giurisprudenza ha precisato che «i provvedimenti cautelari, sono destinati ad essere sostituiti dalla sentenza di accoglimento della domanda» (Cass., 29 ottobre 1992, n. 11770) e che, sotto questo profilo, l'art. 669-*novies*, comma 3°, c.p.c., deve essere letto nel senso che il provvedimento cautelare perde efficacia sia nel caso di dichiarazione di inesistenza, del diritto a tutela del quale il provvedimento è stato concesso, sia nell'ipotesi inversa di accoglimento della domanda di merito (Cass., 14765 del 2008).

Pertanto, la pronuncia cautelare, che nella tesi contrastata dovrebbe sopperire all'esigenza di effettività della tutela nelle more del giudizio, viene ad essere assorbita dalla pronuncia nel merito, con la conclusione, del tutto irragionevole, che, seguendo la tesi ostativa alla provvisoria esecutività, l'effetto di tutela anticipato verrebbe meno proprio nel momento in cui la pronuncia di primo grado consacra il diritto cautelato. Con la irragionevole conseguenza che la parte, già vittoriosa in primo grado, al fine di conservare gli effetti cautelari, dovrebbe proporre un nuovo ricorso cautelare ai sensi dell'art. 669-*quater*, comma 4°, c.p.c.

È necessario, pertanto, attribuire esecutività alla sentenza di primo grado, al fine di rendere coerente il sistema con la prevista efficacia del provvedimento cautelare.

Alla luce di questi elementi, ritiene il tribunale che la sentenza di primo grado che abbia dichiarato la nullità o pronunciato l'annullabilità di una delibera assembleare sia provvisoriamente esecutiva ai sensi dell'art. 282 c.p.c, poiché l'ordinamento riconosce e persegue in questa materia l'esigenza di anticipare gli effetti del giudicato, come dimostrato dal rimedio cautelare previsto dall'art. 2378 c.c.».

Posto quanto sopra, deve ritenersi che il lodo arbitrale, dichiarato esecutivo dal Tribunale, abbia di per sé ripristinato il rapporto sociale tra il ricorrente e la cooperativa, con la conseguenza che viene meno lo stesso presupposto della domanda cautelare. (*Omissis*)

(1) Sull'efficacia esecutiva delle sentenze di annullamento di delibere sociali.

SOMMARIO: 1. Il caso deciso. – 2. La portata applicativa dell'art. 282 c.p.c. – 3. (Segue). L'efficacia delle sentenze aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere sociali. – 4. La possibilità di anticipare in via di cautela atipica gli effetti costitutivi del futuro provvedimento di merito. – 5. Alcune osservazioni critiche alla ricostruzione del Tribunale di Cagliari.

1. *Il caso deciso.* – La Sezione specializzata in materia di Imprese del Tribunale di Cagliari è stata chiamata a decidere su un ricorso *ex art.* 700 c.p.c., mediante il quale il ricorrente richiedeva la sua reintegra nella compagine societaria, dalla quale era stato illegittimamente escluso.

Nel dettaglio, il ricorrente, socio di una società cooperativa, aveva previamente esperito una procedura di arbitrato sfociata in un lodo che annullava la delibera recante la sua esclusione dalla compagine societaria, senza tuttavia accogliere la domanda di reintegra, adempimento considerato di spettanza dell'organo amministrativo.

Tale lodo, non definitivo in quanto appellato dalla società, veniva dichiarato esecutivo dal Tribunale di Cagliari con decreto, all'esito del procedimento di *exequatur* avviato ai sensi dell'art. 825 c.p.c.

Sulla scorta del lodo dichiarato esecutivo, il ricorrente avviava procedura di esecuzione forzata ottenendo il pagamento delle somme precettate ma non l'adempimento dell'obbligo di reintegra.

Temendo l'aggravamento dei danni prodotti dalla delibera, sì annullata ma con decisione non ancora portata ad esecuzione, il ricorrente presentava quindi il summenzionato ricorso per provvedimento d'urgenza al fine di ottenere, come detto, la sua reintegra nella compagine societaria.

Si costituiva la società, deducendo, per quanto di interesse ai fini del presente commento, l'infondatezza nel merito del ricorso. In particolare, la resistente assumeva che, siccome il lodo non era ancora divenuto definitivo, nessun obbligo poteva dirsi gravante sulla società in relazione alla richiesta reintegrazione: poiché il lodo arbitrale non può avere effetti superiori a quelli che avrebbe avuto, in assenza di clausola compromissoria, una sentenza del Tribunale, è escluso che lo stesso possa avere efficacia provvisoriamente esecutiva relativamente al comando di reintegrazione, in quanto la corrispondente tipologia di sentenza non sarebbe stata di condanna ma costitutiva ed è noto come la giurisprudenza interpreti restrittivamente l'art. 282 c.p.c., ritenendolo applicabile alle sole sentenze di condanna.

Il Tribunale di Cagliari, a onor del vero, risolve abbastanza agevolmente la questione sottoposta al suo giudizio, decidendo per il rigetto del ricorso presentato: argomentando dall'efficacia *ex tunc* della pronuncia di annullamento della delibera di esclusione del socio, di per sé idonea a comportare la reintegrazione dello stesso nella sua posizione anteriore e nella pienezza dei diritti da essa derivati, l'autorità adita conclude nel senso per cui il lodo arbitrale, dichiarato esecutivo, abbia di per sé ripristinato il rapporto sociale tra il ricorrente e la società cooperativa, con il conseguente venir meno dello stesso presupposto della domanda cautelare.

Gli aspetti di maggior interesse del provvedimento in commento attengono alla parte argomentativa dello stesso, dove il Tribunale si sofferma su due que-

stioni interpretative, tanto note quanto dibattute, inerenti all'efficacia dei provvedimenti giurisdizionali. Ci riferiamo all'applicabilità dell'art. 282 c.p.c. alle sentenze costitutive di primo grado, sì da riconoscere anche a queste efficacia provvisoriamente esecutiva, nonché alla possibilità di ottenere, tramite un provvedimento d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c., l'anticipazione degli effetti di natura costitutiva discendenti dal futuro provvedimento di merito.

Entrambe le questioni saranno oggetto di approfondimento nel prosieguo del presente commento, debitamente contestualizzate con riferimento alla vicenda decisa dal Tribunale cagliaritano.

2. *La portata applicativa dell'art. 282 c.p.c.* – Il Tribunale di Cagliari si occupa della questione relativa alla possibilità di riconoscere efficacia provvisoriamente esecutiva alle sentenze costitutive nel momento in cui affronta le eccezioni sollevate dalla società resistente, la quale aveva rilevato come il lodo arbitrale, pur munito di formula esecutiva, fosse oggetto di impugnazione innanzi alla Corte d'appello, sicché la parte relativa all'annullamento della delibera – e, dunque, la componente del dispositivo recante l'effetto costitutivo della decisione –, non sarebbe stata ancora esecutiva ed eseguibile, in ossequio all'orientamento maggioritario secondo cui l'art. 282 c.p.c. non si applicherebbe alle sentenze costitutive.

Quello riportato, come noto, rappresenta in effetti l'orientamento tradizionale in merito all'ambito applicativo da riconoscere all'art. 282 c.p.c.

Tale norma, rubricata «Esecuzione provvisoria», nel momento in cui prevede che «La sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti», non provvede a precisare a quali tipi di pronunce si riferisca: se solo a quelle di condanna ovvero anche a quelle di mero accertamento e costitutive.

Come si diceva, nel primo senso riportato risulta assestato l'orientamento dominante, sia in dottrina (1), la quale esclude che le sentenze di mero accertamento e costitutive possano avere efficacia provvisoriamente esecutiva, così circoscrivendo la portata applicativa della norma alle sole sentenze di condanna, sia in giurisprudenza, dove consuetamente si afferma che «l'anticipazione dell'efficacia della sentenza rispetto al suo passaggio in giudicato ha riguardo soltanto al momento della esecutività della pronuncia, con la conseguenza (atteso il nesso di correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata) che la disciplina dell'esecuzione provvisoria di cui all'art. 282 c.p.c., trova legittima attuazione soltanto con riferimento alle sentenze di condanna, le uniche idonee, per loro natura, a costituire titolo esecutivo, postulando il concetto stesso di esecuzione

(1) V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, p. 274; DE STEFANO, *Esecuzione provvisoria*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 513; LANCELOTTI, *Esecuzione provvisoria*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 792; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, p. 244; MONTELEONE, *Esecuzione provvisoria*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., Torino, 2000, p. 366; ROBLES, *L'esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado e i suoi limiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 319; TARZIA, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2002, p. 252.

un'esigenza di adeguamento della realtà al *decisum* che, evidentemente, manca sia nelle pronunce di natura costitutiva che in quelle di accertamento» (2).

Tale soluzione restrittiva viene fondata su precisi dati sistematici, tra cui: *a*) le disposizioni contenute negli artt. 431 e 447-*bis* c.p.c., che si riferiscono univocamente alla sola ipotesi di sentenza di condanna (3); *b*) l'art. 283 c.p.c., che nel disciplinare la sospensione dell'esecuzione provvisoria sancita dal precedente art. 282 si riferisce espressamente alla possibilità di sospendere, in tutto o in parte, l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza di primo grado; *c*) l'art. 337, comma 1°, c.p.c., il quale, nell'escludere che l'impugnazione della sentenza sospenda l'esecuzione della stessa non considera l'efficacia in generale della sentenza medesima ma unicamente la sua esecuzione forzata o la sua efficacia esecutiva (4).

Alcuni degli argomenti spesi a sostegno di tale tesi restrittiva sono stati peraltro sfruttati proprio dai sostenitori della tesi contraria, i quali hanno osservato che l'art. 282 c.p.c., nella sua portata letterale, non prevede limitazioni, fissando il principio generale della naturale esecutività della pronuncia giudiziale non definitiva, sia essa costitutiva, di accertamento o di condanna: ciò che troverebbe conferma proprio nell'esistenza di ipotesi (e il riferimento è ai già richiamati artt. 431 e 447-*bis* c.p.c.) in cui la legge espressamente limita l'esecutività alle sentenze di condanna (5).

Il problema dell'efficacia da riconoscere alle sentenze costitutive di primo grado, peraltro, è stato espressamente affrontato dalle Sezioni Unite della Cassazione le quali, chiamate a pronunciarsi sulla provvisoria esecutività dei capi condannatori consequenziali alla sentenza costitutiva – nella fattispecie si trattava di una pronuncia di accoglimento di una domanda *ex* art. 2932 c.c. – hanno negato detta efficacia a tutti i capi di condanna legati da un nesso di c.d. sinallagmaticità a quelli costitutivi, ossia i capi le cui statuizioni costituiscono parte integrante della pronuncia nel suo complesso (6).

(2) Tra le più recenti, Cass. civ., 20 febbraio 2018, n. 4007; Cass. civ., 18 gennaio 2018, n. 1211; Cass. civ., 26 marzo 2009, n. 7369.

(3) Più precisamente, l'art. 431 c.p.c., nelle parti che ci interessano, prevede che «le sentenze che pronunciano condanna a favore del lavoratore per crediti derivanti dai rapporti di cui all'art. 409 sono provvisoriamente esecutive» (comma 1°) e che «le sentenze che pronunciano condanna a favore del datore di lavoro sono provvisoriamente esecutive e sono soggette alla disciplina degli artt. 282 e 283» (comma 5°). L'art. 447-*bis* c.p.c., poi, precisa che «le sentenze di condanna di primo grado sono provvisoriamente esecutive» (comma 4°).

(4) In tal senso, specialmente MONTELEONE, *op. cit.*, p. 367.

(5) Per tale ricostruzione, specialmente, IMPAGNATELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, 2010, p. 308; in giurisprudenza, Cass. civ., 3 settembre 2007, n. 18512; Cass. civ., 26 gennaio 2005, n. 1619.

(6) Il riferimento è alla nota Cass., S.U., 22 febbraio 2010, n. 4059, in *Foro it.* 2010, I, p. 2082, con osservazione di IMPAGNATELLO, p. 9, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 171 ss., con nota critica di MARELLI; in *Riv. esec. forz.*, 2010, 1-2, p. 267, con nota di IUORIO; in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 515, con nota di IMPAGNATELLO; recentemente, in senso conforme, Cass. civ., 13 maggio 2021, n. 12872.

3. (Segue). *L'efficacia delle sentenze aventi ad oggetto l'impugnazione di delibere sociali*. – Al termine di questa rapida ma necessaria sintesi sugli orientamenti vigenti attorno alla portata applicativa dell'art. 282 c.p.c., è possibile restringere il perimetro della nostra indagine sull'efficacia da riconoscere a una particolare tipologia di pronuncia, venuta in gioco nel caso deciso dal Tribunale cagliaritano, ossia quella che decide sull'impugnazione di delibere sociali: si tratta, con tutta evidenza, di sentenza avente natura costitutiva, essendo diretta all'annullamento di una deliberazione societaria.

È relativamente a tale tipologia di pronunce, infatti, che l'autorità adita esplicita l'orientamento seguito, favorevole, come subito si vedrà, a riconoscere provvisoria esecutività alla sentenza in discorso. Nonostante il tradizionale orientamento tenda ad applicare l'insegnamento sopra richiamato, il Tribunale di Cagliari evidenzia infatti l'esistenza di un movimento più recente, appunto ispirato dalla volontà di attribuire alle sentenze che pronunciano in materia di delibere sociali il crisma della provvisoria esecutività.

A fondamento di tale indirizzo il Tribunale pone la necessità di garantire la realizzazione di due valori destinati a venire in gioco: l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale, consacrata nell'art. 24 Cost., che impone alla pronuncia giurisdizionale di primo grado di attribuire alla parte il diritto leso senza dover attendere l'esito dei successivi gradi di giudizio in un settore, come quello in esame, sensibile alla celerità e alla rapidità delle decisioni, e quella di certezza delle vicende societarie, che richiede che i rapporti sociali siano stabili e non suscettibili di capovolgimenti, come sarebbe se l'azione sociale fosse lasciata prigioniera delle alterne fortune giudiziarie dell'impugnazione proposta.

I motivi per cui il Tribunale di Cagliari aderisce a tale orientamento si legano a doppio filo con la seconda questione affrontata dal provvedimento in epigrafe, ossia quella relativa alla possibilità di anticipare, mediante un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., gli effetti costitutivi del futuro provvedimento di merito: alla loro illustrazione, in una con l'approfondimento del tema appena tratteggiato, si procederà nel corso del prossimo paragrafo.

Preliminarmente, tuttavia, è opportuno svolgere una precisazione. La possibilità di anticipare mediante un provvedimento d'urgenza gli effetti costitutivi discendenti dal futuro provvedimento di merito non viene investigata dal Tribunale al fine di risolvere, sia pur *disputandi gratia* – stante il rigetto, operato *in limine*, del ricorso per provvedimento d'urgenza presentato dal socio ricorrente – la fattispecie sottopostale, bensì proprio al fine di offrire un fondamento argomentativo alla prima questione che si è richiamata, ossia quella riguardante la possibilità di riconoscere efficacia provvisoriamente esecutiva alle sentenze costitutive di primo grado, in particolare a quelle di annullamento di delibere sociali. Il ricorso per provvedimento d'urgenza depositato dal socio-ricorrente, infatti, conteneva la richiesta di ottenere in via cautelare atipica la «reintegrazione» nella compagine societaria, ossia, con tutta evidenza, l'esecuzione di un obbligo di *facere* infungibile, e non l'anticipazione di un effetto modificativo della realtà sostanziale. Peraltro, come ben evidenziato dal provvedimento che si annota, è assai dubbia l'esistenza stessa di un obbligo siffatto: del tutto condivisibili, a tal riguardo, sono le considerazioni spese dai giudicanti, i quali dapprima hanno ritenuto «del tutto indeterminate e generiche le doglianze del ricorrente in relazione

all'oggetto dell'ordine richiesto», per poi evidenziare l'erroneità dell'assunto del medesimo, nel ritenere necessario un qualche adempimento formale al fine di ricostituire i diritti sociali del socio.

4. *La possibilità di anticipare in via di cautela atipica gli effetti costitutivi del futuro provvedimento di merito.* – Tornando, ora, alle questioni di nostro diretto interesse, la chiave interpretativa che il Tribunale di Cagliari pone a sostegno dell'affermata provvisoria esecutività delle sentenze di annullamento di delibere sociali viene ricondotta all'istituto della sospensione cautelare disciplinato dall'art. 2378, comma 3°, c.c. Tale norma, come noto, prevede che nell'ambito del procedimento di impugnazione di delibera di s.p.a., l'impugnante possa chiedere, con ricorso presentato contestualmente al deposito dell'atto di citazione, la sospensione dell'esecuzione della deliberazione impugnata in via ordinaria (7).

In estrema sintesi, nel ragionamento del giudice di merito, poiché non può non riconoscersi alla sentenza di merito almeno la stessa efficacia del provvedimento cautelare ad essa strumentale; e poiché il provvedimento *ex art.* 2378, comma 3°, c.c. consente di paralizzare immediatamente gli effetti della delibera impugnata; giocoforza la sentenza di annullamento della delibera sociale di primo grado deve poter esprimere efficacia immediatamente esecutiva.

Prima di addentrarci nella disamina di tale passaggio argomentativo, seguendo il medesimo *iter* tracciato dalla pronuncia in epigrafe è senz'altro utile ripercorrere gli approdi dottrinali e giurisprudenziali circa l'individuazione degli effetti che è possibile anticipare mediante un provvedimento di natura cautelare.

L'indagine ci riporta, ineludibilmente, all'istituto disciplinato all'art. 700 c.p.c., ossia ai provvedimenti d'urgenza, aventi carattere anticipatorio del contenuto del provvedimento finale e muniti di quel carattere di atipicità che consente loro di prestarsi a più differenti utilizzi (8).

Come noto, infatti, l'art. 700 c.p.c. non provvede a predeterminare il contenuto che il provvedimento d'urgenza può assumere, limitandosi a specificarne – sempre in relazione al loro carattere atipico – l'idoneità «ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito»: ciò che sembrerebbe suggerire l'assenza di particolari limiti nell'utilizzo della misura in esame.

(7) Sul tema, si rinvia al lavoro di DALLA BONTÀ, *L'impugnazione delle delibere del consiglio d'amministrazione nelle società per azioni*, Padova, 2012, p. 236 ss. e p. 244 ss.

(8) Sulle caratteristiche dei provvedimenti d'urgenza si rinvia, tra i moltissimi, a ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1985, *passim*; BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 73 ss.; DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in Tarzia, Saletti (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2015, p. 247 ss.; MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza*, Napoli, 1955, *passim*; PANZAROLA, *I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.*, in Carratta (a cura di), *I procedimenti cautelari*, Bologna, 2013, p. 745 ss.; PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991; TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, *passim*; VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in Chiarloni, Consolo (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali. II. Procedimenti cautelari*, Torino, 2005, p. 1249 ss.

L'opinione tradizionale, tuttavia, tende a escludere la possibilità di ricorrere al provvedimento d'urgenza al fine di ottenere l'anticipazione degli effetti costitutivi discendenti dal provvedimento di merito cui lo stesso risulti strumentale: poiché, infatti, la produzione degli effetti modificativi sostanziali discendenti dalla sentenza costitutiva opera a partire dal passaggio in giudicato della stessa, si esclude che detti effetti possano prodursi con la mera pronuncia di una misura cautelare, emessa all'esito di un giudizio sommario (9).

Spesso, peraltro, il bisogno di tutela urgente riguarda non tanto l'anticipazione degli effetti del provvedimento costitutivo, bensì l'anticipazione della soddisfazione degli obblighi ad esso consequenziali: in tal caso, dottrina e giurisprudenza maggioritarie ammettono senz'altro la possibilità di ottenere un provvedimento d'urgenza avente ad oggetto l'anticipazione di alcuni degli effetti pratici delle sentenze costitutive (10).

Quest'ultimo approdo pare essere quello che il ricorrente ha tentato di sfruttare nel caso di specie: lo stesso, in altri termini, ipotizzando l'esistenza di un obbligo accessorio alla pronuncia di annullamento della delibera sociale, coincidente con la reintegrazione dello stesso nella compagine della società, avrebbe tentato di ottenere in via d'urgenza un provvedimento cautelare recante il comando, rivolto alla società, di attuare quell'obbligo medesimo: ma dato atto dell'inesistenza di un obbligo siffatto – tanto da riconoscere alla pronuncia di annullamento della delibera di esclusione un'efficacia *selfexecuting* – il Tribunale di Cagliari ha provveduto, come già visto, al rigetto di tale richiesta.

E ciò, nonostante, sulla carta, il Tribunale cagliaritano abbia affermato di condividere tale orientamento, spingendosi anzi ancora più in là, ed è in questo quadro che si inserisce l'istituto di cui al già richiamato art. 2378, comma 3°, c.c. Secondo i giudicanti, tale norma appresterebbe al ricorrente una tutela assai piena in quanto, nella misura in cui paralizza gli effetti della delibera impugnata, avrebbe una portata analoga a quella della sentenza di annullamento, realizzando in via anticipata e provvisoria gli stessi effetti della pronuncia di merito; codificando una norma siffatta, il legislatore si sarebbe così dimostrato sensibile all'esigenza di garantire una tutela anticipata in materia, fornendo uno strumento processuale idoneo a paralizzare «non solo gli effetti ma anche l'efficacia della delibera» (11).

(9) In tal senso, Trib. Torino, 12 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2004, p. 538; oltre alla giurisprudenza di merito più datata, tra cui Trib. Milano, 5 novembre 1952, in *Foro it.*, 1953, I, p. 133; Pret. Torino, 18 giugno 1956, in *Giur. it.*, 1956, I, 2, p. 738.

(10) L'esempio classico è rappresentato dall'azione *ex art.* 2932 c.c., relativamente alla quale è possibile richiedere in via d'urgenza la consegna dell'immobile, ma non il trasferimento della proprietà.

Sul punto, DITTRICH, *op. cit.*, p. 269 ss.; VULLO, *op. cit.*, p. 1321; CALVOSA, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1967, p. 449; TOMMASEO, *op. cit.*, p. 254. In giurisprudenza, Trib. Genova, 27 aprile 2007; Trib. Catania, 5 gennaio 2004; Trib. Verona, 10 aprile 2006; C. App. Bari, 12 aprile 1990; già in passato, Pret. Roma, 31 maggio 1972.

(11) In tal senso, il provvedimento richiama le pronunce di Trib. Milano, 25 ottobre 2012; Trib. Milano, 3 giugno 2012; Trib. Milano, 9 agosto 2012; Trib. Milano, 6 novembre 2012.

Nel ragionamento del Tribunale di Cagliari, la tutela apprestata mediante l'istituto in esame sarebbe dunque molto più avanzata rispetto a quella che, secondo il tradizionale orientamento giurisprudenziale, sarebbe possibile ottenere mediante un provvedimento d'urgenza a carattere anticipatorio.

È sulla base di tale approdo che il provvedimento in epigrafe torna sulla questione di partenza, ossia quella inerente alla possibilità di riconoscere efficacia provvisoriamente esecutiva alle sentenze costitutive di primo grado (e, in particolare, a quelle di annullamento di delibere sociali). In particolare, secondo i giudicanti, a tale quesito non può che risponderci affermativamente, in quanto non può non riconoscersi alla sentenza di primo grado, resa all'esito di un giudizio a cognizione piena, almeno la stessa efficacia del provvedimento cautelare, reso all'esito di un giudizio sommario. E poiché il provvedimento cautelare consente di paralizzare immediatamente l'efficacia della delibera assembleare, almeno una pari efficacia deve essere riconosciuta alla sentenza di merito (di primo grado). Sostenere l'opposto significherebbe invece privare il sistema di coerenza, relegando la sentenza di primo grado a un grado efficacia inferiore rispetto al provvedimento cautelare adottato nelle more della stessa pronuncia.

Il Tribunale di Cagliari si dimostra poi sensibile rispetto all'esigenza di fornire stabilità ai rapporti sociali, un valore che potrebbe essere messo a repentaglio dall'opzione interpretativa prescelta. A tal proposito, la pronuncia in commento rileva come la provvisoria esecutività del provvedimento di primo grado possa sempre essere sospesa dal giudice superiore ricorrendo i gravi e fondati motivi di cui all'art. 283 c.p.c., così garantendo, in ogni caso, il bilanciamento tra la predetta esigenza e quella, ad essa contrapposta, della celerità dei giudizi, in tutti i casi in cui il rischio di alterne vicende giudiziarie possa rappresentare un danno concreto.

Un ultimo argomento a favore della provvisoria esecutività del provvedimento di primo grado di annullamento della delibera sociale viene identificato nel carattere strumentale della misura cautelare *ex art. 2378*, comma 3°, c.c., e in particolare nella sua idoneità a essere successivamente assorbita e sostituita dal provvedimento di merito. Se quest'ultimo, come afferma l'orientamento maggioritario, non può essere qualificato come provvisoriamente esecutivo, ne deriverebbe un sistema fortemente contraddittorio, in cui l'effetto di tutela anticipato verrebbe meno proprio nel momento in cui la pronuncia di primo grado viene a consacrare il diritto cautelato, e con la irragionevole conseguenza che la parte, già vittoriosa in primo grado, al fine di conservare gli effetti cautelari, dovrebbe magari proporre un nuovo ricorso ai sensi dell'art. 669-*quater*, comma 4°, c.p.c.

5. *Alcune osservazioni critiche alla ricostruzione del Tribunale di Cagliari.* – Come si è appena visto, il Tribunale di Cagliari giunge a riconoscere efficacia provvisoriamente esecutiva alla sentenza (di primo grado) di annullamento della delibera sociale in quanto esiste una misura di natura cautelare, ad essa strumentale – la sospensione *ex art. 2378*, comma 4°, c.c. – che consente di ottenere il risultato di paralizzare l'efficacia della delibera impugnata immediatamente, all'esito di un giudizio sommario.

Il ragionamento del Tribunale pare in realtà affetto da una petizione di principio.

Infatti, è ben possibile affermare che l'esistenza della sospensione cautelare *ex art. 2378, comma 3°, c.c.* sia giustificata *proprio* sulla base del fatto che l'annullamento della delibera impugnata si produce *soltanto* dal passaggio in giudicato della sentenza di merito: poiché, infatti, le delibere in questione sono immediatamente esecutive (12), laddove sussistano i requisiti del *fumus boni iuris* e soprattutto del *periculum in mora* l'impugnante potrà richiedere la sospensione cautelare in discorso, al fine di evitare l'aggravamento dei danni derivanti dalla delibera sociale nelle more dell'esaurimento del giudizio di merito e del passaggio in giudicato della relativa sentenza. In effetti, nel procedimento cautelare il giudice è chiamato a compiere una valutazione degli interessi in gioco e a sospendere l'esecuzione della delibera sociale solo dopo avere riconosciuto un pregiudizio prevalente in capo all'impugnante, compiendo in concreto il bilanciamento dei contrapposti interessi che giustifica l'anticipazione degli effetti del futuro giudicato, valutazione che invece manca in caso di pronuncia non definitiva.

In relazione al secondo argomento portato a sostegno della necessità di riconoscere efficacia provvisoriamente esecutiva alla sentenza di primo di grado di annullamento di delibera sociale, ossia la strumentalità intercorrente tra la sospensione cautelare *ex art. 2378, comma 3°, c.c.* e la successiva pronuncia di merito, destinata ad assorbire e sostituire la prima, può osservarsi quanto segue.

L'istituto disciplinato dall'*art. 2378, comma 3°, c.c.* rappresenta una misura cautelare tipica, extravagante, avente natura anticipatoria (13), in quanto destinata a realizzare in via preventiva gli effetti della successiva decisione di merito.

L'aspetto che appare dirimente rilevare è che la sospensione cautelare di cui all'*art. 2378, comma 3°, c.c.*, non è soltanto destinata ad anticipare gli effetti del futuro provvedimento di merito ma, più specificamente, del futuro giudicato: se l'effetto di annullamento della delibera sociale – trattandosi di sentenza di natura costitutiva – può prodursi solo col passaggio in giudicato del provvedimento di merito; e se l'effetto proprio della misura cautelare in discorso è quello di paralizzare l'efficacia della delibera sociale nelle more del giudizio di merito; ciò significa, con tutta evidenza, che tale misura è preordinata all'anticipazione degli effetti del futuro giudicato – e non solo, genericamente, del provvedimento di merito (di primo grado).

(12) Si consideri, a tal riguardo, che possono costituire oggetto di sospensione anche le deliberazioni immediatamente esecutive, cioè non suscettibili di ulteriore esecuzione da parte dell'organo gestorio, come quelle aventi ad oggetto la nomina e la revoca degli amministratori (Trib. Napoli, 13 gennaio 1993, in *Dir. fall.*, 1993, II, p. 572; Trib. Milano, 4 maggio 1990, in *Foro it.*, 1990, I, p. 2033), nonché quelle che abbiano già avuto integrale esecuzione, se ancora produttive di danno grave e irreparabile, purché gli effetti delle stesse non si siano definitivamente realizzati ed esauriti, al punto da risultare irreversibili (Trib. Milano, 31 ottobre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 828).

(13) In giurisprudenza, per tale qualificazione, Trib. Milano, 22 aprile 2012, in *Giur. it.*, 2012, p. 100.

Tale osservazione ci consente di disinnescare l'efficacia dell'impianto argomentativo proposto dal Tribunale di Cagliari: in quanto funzionale ad anticipare gli effetti del futuro giudicato di annullamento della delibera sociale, la sospensione cautelare *ex art.* 2378, comma 3°, c.c. non è destinata a essere assorbita e sostituita dalla pronuncia di primo grado (non munita di provvisoria esecutorietà), ma è potenzialmente idonea a sopravvivere fino all'intervenuto giudicato, e sarà solo quest'ultimo, a seconda dell'esito della controversia, ad assorbire e sostituire la stessa. E laddove il sistema dovesse apparire eccessivamente sbilanciato a favore del socio-ricorrente, si ricordi come possa sempre soccorrere, nel corso del giudizio di merito, la disciplina in materia di revoca e modifica della misura cautelare di cui all'art. 669-*decies* c.p.c. (14).

È chiaro, per concludere, che alla base di tale ricostruzione vi è comunque un assunto che collide con il richiamato orientamento tradizionale, che esclude, come visto, la possibilità di anticipare mediante un provvedimento cautelare gli effetti costitutivi del futuro provvedimento di merito. In tale ottica, l'istituto di cui all'art. 2378, comma 3°, c.c. appare in effetti collidere con tale indirizzo: ma l'esistenza di un siffatto istituto ben può essere armonizzata al sistema tramite la soluzione che si è appena proposta, che rimane preferibile rispetto a una totale rivoluzione dei vigenti principi in materia di provvisoria esecutorietà dei provvedimenti giurisdizionali (15).

VALENTINA BARONCINI

(14) Ai sensi dell'art. 669-*decies*, comma 1°, c.p.c., «Salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell'art. 669-*terdecies*, nel corso dell'istruzione il giudice istruttore della causa di merito può, su istanza di parte, modificare o revocare con ordinanza il provvedimento cautelare, anche se emesso anteriormente alla causa, se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso, l'istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza».

(15) Sul tema delle impugnazioni delle delibere assembleari di società si rinvia ai lavori di IANNICELLI, *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Salerno, 2008, *passim*; VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Padova, 2006, *passim*.

TRIBUNALE DI SASSARI, 15 marzo 2022, n. 299 — DE GIORGI
Giudice monocratico – P. (avv. Sechi) c. Fatone (avv. ti Fois e
Demontis), C. S. e C. A. (avv. Luciano).

**Vendita - Di cosa gravata da vincoli e diritti che ne diminuiscono
il godimento - Responsabilità speciale del venditore per im-
perfetta attuazione dell'effetto reale - Diritto del compratore
alla risoluzione e alle restituzioni - Irrilevanza della colpa del
venditore - Diritto del compratore al risarcimento dei danni -
Necessità della colpa del venditore.**

(Cod. civ., artt. 1479, 1480, 1489).

**Vendita - Azione di risoluzione *ex art.* 1489 c.c. - Prescrizione de-
cennale - Decorrenza del termine - Scoperta del vincolo sul
bene.**

(Cod. civ., artt. 1489, 2935).

**Vendita - Risoluzione del contratto *ex art.* 1489 c.c. - Diritto del
compratore alla restituzione del prezzo - Debito di valuta -
Interessi al tasso legale ordinario e non al tasso superiore *ex*
art. 1284, comma 4°, c.c.**

(Cod. civ., artt. 1284, 1489, 2033).

**Vendita - Risoluzione del contratto *ex art.* 1489 c.c. - Diritto del
compratore al rimborso delle spese sostenute per il contratto
- Rimborso delle spese per la stipulazione di un mutuo ban-
cario e il pagamento dei relativi interessi - Necessità della col-
pa del venditore.**

(Cod. civ., artt. 1479, 1489).

**Vendita - Risoluzione del contratto *ex art.* 1489 c.c. - Diritto del
venditore incolpevole ad un indennizzo per il mancato godi-**

mento dell'immobile venduto - Decorrenza - Domanda di restituzione del bene.

(Cod. civ., artt. 1489, 2033).

Vendita - Risoluzione del contratto ex art. 1489 c.c. - Obbligo del compratore di indennizzare il venditore per il mancato godimento dell'immobile venduto - Prova e liquidazione del danno - Presunzione relativa di "danno in re ipsa" - Liquidazione in base al valore locativo dell'immobile.

(Cod. civ., artt. 1489, 2033, 2728, 2729).

In caso di vendita di un fabbricato edificato in area urbana attraversata (alla profondità di circa quattro metri) da una condotta di approvvigionamento idrico, compete al compratore, ai sensi dell'art. 1489 c.c., oltre all'azione di risoluzione del contratto, l'azione per la restituzione del prezzo e il rimborso delle spese sostenute per il contratto e di quelle necessarie e utili fatte per la cosa anche in mancanza di colpa del venditore, poiché ricorre una speciale responsabilità contrattuale di quest'ultimo di carattere oggettivo per imperfetta attuazione dell'effetto reale, salva la necessità della colpa per il risarcimento del danno, che copre il c.d. interesse positivo (1).

L'azione di risoluzione e quella di risarcimento del danno spettanti al compratore di bene gravato da vincoli o diritti di terzi non apparenti che ne diminuiscono il godimento ai sensi dell'art. 1489 c.c., si prescrivono nel termine di dieci anni, che decorre da quando il diritto può essere fatto valere ex art. 2935 c.c., ossia dal momento in cui l'acquirente abbia scoperto che la cosa vendutagli è gravata da detti vincoli o altrui diritti (2).

Il compratore vittorioso nel giudizio di risoluzione di un contratto di vendita, instaurato ai sensi dell'art. 1489 c.c., ha diritto di ottenere la restituzione del prezzo pagato oltre agli interessi (dalla domanda giudiziale al saldo) al tasso legale e non al tasso superiore previsto dal comma 4° dell'art. 1284 c.c., in quanto il titolo della restituzione non è il contratto, risolto con effetto retroattivo, ma l'indebito oggettivo ex art. 2033 c.c., con esclusione della rivalutazione concretando l'obbligo restitutorio un debito di valuta e non di valore (3).

Al compratore che abbia proposto vittoriosamente domanda di risoluzione della vendita avente ad oggetto un immobile gravato da vin-

coli o diritti di terzi ex art. 1489 c.c., cui spetta il rimborso delle spese fatte per il contratto, non compete peraltro il rimborso delle spese sostenute per un contratto di mutuo bancario e per il pagamento dei relativi interessi), in quanto la stipulazione di tale contratto (compiuta per poter procedere al pagamento del prezzo costituisce una scelta libera e incoercibile dell'acquirente i cui costi non possono gravare sul venditore se non nel caso in cui si ravvisino i presupposti soggettivi per il risarcimento del danno (ritenuti assenti nel caso deciso) (4).

Il compratore vittorioso nel giudizio di risoluzione di un contratto di vendita ai sensi dell'art. 1489 c.c., è tenuto a corrispondere al venditore un indennizzo per il mancato godimento dell'immobile venduto con decorrenza non dalla consegna ma dalla domanda (riconvenzionale) di restituzione del bene (5).

L'indennizzo dovuto dal compratore al venditore per il mancato godimento dell'immobile venduto, da restituire in conseguenza della risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1489 c.c., può essere commisurato ad una somma corrispondente al valore locativo dell'immobile, in base al principio – peraltro dibattuto in seno alla giurisprudenza – per il quale, in caso di occupazione illegittima di un immobile, il danno subito dal proprietario è “in re ipsa”, discendendo esso dalla perdita della disponibilità del bene, la cui natura è normalmente fruttifera, e dalla impossibilità di conseguire l'utilità da esso ricavabile, di guisa che la sua esistenza costituisce oggetto di una presunzione iuris tantum e la sua liquidazione può essere operata dal giudice sulla base di presunzioni semplici (6).

(*Omissis*). RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE. — G. P. ha convenuto in giudizio L. F. L. esponendo:

– di aver acquistato da esso, con atto a rogito Notaio Porqueddu del 12 febbraio 2010, rep. 9469, racc. 6710 e per il prezzo di euro 180.000, una casa con annesso terreno sita in Castelsardo, loc. Lu Bagnu, via Adriatico n. 2, distinta al NCEU al foglio 14, mappale 2738, sub 2 e al NCT al foglio 14, mappale 1227;

– che in occasione di un procedimento per accertamento tecnico preventivo ex art. 696-*bis* c.p.c. promosso davanti a questo Tribunale per l'accertamento di una serie di vizi riscontrati sull'immobile si era scoperto che l'immobile acquistato dal P. era stato par-

(1-7) La nota segue a p. 363.

zialmente realizzato in area di proprietà dell'allora Cassa del Mezzogiorno, oggi di ENAS-Ente Acque della Sardegna (in forza di due decreti di esproprio del 1982 e del 1985 nei confronti di F. S. L., padre e dante causa del venditore) perché destinata a fascia di rispetto per la presenza nel sottosuolo della importante condotta di approvvigionamento idrico denominata 'Coghinas 2' o anche 'Vianini', la quale si è accertato in sede di a.t.p. è passante esattamente sotto la verticale del fabbricato;

– che, pertanto, l'immobile acquistato era da considerarsi cosa parzialmente altrui e che l'edificio non si sarebbe mai dovuto costruire, con conseguente diritto ad ottenere la risoluzione del contratto e la condanna del venditore alla restituzione del prezzo, al rimborso delle spese sostenute (analiticamente indicate in citazione) e al risarcimento del danno, oltre accessori;

– che all'esito dell'a.t.p. era stato chiesto e ottenuto dal Tribunale il sequestro conservativo di beni e crediti del L. fino a concorrenza di euro 180.000; sequestro oggetto di conferma anche in sede di reclamo.

Su tali premesse l'attore ha formulato le conclusioni sopra riportate.

All'udienza di prima comparizione e trattazione il processo è stato interrotto per la morte del convenuto in data anteriore alla costituzione ed è stato tempestivamente riassunto nei confronti dell'erede Riccardina Fatone, coniuge del L.

Si è tempestivamente costituita in giudizio Riccardina Fatone la quale, premettendo di aver accettato l'eredità con beneficio di inventario, ha in primo luogo eccepito la prescrizione del diritto del P. ex art. 1495 c.c. in quanto i vizi e difetti allegati dovevano ritenersi da lui conosciuti già alla data del 12 dicembre 2011, con conseguente tardività nell'esperimento dell'azione giudiziale e nel merito ha contestato la domanda esponendo:

– che all'atto di vendita del 12 febbraio 2010 era stato allegato sotto la lett. b) una relazione in cui si dava atto delle incertezze connesse alla non corrispondenza tra i dati catastali e lo stato dei luoghi, incertezza che, come stabilito nella consulenza redatta in sede di a.t.p. riguardava tutta l'area della località Lu Bagnu, sicché il P. aveva acquistato con la consapevolezza di tale possibile difformità tra situazione catastale e stato dei luoghi;

– che il P. aveva goduto e stava continuando a godere dell'immobile con la conseguenza che in ipotesi di accoglimento delle do-

mande da esso proposte, egli doveva essere condannato al pagamento del corrispettivo del godimento senza titolo del bene dal 12 febbraio 2010, con conseguente compensazione totale o parziale dei rispettivi crediti;

– che, in ogni caso, le attività di progettazione, direzione lavori, nonché di mandatario con rappresentanza per la vendita dell'immobile erano state affidate dal L. al geom. S. C., mentre la realizzazione dell'edificio era stata appaltata all'imprenditore individuale A. C. i quali pertanto, dovevano essere considerati responsabili per i fatti dedotti dal P. e condannati a tenere indenne e manlevare l'erede del L. per le conseguenze pregiudizievoli delle attività da essi svolte.

Su tali premesse la convenuta ha concluso come sopra riportato per il rigetto delle domande del P. e ha formulato domanda riconvenzionale subordinata per la determinazione e la condanna dell'attore al pagamento del corrispettivo per il godimento del bene e ha chiesto la chiamata in causa di S. e A. C. formulando nei loro confronti domanda di manleva.

Si è tempestivamente costituito in giudizio S. C., geometra, il quale – premettendo di aver progettato l'immobile per cui è causa – ha rilevato come lo stesso fosse stato realizzato al rustico sulla base del progetto fin dal 1994 e di non essersi da allora più interessato alle vicende costruttive dell'immobile poi acquistato dal P. con conseguente prescrizione di qualsiasi diritto del committente già in data anteriore al 8 luglio 2013, data in cui gli era stato notificato l'atto di chiamata in causa nel procedimento per a.t.p.; egli ha, inoltre, aderito all'eccezione di prescrizione del diritto del compratore formulata dalla Fatone. Nel merito ha esposto:

– che l'incarico di progettazione gli era stato affidato una volta che l'area in cui edificare era già stata individuata, nei confini e nella macchia edificatoria realizzabile, da tale geom. Sanna su incarico del L;

– che in ogni caso nelle planimetrie del piano particolareggiato la condotta c.d. Vianini risultava tracciata a bordo lotto, a circa 10 metri dall'immobile acquistato dal P;

– che, peraltro, era stato eseguito per la realizzazione dell'edificio dall'impresa appaltatrice uno sbancamento di mt. 3.50, sufficiente in relazione all'opera da realizzare, mentre la condotta è stata poi rinvenuta a mt. 3.80 in sede di a.t.p.;

– che alcuna responsabilità poteva essergli attribuita per aver partecipato all'atto di vendita in qualità di rappresentante del L.

Si è tempestivamente costituito in giudizio anche A. C. appaltatore, il quale – premettendo di aver realizzato l'immobile per cui è causa – ha rilevato come lo stesso fosse stato edificato al rustico nel 1994 e poi successivamente rifinito in forza di altro contratto di appalto con interventi nel 2002 e nel 2004, con conseguente prescrizione di qualsiasi diritto del committente ai sensi dell'art. 1669 c.c. atteso che la costruzione del rustico era già stata completata nel 1994, in data quindi anteriore al 8 luglio 2013, data in cui gli era stato notificato l'atto di chiamata in causa nel procedimento per a.t.p.; egli ha, inoltre, aderito all'eccezione di prescrizione del diritto del compratore formulata dalla Fatone. Nel merito ha esposto:

- di aver eseguito i lavori conformemente al progetto redatto dal geom. C. e fatto proprio dal committente L;

- che l'area in cui edificare era già stata individuata, nei confini e nella macchia edificatoria realizzabile, da tale geom. Sanna su incarico del L;

- che in ogni caso nelle planimetrie del piano particolareggiato la condotta c.d. Vianini risultava tracciata a bordo lotto, a circa 10 metri dall'immobile acquistato dal P;

- che, peraltro, era stato eseguito per la realizzazione dell'edificio uno sbancamento di mt. 3.50, sufficiente in relazione all'opera da realizzare, mentre la condotta è stata poi rinvenuta a mt. 3.80 in sede di a.t.p.;

- che alcun rimprovero a titolo di colpa per la presenza della condotta poteva essere rimproverato all'appaltatore.

Su tali premesse i terzi chiamati hanno concluso come sopra riportato per il rigetto delle domande del P. e per il rigetto della domanda di manleva formulata dalla Fatone.

La causa, caratterizzata da un consistente numero di rinvii per la pendenza di trattative tra le parti, è stata istruita con produzioni documentali, acquisizione del fascicolo per a.t.p. e consulenza tecnica d'ufficio e viene ora a decisione sulle conclusioni sopra trascritte. In corso di causa è stata formulata dal giudice una proposta transattiva ai sensi dell'art. 185-*bis* c.p.c. accettata solo dai terzi chiamati e non dalle altre parti.

a) I fatti rilevanti.

G. P. ha comprato da L. F. L., rappresentato giusta procura notarile dal geom. S. C., con atto a rogito Notaio Porqueddu del 12 febbraio 2010, rep. 9469, racc. 6710 e per il prezzo di euro 180.000, una casa con annesso terreno sita in Castelsardo, loc. Lu Bagnu, via

Adriatico n. 2, distinta al NCEU al foglio 14, mappale 2738, sub 2 e al NCT al foglio 14, mappale 1227. Nel predetto contratto si dava atto, con allegazione alla lett. B) di una perizia redatta dallo stesso geom. S. C., che l'estensione dell'area oggetto di vendita era effettivamente maggiore (complessivi mq 550) di quella risultante dalle mappe catastali (complessivi mq 278) e in tale scritto si precisava, altresì, che la difformità riscontrata tra le mappe catastali e la reale consistenza del lotto era dovuta a una generale inattendibilità delle predette mappe catastali per la zona di Lu Bagnu.

Riscontrati dal P. alcuni vizi e difformità nell'immobile acquistato e promosso per il loro compiuto accertamento davanti a questo Tribunale il procedimento di a.t.p. ai fini conciliativi *ex art. 696-bis* c.p.c. distinto al n. R.G. 222/2013 – al quale hanno partecipato tutte le parti del presente giudizio – è emerso dalla consulenza e dalla relativa integrazione espletate in tale sede che l'immobile acquistato dal P. sia stato edificato per una parte consistente probabilmente in area non di proprietà del venditore bensì di proprietà dell'ente pubblico ENAS e già della Cassa del Mezzogiorno in forza di due decreti di esproprio del 1982 e del 1985 nei confronti di F. S. L, padre e dante causa del venditore perché destinata alle opere, alla gestione e alla manutenzione della importante condotta di approvvigionamento idrico denominata 'Coghinas 2' o anche 'Vianini', la quale, in ogni caso, è certo sia ubicata alla profondità di mt. 3.80 dal piano di calpestio della veranda del P., esattamente sotto la verticale del fabbricato (la condotta è stata materialmente rinvenuta a seguito degli scavi effettuati nel terreno del P., accanto alla casa). Inoltre, è stata riscontra la scarsa corrispondenza tra lo stato dei luoghi e le mappe catastali e le carte progettuali.

Poiché dalla documentazione di causa è emerso che la condotta Coghinas 2 o Vianini risultava dagli strumenti urbanistici invece passante a circa 10 metri dalla macchia edificatoria n. 25 su cui è stato realizzato il fabbricato per cui è causa, nel presente giudizio si è inteso verificare sia se tale collocazione fosse indicata anche nelle cartografie degli strumenti urbanistici del Comune di Castelsardo vigenti dal 1994 (anno della redazione del progetto e della edificazione del rustico) al 2010 (anno della vendita); sia se vi fosse conformità tra la cartografia progettuale in forza della quale è stato edificato l'immobile con quella risultante dagli strumenti urbanistici all'epoca vigenti in relazione all'ubicazione della condotta.

La consulenza tecnica espletata ha consentito di dare risposta affermativa ad entrambi i quesiti ed infatti, con motivazione logica ed esaustiva che ha tenuto in debito conto il contraddittorio tecnico sviluppatosi, l'Ausiliario ha accertato quanto segue.

In relazione al primo quesito: «*Con Deliberazione del Consiglio Comunale n. 131 del 20.08.1985 e successivi Decreti n. 2332/U del 01/12/1987 e n. 122/U del 06/02/1989 dell'Assessore degli Enti locali, Finanze ed Urbanistica il Comune di Castelsardo adottava il Piano Particolareggiato della zona C1 in Loc. Lu Bagnu, redatto dall'Ing. Giovanni Antonetti. Tale Piano Particolareggiato si compone di n. 20 Tavole e suddivide la zona di intervento in due ambiti denominati A e B. Il lotto in esame ricade nell'area A: nella Tavola n. 6 denominata "Progetto area di intervento A" è riportata la macchia edificatoria n. 25.*

Il Piano Particolareggiato in questione è stato adottato con le modifiche segnate in rosso nelle planimetrie che consistono nella traslazione dei comparti n. 24 e n. 25 che, inizialmente contigui al comparto n. 23, vengono traslati divenendo contigui al comparto 20. Tale traslazione è giustificata dal passaggio della condotta idrica Coghinas n. 2.

Le modifiche sono visibili nella tavola n. 6 "Progetto area di intervento A" e n. 7 "Progetto area di intervento B": la condotta infatti attraversa entrambi i comparti edificatori A e B. Il Piano Particolareggiato è tutt'ora in vigore.

Pertanto, alla luce di quanto esposto, negli anni dal 1994 al 2010 la condotta denominata "Vianini" (meglio denominata Coghinas n.2) era indicata nelle cartografie degli strumenti urbanistici del Comune di Castelsardo. La Tavola n. 6 è in scala 1:500 e la condotta è posizionata, sulla carta, a 1.6 cm dallo spigolo della macchia edificatoria n. 25 che corrispondono a 8.0 m nella realtà, nell'ipotesi che l'asse della condotta sia posizionato idealmente al centro del tratto (nell'ipotesi invece che l'asse della condotta sia posizionato al margine del tratto, il c.t.u. rileva un posizionamento sulla carta a 1.5 cm dallo spigolo della macchia edificatoria che corrispondono a 7.5 m, n.d.r.). Sempre analizzando gli elaborati del Piano Particolareggiato, in particolare la Tavola n. 1 "Planimetrie generali" in cui sono riportate le seguenti planimetrie:

- Estratto del Piano di Fabbricazione;
- Estratto catastale;
- Suddivisione in aree di intervento

emerge che nell'estratto catastale non viene indicata la presenza della condotta».

In relazione al secondo quesito: *«L'immobile acquistato dal Sig. G. P. è stato edificato con regolare Concessione Edilizia n. 44/92 relativa alla "Costruzione di un fabbricato da adibire a casa di civile abitazione" rilasciata a nome di L. L. F. Per il fabbricato in questione è stato rilasciato anche il Certificato di Agibilità n. 31/09. Il progetto, a firma del Geom. S. C., si compone dei seguenti elaborati: – Tav. n. 1 "Planimetrie"; – Tav. n. 2 "Disegni di progetto"; – Tav. n. 3 "Calcoli planovolumetrici"; – Tav. n. 4 "Relazione"; – Tav. n. 5 "Documentazione fotografica"; – Tav. n. 6 "Allegato A".*

Dall'esame della cartografica progettuale emerge quanto segue:

– La Tav. n. 1 "Planimetrie" riporta l'estratto catastale esattamente identico a quello del Piano Particolareggiato in cui, come detto, non è indicata la condotta;

– La Tav. n. 6 "Allegato A" riporta esattamente lo stralcio della Tav. n. 6 del Piano Particolareggiato in cui è segnata in rosso la condotta e i lotti n. 24 e n. 25 risultano traslati.

Pertanto si può ritenere che vi sia perfetta corrispondenza tra cartografia progettuale che ha dato origine all'immobile acquistato dal Sig. G. P. con quella risultante dagli strumenti urbanistici vigenti all'epoca della presentazione del progetto»

In sostanza, dal processo complessivamente inteso è emerso che l'immobile acquistato dal P. sia stato edificato probabilmente in area parzialmente altrui perché di proprietà dell'ente pubblico titolare della condotta idrica, la quale per giunta passa proprio sotto il fabbricato alla profondità di 3.80 mt. (così evidenziandosi la presenza di oneri e diritti di godimento di terzi non apparenti) e che però in forza degli strumenti urbanistici adottati dal Comune di Castelsardo e vigenti già all'epoca della redazione del progetto e della realizzazione del rustico, la predetta condotta risultava passare ad otto metri circa di distanza dallo spigolo della macchia edificatoria n. 25, così come traslata rispetto alla sua collocazione originaria e che vi fosse perfetta corrispondenza tra gli elaborati progettuali e le risultanze dei predetti strumenti urbanistici, il tutto in un contesto in cui la planimetria catastale del luogo era scarsamente aderente alla realtà effettiva.

Così accertata la situazione di fatto si devono valutare le domande e le eccezioni formulate dalle parti.

b) Le domande di G. P. nei confronti di Riccardina Fatone e le eccezioni di quest'ultima.

Preliminarmente deve essere rigettata in quanto manifestamente infondata l'eccezione di prescrizione proposta dalla convenuta, cui hanno aderito anche i terzi chiamati.

Essa, infatti, è formulata facendo applicazione della disciplina prevista in materia di garanzia per i vizi e mancanza di qualità, la quale all'art. 1495 c.c., prevede il termine di prescrizione del diritto alla garanzia di un anno dalla consegna del bene (indipendentemente dalla scoperta del vizio: cfr. Cass. civ., 11037/2017 e Cass. civ., 4826/2019) che, tuttavia, non è applicabile al caso di specie.

Viene in rilievo nella presente controversia, infatti, non la sussistenza di vizi bensì il fatto – incontrovertibile attese le risultanze istruttorie, sul punto non contestate dalle parti – che l'immobile acquistato dal P. sia sito in terreno parzialmente altrui o comunque gravato da vincoli e diritti di godimento di terzi non apparenti che ne diminuiscono il libero godimento, per il quale gli artt. 1480 e 1489 c.c. prevedono a favore del compratore il rimedio della risoluzione del contratto (o la riduzione del prezzo in ipotesi di minore gravità che però nel caso non ricorrono) e del risarcimento del danno *ex* art. 1479 c.c., soggetti all'ordinario termine di prescrizione decennale decorrente da quando il diritto può essere fatto valere *ex* art. 2935 c.c., ossia da quando l'acquirente abbia scoperto che la cosa vendutagli appartiene in tutto o in parte a soggetto diverso dal venditore (cfr. Cass. civ., 5773/1978), ovvero è gravata da vincoli e diritti che ne limitano il godimento. È pacifico in causa che il passaggio della condotta nel proprio fondo e sotto la propria abitazione sia stata scoperta solo all'esito del procedimento per a.t.p. conclusosi nel 2015 con perizie depositate nel 2014 e che comunque il P. abbia acquistato nel 2010, sicché la prescrizione ordinaria non può essere maturata in alcun caso.

La domanda di risoluzione del contratto è, pertanto, fondata non essendo rilevante per sciogliere il contratto ai sensi degli artt. 1480 e 1489 c.c. la sussistenza di profili di colpa del venditore, mentre non vi è dubbio sul fatto che il P. ritenesse di acquistare dall'effettivo proprietario e che non sussistessero limitazioni di sorta al godimento del bene (anzi, il L, per il tramite del proprio procuratore, nel contratto di vendita aveva espressamente dichiarato di esserne pieno proprietario e che non vi fossero limitazioni al pieno godimento, cfr. art. 3 del contratto in atti). Né di ciò si può dubitare in forza di quanto dichiarato nella perizia del geom. C. richiamata all'art. 1 del contratto e ad esso allegata alla lett. B: attraverso

questo atto le parti hanno semplicemente preso atto della maggiore estensione effettiva dell'area oggetto di vendita (mq 550) rispetto a quella risultante dalla mera planimetria catastale (mq 278), ma in alcun modo da questa dichiarazione si può desumere una consapevolezza del compratore circa la possibile altruità della cosa ovvero circa la possibile sussistenza di pesi non apparenti e nemmeno l'accettazione da parte sua di tale rischio.

Sussistono, in conclusione, i presupposti per la risoluzione.

Ulteriore tutela accordata dalla legge al compratore è quella della restituzione del prezzo, del rimborso delle spese e dei pagamenti fatti per il contratto, nonché delle spese necessarie e utili fatte per la cosa ed infine del risarcimento del danno.

Si ravvisa in tale fattispecie una speciale responsabilità contrattuale per inattuazione parziale dell'effetto reale o per imperfetta attuazione dell'effetto reale che ha carattere oggettivo per quanto riguarda la risoluzione, le restituzioni e i rimborsi ed ha, invece, carattere soggettivo, ossia per colpa, in ordine al risarcimento del danno che copre il c.d. interesse positivo, come si desume dal richiamo all'art. 1223 c.c. contenuto nell'art. 1479 c.c.

Avuto riguardo al caso di specie – nel quale non è ravvisabile né la mala fede, né la colpa del venditore perché, come emerso in sede di c.t.u., è in forza delle modifiche al Piano Particolareggiato del Comune di Castelsardo che è stata traslata la macchia edificatoria n. 25 di cui fa parte l'immobile per cui è causa proprio perché si riteneva che in tal modo non si sarebbe occupata l'area di passaggio e di rispetto della condotta Coghinas 2, come tracciata nelle tavole del piano stesso ed, inoltre, la collocazione della condotta risulta anteriore all'acquisto della proprietà da parte del L. per successione testamentaria del padre, soggetto che aveva subito i provvedimenti di esproprio – l'attore ha certamente diritto ad ottenere la restituzione del prezzo pagato, pari ad euro 180.000 oltre interessi al tasso legale di cui all'art. 1284, comma 1°, c.c. (non risulta applicabile il comma quarto della citata disposizione in quanto il titolo della restituzione non è il contratto, risolto con effetto retroattivo, ma l'indebito oggettivo *ex art. 2033 c.c.*, cfr. Cass. civ., 14013/2017) dalla data della domanda giudiziale (4 ottobre 2015) al saldo, con esclusione della rivalutazione perché il debito restitutorio pecuniario è da qualificarsi debito di valuta e non di valore (cfr. Cass. civ., 14289/2018).

Egli ha, inoltre, diritto al rimborso delle seguenti spese e pagamenti, di cui vi è evidenza documentale in atti: – spese notarili per

la stipulazione del contratto di vendita: euro 5.000; – spese necessarie per allaccio idrico e fognario euro 740,00; – spese per pulizia dei canali fognari euro 300,00; – spese per le opere edili (per cui vi sia documento leggibile, riconducibile con certezza a spesa utile per l'immobile di causa): euro 1.410,18 e così per un totale di euro 7.450,18, oltre interessi dalla domanda giudiziale al saldo.

Non sono, invece, rimborsabili le spese per il contratto di mutuo e gli interessi corrispettivi dovuti dal P. in quanto la stipulazione del mutuo per procedere al pagamento del prezzo costituisce scelta libera e incoercibile dell'acquirente del tutto irrilevante per il venditore. Su di esso, pertanto, non possono gravare i costi relativi nell'eventualità che non si ravvisino – come nella specie – i presupposti soggettivi per il risarcimento del danno.

Quanto alla prova in ordine alla sussistenza di altre migliori esse non può essere demandata ad una c.t.u., la quale avrebbe carattere meramente esplorativo, mentre generica si appalesa la prova per testi dedotta in ordine all'esecuzione di opere di 'elettrificazione primaria' e al 'completamento dell'impianto di riscaldamento'.

c) La domanda riconvenzionale subordinata alla risoluzione del contratto proposta dalla convenuta.

Riccardina Fatone ha proposto domanda riconvenzionale subordinata all'accoglimento della domanda di risoluzione del contratto volta ad ottenere la condanna del P. al pagamento di un corrispettivo per il godimento dell'immobile oggetto di vendita dal 12 febbraio 2010 fino all'effettiva restituzione dell'immobile.

La domanda è fondata nel solo limite temporale di seguito indicato.

La pronuncia di risoluzione del contratto, ancorché sia una pronuncia di tipo costitutivo che produce i suoi effetti soltanto al momento del passaggio in giudicato, ha efficacia retroattiva tra le parti. Da ciò consegue che la situazione possessoria del P. – che ha ricevuto la cosa in buona fede attesa la sussistenza del contratto di vendita – diventa di mala fede dal momento in cui, invocata da egli la risoluzione del contratto, il venditore chieda il pagamento di una indennità per l'occupazione fino alla restituzione del bene.

Diversamente opinando, ossia se tale indennità non fosse dovuta o fosse dovuta solo dal momento della decisione, egli ne trarrebbe un ingiustificato arricchimento perché avrebbe occupato e goduto un immobile non proprio per anni senza alcun costo con irrilevanza dell'effetto restitutorio retroattivo e allo stesso tempo ri-

ceverebbe dal momento della propria domanda gli interessi sull'intero prezzo di vendita che gli deve essere ripetuto.

Quanto affermato è conforme ai principi espressi costantemente dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. civ., 25044/2018 la quale ha affermato che *«in caso di nullità del contratto preliminare di compravendita immobiliare, l'indennità dovuta dal promissario acquirente per l'occupazione, "ab origine" priva di giustificazione, dell'immobile deve essere determinata a partire dal momento in cui, avendo il proprietario richiesto la restituzione del bene, il promissario acquirente, da possessore di buona fede, si trasforma in possessore di mala fede»*; cfr. Cass. civ., 1745/1969 la quale ha affermato in materia di garanzia per i vizi che *“per effetto della garanzia cui è tenuto il venditore, il compratore di cosa affetta da vizi, il quale si avvalga del rimedio risolutorio, è esonerato così dalla restituzione dei frutti eventualmente percepiti prima della domanda come dal pagamento di un corrispettivo per il godimento diretto della cosa sia oppur no derivato deterioramento dalla utilizzazione resasi in ipotesi possibile malgrado la sua inidoneità all'uso previsto»*.

Si deve, in conclusione, condannare il P. al pagamento di una indennità per il godimento senza titolo dell'immobile dal momento della domanda riconvenzionale, ossia dal 22 settembre 2016 e fino alla restituzione effettiva.

Tale indennità può essere commisurata equitativamente ad una somma corrispondente al valore locativo dell'immobile (che permane anche qualora in ipotesi si tratti di immobile da demolire ad esempio perché abusivo: cfr. Cass. civ., 27485/2019) così come determinata dalla c.t.u. in atti – alla quale si rimanda in ordine ai criteri di determinazione del valore che si condividono – ossia euro 7.903,44 annui (pari in sostanza a euro 658,00 mensili).

Tale canone può ritenersi dovuto – dal momento sopra individuato – in applicazione del principio condiviso dallo scrivente giudice (pur nella consapevolezza che la questione è dibattuta, tanto che è stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza interlocutoria sia della III sezione n. 1162/2022, sia della II sezione n. 3946/2022) per cui: *«nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario è "in re ipsa", discendendo dalla perdita della disponibilità del bene, la cui natura è normalmente fruttifera, e dalla impossibilità di conseguire l'utilità da esso ricavabile, sicché costituisce una presunzione "iuris tantum" e la liquidazione può essere operata dal giudice sulla base di presunzioni semplici, con riferimento al cd.*

danno figurativo, quale il valore locativo del bene usurpato” (così Cass. civ., 16670/2016; Cass. civ., 39/2021 ha ribadito che “*nel caso di occupazione illegittima di un immobile, il danno subito dal proprietario, essendo collegato all’indisponibilità di un bene normalmente fruttifero, è oggetto di una presunzione relativa, che onera l’occupante della prova contraria dell’anomala infruttuosità di quello specifico immobile*»). Nel caso di specie, in cui emerge pacificamente che il L. si occupava costruire nei propri terreni case per poi alienarle a terzi, è evidente che negli anni di occupazione del P. egli e poi la propria erede avrebbero utilizzato l’immobile per trarne frutti o per ulteriormente alienarlo o per costituirne una garanzia per gli eventuali altri creditori con la conseguenza che si deve ritenere sussistente la presunzione di fruttuosità del bene.

Saranno le parti ad operare la compensazione delle rispettive ragioni di credito.

d) Le domande di manleva formulate dalla convenuta nei confronti dei terzi chiamati.

Riccardina Fatone ha domandato di essere tenuta indenne dalle conseguenze pregiudizievoli derivanti dall’azione intentata dal P. sia da S. C., geometra che aveva redatto il progetto per la costruzione della casa del P. e che aveva diretto i lavori di edificazione del rustico e che successivamente aveva concluso il contratto di vendita in qualità di procuratore speciale del L, sia da A. C., imprenditore individuale che in forza di contratto di appalto aveva edificato il rustico e con distinti successivi contratti le rifiniture dell’immobile.

Preliminarmente occorre precisare come la portata della domanda di manleva non possa comprendere tutto ciò che è oggetto della domanda del P. nei confronti della Fatone in quanto a seguito della risoluzione del contratto all’obbligo di questa di restituire il prezzo incassato oltre agli interessi dalla domanda giudiziale al saldo corrisponde l’obbligo per il P. di restituire l’immobile e di corrispondere l’indennità di occupazione dalla domanda al saldo sicché la domanda di manleva deve essere evidentemente limitata alle sole ulteriori somme dovute dalla Fatone per euro 7.450,18 oltre interessi.

Per statuire su tale domanda e sulle eccezioni di prescrizioni e sulle difese formulate dai terzi chiamati occorre focalizzarsi sulle obbligazioni di ciascuna parte.

Come già evidenziato al paragrafo b) della presente sentenza la convenuta, risponde della parziale inattuazione dell’effetto traslati-

vo ovvero della imperfetta attuazione dell'effetto traslativo per effetto della speciale responsabilità oggettiva (quanto alla risoluzione e alle spese e ai pagamenti fatti in occasione del contratto) che grava su di essa in quanto erede del venditore. Questo in quanto il venditore è essenzialmente obbligato far conseguire al compratore la proprietà (cfr. art. 1476 c.c.) e, più in generale ad assicurare al compratore un acquisto che sia pieno e funzionale (cfr. tutte le norme speciali sulla garanzia dall'art. 1478 all'art. 1497 c.c. hanno quale tratto comune ed unitario quello delineare una responsabilità del venditore per l'impegno traslativo assunto, ossia per l'impegno a realizzare un risultato traslativo conforme alle determinazioni legali e convenzionali che di volta in volta vengono in rilievo).

Le obbligazioni assunte, invece, dal progettista, dal direttore dei lavori e dall'appaltatore nei confronti del committente sono invece del tutto diverse. Ed infatti essi rispondono solidalmente, ciascuno in relazione alle peculiarità del proprio ruolo, per le eventuali difformità, vizi, gravi difetti dell'opera secondo quanto stabilito dagli artt. 1667, 1668, 1669, 2226 c.c. (cfr. Cass. civ., 18289/2020) e quindi essi possono rispondere anche in manleva esclusivamente dei danni provocati al committente o ai terzi in conseguenza dell'inadempimento delle rispettive obbligazioni, le quali sono tutte attinenti alla realizzazione dell'opera a regola d'arte e conforme alle prescrizioni stabilite dalle norme edilizie e dagli strumenti urbanistici, ovvero delle accessorie obbligazioni di protezione (si pensi alla sicurezza dei luoghi di cantiere etc.). In via extracontrattuale essi poi possono essere responsabili degli eventuali fatti illeciti commessi, anche dagli ausiliari secondo le norme di cui agli artt. 2043 ss. c.c.

Così evidenziata la differenza tra le obbligazioni del venditore e quelle degli altri soggetti sopra richiamati si deve rilevare che: – il progetto per la costruzione dell'immobile poi venduto al P. è stato realizzato e depositato presso il Comune di Castelsardo dal geom. S. C. nel 1991; – che in forza di esso è stata rilasciata regolare concessione edilizia dal Comune di Castelsardo nel 1992; – che il contratto di appalto per la costruzione del rustico dell'immobile poi venduto al P. (unico appalto rilevante attesa la questione in ordine alla edificazione dell'immobile sopra la condotta Coghinas 2, la quale sarebbe stata astrattamente rilevabile nella fase dello sbancamento) è stato stipulato tra il L. e A. C. e con la direzione lavori affidata al geom. S. C. nell'agosto 1994 ed in quell'anno sono stati

realizzati i lavori con completamento del rustico (dato non specificamente contestato dalla convenuta, la quale ha invece inteso erroneamente come un unico rapporto anche i successivi contratti del 2002 e del 2004 per il completamento del rustico e le rifiniture); – che in concreto non è stato dedotto in causa alcun vizio o grave difetto di tipo costruttivo.

Da tutti questi elementi si evince la fondatezza dell'eccezione di prescrizione formulata dai terzi chiamati in quanto risulta abbondantemente decorso il decennio dal compimento dell'opera *ex* art. 1669 c.c. (che si ribadisce è il rustico oggetto del primo appalto) scaduto il 31 dicembre 2004 laddove il primo atto interruttivo è stato ad essi notificato in data 8 luglio 2013.

Inoltre, la domanda di manleva è infondata anche nel merito ove si considerino anche i seguenti ulteriori elementi:

- costituiscono circostanze di fatto non specificamente contestate e quindi pacifiche sia che l'area oggetto degli interventi di costruzione fosse già stata delimitata da tale geom. Sanna, ausiliario del L. (su tale punto la convenuta non smentisce in quanto si limita ad affermare una generica irrilevanza delle attività compiute dal geom. Sanna), sia che lo sbancamento sia avvenuto fino a mt. 3.50, evidentemente sufficiente per l'opera da realizzare che infatti non presenta su tale aspetto difetti o vizi di sorta, laddove la condotta è stata reperita con apposito scavo dal c.t.u. a mt. 3,80;

- si è accertato con c.t.u. che il geom. C. abbia realizzato il progetto conformemente a quanto stabilito dal Piano Particolareggiato del Comune di Castelsardo, la cui tav. 6 riporta la condotta Coghinas 2 come passante a circa 8 m dal lotto edificatorio n. 25, così come traslato nel predetto piano, senza che sul punto rilevi la scarsa attendibilità delle *o*deve ritenere che egli abbia utilizzato nell'adempimento della propria prestazione la diligenza necessaria.

Nessuna responsabilità, infine, può fondarsi in capo al geom. C. per aver agito in sede di vendita come procuratore speciale del L: non sono emersi, infatti, nel giudizio elementi per ritenere che egli al momento della compravendita (cfr. art. 1391 c.c.) avesse maturato la consapevolezza o quanto meno il sospetto circa la ubicazione della condotta sul fondo del P., essendo appunto la questione apparentemente risolta fin dalla redazione del progetto e la realizzazione del rustico. (*Omissis*)

(1-7) Azioni restitutorie e risarcitorie conseguenti alla risoluzione del contratto, danno da occupazione *sine titulo* e rversione dei frutti.

SOMMARIO: 1. Il caso deciso.— 2. Garanzia nella vendita e natura della responsabilità del venditore.— 3. Tutela risolutoria, restitutoria e risarcitoria nella disciplina della garanzia.— 4. Natura delle restituzioni conseguenti alla risoluzione del contratto e relativa disciplina.— 5. La restituzione del prezzo e il saggio degli interessi dovuti.— 6. Il rimborso delle spese fatte per il contratto.— 7. La restituzione della cosa e la pretesa accessoria del venditore al valore di godimento della stessa.— 7.1. Le fattispecie normative di illegittima occupazione di un immobile e le differenti discipline a tutela del soggetto “usurpato”.— 7.2. La soluzione nel caso deciso.

1. *Il caso deciso.* — Il Tribunale di Sassari, chiamato a decidere una controversia nascente dalla vendita di un immobile edificato in un’area il cui sottosuolo era attraversato da una condotta idrica, nell’accogliere la domanda di risoluzione del contratto proposta dal compratore, con la sentenza che si annota enuncia una serie di principi che meritano di essere segnalati e brevemente commentati, investendo gli stessi alcune questioni tuttora dibattute in dottrina e in giurisprudenza.

Il Tribunale era stato investito della domanda proposta dal compratore di un immobile, il quale, lamentando di aver scoperto che lo stesso era stato edificato in un’area urbana sulla verticale di una importante condotta idrica realizzata alla profondità di circa 4 metri, chiedeva la risoluzione della vendita, la restituzione del prezzo pagato con rivalutazione e interessi, il rimborso delle spese sostenute per il contratto nonché per opere eseguite sull’immobile e infine il risarcimento dei danni. Domande cui aveva resistito il venditore (eccependo la prescrizione delle azioni attoree), che, a propria volta, aveva domandato, in via subordinata, di essere indennizzato per la mancata disponibilità dell’immobile consegnato al compratore, in misura corrispondente al valore di godimento del medesimo. Il Tribunale, accertati i fatti dedotti dall’attore e la mancanza di profili di colpa in capo al venditore, ha pronunciato la risoluzione della vendita ai sensi dell’art. 1489 c.c., condannando tanto il venditore alla restituzione del prezzo con i relativi interessi e al rimborso delle spese fatte dal compratore per il contratto e sulla cosa quanto il compratore a indennizzare il venditore per il mancato godimento dell’immobile nella misura presunta corrispondente al valore locativo dello stesso.

Come si è accennato più sopra, le statuizioni del Tribunale, e segnatamente quelle concernenti le pretese restitutorie e risarcitorie fatte valere da entrambe le parti, meritano un commento per le ragioni che meglio emergeranno nelle pagine che seguono.

2. *Garanzia nella vendita e natura della responsabilità del venditore.* — Il Tribunale, individuata la fattispecie di riferimento nella previsione normativa di cui all’art. 1489 c.c., ne chiarisce la natura e il fondamento alla luce dell’opinione della dottrina oramai prevalente e degli approdi della più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui la garanzia (per vizi e per evizione) cui è tenuto il venditore ai sensi degli artt. 1479-1497 c.c. si traduce in «una responsabilità contrat-

tuale speciale, la quale prescinde da un giudizio di colpevolezza, che deriva non dall'inadempimento di un'obbligazione da parte del venditore ma da una violazione della *lex contractus* per inattuazione o imperfetta attuazione del risultato traslativo» (1). Giudizio di colpevolezza – precisa il Tribunale – che trova ingresso, invece, ai fini del risarcimento del danno, secondo quanto emerge dagli artt. 1479, comma 2°, e 1494 c.c.

Quanto alla statuizione del tribunale sull'eccezione di prescrizione sollevata dal venditore, giova rilevare che la disciplina della prescrizione delle azioni in discorso non è uniforme, dal momento che nelle ipotesi di vizi, difetti e mancanza di qualità materiali del bene il legislatore prevede (oltre ad un breve termine di decadenza) un termine di dodici mesi (artt. 1495 e 1497 c.c.) o, nella vendita mobiliare al consumatore, di ventisei mesi (art. 133, comma 3°, cod. cons.) dalla consegna, mentre nelle altre ipotesi, compresa quella regolata dall'art. 1489 c.c., una prescrizione ordinaria decennale (2).

3. *Tutela risolutoria, restitutoria e risarcitoria nella disciplina della garanzia.* – Venendo alle obbligazioni restitutorie e risarcitorie che possono accompagnarsi alla risoluzione della vendita conseguente alla violazione del contratto per inattuazione o imperfetta attuazione dell'attribuzione traslativa, e segnatamente nell'ipotesi prevista dall'art. 1489 c.c., deve osservarsi che il rinvio disposto da questa norma alla disciplina dettata per l'evizione, la quale, a sua volta, richiama l'art. 1479 c.c. in materia di vendita di cosa altrui, consente – come ha fatto, per l'appunto, anche il Tribunale di Sassari – di applicare quest'ultima disposizione, e in particolare i commi 2° e 3°, al fine di regolare le azioni restitutorie e risarcitorie conseguenti alla risoluzione del contratto.

Giova rilevare che l'art. 1479 c.c. è stato concepito dal legislatore del 1942 seguendo un quadro concettuale – che si trova richiamato anche nella meno recente giurisprudenza formatasi in tema di vendita di cosa altrui e di garanzia per

(1) In dottrina, v., tra gli altri, RUBINO, *La compravendita*², in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1971, p. 629; MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 1975, p. 21; RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965, p. 210; CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, p. 277; LUMINOSO, *La compravendita*¹⁰, Milano, 2021, p. 284 ss.; ID., *La vendita*², in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2022, p. 414 ss. In giurisprudenza, da ultimo, v. Cass., S.U., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 1860 ss.

(2) V. LUMINOSO, in *Codice della vendita*⁴ a cura di Buonocore, Luminoso e Fauceglia, Milano, 2018, p. 819, ivi citazz. di dottrina e giurisprudenza Circa il *dies a quo* del termine di prescrizione, il Tribunale di Sassari afferma che esso coincide con il momento in cui l'acquirente abbia scoperto che la cosa è gravata da pesi e altrui diritti. Secondo la *communis opinio*, peraltro, la prescrizione, nelle ipotesi in esame, decorre dalla conclusione del contratto (v. BIANCA, *La vendita e la permuta*², in *Trattato Vassalli*, Torino, 1993, p. 806; LUMINOSO, *La vendita* cit, p. 493), essendo irrilevanti, ex art. 2935, gli impedimenti di fatto, salva la sospensione del termine in caso di doloso occultamento del difetto ex art. 2941 n. 8 c.c. (v. Cass., 6 dicembre 1978, n. 5773).

evizione (3) – in base al quale, nelle ipotesi in esame, il compratore riceverebbe dall'ordinamento due distinti tipi di tutela. Una a protezione del c.d. interesse contrattuale negativo, affidata alla risoluzione del contratto, e ai rimedi consequenziali, aventi ad oggetto la restituzione del prezzo pagato ed il rimborso delle spese fatte per il contratto e sulla cosa venduta; l'altra a protezione del c.d. interesse contrattuale positivo, realizzantesi mediante il diritto al risarcimento del danno per inadempimento del contratto, come regolato dall'art. 1218 e segg. (4). Impostazione, questa, che peraltro non appare corretta, dal momento che la vicenda risolutoria e le consequenziali obbligazioni restitutorie e di rimborso non possono assimilarsi ad un risarcimento del danno per l'interesse negativo (costituendo esse misure di tutela volte a ripristinare l'oggettivo equilibrio del sinallagma), mentre il risarcimento del danno rappresenta l'ordinaria reazione all'inadempimento contrattuale (5).

4. *Natura delle restituzioni conseguenti alla risoluzione del contratto e relativa disciplina.* – Quanto alle obbligazioni restitutorie conseguenti alla risoluzione per inadempimento, il Tribunale accoglie l'opinione che riconduce le restituzioni all'istituto della ripetizione di indebito (*ex* art. 2033 c.c.), e con specifico riguardo agli accessori della prestazione restitutoria – ossia ai frutti del bene e agli interessi sulle somme oggetto di restituzione – aderisce alla corrente di pensiero secondo cui essi sono dovuti a decorrere dalla data della domanda giudiziale.

Devesi peraltro osservare che la questione concernente la disciplina da applicare alle restituzioni conseguenti alla risoluzione contrattuale in genere e alla risoluzione per inadempimento in particolare costituisce, da qualche tempo, un tema assai dibattuto tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, in quanto il legislatore italiano, a differenza di quanto è stato fatto in altri Paesi (e segnatamente in Germania), non detta al riguardo una apposita disciplina (6).

(3) V., tra le tante, Cass., 17 settembre 2019, n. 18259; Cass., 10 ottobre 2011, n. 20877. Così pure la dottrina meno recente: v., per tutti, RUBINO, *La compravendita* cit., p. 368.

(4) Depone chiaramente in tal senso la norma di cui all'art. 1479, comma 2°, che fa «salvo il disposto dell'art. 1223», ossia l'intera disciplina del risarcimento del danno da inadempimento (v., sul punto, per tutti, CAREDDA, in *Codice della vendita*⁴ cit., p. 689 ss.; UGAS, *ibidem*, p. 818 ss.).

(5) Sulle differenze funzionali tra obblighi restitutori (e di rimborso) e obblighi risarcitori conseguenti alla risoluzione per inadempimento, v., fra gli altri, LUMINOSO (CARNEVALI e COSTANZA), *Della risoluzione*, I, nel *Comm. del cod. civ. Scialoja e Branca*, Artt. 1453-1454, Bologna-Roma, 1990, p. 405 ss.; ID., *Obbligazioni restitutorie e risarcimento del danno*, in *Giur. comm.*, 1990, I, p. 19 ss.; GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012, *passim*, spec. p. 157 ss.; BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, *passim*, spec. p. 396 ss.; MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, Napoli, 2013, pp. 93 aa., 151 ss.

(6) Il codice civile tedesco prevede infatti un doppio regime (che è stato aggiornato e migliorato in occasione della riforma del 2001): una disciplina (§ 346 BGB) per le restituzioni da (*Rücktritt*, ossia) risoluzione, e una differente disciplina (§ 812 e segg. BGB) per le restituzioni

In conseguenza di tale lacuna normativa, la dottrina e la giurisprudenza italiane, in relazione alla disciplina da applicare alle restituzioni conseguenti alla risoluzione per inadempimento del contratto appaiono frantumate in una varietà di tesi e sottotesi che rendono arduo orientarsi (7).

Negli ultimi tempi una parte della dottrina e della giurisprudenza, dopo aver messo in guardia dall'errore di attribuire una valenza risarcitoria alle obbligazioni restitutorie (8), si sta orientando nel senso di escludere l'applicabilità della disciplina sull'indebito alle restituzioni conseguenti alla risoluzione, stante la difficoltà di adattare le relative previsioni di legge a questo tipo di restituzioni contrattuali, e propone soluzioni che consentano, per un verso, di conciliare il contenuto delle obbligazioni restitutorie con la pretesa al risarcimento del danno da risoluzione (per l'interesse c.d. positivo) che spetta al contraente adempiente (9), e, per altro verso, di conservare al rapporto tra le contrapposte obbligazioni restitutorie la valenza contrattuale del loro titolo di origine e segnatamente il nesso sinallagmatico "rovesciato" che caratterizzava le prestazioni originarie (10).

da arricchimento e/o indebito. Sul punto, v., da ultimo, GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali* cit., p. 149 ss., ivi ampie citazz.

(7) Come già abbiamo osservato in altra sede (v. LUMINOSO, *Obbligazioni restitutorie ecc.* cit., p. 19-21, nota 1), le svariate opinioni espresse dagli studiosi e dai giudici del nostro Paese, per semplificare il discorso, possono ricondursi a tre filoni di pensiero: (i) secondo una tesi, che peraltro risulta oramai poco seguita, ciascuno dei contraenti (sia quello adempiente che quello inadempiente) conserverebbe il diritto ai frutti provenienti dal bene (da restituire) che gli sarebbe spettato in base al contratto, ma mentre per taluni autori fino al momento della sentenza costitutiva di risoluzione (così, tra gli altri, Auletta, Bigiavi, Belfiore, *opp. locc. citt.* nel nostro saggio) per altri studiosi fino alla domanda di risoluzione (v., fra gli altri, Distaso, Carresi, Rubino, Greco e Cottino, Bianca, S. Romano, Nicolò; Cass., 1965/n. 476; Cass., 1969/n. 1745); (ii) in base ad un'altra opinione, stante l'efficacia retroattiva della risoluzione, ognuno dei contraenti sarebbe gravato dall'obbligo di restituire il bene ricevuto con i frutti o gli interessi dalla consegna (o dal pagamento) (v., tra gli altri, Dalmartello, Enrietti, Mirabelli, Mosco; *adde*, Della Casa; Cass., 1980/n. 3073; Cass., 1972/n. 756; Cass., 1976/n. 1295; Cass., 1987/n. 5143; (iii) per un'altra corrente di dottrina e giurisprudenza, infine, si dovrebbe applicare la disciplina di cui all'art. 2033 e segg. attraverso una equiparazione del contraente inadempiente all'*accipiens* di mala fede e del contraente adempiente all'*accipiens* di buona fede (v., in particolare, Sacco, Libertini, Breccia, Moscati; *adde*, Sicchiero; Cass., 1963/n. 1190; *adde*, Cass., 2004/n. 24013).

(8) Cfr., sul punto, in particolare, LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento* cit., p. 405 ss.; ID., *Obbligazioni restitutorie ecc.* cit., p. 21 ss.; BARGELLI, *Il Sinallagma rovesciato* cit., p. 396 ss.; GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali* cit., p. 139 ss.; MONTANARI, *Il danno da risoluzione* cit., p. 93 ss. V pure SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, nel *Codice civile-Commentario* diretto da Schlesinger e Busnelli, Artt. 1453-1459, Milano, 2007, p. 671 ss.; TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in *I contratti in generale*, II, *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, Torino, 1999, p. 1526 ss.

(9) V. tra gli altri, LUMINOSO, *opp. locc. ultt. citt.*; BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, loc. cit.; GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, loc. cit.; Cass., 28 luglio 2020, n. 16077, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3834.

(10) V., in particolare, BARGELLI, *op. loc. ultt. citt.*; GUERRINI, *op. loc. ultt. citt.*; MONTANARI, *op. loc. ultt. citt.*

Muovendo da siffatte premesse metodologiche e accogliendo in particolare il principio della retroattività piena della risoluzione (di cui all'art. 1458) si perviene a risultati in parte coincidenti e in parte divergenti dalle statuizioni del Tribunale di Sassari.

Nella prima direzione si collocano l'affermazione della irrilevanza della colpa del venditore e del compratore ai fini del sorgere degli obblighi di restituzione delle prestazioni ricevute (11) e l'assunto per il quale l'obbligo di restituzione del prezzo costituisce debito di valuta e non di valore (12).

A conclusioni differenti – rispetto a quelle accolte dal Tribunale – conducono le suddette premesse (13) riguardo invece al contenuto degli obblighi restitutori delle parti del contratto risolto, poiché nella diversa prospettiva cui si è fatto cenno, si deve ritenere che: (i) ognuno dei contraenti è tenuto a riversare all'altro il valore obiettivo del godimento della cosa-madre a partire dalla consegna (fino al momento – come stiamo per precisare – della domanda di risoluzione); (ii) durante la pendenza del giudizio – anche alla luce di quanto prevedono gli artt. 1148 e 2033 per il percipiente di buona fede – i contraenti, a partire dalla proposizione della domanda, debbono corrispondersi la maggior somma tra l'arricchimento conseguito dalla prestazione (ossia i frutti naturali o civili percetti) e il valore obiettivo d'uso della cosa madre da restituire (ossia i frutti percipiendi); (iii) intervenuta la risoluzione (giudiziale o stragiudiziale) del contratto, l'*accipiens* avrà l'obbligo di corrispondere al *solvens* la maggior somma tra l'arricchimento, il valore di godimento del bene e l'equivalente dei frutti e delle altre utilità perduti dal *solvens* (ossia il risarcimento del danno contrattuale).

5. *La restituzione del prezzo e il saggio degli interessi dovuti.* – In relazione alla restituzione del prezzo, il Tribunale di Sassari, nella sentenza in commento, affronta un problema ulteriore.

Si chiedono i giudici se nell'ipotesi in oggetto sia applicabile la norma di cui al quarto comma dell'art. 1284 in base alla quale dal momento in cui è proposta la domanda giudiziale spettano all'attore gli interessi al saggio (superiore a quello ordinario) previsto dalla legislazione speciale [d.lgs. 2002/n. 231] relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. La risposta del Tribunale è di segno negativo e viene motivata con il rilievo che la disposizione in discorso non è applicabile alle obbligazioni pecuniarie nascenti (non da contratto, ma) da pagamento indebito.

(11) Trattasi peraltro di affermazione pressoché incontrovertita in dottrina e in giurisprudenza: v., tra gli altri, GORLA, voce *Azione redibitoria*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 879; RUBINO, *La compravendita* cit., pp. 362 ss., 711; BIANCA, *La vendita* ecc. cit., pp. 746, 867; Cass., 7 settembre 1968, n. 2897; Cass., 16 luglio 2001, n. 9642.

(12) V., oltre la dottrina concorde, in giurisprudenza, tra le tante, Cass., 23 gennaio 1995, n. 725; Cass., 4 dicembre 1992, n. 12942, che ne traggono il corollario della non rivalutabilità della somma dovuta.

(13) Per la illustrazione degli argomenti che confortano le conclusioni che stiamo per illustrare nel testo, v. LUMINOSO, *Obbligazioni restitutorie* ecc. cit., spec. pp. 28-33; GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali* cit., spec. p. 167 ss.; MONTANARI, *Il danno da risoluzione*, cit., p. 107 ss.

La soluzione adottata dal Tribunale non sembra tuttavia condivisibile poiché, come ha avuto modo di chiarire la S.C. (14), la lettera e la *ratio* della disposizione ricordata (introdotta nel 2014) depongono a favore di una interpretazione che consenta la sua applicazione nelle ipotesi di avvio di una lite giudiziale o arbitrale «in correlazione ad una obbligazione pecuniaria che trova la sua fonte in un contratto stipulato tra le parti, anche afferenti ad un obbligo restitutorio».

6. *Il rimborso delle spese fatte per il contratto.* – Si è notato sopra che la disciplina dettata in tema di vendita in relazione alle ipotesi di risoluzione per inattuazione o imperfetta attuazione del risultato traslativo, contempla l'obbligo del venditore di rimborsare al compratore le spese e i pagamenti legittimamente fatti per il contratto. In tal senso dispongono, infatti, sia l'art. 1479, comma 2°, in tema di vendita di cosa altrui che l'art. 1493 riguardo alla vendita di cosa affetta da vizi.

Di tali disposizioni deve segnalarsi tuttavia la singolarità non solo e non tanto perché esse non trovano una corrispondenza nella disciplina generale del contratto, ma in quanto siffatta previsione appare incompatibile con il regime della responsabilità per inadempimento contrattuale. L'incompatibilità discende infatti da ciò, che la responsabilità contrattuale si traduce – come è pacifico – in un'obbligazione di risarcimento del danno per il c.d. interesse positivo (ossia per l'interesse della parte adempiente all'esecuzione del contratto), mentre il rimborso delle spese attinenti al contratto è conseguente ad un ristoro del c.d. interesse negativo (tant'è che costituisce una tipica voce di danno risarcibile nell'illecito precontrattuale) (15).

Per assicurare coerenza al sistema, si dovrebbe perciò ritenere che il legislatore abbia previsto il rimborso delle spese contrattuali (nell'ambito delle restituzioni in senso lato conseguenti alla risoluzione) in relazione alle ipotesi in cui il compratore si limiti a far valere queste sole pretese (16), con la conseguenza che nei casi cui domandi e ottenga anche il risarcimento del danno da risoluzione (e quindi per l'interesse positivo) gli resta preclusa la domanda di rimborso delle spese fatte per il contratto.

Il Tribunale di Sassari, con la sentenza che si annota, non si è posto il problema testè segnalato ed ha senz'altro riconosciuto il rimborso delle spese fatte dal compratore per il contratto. La decisione appare peraltro corretta nella so-

(14) Così Cass., 7 novembre 2018, n. 28409, in *De Jure*-Giuffrè. Secondo Trib. Savona, 25 settembre 2020, in *MF Law*, l'art. 1284, comma 4°, sarebbe applicabile anche alle obbligazioni risarcitorie derivanti da inadempimento.

(15) Per tali considerazioni, v. *amplius*, LUMINOSO, *Risoluzione del contratto* ecc. cit., pp. 248 ss., 390 s.

(16) La soluzione indicata nel testo presuppone che si accolga la tesi (da noi proposta in altra sede [v. LUMINOSO, *Della risoluzione del contratto* cit., pp. 179 ss., 220 ss.] secondo cui, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento, la parte adempiente può domandare, a sua discrezione, il risarcimento del danno commisurato al c.d. interesse positivo o, in alternativa, un risarcimento commisurato al c.d. interesse negativo.

stanza, in quanto i giudici nel caso concreto non hanno riconosciuto a favore del compratore alcuna voce di danno da inadempimento contrattuale (avendo escluso che potesse muoversi un qualche addebito di colpevolezza nei confronti del venditore).

Per questo stesso motivo il Tribunale non ha accolto la richiesta del compratore intesa ad ottenere anche il rimborso delle spese incontrate per la stipulazione di un contratto di mutuo (al fine di procedere al pagamento del prezzo e alla corresponsione dei relativi interessi corrispettivi), avendo giustamente rilevato che tale iniziativa aveva costituito il frutto di una “scelta libera e incoercibile dell’acquirente” il cui costo non poteva perciò essere addossato al venditore incolpevole.

7. *La restituzione della cosa e la pretesa accessoria del venditore al valore di godimento della stessa.* – L’ultima questione esaminata dal Tribunale sassarese concerne la domanda (riconvenzionale) con cui il venditore aveva chiesto la condanna del compratore al pagamento di un’indennità per l’occupazione e il godimento dell’immobile consegnato. Domanda che, come già si è notato, costituisce esercizio di una tipica pretesa restitutoria consequenziale alla risoluzione del contratto.

Il Tribunale si sofferma su due profili dell’azione proposta dal venditore.

Il primo profilo riguarda l’arco temporale per il quale la pretesa può essere fatta valere. In relazione a tale profilo il Giudice lascia intravedere che la soluzione è dubbia. Ed infatti sono al riguardo prospettabili tre possibili soluzioni. L’indennizzo in astratto potrebbe coprire un arco temporale che va dalla consegna del bene, oppure dalla proposizione della domanda di restituzione del bene o, infine, dalla pronuncia della sentenza di condanna, fino in ogni caso alla effettiva restituzione. Il Tribunale si richiama ad alcuni precedenti di giurisprudenza in tema di nullità e di risoluzione del contratto e accoglie la seconda soluzione.

Il secondo profilo concerne la quantificazione dell’indennizzo e la determinazione del contenuto degli oneri probatori a carico della parte richiedente. In relazione ad esso il Giudice, nel dichiararsi consapevole che trattasi di «questione dibattuta» (tanto da essere stata rimessa di recente alle Sezioni Unite con due distinte ordinanze interlocutorie delle Sezioni semplici), dà atto della propria adesione a quell’indirizzo giurisprudenziale secondo cui «nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno è “*in re ipsa*”, stante la natura normalmente fruttifera dello stesso», fruttuosità che può porsi a base di «una presunzione *iuris tantum*» che consente al giudice la liquidazione del danno sulla base di presunzioni semplici, con riferimento al c.d. danno figurativo rappresentato dal valore locativo del bene usurpato (17).

(17) Il contrasto giurisprudenziale richiamato dal Tribunale di Sassari nella pronuncia in esame – per la cui soluzione è stato invocato l’intervento delle S.U. sia dalla Terza Sezione con ordinanza interlocutoria n. 1162 del 17 gennaio 2022 che dalla Seconda Sezione con ordinanza n. 946 dell’8 febbraio 2022 – concerne gli oneri di prova e di allegazione del danno da occupazione *sine titulo*. A questo riguardo si fronteggiano infatti due opposti orientamenti. In base al-

7.1. *Le fattispecie normative di illegittima occupazione di un immobile e le differenti discipline a tutela del soggetto "usurato".* – A mio avviso, ai fini della risposta da dare a tali interrogativi debbesi tener presente che possono darsi svariati tipi di vicende che danno luogo ad una "occupazione illegittima (o *sine titulo*) di un immobile", cui corrispondono differenti modelli rimediali.

(i) Devono ricordarsi, innanzi tutto, le ipotesi che la legge regola in sede di disciplina delle *azioni petitorie*, tra cui in particolare, l'*azione di rivendicazione* (art. 948) e la *petizione di eredità* (art. 535). In relazione ad esse l'art. 1148 e, rispettivamente, l'art. 535 stabiliscono che mentre il possessore di buona fede risponde dei frutti (naturali e civili) percetti e percipiendi dopo la domanda, il possessore di mala fede è tenuto alla riverzione dei frutti (secondo la *communis opinio*, percetti e percipiendi) a far data dall'impossessamento dell'immobile. Si desume da tale disciplina che l'attore il quale agisca per il recupero del bene non è gravato da particolari oneri di prova, dovendo il giudice liquidare una somma corrispondente al valore dei frutti percetti e percipiendi, ossia al valore oggettivo di godimento (18).

(ii) Non lontane da quelle appena viste sono le fattispecie prese in considerazione dal codice civile in sede di disciplina della *ripetizione di indebito* (art. 2033 c.c.), in relazione alle quali il legislatore stabilisce che l'attore il quale agisce per la restituzione di una cosa determinata ha diritto ai frutti (secondo la *communis opinio*, per-

l'indirizzo seguito prevalentemente dalla Terza Sezione «nel caso di occupazione illegittima di un immobile, il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente "*in re ipsa*", atteso che tale concetto giunge ad identificare il danno con l'evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni Unite della S.C. secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza che deve essere allegato e provato sia con l'ulteriore e più recente intervento nomofilattico che ha riconosciuto la compatibilità del danno punitivo con l'ordinamento solo nel caso di espressa sua previsione normativa, con la conseguenza che tale danno può essere dimostrato agevolmente sulla base di presunzioni semplici, ma un alleggerimento dell'onere probatorio di tale natura non può includere anche l'esonerazione della allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto» (v. in tal senso, tra le altre, Cass., 16 marzo 2021 n. 7280; Cass., 25 maggio 2018 n. 13071). Secondo altro orientamento, accolto prevalentemente dalla Seconda Sezione della S.C., «il danno da occupazione illegittima di un immobile è *in re ipsa* in quanto si rapporta al semplice fatto della perdita di disponibilità del bene da parte del proprietario e all'impossibilità per costui di conseguire l'utilità normalmente ricavabile dal bene in relazione alla natura normalmente fruttifera di esso, con la conseguenza che la sussistenza del diritto al risarcimento può essere determinata dal giudice sulla base di elementi presuntivi, facendo riferimento al c.d. danno figurativo e, quindi, ad esempio, con riguardo al valore locativo del cespite abusivamente occupato» (cfr., tra le altre, Cass., 6 agosto 2018 n. 20545; Cass., 28 agosto 2018 n. 21239; Cass., 7 gennaio 2021 n. 39).

(18) Le regole sui frutti richiamate nel testo interferiscono peraltro con l'applicazione dell'art. 2043. Il possessore di mala fede infatti commette un illecito ed è tenuto a risarcire il danno, di guisa che il proprietario può provare un danno maggiore dei frutti percetti e percipiendi (v., tra gli altri, SACCO e CATERINA, *Il possesso*³, nel *Tratt. dir. civ. e comm. dir.* da Cicu e Messineo, Milano, 2014, pp. 424 ss.). Quanto al possessore di buona fede, si esclude che possa rispondere ex art. 2043 per colpa lieve e che acquisti rilevanza, ai fini risarcitori, la mala fede sopravvenuta (v. SACCO e CATERINA, *Il possesso*³ cit., p. 427 s.).

cetti e percipiendi) dal giorno della consegna indebita se l'*accipiens* era in mala fede, oppure, se era in buona fede, dal giorno della domanda. Anche in queste ipotesi, l'attore non è gravato da particolari oneri probatori, dovendo il giudice liquidare una somma corrispondente al valore dei frutti percepiti e percepibili dalla cosa con l'ordinaria diligenza (19).

(iii) Un'altra ipotesi di occupazione illegittima può aversi nei casi in cui un soggetto sia gravato dall'obbligo (derivante da contratto o da altra fonte) di consegnare un determinato immobile ad altra persona. In questi casi la mancata consegna del bene entro il termine determina il sorgere di una responsabilità per inadempimento, per effetto della quale il debitore sarà tenuto anche al risarcimento dei danni da ritardo, ossia dei pregiudizi sofferti dal creditore in conseguenza della mancata disponibilità dell'immobile a decorrere dalla scadenza del termine fissato per la consegna. Quanto agli oneri probatori da assolvere da parte del creditore deve osservarsi che, se è vero che in base ai principi generali graverà su quest'ultimo, in linea di principio, l'onere di fornire la prova del danno emergente o del mancato guadagno subito in concreto – non potendo certo configurarsi un "danno *in re ipsa*" – è anche vero che il giudice, ai fini della determinazione del pregiudizio patrimoniale, potrà utilizzare presunzioni semplici in relazione alle concrete circostanze rappresentate e provate dal creditore, muovendo da una presunzione *iuris tantum* di normale fruttuosità del bene.

Va inoltre ricordato, a tal proposito, che lo stesso legislatore detta talvolta una disciplina che poggia su tali tipi di presunzioni, come è dato riscontrare in relazione all'ipotesi di ritardo del conduttore nella restituzione del bene locato, riguardo alla quale il codice civile (art. 1591) stabilisce che il conduttore è tenuto a dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, salvo l'obbligo di risarcire il maggior danno.

(iv) Considerazioni sostanzialmente analoghe possono farsi riguardo alle ipotesi in cui l'illegittima occupazione dell'immobile rivesta i caratteri di un illecito aquiliano (*ex art. 2043*). Illecito che obbliga l'autore – oltre che, eventualmente, alla restituzione del bene – a risarcire alla vittima i danni derivanti dall'illegittima occupazione del bene, tra i quali, in particolare, quelli (prevedibili e imprevedibili) derivanti dalla mancata disponibilità dell'immobile, la cui prova dovrà essere fornita dall'attore ricorrendo, se del caso, agli argomenti presuntivi ricordati dianzi.

Giova rilevare, a questo riguardo, che secondo la *communis opinio*, spetta una pretesa ai danni anche in caso di spoglio del possesso (*ex art. 1168 c.c.*); pretesa che – secondo l'opinione prevalente – riveste la natura di un'azione aquiliana riconducibile all'art. 2043 (20), con il cui esercizio lo *spoliatus* può chiedere

(19) La ripetizione di indebito, come già abbiamo sottolineato, non ha funzione risarcitoria e viene comunemente considerata una particolare applicazione dell'azione di arricchimento senza causa: v., per tutti, P. GALLO, *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Digesto Disc. priv.-Sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 1 s.

(20) Secondo l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, il possessore che subisca spoglio o molestia, oltre all'azione possessoria, può proporre un'azione di risarcimento dei danni sofferti in conseguenza della lesione del possesso. È controverso tuttavia se si tratti di azione di natura possessoria o invece risarcitoria, e in quest'ultima ipotesi se sia riconducibile

anche il ristoro del pregiudizio economico conseguente al mancato godimento del bene cagionato dallo spoglio.

Emerge dal rapido *excursus* che precede come la natura della tutela contro il mancato godimento a favore del soggetto che abbia subito l'occupazione illegittima di un immobile di sua appartenenza o spettanza abbia fondamento e funzione diversi nelle varie ipotesi. In particolare, nelle fattispecie indicate sopra sub (i) e (ii) al soggetto "usurpato" la legge riconosce un diritto alla riverzione del valore di godimento del bene o, a seconda dei casi, dell'arricchimento conseguito dall'occupante *sine titulo*, mentre in quelle ricordate sub (iii) e (iv) accorda un diritto al risarcimento del danno (per inadempimento o per fatto illecito) in concreto sofferto in conseguenza della mancata disponibilità del bene. Di qui le differenti regole da applicare nelle varie ipotesi riguardo agli oneri di allegazione di prova gravanti in giudizio sull'attore.

7.2. *La soluzione nel caso deciso*. – Ritornando alla sentenza del Tribunale di Sassari, alla luce delle considerazioni fin qui fatte, dovrebbe potersi affermare che nelle ipotesi di domanda di restituzione del bene con i relativi frutti, proposta dal venditore nei confronti del compratore a seguito della risoluzione del contratto (per inesatta attuazione dell'attribuzione traslativa), quest'ultimo – secondo quanto si è osservato in precedenza – è tenuto a riversare all'attore il valore oggettivo di godimento del bene o, secondo i casi, il valore dei frutti percetti (ossia l'arricchimento conseguito), con la conseguenza che l'attore non è tenuto a fornire una prova specifica al riguardo e tanto meno la dimostrazione di un concreto pregiudizio patrimoniale sofferto; prova che sarà tenuto a fornire – ricorrendo eventualmente anche alle presunzioni semplici sopra ricordate – ove voglia ottenere, a titolo di risarcimento del danno per inadempimento, una somma superiore, corrispondente alla perdita economica e/o al mancato guadagno sofferti a causa dell'altrui occupazione illegittima (sempreché ritualmente domandati e allegati in giudizio).

ANGELO LUMINOSO

all'art. 2043 o a una fattispecie aquiliana speciale: sul problema, v., tra gli altri, SACCO e CATERINA, *Il possesso*³, cit., p. 347 ss.; TROISI e CÍCERO, *I possessi*, nel *Trattato di dir. civ. del Cons. Naz. del Notariato*, Napoli, 2005, p. 308 ss.; SICLARI, *Risarcimento da lesione del possesso*, in *Codice della responsabilità civile*, a cura di Navarretta, Milano, 2021, p. 907 ss., ivi ampie citazz.

DIRITTO PUBBLICO

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA SARDEGNA, Sezione I, 20 maggio 2021, n. 361 — D'ALESSIO, *Presidente Estensore* – A.d.M. C. (avv. Pappalardo) c. Comune di P. (avv. Franceschi).

Processo amministrativo - Ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione su un'istanza del privato - Deposito tardivo - Sopravvenienza di provvedimento espresso di accoglimento dell'istanza, con presa d'atto della tardività - Dichiarazione di inammissibilità del ricorso e non di cessazione della materia del contendere.
(C.p.a. artt. 35, 117 e 87).

Allorché un ricorso avverso il silenzio dell'Amministrazione venga depositato oltre il termine di cui all'art. 87 del c.p.a., e intervenga nelle more del giudizio un provvedimento espresso di accoglimento dell'istanza del privato nel quale il ricorso stesso venga prospettato dall'Amministrazione come irricevibile per la sua tardività, il Giudice non può dichiarare la cessazione della materia del contendere, ma deve senz'altro prendere atto della sua tardività, nel caso statuendone la inammissibilità (1).

(*Omissis*). FATTO e DIRITTO. — Considerato che, con memoria depositata il 29 aprile 2021, la ricorrente ha comunicato che, con provvedimento unico n. 152 del 7 aprile 2021, il Comune di P., ha provveduto sulla sua istanza, dopo la notifica del ricorso *ex art.* 117 del d.lgs. 12 luglio 2010, n. 104, ed ha quindi chiesto al TAR di dichiarare la cessazione della materia del contendere con soccombenza virtuale del Comune di P. alle spese legali;

(1) La nota segue a p. 374.

– considerato che, con memoria depositata il 7 maggio 2021, il Comune di P., nel confermare l'avvenuta adozione del provvedimento finale del SUAPE sull'istanza proposta, si è opposto alla richiesta di declaratoria di CMC perché il ricorso in esame «è *inammissibile o meglio irricevibile in quanto la sua notifica è stata perfezionata il 9.3.2021 mentre il deposito in segreteria si è avuto soltanto il giorno 2.4.2021 e dunque oltre il termine dimidiato che è prescritto per il rito del silenzio*», con la conseguente condanna della ricorrente alle spese del giudizio;

– considerato che, come eccepito dal Comune resistente, il ricorso (notificato il 9 marzo 2021) è stato depositato il 2 aprile 2021, quindi oltre il termine stabilito per il deposito dei ricorsi proposti avverso il silenzio dall'art. 87, comma 3°, del c.p.a.;

– ritenuto pertanto che il ricorso deve essere dichiarato inammissibile;

– ritenuto, alla luce dei fatti di causa, di dover disporre comunque la compensazione fra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Dispone la compensazione fra le parti delle spese e competenze del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

(1) Irricevibilità ed inammissibilità nella Giustizia amministrativa.

SOMMARIO: 1 Il caso e il contenuto della sentenza. – 2 Alcune riflessioni. – 3 Conclusioni.

1. *Il caso e il contenuto della sentenza.* – Il ricorrente aveva chiesto al Comune l'autorizzazione per un intervento di nuova costruzione.

Poiché il Comune era rimasto inerte, il 9 marzo 2021, aveva notificato allo stesso un ricorso avverso il silenzio, depositandolo però il 2 aprile 2021, e, cioè, dopo che era scaduto il termine fissato dall'art. 87 del c.p.a. per il deposito dei ricorsi avverso il silenzio, di 15 giorni (anziché come d'ordinario 30 giorni) dal perfezionamento dell'ultima notificazione.

Pochi giorni dopo il tardivo deposito del ricorso era intervenuto il provvedimento favorevole da parte del Comune.

Il ricorrente, ottenuto il provvedimento desiderato, aveva chiesto al Giudice di prendere atto, ai sensi dell'art. 34, comma 5° del c.p.a., della cessazione della

materia del contendere e, insieme, della soccombenza virtuale del Comune, condannando lo stesso al pagamento delle spese legali.

Il Comune, di contro, si era opposto alla dichiarazione della cessazione della materia del contendere, facendo valere la tardività del deposito del ricorso, evidentemente al fine di sottrarsi alla soccombenza virtuale e di far caricare le spese processuali sul ricorrente.

In tutto questo, come si legge nel secondo alinea della parte di FATTO e DIRITTO della sentenza, che cita testualmente la memoria del Comune, si rileva che il Comune si era preoccupato di presentare il ricorso, a ragione della sua tardività come “inammissibile o meglio irricevibile”. Ciò era stato evidentemente sulla base della lettera dell’art. 35 del c.p.a., per cui «Il giudice dichiara anche d’ufficio il ricorso: irricevibile se accerta la tardività della notificazione o del deposito...».

Il Giudice ha convenuto sulla tardività del deposito del ricorso e implicitamente sulla priorità della presa d’atto di questo, rispetto alla presa d’atto della intervenuta adozione del provvedimento favorevole con cessazione della materia del contendere.

Non ha, però, raccolto la voluta puntualizzazione del Comune, per la quale il ricorso era «inammissibile o meglio irricevibile» ed ha, viceversa, statuito che «il ricorso deve essere dichiarato inammissibile», ripetendo nel dispositivo che «definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile».

Nonostante la conclusione sulla tardività del deposito del ricorso e sulla priorità della statuizione concernente questa, rispetto a quella sulla cessazione della materia del contendere, il Giudice, anziché caricare le spese sul ricorrente inosservante dei termini, ha disposto la compensazione delle stesse.

Il risultato della lettura della sentenza è che il Giudice, per un verso, circa il concreto contendere delle parti (e, cioè, il carico delle spese) ha scelto una soluzione equitativa, probabilmente considerando che, a fronte del comportamento processuale tardivo del ricorrente c’era un simmetrico comportamento amministrativo tardivo da parte del Comune, che aveva provveduto a termini oramai scaduti e sotto lo stimolo del processo; per l’altro verso, circa le conseguenze da trarre dalla tardività del deposito del ricorso, ha disatteso la puntualizzazione del Comune che suggeriva una presa d’atto in termini di irricevibilità e, viceversa, ha ripetutamente statuito nel senso della inammissibilità del ricorso.

Considerato che, sia la prospettazione del Comune, sia la lettera della disposizione del c.p.a. contenuta in un articolo, il 35, che per il suo statuire una normativa generale contemplante insieme tutte le pronunce di rito del Giudice amministrativo, risulta sicuramente per ogni Giudice amministrativo, di conoscenza, non solo doverosa e presunta, ma anche certa per la inevitabilmente frequente consultazione, potevano indurre il Giudice a statuire nel senso della irricevibilità (1), la statuizione di quest’ultimo, invece, nel senso generico della inammissibilità, ha determinato una forte curiosità in chi ha scritto la presente nota, privo di fervore per il proliferare delle distinzioni operate dai diritti processuali.

(1) Così è stato ad esempio in altri casi di impugnazione del silenzio; v. Cons. St. sent. n. 8598/2021; TAR Catania n. 3542/2021 e TAR Palermo n. 42/2021.

2. *Alcune riflessioni.* – Si presenta il risultato di alcune riflessioni. Esso sembra in grado di fondare le conclusioni che si forniranno nel paragrafo successivo.

a) Sviluppando quello che si era rappresentato alla fine del paragrafo precedente, si prospetta la probabilità che il Giudice abbia stabilito che il ricorso era irricevibile (anziché inammissibile) per una scelta consapevole e non per una svista.

Troppo evidente era stata la allegazione della irricevibilità compiuta dalla difesa del Comune e – lo si ripete – troppo evidente è la prescrizione del c.p.a. nel senso che la tardività della notificazione o del deposito del ricorso danno luogo ad una pronuncia di irricevibilità, per non aver prodotto verso il Giudice una notevole forza di inerzia nel senso di statuire la irricevibilità. Se questa forza di inerzia non ha prodotto risultati sul Giudice, è stato senza dubbio per una volontà contraria ad essa da parte di quest'ultimo.

Resta solo il dubbio se ciò sia stato perché questo era convinto che la categoria della irricevibilità, alla quale la tardività del deposito del ricorso è ascritta dal diritto positivo, sia contenuta in quella della inammissibilità (utilizzata dalla sentenza), oppure perché convinto che la elaborazione e l'utilizzazione delle categorie della inammissibilità e della irricevibilità, come ancor prima, la distinzione tra l'una e l'altra, siano riservate al Giudice amministrativo come misure di autorizzazione e selezione del proprio lavoro, senza essere alla portata delle parti (2) e, quindi, per questo, abbia considerato la prospettazione del Comune (e cioè, la puntualizzazione che il caso era di irricevibilità e non di inammissibilità), come una indebita penetrazione in un proprio ambito riservato e come tale l'abbia respinta. Il dubbio è, in altre parole, se il Giudice abbia considerato la distinzione tra inammissibilità e irricevibilità non valida in assoluto a ragione di una ravvisata sovrapposibilità, oppure non valida solo nel caso per ragioni soggettive perché compiuta da altri rispetto al Giudice amministrativo, al quale sarebbe riservata in via esclusiva (va considerato che precedentemente all'entrata in vigore del c.p.a., un caso di irricevibilità era contemplato solo dal Regolamento di procedura dinanzi al Cons. St. del 17 aprile 1907, n. 642, all'art. 15, mentre la successiva legge TAR n. 1034 del 1971 contemplava la irricevibilità solo come esito del processo,

(2) Per una gelosa, quasi iniziatica appartenenza, adombrata in una certa misura, da uno stesso magistrato del Consiglio di Stato, a lungo Presidente di Sezione, e cioè, da LUGO, in *Inammissibilità e improcedibilità (Diritto processuale civile)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1962, p. 483 ss., in specie p. 485, laddove afferma che la distinzione tra inammissibilità e irricevibilità è “in onore nella giurisprudenza amministrativa”, con questo manifestando un largo distacco dalla stessa (testimoniato per altro dai passaggi successivi nei quali nega che tra l'una e l'altra vi sia una differenza di effetti giuridici). In giurisprudenza a confermare questa illazione si trova Cons. St., sent. 3269/2019 che presenta la irricevibilità come concetto di diritto processuale (evidentemente non come una condizione positivamente configurata da parte delle norme di diritto processuale) in un contesto nel quale esclude che la irricevibilità possa essere una qualità di un atto amministrativo (anche se in dottrina si è prospettata una affinità tra la nozione di irricevibilità del diritto processuale amministrativo e quella del diritto amministrativo sostanziale, evocata dall'art. 2, comma 1° della l. n. 241 del 1990; v. al riguardo MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento, obbligo di provvedere su domande inammissibili o manifestamente infondate*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 103 ss.

senza specificare i casi da cui essa doveva conseguire, sicché la categoria della irricevibilità era dettata più da prassi interne degli organi della giustizia amministrativa, che da precise prescrizioni della normativa statale).

L'impostazione del dubbio che si è presentato prima, in definitiva costruita sulla ipotesi che il Giudice abbia ragionato in termini generali sulle categorie della irricevibilità e della inammissibilità non è messa in discussione dalla considerazione che nel caso possa essere stata considerata idonea a prendere una decisione la specifica disposizione recata dall'art. 28 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, (convertito in l. 9 agosto 2013, n. 98), per cui, se il ricorso avverso il silenzio è dichiarato inammissibile o è respinto in relazione all'inammissibilità o alla manifesta infondatezza dell'istanza che ha dato vita al procedimento, il Giudice condanna il ricorrente a pagare una somma da due a quattro volte il contributo unificato. Si ha, infatti, che né il Giudice ha evocato la stessa come disposizione idonea a stabilire la regola per cui tutte le statuizioni di rito sui ricorsi avverso il silenzio devono confluire nella dichiarazione di inammissibilità, né la stessa è idonea a ciò, considerato che dovrebbe allora riguardare anche la improcedibilità, il che è improbabile. La stessa è solo una disposizione aggiuntiva sulle spese del giudizio, avente senso con riferimento a ricorsi che, per un verso non sono accoglibili, per l'altro, comunque hanno impegnato l'attività del Giudice (sicché è dubbio che riguardi anche i ricorsi inficiati da tardività, facilmente riconoscibili e comunemente qualificati come irricevibili e, viceversa, è più che probabile che sconti una nozione di inammissibilità distinta da quella della irricevibilità).

Tutto ciò esposto, resta comunque che la sentenza presenta forti elementi di indeterminatezza nella distinzione tra inammissibilità e irricevibilità e, conseguentemente, come sempre è quando la distinzione tra due elementi appare problematica, nelle stesse nozioni di inammissibilità e di irricevibilità. Su tale indeterminatezza si concorda. Da ciò la ricerca di elementi per eliminarla ed eventualmente dare un senso alle nozioni di inammissibilità e di irricevibilità.

b) Una indagine semantica ed etimologica sul significato degli aggettivi "inammissibile" ed "irricevibile", come a valle, dei nomi "inammissibilità" ed "irricevibilità" ed a monte dei verbi "non ammettere" e "non ricevere", passando attraverso gli aggettivi "ammissibile" e "ricevibile", per i nomi "ammissibilità" e "ricevibilità" ed i verbi "ammettere" e "ricevere", dà qualche risultato al di là delle prime apparenze (3).

Se si considera la radice dei verbi ammettere e ricevere, dai quali sono ricavati gli aggettivi e i nomi, nonché le derivazioni al negativo, si constata significati che nel linguaggio corrente coincidono in quello di dare ingresso a qualcosa, mentre in quello più colto sono separati da una sfumatura, nel senso che l'ammettere designa il dare un ingresso meno penetrante ed impegnativo di quello designato dal ricevere (che, invece, dà il senso di una penetrazione e di una interazione) e, corrispondentemente, designa, nella negazione, una esclusione più radicale che non in quello del non ricevere. Fin qui si ha che la non ammissibilità

(3) Sul poco aiuto immediato che il linguaggio corrente fornisce nel precisare le nozioni di irricevibile e di inammissibile, v. DELOGU, *Contributo allo studio della inammissibilità nel diritto processuale penale*, Milano, 1938, pp. 8-9.

coincide con la non ricevibilità; se non addirittura, si presenta come una condizione di più stridente inadeguatezza che non la seconda. Il tutto si propone paradossalmente ed inversamente rispetto al significato che i termini hanno correntemente nel linguaggio del diritto processuale amministrativo.

Andando al significato nella lingua latina, qualcosa cambia rispetto alla equivalenza (o quasi della lingua italiana) giacché se in un vocabolario si scorrono i significati di *admitto-admittere*, dopo una serie di essi coincidenti con quello del verbo ammettere della lingua italiana (e cioè di dare ingresso a qualcosa) si trova quello di spingere qualcosa verso qualcuno o qualcuno verso un qualcosa. Soprattutto, se dall'elenco dei significati si torna indietro alla etimologia si constata che il verbo è costituito dalla combinazione tra il verbo *mitto*, *mittere*, che vuol dire mandare e la preposizione *ad*, che indica moto a luogo, e, quindi, aveva il significato originario di mandare qualcosa e solo successivamente aveva subito una inversione speculare di senso, passando a designare la condizione e l'azione di chi subisce l'azione del mandare qualcosa e, raggiunto da quest'ultima, non la rifiuta. Si constata così che ricorrendo alla etimologia latina, la condizione negativa e passiva del non essere suscettibile di essere ammesso e, cioè, la inammissibilità, non è la condizione di ciò cui non può darsi ingresso, ma è la condizione di ciò che non può essere inviato, con questo designando, non la inadeguatezza di una cosa ad essere presa in consegna da qualcuno, ma la inadeguatezza in partenza di una cosa, per quello che essa è.

La constatazione è rafforzata dal confronto con il significato in lingua latina del verbo *recipio*, *recipere*, che è quello intensivo del prendere. Il verbo, infatti, è costruito dalla coordinazione tra il verbo *capio*, *capere*, che vuol dire prendere e la congiunzione *re* che ha significato intensivo, sicché il verbo indica il prendere in modo intenso un qualcosa inviato da altri. Ulteriormente, la condizione negativa del non essere suscettibile di essere ricevuto, risulta la condizione di qualcosa che pur non avendo in sé alcunché impedito il suo invio, è inidonea ad essere presa in consegna dal soggetto cui è stata inviata.

In un caso, della inammissibilità, si tratta di una inadeguatezza in sé della cosa, evidentemente risultante da un giudizio sulla cosa, nell'altro, della irricevibilità, si tratta di inadeguatezza della cosa ad essere ricevuta, risultante dalla considerazione delle condizioni di chi deve ricevere la cosa e a ciò dovrebbe dare un seguito. Continuando, la inammissibilità sembra una condizione della cosa logicamente anteriore alla condizione della irricevibilità: una indica che la cosa per sue caratteristiche non può essere inviata, l'altra che la cosa non può essere ricevuta (per caratteristiche sue, come di chi deve riceverla, ma sempre per qualcosa di ulteriore a ciò che determina la possibilità dell'invio).

Ampliando il confronto ai termini con cui si qualifica il ricorso che, all'esito del giudizio di merito, raggiunge il successo e, cioè, come fondato o, viceversa, come infondato, si incontrano altri fattori di confusione, giacché, in definitiva, il significato di fondato o di infondato, è di una condizione, rispettivamente, di idoneità alla stabilità per ravvisata esclusione di elementi inficianti sottostanti e viceversa di non idoneità in questo senso. Il ricorso fondato è, cioè, quello che risulta immune da difetti intrinseci, di non corrispondenza alla realtà di fatto o di diritto, e, viceversa, quello infondato è quello inficiato da siffatti difetti, risultando, l'uno e l'altro, in definitiva, poco diversi, rispettivamente da quello che è

ammissibile e da quello che, viceversa è inammissibile (per come li si sono descritti prima). Ancora, restando sempre nell'ambito del confronto con gli esiti di merito del ricorso, si nota che il verbo accogliere, che è usato nei suoi diversi derivati per designare il modo in cui il Giudice amministrativo decide se reputa che il ricorso sia fondato, ha un significato in lingua italiana quasi uguale a quello di ricevere – nel senso indicato sopra – ed è un significato etimologico della lingua latina, che viene dalla radice del verbo lego, legere, di legare insieme ed unire. Sempre restando a considerare la decisione di merito del Giudice e passando a quella di non accoglimento, si nota che quest'ultima comunemente è designata usando derivati del verbo respingere o rigettare, il che dà il senso di un rifiuto del Giudice, connotato persino da una reazione avversa (senso che, invece, manca nelle espressioni del non ammettere e del non ricevere).

Tutto considerato, il significato corrente e la etimologia dei termini con cui si designano le possibili qualificazioni dei ricorsi da parte del Giudice danno adito a qualche considerazione. Si nota innanzitutto che tanto meno grossolane sono le manchevolezze del ricorso non accolto (da quelle di intempestività, passando per quelle di mancanza dell'interesse, fino ad arrivare alla erroneità delle censure) tanto più vibrata appare la reazione del Giudice: dal non ricevere, si passa al neanche ammettere, per giungere al respingimento. Ciò, però, è un fattore di confusione ed una inversione di senso solo apparente, perché è ben spiegabile che la reazione del Giudice possa essere tanto più vibrata quanto più questi penetra nell'esame del ricorso e viceversa, e che, in particolare, ad una considerazione solo esterna da parte dello stesso non possa corrispondere una reazione più vibrata di quella tenuta all'esito di un esame approfondito dei contenuti. Soprattutto, per quello che interessa qui, ed in particolare, per quello che si esporrà in proseguo sul corrente impiego delle categorie dei presupposti processuali e delle condizioni nell'azione, si nota che dal punto di vista etimologico e semantico, la irricevibilità dà il senso di un impedimento da parte di chi deve ricevere il ricorso più che di un difetto intrinseco di partenza del ricorso, mentre la inammissibilità dà il senso di qualcosa che impedisce lo stesso inoltro del ricorso e che è un difetto intrinseco, in partenza del ricorso (e non di qualcosa che si aggiunge ad inficiarlo).

c) Il diritto positivo aiuta un altro poco, senza però essere decisivo.

Certamente, alla lettera a del comma 1 dell'articolo 35 del c.p.a., si legge che il Giudice dichiara irricevibile il ricorso se accerta la tardività della notificazione o del deposito. Questo, però, è insufficiente a stabilire una corrispondenza univoca tra tardività e irricevibilità, perché esprime solo quale è la conseguenza della tardività della notificazione e del deposito del ricorso, così come è insufficiente a chiarire se il ricorso può essere irricevibile per altri motivi (in altre parole, quando il ricorso è irricevibile) né mai definisce la condizione di ricorso irricevibile e la conseguenza dell'accertamento giurisdizionale della stessa.

È diverso per il ricorso inammissibile, perché la lettera f) del comma 1° dell'art. 35 del c.p.a. contempla che il Giudice dichiara inammissibile il ricorso, non solo se accerta che è carente l'interesse oppure che non è stato integrato il contraddittorio nel termine assegnato (fin qui la disposizione è simmetrica a quella precedente sulla irricevibilità, nel senso che esprime le conseguenze delle due condizioni indicate), ma anche, in termini generali, se lo stesso Giudice accerta,

comunque, ragioni che siano ostative ad una pronuncia di merito. Così la disposizione dà una parziale definizione della condizione del ricorso inammissibile e configura quest'ultima in termini più generali e comunque più comprensivi e suscettibili di utilizzazione anche per casi diversi da quelli direttamente contemplati, rispetto ai termini in cui è presentata la irricevibilità.

Un'altra disposizione nel c.p.a. riguarda la decisione del Giudice sulla inammissibilità nonché sulla irricevibilità e sulla improcedibilità ed è quella recata dal comma 5° dell'art. 99 sulla dichiarazione delle stesse e sulla contestuale enunciazione del principio di diritto da parte della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Essa, però, nulla dice sulla natura e sulle circostanze giustificatrici di tale tipo di decisioni.

Sempre riguardo l'ambito del processo amministrativo, ma in corpo normativo diverso dal c.p.a., si ha disposizione recata dall'art. 28 del d.l. n. 69 del 2013 (conv. in l. n. 98 del 2013). Essa, come già evidenziato in precedenza, nel prevedere una condanna alla maggiorazione dal doppio al quadruplo del contributo unificato nel caso di esito negativo di ricorso giurisdizionale avverso il silenzio, contempla solo il caso della inammissibilità e non anche quello della irricevibilità (ma, come già espresso sopra, però, del tutto spiegabilmente, considerata l'esiguità dell'impegno dell'apparato giurisdizionale comportato dal semplice accertamento dei difetti estrinseci del ricorso realizzato nel caso del riscontro della irricevibilità, sì da non giustificare la pesante misura di maggiorazione del contributo unificato).

A queste disposizioni che concernono la inammissibilità e la irricevibilità considerandole come l'oggetto di una decisione del Giudice, si aggiungono altre, di portata meno generale, quali quelle dell'art. 49, comma 2° e dell'art. 74 del c.p.a., che, invece concernono la inammissibilità e la irricevibilità considerandole come qualità del ricorso. Esse, però, sembrano avere una portata molto circoscritta, con la conseguente inidoneità a stabilire principi.

Anche nel diritto amministrativo sostanziale, con riferimento alla domanda di provvedimento amministrativo, si evocano le condizioni della inammissibilità e della irricevibilità (nonché delle improcedibilità e della manifesta infondatezza) negli artt. 2, comma 1° e 6 comma 1° della l. n. 241 del 1990, senza, però, chiarirle in alcun modo.

Andando al d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199 sui ricorsi amministrativi, si nota che, con riguardo ai ricorsi gerarchici, l'art. 5 contempla, tra gli esiti diversi da quello dell'accoglimento o della reiezione, l'esito della dichiarazione di inammissibilità nel caso che il ricorso non avesse potuto essere proposto, della restituzione al ricorrente nel caso di ravvisata irregolarità ed infine della dichiarazione di improcedibilità nel caso di mancata regolarizzazione, mentre riguardo i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, l'art. 13 riproduce esiti sostanzialmente sovrapponibili a quelli precedenti (contemplati dall'art. 5) e, cioè, per i casi diversi rispetto alle decisioni sul merito, la dichiarazione di inammissibilità, la restituzione del ricorso al ricorrente per la regolarizzazione e, in caso di mancanza di quest'ultima, la dichiarazione di improcedibilità. Non è contemplata in un caso e nell'altro la irricevibilità.

Tornando al c.p.a., si svolge una considerazione aggiuntiva, che riguarda le decisioni sul merito del ricorso. Il c.p.a. (all'art. 34) contempla solo quelle favo-

revoli al ricorrente, statuendo che nel giudizio di impugnazione, se l'atto è illegittimo e in particolare, è annullabile, il Giudice lo annulla. Nulla precisa sulle decisioni sfavorevoli, in caso di ravvisata infondatezza del ricorso (a parte ciò che riguarda l'esito sfavorevole della domanda cautelare, circa il quale l'art. 58 stabilisce che la domanda è respinta): né che sono di reiezione, né che sono di rigetto, né che sono di respingimento. In altre parole, non precisa come il Giudice debba pronunciarsi se ravvisa che il ricorso sia infondato (non così la legge TAR n. 1034 del 1971, che all'art. 26 stabiliva che ove il Giudice avesse ritenuto infondato il ricorso, lo avrebbe rigettato). Ciò può essere collegato per associazione con la ravvisata indeterminatezza dei casi in cui il Giudice amministrativo può concludere per la inammissibilità del ricorso.

d) Il procedimento giurisdizionale amministrativo subisce tre circostanze, che influiscono sul ricorso o meno da parte del Giudice a decisioni che prescindono dall'esame di tutti gli elementi dell'atto di ricorso e comunque non motivano su ciascuno di essi.

Ciò è, peraltro comune per tutti i procedimenti giurisdizionali, nonché, in termini solo di poco diversi, per tutti i procedimenti pubblici.

La prima è la necessità di soddisfare una domanda di accesso al Giudice normativamente garantita ed assai estesa (e destinata ad estendersi ulteriormente per la difficoltà da parte dell'apparato pubblico nel soddisfare spontaneamente le diverse esigenze dei cittadini nell'attuale contesto di limite nella spesa pubblica). Tale necessità è stabilita dall'art. 24 Cost. che qualifica come oggetto di un vero e proprio diritto l'accesso al Giudice e, più precisamente, la tenuta di comportamenti aventi come risultato l'accesso al Giudice per tutelare i propri interessi, indipendentemente dalla oggettiva fondatezza della richiesta, ed ulteriormente, se la richiesta è fondata, la decisione favorevole (vale a dire il potere di azione, sul quale ci si soffermerà in prosieguo). Da ciò deriva una platea estremamente vasta di persone in condizione di reclamare l'accesso al Giudice. Questo che qui si è rilevato e, cioè, una domanda di decisioni estesa e normativamente garantita, per altro riguarda in realtà tutti i procedimenti pubblici, ivi compreso il procedimento legislativo, atteso che l'art. 72 Cost. conferisce ad ogni parlamentare il diritto di presentare progetti di legge, ottenendo comunque la pubblicazione e la pubblicizzazione di questi ultimi. Si afferma, in sintesi, che le esigenze di apertura dell'ordinamento alle istanze dei cittadini spinge a dare a queste ultime pressoché costantemente la qualificazione giuridica come atti di iniziativa e a garantire ad esse un esito (in seguito si preciserà se si tratta di un seguito di un unico genere, oppure un seguito che può essere di diverso genere e significato).

Si aggiunge che, stante la garanzia normativa ed il carattere preciso del suo oggetto, vale a dire la corrispondenza tra la istanza ed una decisione pubblica (quale che sia, come si vedrà di seguito), la circostanza è del tutto oggettiva, sicché, né può essere legittimamente disattesa, né può subire gradazioni di significato e di coerenza.

La seconda circostanza è costituita dai vincoli costituzionali e legislativi ad un esercizio della giurisdizione giusto ed accurato, cioè capace di dare, attraverso il contraddittorio, risposte ponderate e complete, evitando, quindi risposte non concludenti ed errate, ancora più dannose della illegittimità nei rapporti sostan-

ziali, perché suscettibili, attraverso il giudicato, di restare immutabili (4). An-ch'essa vale per ogni procedimento pubblico (si pensi al vincolo alla completezza della istruttoria, da tempo imposto al procedimento amministrativo ed ormai stabilito dalla l. 241 del 1990). Questa circostanza, stante la natura dei vincoli normativi che impongono non qualità di carattere assoluto, suscettibili cioè di un giudizio solo che di esistenza o non esistenza (come è per la prima circostanza), ma invece qualità relative, suscettibili di una graduazione quantitativa, variabile a seconda del criterio usato, si presta a graduazioni di significato e cogenze.

La terza circostanza è costituita dalla capacità di lavoro dell'apparato giurisdizionale non aumentabile a volontà. È, infatti, evidente che quella dei singoli è sottoposta a dei limiti fisici, così come, seppure meno evidente, è oggettivo che non è possibile aumentare la predetta capacità attraverso consistenti aumenti numerici degli appartenenti all'apparato.

Le tre circostanze illustrate sopra, per altro valgono in generale e con la stessa oggettività per tutto l'apparato pubblico.

Le stesse, poiché la prima e la terza non sono comprimibili, possono essere conciliate solo intervenendo sulla seconda, atteso che le caratteristiche di accuratezza delle decisioni giurisdizionali (non valendo per esse degli standard idonei a misurazioni precise) ben possono adeguarsi al numero delle domande giurisdizionali e alla capacità di lavoro dell'apparato. Al riguardo una prima soluzione sarebbe di carattere sostanzialmente aritmetico e, cioè, costruita su una media: considerata la capacità di lavoro dell'apparato giurisdizionale in ore lavoro ed in estensione di contenuto delle decisioni e considerato il numero dei ricorsi, dividere la prima (le capacità di lavoro in termini di ore ad estensione delle decisioni) per il secondo e, così, ricavare un canone di impegno di esame e motivazione in generale valido per tutti i ricorsi, complessi o semplici, articolati o schematici, illeggibili e perspicui che essi siano.

Una seconda più valida soluzione, però, è di graduare la statuizione e l'approfondimento dell'esame da parte del Giudice sull'atto di iniziativa in funzione di quanto quest'ultimo sia adeguato ai requisiti stabiliti dall'ordinamento affinché trovi una decisione favorevole. In tal modo l'accesso al Giudice è garantito sempre, ma subisce gradi diversi di approfondimento sull'atto di iniziativa: dalla restituzione pura e semplice all'accoglimento, passando per approfondimenti e decisioni di carattere solo pregiudiziali, senza estensione alla interezza dei contenuti della domanda. Ciò, per altro vale per tutti i procedimenti pubblici: l'accesso è per tutti, l'accesso all'esame per meno, la reiezione per motivi di merito per meno ancora, l'accoglimento per ulteriori meno ancora (5).

e) Immediatamente sopra si è evidenziato che è ormai una costante nel nostro ordinamento la graduazione della estensione ed approfondimento delle ri-

(4) V. Cons. St., Ad. plen., sent. n. 5/2015.

(5) Un esempio di quello che si è evidenziato si trova con immediata percepibilità da parte del senso comune nel procedimento legislativo, per l'esame dei progetti di legge: ad un primo stadio si ha la stampa e la distribuzione, poi l'inserimento nella programmazione dei lavori e poi il vero e proprio esame e solo alla fine l'approvazione dei contenuti ed ognuno di questi passaggi dà un risultato in progresso di significatività.

sposte del Giudice agli atti introduttivi del giudizio in funzione del grado di conformità dell'atto di iniziativa ai requisiti cui è sottoposta una considerazione favorevole degli stessi.

Una soluzione sarebbe di lasciare gli organi giudicanti completamente liberi di concentrarsi di più o di meno sui diversi atti introduttivi del giudizio, senza che siano precostituiti dei criteri rigidi a priori. Essa, però, è stata giustamente e costantemente scartata, perché sarebbero possibili troppe disparità di esiti (6).

La soluzione preferibile è, invece, quella di stabilire preventivamente una sorta di scaglione (o delle sorti di scaglioni) di adeguatezza che l'atto introduttivo del giudizio dovrebbe presentare rispetto ai requisiti che l'ordinamento stabilisce per una risposta favorevole e corrispondentemente uno o più gradi di estensione e penetrazione cui il Giudice, è tenuto, prima, nell'esaminare l'atto introduttivo e poi nel motivare la sua decisione. Nella realtà, corrispondentemente, si riscontra che in pressoché tutti i procedimenti pubblici, processuali e non, la decisione finale, completa su tutti gli elementi dell'atto di iniziativa non è un unico esito indefettibile, in quanto, come possibilità, ad essa si affianca, in aggiunta, la possibilità di una decisione pregiudiziale solo su uno o più elementi presentati dall'atto introduttivo.

Andando più oltre, si nota che nella grande maggioranza dei casi siffatta decisione pregiudiziale è di unico genere.

Per quello che interessa qui, e quindi all'esito di una osservazione sommaria, si espone che è così per i giudizi penali e civili di impugnazione dinnanzi al Giudice ordinario, per i quali si ha in alternativa alla decisione sul merito, solo l'esito della pronuncia di inammissibilità, con la particolarità che essa copre, sia casi di deficit del ricorso rispetto a requisiti puramente formali, sia casi di gravi deficit del ricorso nel contenuto e quindi nel merito per discordanza rispetto ai fatti o ai precetti giuridici sostanziali accertati attraverso il procedimento giurisdizionale (7).

Così è anche per i giudizi dinnanzi ai giudici della UE, esposti, in alternativa rispetto alla conclusione di merito, all'unico esito della irricevibilità, che copre casi di carenza, sia di puri requisiti estrinseci e formali, sia di interesse (8); lo stesso è per la Corte EDU (9).

(6) Su tale possibilità astratta e sulle ragioni per scartarla, v. SQUAZZONI, *Il dovere di risposta della pubblica amministrazione alle domande manifestamente irricevibili, improcedibili e infondate: un primo bilancio*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 915 ss.

(7) È, cioè, di c.d. inammissibilità merittale. Su questa, v. DAMIANI, *La Corte di cassazione e il culto dell'inammissibilità*, in *Giust. proc. civ.*, 2018, p. 741 ss.; ROMBOLA, *Motivi specifici in Cassazione: di nuovo su inammissibilità e infondatezza*, in *w.w.w. Giucivile*, 2018 ed inoltre recentissimamente la significativa monografia di CASTAGNO, *L'inammissibilità nel giudizio di cassazione*, Napoli, 2022, *passim*.

(8) Gli artt. 129 e 130 del Regolamento di procedura del Tribunale di primo grado e 150 del Regolamento della Corte di giustizia, infatti contemplan come decisioni diverse da quelle di merito solo la decisione di irricevibilità.

Per la giurisprudenza, v. come esempio, Corte di giustizia (Grande sezione), sent. 25 marzo 2021, Carvalho, che ha confermato l'ordinanza del Tribunale dell'8 maggio 2019 (T-330/18), nel

Diverso è per il giudizio sulle leggi dinnanzi alla Corte costituzionale (quando esso non è fatto concludere con una pronuncia nel merito): l'atto introduttivo del giudizio, se presenta vistose e grossolane carenze formali, subisce l'esito della restituzione (10), se presenta deficit nell'interesse che dovrebbe sostenerlo, come nella legittimazione dell'autore, subisce l'esito della pronuncia di inammissibilità (11).

Per il giudizio amministrativo, concettualmente e, cioè, prescindendo dal dettato del diritto positivo (suscettibile di una interpretazione adeguativa per la sua scarsa perspicuità evidenziata prima) si sono da tempo avute, e si presentano almeno in parte, tre possibilità.

senso che i requisiti attinenti l'interesse sottostante il ricorso, stabiliti dall'art. 263 TFUE (che secondo le categorie correnti nell'ordinamento della giustizia amministrativa italiana sono qualificabili come di ammissibilità e così sono stati presentati dagli stessi ricorrenti), costituiscono condizioni di ricevibilità del ricorso. V. anche come esempio significativo Corte di giustizia (Grande sezione) sent. 21 dicembre 2021, che ha presentato come di irricevibilità una sentenza di inammissibilità pronunciata dal Consiglio di Stato. In dottrina v. PIVA, *Considerazioni sull'effettività della tutela giurisdizionale dei privati avanti alla Corte di giustizia*, in *w.w.w. Eurojus*, 2020.

(9) V. art. 35 Conv. EDU, nel quale sono comprese come condizioni di ricevibilità del ricorso requisiti del ricorso estrinseci sia di forma, sia di interesse, sia persino di non manifesta infondatezza (e quindi attenenti al contenuto).

(10) Su tale esito, v. DIACO (a cura di), *Le tipologie decisorie della Corte costituzionale attraverso gli scritti della dottrina, Corte costituzionale*, in *Quaderno processuale del Servizio studi*, (Stu. 296), Roma, 2016, *passim*, e in specie i contributi di DIACO, *Scheda di lettura* 11-12 e PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al Giudice a quo nel processo incidentale, Analisi critica*, Milano, 1965, pp. 43-46 e ROMOLI, *Evoluzione giurisprudenziale ed aspetti problematici della restituzione degli atti al giudice a quo*, (1982), p. 47 ss., in specie pp. 62-65 (dove presenta la inammissibilità come un difetto intrinseco dell'atto di promovimento, a differenza della condizione che determina la restituzione, costituita invece da un difetto estrinseco). V. anche, BONI (a cura di), *Le pronunce di inammissibilità della Corte*, (Stu. 292), Roma, 2016, *passim*, e in specie il contributo di BONI, *Parte prima, Delimitazione del campo di indagine*, pp. 11-12. Per un importante inquadramento generale tuttora valido, v. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, *passim*.

(11) Su tale esito, attualmente contemplato dall'art. 11 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale (in G.U. 3 dicembre 2021), ma utilizzato di fatto dalla Corte già nei primi mesi del suo funzionamento (v. sent. 108/1957), v. DIACO (a cura di), *Le tipologie decisorie della Corte Costituzionale attraverso gli scritti della dottrina, Corte Costituzionale*, in *Quaderno processuale del Servizio studi*, (Stu 296), Roma, 2016, *passim*, e in specie i contributi di DIACO, *Schede di lettura*, 12-13 e CARLASARRE, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte Costituzionale*, (1988), p. 85 ss.; v. inoltre, BONI (a cura di), *Le pronunce di inammissibilità della Corte*, (stu 292), Roma, 2016, *passim*, e in specie BONI, *Parte prima. Delimitazione del campo di indagine*, pp. 4-11. Per un più generale quadro di riferimento in dottrina, v. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984; *passim* e AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalla origine alla dimensione europea*, Napoli, 2012, in specie pp. 33-71; SALVADORI, *La questione è inammissibile. La dichiarazione di inammissibilità come tecnica di non decisione*, *Tesi di dottorato di ricerca*, Pisa, 2019, *passim*; CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015, p. 34 ss.

La prima è: seguire il Giudice ordinario e adottare una categoria della inammissibilità ad ampissima comprensione di casi (da quelli che nel giudizio amministrativo sono di irricevibilità, ad una parte di quelli che nel giudizio amministrativo sono di infondatezza) il che comporterebbe di mantenere quell'indirizzo della così detta civilizzazione del giudizio amministrativo (e, cioè, di sua omologazione al giudizio civile), che si era fatto valere nella stesura del c.p.a.

La seconda è: seguire gli organi della giustizia della UE e adottare una categoria unica comunque chiamata (irricevibilità o inammissibilità) per comprendere tutti i casi in cui si esclude che un ricorso possa giungere alla conclusione finale sul merito, il che comporterebbe prestare coerenza con la affinità di oggetto di decisione tra un Giudice e l'altro e soprattutto di allineare le categorie di giudizio del Giudice nazionale a quelle del Giudice della UE, con evidente vantaggio per la comprensibilità del nostro sistema giurisdizionale da parte degli operatori di altri paesi.

La terza, infine, è: seguire la Corte Costituzionale e diversificare tra una misura riservata ai casi di deficit formale più vistoso (nel caso della Corte costituzionale è la restituzione dell'atto di iniziativa e promovimento del giudizio; nel caso del Giudice amministrativo, appunto, è la statuizione di irricevibilità) e un'altra misura, invece, valida per i casi in cui il deficit affligge più intrinsecamente l'atto (sia per la Corte Costituzionale sia per il Giudice amministrativo è la statuizione di inammissibilità). In questo modo si avrebbe l'allineamento rispetto ad un altro Giudice nazionale che analogamente giudica su atti dei pubblici poteri (a volte più di minuta portata rispetto a quelli su cui giudica il Giudice amministrativo, solo che si pensi ad alcune microscopiche disposizioni legislative di carattere sostanzialmente provvedimentale su cui spesso cade, o è destinato a cadere il Giudizio della Corte costituzionale) e tra l'altro è collegato al Giudice amministrativo da un rinvio normativo, che seppure statuito in un senso solo e, cioè, verso la normativa sul processo amministrativo da parte della disciplina del processo davanti alla Corte costituzionale (v. art. 22 della l. n. 87 del 1953) e non seguito nel progresso di tempo da un rinvio nel senso inverso (giacché il c.p.a., all'art. 39 fa esplicito rinvio solo alla disciplina del processo civile), ha comunque un senso, perché è conseguito da un giudizio a priori del legislatore sulla affinità dei due processi, ben evidenziato dalla Relazione di A. Tesoro sul progetto di legge che diede origine alla legge n. 87 (12).

Come si vedrà, a tali possibilità però si aggiunge una quarta, nel senso di sminuire l'importanza della questione.

f) Dopo le osservazioni della precedente lettera e, piuttosto distaccate dai dettagli del diritto positivo e orientate dalla ricerca di una coerenza di sistema, si continua con una riflessione anch'essa di sistema, sulla nullità.

Al riguardo si nota che la condizione della nullità riguarda come possibilità tutti gli atti giuridici ed è presente in tutte le branche del diritto, talvolta dissi-

(12) In *Camera dei deputati, legislatura I, Disegni di legge e relazioni, Documenti VI*, 469, A, 34; v. anche BERTI, *Struttura del processo costituzionale e regimi dei termini*, in *Regioni*, 1981, pp. 1055-1058.

mulata sotto la denominazione come annullabilità pur presentando tutti i propri elementi caratteristici (13).

Con certezza si può concludere che ormai è nettamente distinta rispetto ad una condizione di non qualificabilità giuridica e, cioè, di pura e semplice non esistenza (14). Può riguardare come eventualità tutti gli atti giuridici e, cioè, i fatti giuridici che sono considerati come ricondotti ad una volontà e per i quali, perciò, si presenta la necessità che coincidano tre termini: ciò che l'autore voleva realizzare e l'effetto che voleva raggiungere con il suo comportamento e quindi con l'atto; il modo in cui secondo l'ordinamento quel comportamento, e quindi quell'atto, devono essere per produrre quel effetto; come è effettivamente quel comportamento, e quindi quell'atto. Essa costituisce una condizione di deficit del comportamento e dell'atto rispetto ai requisiti dell'ordinamento, sicché quel comportamento e quell'atto risultano qualcosa di diverso rispetto all'atto valido, ma comunque integrano una fattispecie positivamente disciplinata (15).

È presente in tutte le branche del diritto, con caratteristiche diverse, nonché quasi sempre all'interno di ciascuna branca in diverse varietà, distinte rispetto alla annullabilità in modo diversificato (16), il tutto in accordo con la sua acquisita connotazione come condizione positivamente configurata, per quanto riguarda sia gli elementi di identificazione, sia le conseguenze ed il regime giuridico. Ciò vale pienamente non solo per la nullità contemplata dal diritto civile (17), ma

(13) Sulla contiguità della annullabilità di diritto amministrativo con la nullità, v. MESSINEO, *Annullabilità e annullamento*, Enc. dir., Milano, 1958, p. 484. Di recente sulla configurazione della annullabilità come stato viziato ordinario dell'atto amministrativo tenendo il luogo della nullità, v. Cons. St., Ad., plen., sent. n. 22/ 2020.

(14) Sulla quale, v. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964; *passim*, tendente a condurre la nullità a non qualificazione giuridica (in un contesto normativo diverso dall'attuale, sicché le sue considerazioni, comunque di imponente rigore logico sono ora da relativizzare e da riferire ai casi di nullità più radicale o nullità-inesistenza comunque ancora presenti nel nostro ordinamento).

(15) In tale senso IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere da Due saggi sul dovere giuridico* (1973), ora in *Norme e fatti*, Milano, 1984, pp. 149-156; nonché poi MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, pp. 11-62.

(16) V. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità processuali*, Milano, 1955, pp. 57-70; nonché F. ANCORA, *Le fattispecie quali elementi della dinamica del diritto. Tipi, combinazioni, anomalie*, Torino, 2005, pp. 217, 244-245, 261 e 270. Sulla specificità e in definitiva sul carattere sfuggente della nullità nel diritto amministrativo, v. F.G. SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2021, p. 135 ss.; mentre nell'ambito del processo amministrativo, nel senso della mancanza di precise demarcazioni tra nullità e annullabilità e precisamente tra atto processuale nullo ed atto processuale annullato, v. CGARS, sent. n. 223/ 2018.

(17) In dottrina, in tal senso, v. ad esempio, MONTICELLI, *Contratto nullo...*, cit., *passim*; GIROLAMI, *Le nullità di protezione del sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2009, *passim*; POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2015, *passim*; CATAUDELLA, *Il giudice e le nullità*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 664 ss.; PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, *passim*; RUSSO,

anche, in particolare, per quella contemplata dai due principali diritti processuali, quello civile (18) e quello penale (19).

Sviluppando quello che si è presentato poco fa, si afferma che la categoria della nullità presenta una notevole elasticità di configurazione, sicché è possibile qualificare alla stregua di essa, una grande molteplicità di casi, collegando di volta in volta agli stessi le conseguenze che direttamente sono considerate più confacenti da parte dell'ordinamento o che sono imposte dal complesso degli istituti dell'ordinamento. In altre parole, si afferma che la categoria della nullità (eventualmente comprendente la sottocategoria della annullabilità) è sicuramente in grado di comprendere ogni divergenza delle fattispecie reali dei vari atti processuali, rispetto al modello, o fattispecie astratta, di tali atti, come ogni particolarità di regime giuridico conseguenziale ad essa.

Piene sono quindi le possibilità della categoria della nullità di comprendere anche la condizione dell'atto processuale esposto alla statuizione del giudice come inammissibile o irricevibile (20).

g) Si completa con una ulteriore riflessione, anch'essa di portata generale, dedicata alla catalogazione come presupposti processuali o invece come condizioni dell'azione nei confronti di alcuni requisiti per una decisione processuale favorevole a chi aveva preso l'iniziativa del processo.

Essa risale a molti decenni fa, ma è ancora presente nella giurisprudenza, sia pure con qualche eccezione e fa da supporto, ora esplicito ora implicito, alla distinzione tra pronunce di irricevibilità e, invece, di inammissibilità.

Dimensioni del vizio, nullità selettiva e conformazione dei negozi, Napoli, 2020, *passim*; C.M. CELOTTO, *Il regime sostanziale e processuale delle nullità civilistiche*, Roma, 2021, *passim*.

(18) Ad esempio, al riguardo: AULETTA, *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999; QUERZOLA, *Contributo allo studio degli atti processuali tra forma e linguaggio giuridico*, Torino, 2018, p. 82 ss.; R. POLI, *Invalidità e equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, *passim*; ID., *L'invalidità degli atti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 353 ss., e ID., *La nullità degli atti processuali*, in *Dir. proc. civi.* a cura DITTRICH, Milano, 2019, v. I, p. 1284 ss.

(19) V. ad esempio al riguardo, CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità processuali*, cit., *passim*; GALANTINI, *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. disc. pen.*, XV, Torino, 1999, p. 340 ss. e ID., *Nullità degli atti processuali*, in *Digesto della procedura penale*, in *w.w.w. Giappichelli online*; PANZAVOLTA, *Nullità degli atti processuali (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2005.

(20) Al riguardo, in dottrina, con ampiezza di argomenti, v. R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali...*, cit., p. 61 ss., p. 138 ss., p. 320 ss., p. 390 ss.; *Inammissibilità e improcedibilità (dir. proc. civ.)*, in *w.w.w. Dirittoonline*, 2016; ID., *Le nullità degli atti processuali*, cit., pp. 1397-1408.; GIOVANARDI, *Osservazioni sulla asserita autonomia concettuale della inammissibilità*, in *Giur. it.*, 1986, I, p. 665 ss. V. anche DELOGU, *Contributo alla teoria della inammissibilità...*, cit., pp. 100-101; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, pp. 177-180; FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968, p. 272 ss.; ORIANI, *Nullità degli atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990; C. NATOLI, *Improponibilità, inammissibilità e improcedibilità della domanda giudiziale*, Milano, 1976, pp. 7-29; CAPORUSSO, *La consumazione del potere di impugnazione*, Napoli, 2011, pp. 120-124; VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, spec., p. 190 ss.

È però, tutta da riconsiderare utilizzando le categorie della teoria della fattispecie.

Tali categorie, precisatesi per convergenti apporti della dottrina, successivamente alla introduzione nella teoria del processo delle categorie dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione, fanno risultare queste seconde ormai imprecise e meritevoli di superamento, tanto più che essendo ormai acquisita la distinzione tra ciò che si svolge nell'ambito dei rapporti sostanziali e ciò che si svolge nell'ambito processuale (e conseguentemente il diritto al processo è riconosciuto indipendentemente dalla titolarità effettiva di un diritto sostanziale e quindi anche a chi, per così dire, ha torto) è ormai superfluo marcare la differenza tra i due ambiti facendo valere nei confronti di ciascuno di essi, categorie diverse da quelle che valgono nell'altro.

Al riguardo si richiamano tre punti che sembrano fermi.

Primo punto. A produrre effetti giuridici possono essere semplici fatti oppure comportamenti umani considerati come volontari; in questo secondo caso può darsi rilievo alla circostanza che i comportamenti presentino elementi di libertà e, quindi, qualificarli come poteri. Ulteriormente, si rappresenta che possono ipotizzarsi diverse relazioni di tali poteri con la persona che può esercitarli ed una di esse è il diritto soggettivo (ma possono essercene anche altre, atteso che esistono poteri ad esercizio obbligatorio). Gli effetti giuridici possono essere prodotti da un unico fatto o da un unico atto, ma molto più spesso sono prodotti da un insieme di fatti o atti e quindi di comportamenti che sono tutte le circostanze di fatto. In mancanza di specificazioni diverse, tali circostanze sono necessarie affinché si produca validamente l'effetto e, quindi, si trovano su un piano di parità ai fini del prodursi dell'effetto di volta in volta considerato dall'ordinamento. Si aggiunge che può darsi che a diversi stadi di integrità e perfezione di tali circostanze di fatto, corrispondano altrettanti gradi di completezza e intensità dell'effetto. A completamento si aggiunge che ripercorrendo all'indietro la gradazione della perfezione delle circostanze della fattispecie, si hanno effetti sempre più ridotti, finché a stadi di imperfezione particolarmente gravi, si accompagna la mancanza di ogni effetto o un effetto minimo.

Se in generale vale la regola della necessità di tutte le circostanze (o elementi che dir si voglia) di fatto, perché l'effetto si produca, nel senso che, in mancanza di diverse prescrizioni tutte sono necessarie allo stesso modo per il prodursi dell'effetto, può succedere che le stesse abbiano subito l'intervento, o siano esposte a subire l'intervento di qualcosa eterogeneo ed esse. Questo qualcosa sono i presupposti e le condizioni.

Secondo punto. Ciò che si dice presupposto di una fattispecie è una circostanza di fatto, la quale produce un effetto che, a sua volta (nello stato di effetto giuridico) è componente di quella fattispecie. Può discutersi se sia più corretto chiamare presupposto la circostanza di fatto anteriore o il suo effetto che va ad inserirsi nella fattispecie successiva (rispetto alla quale si dice che è presupposto); resta, però, che tutte le volte in cui si vuole far valere una relazione tra presupposto e conseguente (o presupponente, che dir si voglia) deve esserci l'elemento caratteristico della presenza di quel qualcosa nello stato di effetto giuridico e non

di elemento di fatto (se, diversamente, fosse solo un elemento di fatto, sarebbe una semplice componente della fattispecie non distinguibile dagli altri) (21).

Terzo punto. Ciò che si dice condizione, invece è un qualcosa che interviene dall'esterno di una certa fattispecie, dettato da interessi diversi da quelli sottostanti a questa e che determina la sospensione o la cessazione degli effetti della stessa. Non sempre si distingue immediatamente, per caratteristiche sue proprie, dagli elementi della fattispecie, ma nella quasi totalità dei casi aiutano indici esterni, tra i quali i caratteri della disciplina giuridica che fa trasparire le diversità degli interessi o la specificità degli stessi (ad esempio attraverso un tempo limitato per farla valere), oppure il *nomen iuris*, oppure ancora la collocazione temporale, quasi sempre prima del prodursi dell'effetto e mai iniziale, o, meglio, mai necessariamente ed esclusivamente iniziale (22).

Svolte queste considerazioni generali, se ne possono avvicinare i capisaldi alla questione che qui interessa.

Anche per la indicazione proveniente dall'art. 24 Cost., può dirsi che esista un vero e proprio diritto a tenere dei liberi comportamenti, e quindi ad agire liberamente, per tutelare i propri interessi in giudizio. Pertanto, può dirsi che esista un diritto avente ad oggetto un potere di agire in giudizio e, cioè, di intraprendere un'azione giurisdizionale. Tale potere, nella misura in cui soddisfa i requisiti stabiliti dall'ordinamento giuridico ed è integrato da parte di altre circostanze, produce un effetto corrispondente a tale misura e tale grado, comunque sempre dipendente dal modo in cui è stato esercitato e dai contenuti dell'atto di iniziativa processuale che ne ha costituito la manifestazione prima e principale (23).

A puntualizzazione ulteriore di quello che si è esposto da ultimo si rappresenta che, nel processo amministrativo, l'atto di iniziativa processuale esplica sempre sulla sentenza finale una efficacia diretta, nel senso che tra il primo e la sentenza finale non c'è la interposizione di un effetto intermedio di chiusura di una fase preliminare del processo ed i contenuti della sentenza finale sono influenzati dall'atto introduttivo in modo diretto: (il processo è, infatti, monofasico e non bifasico, come quello romano, caratterizzato da una fase iniziale *praeparatoria iudicii*) (24).

(21) Si rinvia al riguardo per la bibliografia a F. ANCORA, *Le fattispecie quali elementi della dinamica dell'ordinamento. Tipi, combinazioni, anomalie*, Torino, 2005, pp. 49-62; ID., *L'individuazione dell'atto amministrativo presupposto*, in *Giurisdiz. amm.*, 2009, IV, p. 293 ss. e ID., *L'invalidità derivata nel diritto pubblico ed in particolare nel diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, v. I, pp. 59-79. In giurisprudenza nello stesso senso, Cons. St., sent. n. 6922/2020.

(22) Anche a questo riguardo si rinvia a F. ANCORA, *La fattispecie...*, cit., pp. 44-62.

(23) Sulla azione come potere giuridico, v. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto* (1951) ora Camerino 1998, p. 164; GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, (1948), poi, Napoli, 1990, pp. 91-92; R. POLI, *La nullità...*, cit., pp. 1286 e 1420.

(24) V. in tal senso. LUGO, *Inammissibilità e improcedibilità (diritto processuale civile)*, *Noviss. dig. it.*, Torino, 1962, VII; p. 484. In giurisprudenza, di recente, su tale rilievo, come su interessanti ed aggiornate considerazioni sui c.d. presupposti processuali e sulle a.d. condizioni dell'azione (in termini onnicomprensivi di condizioni pregiudiziali), v. Cons. St., sent. n. 2669/2021.

Avvicinando alla nozione di presupposto prima precisata quelli che comunemente sono denominati presupposti del processo amministrativo (e che sono considerati da accertare in via prioritaria da parte del Giudice con conseguente statuizione di irricevibilità del ricorso in loro mancanza) e, cioè, la giurisdizione e la competenza del Giudice, la capacità delle parti, la tempestività e la regolare proposizione del ricorso, la regolarità del contraddittorio, la mancata estinzione del processo, si nota che gli stessi solo in parte sono effetti giuridici già formati che si combinano con l'atto di ricorso in una fattispecie complessiva (così può condivisibilmente solo dirsi per la giurisdizione e la competenza del Giudice), ma in altra, invece, sono fatti e situazioni che devono realizzarsi dopo la proposizione del ricorso (così ad esempio, la integrazione del contraddittorio) oppure requisiti di validità del ricorso (così la tempestività e la regolarità). La categoria dei presupposti processuali, in relazione a ciò che comunemente le si fa raccogliere, appare, quindi, labile e poco consistente (25). Per questo non è idonea a fondare un tipo di pronunce giurisdizionali ben caratterizzate dalla constatazione del deficit, distinguibili per caratteristiche qualitative da comuni pronunce che fanno valere la invalidità del ricorso e da ciò determinano conseguenze.

Non diverso è ciò che si ricava avvicinando alla nozione di condizioni, così come precisata sopra, le c.d. condizioni dell'azione, tradizionalmente elencate in: interesse ad agire, legittimazione del ricorso, legittimazione *ad causam* e mancanza di cause di nullità del ricorso. In primo luogo, si rileva che manca in esse la caratteristica propria delle condizioni, costituita dalla necessaria posteriorità rispetto alla fattispecie sui cui effetti opera, nel senso che in qualche caso – come per l'interesse al ricorso – si riconosce la sua sussistenza anche se sopravviene nel caso del processo e quindi si ammette la possibilità dell'intervento successivo (26); però, mai si giunge ad affermare la necessità che tale sussistenza si verifichi successivamente al ricorso. In secondo luogo, come si considera la sostanza di tali condizioni, si nota che esse costituiscono caratteristiche intrinseche del ricorso e, quindi, requisiti di validità dello stesso. Anche in questo caso manca una base consistente per fondare un tipo di pronunce giurisdizionali caratterizzate in modo distinto rispetto alle pronunce giurisdizionali che fanno valere le invalidità del ricorso e da ciò traggono conseguenze (27).

3. *Conclusioni.* – Quello che si è svolto, è valso a presentare i presupposti processuali (primo tra i quali quello della tempestività del ricorso, indiscussa-

(25) In tal senso, puntualmente, MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1966, v. XIII, p. 789.

(26) V. Cons. St., sent. n. 3373/2021. Prevale però l'orientamento opposto per cui l'interesse al ricorso (come in generale le c.d. condizioni dell'azione) deve sussistere sia al momento della decisione, sia a quello della proposizione del ricorso, Cons. St., Ad. plen. sent. n. 9/2014; sent. n. 2669/2021.

(27) V. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, cit., pp. 788-790.

mente considerato tale) e le condizioni dell'azione e, corrispondentemente (28) i requisiti di ricevibilità del ricorso ed i requisiti di annullabilità del ricorso come concettualmente semplici requisiti di validità del ricorso (29). Da ciò nasce la conseguenza che la mancanza di essi è riconducibile alla ampia categoria della nullità, sulla cui generalità ed attitudine a comprendere le più disparate condizioni deficitarie degli atti giuridici, ed i conseguenti regimi giuridici già ci si è soffermati in precedenza (30).

La pronuncia del Giudice amministrativo che fa valere una di queste condizioni deficitarie del ricorso è una pronuncia che statuisce sulla nullità dello stesso (perché tali condizioni sono null'altro che casi specifici, interni all'ampio genere della nullità).

Nulla osta che per ragioni di classificazione e, soprattutto, di evocazione convenzionale di standard di ampiezza di motivazione, nonché di priorità nell'ordine degli apprezzamenti da parte del Giudice (31), si usino i termini di dichiarazione di irricevibilità e di dichiarazione di inammissibilità (32), così come,

(28) V. ad esempio come esplicita evocazione di questa corrispondenza, TAR Napoli, sent. n. 2354/2018, e Cons. St., Ad. plen., n. 5/2015, Sez. IV, sent. 6631/2021 e sent. n. 2833/2012. Si nota che comunque nella giurisprudenza, pur essendo frequentemente enfatizzata la distinzione tra condizioni dell'azione e presupposti processuali (v. ad esempio Cons. St., Ad. plen., sent. 10, 11, 14, e 15/2018), non sempre c'è l'impegno a far corrispondere ad essa l'altrettanto enfatizzata distinzione tra sentenze di inammissibilità e sentenze di irricevibilità (per quanto riguarda queste). V. tra le molte C. GARS, sent. n. 304/2021, Cons. St., sent. n. 1598/2022, e sent. n. 2563/2022, la ricordata sentenza TAR Napoli, n. 2354/2018 e Cons. St., sent. n. 5010/2016. Soprattutto si nota che molto spesso la irricevibilità è collegata alla mancanza del solo presupposto processuale della tempestività, mentre per quanto riguarda le altre circostanze, pur qualificate come mancanza di presupposti processuali marcando la differenza rispetto alla mancanza delle condizioni delle azioni, si prospetta come esito processuale indistintamente tra le une e le altre, la statuizione di inammissibilità (v. ad esempio Cons. St., sent. 2734/2021, 5667/2014 e 3602/2014).

(29) In tal senso, v. MANDRIOLI, *op. cit.*, p. 783 ss., in specie p. 794 e VILLATA, *Inammissibilità e improcedibilità III Procedimento e processo amministrativo*, (1988), ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p. 609 ss., in specie pp. 612-615 e Id., *Presupposti III Diritto processuale amministrativo* (1988), ora in *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 617 ss., in specie pp. 627-634; SQUAZZONI, *Ancora in tema di rinvio a giudizio diretto del Consiglio di Stato*, in *Dir proc. amm.*, 2019, pp. 633-638.

(30) Al riguardo, riassuntivamente v. il già citato R. POLI, *Le nullità...*, pp. 1420-1421; nonché, prima ancora, con riguardo specifico al processo amministrativo, GALLO, *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, Milano, 1983, p. 134. In giurisprudenza, collega la nullità del ricorso con la statuizione di inammissibilità, TAR Napoli, sent. n. 1989/2020 (ma anche, sia pure sfumatamente, Cons. St., Ad. plen. sent. n. 5/2015).

(31) Al riguardo è interessante la ordinanza della Sez. IV del Cons. St. n. 3701/2021 di rimessione di questione alla Adunanza plenaria, circa l'ordine di esame delle questioni di rito e la assoluta priorità di quello circa la tempestività del ricorso, anche rispetto a quella sulla giurisdizione.

(32) Sulla inammissibilità (ed implicitamente della irricevibilità) come componenti di una locuzione che designa una pronuncia del giudice che comunque verte sulla nullità dell'atto

meglio ancora dal punto di vista della semplicità, solo di inammissibilità (comprendente i casi di irricevibilità (restando fermo che la rilevazione di questi può essere compiuta con una argomentazione molto succinta).

Quale che sia il nome della pronuncia del Giudice, resta che essa, come ogni dichiarazione dello stesso (ma anche, in generale, di qualsiasi soggetto giuridico) produce degli effetti preclusivi, come, del resto, è spiegato dagli artt. 358 e 387 del c.p.c. (33). Quello che è stato dichiarato dal Giudice in sentenza una volta, non può essere superato da una seconda pronuncia dello stesso allorché gli è stato riproposto lo stesso oggetto, il tutto secondo il noto principio, logico prima che giuridico, del *ne his in idem* (34), che si combina con quello della certezza del diritto.

Il ricorso che dal Giudice è stato dichiarato inammissibile per mancanza dell'interesse non può essere riproposto validamente, (a meno che non sia intervenuto un fatto nuovo, tale da far qualificare come nuovo il ricorso riproposto); ciò, non per la sua inammissibilità (o meglio per la sua inammissibilità-nullità) ma per effetto della pronuncia del giudice.

Lo stesso è dal punto di vista concettuale per il ricorso che è stato dichiarato irricevibile per la sua tardività, nel senso che il ricorso non può essere validamente riproposto se ciò che si ripropone presenta le stesse caratteristiche che hanno determinato la decisione del Giudice, mentre può esserlo se presenta elementi di novità tali da far risultare superata la pronuncia del Giudice perché avente un oggetto diverso (35).

Questa conclusione che si è offerta è in modo evidente non compatibile con la tesi per cui il ricorso che si presta ad essere dichiarato inammissibile o irricevibile (e che per chi scrive è semplicemente nullo) consuma l'azione o la impugnazione.

di iniziativa processuale, v. C. NATOLI, *Improponibilità, inammissibilità e improcedibilità della domanda giudiziale*, cit., pp. 23-24.

(33) Cfr. R. POLI, *Le nullità degli atti processuali*, cit., p. 1407, nonché ID., *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., p. 339.

(34) Per il riconoscimento di forza preclusiva alle sentenze del giudice amministrativo a seconda del loro contenuto, piuttosto che del modo in cui esse possono classificarsi, v. C. CACIAVALLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, *passim* ed in specie pp. 176, 184 e 194-218; nonché FRANCIOSI, *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Diri. proc. amm.*, 2007, p. 53 ss. In giurisprudenza sulla attitudine a formare giudicato anche da parte di c.d. sentenze di rito, essendo decisivo al riguardo ciò che sentenza stabilisce, v. Cons. St., sent. n. 2734/2021 e n. 3602/2014.

(35) Il caso può presentarsi con una certa facilità allorché si fanno valere diritti soggettivi e, quindi, si ha un termine per depositare il ricorso piuttosto ristretto (e, quindi, facilmente oltrepassabile), ma un termine per notificare il ricorso molto ampio (quello di prescrizione), sicché può darsi facilmente che il ricevente, notificato il ricorso, sia poi però incappato nella tardività del deposito di questo, ma sia ancora in termini per notificare un nuovo ricorso. In giurisprudenza, v. TAR Campania, sent. n. 3055/2015, mentre per la dottrina, v. VILLATA, *Presupposti processuali*, cit., p. 630 e E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in *Giust. amm.* a cura SCOCA, Torino, 2020, p. 307 ss.

Si potrebbe finire qui. Ciò, però, può sembrare inficiato da supponenza. Per questo si espone quello che segue.

È indubbio che la tesi tralasciata – quella della consumazione dell'azione – abbia trovato accoglienza e rilievo dalle sentenze della Adunanza plenaria del Cons. St. nn. 10., 11 e 14 del 2018 (36).

Pure indubbio è che dalle successive pronunce del Consiglio di Stato subisce tentativi solo che di erosione circoscritta alle conseguenze e, cioè, alla riproposizione del ricorso suscettibile di essere dichiarato irricevibile o inammissibile, ma non ancora dichiarato tale da alcuna pronuncia del Giudice (37).

Pure è indubbio che la espressione consumazione della azione o della impugnazione ricorre da parte degli operatori giuridici riguardo a casi del processo civile.

In contrario si nota in generale che nella elaborazione teorica sul processo amministrativo, che può essere considerato affine al processo civile solo a condizione che la parità dell'Amministrazione rispetto all'amministrato sia realtà e non aspirazione (38) e che, viceversa può essere considerato affine al processo costituzionale (salve le garanzie e la posizione dei giudicanti) non si guadagna nulla dalla dimostrazione della familiarità con le locuzioni proprie degli operatori del processo civile (39).

A parte ciò, si nota che la espressione consumazione della azione (come della impugnazione) è impropria perché un potere giuridico, quale quello di azione (come di impugnazione) non si consuma (piuttosto, a consumarsi e, cioè, ad estinguersi è la posizione che lo ha come oggetto).

Soprattutto, si nota che, stando alla lettera degli art. 358 e 387 del c.p.c., è contrastante con il diritto positivo collegare la esclusione della riproponibilità del ricorso, non alla statuizione del Giudice sull'atto di iniziativa processuale (come è stabilito dalle norme che si invocano), ma a ciò che c'è prima di essa e, cioè, ad uno stato del ricorso (in grado di determinare la pronuncia del Giudice, ma non coincidente con la stessa e neanche in grado di determinare la stessa in modo meccanico).

Ulteriormente, svolgendo una considerazione finale di ordine logico, si osserva che la tesi disattesa contrasta con la esigenza di attribuire un valore ad ogni

(36) Già citate in precedenza alle quali si è aggiunta quella della Adunanza plenaria n. 6/2022.

(37) V. ad esempio, Cons. St., sent. nn. 280/2021 e 6733/2021. Nella stessa direzione e cioè di una limitazione della intensità e della estensione del principio della consumazione della azione, come della impugnazione, v. la sentenza della Adunanza plenaria n. 6/2022, ricordata poco sopra, che ha sfornato la nozione della consumazione in quella della non frazionabilità di quest'ultima.

(38) V. al riguardo le interessanti considerazioni di M. MAZZAMUTO, *L'amministrazione agisce contro il provato di fronte al Giudice amministrativo*, in *u.w.w. Giustiziainsieme*, 2021.

(39) Dall'assillo per tale dimostrazione, però, sfuggono i cultori del diritto processuale civile più sorvegliati, come R. POLI (v. le sue tre opere *Invalitità ed equipollenza ...*, *Inammissibilità...* e *Le nullità ...*, citate nella precedente nota) che privilegiano l'impegno nella utilizzazione, invece, delle categorie della teoria generale, evidentemente reputando che la vita dell'ordinamento, in realtà, sia unitaria.

pronuncia del Giudice, perché la circostanza che il ricorso (in realtà nullo) si presti in futuro ad essere dichiarato inammissibile o irricevibile è da essa equiparata a quella che il ricorso sia stato preso in considerazione da parte del Giudice e da questo fatto oggetto di una sua sentenza. Secondo la impostazione disattesa, alla ricerca della configurazione di una pronuncia del Giudice puramente dichiarativa (40), si degrada la funzione del Giudice ad una pura esternazione priva di effetti propri.

Conclusione finale è che il ricorso dal Giudice dichiarato inammissibile o irricevibile presenta lo stato della nullità, sicché la inammissibilità e la irricevibilità sono solo formule di conclusione del giudizio che non hanno sotto di loro una distinta sostanza e viceversa sono unite dall'intervenire su un atto di iniziativa processuale che presenta la più generale condizione della nullità.

L'impiego di un termine anziché un altro (inammissibilità anziché irricevibilità, o viceversa) è quindi solo una disattenzione verso la diversità di impegno del Giudice per la decisione (e da questo punto di vista può essere stigmatizzata come una disattenzione ed estraneità rispetto all'ordine di attività del Giudice amministrativo), ma non è nulla di più.

FELICE ANCORA

(40) Circa la quale si è convinti che una sentenza puramente dichiarativa sia una astrazione mentale che non può riscontrarsi nella realtà, perché non si può ipotizzare che il Giudice si limiti a dichiarare senza nella disporre almeno indirettamente; v. al riguardo FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, pp. 384-432; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 620 ss.; F. ANCORA, *Fattispecie...*, cit., pp. 64-65.

PARTE SECONDA

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA SARDEGNA, Sezione II, 16 agosto 2021, n. 598 — FLAIM, *Consigliere Estensore* – T. e A. (avv. Ibba) c. Regione Autonoma della Sardegna (avv.ti Murrone e Parisi).

Erogazioni di contributi pubblici per eventi culturali - L. reg. 21 aprile 1955, n. 7 - D.lgs. 31 marzo 1998, n. 123 - Ricorso ordinario ex art. 29 c.p.a. - Eccesso di potere per sviamento - Violazione art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241 - Genericità della motivazione e lacunosità della stessa - Accoglie.

(L. reg. Sardegna, 21 aprile 1955 n. 7, art. 1, lett. c); d.lgs. 31 marzo 1998 n. 123, art. 5, comma 3°; l. 7 agosto 1990 n. 241, art. 3; d.lgs. 2020 n. 104, art. 29).

Laddove l'Amministrazione decida di modificare una precedente deliberazione indittiva di una procedura a evidenza pubblica finalizzata all'erogazione di contributi pubblici su base meritocratica, ai sensi della l. reg. 21 aprile 1955, n. 7, non può espungere i predetti criteri basati sul merito, e sulla importanza in termini turistici, in favore di una procedura più celere 'a sportello' ai sensi del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123. L'attuazione della normativa regionale di settore non può prescindere dall'applicazione dei criteri meritocratici ivi individuati e, in assenza di tale valutazione, la nuova procedura 'a sportello' che valuti le domande sulla base del mero ordine cronologico di presentazione non può che essere annullata con conseguente ripristino dell'originario criterio meritocratico (1).

FATTO. — Le ricorrenti sono Associazioni Culturali e Società Cooperative da anni attive in ambito artistico, culturale, e dello spettacolo, sia su scala nazionale, che internazionale. (*Omissis*) Proprio in considerazione delle notevoli capacità organizzative ed attrattive dimostrate negli anni con la realizzazione delle importanti

(1) La nota segue a p. 398.

manifestazioni, le ricorrenti sono state, in passato, beneficiarie di contributi in applicazione della l. reg. 21 aprile 1955, n. 7 rubricata «*Provvedimenti per manifestazioni, propaganda e opere turistiche*», in particolare ex art. 1, lett. c), che premia le iniziative che creano «*importanti ricadute positive in termini economici e di generare flussi turistici sui territori interessati*».

In linea con tale orientamento attuativo della norma, con la prima deliberazione del 7 agosto 2020, n. 41/21, la Giunta regionale ha approvato, per l'annualità 2020, i cartelloni tematici, le tipologie di interventi, la ripartizione dello stanziamento tra i diversi cartelloni tematici, i criteri di ammissibilità e rendicontazione, nonché (essenziale per quanto qui rileva) 'la griglia di valutazione' delle manifestazioni pubbliche di grande interesse turistico.

Discostandosi da tale, già definito, quadro di riferimento per la stagione estiva 2020 (*Omissis*) con la successiva Deliberazione del 25 settembre 2020, n. 48/2, avente ad oggetto «*Nuovi Criteri Generali di concessione dei contributi per l'anno 2020*», la Giunta Regionale ha approvato innovati criteri di concessione dei contributi, modificando drasticamente quelli in precedenza definiti. In particolare, la Giunta ha stabilito, modificando radicalmente il sistema di attribuzione dei finanziamenti, che l'erogazione dei contributi dovesse essere effettuata tramite una procedura 'a sportello', eliminando la 'griglia di valutazione', attribuendo i benefici sulla base dell'ordine cronologico di presentazione delle domande, sino all'esaurimento delle risorse stanziare. (*Omissis*)

Le ricorrenti, pur avendo inviato la domanda tempestivamente via PEC (*Omissis*), non conseguivano alcuna possibilità di finanziamento per gli eventi che erano stati organizzati e realizzati sulla base dei criteri definiti nella prima delibera dell'agosto 2020, coerenti alla l. reg. n. 7/1955.

Sono state formulate le seguenti censure: violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della l. reg. del 21 aprile 1955, n. 7; violazione dell'art. 5 del d.lgs. del 31 marzo 1998, n. 123; violazione art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241; violazione dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per sviamento e travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, ingiustizia manifesta, violazione dei principi generali in materia di pubblica amministrazione; difetto di motivazione. (*Omissis*)

DIRITTO. — (*Omissis*) La Giunta regionale ha iniziato il procedimento, il 7 agosto 2020 (con delibera della Giunta reg. n. 41/21),

attando un criterio (analogo a quello adottato ed applicato negli anni precedenti) valutativo del «*peso ed importanza*» delle Manifestazioni organizzate dalle Associazioni, nel rispetto dell'art. 1 della l. reg. 7/1955. (*Omissis*)

La difesa della Regione sostiene che, con il nuovo provvedimento assunto il 25 settembre 2020, con del. n. 48/2, la procedura precedentemente indetta, il 7 agosto 2020, con del. Giunta reg. n. 41/21 sarebbe stata «*implicitamente revocata*».

Il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e vada accolto.

Come valutazione preliminare va evidenziato che la possibilità di riconoscimento dei contributi regionali, riferiti ad «*eventi di grande richiamo turistico*» per la stagione estiva 2020 (realizzati e da realizzarsi), avrebbe dovuto avvenire nel rispetto dei criteri, prevalenti nella gerarchia delle fonti, scolpiti dalla l. reg. n. 7/1955.

E, dunque, secondo gli originari criteri, strutturati nel merito, contenuti nella Griglia n. 3 Allegata alla del. della Giunta reg. 7 agosto 2020, n. 41/21, coerente (ed attuativa) con la volontà del legislatore regionale. (*Omissis*)

Successivamente la Regione ha ritenuto di mutare radicalmente «*il sistema*» (giustificandolo con esigenze Covid), introducendo «*Nuovi criteri*», modificando i criteri essenziali di ammissibilità delle domande, tramite la pubblicazione della (seconda) deliberazione della Giunta reg. del 25 settembre 2020, n. 48/2 (sostanzialmente a realizzazione praticamente già concluse dei più importanti eventi della stagione estiva 2020). La selezione è stata, in particolare, modificata in procedura «a sportello», ove rileva il «*dato cronologico*» della trasmissione delle domande tramite PEC. (*Omissis*)

In questo contesto l'impugnazione promossa dalle Associazioni ricorrenti è fondata in quanto la loro sfera di tutela è meritevole di considerazione proprio in relazione al contenuto (vincolante) espresso della l. reg. n. 7/1955, che delinea ed individua i presupposti fondamentali per l'attribuzione dei finanziamenti. (*Omissis*) Le valutazioni ed analisi che la legge regionale impone come necessarie ed imprescindibili non hanno trovato applicazione a causa del mutamento nelle modalità di assegnazione dei fondi, di cui alla l. reg. 7/1955, effettuato con la seconda del. della Giunta reg. del 25 settembre 2020. (*Omissis*)

Sotto il profilo giuridico l'applicazione di una normativa superiore (l. reg. n. 7/1955) non poteva essere violata e stravolta con l'attribuzione di consistenti risorse a soggetti che erano stati solo più ve-

loci (di 2-3 secondi), con esclusione (per esaurimento del budget) di coloro che avevano articolato le proposte in modo da soddisfare le finalità indicate dal legislatore (che implicano una valutazione articolata e comparata). (*Omissis*)

In definitiva il ricorso va accolto, con annullamento dei provvedimenti impugnati e della procedura attuata secondo il criterio 'cronologico', modificato in corso di gara, con la del. n. 48/2 del 25 settembre 2020 (ad eventi realizzati). Con conseguente «*ripristino*» (quale effetto dell'annullamento della delibera modificativa), dell'originario criterio definito nell'agosto 2020 per lo svolgimento della procedura (con analisi del merito e dell'importanza delle manifestazioni), e per l'ottenimento dei contributi riferiti ai grandi eventi, attinenti alle manifestazioni estive 2020.

Come disciplinato con la (prima) delibera della Giunta reg. n. 41/21 del 7 agosto 2020, basata su criteri di rilevanza meritocratica, con valutazione del peso ed importanza degli eventi nonché dell'impatto che questi hanno sul territorio, in termini di correlato richiamo turistico. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo. (*Omissis*)

(1) **Sulle modalità di selezione a disposizione della p.a. in materia di erogazione di contributi pubblici alle associazioni culturali e il relativo controllo giurisdizionale.**

SOMMARIO: 1. Brevi cenni introduttivi la controversia. – 2. Sui vizi della violazione di legge e dell'eccesso di potere per sviamento. – 3. La L. reg. Sardegna del 21 aprile 1955, n. 7 e le sue finalità tipiche. – 4. L'istruttoria dell'amministrazione e il contrasto della procedura c.d. 'a sportello' con la l. reg. n. 7/1955. – 5. L'illegittimità della procedura di assegnazione dei contributi pubblici agli eventi culturali.

1. *Brevi cenni introduttivi la controversia.* – Nel caso in esame, l'associazione T. e altre hanno presentato ricorso ordinario, nanti il TAR Sardegna, avverso la deliberazione della giunta regionale sarda del 25 settembre 2020, n. 48/2, al fine di ottenere l'annullamento delle modifiche apportate alla procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione dei contributi agli eventi culturali svolti nell'anno 2020, indetta con precedente del. Giunta reg. del 7 agosto 2020, n. 41/21.

La Regione Autonoma della Sardegna ha motivato la decisione di mutare le regole di assegnazione, successivamente allo svolgimento degli eventi, sulla base di generiche esigenze di celerità procedimentale, legate agli «*effetti della pandemia da Covid-19*».

Conseguentemente, sono state modificate le precedenti modalità di assegnazione dei punteggi basate sulla griglia di valutazione di cui l'allegato n. 3 della del. Giunta reg. n. 41/21 e «*prevedendo l'assegnazione dei contributi con il più rapido sistema dello 'sportello'*».

In parte motiva del ricorso è stato contestato il mutamento dei criteri di selezione che, nella originaria deliberazione Giunta reg. n. 41/21, risultavano improntati ad una valutazione di carattere meritocratico, calcolata sulla base di una apposita griglia di valutazione, attributiva di precisi punteggi per i vari requisiti richiesti.

Nello specifico, le ricorrenti hanno lamentato la sussistenza dei vizi afferenti alla violazione di legge e all'eccesso di potere per sviamento poiché la nuova modalità scelta con la del. n. 48/2, ovvero sia la procedura 'a sportello', non sarebbe risultata conforme alle disposizioni sovraordinate in materia, stabilite dall'art. 1 della l. reg. n. 7/1955 *ratione temporis* applicabile. Difatti, il richiamato dato normativo prevedeva che: «*Allo scopo di incrementare lo sviluppo del turismo nel territorio della Regione, l'Amministrazione regionale è autorizzata ad erogare contributi e sussidi per: (Omissis) c) manifestazioni pubbliche di grande interesse turistico, che determinano particolare afflusso di turisti nelle località ove la manifestazione ha luogo (Omissis)*».

Le censure di parte ricorrente sono state accolte dal giudice, in particolar modo il primo e il terzo motivo di ricorso sono stati individuati come decisivi per il caso in esame. Nel dettaglio, il Collegio ha ritenuto che, dinanzi alle disposizioni sovraordinate di cui la l. reg. n. 7/1955 l'amministrazione avrebbe dovuto svolgere l'intera procedura di erogazione dei contributi pubblici sulla base di precisi criteri meritocratici, anziché secondo il mero ordine cronologico di presentazione della domanda e, pertanto, ha dichiarato illegittimo l'operato della p.a., la quale non avrebbe dovuto modificare la procedura indetta con la del. Giunta reg. n. 41/21 espungendo i precisi criteri di valutazione ivi contenuti.

2. *Sui vizi della violazione di legge e dell'eccesso di potere per sviamento.* – In materia di patologie dell'atto amministrativo e controllo giurisdizionale sull'azione amministrativa si iniziò a parlare già nel periodo post-unitario quando, con la l. 31 marzo 1889, n. 5992 (c.d. legge Crispi), è stata istituita la quarta sezione del Consiglio di Stato, la prima a godere di giurisdizione sui ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge (1).

Ai fini espositivi si darà precedenza alla violazione di legge che, precedentemente considerata una categoria residuale delle patologie dell'atto amministrativo (2), è ormai diventata rappresentante del maggior numero di censure sollevate nanti la giurisdizione amministrativa (3).

(1) SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1931, p. 407 ss.; BENVENUTI, *Consiglio di Stato (competenza)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 322 ss.

(2) CAVALLO PERIN, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, p. 445 ss.; LASCHENA, *Interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, XVIII, 1989, p. 1 ss.

(3) GASPARRI, *Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, p. 133 ss.; si veda anche CAMMEO-MIELE, *Corso di diritto amministrativo (1911-1914)*, ristampa con note di aggiornamento, Padova, 1960, p. 599 ss.

Da tempo considerata, a pieno titolo, una categoria dell'invalidità dell'atto amministrativo, la violazione di legge contribuisce a individuare la non conformità di un atto alle espresse previsioni di legge che definiscono un ordinamento giuridico in un determinato periodo storico (4) (5), tale approccio trova attualmente conferma nell'enunciato introduttivo della l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 1 ove si afferma che l'attività amministrativa: «*persegue i fini determinati dalla legge*».

La centralità del vizio della violazione di legge è rappresentata dal consolidamento di uno schema uniforme di sindacato di legittimità, che viene svolto sempre più secondo la medesima tecnica, condotto mediante il raffronto tra il provvedimento e l'intera normativa di riferimento del caso di specie (6).

In questo modo, si è andato a definire sempre di più uno strumento talmente efficace e incisivo che, ad autorevole dottrina (7), non è sfuggito l'assottigliarsi della barriera tra giurisdizione di merito e di legittimità (8). Si può, pertanto, evidenziare come se da un lato la dottrina ha utilizzato il vizio della violazione di legge come strumento per creare nuove forme di controllo sull'azione dell'amministrazione pubblica, al fine di contrastare un esercizio del potere scorretto e illegittimo; dall'altro, la giurisprudenza ha fatto proprie le suddette premesse, addivenendo all'attuale orientamento maggioritario che vede l'ambito di tale patologia dell'atto amministrativo espandersi, seppure prudentemente (9).

Analoga e sintetica indagine può svolgersi in riferimento alla patologia dell'eccesso di potere che, forse più di ogni altra deve la propria elaborazione all'incessante azione della giurisprudenza e della dottrina (10) (11). Difatti, le prime elaborazioni risalgono alla nascita delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, il quale arrivò a individuare ed assumere, primi parametri, *praeter* legislativi, alla stregua dei quali verificare la sussistenza di tale vizio.

(4) CAVALLO PERIN, *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. pubbl.*, Torino, 1999, p. 658 ss.

(5) ORUSA, *Violazione di legge (diritto amministrativo)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1975, p. 857 ss.

(6) SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, p. 1385 ss.; TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 539 ss.

(7) CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1976, p. 132 ss.; GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2000, p. 347 ss.

(8) CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Tratt. dir. amm.*, III, Padova, 1993, p. 327 ss.

(9) TAR Puglia, Sez. III, sent. 6 aprile 2017, n. 375; Cons. St., Sez. III, sent. 4 settembre 2020, n. 5355, in www.giustizia-amministrativa.it.

(10) Cons. St., Sez. IV, sent. 7 gennaio 1892, n. 3, in *Giust. amm.*, 1895, p. 1 ss.; Cons. St., Sez. IV, sent. 28 gennaio 1892, n. 32, in *Giust. amm.*, 1895, p. 77 ss.; Cons. St., Sez. IV, sent. 19 maggio 1893, n. 185, in *Giust. amm.*, 1893, p. 301 ss.

(11) CARDI-COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, p. 342 ss.

Sulla base di questi presupposti storici, la definizione dell'eccesso di potere è stata ricavata in via negativa, definendo le situazioni in cui il vizio non sussisteva (12).

Solo successivamente, grazie alle premesse elaborate da autorevole dottrina, è stato efficacemente rilevato come la funzione propria dell'eccesso di potere, quale vizio di legittimità autonomo, è il «bisogno di assicurare il corretto e imparziale esercizio dei poteri discrezionali» (13), con il fine di assicurare quindi il sindacato giurisdizionale anche su quella parte di funzione amministrativa che, all'epoca della sua introduzione, era non interamente disciplinata dalla legge. La figura dell'eccesso di potere è stata quindi introdotta nel nostro ordinamento al fine di permettere al giudice amministrativo di svolgere un sindacato di legittimità, seppur molto prudente (14), anche sull'esercizio della discrezionalità amministrativa, con la precisa funzione di garantire che la p.a. la utilizzasse in modo corretto e congruo rispetto all'interesse pubblico da perseguire (15).

Alla luce di quanto sopra, attualmente si definisce l'eccesso di potere come l'uso del potere discrezionale improntato al perseguimento di finalità differenti rispetto a quelle fissate dalla norma attributiva del potere stesso (16) (17).

Storicamente, l'eccesso di potere si articola in diverse figure sintomatiche (18) (19), tra le quali, ai fini espositivi, si darà rilievo esclusivamente alla figura dello sviamento di potere.

Quest'ultima è storicamente definita in dottrina come l'uso dei poteri discrezionali propri della p.a. per finalità o interessi diversi rispetto a quelli per i quali il potere è stato conferito, ovvero quando, perseguendo un interesse pubblico, viene utilizzato un potere diverso da quello previsto dalla legge (20), ad analogo approdo è si è arrestata anche la più recente giurisprudenza (21) (22) confermandone la profondità scientifica.

(12) Cons. St., Sez. IV, sent. 15 giugno 1900, n. 269, in *Giust. amm.*, 1900, p. 292 ss.; Cons. St., Sez. IV, 7 gennaio 1899, n. 5, in *Giust. amm.*, 1899, p. 31 ss.

(13) CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1899, p. 272 ss.

(14) CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, p. 291 ss.

(15) CARDI-COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, *Dig. pubbl.*, Torino, 1990, p. 342 ss.

(16) GASPARRI, *Eccesso di potere*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 124 ss.

(17) BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 22 ss.

(18) SATTA, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1978, p. 260 ss.; si veda anche: VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997, p. 105 ss.

(19) CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, p. 275 ss.

(20) A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV, Napoli, 1989, p. 414 ss.; GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, VII, Milano, 2019, p. 835 ss.

(21) Corte cost., sent. 25 febbraio 2008, n. 38, in *Giur. cost.*, 2008, p. 386 ss.

(22) Cons. St., Sez. V, sent. 27 luglio 2021, n. 5532; Cons. St., Sez. V, sent. 5 giugno 2018, n. 3401, in www.giustizia-amministrativa.it.

L'eccesso di potere per sviamento, pur risultando una patologia il cui ambito applicativo è assai liminale rispetto alla violazione di legge (23), rimane separata e distinta dalla violazione di legge, nonostante sia ormai pacifico che un provvedimento con cui l'amministrazione non persegue il fine cui è preordinato il potere esercitato, è sempre un atto che disattende lo schema normativo legittimante l'attribuzione di quel potere (24).

Pertanto, appare pacifico come ambedue le categorie di vizi siano oramai consolidate nel nostro ordinamento, al punto da costituire, allo stesso tempo, parametro operativo per il professionista del diritto (25), e criterio di valutazione sulla legittimità dell'azione amministrativa per il giudice (26).

3. *La l. reg. Sardegna del 21 aprile 1955, n. 7 e le sue finalità tipiche.* – A questo punto, occorre circoscrivere brevemente la disciplina applicabile al caso di specie individuandone gli elementi tipici e precettivi.

Le disposizioni rilevanti sono individuate nella l. reg. Sardegna n. 7/1955, art. 1, lett. c), *ratione temporis* applicabile, recante le disposizioni in materia di «*provvedimenti per manifestazioni, propaganda e opere turistiche*». Dal dato letterale della richiamata legge regionale risulta che le erogazioni dei contributi pubblici per gli eventi culturali sono erogate esclusivamente: «*Allo scopo di incrementare lo sviluppo del turismo nel territorio della Regione*», e segnatamente, alla lett. c) per «*manifestazioni pubbliche di grande interesse turistico, che determinano particolare afflusso di turisti nelle località ove la manifestazione ha luogo*».

Emerge, evidente, il primo elemento tipico e precettivo della disposizione in esame, ovvero: l'incremento dei flussi turistici nella Regione Sardegna ed il conseguente sviluppo del territorio mediante le risorse ivi portate dal turismo. Di pari clarità è il secondo elemento, il quale limita l'erogazione di contributi pubblici, per gli scopi appena menzionati, alle manifestazioni pubbliche capaci di mobilitare un grande afflusso di turisti ove hanno luogo, con evidenti effetti escludenti in ordine alle ipotesi di contribuzione a piccoli o medi eventi poiché esondante dai limiti della disposizione.

Laddove si volesse ricomprendere nelle categorie di cui al precedente paragrafo gli elementi tipici di cui sopra, bisognerebbe ricondurre la violazione della previsione di cui il comma 1° della l. reg. n. 7/1955 al vizio dello sviamento di potere, poiché improntata al perseguimento di finalità differenti rispetto a quelle

(23) PUBUSA, *Note sulle tendenze dell'eccesso di potere alla luce della l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1096 ss.; SCOCA, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in *Prospettive del processo amministrativo, Atti del convegno di studio Padova (1987)*, Padova, 1990, p. 171.

(24) CARDI-COGNETTI, *op. cit.*, p. 347 ss.; VIPIANA, *op. cit.*, p. 186 ss.

(25) VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, p. 291 ss.; AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Milano, 1976, p. 1252.

(26) TAR Trentino Alto-Adige, Sez. I, sent. 1° luglio 2020, n. 107; Cons. St., Sez. IV, sent. 20 gennaio 2015, n. 143, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

fissate dalla norma attributiva del potere stesso, e la violazione della disposizione di cui la lettera c) del primo comma, al profilo della violazione di legge in quanto non conforme alle espresse previsioni di cui la legge regionale in esame.

Così qualificate, le due censure prendono forma tangibile e coerente sotto il profilo sostanziale e, conseguentemente, dentro l'impianto della sentenza, consentendo di coglierne pienamente i principi di diritto sottesi.

4. *L'istruttoria dell'amministrazione e il contrasto della procedura c.d. 'a sportello' con la l. reg. n. 7/1955.* – Nello scenario sinora descritto, inizia a prendere forma l'ambito operativo in cui l'amministrazione ha sviluppato la propria istruttoria.

Nel caso di specie, la p.a. ha inizialmente previsto, con del. Giunta reg. n. 41/21, lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica basata, oltre che sul possesso di requisiti di carattere generale, sull'attribuzione di punteggi predeterminati per ogni requisito specifico richiesto dall'amministrazione e posseduto dagli operatori culturali concorrenti.

Successivamente, la Regione Autonoma della Sardegna ha modificato la procedura *in itinere* precedentemente indetta, emanando la successiva del. n. 48/2, la quale ha introdotto la procedura di selezione sulla base dell'ordine cronologico di presentazione delle domande (procedura c.d. 'a sportello' ex art. 5, comma 3°, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123), in vece dei previgenti criteri meritocratici. L'intera selezione ha avuto luogo in unica data e le somme complessive messe a fondo sono state esaurite nel corso di pochi secondi, a causa del frenetico invio delle PEC da parte degli operatori a partire dall'orario di apertura della selezione (segnatamente, le ore 8:00:00 del 22 ottobre 2020). In esito a tale procedura sono stati ammessi solo i primi 33 richiedenti (rispetto ai 164 che avevano presentato le domande di finanziamento).

Emerge, sin d'ora, la discrepanza tra le disposizioni sovraordinate e le patologie del provvedimento amministrativo individuate nelle premesse.

Una valutazione coerente circa la funzione tipica della l. reg. n. 7/1955, e i relativi requisiti meritocratici, avrebbe messo in evidenza come la procedura 'a sportello', per quanto formalmente legittima in altri procedimenti, non avrebbe potuto trovare sede nel caso di specie, in quanto attuativa di una indiscriminata e arbitraria apertura delle pubbliche erogazioni a soggetti non in possesso dei requisiti richiesti dal legislatore regionale.

L'espunzione della griglia di valutazione, a favore della erogazione per priorità di invio della domanda, ha comportato una sostanziale impossibilità di verificare i caratteri fondamentali delle manifestazioni beneficiarie delle erogazioni, ovvero: la determinazione del «*particolare afflusso di turisti nelle località ove la manifestazione ha luogo*» e il contributo allo sviluppo del turismo in Sardegna. Dall'istruttoria dell'Amministrazione sono state, pertanto, omesse le necessarie valutazioni richieste dalla l. reg. n. 7/1955, concretizzando, contemporaneamente, ambedue i vizi dell'eccesso di potere per sviamento e della violazione di legge, secondo il modello di cui al precedente paragrafo.

5. *L'illegittimità della procedura di assegnazione dei contributi pubblici agli eventi culturali.* – Sulla base dei presupposti finora esposti, appare evidente come sia la dottrina che la giurisprudenza amministrativa abbiano, sin dalla seconda metà del novecento, utilizzato i fenomeni patologici dell'atto amministrativo presi in esame, come strumenti incisivi per ricondurre nell'alveo della legalità l'operato dell'amministrazione (27).

Del pari, è emerso che, per quanto contigue, le due patologie rimangono ben distinte all'occhio attento dell'operatore del diritto, pur se a tratti appaiono sovrapporsi poiché oggettivamente liminali.

La soluzione a cui è giunto il TAR Sardegna appare, pertanto, ponderata e coerentemente inserita nel percorso elaborato da autorevole giurisprudenza.

Dinanzi alle varie censure proposte il giudice ha affrontato la controversia in maniera sistematica, rilevando fin da subito la «*violazione sostanziale dell'art. 1 lett. c) della LR 7/1955*» quale norma presupposta costituente «*imprescindibile "fonte e criterio" per l'attribuzione a terzi delle (rilevanti) risorse pubbliche*» cogliendo in maniera efficace l'illegittimità dell'azione amministrativa. Pertanto, il giudice ha riconosciuto come illegittimo l'operato dell'amministrazione, rappresentando che, in presenza di precisi criteri indicati da disposizioni sovraordinate, la p.a. non può ignorarli, in quanto non sarebbe rispettata né la funzione tipica della disposizione, né la previsione di legge stessa.

In conclusione, il TAR Sardegna ha evidenziato come l'operato dell'amministrazione, nel caso di specie, sia stato posto in frontale contrasto rispetto alla disciplina vigente, conformandosi all'approdo delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali in materia (28) (29).

Di conseguenza, in presenza di una espressa previsione di legge che stabilisce univoci parametri di assegnazione di contributi pubblici, l'amministrazione non può disapplicarli sulla base di generiche motivazioni, risultando la disposizione di carattere sovraordinato e preminente rispetto agli atti eventualmente adottati dalla p.a. volti in senso contrario che, pertanto, risulteranno illegittimi.

Laddove si verifichi una simile ipotesi, si rende necessario, alla luce della manifesta presenza delle patologie della violazione di legge e dell'eccesso di potere, incardinare apposita azione di annullamento avverso i provvedimenti lesivi, al fine di ottenere rimedio all'illegittimo esercizio del potere amministrativo.

MAURO SOGGIU

(27) TAR Lazio, Sez. I, 3 maggio 2012, n. 3943, in *Foro amm. TAR*, 2012, p. 1598 ss.; TAR Campania, Sez. IV, 22 giugno 2011, n. 3297, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 2053 ss.

(28) VIPIANA, *op. ult. cit.*, p. 186 ss.

(29) TAR Sardegna, Cagliari, Sez. I, 17 dicembre 2009, n. 2223, in *Foro amm. TAR*, 2009, p. 3673 ss.; TAR Liguria, Genova, Sez. II, 13 novembre 2008, n. 1961, in *Foro amm. TAR*, 2008, 3009 ss.

ENZO VULLO

LA REVOCA E LA MODIFICA
DEI PROVVEDIMENTI CAUTELARI CIVILI

SOMMARIO: 1. Generalità e ambito di applicazione dell'istituto di cui all'art. 669-*decies* c.p.c. – 2. I provvedimenti assoggettabili all'istanza di revoca o di modifica. – 3. I presupposti della revoca o modifica: i “mutamenti delle circostanze” e l'allegazione di fatti anteriori non conosciuti dall'istante. – 4. Il coordinamento fra la revoca o modifica e il reclamo. – 5. La competenza. – 6. Il procedimento. – 7. La reclamabilità del provvedimento già oggetto di revoca o di modifica. – 8. La revocabilità o modificabilità del provvedimento pronunciato dal giudice del reclamo.

1. *Generalità e ambito di applicazione dell'istituto di cui all'art. 669-*decies* c.p.c.* – L'art. 669-*decies* c.p.c. prevede che una misura cautelare – concessa prima del giudizio di merito o anche nel corso di esso – possa essere *revocata* o *modificata*, su istanza di parte, qualora ricorrano determinati presupposti (1), individuati dalla medesima norma nel verificarsi di “mutamenti nelle circostanze” (2) e/o nella “allegazione di fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare” (3).

(1) Per maggiore comodità del lettore riporto qui di seguito l'attuale testo dell'art. 669-*decies* c.p.c.: “[I]. Salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell'\\ “/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&cidDocMaster=3948143&idUnitDoc=20114488&nVigUnitDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Normativa” articolo 669-terdecies, nel corso dell'istruzione il giudice istruttore della causa di merito può, su istanza di parte, modificare o revocare con ordinanza il provvedimento cautelare, anche se emesso anteriormente alla causa, se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso, l'istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza. [II]. Quando il giudizio di merito non sia iniziato o sia stato dichiarato estinto, la revoca e la modifica dell'ordinanza di accoglimento, esaurita l'eventuale fase del reclamo proposto ai sensi dell'\\ “/ricerca/fonti_documento?idDatabank=10&cidDocMaster=3948143&idUnitDoc=20114488&nVigUnitDoc=1&docIdx=1&isCorrelazioniSearch=true&correlatoA=Normativa” articolo 669-terdecies, possono essere richieste al giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso l'istante deve fornire la prova del momento in

Prima di esaminare il regime dettato da questa disposizione e i vari problemi interpretativi che essa pone, conviene fornire alcune nozioni preliminari, ricordando che mentre per “revoca” s’intende la *caducazione* della misura cautelare, la “modifica” consiste, invece, in un *mutamento* “riduttivo o ampliativo”, in senso “quantitativo” (4) o “qualitativo” (5), del provvedimento originariamente assunto (6).

Aggiungiamo che la “modifica” di cui all’art. 669-*decies* c.p.c. cessa di essere tale – acquisendo i diversi connotati di radicale e inammissibile “*mutatio*” – allorché si chiedi la sostituzione della misura di cautela con un’altra di diverso tipo (effetto perseguibile solo mediante la proposizione di un nuovo ricorso cautelare) (7),

cui ne è venuto a conoscenza. [III]. Se la causa di merito è devoluta alla giurisdizione di un giudice straniero o ad arbitrato, ovvero se l’azione civile è stata esercitata o trasferita nel processo penale, i provvedimenti previsti dal presente articolo devono essere richiesti al giudice che ha emanato il provvedimento cautelare”.

(2) Tale requisito era già presente nella versione originaria dell’articolo, che fu introdotto – come tutto il *corpus* di norme del codice di rito che disciplinano il c.d. procedimento cautelare uniforme (artt. 669-*bis* – 669-*quaterdecies*) – dalla l. 26 novembre 1990, n. 353.

(3) Questa seconda fattispecie, a differenza della precedente, è stata aggiunta vari anni dopo l’introduzione del rito cautelare, e segnatamente dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80. Ricordo che prima della novella del 1990 (quando, dunque, non esisteva ancora il procedimento di cui agli artt. 669-*bis* – 669-*quaterdecies* c.p.c.), a fronte dell’assoluta irrevocabilità dei sequestri, la giurisprudenza si era invece assettata nel senso di ritenere ammissibile la revoca o la modifica dei provvedimenti d’urgenza (sia pronunciati *ante causam* sia concessi lite pendente) in forza dell’applicazione analogica o estensiva dell’art. 177, comma 2°, c.p.c. Questo (apprezzabile) indirizzo interpretativo, come giustamente notato in dottrina, lasciava peraltro irrisolti i problemi connessi “ai presupposti in virtù dei quali il potere di revoca potesse esercitarsi ed all’organo giurisdizionale chiamato a pronunciarsi sul provvedimento cautelare emesso *ante causam* dal pretore ex art. 701 c.p.c.” (così, GUALIGLIONE, *Il processo cautelare*, Napoli, 2006, p. 200 s., ed *ivi*, in nota, ampi richiami giurisprudenziali), problemi che l’art. 669-*decies* c.p.c. ha dunque l’indiscutibile merito di avere risolto.

(4) Per esempio, qualora si domandi una riduzione o, viceversa, un’estensione dei beni oggetto del provvedimento originario; oppure, nel caso si chiedi la modifica di un sequestro conservativo, in origine “autorizzato per un credito inferiore o superiore” (CECCHIELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, p. 151).

(5) Così, MERLIN, *La revoca e la modifica*, in AA.VV., *Il processo cautelare*, 5ª ed. a cura di G. Tarzia e A. Saletti, Padova, 2015, p. 461 ss., spec. p. 461; CECCHIELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 151.

(6) Sempre MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 461.

(7) Ancora MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 461, evocando l’ipotesi di richiesta di un provvedimento d’urgenza al posto di un sequestro, nonché CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, Padova, 1996, p. 7. *Contra*, CECCHIELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 151, secondo cui ammissibile passare ad altro *petitum*, per esempio “da una tutela

oppure si pretenda un provvedimento che non sia funzionalmente correlato con la domanda di merito prospettata con l'atto introduttivo del giudizio cautelare, ma strumentale, per esempio, a un'ulteriore e differente pretesa cumulata nel processo sul diritto cautelato (8).

Da un punto di vista sistematico, si ritiene comunemente che la revoca e la modifica del provvedimento si risolvano nel nuovo esercizio dell'originario potere cautelare del giudice (9); altrettanto pacifico sembra poi il riconoscimento della tendenziale non retroattività degli effetti della revoca o della modifica, i quali operano, dunque, *ex nunc* (10). Questo è vero, tuttavia, in linea di principio (motivo per cui ho definito solo "tendenziale" tale irretroattività), giacché – come altri hanno correttamente osservato – potranno esservi situazioni, "anche in relazione alla struttura delle singole misure cautelari, ove la revoca finirà col travolgere *ab origine* gli effetti derivati dalla cautela" (11).

La norma in esame ha portata generale, nel senso che si applica a tutti i provvedimenti soggetti al rito cautelare uniforme (12); so-

per sequestro ad una tutela d'urgenza" oppure "da una tutela possessoria ad una tutela per manutenzione e così via" e ciò in quanto, la "assimilazione ad una nuova istanza cautelare" giustificherebbe "alla luce della domanda (che può essere formulata anche in via riconvenzionale dal convenuto nel procedimento di revoca o modifica) la pronuncia di una misura qualitativamente diversa".

(8) Di nuovo MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 461 s.

(9) Vedi per tutti, con varietà di sfumature, TOMMASEO, *Commento agli artt. 73-77 della l. n. 353/1990*, in *Corr. giur.*, 1991, p. 95 ss., spec. p. 104; RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo processo cautelare*, in AA.VV., *Le riforme della giustizia civile* a cura di M. Taruffo, 1ª ed., Torino, 1993, p. 477 ss., spec. p. 526 s.; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, p. 769. Conf., in giurisprudenza, Trib. Milano, 14 settembre 2002, ord., in *Giur. mer.*, 2003, p. 1163, che sulla base di tale presupposto afferma l'inapplicabilità, al procedimento di revoca o di modifica, della sospensione feriale dei termini.

(10) Come sostengono, CECHELLA, in VACCARELLA, CAPPONI, CECHELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, p. 377 s.; ID., *Il processo cautelare*, cit., p. 151; SALETTI, *I controlli sulle misure cautelari*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, III, Milano, 1993, p. 631 ss., spec. p. 650 s.; MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 469 ss.; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 769; BASILICO, *I rimedi nei confronti dei provvedimenti cautelari alla luce dei nuovi artt. 669-"decies" e 669-"terdecies"*, in *Giur. it.*, 1994, IV, c. 21 ss., spec. c. 26 (anche in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, III, cit., p. 653 ss.).

(11) Sono parole di SALETTI, *I controlli sulle misure cautelari*, cit., p. 651, il quale fa l'esempio della revoca del sequestro, osservando come (ovviamente) non si potrebbe sostenere che "revocato un sequestro giudiziario o conservativo [...], gli atti di disposizione posti in essere prima della revoca, rimangano inopponibili al sequestrante", considerato che "l'inopponibilità è proprio ricollegata al permanere del sequestro"; MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 469 ss.

(12) Rammento che l'ambito di applicazione del rito cautelare uniforme è disciplinato dall'art. 669-*quaterdecies* c.p.c., norma motivo di delicate questioni ermeneutiche (sulle quale

pravvive, peraltro, la forma speciale di revoca del sequestro conservativo prevista all'art. 684 c.p.c. – da ritenersi tuttora in vigore, in quanto non abrogato né incompatibile con la disciplina introdotta dalla riforma del 1990 – che si attua mediante la sostituzione dell'oggetto del sequestro con il pagamento di un'idonea cauzione (il cui ammontare, ai sensi di tale disposizione, deve corrispondere al credito che ha dato causa alla cautela più le spese, “in ragione del valore delle cose sequestrate”) (13) (14).

Anche il testo dell'art. 669-*decies* c.p.c. – analogamente a quanto avvenuto per altre disposizioni del rito cautelare uniforme (15) – non corrisponde più a quello introdotto dalla l. n. 353/1990: nel 2005, infatti, il legislatore ha novellato la norma *de qua*, apportandovi tre importanti innovazioni su cui mi soffermerò ampiamente in seguito, ma alle quali conviene far cenno sin d'ora (16).

La prima riguarda i presupposti che condizionano l'esercizio del potere di revoca o modifica, i quali – come detto – comprendono oggi, oltre al “mutamento delle circostanze”, anche l'allegazione di fatti “anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al

vedi, per tutti, la sintesi critica di CONSOLO, DONZELLI, *Commento all'art. 669-quaterdecies c.p.c.*, in AA.VV., *Codice di procedura civile*, diretto da C. Consolo, 6ª ed., IV, Milano, 2018, p. 141 ss.).

(13) Così, SASSANI, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 670 ss., spec. p. 670; CONSOLO, DONZELLI, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, in AA.VV., *Codice di procedura civile*, diretto da C. Consolo, 6ª ed., IV, cit., p. 79 ss., spec. p. 80. Sull'art. 684 c.p.c. e, in particolare, sui rapporti fra questa norma e l'art. 669-*decies* c.p.c., vedi per tutti GIACOMELLI, *Commento all'art. 684 c.p.c.*, in AA.VV., *Codice di procedura civile*, diretto da C. Consolo, 6ª ed., IV, cit., p. 321 ss., spec. p. 327.

(14) In dottrina si sostiene che l'ipotesi prevista all'art. 684 c.p.c. – nonostante sia definita “revoca” nella rubrica e nel testo di tale norma – sarebbe “piuttosto assimilabile ad una conversione” dell'“oggetto” del sequestro conservativo” (così per tutti, da ultimo, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 12ª ed., I, Torino, 2019, p. 253, cui *adde*, per ulteriori riferimenti, GIACOMELLI, *Commento all'art. 684 c.p.c.*, cit., p. 322).

(15) Precisamente, delle tredici norme che il codice di rito dedica al processo cautelare uniforme (vedi *supra* alla nota 2), il legislatore ha modificato, dopo la loro introduzione, gli artt. 669-*ter*, 669-*quater*, 669-*quinqies*, 669-*septies*, 669-*opties*, 669-*decies* e 669-*terdecies* (anche se va detto che solo in alcuni casi si è trattato di innovazioni significative, mentre in altri l'intervento è stato motivato da ragioni di coordinamento “tecnico” con leggi posteriori alla riforma del 1990).

(16) Le novità cui si fa riferimento nel testo sono tutte effetto del già ricordato d.l. n. 35/2005, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 80/2005.

provvedimento cautelare”, con l’onere per l’istante, in questo caso, di “fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza” (17).

La seconda novità – attuata sempre dal d.l. n. 35 del 2005 – è conseguenza della contestuale introduzione della disciplina dei provvedimenti cautelari a c.d. strumentalità attenuata (18). Infatti,

(17) Pur rinviando al par. 3 per l’esame dettagliato di tali presupposti, mi preme ricordare che, subito dopo la novella del 1990, autorevole dottrina aveva criticato la scelta del legislatore, sostenendo che “sarebbe stato opportuno concedere al giudice un pieno potere di modificazione e revoca”, esercitabile, in particolare, anche nel caso di “opinione negativa del giudice del merito” circa “l’esistenza dei presupposti della misura cautelare” (E.F. RICCI, *I provvedimenti interinali e cautelari*, in BORRÈ, CASTELLANO, PROTO PISANI, E.F. RICCI, TARUFFO, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, p. 49 ss., spec. p. 58).

(18) Si definiscono a “strumentalità attenuata” – ai sensi dell’art. 669-*octies*, comma 6°, c.p.c., come novellato dal d.l. n. 35/2005, convertito con modificazioni dalla l. n. 80/2005 – quei provvedimenti cautelari ai quali non si applicano le disposizioni di cui allo stesso art. 669-*octies* c.p.c. e al primo comma dell’art. 669-*octies* c.p.c., e quindi, segnatamente, “i provvedimenti di urgenza emessi ai sensi [c.p.c.] e [gli] altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito, previsti dal codice civile o da leggi speciali, nonché [i] provvedimenti emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell’[c.p.c.] [mio il corsivo]”. Ciò significa, in altre parole: 1) che qualora sia pronunciato *ante causam* un provvedimento cautelare (di accoglimento) appartenente a questa particolare tipologia (i.e., a strumentalità attenuata), esso conserva efficacia anche quando il beneficiario non instauri il giudizio di merito rispetto al quale tale misura è preordinata; 2) che di conseguenza (e “a monte”) per il giudice della cautela non sussiste, in questo caso, il dovere di fissare nell’ordinanza concessiva del provvedimento il termine per l’introduzione della causa di merito; 3) che il giudizio di merito può comunque essere avviato da una qualsiasi delle parti (*ergo*, sia dal beneficiario sia dal soggetto passivo della cautela); 4) che se il giudizio di merito, una volta instaurato, si estingue, il provvedimento cautelare “anticipatorio” (*melius*, uno dei provvedimenti menzionati al comma 6° dell’art. 669-*octies* c.p.c.) conserva la propria efficacia. Inoltre, ai sensi del successivo comma 8° dello stesso art. 669-*octies* c.p.c., l’estinzione del giudizio di merito ugualmente non determina l’inefficacia di un provvedimento appartenente al novero di quelli indicati al sesto comma domandato e concesso in corso di causa (i.e., “lite pendente”) (in generale sui provvedimenti cautelari anticipatori c.d. a strumentalità attenuata, vedi per tutti QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006; DAMIANI, *La tutela cautelare anticipatoria*, Napoli, 2018; D’AMICO, *Autonomia ed effetti del provvedimento cautelare anticipatorio*, Napoli, 2018). In sintesi, dunque, può dirsi che le misure cautelari, dopo la novella del 2005, “si atteggiavano diversamente rispetto al giudizio di merito”: in particolare, mentre alcune di esse, per non perdere efficacia, “continuano a postulare una decisione sul merito della controversia, altre sono state affrancate da questo vincolo, acquisendo una valenza autonoma, indipendentemente dalla decisione sul merito, che può mancare” (SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in AA.VV., *Il processo cautelare*, 5ª ed. a cura di G. Tarzia e A. Saletti, cit., p. 284). Si tratta di una scelta normativa - auspicata da una parte della dottrina e che trova un precedente diretto in un’analoga disposizione dell’abrogato rito societario (mi riferisco all’abrogato art. 23 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, al quale va aggiunto il terzo comma del successivo art. 24, ove si prevedeva, nella seconda parte, che “l’estinzione del giudizio di merito non determina l’inefficacia dei provvedimenti d’urgenza e degli altri provvedimenti idonei ad anticipare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito), ispirandosi altresì, in una pro-

tenuto conto che da un lato questi non sono necessariamente seguiti dall'instaurazione della causa di merito e sopravvivono all'eventuale estinzione di essa, e che, dall'altro, la versione originaria della norma attribuiva la competenza alla revoca o alla modifica esclusivamente al giudice istruttore della causa di merito, il legislatore ha dovuto integrare l'art. 669-*decies* c.p.c., prevedendo che "quando il giudizio di merito non sia stato iniziato o sia stato dichiarato estinto", la competenza per la modifica e la revoca spetti al giudice che ha concesso la misura cautelare.

La novella del 2005 ha riscritto, infine, l'*incipit* della norma – intervenendo altresì sul secondo comma e ancora sull'art. 669-*terdecies*, comma 4°, c.p.c. – per risolvere il problema del coordinamento fra la richiesta di revoca o modifica e il rimedio del reclamo (anche se sulla questione restano ancora, come vedremo, dubbi interpretativi: cfr. *infra sub* par. 3).

2. *I provvedimenti assoggettabili all'istanza di revoca o di modifica.* – Se, come detto, la disciplina di cui all'art. 669-*decies* c.p.c. si applica ad ogni misura soggetta al rito speciale, la stessa norma non indica però espressamente quali, tra i diversi tipi di provvedimento con cui può concludersi il giudizio cautelare, siano assoggettabili a revoca o modifica.

A fronte di questa lacuna, tuttavia, i provvedimenti *de quibus* sono pacificamente individuati in quelli "positivi", *i.e.* che abbiano accolto in tutto o in parte la domanda di cautela (19), compresi quelli concessi in fase di reclamo (20).

Altrettanto indubbio, di contro, è che il rimedio previsto dall'art. 669-*decies* c.p.c. non sia esperibile in caso di pronuncia di ri-

spettiva comparatistica, all'istituto del *référé* di diritto francese (sul quale vedi, per tutti, le monografie di JOMMI, *Il référé provision*, Torino, 2005 e SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005, e ivi i necessari riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza transalpina) – la cui *ratio* è ravvisabile nell'esigenza di evitare che qualora il provvedimento cautelare, anticipando in tutto o in parte la decisione di merito, sia idoneo a soddisfare il bisogno di tutela della parte istante, questa sia comunque costretta ad affrontare il tempo e i costi del processo di cognizione (così, *ex multis*, GUAGLIONE, in AA.VV., *La riforma del processo civile* a cura di Cipriani e Monteleone, Padova, 2007, p. 477 s.).

(19) Vedi RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 778.

(20) Cfr. *infra sub* par. 8.

getto, avverso la quale la parte interessata potrà solo proporre reclamo ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. (21) (oppure, esaurito tale rimedio o decorsi i relativi termini, avanzare una nuova domanda cautelare nei limiti stabiliti all'art. 669-*septies* c.p.c.) (22).

Si sostiene, inoltre, che l'istanza di revoca o modifica sarebbe altresì ammessa nei confronti del provvedimento che abbia modificato una precedente misura (23), anche se taluno limita questa possibilità all'ipotesi di modifica "migliorativa", mentre quella "peggiorativa" – come pure la revoca dell'originaria cautela – sarebbe assimilabile, a tali effetti, al provvedimento di rigetto della domanda cautelare e soggetta, quindi, esclusivamente a reclamo (vedi *supra*) (24).

Nonostante il diverso avviso di parte della dottrina, a me pare che oggetto della richiesta di revoca o di modifica possa essere anche il solo provvedimento (accessorio) con cui il giudice della cautela imponga all'istante una cauzione per l'eventuale risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 669-*undecies* c.p.c.; e ciò, a mio avviso, indipendentemente dal fatto che si domandi o no contestualmente al giudice un analogo intervento sulla misura cautelare cui la cauzione stessa accede (25). In altri termini, e più in generale, ritengo che la natura cautelare del provvedimento con cui il giudice stabilisce la cauzione (26), deponga a favore dell'applicabilità diretta delle

(21) Ancora RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 779.

(22) Sui problemi relativi al concorso fra riproposizione della domanda cautelare in caso di provvedimento negativo e reclamo, vedi se vuoi VULLO, *Procedimenti cautelari in generale*, Bologna, 2017, p. 572 ss.

(23) Così ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 65 ss., spec. c. 80; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 778 s.

(24) In tal senso. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 779.

(25) Conf., PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 360; SASSANI, *Commento all'art. 669-undecies c.p.c.*, in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., p. 676 s., spec. p. 677. Diff., RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 572, per il quale "l'eventuale revoca o modifica della cauzione, dovrà [...] essere intesa come revoca dell'ordinanza cautelare stessa [...] o come modifica della misura cautelare (principale) limitatamente al capo relativo alla cauzione [...]".

(26) È opinione diffusa che la cauzione prevista all'art. 669-*undecies* c.p.c. risponda allo scopo di garantire la fruttuosità di una futura ed eventuale azione risarcitoria che il destinatario passivo della cautela potrebbe proporre ai sensi dell'art. 96, comma 2°, c.p.c. (SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, in AA.VV., *Il processo cautelare* a cura di G. Tarzia e A. Saletti, 5ª ed., cit., p. 424; POTOTSCHNIG, *Commento all'art. 669-undecies c.p.c.*, in AA.VV., *Provvedimenti urgenti per il processo civile* a cura di G. Tarzia e F. Cipriani, Padova, 1993, p. 383 ss., spec. p. 384; RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 537; ARIETA, *Le cautele. Il processo cautelare*, 2ª

norme del rito uniforme, certamente dell'art. 669-*decies* c.p.c., ma direi anche degli artt. 669-*septies* e 699-*novies* c.p.c. (27): una prospettiva interpretativa che non mi sembra contrasti con la natura certamente “ancillare” (o accessoria) del provvedimento in esame rispetto alla misura cautelare cui esso accede (28).

ed., Padova, 2011, p. 1001, per il quale, tuttavia, il risarcimento dei danni potrebbe sorgere anche da un'azione per lite temeraria ai sensi del comma 1° dello stesso art. 96 c.p.c.; MARELLI, *Il nuovo processo cautelare*, in AA.Vv., *Le riforme della giustizia civile* a cura di M. Taruffo, 2ª ed., Torino, 2000, p. 543 ss., spec. p. 585; CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, pp. 230 e 233; SAMORI, *Commento all'art. 669-undecies c.p.c.*, in AA.Vv., *Commentario breve al codice di procedura civile* a cura di F. Carpi e M. Taruffo, 4ª ed., Padova, 2004, p. 2058; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, cit., p. 154), con la precisazione che il danno risarcibile comprenderebbe – benché l'art. 669-undecies c.p.c., a differenza dall'abrogato art. 674 c.p.c., non lo dica *apertis verbis* – anche la rifusione delle spese di lite (SASSANI, *Commento all'art. 669-undecies c.p.c.*, cit., p. 677; OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1992, p. 56; SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 424, e, se ben intendo, LA CHINA, *Diritto processuale civile*, Milano, 1991, p. 496; *contra*, ARIETA, *op. cit.*, p. 1001 e, direi, VIANELLO, *Procedimenti cautelari*, Torino, 1998, p. 208); azione risarcitoria che, come stabilisce la norma che la contempla (ossia, come già ricordato, l'art. 96, comma 2°, c.p.c.), sarà esperibile ogni qualvolta il giudice accerti inesistente il diritto a tutela del quale è stata concessa ed eseguita una misura cautelare e l'attore abbia agito “senza la normale prudenza”. Ebbene, se la dottrina prevalente pare dunque stabilire un rapporto di esclusività funzionale tra la cauzione prevista dall'articolo in esame e l'azione risarcitoria ex art. 96, comma 2°, c.p.c., tuttavia a mio avviso coglie nel segno chi sostiene invece che questa forma di “contro-cautela” sia concedibile a garanzia di “ogni possibile risarcimento derivante dall'attuazione della misura cautelare” (così CARRATTA, in AA.Vv., *I procedimenti cautelari*, diretto da A. Carratta, Bologna, 2013, p. 277; ID., in CARRATTA, TARUFFO, *Poteri del giudice*, Bologna, 2011, p. 603. In termini analoghi – ma, a mio sommo avviso, meno limpidi – vedi già RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 569 s.) (ma direi – più in generale – conseguente alla concessione del provvedimento stesso) (TARZIA, SALETTI, voce *Processo cautelare*, in *Enc. dir., Aggiornamenti*, V, Milano, 2001, p. 837 ss., spec. p. 846 alla nota 62), anche se poi, in concreto, l'ambito applicativo dell'istituto pare destinato a esaurirsi in relazione alla specifica figura di responsabilità processuale aggravata poc'anzi richiamata (in tale prospettiva, oltre all'ipotesi dell'azione risarcitoria prevista dall'art. 96, comma 2°, c.p.c. si potrebbe pensare – come suggerisce ARIETA, *op. cit.*, p. 1001 – a quella per lite temeraria ex art. 96, comma 1°, c.p.c.). Detto ciò, per ampliare ulteriormente l'operatività della cauzione, bisognerebbe immaginare casi in cui: a) dall'esecuzione della cautela derivi, per il soggetto passivo di questa, un'azione per il risarcimento dei danni, b) il diritto cautelato sia stato accertato esistente (perché viceversa – ovvero se il diritto stesso fosse ritenuto inesistente all'esito del processo di merito – si ricadrebbe fatalmente nella previsione dell'art. 96 c.p.c.); ebbene, se tale possibilità non è da escludere, mi sembra tuttavia che, al verificarsi di quest'ipotesi, i soggetti passivi dell'azione risarcitoria dovrebbero di regola essere gli organi giurisdizionali (o i loro ausiliari) e non il ricorrente che ha prestato la cauzione (cauzione che, dunque, non potrebbe fungere da garanzia in fattispecie di questo tipo).

(27) Vedi PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 360. *Contra*, RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 571 s. *La nuova disciplina del processo civile*,

(28) Una strumentalità che comporta, naturalmente, l'impossibilità che la cauzione sopravviva al provvedimento cautelare rispetto al quale funge da “contro-misura” (così, per esempio, la revoca della misura di cautela comporta l'automatica caducazione della cauzione stessa).

3. *I presupposti della revoca o modifica: i “mutamenti delle circostanze” e l’allegazione di fatti anteriori non conosciuti dall’istante.* – Riguardo ai presupposti su cui può fondarsi la domanda di revoca o di modifica, ho già ricordato che mentre la versione originaria della norma si limitava a prevedere i “mutamenti nelle circostanze”, la riforma del 2005 ha aggiunto un altro motivo consistente nella “allegazione di fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare”.

Ebbene, iniziando dal primo di questi requisiti, conviene subito precisare che i termini del dibattito sul significato dell’espressione “mutamenti delle circostanze” sono (parzialmente) cambiati in seguito all’introduzione – poc’anzi evocata – dell’espressa possibilità per l’istante di dedurre, a sostegno della propria richiesta, fatti preesistenti.

Premesso ciò, volendo ripercorrere dall’esordio il confronto dottrinale e giurisprudenziale sul concetto di “mutamenti di circostanze” (29), ricordo che all’indomani della novella del 1990 (e quindi dell’istituzione del rito cautelare uniforme), si erano andati delineando diversi orientamenti interpretativi.

In particolare, secondo un primo e più restrittivo indirizzo, l’espressione utilizzata dal legislatore andrebbe riferita esclusivamente ai mutamenti delle circostanze di fatto aventi natura “extra-processuale”, ossia ai fatti storici sopravvenuti alla decisione cautelare (30), nonché, per alcuni, allo *ius superveniens* (31) (32).

(29) Prima di esaminare le diverse opinioni sul significato da attribuire all’espressione utilizzata dal legislatore, va notato come risulti del tutto irrilevante l’uso del plurale “mutamenti” invece che del singolare “mutamento”, nel senso che sarà senz’altro sufficiente anche la deduzione di un singolo mutamento delle circostanze a rendere ammissibile la richiesta di revoca o modifica: FRUS, *Commento all’art. 669-decies c.p.c.*, in AA.VV., *Le riforme del processo civile a cura di S. Chiarloni*, Bologna, 1992, p. 737 ss., spec. p. 739; conf., CONSOLO, DONZELLI, *Commento all’art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 82.

(30) Tra i molti studiosi riconducibili a questo orientamento interpretativo, ricordo TOMMASEO, *Commento agli artt. 73–77 della l. n. 353/1990*, cit., p. 104; ATTARDI, *Le nuove disposizioni del processo civile*, Padova, 1991, p. 253 s.; MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Digesto IV, Discipline privatistiche*, Sezione civile, XIV, Torino, rist. 1997 (1ª ed., 1996), p. 393 ss., spec. p. 418; EAD., *Commento all’art. 669-decies c.p.c.*, in AA.VV., *Provvedimenti urgenti per il processo civile a cura di G. Tarzia e F. Cipriani*, cit., p. 370 ss.; G. VERDE, in G. VERDE, DI NANNI, *Codice di procedura civile*, Torino, 1993, p. 476 ss.; CECCHIELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 143; SALETTI, *I controlli sulle misure cautelari*, cit., p. 645 ss.; RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 529; MAMMONE, in DINI, MAMMONE, *I provvedimenti d’urgenza*, 7ª ed., Milano, 1997, p. 630 s. In giurisprudenza, vedi Pret. Parma, 4 marzo 1995, ord., in *Foro it.*, 1995, I, c. 489 ss.; Trib. Napoli, 11 maggio 2000, in *Giur. nap.*, 2000,

A quest'orientamento si contrappone l'opinione più "largheggiante" di altri studiosi (e prevalente fra i giudici di merito), che propongono una lettura "estensiva" della formula contenuta all'art. 669-decies c.p.c.: segnatamente, per alcuni essa comprenderebbe anche i mutamenti c.d. "processuali" delle circostanze, come ad esempio il "ribaltamento del *fumus boni iuris* eventualmente prodottosi in corso di causa in virtù di esiti istruttori o modifiche di allegazioni" (33), mentre altri sostengono che sarebbe addirittura ammessa l'allega-

p. 287 ss., con osservazione di AN. PE., secondo cui la revoca *de qua* può essere disposta, da parte del giudice istruttore della causa di merito, "solo ove si accerti l'intervento di sopravvenienze, vale a dire circostanze extraprocessuali non esistenti e non conoscibili in precedenza, e che non potevano prospettarsi al giudice della cautela, anche in sede di reclamo".

(31) Così, CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 143; RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 529.

(32) La giurisprudenza di legittimità ha precisato che la nozione di "mutamenti di circostanze" certamente non è comprensiva delle "considerazioni in diritto sulla concedibilità della cautela": Cass. 18 giugno 2014, n. 13903, in *De Jure*, spec. in motivazione.

(33) Vedi SASSANI, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 671; SAMORÌ, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura civile* a cura di F. Carpi e M. Taruffo, 4^a ed., cit., p. 2055; OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 73 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 12^a ed., I, cit., p. 253 (mutando, a quanto pare opinione, rispetto al passato quando tale studioso riteneva preferibile la "tesi restrittiva", ossia quella che attribuisce natura extraprocessuale alle mutate circostanze, "seppur con una particolare eccezione per il caso dei risultati di una istruttoria ormai conclusa": *Il nuovo procedimento cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 309 ss., spec. p. 328 s., nel testo e a nota 56); ARIETA, in MONTESANO, ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Napoli, 1991, p. 149 s.; F. VERDE, *I provvedimenti cautelari. La nuova disciplina*, cit., Padova, 2006, p. 186 s.; Trib. Messina, 15 dicembre 1997, ord., in *Giur. mer.*, 1998, p. 936; Trib. Udine, 14 dicembre 1994, ord., in *Foro it.*, 1995, I, c. 2295 s.; Trib. Venezia, 5 marzo 1990, ord., in *Foro it.*, 1991, I, 641 ss., con nota di SIMONE, *Società di calcio e denominazioni sociali confondibili: di Venezia ce n'è una sola!*; conf., se ben intendendo, anche Trib. Parma, 13 giugno 1994, ord., in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 488 ss.; per la rilevanza di nuove istanze istruttorie, vedi anche Trib. Catania, 3 aprile 2002 (originariamente, a quanto conta, in *www.judicium.it*, ma non più consultabile sul sito e citata, invece da GIOVAGNONI, CAPITANO, *I procedimenti cautelari*, Milano, 2010, p. 64, nonché da DE MATTEIS, *La riforma del processo cautelare*, Milano, 2006, p. 427 alla nota 185). Dopo la riforma del 2005 questa opinione è stata riaffermata da LUIISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, p. 226, da MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, in CONSOLO, LUIISO, MENCHINI, SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, I, Milano, 2006, p. 95 s., nel testo e alla nota 54, e, se non erro, PUNZI, *Il processo civile*, 2^a ed., Torino, 2010, III, p. 57, e, in giurisprudenza, da Trib. Torino, 14 febbraio 2013, in *De Jure*, secondo la quale "va accolta l'istanza di revoca del sequestro ex art. 669-decies c.p.c. qualora venga provato che non sussistono più i presupposti [*fumus boni iuris* e *periculum in mora*]" per il suo mantenimento. Per LUIISO, SASSANI, *op. cit.*, p. 226, la richiesta di modifica e revoca potrebbe essere fondata "anche sulle acquisizioni probatorie che si realizzano nel processo di merito, purché si tratti di acquisizioni decisive [mio il corsivo]".

zione di fatti deducibili già in sede cautelare ma non dedotti e l'indicazione di nuove prove (34). In entrambe le prospettive, dunque, l'istituto in esame si configurerebbe non solo come strumento volto ad adeguare la misura cautelare ai mutamenti della realtà extraprocessuale, ma diverrebbe anche mezzo per sollecitare il riesame dell'originaria legittimità e/o opportunità del provvedimento stesso “alla luce della deduzione di quanto non dedotto nel procedimento di autorizzazione” o dei “risultati” via via emersi “dalla trattazione ed istruzione della causa nel corso del processo di merito” (35).

A mio avviso, la prima e più rigorosa interpretazione è certamente preferibile – anche se con l'adattamento di cui parlerò fra breve – non solo perché più coerente alla lettera della norma (36), ma soprattutto in quanto pare l'unica compatibile con il reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.*, ossia di “uno strumento di natura impugnatoria” (37), la cui definizione (o mancato esperimento nei termini), determina “una forma di preclusione delle deduzioni delle parti e, [...] in generale, dell'esercizio della cognizione cautelare, idonea a comprendere tutte le ragioni prospettate o prospettabili in senso contrario alla concessione della misura” (38). In altre parole, a me

(34) Appartengono a quest'indirizzo più “liberale” PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 357 (tesi, direi, poi sostanzialmente confermata da questo insigne studioso in ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, 6^a ed. con un intervento sulla crisi della giustizia civile, Napoli, 2021, p. 650); FRUS, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 740 ss.; ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari*, cit., c. 79 s.; TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 2004, p. 908 ss., spec. p. 909 s.; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 41 ss.; MARELLI, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 614 ss. (se ben intendo, e comunque nell'ambito di un esame più articolato che considera separatamente l'ipotesi del provvedimento di rigetto e quella di accoglimento dell'originaria istanza cautelare); Trib. Roma, 23 ottobre 1996, ord., in *Foro pad.*, 1997, I, c. 138 ss., con nota senza titolo di LUONGO; Trib. Firenze, 15 maggio 1995, ord., in *Foro it.*, 1996, I, c. 1097 s.; Trib. Foggia, 12 luglio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2983 s., ma con riferimento ai “fatti preesistenti al provvedimento [cautelare] ma non sottoposti all'esame del giudice perché ignorati” (e quindi anticipando la modifica normativa per cui avrebbe optato la riforma del 2005); Trib. Bari, 25 marzo 1993, ord., in *Foro it.*, 1993, I, c. 1680 s.

(35) Le parole tra virgolette sono della MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 462.

(36) Così, GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, cit., p. 202, pur riferendosi al testo della norma precedente alla novella del 2005; ma direi che – come si spiegherà nel testo – il fondamento letterale della tesi più “restrittiva” sembra confermato anche alla luce della versione oggi in vigore dell'art. 669-decies c.p.c.

(37) Ancora MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 464. Ma sulla natura del reclamo, vedi, per più ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza, *infra* alla nota 50.

(38) In questo senso, con il consueto acume e chiarezza, MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 464.

sembra che la tesi c.d. “estensiva” (specie nella sua versione più largheggiante) (39) non sia da condividere giacché finisce col trasformare la revoca/modifica in un inammissibile doppione del reclamo cautelare, determinando una sovrabbondanza di rimedi avverso la misura cautelare, un eccesso di tutela non solo manifestamente irragionevole, ma fonte di ulteriori (e difficilmente risolvibili) problemi di coordinamento.

Com'accennato in apertura di paragrafo, l'adesione alla tesi restrittiva deve oggi fare i conti con l'introduzione – avvenuta nel 2005 – del nuovo e diverso requisito previsto dall'art. 669-*decies* per chiedere la revoca o la modifica della misura cautelare, ossia “l'allegazione di fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare”, fatti rispetto ai quali è onere dell'istante provare il momento in cui ne ha avuto conoscenza. Ebbene, un'autorevole studiosa ha convincentemente osservato che se, per effetto di quest'intervento normativo, è ora ammessa la deduzione di fatti già esistenti al momento della concessione del provvedimento, tuttavia la condizione che tali fatti fossero “ignoti” all'istante conferma che al rilascio della misura cautelare “è collegata la preclusione non solo del dedotto ma anche del deducibile, seppure inteso in senso non severamente oggettivo, ma soggettivo (essendo sottratto alla preclusione quanto era oggettivamente deducibile, ma la parte non poteva dedurre perché “non conosciuto”)” (40). Alla luce di tale considerazione, dunque, non c'è motivo di discostarsi, anche dopo la novella del 2005, dall'orientamento interpretativo più rigoroso secondo cui ai fini dell'applicabilità dell'istituto in esame rilevano i soli fatti storici sopravvenuti alla decisione cautelare e non quelli che la parte poteva dedurre nel corso del giudizio a monte della decisione stessa (41). Ciò non esclude, peraltro, che tale indirizzo ermeneutico possa subire dei temperamenti mediante il ricorso a un ragionevole uso dell'analogia: in tal senso, per esempio, si è riconosciuta la possibilità di chiedere la revoca o la modifi-

(39) Ossia quella sostenuta dagli autori e dalla giurisprudenza ricordata alla nota 34.

(40) Sempre la MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 465 s.; conf., RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 772.

(41) Successivamente alla riforma del 2005, l'orientamento “restrittivo” circa il significato da attribuire all'espressione “mutamenti delle circostanze” è stato ribadito, fra gli altri, dalla MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 465 ss. (con i temperamenti che illustrerò subito nel testo), nonché, da RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 771 ss.

ca della misura cautelare, allegando non “fatti” diversi, bensì prove nuove o che la parte non aveva potuto dedurre o produrre in sede di istruzione cautelare, vuoi perché non conosciute, vuoi per “la compressione dei tempi del giudizio” e l’inevitabile semplificazione” dell’istruttoria stessa (42).

Passando ora a considerare nel dettaglio il “nuovo” requisito dei “fatti anteriori” aggiunto dalla riforma del 2005, si rendono necessarie alcune precisazioni.

Innanzitutto, l’anteriorità cronologica che il testo della norma rapporta genericamente “al provvedimento cautelare” va più puntualmente riferita all’ultimo momento utile per compiere nuove allegazioni nel procedimento per la concessione della misura stessa; in particolare, mentre vi è chi sostiene che tale momento coinciderebbe “normalmente” con “l’udienza che ha preceduto l’emanazione del provvedimento” (43), altri ritengono che il riferimento temporale *de quo* sarebbe variabile, essendo costituito, “con riferimento al provvedimento di primo grado, dalla scadenza del termine per il reclamo e, con riguardo a quello di secondo grado, dalla chiusura della fase di trattazione del relativo procedimento” (44), altri, invece, evocano il momento della “pronuncia cautelare” (45), oppure, ancora, quello della comunicazione (o della notificazione, se anteriore) del provvedimento cautelare (46).

In secondo luogo, è importante sottolineare come la norma si accontenti solo del presupposto oggettivo della mancata conoscenza dei fatti allegati a giustificazione della domanda di revoca o modifica, senza richiedere, sotto il profilo soggettivo, che essi fossero anche “non conoscibili” dall’istante: in altri termini, sono ammissibili – ai sensi e per gli effetti della norma in esame – pure i “fatti

(42) Di nuovo la MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 466; conf., GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 781 ss., spec. p. 799 s.; in senso analogo, anche DALMOTTO, *Commento all’art. 669-decies c.p.c.*, cit., in AA.VV., *Le recenti riforme del processo civile* a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2007, p. 1282, laddove ammette genericamente le prove nuove “solo quando sia stato impossibile produrle o dedurle in precedenza”.

(43) Si tratta dell’opinione della MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 467.

(44) Vedi MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 96. Conf., nella sostanza, GUAGLIONE, in AA.VV., *La riforma del processo civile* a cura di F. Cipriani e G. Monteleone, cit., p. 501.

(45) Così, RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 775.

(46) Lo afferma F. VERDE, *I provvedimenti cautelari. La nuova disciplina*, cit., p. 191.

anteriori” che il richiedente ignorasse “colpevolmente” (47), ossia per negligenza, imprudenza e imperizia.

Da ultimo, per quanto concerne la dimostrazione della mancata conoscenza dei fatti *de quibus*, ritengo condivisibile l’opinione di chi afferma che la qualità e il livello probatorio necessari siano i medesimi (e comunque certamente non più “intensi”) di quelli richiesti per il *fumus boni iuris* nel procedimento di concessione della misura cautelare (48): ciò significa, quindi, che tale dimostrazione potrà essere fornita con ogni mezzo di prova tipico o atipico, nel rispetto del “canone della deformalizzazione” che connota in generale il processo cautelare (49).

4. *Il coordinamento fra la revoca o modifica e il reclamo.* – Ho già ricordato come la riforma del 2005 non abbia solo ampliato le condizioni per l’istanza di revoca o modifica e adeguato il procedimento alla nuova disciplina dei provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata, ma sia pure intervenuta sul delicato problema del coordinamento fra il rimedio in esame e il reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.*: coordinamento che si rende necessario poiché reclamo e revoca/modifica – pur avendo natura, funzione e condizioni di ammissibilità diverse (50) (51) – sono comunque strumenti processua-

(47) Vedi, LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, cit., p. 226; MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 467, spec alla nota 18; LUISO, *Diritto processuale civile*, 11^a ed., Milano, 2021, IV, p. 238 s.; PETRILLO, *Commento all’art. 669-decies c.p.c.*, in AA.VV., *Commentario alle riforme del processo civile* a cura di A. Briguglio e B. Capponi, I, Padova, 2007, p. 202 s.; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 775. *Contra*, pretendendo dunque la prova dell’incolpevolezza, ARIETA, *Le cautele. Il processo cautelare*, 2^a ed., Padova, 2011, p. 1085, laddove richiama, se non erro adesivamente, Trib. Torino, 17 febbraio 2011, in *De Jure*, che si era appunto espressa senza equivoci in tal senso.

(48) Così, MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 467.

(49) In tal senso, RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 775 s. Conf. sull’ultimo punto, affermando che le modalità per fornire la prova *de qua* saranno le stesse “previste per la fase cautelare in genere”, F. VERDE, *I provvedimenti cautelari. La nuova disciplina*, cit., p. 191.

(50) Al riguardo, mi limito a ricordare come sia opinione largamente diffusa (e nettamente maggioritaria) che il reclamo cautelare *ex art. 669-terdecies c.p.c.* (diversamente dalla richiesta di revoca o modifica ai sensi dell’art. 669-decies c.p.c.: vedi *supra sub par. 1*) sia un rimedio a carattere “impugnatorio” (*ex multis*, CONSOLO, *Commento all’art. 669-terdecies c.p.c.*, in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., p. 689 ss., spec. p. 706 s.; VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l’intervento della Corte costituzionale sul reclamo avverso provvedimenti negativi*, in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 511 ss., spec. p. 522; MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 414; ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei pro-*

cedimenti cautelari in generale, cit., c. 78; LUISO, *Diritto processuale civile*, 11^a ed., IV, cit., p. 240; CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 87 ss., spec. p. 101; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 803; tale orientamento interpretativo è stato avallato da Corte Cost. 23 giugno 1994, n. 253, in *Corr. giur.*, 1994, p. 948 ss., con nota di TOMMASEO, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*; *Foro it.*, 1994, I, c. 2005 ss., con nota di CAPPONI, *Il reclamo avverso il provvedimento cautelare negativo (il difficile rapporto tra legislatore ordinario e legislatore costituzionale)*; *Giur. it.*, 1994, I, c. 409 ss., con nota di CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la "parità delle armi ritrovata" (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*; *Giur. Cost.*, 1994, p. 2033 ss., con nota di ARIETA, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*; *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2087 ss.; *Mass. giur. lav.*, 1994, 669, p. ss., con nota di GUARNIERI, *Note in tema di reclamabilità del provvedimento di rigetto della domanda cautelare*; *Giust. civ.*, 1995, I, p. 659, con nota di MAMMONE, *Incostituzionalità dell'art. 669-terdecies c.p.c. e parità delle parti nel processo cautelare*; *Dir. fall.*, 1994, II, p. 1039 ss., con nota di RAGUSA MAGGIORE, *L'incidenza della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 669 "terdecies" sulle misure cautelari del giudice delegato*; *Dir. lav.*, 1994, II, p. 569 ss., con nota di C.D.M., *Illegittimità costituzionale del divieto di reclamo avverso la reiezione del ricorso d'urgenza*; *Riv. giur. lav.*, 1995, II, p. 177 ss., con nota di DE MARCHIS, *Note in calce al reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c.*; *Dir. prat. lav.*, p. 2543 ss., con nota senza titolo di G.S.; *Rass. giur. Enel*, 1995, p. 129 ss. [per un approfondito esame di questa pronuncia della Consulta, vedi anche CORSINI, *op. cit.*, p. 164 ss.]; conf., presso la giurisprudenza di merito, Trib. S. Maria Capua Vetere, 16 agosto 2016, in *De Jure* e poi, direi – in particolare nella motivazione – Trib. Velletri, 2 maggio 2017, in *De Jure*; in precedenza, nella sostanza, Trib. Nocera Inferiore, 11 gennaio 1996, ord., in *Rass. loc. cond.*, 1996, p. 362 ss., spec. in motivazione, nonché, più di recente, pur discorrendo di natura "lato sensu" impugnatoria, Trib. Ferrara, 16 ottobre 2017, in *Ilprocessotelematico.it* 21 febbraio 2018, con nota di CALORIO, *Ammissibile il deposito cartaceo dell'atto di costituzione in un procedimento di reclamo; contra*, soprattutto ARIETA, *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 408 ss., spec. pp. 412-414; ID., *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2041 ss., spec. p. 2051, per il quale il reclamo rappresenterebbe una prosecuzione dell'originario giudizio cautelare, configurandosi quindi come una forma di "controllo "rotatorio" e non impugnatorio"; da MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, 8^a ed., II, Milano-Padova, 2018, p. 374, nonché da gli altri [pochi] autori, menzionati da VULLO, *Procedimenti cautelari in generale*, cit., p. 560 alla nota 12), la cui funzione è quella di ottenere una nuova decisione sulla medesima domanda cautelare da parte di un organo diverso, avente sempre struttura collegiale e appartenente di regola (ma non sempre) allo stesso ufficio giudiziario del giudice che si è pronunciato in *prime cure*. Ancora, non vi è dubbio che si tratti di un'impugnazione a critica libera poiché "manca una predeterminazione *ex lege* dei vizi che possono essere sollevati" (CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 107; come detto, l'assunto che il reclamo sia un rimedio a critica libera o illimitata è pacifico: *ex multis*, CONSOLO, *op. ult. cit.*, p. 707; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 375) e ciò comporta che il provvedimento di *prime cure* (sia di accoglimento che di rigetto) potrà essere censurato, "alternativamente o cumulativamente", per motivi di merito (inerenti al *fumus boni iuris*, al *periculum in mora*, ai presupposti specifici di una determinata misura cautelare) e di rito (difetto di una delle condizioni di decidibilità e trattazione della causa nel merito, violazione di norme processuali) (CORSINI, *op. loc. ultt. citt.*, p. 107). Ecco allora che – come ha ribadito da ultimo Trib. Latina, 24 aprile 2020, n.746, in *De Jure* – l'asserita illegittimità di un provvedimento cautelare per l'assenza, *ab origine*, dei presupposti per la sua concessione, va sempre dedotta con reclamo e non come motivo di revoca *ex art. 669-decies c.p.c.*

li accomunati, in caso di accoglimento, dalla pronuncia di una misura cautelare diversa da quella originariamente concessa, così che la loro contemporanea pendenza potrebbe avere come esito provvedimenti praticamente e logicamente contraddittori.

In particolare, sulla scorta delle modifiche apportate ai primi due commi dell'art. 669-*decies* c.p.c. e dell'attuale formulazione del comma 4° dell'art. 669-*terdecies* c.p.c., non vi è dubbio che qualora il mutamento delle circostanze o la sopravvenuta conoscenza del fatto preesistente si verifichino in pendenza del giudizio di reclamo, quest'ultimo sia la sede esclusiva dove dedurre tali fatti. Ugualmente certo, poi, è che se i presupposti per l'istanza di revoca o modifica si realizzano durante il decorso del termine per proporre reclamo, la parte interessata abbia diritto di avvalersi di tale rimedio.

Sempre in quest'ultimo caso – vale a dire che il mutamento delle circostanze o la conoscenza del fatto anteriore sopravvengano quando il reclamo non è stato ancora proposto ma siano pendenti i termini per farlo – è invece dibattuto se la parte interessata possa scegliere (a sua discrezione) se avvalersi del reclamo stesso oppure, in alternativa, proporre l'istanza di revoca-modifica.

Parte della dottrina sembra negarlo, ritenendo dunque che il reclamo sia l'unica opzione possibile, con la conseguenza che l'istanza di revoca-modifica sarebbe proponibile (per le circostanze sopravvenute o per i fatti la cui conoscenza sia sopravvenuta) esclusivamente alla chiusura del procedimento di reclamo o alla scadenza infruttuosa del relativo termine (52). Altri, di contro, sostengono “che solo l'effettiva proposizione e pendenza del reclamo [obbligerebbe] la parte a spendere in tale sede il fatto nuovo (o il fatto anteriore prima non conosciuto)”; diversamente, se il fatto nuovo

(51) Da un punto di vista strettamente “funzionale”, poi, non resta che evocare le parole di CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 12^a, I, cit., p. 253, secondo cui scopo della revoca/modifica della misura cautelare è il suo “aggiornamento”, mentre quello del reclamo è il “controllo” del provvedimento stesso.

(52) Lo sostengono, in particolare, MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 95; CARRATTA, in AA.VV., *I procedimenti cautelari*, diretto da A. Carratta, cit., p. 347 ss.; PETRILLO, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 209, secondo la quale “l'istanza di revoca o modifica diverrà proponibile solo nel momento in cui sia inutilmente decorso il termine per il reclamo”; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 776 s.; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, cit., p. 204; F. VERDE, *I provvedimenti cautelari. La nuova disciplina*, cit., p. 196 s.

sopraggiunge nella pendenza del termine, la parti che non intendano proporre reclamo avrebbero facoltà di “attivare l’esercizio del potere di revoca-modifica”, rivolgendosi al giudice della causa di merito o, a seconda dei casi, a quello che ha concesso il provvedimento (53).

Ritengo preferibile quest’ultima tesi; da un punto di vista letterale, infatti, l’*incipit* dell’art. 669-*decies* c.p.c., laddove pone un limite alla richiesta della revoca o della modifica, salvo nel caso che “sia stato proposto reclamo”, sembra chiaro nell’escludere che un’identica preclusione valga anche in caso di mera pendenza del termine per proporre il rimedio di cui all’art. 669-*terdecies* c.p.c. (54). Né, d’altra parte, un’indicazione in senso contrario pare ricavarsi dal comma 2° dello stesso art. 669-*decies* c.p.c., ove si parla di “esaurimento” dell’eventuale fase di reclamo: nonostante l’opinione di un autorevole studioso, mi pare infatti che tale espressione – anche se meno chiara di quella utilizzata al primo comma – non debba necessariamente interpretarsi come comprensiva anche della possibile futura pendenza del reclamo, essendo ancora in corso i termini per la sua proposizione, ma possa pianamente riferirsi solo all’effettiva pendenza del reclamo stesso (55). In ottica sistematica, poi, direi che tale interpretazione trova un valido argomento nel giusto rilievo secondo cui “sarebbe [...] eccessivo onerare la parte che non abbia censure specifiche da spendere circa l’originaria giustificazione della misura cautelare di proporre reclamo solo per dedurre le “sopravvenienze” che potrebbero importarne la revoca o la modifica” (56).

5. *La competenza.* – Il comma 1° dell’art. 669-*decies* detta la disciplina del procedimento di revoca e modifica, avendo riguardo all’ipotesi che la causa di merito sia già stata iniziata; ovviamente, si

(53) Vedi MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 475 s.; SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, p. 76 s.; GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, cit., p. 802; GIORDANO, *Commento all’art. 669-*decies* c.p.c.*, in AA.VV., *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, VII, 1, Torino, 2014, p. 1255 s.

(54) Ancora MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 478 s.

(55) *Contra*, RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 777.

(56) Sempre la MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 476.

tratta di norma applicabile alle misure cautelari sia a strumentalità “piena” sia a strumentalità “attenuata”.

Tale disposizione attribuisce, quindi, la competenza per la modifica-revoca al giudice istruttore della causa di merito, a condizione che essa rientri nella giurisdizione del giudice civile italiano (57).

Diversamente, nel caso in cui la controversia di merito sia devoluta a una giurisdizione straniera o ad arbitrato oppure l'azione civile sia pendente in sede penale (58), il terzo comma dell'articolo in esame individua come competente “il giudice che ha emanato il provvedimento cautelare” (59).

La laconicità della formula attributiva di competenza enunciata al primo comma dell'articolo in esame è all'origine di vari problemi interpretativi, che non sempre hanno trovato unanime soluzione.

Così, un primo dubbio riguarda l'ipotesi che la causa di merito rientri fra quelle in cui il tribunale giudica in composizione collegiale ai sensi dell'art. 50-*bis* c.p.c. Orbene, non dubiterei – come sostiene la maggioranza degli studiosi – che competente a conoscere dell'istanza di revoca o modifica sia il giudice istruttore e non il collegio (60). Poiché, infatti, tale richiesta si concreta nel sollecitare

(57) Questione dibattuta è se il giudice italiano competente per il merito possa revocare (o modificare) un provvedimento cautelare straniero [in senso favorevole, vedi Trib. Venezia, 19 agosto 2003, ord., in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 1180 ss., nonché per un quadro più articolato del problema, CONSOLO, DONZELLI, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 81 s.].

(58) Su quest'ultima ipotesi, cfr. Cass. pen., 26 settembre 2014, n. 46030, in *De Jure; Guida dir.*, 2014, n. 47, p. 26.

(59) Questo comma è destinato a subire una modifica, allorché troverà attuazione la legge delega 26 novembre 2021, n. 206 (cfr. art. 1, n. 15, lett. c), ove si prevede che alle parti sia riconosciuta la possibilità di attribuire agli arbitri il potere di emanare misure cautelari con la convenzione di arbitrato o con atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale (possibilità attualmente preclusa ai sensi dell'art. 818 c.p.c. nel testo in vigore, norma che – secondo lo schema di decreto legislativo predisposto dal legislatore delegato e trasmesso alla Presidenza del Senato il 2 agosto 2022 – sarà dunque novellata in ottemperanza alla delega). Conseguentemente a tale novità, sempre in forza del decreto legislativo poc'anzi evocato, il comma 3° dell'art. 669-*decies* c.p.c. sarà modificato nel senso che, nel caso previsto all'art. 818 c.p.c. – ossia che gli arbitri abbiano pronunciato una misura cautelare – l'istanza di revoca o modifica del provvedimento dovrà essere rivolta agli arbitri stessi.

(60) Così, tra gli altri, G. VERDE, in G. VERDE, DI NANNI, *Codice di procedura civile*, cit., p. 475; RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 527; ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari*, cit., c. 79, per il quale l'inciso normativo “giudice istruttore” che si legge al comma 1° dell'art. 669-*decies* c.p.c. andrebbe inteso “estensivamente”, così “da inglobare – a seconda dei casi – e il giudice unico (innanzi al quale si svolga l'intero giudizio di merito di competenza del tribunale) e il giudice istruttore, in senso proprio, (innanzi

un rinnovato esercizio del potere cautelare, coerenza impone che la composizione dell'organo che deve istruire, trattare e decidere la domanda di revoca o modifica, sia sempre la stessa: dunque, il giudice monocratico tanto nel caso di controversie in riserva di collegialità *ex art. 50-bis c.p.c.* (61), quanto in quello di cause appartenenti alla competenza della corte d'appello come giudice di unico grado (si pensi al riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere *ex art. 67 l. n. 218/1995*, all'opposizione alla stima espropriativa *ex art. 54 d.p.r. n. 327/2001*, etc.) (62).

Al contrario, nei (rari) giudizi di merito di primo grado integralmente collegiali – per i quali, cioè, non è prevista la figura del giudice istruttore (per esempio, davanti alla sezione specializzata agraria, ai sensi dell'art. 11, comma 2°, d.lgs. n. 150/2011, ma vedi, *olim*, l'abrogato art. 26, comma 3°, l. n. 11/1971) – poiché si ritiene che la pronuncia del provvedimento cautelare spetti al collegio e non a un singolo magistrato (63), anche l'istanza di revoca-modifica andrà rivolta al primo di questi organi (64).

al quale si svolga la sola trattazione della causa, riservandosi la decisione al collegio) e il collegio (per l'ipotesi in cui trattazione e decisione siano allo stesso riservate [mio il corsivo]"; TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 912; *contra*, RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 784.

(61) Rammento come sia principio pressoché pacifico che la competenza a decidere sulla domanda cautelare relativa a una causa in riserva di collegialità *ex art. 50-bis c.p.c.* spetti sempre a un *singolo magistrato* (ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 230; CONSOLO, *Commento all'art. 669-ter c.p.c.*, in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., p. 582 ss., spec. p. 585; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 688 ss., spec. p. 695 s.; RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 501; FRUS, *Commento all'art. 669-ter c.p.c.*, in AA.VV., *Le riforme del processo civile* a cura di S. Chiarloni, cit., p. 619 ss., spec. p. 625; GUARNIERI, *Commento all'art. 669-ter c.p.c.*, in AA.VV., *Provvedimenti urgenti per il processo civile* a cura di G. Tarzia e F. Cipriani, cit., p. 298 ss., spec. p. 301; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, cit., p. 54) e, in corso di causa, al giudice istruttore (in questo caso il principio *de quo* è stato espresso talvolta implicitamente, con riferimento, per esempio, all'ipotesi di misura cautelare richiesta quando la causa è già stata rimessa al collegio per la decisione; detto ciò, vedi per tutti OLIVIERI, *op. cit.*, p. 695; OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 16; FRUS, *Commento all'art. 669-quater c.p.c.*, in AA.VV., *Le riforme del processo civile* a cura di S. Chiarloni, cit., p. 629 ss., spec. p. 635; MONTESANO, ARIETA, *Diritto processuale civile*, 3ª ed., III, Torino, 1999, p. 415; App. Milano, 29 giugno 2004, in *Giur. mer.*, 2006, p. 352 s.).

(62) *Contra*, RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 786; TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 912.

(63) Come sostengono, in caso di misura cautelare richiesta *ante causam*, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, p. 334 s.; CONSOLO, *Commento all'art. 669-ter c.p.c.*, p. 586; FRUS, *Commento all'art. 669-ter c.p.c.*, cit., p. 626; GUARNIERI, *Commento all'art. 669-ter c.p.c.*,

Qualora la causa di merito sia già pendente, ma non sia stato ancora nominato il giudice istruttore (65), opinione prevalente fra gli studiosi è che si applichi per analogia quanto disposto all'art. 669-*quater*, comma 2°, c.p.c.: dunque, il ricorso andrebbe proposto al presidente del tribunale, il quale provvederà alla designazione del magistrato cui affidare la trattazione e la decisione sull'istanza per la revoca o la modifica del provvedimento cautelare (66); tesi, ripetuto, largamente diffusa, ma che non tutti condividono, poiché taluno propende invece per la competenza del giudice che si è pronunciato sulla richiesta di cautela (67).

Per chi ammette, poi, che l'istanza *ex art. 669-decies* possa essere chiesta anche nel lasso di tempo compreso fra la precisazione delle

cit., p. 302; MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 395; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, cit., p. 696; RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 501; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, cit., p. 54; MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 28ª ed., IV, Torino, 2022, p. 274 alla nota 19. *Contra*, se ben intendo, ARIETA, *Le tutele sommarie*, Padova, 2005, p. 845 e ARIETA, *Le cautele. Il processo cautelare*, 2ª ed., cit., p. 778, che non sembra ammettere eccezione alcuna alla regola della monocraticità della decisione sulla cautela richiesta *ante causam*. Tale principio, a mio avviso, vale senz'altro anche qualora il provvedimento cautelare sia domandato nella pendenza della lite.

(64) Affermazione condivisa pure da TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 912, nonché, direi, da CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 150 e da ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari*, cit., c. 79), sulla cui opinione vedi meglio *supra* alla nota 60.

(65) Riguardo all'ammissibilità dell'istanza di revoca o modifica proposta prima della designazione del giudice istruttore concorda la netta maggioranza degli studiosi che ritiene dunque non vincolante in sede interpretativa la restrizione temporale che si potrebbe ricavare dall'inciso "nel corso dell'istruzione" contenuto nel comma 1° dell'art. 669-*decies* c.p.c.: tale tesi è sostenuta, in particolare, dai numerosi autori citati nella prossima nota, nonché – a fortiori – da coloro che, a mio avviso giustamente, ammettono la richiesta di modifica o revoca anche prima che sia pendente la causa di merito (vedi *infra* nel testo e in nota); *contra*, nel senso di privilegiare un'interpretazione letterale della norma e affermando dunque che la domanda di revoca o modifica non sarebbe proponibile fino alla nomina del giudice istruttore, vedi invece SAMORI, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 2056, e MAMMONE, in DINI, MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, 7ª ed., cit., spec. p. 635.

(66) Vedi ATTARDI, *Le nuove disposizioni del processo civile*, cit., p. 254; G. VERDE, in G. VERDE, DI NANNI, *Codice di procedura civile*, cit., p. 475; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 358; FRUS, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 746 s.; RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 527; TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 911; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 17; ADDARIO, *Limite temporale e competenza per la revoca e la modifica del provvedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1874 ss., spec. p. 1877.

(67) Gli studiosi cui mi riferisco sono SASSANI, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 672 s. e PETRILLO, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 210 s.

conclusioni e la pubblicazione della sentenza di primo grado (68), la competenza dovrebbe spettare al giudice istruttore già designato (69); identica soluzione sembrerebbe valere, più in generale, ogni volta che la revoca o la modifica siano domandate dopo l'esaurimento della fase istruttoria (70).

La questione a mio avviso più delicata è se – nonostante il comma 1° dell'art. 669-*decies* c.p.c. evochi solo il giudice istruttore della causa di merito – la domanda di revoca o modifica possa essere chiesta anche *prima* che sia pendente la controversia sul diritto cautelato.

In epoca anteriore alla riforma del 2005 una parte della dottrina risolveva positivamente tale quesito, invocando a tal fine “i bisogni di difesa del destinatario passivo del provvedimento cautelare non suscettibili di essere assicurati tramite il rimedio del reclamo”, ma anche il “*principio* della normale revocabilità e modificabilità” delle misure *de quibus*, principio che il legislatore del 1990 sembrerebbe avere (e per le ipotesi di cui al terzo comma sicuramente ha) “voluto affermare senza limite alcuno” (71): in questo caso, dunque, il giudice competente sull'istanza di revoca o modifica avrebbe dovuto individuarsi “alla stregua dei criteri generali indicati negli artt. 669-*ter* e 669-*quater*” (72), *ergo* nel giudice che ha concesso la misura cautelare (73).

(68) Così, CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 17; BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, 2001, p. 258; *contra*, RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 787 alla nota 88, il quale sostiene che “l'incidente cautelare” non sarebbe “compatibile con la fase decisoria”

(69) Ancora CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 17 e BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, cit., p. 258.

(70) Lo afferma ADDARIO, *Limite temporale e competenza per la revoca e la modifica del provvedimento cautelare*, cit., p. 1877.

(71) In tal senso, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 358 s.; *conf.*, FRUS, *Commento all'art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 744 s.; OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 77, e direi la MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 419; ad analoghe conclusioni giungevano anche ATTARDI, *Le nuove disposizioni del processo civile*, cit., p. 254 e CECCHIELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 149. *Contra*, ARIETA, in MONTESANO, ARIETA, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 148; G. VERDE, in G. VERDE, DI NANNI, *Codice di procedura civile*, cit., p. 474; RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 527; TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 911; SAMORI, *Commento all'art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 2056; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 10 ss.; ADDARIO, *Limite temporale e competenza per la revoca e la modifica del provvedimento cautelare*, cit., p. 1877).

(72) Sempre PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 358, nonché OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 77.

(73) Vedi CECCHIELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 149; TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 911.

Ebbene, dopo le modifiche apportate all'articolo 669-*decies* c.p.c. dal d.l. n. 35/2005, questa soluzione (secondo me già condivisibile prima della novella) può godere oggi di una più solida base normativa. Il nuovo secondo comma di tale disposizione prevede espressamente, infatti, l'ipotesi che la revoca o la modifica siano chieste quando "il giudizio di merito non sia iniziato [o sia dichiarato estinto]"; e se è pur vero che tale precetto è stato introdotto per fornire una disciplina ai provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata (per i quali la proposizione della causa sul diritto cautelato è solo eventuale), tuttavia si ritiene (persuasivamente) che esso sia applicabile per analogia anche alle misure a strumentalità piena (*i.e.* conservative), "ove la regola della competenza del giudice istruttore non possa oggettivamente operare" (74): ciò significa, pertanto, che prima della proposizione della causa di merito la competenza sulla richiesta di revoca o modifica spetta senz'altro al giudice "che ha provveduto sull'istanza cautelare" (75), giudice da intendersi (ovviamente) come ufficio giudiziario e non come magistrato persona fisica (76). Con la precisazione – forse superflua, giacché il combinato disposto dei commi 1° e 2° dell'articolo in esame non lascia dubbi al riguardo – che tale competenza ha comunque natura residuale, nel senso che opera, appunto, solo quando la causa di merito non sia stata iniziata; se questa è pendente, invece, l'istanza di revoca o modifica (risultando indifferente che si tratti di una misura cautelare a strumentalità piena o a strumentalità attenuata) dovrà sempre essere chiesta al giudice istruttore in via incidentale nel giudizio a cognizione piena sul diritto cautelato, come prevede la regola generale posta al primo comma (77).

(74) Così, MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 472. *Contra*, nel senso di ritenere, anche nell'attuale quadro normativo, che la domanda di revoca o modifica di una misura cautelare a "strumentalità piena" possa essere chiesta solo nella pendenza della causa di merito, RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 790; ID., *Il processo cautelare uniforme*, p. 711 s. e, se ben intendo, CONSOLO, DONZELLI, *Commento all'art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 80.

(75) Di nuovo MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 472 s.

(76) Ciò comporta che se la domanda di modifica o revoca è proposta prima dell'inizio della causa di merito, una volta depositato il ricorso introduttivo (vedi *infra* sub par. 6) il cancelliere dovrà provvedere alla formazione del fascicolo d'ufficio da presentare senza ritardo al presidente del tribunale per la designazione del magistrato cui affidare la trattazione del procedimento (RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 792).

(77) Ne consegue che qualora la revoca o modifica sia chiesta separatamente (al giudice che ha concesso il provvedimento) quando già pende la causa di merito, tale domanda dovrà

Un'altra fattispecie non regolata dall'art. 669-*decies* c.p.c. è che il processo di merito si trovi in una situazione di "stasi" o di "quiescenza" per sospensione o interruzione. In questo caso, le soluzioni prospettate in dottrina sono due: mentre la maggioranza degli studiosi si esprime a favore dell'applicazione analogica dell'art. 669-*quater*, comma 2°, c.p.c., laddove richiama l'ult. comma dell'art. 669-*ter* c.p.c. (e, dunque, l'istanza di revoca o modifica dovrebbe essere rivolta al presidente, affinché designi il magistrato cui affidare la trattazione della stessa) (78), tuttavia non manca chi sostiene che competente sulla domanda *de qua* sarebbe senz'altro il giudice istruttore già nominato (79).

Nell'ipotesi, invece, che la causa sia stata cancellata dal ruolo (80), "non esistendo più il giudice istruttore", si dovrà necessariamente applicare ancora una volta per analogia il combinato disposto dagli artt. 669-*quater*, comma 2° e 669-*ter*, ult. comma, c.p.c., *ergo* rivolgere l'istanza

essere dichiarata inammissibile (RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 790 alla nota 96, che però fa salva "la possibilità di sua riunione ex art. 273 c.p.c. alla causa principale, con relativa conversione, insomma, in un sub procedimento incidentale").

(78) Questa tesi è caldeggiata, in particolare, da RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 527; SAMORI, *Commento all'art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 2056; FRUS, *Commento all'art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 746; SASSANI, *Commento all'art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 672 [mutando opinione rispetto al passato quando riteneva competente, in quest'ipotesi, direttamente lo stesso capo dell'ufficio giudiziario: SASSANI, in CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, p. 502]; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 18 s.; MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, 8ª ed., II, Padova, 2018, p. 370 (che tuttavia, alla nota 45 [p. cit.] aggiunge che "non si può, tuttavia, escludere la possibilità di rivolgersi al giudice che ha emesso il provvedimento nell'ipotesi residuale sopra indicata [ossia nell'eventualità che il giudizio sia sospeso o interrotto, ma anche, forse – se ben intendo il richiamo compiuto da questo studioso – in quella che "l'istruttore non sia stato designato"]"); RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 785; OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 77.

(79) Vedi G. VERDE, in G. VERDE, DI NANNI, *Codice di procedura civile*, cit., p. 475; CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 150; BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, cit., p. 246; PETRILLO, *Commento all'art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 210 s.; TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 911; conf., ora, anche la MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 473 alla nota 34, secondo la quale "può convenirsi sul fatto che almeno se un giudice istruttore c'è (come c'è, se la causa è iscritta al ruolo) sia più lineare ammettere che l'istanza di revoca possa essergli direttamente indirizzata senza passare per una nuova designazione del Presidente".

(80) Ricordo che per effetto di varie riforme, attualmente lo stato di "cancellazione della causa dal ruolo" – che nella versione del codice di rito successiva alla novella del 1950 era previsto in più ipotesi – è ormai limitato a una sola eventualità, quella contemplata dall'art. 270, comma 2°, c.p.c., di inottemperanza dell'ordine di chiamata di un terzo (BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., II, Napoli, 2019, p. 236 s.).

di cui all'art. 669-*decies* c.p.c. al presidente, che designerà il magistrato cui affidare la trattazione del processo (81).

Se sono pendenti i termini per impugnare soccorre, sempre in via analogica, l'art. 669-*quater*, comma 4°, c.p.c.: competente sarà così il giudice che ha pronunciato la sentenza (82).

Nessun dubbio poi che, una volta proposto appello (83) (84), la domanda di revoca e modifica debba proporsi al collegio, giacché a tale organo spettano la trattazione e la decisione della causa in fase di gravame, non essendo prevista in questo grado del processo la nomina del giudice istruttore (85).

(81) Così, TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 912.

(82) In tal senso, RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 785; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, cit., p. 208. CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 23. *Contra*, nel senso che in pendenza dei termini per impugnare l'istanza di revoca o modifica non sarebbe affatto proponibile, vedi invece OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, p. 79 (affermando che tale impugnabilità presupporrebbe "una perdurante efficacia della misura [cautelare], che è invece destinata a essere travolta dalla pronunzia di merito, tanto di rigetto che d'accoglimento"), conf., nella sostanza, MAMMONE, in DINI, MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, 7ª ed., cit., p. 636 s.; alle stesse conclusioni, ma con diversi argomenti, giunge anche SAMORI, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 2056, il quale sembra fondare l'impossibilità di provvedere, in questa ipotesi, sulla mancanza di un giudice istruttore investito della causa.

(83) Innanzi alla corte d'appello o, per le controversie di competenza del giudice di pace, davanti al tribunale.

(84) La dottrina quasi unanime (e in particolare i numerosi autori citati alla prossima nota) ammettono senz'altro la revocabilità o modificabilità del provvedimento cautelare durante il giudizio di appello; dubbioso sul punto, vedi tuttavia G. VERDE, in G. VERDE, DI NANNI, *Codice di procedura civile*, cit., p. 475 e, in senso contrario, OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 79, per il quale il problema non si dovrebbe nemmeno porre, giacché la misura cautelare sarebbe sempre travolta dalla pronunzia di merito (di primo grado), tanto di rigetto che d'accoglimento (ma sulle diverse opinioni al riguardo, vedi, se vuoi, VULLO, *Procedimenti cautelari in generale*, cit., p. 286 ss.), nonché MAMMONE, in DINI, MAMMONE, *I provvedimenti d'urgenza*, 7ª ed., cit., p. 636 s., secondo cui la revoca-modifica durante la pendenza dell'appello sarebbe ammissibile solo per le misure cautelari pronunciate "dopo la pronunzia di primo grado, durante la pendenza dei termini per proporre l'impugnazione o durante il grado di appello vero e proprio" e, dunque, non per il provvedimento cautelare pronunciato in primo grado.

(85) Come affermano TOMMASEO, *Commento agli artt. 73-77 della l. n. 353/1990*, cit., p. 104; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, cit., p. 719; RAPISARDA SASOON, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 528; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 31; AULETTA, *Commento all'art. 669-decies*, in AA.VV., *Codice di procedura civile commentato* a cura di R. Vaccarella e G. Verde, IV, Torino, 1997, p. 324 ss., spec. p. 327 s.; PUNZI, *Il processo civile*, 2ª ed., III, cit., p. 57; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, cit., p. 207; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 786. Anche G. VERDE, in G. VERDE, DI NANNI, *Codice di procedura civile*, cit., p. 475, ritiene che, una volta ammessa la revocabilità o modificabilità della misura cautelare durante la pendenza dell'appello, la competenza spetti al collegio.

Allorché, invece, la causa penda davanti alla Corte di cassazione, la competenza spetta al giudice che ha concesso la misura cautelare, “data l’inidoneità istituzionale della Suprema Corte a conoscere dei fatti e a dar luogo a un’istruttoria” (86).

Per concludere la disamina dei casi che l’art. 669-*decies* c.p.c. omette di regolare (sotto il particolare profilo della competenza), viene in considerazione l’eventualità che il processo di merito si svolga innanzi al giudice di pace. Secondo l’opinione nettamente maggioritaria (e senz’altro condivisibile, benché contestata da voci anche di indiscutibile autorevolezza) tale organo, essendo privo di giurisdizione in materia cautelare, non può nemmeno pronunciarsi sull’istanza di revoca o modifica, con la conseguenza che quest’ultima dovrà essere rivolta al giudice togato che ha concesso il provvedimento (87).

Si è accennato che il legislatore del 2005 ha inserito un nuovo comma 2° nell’art. 669-*decies* c.p.c., destinato a individuare il giudice competente per la revoca o la modifica con riferimento ai provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata (vale a dire quelli menzionati al comma 6° dall’art. 669-*octies* c.p.c.), per i quali l’instaurazione del giudizio di merito è solo eventuale. Tale comma (che, rammento, è da reputare applicabile in via estensiva anche alle misure cautelari a strumentalità piena) prevede dunque che, qualora il processo di merito non sia iniziato o si sia estinto, la re-

(86) Il virgolettato è della MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 474; conf., RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 786; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 31; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, cit., p. 208.

(87) Così (talvolta con riferimento ancora al vecchio giudice conciliatore, sostituito poi, nel 1991, dall’attuale figura del giudice di pace, nonché evocando in certi casi l’ufficio del pretore soppresso nel 1998), OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, cit., p. 718; MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., p. 419; EAD, *La revoca e la modifica*, cit., p. 473 s.; ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari*, cit., c. 79; ARIETA, in MONTESANO, ARIETA, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 148 s.; G. VERDE, in G. VERDE, DI NANNI, *Codice di procedura civile*, cit., p. 475; FRUS, *Commento all’art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 747 s.; CECCHELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 149 s.; LEVONI, in BONSIGNORI, LEVONI, G. F. RICCI, *Il giudice di pace*, Torino, 1995, p. 130; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 787; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, cit., p. 207; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 19 ss.; PETRILLO, *Commento all’art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 210; MAMMONE, in DINI, MAMMONE, *I provvedimenti d’urgenza*, 7ª ed., cit., p. 634. *Contra*, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 359; OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 76 alla nota 12; VIOLANTE, *Il giudice di pace e la tutela cautelare*, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 89 ss., spec. p. 92 s. (questo scritto si può leggere anche in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Montesano*, I, Padova, 1997, p. 503 ss.).

voca o la modifica debbano chiedersi al giudice che ha provveduto sull'istanza cautelare (88).

6. *Il procedimento*. – Il procedimento di revoca o modifica va ricostruito in via interpretativa e sistematica, giacché l'art. 669-*decies* c.p.c. è praticamente muto al riguardo, limitandosi a stabilire la necessità di un'istanza di parte (89) (e peraltro tale indicazione, per quanto scarna, non è affatto trascurabile da un punto di vista sistematico, giacché sufficiente a escludere con certezza la ammissibilità di un'iniziativa ufficiosa e, dunque, che il "rimedio" in esame possa considerarsi espressione di uno *ius poenitendi* esercitabile discrezionalmente dal giudice) (90) e a individuare nell'*ordinanza* la forma del provvedimento conclusivo.

Preso atto del silenzio della legge, ecco allora che la ricostruzione del regime del procedimento *de quo* (91) deve essere ispirata da un lato al valore della "semplificazione" (92) e dall'altro al rispetto

(88) In tal senso, Trib. Trani, 29 novembre 2011, ord., in *De Jure*, spec. in motivazione.

(89) Anche se normalmente parte interessata a domandare la revoca o la modifica sarà l'intimato, ciò non esclude che un'istanza ai sensi dell'art. 669-*decies* c.p.c. possa provenire anche dal beneficiario della misura cautelare, segnatamente nel caso che costui agisca per una modificazione *in melius* ossia "ampliativa" del provvedimento originariamente concesso (RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 781).

(90) Nel senso che l'atto di impulso del procedimento di revoca o modifica non possa mai provenire dal giudice, ma sia sempre necessaria l'istanza di parte, vedi per tutti ATTARDI, *Le nuove disposizioni del processo civile*, cit., p. 256; TOMMASEO, *Commento agli artt. 73-77 della l. n. 353/1990*, cit., p. 104; MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 476 alla nota 41; CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 150; PUNZI, *Il processo civile*, 2ª ed., III, cit., p. 57; SASSANI, *Commento all'art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 670 s.; OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 80; RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 529; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 781; AULETTA, *Commento all'art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 326; TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, p. 912; BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, cit., p. 285.

(91) Ritengo opportuno trattare congiuntamente il procedimento di modifica o revoca "incidentale" al processo a cognizione piena sul diritto cautelato (art. 669-*decies*, comma 1º) e quello previsto dal nuovo secondo comma della stessa norma nell'ipotesi che "il giudizio di merito non sia iniziato o sia stato dichiarato estinto": la disciplina infatti è pressoché identica nei due casi, salvo che in punto di competenza (MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai processi possessori*, cit., p. 90) e per alcuni adattamenti che si segnaleranno nel testo (per esempio, è ovvio che se la causa di merito non è iniziata l'istanza di modifica o revoca non potrà chiedersi in udienza).

(92) Come afferma la MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 476; di "ampia semplificazione delle forme" parla pure RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 783. Analogamen-

del principio del contraddittorio (93): trattandosi, infatti, del rinnovato esercizio del potere cautelare, i criteri fondamentali su cui modellare il procedimento di revoca o di modifica saranno i medesimi sottesi a quello di concessione *ex art. 669-sexies c.p.c.* (con la precisazione però – ma sul punto si tornerà in seguito – che vari argomenti escludono di mutuare da quest'ultima norma la possibilità che il giudice si pronunci *inaudita altera parte*) (94).

In particolare, per quel che concerne l'atto d'impulso del procedimento *de quo*, bisogna distinguere a seconda che esso sia proposto "fuori udienza" oppure in "udienza".

Nella prima ipotesi – che potrà verificarsi, "oltre che nei casi previsti al comma 2° dell'art. 669-*decies* [provvedimento cautelare a strumentalità attenuata che non sia seguito dall'inizio del processo di merito o estinzione di quest'ultimo], anche in quelli, ad esempio, del processo di merito non ancora pendente [per le misure cautelari a strumentalità piena], oppure pendente ma quiescente [per sospensione, interruzione o cancellazione della causa dal ruolo] o ancora pendente davanti al giudice di pace" (95), ma pure, direi, ogni volta che la parte interessata lo ritenga comunque opportuno (96) – l'atto introduttivo del procedimento di revoca o modi-

te, con varietà di sfumature CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 150 s.; BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, cit., p. 286, secondo cui tale "subprocedimento" dovrebbe caratterizzarsi per un'ulteriore semplificazione e deformalizzazione rispetto a quello disciplinato dall'art. 669-*sexies c.p.c.*

(93) Che la decisione in contraddittorio sia (sempre) necessaria trova ulteriore conferma in un dato testuale, ossia nella forma dell'ordinanza che la norma prevede, senza deroghe, per il provvedimento di revoca-modifica (così, MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 476). Anche RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 783 ribadisce l'esigenza del "rispetto del canone insopprimibile del contraddittorio".

(94) Vedi *infra* nel testo e, per riferimenti, alla nota 112.

(95) Il virgolettato è della MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 476.

(96) Infatti, se nei casi poc'anzi elencati la domanda di revoca o modifica fuori udienza pare "necessitata", nulla impedisce che anche quando il processo di merito sia in corso e vi sia un giudice "operativamente" investito della controversia (l'espressione fra virgolette è della MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 476) l'istante possa ritenere opportuno proporre l'istanza depositando il relativo ricorso in cancelleria, per esempio – come osserva ancora una volta la MERLIN, *op. loc. ultt. citt.* – "anche solo a causa dell'eccessiva estensione del lasso di tempo intercorrente tra il momento in cui si prospetta l'insorgenza del mutamento delle circostanze (e così l'esigenza dell'intervento rimediabile) ed il momento in cui risulta fissata la più prossima udienza destinata alla trattazione della causa di merito".

fica avrà forma di ricorso da depositare in cancelleria (97) (98). Il deposito di tale atto – i cui requisiti di forma contenuto saranno quelli previsti in via generale dall'art. 125 c.p.c., in quanto compatibili (99) – avvierà quindi il consueto “*iter* tecnico della “convocazione delle parti” tramite decreto” in calce al ricorso da notificare alla controparte (100), decreto che conterrà la fissazione di un'udienza – “vuoi *ad hoc*, vuoi coincidente con una delle ordinarie udienze della causa di merito” (101), e, se del caso, assai ravvicinata (102) – nonché l'assegnazione di un termine al resistente per depositare eventuali note scritte (103).

Qualora, invece, sia proposta in udienza, la domanda di revoca o modifica potrà essere contenuta in un ricorso depositato in quella sede (104) oppure formulata oralmente e inserita nel processo verbale (105).

Ancora, nel caso di giudizio di merito già pendente, taluno ritiene che la domanda di revoca o modifica sia validamente proponibile non solo durante la fase di trattazione e istruzione, ma anche all'udienza di precisazione delle conclusioni (106) e, secondo parte

(97) Sempre MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 476.

(98) Osserva RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 791 s., che nel caso in cui la richiesta ex art. 669-decies c.p.c. riguardi una misura cautelare a “strumentalità attenuata” e sia proposta quando non è stata ancora iniziata la causa di merito o questa si sia estinta, l'istante dovrà aver cura di depositare anche copia del provvedimento revocando o modificando, “se non contestualmente al deposito dell'istanza, per lo meno prima della decisione del giudice adito”.

(99) Così pure RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 782; per il richiamo, invece, al principio di libertà delle forme ex art. 121 c.p.c., vedi FRUS, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 750 e poi TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 912.

(100) Ancora MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 477.

(101) Sono parole di RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit. p. 782.

(102) Vedi, MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 477.

(103) Sempre RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 782.

(104) Nuovamente RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 782.

(105) In questo senso, MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 476; FRUS, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 750; CECCHIELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 151; TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 912; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 51. Pure la BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, cit. p. 286, evoca questa modalità di proposizione dell'istanza, se ben intendo sempre in alternativa al deposito di un ricorso con identico contenuto.

(106) Si tratta dell'opinione di RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 787.

della dottrina, addirittura in un momento successivo a quest'adempimento (107).

Una volta introdotto il sub-procedimento (art. 669-*decies*, comma 1°, c.p.c.) o il procedimento (art. 669-*decies*, comma 2°, c.p.c.) di revoca o modifica (108), la norma – conviene ribadirlo – non fornisce alcuna indicazione sulle forme con cui esso debba continuare: all'interprete, pertanto, non resta che richiamare integralmente le regole dettate dall'art. 669-*sexies*, comma 1°, c.p.c., ossia quelle relative alla decisione sulla richiesta di tutela cautelare nel contraddittorio delle parti (109). Così, pertanto, il giudice procederà, nel modo che ritenga più opportuno, agli atti istruttori indispensabili ai fini della valutazione dell'ammissibilità e della fondatezza della domanda di revoca o di modifica, avvalendosi dei mezzi probatori tipici, atipici e delle sommarie informazioni, nei limiti e secondo gli stilemi propri dell'istruttoria cautelare (110).

Varie ragioni inducono invece, come già accennato, a preferire l'opinione (contrastata, peraltro, da autorevoli studiosi) (111), secondo cui al giudizio di revoca o modifica non sarebbe applicabile il modello procedimentale a contraddittorio differito previsto all'art. 669-*sexies*, comma 2°, c.p.c., ovvero la possibilità che il giudice si pronunci con decreto *inaudita altera parte*, da confermare, revocare o modificare con ordinanza in una (successiva) udienza di comparizione delle parti. Da un punto di vista sistematico, infatti, mi pare che la posticipazione del contraddittorio – risolvendosi nella dero-

(107) Così, CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 17; BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, cit., p. 258; *contra*, RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 787 alla nota 88, il quale afferma che "l'incidente cautelare" non sarebbe "compatibile con la fase decisoria"

(108) A differenza di altri autori preferisco parlare di "sub procedimento" o di "procedimento incidentale" solo con riferimento alla domanda di revoca o modifica proposta nell'ambito del giudizio di merito già pendente (mentre nel caso che la stessa istanza sia proposta prima dell'inizio della causa di merito, ritengo più corretto utilizzare l'espressione "procedimento"). Ma si tratta – conviene sottolinearlo – di scelte terminologiche sostanzialmente innocue.

(109) Vedi RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 783; ATTARDI, *Le nuove disposizioni del processo civile*, cit., p. 256; CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 150; BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, cit., p. 286; AULETTA, *Commento all'art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 328; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, cit., p. 208.

(110) Conf., nella sostanza, RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 783.

(111) Per riferimenti, si rinvia alla prossima nota.

ga a uno dei principi cardine del processo – richiederebbe necessariamente una norma esplicita; sotto il profilo testuale, del resto, depone a favore di tale esclusione la forma dell'ordinanza stabilita dall'art. 669-*decies*, comma 1°, c.p.c. per il provvedimento di revoca o modifica, forma che – ai sensi dell'art. 134 c.p.c. – impone senz'altro la previa convocazione e audizione delle parti (112).

Com'è stato giustamente notato, la parte nei cui confronti è domandata la modifica o la revoca “[deve] avere un termine per potere replicare e controdedurre”: ciò comporta che, se la relativa istanza è presentata in udienza, sarà dovere del giudice rinviare la causa assegnando alla controparte un termine a difesa; se, invece, è stato proposto ricorso, il giudice con decreto in calce è tenuto a fissare l'udienza, concedendo “anche in questo caso un termine per il deposito di note difensive” (113).

Il procedimento in esame si conclude dunque con un'ordinanza (114), con la quale il giudice accoglie o rigetta la richiesta dell'istante; qualunque sia il suo contenuto, tale provvedimento dovrà

(112) Analogamente, MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 477 s.; RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 530; FRUS, *Commento all'art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 751 s.; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, cit., p. 208; TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 912, e, in giurisprudenza, Trib. Sala Consilina, 22 settembre 1993, ord., in *Foro it.*, 1994, I, c. 1609 ss., che ha statuito la nullità del decreto di revoca pronunciato *inaudita altera parte*. *Contra*, ammettendo dunque, qualora ricorrano in presupposti di cui al comma 2° dell'art. 669-*sexies* c.p.c., la pronuncia con decreto e a contraddittorio posticipato, ATTARDI, *Le nuove disposizioni del processo civile*, cit., p. 256; CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 151; AULETTA, *Commento all'art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 328; OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 80; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 52 s. Secondo ARIETA, *Le cautele. Il processo cautelare*, 2ª ed., cit., p. 1089 s., il giudice pronuncia sull'istanza, di norma, con ordinanza e nel contraddittorio delle parti, salvo che non ritenga di emettere decreto di inammissibilità (senza fissare l'udienza di comparizione delle parti) “tutte le volte in cui il procedimento [debba] arrestarsi *in limine* per la sicura assenza dei requisiti di ammissibilità del ricorso” (per esempio, allorché “l'istanza di revoca [sia] formulata senza alcuna indicazione delle “sopravvenienze”, o ancora “per il mancato esaurimento del procedimento di reclamo”).

(113) Così, TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 913, e in precedenza, già MERLIN, *Commento all'art. 669-*decies* c.p.c.*, cit., p. 380.

(114) Ho detto che nel caso di istanza di revoca o modifica proposta incidentalmente nel giudizio di merito, la forma di ordinanza è espressamente prevista dal comma 1° dell'art. 669-*decies* c.p.c. Tale indicazione non è ripetuta al secondo comma della medesima norma, per l'ipotesi che la stessa istanza sia avanzata prima dell'inizio del processo sul diritto cautelato (o dopo la sua estinzione): non vi è dubbio, tuttavia, che pure in questo caso il procedimento si concluda con ordinanza, applicando analogicamente (o estensivamente) vuoi il primo comma della disposizione in esame, vuoi l'art. 669-*sexies*, comma 1°, c.p.c.

essere motivato (ancora una volta in forza di quanto prevede, in generale, l'art. 134 c.p.c.) (115).

Benché la norma nulla dica in proposito (116), la dottrina maggioritaria ritiene che – analogamente a quanto stabilito in caso di declaratoria d'inefficacia *ex art. 669-novies c.p.c.* – anche il provvedimento di revoca e modifica debba contenere le disposizioni eventualmente necessarie per il ripristino, vale a dire per “adeguare la situazione di fatto alla nuova situazione di diritto” (117); nel qual caso, si è osservato, l'ordinanza avrà senz'altro efficacia esecutiva (118).

Il giudice, con il provvedimento di modifica, può imporre all'istante una cauzione per l'eventuale risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 669-*undecies c.p.c.*, non diversamente, dunque, da quanto gli è consentito fare in sede di concessione di una misura cautelare; se non è questa la sede per approfondimenti sulla natura, i presupposti e la disciplina di tale istituto (119), conviene tuttavia osservare che secondo autorevole dottrina la cauzione potrà accedere solo a una modifica “ampliativa”, mentre la logica della stessa norma sembrerebbe escluderne l'imposizione ai provvedimenti di modifica che comportino “una riduzione della misura cautelare originaria” (120).

(115) Anche se – come prevede ancora l'art. 134 c.p.c. – la motivazione dovrà essere “succinta”.

(116) Come rileva G. VERDE, in G. VERDE, DI NANNI, *Codice di procedura civile*, cit., p. 480.

(117) In tal senso, SASSANI, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 674; conf., G. VERDE, in G. VERDE, DI NANNI, *Codice di procedura civile*, cit., p. 480; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, cit., p. 719; SAMORÌ, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 2056; FRUS, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 752; *contra*, nel senso di escludere “che ai provvedimenti ripristinatori possa giungere il giudice, attraverso la stessa ordinanza che pronuncia la revoca o la modifica”, vedi CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 148, il quale sostiene, dunque, che tali provvedimenti dovrebbero essere assunti o con la sentenza finale della causa di merito (come ritiene anche la BASILICO, *I rimedi nei confronti dei provvedimenti cautelari*, cit., c. 26), o “in difetto”, all'esito “di un autonomo giudizio, nelle forme ordinarie”.

(118) Vedi G. VERDE, in G. VERDE, DI NANNI, *Codice di procedura civile*, cit., p. 480. A differenza di quanto afferma quest'autore, ritengo che l'esecuzione forzata dei provvedimenti ripristinatori o restitutori dovrà avvenire nelle forme ordinarie previste nel terzo libro del codice di rito, risultando inapplicabile l'art. 669-*duodecies c.p.c.*, norma che opera con specifico ed esclusivo riferimento all'attuazione/esecuzione dei provvedimenti cautelari in senso proprio.

(119) Sul quale vedi, se vuoi, VULLO, *La cauzione nel processo cautelare: l'art. 669-undecies c.p.c. tra dottrina e giurisprudenza*, in *Studium Iuris*, 2018, p. 993 ss.

(120) Così MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 478, nel testo e alla nota 50.

Qualora (*ex art. 669-decies*, comma 2°, c.p.c.) la revoca o la modifica sia domandata prima dell'inizio del giudizio di merito e oggetto dell'istanza sia una misura cautelare a "strumentalità attenuata", ritengo che il giudice debba sempre provvedere sulle spese: non soltanto, quindi, se accoglie (121) ma anche se rigetta tale richiesta (122); nel caso in cui, invece, l'istanza di revoca o modifica (sempre proposta *ante causam*) riguardi un provvedimento a strumentalità piena (non compreso, cioè, fra quelli indicati all'art. 669-octies, comma 6°, c.p.c.), il giudice pronuncerà sull'allocazione dei costi del procedimento solo nell'ipotesi che accolga la domanda di revoca (perché in tale eventualità il provvedimento equivale al rigetto dell'originaria domanda di cautela e si applica dunque, per analogia l'art. 669-septies, comma 2°, c.p.c.), mentre – se non erro – in ogni altra ipotesi (rigetto della domanda di revoca, accoglimento o rigetto della richiesta di modifica) la decisione sulle spese dovrebbe spettare al giudice della successiva causa di merito.

7. *La reclamabilità del provvedimento già oggetto di revoca o di modifica.* – Se la dottrina quasi unanime ammette oggi (a ragione) la reclamabilità *ex art. 669-terdecies* c.p.c. sia dell'ordinanza che concede la revoca o la modifica (123) (124) sia di quella che rigetta

(121) Conf., RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 792.

(122) *Contra*, RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 793.

(123) Tra coloro che aderiscono a questo orientamento interpretativo, ricordo MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 480; CONSOLO, *Commento all'art. 669-terdecies c.p.c.*, cit., p. 721 s.; CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 205; SASSANI, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, p. 674; SALETTI, *I controlli sulle misure cautelari*, cit., p. 649 s.; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 58 ss.; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 813 s.; CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 223 ss.; TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 913; MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 28ª ed., IV, cit., p. 291; MARELLI, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 607 s.; GASPERINI, *Reclamabilità dei provvedimenti ex art. 669-decies c.p.c. e doppio grado di giurisdizione cautelare* (*Giur. it.*, 1996, I, 2, 769 ss., spec. 775 s.); CARRATTA, in AA.VV., *I procedimenti cautelari*, diretto da A. Carratta, cit., p. 350 s. In senso difforme, ARIETA, *Le cautele. Il processo cautelare*, 2ª ed., cit., p. 1130 ss., il quale distingue a seconda che la revoca o la modifica siano fondate su circostanze "esterne" o "interne" al processo di merito, ammettendo la reclamabilità solo nella prima ipotesi, nonché, in una prima fase del suo pensiero, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 369 che limitava il reclamo alle "ordinanze di modifica ex art. 669-decies con le quali si amplii la tutela cautelare già precedentemente concessa ovvero si imponga cauzione ex art. 669-undecies" (questa tesi era condivisa anche da OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, cit., p. 719 alla nota 49 e OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 84, nel testo e alla

la relativa istanza (125) , la questione è meno pacifica in giurisprudenza, ove si riscontrano tanto decisioni che condividono l'opinione dominante fra gli studiosi, quanto pronunce che se ne discostano (126).

nota 35). Recentemente, però, Proto Pisani sembra avere abbandonato questa tesi, affermando che sono reclamabili "anche le ordinanze che abbiano pronunciato sulle istanze di revoca o di modifica ex art. 669-decies", senza porre distinzioni di sorta (PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., cit., p. 652). Per l'irreclamabilità di qualunque provvedimento di revoca o modifica si era espresso, invece, direi isolatamente, ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari*, cit., c. 80.

(124) Rammento che in passato alcuni studiosi (LUISO, *La riforma dei procedimenti cautelari nei "Provvedimenti urgenti per il processo civile"*, in *Doc. giust.*, 1990, n. 7/8, c. 48 ss., spec. c. 56; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 369; RAPISARDA SASSOON, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 530; SALETTI, *I controlli sulle misure cautelari*, cit., p. 637; BUCCHI, CRESCENZI, MALPICA, *Manuale pratico della riforma del processo civile*, 1ª ed., Padova, 1991, p. 306; FRUS, *Commento all'art. 669-terdecies c.p.c.*, in AA.VV., *Le riforme del processo civile a cura di S. Chiarloni*, cit., p. 784) escludevano che il provvedimento di revoca fosse soggetto al rimedio del reclamo, argomentando sul fatto che l'art. 669-terdecies c.p.c. (nella versione originaria del 1990 che, come subito dirò, fu poi emendata) non prevedeva l'ammissibilità di tale rimedio contro i provvedimenti di rigetto della domanda cautelare (ai quali sarebbe appunto assimilabile la revoca ex art. 669-decies c.p.c.). In seguito, però, tale limitazione è venuta meno, prima per effetto della già ricordata sentenza della Consulta n. 253 del 23 giugno 1994 (vedi *supra* alla nota 50) e poi per la riscrittura del primo comma dello stesso art. 669-terdecies con la riforma attuata dal d.l. n. 35 del 2005, convertito con modificazioni dalla l. n. 80/2005 (il cui *incipit* recita oggi "Contro l'ordinanza con la quale è stato concesso o negato il provvedimento cautelare è ammesso reclamo [...]": dunque, poiché "oggi la norma esplicitamente ammette il reclamo contro tutti i provvedimenti di concessione o negazione della tutela cautelare, [...] non vi è [più] ragione per escluderne l'esperibilità" nei confronti dell'ordinanza di revoca o modifica (così, assai convincentemente, MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 480).

(125) Come sostengono, LUISO, *La riforma dei procedimenti cautelari nei "Provvedimenti urgenti per il processo civile"*, cit., c. 56; SASSANI, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 674; MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 480; FRUS, *Commento all'art. 669-terdecies c.p.c.*, cit., p. 781 s.; CECHELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 205; TRISORIO LIUZZI, *La modifica e la revoca del provvedimento cautelare*, cit., p. 913; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, cit., p. 62 ss.; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 814; CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 228 ss.; MARELLI, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 607 s.; CARRATTA, in AA.VV., *I procedimenti cautelari*, diretto da A. Carratta, cit., p. 350 s.; MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 28ª ed., IV, cit., p. 291 alla nota 76 (seppure con qualche perplessità); GASPERINI, *Reclamabilità dei provvedimenti ex art. 669-decies c.p.c. e doppio grado di giurisdizione cautelare*, c. 775. *Contra*, CONSOLO, *Commento all'art. 669-terdecies c.p.c.*, cit., p. 722, opinione condivisa GUARNIERI, *Note in tema di reclamabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza cautelare*, in *Mass. Giur. lav.*, 1994, p. 672 alla nota 28.

(126) A favore della reclamabilità, in generale, di qualunque tipo di provvedimento reso ai sensi dell'art. 669-decies c.p.c., vedi, fra le altre, Trib. Torino, 20 novembre 2001, ord., in *Giur. it.*, 2002, p. 1405 s., spec. in motivazione; Trib. Padova, 12 novembre 1998, ord., *ivi*, 2000, p. 87 ss., con nota di CORSINI, *Il reclamo contro il provvedimento che revoca o modifica la misura cautelare*; Trib. Milano, 20 giugno 1997, ord., *ivi*, 1998, p. 1625 s., spec. in motivazione;

Ora, a favore della tesi per prima evocata – e, dunque, della possibilità di proporre reclamo – depone la constatazione, a mio avviso decisiva, che i provvedimenti *concessivi* della revoca o della modifica sono equiparabili a un provvedimento di rigetto totale dell'originaria misura cautelare (in caso di revoca), o di rigetto parziale (in ipotesi di modifica riduttiva), o di accoglimento di una nuova istanza (se la modifica è ampliativa) (127): tutti provvedimenti, quelli evocati, certamente impugnabili col rimedio di cui all'art. 669-*terdecies* c.p.c.

Non altrettanto semplice, invece, è il discorso relativo all'ordinanza di *rigetto* della domanda di revoca o modifica: se è pur vero, infatti, che tale provvedimento non è “agevolmente accostabile” a quelli di accoglimento o di rigetto *ex artt.* 669-*octies* e 669-*septies* c.p.c. (128), tuttavia anche in questo caso sono dell'opinione che il reclamo sia da considerare ammissibile, vuoi per la natura comunque “cautelare” del potere esercitato dal giudice nel respingere l'istanza proposta ai sensi dell'art. 669-*decies* c.p.c. (129), vuoi per esigenze di equità ossia per non “differenziare la posizione delle

Trib. Nocera Inferiore, 11 gennaio 1996, ord., in *Rass. loc. cond.*, 1996, p. 362 ss.; Trib. Roma, 27 giugno 1995, ord., in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 768 ss., spec. in motivazione, con nota di GASPERRINI, *Reclamabilità dei provvedimenti ex art. 669-decies c.p.c. e doppio grado di giurisdizione cautelare*; conf., ma pronunciandosi solo con riferimento ai provvedimenti di revoca e/o modifica, Trib. S. Angelo dei Lombardi, 5 marzo 2002, ord., in *Giur. mer.*, 2002, p. 936 ss.; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 5 novembre 1996, ord., in *Foro it.*, 1997, I, c. 1634 ss., con nota di MUTARELLI, *Per la (conseguita) reclamabilità dei provvedimenti cautelari di revoca o modifica. Contra*, ossia per l'irreclamabilità dei provvedimenti emanati ai sensi della norma *de qua*, vedi invece Trib. Palermo, 4 luglio 1997, ord., in *Giur. mer.*, 1999, p. 795 s.; Trib. Roma, 26 maggio 1995, ord., in *Foro it.*, 1996, I, c. 1091 ss., nonché, ma pronunciandosi solo riguardo all'ordinanza di revoca, Trib. Milano, 16 gennaio 1995, ord., *ivi*, 1995, I, c. 1353 ss., con nota senza titolo di GIOVANNONI. Infine, si segnalano alcune decisioni di merito che escludono il reclamo specificamente contro le ordinanze di rigetto dell'istanza di revoca o modifica: Trib. Messina, 29 novembre 2005, ord., in *Giur. mer.*, 2007, p. 377, con nota senza titolo di SIMEOLI; Trib. Milano, 29 agosto 2002, ord., in *Giur. it.*, 2003, p. 2087; Trib. Torino, 29 marzo 1995, ord., *ivi*, 1995, I, 2, c. 907 ss., con nota senza titolo di PENE VIDARI, e ancora, ma riguardo a un “provvedimento negatorio della revoca richiesta con il ricorso di cui all'art. 669-novies c.p.c.”, Trib. Napoli, 25 novembre 1994, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1653, con nota di NOVIELLO, *Su un caso di asserita improponibilità del reclamo cautelare*.

(127) Vedi MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 480; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 814.

(128) Il rilievo è di RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 814.

(129) Così, CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 229; RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, cit., p. 814.

parti del “sub-procedimento” di revoca, concedendo il reclamo a seconda che l’istanza sia accolta o rigettata” (130) (131).

8. *La revocabilità o modificabilità del provvedimento pronunciato dal giudice del reclamo.* – Giustamente la dottrina sostiene che l’istanza di revoca o modifica sarebbe proponibile anche avverso l’ordinanza con cui il giudice del reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.* conferma o modifica la misura cautelare impugnata (132), nonché nel caso di accoglimento del reclamo proposto contro una decisione di rigetto (con conseguente emanazione *ex novo* del provvedimento cautelare negato *in prime cure*) (133).

Di contro, l’utilizzabilità del rimedio previsto all’art. 669-*decies c.p.c.* dovrebbe certamente escludersi, sia nell’ipotesi di accoglimento totale del reclamo avverso il provvedimento cautelare cui consegna l’eliminazione dello stesso (134), sia in quella di rigetto (sempre totale) del reclamo contro il provvedimento negativo. In entrambi casi, infatti, l’esito del reclamo determina la revoca o l’eliminazione del provvedimento originario, con la conseguenza che

(130) Sempre MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 480; in termini analoghi si esprime anche CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., p. 228 s.

(131) Tra i giudici di merito, si sono espressamente pronunciati per l’ammissibilità del reclamo avverso l’ordinanza con cui il giudice abbia rigettato la richiesta di revoca, Trib. Nocera Inferiore, 11 gennaio 1996, ord., in *Rass. loc. cond.*, 1996, p. 362 ss. e, successivamente, Trib. Torino, 20 novembre 2001, ord., in *Giur. it.*, 2002, p. 1405 s.

(132) In dottrina, sostengono l’ammissibilità di un’istanza *ex art. 669-decies c.p.c.* nei confronti dei provvedimenti di conferma o di modifica resi dal giudice del reclamo proposto ai sensi dell’art. 669-*terdecies c.p.c.* ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 256; ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari*, cit., c. 79; TOMMASEO, *Commento agli artt. 73–77 della l. n. 353/1990*, cit., p. 104; ARIETA, in MONTESANO, ARIETA, *Il nuovo processo civile*, cit., p. 149 (questo studioso ribadirà tale opinione – se ben intendo e, comunque, con alcuni distinguo – pure successivamente in *Le cautele. Il processo cautelare*, 2ª ed., cit., p. 1115 s.); PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6ª ed. con un intervento sulla crisi della giustizia civile, cit., p. 650; ID., *La nuova disciplina del processo civile*, cit., p. 359; SASSANI, *Commento all’art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 675; MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 478 s.; OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, cit., p. 726; FRUS, *Commento all’art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 748 s.; OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 81 s.; MANDRIOLI, CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 28ª ed., IV, cit., p. 291.

(133) Vedi CECCHIELLA, *Il processo cautelare*, cit., p. 150.

(134) Così, FRUS, *Commento all’art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 748 s.; conf., se ben intendo, BUCCI, CRESCENZI, MALPICA, *Manuale pratico della riforma del processo civile*, 2ª ed., Padova, 1995, p. 328.

alla parte interessata non resterebbe che riproporre la domanda di cautela ai sensi dell'art. 669-*septies* c.p.c. (135).

Ciò premesso, si ritiene pressoché unanimemente che la competenza a provvedere sulla richiesta di revoca o modifica del provvedimento pronunciato dal giudice del reclamo spetti al giudice istruttore della causa di merito (136) (137) (in applicazione, dunque, della regola stabilita al comma 1° dell'art. 669-*decies* c.p.c., nei limiti e con le necessarie integrazioni interpretative già illustrate al par. 5) (138). Tuttavia, qualora l'istanza sia proposta con riferimento a una misura cautelare a "strumentalità attenuata" (vedi *supra sub* par. 5) confermata o concessa in sede di reclamo, cui *non* abbia fatto seguito l'instaurazione della controversia di merito, risultando ovviamente impossibile ricorrere al giudice istruttore di questa, la competenza spetterà al giudice (del reclamo) che ha confermato (o emanato) il provvedimento (139).

(135) In tal senso, ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 255; FRUS, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 749.

(136) Nuovamente ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 256, nonché MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 479; SASSANI, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 675; CONSOLO, *Commento all'art. 669-terdecies c.p.c.*, cit., p. 722 s.; FRUS, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 750; OBERTO, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 82 e direi anche BALENA, in BALENA, BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 366; Trib. Udine, 14 dicembre 1994, ord., cit. *Contra*, GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, cit., p. 803, che, se ben intendo, ritiene competente il giudice del reclamo; GUAGLIONE, *Il processo cautelare*, cit., p. 208.

(137) Se uno sei primi commentatori del nuovo rito cautelare aveva sollevato dubbi "sull'opportunità" che il giudice singolo (l'istruttore) possa, in virtù dell'attribuzione di questa competenza, revocare un provvedimento emesso o confermato dal collegio in sede di reclamo (TOMMASEO, *Commento agli artt. 73-77 della l. n. 353/1990*, cit., p. 104), a tale obiezione si è tuttavia convincentemente replicato che "il potere di revoca (o modifica) non implica alcun riesame o controllo del provvedimento del collegio, posto che i suoi presupposti si avvicinano assai a quelli che, secondo i principi generali, persino consentono un nuovo giudizio" (MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 479; conf., nella sostanza, già CONSOLO, *Commento all'art. 669-terdecies c.p.c.*, cit., p. 722 s.; SASSANI, *Commento all'art. 669-decies c.p.c.*, cit., p. 675).

(138) Intendo riferirmi, per esempio, all'ipotesi che il processo di merito si trovi in uno stato di "stasi" o di "quiescenza" per sospensione, interruzione o cancellazione della causa dal ruolo, oppure che non sia stato ancora nominato l'istruttore, oppure che penda davanti al giudice di pace e via dicendo.

(139) Vedi MERLIN, *La revoca e la modifica*, cit., p. 479 alla nota 55; CARRATTA, in AA.VV., *I procedimenti cautelari*, diretto da A. Carratta, cit., p. 345; Trib. Trani, 10 gennaio 2012, in *De Jure*, spec. in motivazione. Diversamente, si è affermata la competenza del giudice singolo del tribunale nella particolare ipotesi di una misura cautelare pronunciata in sede di reclamo in relazione a una controversia soggetta ad arbitrato, Trib. Bassano del Grappa, 19 marzo 1999, ord., in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 261 ss., con nota di BIANCHI, *Competenza per la modifica o revoca del provvedimento cautelare emanato dal giudice collegiale in caso di giudizio di merito devoluto ad arbitri*.

LEONARDO FILIPPI

LA RIFORMA DEL PROCESSO PENALE: ATTO SECONDO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il piano nazionale per la ripresa e la resilienza. – 3. Le indagini preliminari. – 4. L'Ufficio del processo. – 5. Digitalizzazione e processo penale telematico. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione.* – Siamo arrivati al secondo incontro sulla riforma della giustizia penale (1).

Nel primo parlammo di udienza preliminare, giudizio d'appello e di cassazione, oltre che di trattamento sanzionatorio e giustizia riparativa.

Ora l'analisi punterà sulle indagini preliminari, sul processo penale telematico e sulla persona offesa.

2. *Il piano nazionale per la ripresa e la resilienza.* – Il piano nazionale per la ripresa e la resilienza (P.N.R.R.) stanziava ingenti fondi per ridurre in cinque anni del 25% la durata dei processi penali rispetto agli attuali tempi non ragionevoli.

Ed è curioso osservare come il denaro costituisca una formidabile molla anche per lo Stato. Perciò la l. d. 27 settembre 2021, n. 134, delega il Governo ad attuare una riforma che garantisca «l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari».

Entro un anno e quindi entro settembre 2022 dovranno essere adottati i decreti legislativi attuativi, ed entro 2 anni eventuali decreti correttivi e integrativi.

(1) Si tratta del secondo "Incontro sulla riforma della giustizia penale", organizzato dalla Associazione italiana giovani avvocati (A.I.G.A.) e dall'Università di Cagliari e tenutosi il 4 febbraio 2022 nell'aula magna del Dipartimento di Giurisprudenza.

Resta però completamente fuori da qualsiasi progetto riformatore il codice antimafia e delle misure di prevenzione (il d.lgs. n. 159/2011), ancora una volta Cenerentola della giustizia penale, che attua una giustizia penale “sottobanco”, che applica devastanti misure di prevenzione a chi è raggiunto da semplici indizi di reato. Pertanto, quando non vi è la prova per condannare e magari l'imputato è assolto, il P.M. esercita l'azione di prevenzione e il tribunale della prevenzione, con un processo non certamente “equo”, a norma degli artt. 18 e 26 del Codice antimafia, applica misure, come la confisca anche dell'intero patrimonio e persino *post mortem*. Sapete infatti che la Corte costituzionale (2), non aveva preso posizione pronunciando sostanzialmente un *non liquet* e le Sezioni unite della Corte di cassazione (3) ne hanno addirittura esteso la portata stabilendo che l'azione di prevenzione patrimoniale può non solo proseguire ma anche essere esercitata dopo la morte del soggetto ritenuto socialmente pericoloso, e la confisca può avere ad oggetto non solo i beni pervenuti a titolo di successione ereditaria, ma anche i beni che, al momento del decesso, erano comunque nella disponibilità del *de cuius*, per essere stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi.

Si interviene quindi soltanto con la riforma del processo penale, che in realtà è la codificazione di un nuovo codice, perché modifica profondamente quello vigente nelle parti più rilevanti.

3. *Le indagini preliminari.* – a) Si propone di modificare l'attuale regola di giudizio per la richiesta di archiviazione (posta nell'art. 125 disp. att. c.p.p.: «gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio»), prevedendo che il pubblico ministero chieda l'archiviazione quando «gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non consentono una ragionevole previsione di condanna» (art. 1.9.a).

La stessa regola è proposta anche in sede di udienza preliminare per la sentenza di non luogo a procedere (art. 1.9.m). Sul punto il legislatore delegante appare piuttosto ingenuo se pensa che sia sufficiente modificare una formuletta per cambiare un regime consolidato negli anni: occorre un diverso approccio culturale dei magistrati.

(2) Corte cost., 9 febbraio 2012, n. 21.

(3) Cass., S.U., 22 dicembre 2016 (dep. 16 marzo 2017), n. 12621, De Amicis e altri, annotata da Cortesi, in *Proc. pen. e giust.*, n. 5/2017.

b) Si propone di escludere l'obbligo di notificazione dell'avviso della richiesta di archiviazione alla persona offesa che abbia rimesso la querela (art. 1.9.b): soluzione logica, visto che la persona offesa che ha già rimesso la querela è consapevole che il procedimento si arresterà. Oggi invece l'art. 408.2 c.p.p. prescrive di notificare sempre alla p.o. che l'ha richiesto, l'avviso della richiesta di archiviazione.

c) Si propone di precisare i presupposti per l'iscrizione nel registro delle notizie di reato, di cui all'art. 335 c.p.p. «in modo da soddisfare le esigenze di garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni» (art. 1.9.p);

d) Si propone di modificare i termini di durata delle indagini preliminari (art. 1.9, lett. c), che oggi hanno una durata media di 1 anno e mezzo o due anni per i reati di criminalità organizzata, ma la durata rimane la medesima, perché per i reati di cui all'art. 407.2 c.p.p. è stabilita in un anno e sei mesi come oggi, e con la proroga di sei mesi, durerebbero ugualmente due anni come oggi: un termine eccessivo, che distanzia il dibattimento dal fatto e lo rende inidoneo ad accertare i fatti dopo tanto tempo. È posto un termine al P.M. per le sue determinazioni dopo decorsi i termini di durata delle indagini (oggi è previsto un termine di tre mesi, prorogabile), ma l'eventuale violazione è priva di alcuna sanzione, per cui resta meramente ordinatorio e lasciato alla buona volontà dei P.M.

È vero che è previsto un intervento del gip per rimediare alla stasi sia durante le indagini preliminari, sia dopo la notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini (art. 1.9, lett. g) e h).

Occorre ridurre drasticamente la durata delle indagini.

Occorre tornare alla genuina funzione delle indagini preliminari, cioè in fase di indagine non si raccolgono prove ma solo elementi che consentono al P.M. di autodeterminarsi sulle scelte processuali da effettuare; il P.M. dovrebbe chiedere il rinvio a giudizio solo in presenza di solidi elementi a carico: è ciò che la nuova formula propone per il rinvio a giudizio, cioè quando gli elementi acquisiti consentono una ragionevole previsione di condanna.

e) Si propongono criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato. In particolare, si propone di prevedere che «gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predefiniti, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della

Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili». Si propone infine di «allineare la procedura di approvazione dei progetti organizzativi delle procure della Repubblica a quella delle tabelle degli uffici giudicanti» (art.1.9, lett. *i*).

Si tratta di verificare la compatibilità dei criteri di priorità attribuiti alle procure della Repubblica, e quindi l'attribuzione ad esse di poteri politici, con il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost.

La Corte costituzionale ha ritenuto che il fondamento del principio di obbligatorietà dell'azione penale risieda sia nel principio di uguaglianza, sia nella regola dell'indipendenza del pubblico ministero da ogni altro potere.

Mi pare che si stia inavvertitamente scivolando verso una discrezionalità dell'azione penale, che non può essere introdotta senza una profonda riforma della Costituzione, del codice e dell'ordinamento giudiziario e soprattutto responsabilizzando il P.M. per le scelte che opera nelle priorità nella trattazione delle indagini e nell'esercizio dell'azione penale.

Sui principi costituzionali non si interviene a gamba tesa, ma occorre un intervento molto meditato e accorto.

Il tema è straordinariamente importante e può condurre alle scelte più svariate (faccio presente che in Cina, ad esempio, è già in via di sperimentazione il PM robot, che da avvio ad una giustizia artificiale, rimessa alle macchine, con tutte le conseguenze immaginabili).

La materia è delicata e non sembra che i criteri generali indicati dal Parlamento con legge potranno essere una guida certa per le Procure perché non potranno che essere appunto generali (ad es. reati che provocano allarme sociale, reati di criminalità organizzata), con la conseguenza che ogni Procura costruirà il suo "progetti organizzativi" con diversi "criteri di priorità", basati sulle esigenze specifiche del territorio. Ma avremo 165 piccoli staterelli, ognuno con il suo procuratore che sceglie i reati da perseguire prioritariamente: cioè un'azione penale discrezionale.

Quanto questo sistema sia compatibile con l'art. 112 Cost., che prescrive di esercitare l'azione penale per tutti i reati, lo lascio immaginare a voi.

4. *L'Ufficio del processo.* – Quando leggo che gli assistenti dell'Ufficio del processo saranno incaricati della “predisposizione delle minute dei provvedimenti” (art. 1.26, lett. *b*), rabbrivisco: come si fa a consentire a dei giovani laureati di predisporre la minuta delle sentenze o delle ordinanze cautelari? Questa è la rinuncia alla garanzia della riserva di giurisdizione, uno dei principi su cui si fonda la nostra Costituzione laddove stabilisce, all'art. 102 Cost., che «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario».

5. *Digitalizzazione e processo penale telematico.* – La legge-delega riforma nelle sue fondamenta il processo penale: sono infatti interessati alle modifiche diversi istituti.

Un primo aspetto veramente rivoluzionario riguarda il processo penale telematico, dove però resta fondamentale la regola della presenza fisica delle parti e del giudice in udienza e l'eccezione è il contraddittorio cartolare.

La novità telematica attiene soltanto alla formazione e conservazione in formato digitale degli atti processuali e dei documenti (art. 1.5.a).

Ma si prescrivono pure depositi, comunicazioni e notificazioni telematiche, assicurando «al mittente e al destinatario certezza, anche temporale, dell'avvenuta trasmissione e ricezione, nonché circa l'identità del mittente e del destinatario» (art. 1.5.a).

Si prevede anche la formazione del personale interessato alle nuove procedure telematiche (art. 1.5.c).

6. *Conclusioni.* – Si tratta di una riforma certamente ambiziosa, anche se resta da vedere se renderà davvero più celere ed efficiente il processo penale.

In alcuni punti, come abbiamo visto, la riforma appare spregiudicata, in altri ingenua.

Ma l'esito della scommessa solo in parte dipende dalle norme del codice di procedura penale. In gran parte il buon esito dipenderà dall'atteggiamento culturale dei protagonisti del processo.

Sarà necessario che giudici, pubblici ministeri e difensori mutino atteggiamento.

I pubblici ministeri è vero che hanno l'obbligo di esercitare l'azione penale ma dovranno richiedere il rinvio a giudizio solo in

presenza di elementi concreti che consentono davvero una ragionevole previsione di condanna. È triste constatare che oggi troppi P.M. interpretano l'azione penale quasi come una scommessa e gli esempi sono sotto gli occhi di tutti (l'ultimo caso è stato il processo per la trattativa Stato-mafia, conclusosi dopo qualche decennio in una bolla di sapone). Ma anche i giudici dovranno assumersi la responsabilità del ruolo che svolgono: sappiamo, ad esempio, che l'udienza preliminare, che era stata concepita come una udienza filtro che avrebbe dovuto impedire le imputazioni azzardate, è diventata un luogo di passacarte, che allunga soltanto i tempi processuali. Da parte sua, il giudice del dibattimento dovrà acquisire maggiore terzietà rispetto al P.M.: troppo spesso l'art. 507 c.p.p., che è un'eccezione nel sistema accusatorio, è usato dal giudice nel ruolo di supplente del P.M. e molto più raramente in chiave difensiva. Anche il difensore dovrà esercitare il diritto di difesa, ma senza abusare del processo: l'abuso del processo non è altro che una specificazione dell'abuso del diritto. Finora purtroppo, in qualche caso, è emerso che il difensore ha adottato strategie dilatorie, non strumentali all'esercizio del diritto di difesa, ma ad un uso eccessivo o distorto e finalizzate soltanto ad allungare i tempi processuali, tanto che se ne sono interessate persino la Corte di giustizia U.E, la Corte europea dei diritti dell'uomo e le Sezioni unite, civili e penali (4). Come sempre accade, solo con un mutato atteggiamento culturale di tutti i protagonisti possiamo aspirare ad un processo davvero equo e dai tempi ragionevoli.

(4) Nel campo penale Cass., S.U., Rossi, n. 155/2012.

SILVIO SAU

INTERVENTI DI GARANZIA SULLA FORMAZIONE DELLA PROVA IN SEDE DI INDAGINI PRELIMINARI: UNO SGUARDO SINTETICO (*)

I sistemi processuali penali si sono tradizionalmente ispirati ai caratteri del cosiddetto “processo inquisitorio” e del cosiddetto “processo accusatorio” (1). Storicamente in antitesi tra loro, i due sistemi codicistici sono stati espressivi del rapporto tra *autorità e libertà* che hanno distinto i sistemi politici che li hanno, di volta in volta, prevalentemente adoperati. Così, i regimi autoritari, nello specifico quello che dette origine al codice di rito penale previgente (1930) hanno orientato il codice di procedura penale come strumento di mera repressione dei reati nella decisione che nell’interesse dello Stato fosse comunque prevalente sui diritti individuali: perciò, di conseguenza, il sistema inquisitorio nega all’imputato ogni forma di tutela, sottoponendolo ad una “istruzione” segreta, e affidando al giudice anche la funzione di accusatore. Peraltro, secondo il modello accusatorio, storicamente, così come appariva strutturato fin dall’età repubblicana dell’epoca romana, il “rito” si articolava sul modello della contesa dialettica tra le “parti” di fronte ad un giudice “terzo”.

Ne derivava uno schema procedimentale in cui l’accusatore, che era distinto dal giudice, che si trovava in condizioni di parità con l’accusato. Ora l’impossibilità, storica e materiale, di riprodurre esattamente uno schema piuttosto che l’altro, ha comportato

(*) Ai fini del presente contributo si è utilizzato il fondo di Ateneo per la ricerca 2020.

(1) Ad attribuire dignità normativa alla distinzione è intervenuta la legge delega per l’emanazione del vigente codice di procedura penale, la quale all’art. 2, in linea di principio ma, proprio per questo ancor più significativamente, raccomandava al nascente codice di attuare nel processo penale «i caratteri del sistema accusatorio» (anche se “secondo” – vale a dire compatibilmente con i principi e i criteri che seguono).

nella storia del processo penale la formazione di modelli misti dove le caratteristiche dell'uno o dell'altro sistema prevalevano a seconda degli ... utilizzatori, cioè dei sistemi politici che li mettevano in opera.

Il codice vigente, che viene solitamente definito come processo accusatorio, è in realtà un sistema misto che si è mosso, almeno in origine, secondo una chiara linea prospettica, antitetica a quella che muoveva il codice del 1930, schematicamente così definita: indagini preliminari governate dal pubblico ministero, definite "procedimento" (in senso stretto), e una successiva fase che si concretizza con l'instaurazione dell'azione penale, definita "processo".

Questo schema operativo distingue appunto, nella forma più generale, il codice del 1988 rispetto a quello del 1930. Nel codice attualmente vigente, le indagini preliminari sono denotate da un'unica finalità: la determinazione del magistrato del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione penale, potendo concludersi in due opposte direzioni: da un lato, la notizia di reato su cui il p.m. governa le indagini trova conferma, e quindi dà luogo all'esercizio dell'azione penale se e quando il compendio investigativo contenga elementi sufficienti per formulare l'imputazione, ovvero al contrario dà luogo ad una richiesta di archiviazione se dalle indagini non sono emersi elementi idonei alla formulazione dell'accusa.

Questa premessa è stata necessaria per giungere con chiarezza al tema specifico di queste brevi considerazioni: la funzione del gip negli interventi di garanzia sulla formazione della prova in sede di indagini preliminari. Questa modalità di intervento, nelle intenzioni del legislatore del 1988 di carattere del tutto eccezionale, è disciplinata nel Titolo VII, Libro V del Codice intitolato "Incidente probatorio", artt. 392-404.

Nella *Relazione al Progetto preliminare*, è detto che l'incidente probatorio è tra gli istituti che arrecano maggiore novità all'impianto processuale delineato dalla legge delega del 1987 (art. 2 dir. 40). La sua *ratio*, si specificava, è "intimamente connessa" con il nuovo modello di processo penale scaturito proprio dai rilievi critici che erano stati suscitati dalle previsioni della legge delega del 1974, nella quale era prevista una fase di "atti di istruzione" che, dopo le indagini del pubblico ministero, il giudice istruttore era chiamato a compiere per decidere se prosciogliere o rinviare a giudizio l'imputato, con il solo limite che si trattasse di accertamenti generici, atti non rinviabili al dibattimento e di prove utili all'immediato proscioglimento dell'imputato (dir. 42 l.d. 1974).

A ciò, però, andava sommato il criterio per cui il pubblico ministero poteva disporre di soli trenta giorni per svolgere il segmento di indagine a lui assegnato, per cui era rilevante il rischio che si riproducesse in modo surrettizio la figura del giudice istruttore che si voleva invece eliminare. Su questa ipotesi strutturale, si erano appuntati i rilievi critici, che avevano attraversato varie legislature. In effetti, ne usciva largamente compromesso – proseguiva la Relazione – il proposito di costruire il nuovo processo penale secondo il sistema accusatorio, “cioè, in concreto, destinando le indagini preliminari all’attività di investigazione e riservando la formazione della prova in giudizio”.

In questo schema essenziale, tuttavia, emergeva immediatamente una ineliminabile esigenza; la elaborazione di un “meccanismo processuale” idoneo ad evitare, durante le indagini preliminari, il rischio di *dispersione di prove non rinviabili al dibattimento*. Prove acquisite comunque, sempre, con i criteri del dibattimento e sotto il controllo di garanzia del giudice per le indagini preliminari. Si tratta probabilmente del meccanismo procedurale in cui questo giudice staglia una sua attività predominante rispetto a quella del pubblico ministero. Tanto che nella stessa Relazione si tendeva, per così dire, a mettere le mani avanti dichiarando che si era tenuto conto delle “preoccupazioni” avanzate in relazione al fatto che la prassi dell’incidente probatorio potesse prestarsi a riprodurre lo schema e gli inconvenienti tipici della istruzione formale del sistema inquisitorio, mediante un impiego strumentale dilatato dell’istituto da parte del pubblico ministero.

Per evitare questo rischio, chiariva ancora la Relazione, si era ritenuto opportuno operare in due direzioni complementari: evitare di attribuire al giudice margini troppo ampi di discrezionalità nella ammissibilità delle richieste e “rigida determinazione” dell’area di operatività dell’incidente probatorio, con il risultato di limitare anche il pericolo di un uso distorto e strumentale da parte dei difensori, finalizzato alla conoscenza degli elementi acquisiti dal pubblico ministero nel corso delle indagini (2).

(2) Su questo rischio, e su quello speculare, di cui si è detto, di un uso strumentale della prassi incidentale da parte della difesa cfr., volendo, SAU, *L’Incidente probatorio*, Padova, 2001, p. 33: «Si erano temute, fin dai lavori preliminari, due contrapposte evenienze suscettibili di stravolgere le funzioni per cui l’istituto era sorto: da un lato, il fatto che un ricorso eccessivo e “sistematico” ad esso da parte dell’accusa avrebbe potuto trasformarlo in qualcosa di molto simile alla abrogata, e aborrita, istruttoria, dall’altro il fatto che un uso scaltro da parte della dife-

Il vaglio di ammissibilità da parte del giudice per le indagini preliminari (3) e la rigida determinazione degli atti non rinviabili al dibattimento, miravano anche a evitare ogni abuso sistematico di un istituto costruito prevedendo un rigoroso rispetto del principio del contraddittorio (artt. 398, comma 3°, 401, 402, 404), in modo da evitare il ricorso a “procedure ibride” che avrebbero potuto infiltrare nel nuovo processo metodi e mentalità propri dell’istruzione inquisitoria (ancora vigente al momento della stesura della Relazione), e in modo quindi di realizzare un articolato meccanismo esemplato sulle regole proprie del dibattimento, strettamente delimitato tuttavia allo specifico atto di acquisizione di prova ad esso non rinviabile.

In sintesi, l’incidente probatorio si svolge in varie fasi, tutte governate dal gip: a) contraddittorio sull’ammissibilità dell’incidente; b) decisione del giudice sull’ammissibilità e fondatezza della richiesta; c) svolgimento dell’udienza in camera di consiglio; d) eventuale integrazione del contraddittorio. In ordine a questi momenti la base delle decisioni del gip è costituita dal complesso degli atti, dei documenti e delle indicazioni fornite dalle parti sulle quali incombe un onere di iniziativa, posto che la facoltà di conseguire un vantaggio, anche occasionale, qualunque ne sia la natura è legata alla loro specifica istanza (4). Possono fare richiesta di incidente probatorio il p.m., l’indagato e il suo difensore (art. 392, comma 1°), ma non la persona offesa che non può rivolgersi direttamente al giudice ma può solo fare richiesta al p.m., che deve pronunciare decreto motivato se non la accoglie (art. 394) (5).

sa avrebbe potuto trasformarlo in una sorta di “grimaldello” per costringere il pubblico ministero ad una sorta di *discovery* tale da compromettere l’intero apparato accusatorio. Né l’una né l’altra di queste previsioni si è concretamente realizzata nella prassi. E se ciò non è avvenuto, non è, ovviamente per una sorta di *entente cordiale* tra accusa e difesa, ci devono essere state altre ragioni per l’infelice esito di un istituto cui pure autorevole dottrina aveva pronosticato un ruolo di ben diverso rilievo».

(3) Ai fini della propria determinazione il giudice deve applicare i parametri indicati negli artt. 392 e 393 c.p.p. nonché quelli generali previsti dall’art. 190, comma 1° c.p.p., il quale stabilisce che «le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza su richiesta di parte escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti». L’art. 190 c.p.p. si riferisce alle prove, in generale, e al giudice: nel caso di cui qui si tratta, il riferimento è necessariamente al giudice per le indagini preliminari.

(4) GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in *Il nuovo processo penale*, Milano, 1989, pp. 47-48.

(5) Una specifica disciplina è tuttavia prevista per l’ipotesi di incidente probatorio nel corso delle indagini difensive: l’art. 391-bis, comma 11° c.p.p., dispone che l’assunzione della

Il giudice può solo autorizzare una richiesta avanzata da uno dei predetti soggetti, non potendo mai disporlo di propria iniziativa. Laddove ciò avvenisse il provvedimento del giudice sarebbe abnorme, come più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità (6). In capo a tutti i soggetti abilitati a richiedere al gip l'incidente probatorio sono posti oneri piuttosto rigidi e dettagliati.

L'art. 393 dispone infatti che vengano indicati i seguenti elementi a pena di inammissibilità: a) la prova da assumere, i fatti che ne costituiscono l'oggetto, le ragioni della sua rilevanza; b) le persone nei confronti delle quali si procede per i fatti oggetto della prova; c) i motivi per cui la prova non è rinviabile al dibattimento, d) il p.m. deve fornire ulteriori indicazioni sulla persona offesa e sui difensori delle persone interessate.

I requisiti sopra accennati, necessari a delimitare il *thema probandi*, a giustificare la trattazione fuori dalla naturale sede dibattimentale e ad assicurare il contraddittorio, sono prescritti a pena di inammissibilità della richiesta al pari dell'osservanza dei tempi stabiliti per la presentazione di essa. La richiesta è presentata nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari entro i termini per la conclusione delle stesse e «comunque in tempo sufficiente per l'assunzione della prova prima della scadenza dei medesimi termini» (7) ed è notificata alla controparte (cioè, secondo i casi, al p.m. ovvero all'indagato e al suo difensore) ai sensi dell'art. 395; questi soggetti possono presentare al gip deduzioni scritte sulla am-

prova può essere richiesta dal difensore senza ulteriore specificazione; ne consegue che anche il difensore dell'offeso dal reato, in presenza dei presupposti voluti dal predetto art. 391-bis c.p.p. può chiedere al gip che si proceda con incidente probatorio.

(6) Fra le tante si segnala Cass., Sez. III, 27 maggio 2010, Ced. n. 247874 in cui si sancisce che è affetta da abnormità l'ordinanza con cui il giudice, in esito all'udienza camerale, fissata a seguito di opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione, nel rigettare quest'ultima, disponga l'assunzione di una testimonianza nelle forme dell'incidente probatorio su richiesta della persona offesa spettando solo al p.m. e all'indagato il potere di proporre la richiesta; analogamente Cass., Sez. IV, 12 giugno 2008, Ced. Cass. n. 240739.

(7) Nell'ambito della domanda di incidente probatorio può essere avanzata al gip, da parte della persona sottoposta alle indagini o dal p.m., richiesta di proroga del termine stabilito per le indagini preliminari, proprio al fine di consentire l'esecuzione dell'incidente stesso. L'intervento del gip al riguardo assume un duplice significato, in quanto da un certo punto di vista, s'inquadra nel più ampio potere che il gip ha in materia di proroga del termine delle indagini, mentre, dall'altro, attiene alle funzioni di controllo sulla ammissibilità della richiesta di incidente probatorio. In questo caso il gip valuta la tempestività della domanda, allo scopo di evitare strumentalizzazioni dell'incidente probatorio, in vista di un ingiustificato ritardo del momento di conclusione delle indagini.

missibilità e fondatezza della richiesta, nonché sulla estensione oggettiva e soggettiva dell'incidente, entro due giorni dalla notifica (art. 396). In tale contesto il p.m. può anche chiedere al giudice il differimento dell'incidente probatorio sollecitato dalla persona sottoposta alle indagini, quando la sua esecuzione che evidentemente comporta una sia pur limitata *discovery* con il conseguente venir meno della riservatezza delle indagini, potrebbe pregiudicare uno o più atti investigativi.

Ricevuta la richiesta di differimento, il gip adotta una serie di adempimenti indicati nel comma 3° dell'art. 397 c.p.p. entro due giorni egli deve valutare l'ammissibilità e la fondatezza della richiesta del p.m. Da un lato il gip ha come criteri di giudizio quelli formali dettati dal comma 2° dell'art. 397 c.p.p.; entra in merito alla fondatezza della domanda ed accerta i requisiti sostanziali che la denotano. Tra gli adempimenti del gip in questa fase c'è anche l'obbligo della immediata comunicazione al p.m. dell'eventuale ordinanza di inammissibilità o di rigetto.

Senza dubbio la decisione sul differimento costituisce uno dei momenti in cui il gip attende alla propria funzione di garanzia nel bilanciamento dei contrapposti interessi dell'accusa e della difesa. In questa situazione egli è vincolato dalla regola del giudizio che – in conformità alla dir. 40, l.d. n. 81/1987 – gli impone di considerare comunque prioritario il diritto alla prova della persona sottoposta alle indagini, quando il rinvio pregiudicherebbe l'assunzione della prova (art. 397, comma 1°, seconda parte). Nel qual caso il cedimento delle esigenze poste a fondamento della richiesta di differimento opera anche in presenza del "sicuro pregiudizio" di uno o di più atti di indagine (8). Nella medesima prospettiva di dare rilievo *potiore* al diritto alla prova si collocano le disposizioni che impongono al gip, quale garante dell'assunzione della prova, di adottare i necessari provvedimenti al fine di evitare che il ritardo possa compromettere l'assunzione del dato probatorio. Si tratta in particolare dell'art. 398, comma 5° c.p.p. che regola un caso di rogatoria utilizzabile «quando ricorrono ragioni di urgenza e l'incidente probatorio non può essere svolto nella circoscrizione del giudice competente»; del caso disciplinato dall'art. 400 c.p.p. che prevede l'abbreviazione dei termini della procedura incidentale «quando per assicurare l'assunzione della prova è necessario procedere con urgenza

(8) TAORMINA, *Diritto processuale penale*, 2ª ed., Torino, 1995, p. 537.

all'incidente probatorio»; dell'ipotesi contenuta nell'art. 402 c.p.p., in base alla quale la richiesta di estensione dell'incidente probatorio non può essere accolta se il rinvio pregiudica l'assunzione della prova; del caso disciplinato dall'art. 397, comma 1° c.p.p., secondo cui il differimento dell'incidente non può essere concesso quando pregiudicherebbe l'acquisizione della prova.

Come si vede, anche da questa sommaria esposizione, la procedura incidentale impegna il gip in una complessa attività di controllo già solo per poter pervenire alla ordinanza di ammissibilità della richiesta; ulteriore controllo il gip effettua nel caso di eventuale contraddittorio scritto susseguente ad eventuali deduzioni scritte delle parti; ma, infine, l'ordinanza del gip non è soggetta ad impugnazione; l'ordinanza del gip non è impugnabile neppure nel caso inverso, se cioè la richiesta di incidente probatorio viene giudicata inammissibile o viene rigettata perché infondata.

Il rigore, o se si vuole la rigida formulazione di questo congegno ha cominciato presto a suscitare problemi e provocare molte rilevanti modificazioni. Qui anzitutto si segnala la madre di tutte le modifiche, prodromica rispetto ad altre della medesima natura su cui qui non ci si può intrattenere in quanto altera, certo, la fisionomia della fattispecie incidentale pensata come estrema ed ineludibile *ratio*, ma non altera la posizione strategica di controllo e di garanzia in capo al gip (se non aumentandone a dismisura gli oneri materiali). Si vuole alludere alle modifiche apportate all'art. 392 c.p.p. dalla l. n. 66/1996 mediante l'inserimento del comma 1°-*bis* (successivamente integrato dalla l. 3 agosto 1998, n. 269, dalla l. 11 agosto 2003, n. 228, dalla l. 6 febbraio 2006, n. 38; dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 convertito dalla l. 23 aprile 2009, n. 38 e dalla l. n. 172/2012) il quale prescrive che, nei procedimenti per i delitti di cui agli artt. 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, e 600-*quater*, anche se relativi al materiale pedopornografico di cui all'art. 600-*quater* 1, 600-*quinques*, 601, 602, 609-*bis* 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*undecies*, 612-*bis* c.p. «il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio alla assunzione di testimonianza di persona minorenni, della persona offesa maggiorenne coinvolta in determinati reati, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1».

Le novità introdotte dalla novella del 2009 consistono nell'aver ampliato il novero delle fattispecie di reato per le quali è consentita

l'assunzione incidentale della testimonianza di determinati soggetti fragili e nell'aver, altresì, esteso il numero di tali soggetti. L'incidente probatorio è oggi consentito anche nei procedimenti per i delitti di cui agli artt. 572 (maltrattamenti in famiglia) e 612-*bis* (atti persecutori) c.p. ed in tali forme può essere assunta la testimonianza non più solo del minore infrasedicenne come originariamente previsto, bensì di tutti i minorenni ed anche delle persone offese maggiorenni presunte vittime di particolari delitti lesivi in via generale, della libertà sessuale o di autodeterminazione, o dell'integrità fisica o della personalità dell'individuo.

Il d.lgs. 212/2015 ha, poi, introdotto un nuovo periodo al comma 1°-*bis* dell'art. 392 c.p.p. che rende utilizzabile il meccanismo parentetico, anche al di fuori dei limiti rigorosi di cui al comma primo del medesimo articolo, allorquando la persona offesa versi in condizioni di particolare vulnerabilità, secondo i criteri fissati nell'art. 90-*quater* c.p.p.

Per effetto di ulteriori interventi ampliativi la fisionomia originaria dell'incidente probatorio si è ulteriormente modificata (9): il quadro che ne emerge è alquanto frastagliato. Oltre alle riferite ipotesi di cui al comma 1°-*bis*, va ricordata la riforma del 1997 che ha espunto dalle lett. *c)* e *d)* del comma 1° dell'art. 392 c.p.p. riguardanti rispettivamente l'esame dell'indagato su fatti concernenti la responsabilità di altri, e l'esame delle persone indicate nell'art. 210 c.p.p. om riferimento ai requisiti di non rinvincibilità originariamente previsti. Il caso tipizzato dalla lett. *d)* è stato poi oggetto di ulteriore modifica mediante l'inserimento, ad opera della l. n. 6/2018, della specifica ipotesi dell'esame dei testimoni di giustizia.

In relazione alle ipotesi indicate, stante la ritenuta presunzione *ex lege* di non rinviabilità della prova, a differenza di quanto avviene nelle ipotesi tradizionali di incidente probatorio, non occorrerà ai fini dell'ammissibilità della richiesta di assunzione anticipata del mezzo di prova dichiarativo, indicare le circostanze che rendono l'atto non rinviabile, essendo sufficiente fare riferimento alla tipologia dei reati, all'età del testimone, o alla semplice indicazione dell'assunzione del ruolo della persona offesa, ove si tratti dei casi di-

(9) Oltre che per effetto degli interventi novellistici, va ricordato che un significativo ampliamento – anche temporale – dell'ambito di operatività dell'istituto si è avuto a seguito di Corte. cost. n. 77 del 1994 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 392 e 393 c.p.p. nella parte in cui non prevedevano l'esperibilità dell'incidente probatorio in sede di udienza preliminare.

sciplinati dal primo periodo del comma 1°-*bis* dell'art. 392 c.p.p., ovvero alla qualifica soggettiva dell'esaminando e al contenuto delle sue dichiarazioni quando si tratta dei casi disciplinati nelle lett. *c*) e *d*) dell'art. 392 c.p.p. Ne consegue che in presenza di tali presupposti, e fatto salvo il giudizio di rilevanza della prova ai fini decisori il giudice dovrà accogliere l'istanza senza che sia consentita alcuna valutazione di opportunità nel merito (10). Merita ricordare che con l'ordinanza che accoglie la richiesta di assunzione della prova nei casi previsti dal comma 1°-*bis* dell'art. 392 c.p.p., il giudice, ai fini dell'espletamento dell'incidente probatorio, deve stabilire le peculiari modalità di ascolto del dichiarante fragile secondo quanto stabilito dall'art. 398, comma 5°-*bis*, c.p.p. 5°-*ter* e 5°-*quater* (11).

(10) Anche nel caso dei testimoni di giustizia, inserito dalla novella 6/2018 il legislatore ha prefigurato una ipotesi di anticipazione della prova, svincolata dai presupposti ordinari di non rinviabilità, da ritenersi implicita data la vulnerabilità di questi soggetti. In questo modo, anche l'esame della persona offesa, ovvero informata dei fatti o testimone che sono le qualità assumibili dai testimoni di giustizia, rientrerebbe nella automatica fruibilità della procedura incidentale: così SAU, *La nuova disciplina sui testimoni di giustizia: prime riflessioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 993; in prospettiva diversa RENON, *sub art. 392*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, 3ª, Padova, 2020, p. 1841.

Diversa appare, invece, la disciplina nel caso di incidente probatorio introdotto dal d.lgs. 212/2015 che, come rilevato, ha integrato il comma 1°-*bis* innestandovi l'ultimo periodo in forza del quale il p.m., anche su richiesta della vittima del reato e l'indagato, possono chiedere, anche fuori dei casi dei limiti rigorosi di cui al comma primo del medesimo articolo, che si proceda, con incidente probatorio, all'assunzione della testimonianza della persona offesa che versa in condizioni di particolare vulnerabilità. La norma di nuovo conio indica come condizione necessaria per l'accesso alla raccolta anticipata della testimonianza dell'offeso dal reato, il concreto riconoscimento dell'esistenza di una condizione di particolare vulnerabilità. Ne deriva che nell'istanza, oltre ai requisiti generali previsti dall'art. 393 c.p.p., dovranno essere indicate le circostanze sintomatiche di tale *status* che saranno apprezzate discrezionalmente dal gip ai fini dell'ammissibilità dell'incidente e della maggiore affidabilità dei contenuti della prova raccolta, nel rispetto delle garanzie difensive dell'indagato.

(11) In linea con quanto disposto per l'incidente probatorio nelle ipotesi di cui al comma 1°-*bis* dell'art. 392 c.p.p., il legislatore ha previsto nel corpus dell'art. 398 c.p.p. alcune cautele e meccanismi attivabili a tutela del minore.

Il regime speciale di audizione protetta inaugurato nel 1996 con l'introduzione nel corpus dell'art. 398, del comma 5°-*bis* c.p., ha registrato nel corso degli anni una progressiva espansione sia sul piano soggettivo che sul piano oggettivo. L'attuale formulazione del comma in discorso prevede che nel caso di indagini riguardanti i reati previsti dagli artt. 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo a materiale pornografico di cui agli artt. 600-*quater*, 600-*quinqes*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* c.p., il giudice, quando tra le persone interessate all'assunzione della prova vi siano minorenni (in origine infrasedicenni) – con l'ordinanza che accoglie la richiesta della prova anticipata – stabilisce – se le esigenze di tutela delle persone, lo rendono necessario o opportuno – luogo, tempo e modalità particolari per il suo svolgimento. In particolare, a tal fine, si prevede non solo che il giudice individui il

Ulteriore rilevante modificazione relativa ai casi di incidente probatorio, ancora nel 2009, ha inciso sul comma 2° dell'art. 392 c.p.p. che in origine, prevedeva la possibilità di ricorso alla procedura incidentale nel solo caso di perizia che potesse determinare una sospensione del procedimento superiore a sessanta giorni; la modifica apportata dalla l. n. 85/2009, mediante l'aggiunta delle parole "ovvero che comporti l'esecuzione di accertamento o prelievi su persone viventi previsti dall'art. 224-*bis*", ha introdotto una ipotesi inedita di incidente probatorio volta a consolidare il ruolo di garanzia del giudice nell'acquisizione della prova. Il fatto che questo articolo disciplini la delicata materia dei "Provvedimenti del giudice per le perizie che richiedono il compimento di atti idonei ad incidere sulla libertà personale", rivela la traslazione, che sarebbe ovvia, sul gip di quanto previsto per il giudice ordinario. Tra le ipotesi inedite, rispetto all'impianto originario del codice, che richiedono l'intervento del giudice per le indagini preliminari va, infine, ricordata la peculiare ipotesi di incidente probatorio nel contesto delle indagini difensive, di cui al 391-*bis*, comma 11° c.p.p., attivabile quando si tratti di supplire alla mancanza di poteri coercitivi della difesa nell'acquisire il sapere delle persone in grado di riferire elementi utili ai fini difensivi.

Da questa complessa stratificazione è derivata una disciplina dell'incidente probatorio in cui, fermo restando il catalogo dei casi tipizzati di cui all'art. 392, comma 1°, lett. *a)*, *b)*, *e)*, *f)*, *g)*, il legislatore ha lavorato in particolare sul comma 1°-*bis*, fino alla radicale riscrittura, sia per ampliare il catalogo dei delitti e dei soggetti cui

momento più adatto per l'espletamento dell'atto, ma pure che l'udienza possa celebrarsi, se sussistenti, in strutture specializzate nell'accoglimento e cura dei minori abusati, ovvero, in assenza presso l'abitazione della persona interessata all'assunzione della prova. Si è altresì consentito l'esame – soprattutto della vittima di abusi sessuali in tenera età – mediante l'utilizzo di locali separati da specchi unidirezionali, muniti di citofono interno per consentire la comunicazione tra il luogo in cui si trova il minore e i soggetti interessati all'assunzione della prova. Sono previste anche particolari modalità di documentazione dell'atto: oltre alla redazione in forma riassuntiva, si procederà alla documentazione integrale dell'atto con mezzi di riproduzione fonografica o audiovisiva, in assenza dei quali si disporrà perizia o la consulenza tecnica; su richiesta delle parti sarà disposta la trascrizione. Le medesime regole concernenti tanto le modalità di audizione protetta quanto le tecniche di documentazione operano, in generale, quando tra le persone interessate vi siano maggiorenni in condizioni di particolare vulnerabilità, desunta anche dal tipo di reato per cui si procede (art. 398, comma 5°-*ter* c.p.p.), ovvero quando si deve esaminare una persona offesa che versi in condizioni di particolare vulnerabilità (art. 398, comma 5°-*quater* c.p.p.). Ovviamente le modalità particolari da adottare sono lasciate alla piena discrezionalità del giudice che valuterà, di volta in volta, quali siano le cautele più consone al caso concreto.

riferire la particolare previsione ivi contenuta, sia per abbattere *tout court* il criterio di tassatività all'interno dello stesso art. 392 c.p.p.

Insomma l'incidente probatorio ha rilevato nel tempo potenzialità nuove adattandosi ad esigenze diverse, sia procedurali che extraprocedurali, e per questo è stato modificato in più punti rispetto alla formulazione originaria. Le procedure di accesso, i soggetti legittimati, i tempi entro i quali espletare la procedura, il criterio di giustificazione posto nella assoluta non rinviabilità della prova originariamente inteso come ineludibile e la progressiva obliterazione degli «elementi concreti e specifici» nonché del «concreto motivo» sono tutti aspetti della procedura incidentale che hanno subito modificazioni eterogenee per eterogenee esigenze.

La parabola evolutiva che ha condotto a proiettare l'incidente probatorio fuori dalla orbita della sua eccezionalità, rivela il fatto che la configurazione dell'istituto incidentale era stata elaborata, forse, in modo alquanto ideologico e rigido: dunque esposta, pur restando se stessa, a notevoli modifiche e a frequenti incisivi inserti, nonché soprattutto, implicitamente, ad una sempre più accentuata "presenza" del gip. Per cui, fermi restando almeno in linea di principio i criteri, che avrebbero dovuto blindare l'istituto di cui si tratta e assicurare il capillare controllo di garanzia giurisdizionale, la realtà stessa degli eventi ha portato materiali sempre più complessi nell'ambito dei controlli di garanzia sulla formazione della prova in sede di indagini preliminari. E, di conseguenza, ha portato ad una sempre più incisiva ed espansiva presenza del gip commisurata alla vastità dei materiali che debbono essere sottoposti alla sua valutazione di controllo e di garanzia. Materiali, peraltro, che in modo sempre più vincolante provengono da norme sovranazionali, specie in relazione alla recente problematica della tutela della vittima del reato (12).

(12) In tema v., tra gli altri, ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada*, Torino, 2012, p. 1 ss.; BARGIS-BELLUTA, *La direttiva 2012/29: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in *Vittime di reato e sistema penale*, Torino, 2017, p. 15 ss.; BELLUTA, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, in *Lo scudo*, cit., p. 95; GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in *Lo scudo*, cit., p. 59; LUPARIA, *Quale posizione della vittima nel modello processuale penale italiano?*, in *Lo scudo*, cit., p. 33; PAULESU, *Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme*, in *Vittime di reato*, cit., p. 127; PRESUTTI, *Le audizioni protette*, in *Vittime di reato*, cit., p. 375.

DIONIGI SCANO

LA NOMINA E L'ACCETTAZIONE DEGLI ARBITRI, LORO INDIPENDENZA, IMPARZIALITÀ E RICUSAZIONE (*)

SOMMARIO: I LA NOMINA. – 1. La nomina. – 2. Il principio di uguaglianza nella nomina. – 3. La nomina nell'arbitrato con pluralità di parti. – 4. La nomina nell'arbitrato societario. – 5. La nomina nell'arbitrato amministrato. – 6. La nomina nell'arbitrato irrituale. – 7. La sostituzione. – II L'ACCETTAZIONE. – III L'INDIPENDENZA E L'IMPARZIALITÀ. – IV LA RICUSAZIONE. – 8. I casi di ricusazione. – 9. Il procedimento.

I

LA NOMINA

1. *La nomina*. – Una parte molto delicata dell'avvio del procedimento arbitrale riguarda il momento della nomina degli arbitri.

Secondo le previsioni dell'art. 809 c.p.c. la convenzione di arbitrato deve contenere la nomina degli arbitri, situazione alquanto rara, ovvero stabilire il numero di essi e il modo di nominarli, che è la norma nella prassi arbitrale.

In caso la convenzione di arbitrato non prevede il numero degli arbitri e le parti non trovano un accordo sul loro numero, l'art. 809, comma 4°, c.p.c. dispone che debbano essere tre e vengono nominati dal presidente del tribunale nel cui circondario ha la sede l'arbitrato (1), in difetto di accordo tra le parti, secondo quanto stabilito dall'art. 810 c.p.c.

(*) Relazione predisposta per il *SEMINARIO SULL'ARBITRATO INTERNO ED INTERNAZIONALE*, organizzato dalla Camera Arbitrale di Cagliari dal 16 giugno al 24 novembre 2022 in Cagliari.

(1) A tale riguardo va ricordato che la sede dell'arbitrato è determinata secondo i criteri fissati dall'art. 816 c.p.c.

Salvo diversa previsione contenuta nella convenzione di arbitrato il meccanismo attraverso cui le parti procedono alla nomina degli arbitri è regolato dall'art. 810 c.p.c.

In via preliminare pare opportuno evidenziare che l'atto di nomina di arbitri è da qualificarsi come atto attuativo della volontà delle parti di derogare alla giurisdizione ordinaria per rimettersi ad una decisione degli arbitri (2).

Nella prassi è ricorrente che la nomina degli arbitri segua un preesistente accordo compromissorio avente ad oggetto liti future.

Qualora, viceversa, il compromesso in arbitri attenga ad una lite già esistente, è normale che la nomina degli arbitri sia contenuta di già nel corpo della convenzione di arbitrato seppure ontologicamente debba distinguersi tra le due fasi di (i) compromissione in arbitri della controversia e (ii) nomina degli arbitri.

La previsione contenuta nell'art. 810 c.p.c. presuppone l'avvio di un procedimento arbitrale bilaterale (clausola binaria), mentre per gli arbitrati con pluralità di parti troverà applicazione l'art. 816-*quater* c.p.c., ovvero l'art. 34 del d.lgs. 5/2003 (arbitrato societario), argomenti su cui mi soffermerò nel prosieguo.

Contrariamente a quanto sostenuto in dottrina e in giurisprudenza anteriormente alla riforma del 2006 (3), l'attuale formulazione contenuta nell'art. 816-*bis* c.p.c., secondo cui la procura al difensore si estende a qualsiasi atto processuale, ha consentito ad alcuni autori di affermare che la nomina dell'arbitro possa essere effettuata non solo dalla parte personalmente o per il tramite di un suo procuratore speciale, ma anche da parte del difensore munito di delega (4).

La tesi non pare accoglibile in considerazione del fatto che il potere di nomina dell'arbitro non è configurabile come «atto processuale» ma piuttosto quale atto di natura sostanziale. La qualifica dell'atto di nomina dell'arbitro come esecutivo della convenzione arbitrale conduce a confermare che il relativo potere di nomina spetti alla parte personalmente, salvo ovviamente la procura confe-

(2) SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Comm. cod. proc. civ., Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, Bologna, 2014, p. 221; GIOVANNUCCI ORLANDI, *sub art. 810*, in *Arbitrato* a cura di Carpi, Bologna, 2001, p. 212 s.

(3) Cfr. Cass., 23 novembre 2000, n. 15134.

(4) Così GIOVANNUCCI-ORLANDI, *Sub. art. 810*, in *Arbitrato* a cura di Carpi, Bologna, 2007, p. 213.

rita al difensore non contempli espressamente anche il potere di nomina dell'arbitro (5).

Nella fase di nomina è necessario dedicare massima attenzione non foss'altro perché ai sensi dell'art. 829, comma 1°, n. 2, c.p.c. la violazione delle regole sulla nomina costituisce espressa causa di nullità del lodo, condizionatamente alla intervenuta eccezione di nullità nel corso del giudizio arbitrale.

Il meccanismo per la nomina degli arbitri è alquanto conosciuto: la parte che ha interesse ad avviare il procedimento arbitrale deve provvedere a notificare per iscritto all'altra parte l'arbitro o gli arbitri che nomina con invito a designare il proprio/i propri; la parte destinataria di questo atto, nei venti giorni successivi, dovrà notificare per iscritto l'arbitro/gli arbitri dalla stessa nominati.

Poiché il numero degli arbitri deve essere necessariamente dispari, secondo quanto stabilito dall'art. 809 c.p.c., in caso le parti non prevedano anticipatamente la nomina, ad esempio, del terzo arbitro, questo viene nominato dal Presidente del Tribunale (6).

Nella prassi è frequente la previsione secondo cui gli arbitri nominati dalle parti congiuntamente provvedono alla nomina del terzo arbitro che funge anche da presidente del collegio arbitrale. Qualora gli arbitri nominati dalle parti non addivengano ad un accordo su chi nominare terzo arbitro, allora interverrà l'autorità giudiziaria, o altro terzo eventualmente designato nella convenzione arbitrale.

Per la comunicazione della nomina degli arbitri non è più richiesto dalla legge l'intervento dell'Ufficiale giudiziario ma l'art. 810 c.p.c. prevede unicamente la notifica per iscritto.

Tale locuzione viene interpretata nel senso che la nomina dell'arbitro deve essere portata a conoscenza della controparte mediante atto scritto sebbene alcuni autori insistano nel ritenere necessario l'intervento dell'Ufficiale giudiziario in applicazione degli artt. 137 ss. c.p.c.

Secondo la tesi più liberale, da ritenersi preferibile anche alla luce di alcuni precedenti (7), sarà necessario procedere all'invio del-

(5) PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2° ed., Padova, 2012, p. 575.

(6) Con la l. 25/1994 di riforma dell'arbitrato, il legislatore, pur confermando l'imperatività del principio di disparità degli arbitri, ha eliminato la preesistente sanzione di nullità, adottando un efficace rimedio idoneo a salvaguardare la volontà delle parti di compromettere la lite in arbitri derogando alla giurisdizione ordinaria.

(7) Cfr. Lodo arbitrale, Roma 21 febbraio 2013, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2013, p. 764 ss.

l'atto di nomina mediante comunicazione scritta che preveda un'attestazione di ricevuta da parte del destinatario: raccomandata a.r., pec e, ovviamente, notifica mediante Ufficiale giudiziario.

È infine da ritenersi ammissibile la previsione di diverse modalità di comunicazione/notifica per volontà delle parti nella convenzione di arbitrato.

L'atto di nomina dell'arbitro diviene irrevocabile solo dal momento in cui l'arbitro non abbia comunicato ad almeno una delle parti l'accettazione dell'incarico. Prima di tale momento la parte che lo ha nominato potrà legittimamente revocarlo unilateralmente, mentre dopo questo momento è configurabile la revoca solo se la stessa proviene congiuntamente da entrambi i contendenti.

Questione ulteriore riguarda la natura del termine di venti giorni assegnato alla parte destinataria della nomina dell'arbitro affinché effettui a sua volta la nomina.

Nonostante contrasti interpretativi, ritengo che il suddetto termine non sia perentorio ma meramente dispositivo (8). Per questa ragione, anche qualora sia scaduto il termine, la parte può validamente procedere alla nomina del proprio arbitro e ciò fintanto che non sia intervenuta la nomina giudiziale su richiesta della controparte (9).

La nomina giudiziale dell'arbitro è affidata al presidente del Tribunale in cui ha sede l'arbitrato, e dove le parti non abbiano determinato la sede dell'arbitrato, sarà competente il presidente del tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato ovvero, se stipulata all'estero, il presidente del Tribunale di Roma.

2. *Il principio di uguaglianza nella nomina.* – Indipendentemente dalle previsioni contenute nella clausola o accordo compromissorio, la nomina degli arbitri deve essere rispettosa del principio imperativo di uguaglianza, che implica il diritto per ciascuna parte a un trattamento uguale alle altre parti nelle rispettive prerogative processuali, ed in particolare per quanto attiene alla nomina degli arbitri (10).

(8) Cfr. RUFFINI, *Sub art. 810 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato* diretto da BENEDETTELLI-CONSOLO-RADICATI DI BROZOLO, Padova, 2010, pp. 125-126.

(9) Cfr. Cass., 2 dicembre 2005, n. 26257.

(10) SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 2° ed., Milano, 1982, p. 335; REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, 2° ed., Milano, 1957, p. 456.

In forza del suddetto principio le parti dovranno avere paritari diritti nella nomina (11) e così non è ammissibile che una sola delle parti possa avere un ruolo preponderante nella nomina (12).

Infatti, è pacifico che il concorso di tutte le parti nella nomina degli arbitri configura un requisito di validità della clausola arbitrale, poiché solo così si può soddisfare la primaria esigenza di imparzialità di coloro a cui è affidata la risoluzione di una controversia.

Il che non vuol dire che ogni parte abbia diritto di nominare un proprio arbitro, ma solo che ha diritto di farlo se è previsto che le altre parti possano farlo.

Il principio di uguaglianza è quindi rispettato allorché tutte le parti siano fornite ovvero private del potere di nominare un proprio arbitro perché, ad esempio, la nomina è deferita a un terzo.

In conclusione, per il principio di uguaglianza, è necessario che la clausola arbitrale contempli modalità di nomina degli arbitri in cui le parti siano trattate in maniera uguale, in tal modo permettendo la costituzione di un organo giudicante imparziale ed equidistante (13).

Il mancato rispetto di questo principio comporta l'invalidità della convenzione arbitrale, che dovrà valutarsi caso per caso, avendo attenzione di considerare la natura della controversia e le circostanze concrete.

Mentre, da un lato, sarà indubbiamente nulla la clausola arbitrale che attribuisca a una sola parte il diritto di nominare il collegio arbitrale, senza che abbiano alcun rilievo le caratteristiche di indipendenza dei soggetti nominati, dall'altro lato vi potrebbero essere situazioni di difficile soluzione in termini astratti. Si pensi al caso di una nomina del collegio arbitrale demandata ad un terzo che potrebbe essere considerato «vicino» ad una delle parti (14).

(11) Cass., 29 novembre 1999, n. 13306.

(12) Cfr. ZUCCONI-GALLI-FONSECA, *sub* art. 809, in *Arbitrato: titolo VIII libro IV codice di procedura civile*, Bologna, 2001, p. 208.

(13) SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 219.

(14) Nell'esperienza pratica si rinvencono clausole compromissorie con cui la nomina dell'arbitro è affidata ad un consulente esterno che, benché *super partes* al tempo della stipula della clausola, potrebbe in seguito essere divenuto soggetto *vicino* ad uno dei contendenti. Sulla questione è intervenuta la Cassazione per escludere che l'affidamento della nomina ad un terzo non estraneo alle parti possa comportare la nullità del compromesso o della clausola compromissoria, affermando che «*Al di fuori delle limitate ipotesi in cui si traduca nella violazione del*

3. *La nomina nell'arbitrato con pluralità di parti.* – Il procedimento ordinario di nomina degli arbitri presuppone una clausola compromissoria c.d. binaria, cioè la presenza di due sole parti.

I problemi insorgono allorché si verta in un caso di lite coinvolgente una pluralità di parti.

A tale riguardo secondo la giurisprudenza il concetto di parte della lite va inteso come distinto centro di interessi e non come mera compresenza di più soggetti intesi come individui, persone fisiche o giuridiche (15). Pertanto, nei casi in cui vi è la partecipazione alla lite di una pluralità di soggetti riconducibili a soli due gruppi di soggetti connotati da interessi comuni potrà trovare applicazione la clausola binaria.

L'art. 816-*quater*, c.p.c. è dedicato a regolare questa fattispecie, rinviando *infra* alla apposita trattazione che verrà dedicata all'arbitrato societario come regolato dall'art. 34 d.lgs. 5/2003.

La disciplina dell'arbitrato multilaterale resta così distinta tra la parte c.d. ordinaria, dettata dal codice di procedura civile, e la parte c.d. speciale, regolata dal d.lgs. 5/2003. La disciplina ordinaria è caratterizzata dalla persistente centralità della volontà delle parti nella fase di nomina degli arbitri, mentre in quella speciale la no-

principio secondo cui il meccanismo di designazione degli arbitri deve costituire espressione della volontà di tutti i contendenti, l'affidamento della nomina ad un terzo estraneo alle parti non comporta la nullità del compromesso e della clausola compromissoria, restando la posizione di terzietà ed imparzialità degli arbitri garantita dall'operatività dell'istituto della ricusazione, come disciplinato dall'art. 815 c.p.c.», cfr. Cass., 10 settembre 2021, n. 24462, in *Riv. arb.*, p. 95 s., con nota di AMADEI, *L'imparzialità del terzo che nomina l'arbitro, tra validità della clausola compromissoria, ricusazione e impugnazione del lodo*.

(15) Come recentemente affermato da Cass., 16 febbraio 2018, n. 3854, «*La clausola compromissoria binaria, che devolve determinate controversie alla decisione di tre arbitri, due dei quali da nominare da ciascuna delle parti, può trovare applicazione in una lite con pluralità di parti quando, in base ad una valutazione da compiersi "a posteriori" – in relazione al "petitum" ed alla "causa petendi" – risulti il raggruppamento degli interessi in gioco di due soli gruppi omogenei e contrapposti, sempre che tale raggruppamento sia compatibile con il tipo di pretesa fatta valere*». In dottrina SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 466 ss., ritiene che la aggregazione tra più individui nella nomina di uno stesso arbitro condiviso può originare solo da una libera scelta non coercibile, benché le parti abbiano un dovere di leale collaborazione nella formazione del collegio arbitrale, ma un'eventuale violazione di questo dovere può aver, secondo l'A. menzionato, solo conseguenze di natura risarcitoria. Secondo questa tesi, il raggruppamento tra più soggetti distinti in un unico centro di interesse potrebbe essere solo spontanea e quindi non spetta al giudice creare una bipolarità di interessi desunti dall'analisi dei contenuti dell'azione dedotta in giudizio, a tale riguardo cfr. POLINARI, *Sub art. 816-quater c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato* diretto da BENEDETTELLI-CONSOLO-RADICATI DI BROZOLO, Padova, 2010, p. 208.

mina degli arbitri è necessariamente affidata ad un terzo estraneo alla società (16).

In caso di convenzione arbitrale multi soggettiva, dunque allorché più parti sono vincolate dalla stessa convenzione di arbitrato (17), l'art. 816-*quater*, c.p.c. dispone che «*Qualora più di due parti siano vincolate dalla stessa convenzione d'arbitrato, ciascuna parte può convenire tutte o alcune delle altre nel medesimo procedimento arbitrale se la convenzione d'arbitrato devolve a un terzo la nomina degli arbitri, se gli arbitri sono nominati con l'accordo di tutte le parti, ovvero se le altre parti, dopo che la prima ha nominato l'arbitro o gli arbitri, nominano d'accordo un ugual numero di arbitri o ne affidano a un terzo la nomina*».

Fuori dei casi previsti nel precedente comma il procedimento iniziato da una parte nei confronti di altre si scinde in tanti procedimenti quante sono queste ultime.

Se non si verifica l'ipotesi prevista nel primo comma e si versa in caso di litisconsorzio necessario, l'arbitrato è improcedibile.

In sostanza il meccanismo di nomina degli arbitri, nel rispetto dell'imperativo principio di disparità, può articolarsi in una delle tre seguenti alternative:

- a) Nomina affidata ad un terzo;
- b) Nomina per accordo di tutte le parti (18);
- c) Nomina dell'attore di arbitro/i e nomina di egual numero di arbitri da parte dei convenuti d'accordo tra loro.

Qualora nessuna delle tre suddette ipotesi di nomina sia contemplata dalla convenzione di arbitrato ovvero percorribile in concreto, l'arbitrato sarà improcedibile se riguarda un caso di litisconsorzio necessario, mentre negli altri casi (litisconsorzio facoltativo) non sarà possibile un arbitrato plurisoggettivo unitario ma dovrà procedersi esclusivamente con distinti arbitrati bilaterali tra parte attrice e ciascuna delle parti convenute.

(16) Come condivisibilmente sostiene RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 217 ss., nel modello di arbitrato societario *la volontà delle parti nella nomina del collegio è stata sacrificata alle esigenze di funzionalità in un sistema di gruppo* ...

(17) Sono da ritenersi escluse dalla previsione normativa tutti quei non infrequenti casi in cui la lite, meritevole di una decisione unitaria, riguardi una molteplicità di soggetti vincolati da diversi contratti tra loro collegati e contenenti una clausola arbitrale.

(18) Qualora la nomina consensuale del collegio arbitrale sia contemplata dalla convenzione arbitrale, in difetto di accordo tra le parti deve ritenersi ammessa la nomina da parte del presidente del tribunale secondo quanto previsto in via generale dall'art. 810 c.p.c.; in tal senso si condivide l'opinione espressa da SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 464.

4. *La nomina nell'arbitrato societario.* – La nomina degli arbitri in materia societaria è regolata dall'art. 34, comma 2°, d.lgs. 5/2003 in forza del quale «*La clausola deve prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società. Ove il soggetto designato non provveda, la nomina è richiesta al presidente del tribunale del luogo in cui la società ha la sede legale*».

La norma risponde alla duplice esigenza di:

- Assicurare l'imparzialità degli arbitri, in particolare prevenendo ipotesi di nomina rimesse alla volontà dei soci, dell'assemblea o degli organi sociali;
- Rimediare alla laboriosità dei meccanismi di nomina previsti per gli arbitrati multiparte.

Pertanto qualunque sia la composizione soggettiva della lite societaria, quand'anche bilaterale, alle parti, a pena di nullità, è sottratto ogni potere di nominare l'arbitro unico o gli arbitri.

L'imperatività della previsione normativa si coglie sia dall'espressione *in ogni caso*, sia dalla sanzione della nullità della clausola viziata, da cui discende l'affermazione della competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria (19).

La logica sottostante a tale scelta normativa consiste nella normale struttura plurisoggettiva delle liti societarie (20), da un lato, e nella possibilità, regolata dall'art. 35 d.lgs. 5/2003, di intervento di terzi, dall'altro lato.

Nell'arbitrato societario la parità delle parti nel processo di nomina degli arbitri viene garantita affidandone la nomina ad un terzo estraneo alla compagine sociale ed indipendente.

In relazione alla indicazione del soggetto estraneo alla società a cui è affidata la nomina, parte della dottrina dubita della legittimità della previsione di una persona fisica anziché di colui che rivesta una determinata funzione (21).

La norma contempla l'intervento del presidente del tribunale per supplire all'inerzia del terzo, designato nella clausola.

Pare corretto sostenere che il termine inattività ricomprenda non solo le situazioni di negligenza o di omissione colpevole, ma

(19) CAVALLINI, *Arbitrato societario 2. Il procedimento*, in www.treccani.it.

(20) V. NELA, *Oggetto ed effetti di clausole compromissorie statutarie*, in *Il nuovo proc. soc.*, in Commentario diretto da Chiarloni, Torino, 2004, p. 966.

(21) Cfr. ROSSOMANDO, *La clausola compromissoria per le controversie sociali*, in *Il nuovo dir. soc.* a cura di Ambrosini, Torino, 2005, p. 384.

anche di oggettiva impossibilità fisica (o giuridica) all'esercizio del potere di designazione.

Mentre non è condivisibile ricorrere ad una sua interpretazione estensiva fino a ricomprendervi il difetto di estraneità del designatore rispetto alla società, poiché in tal modo si finirebbe per comprimere lo spazio applicativo del regime sanzionatorio della clausola in caso di mancata designazione di un soggetto che sia, per l'apunto, estraneo alla struttura societaria.

Il requisito della *effettiva terzietà* del designatore rispetto alla società pone problemi applicativi nei casi in cui il terzo, pur essendo estraneo alla società, si trovi ad avere o avere avuto rapporti di vario genere (parentali, professionali o contrattuali) con la società, i soci, gli amministratori o sindaci.

Sulla questione si è pronunciata la giurisprudenza di merito secondo cui «L'art. 34 comma 2 d.lgs. n. 5 del 2003 che dispone l'obbligo di estraneità del soggetto a cui viene affidato il potere di nomina degli arbitri, intende consolidare l'indipendenza ed imparzialità dell'arbitro (definitivamente eliminando le ipotesi di arbitrato endosocietario) anche attraverso la terzietà del designatore, il quale perciò deve essere estraneo alla organizzazione sociale. Tale requisito, pur potendo atteggiarsi diversamente ove fosse indicato come designatore una specifica persona fisica (in tal caso potendo rilevare anche legami contrattuali/professionali con la società o legami parentali con taluni soci), appare idoneo e sufficiente quando il designatore sia individuato con riferimento ad un soggetto investito di una determinata carica (potendo comunque darsi il caso di legami contrattuali/professionali o parentali sussistenti per ogni soggetto designatore in concreto ricoprente una carica, ma ciò non coinvolgendo la legittimità della clausola statutaria, quanto semmai profili di incompatibilità con l'esercizio del potere di designazione). Il concetto di estraneità del designatore non può essere dilatato fino ad una sorta di neutralità ideologica, difficilmente riconoscibile ed eccessivamente enfaticizzante il ruolo che è pur sempre quello di mero designatore, mentre a presidio della indipendenza ed imparzialità dell'arbitro vigono le regole di astensione/ricusazione ex art. 51 c.p.c. richiamato dall'art. 815 c.p.c. (ed anche l'applicabilità, pur dubbia, dell'art. 51 c.p.c. al designatore coinvolgerebbe semmai il soggetto ricoprente la carica, ma non la clausola statutaria per cui è causa)» (22).

(22) Cfr. Trib. Milano 18 luglio 2005, in DeJure; App. Milano, 5.6.2013, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/arb.php> \t “_blank”www.ilcaso.it.

La clausola compromissoria riserva all'autonomia privata la indicazione dei criteri per la nomina degli arbitri. In tal modo è possibile vincolare le scelte del terzo designatore prevedendo, ad esempio, particolari requisiti professionali dei componenti il collegio arbitrale ovvero un termine decadenziale per la loro nomina.

A tale riguardo deve osservarsi che l'eccessiva specificità dei criteri selettivi contenuti nella clausola arbitrale potrebbe sostanzialmente consentire di eludere la finalità della norma di garantire l'imparzialità ed indipendenza degli arbitri attraverso lo «svuotamento» del potere di nomina affidato al terzo, condizionandone fortemente l'autonomia decisionale.

5. *La nomina nell'arbitrato amministrato.* – Secondo quanto previsto dall'art. 832 c.p.c. la convenzione/clausola arbitrale può fare rinvio ad un regolamento arbitrale preconstituito e questa è la soluzione prescelta dalle parti che in tal modo ricercano nell'Istituzione e nel suo regolamento certezze applicative e garanzie di professionalità, indipendenza e imparzialità di coloro che saranno nominati membri del collegio arbitrale.

I regolamenti delle Camere arbitrali, pur consentendo alle parti di potere essere artefici della nomina (23), mantengono un primario controllo su tali nomine di modo che sia garantita l'indipendenza degli arbitri. A tal fine gli arbitri prescelti dalle parti sono in genere soggetti a conferma da parte dell'istituzione a seguito di verifica della loro effettiva indipendenza (24).

Le Camere arbitrali sono particolarmente attente nella verifica delle situazioni di incompatibilità degli arbitri e a tale riguardo costantemente si prevede che gli arbitri trasmettano all'Istituzione una *dichiarazione di indipendenza* (25), dichiarazione da rinnovarsi nel corso del procedimento arbitrale ogni qualvolta intervengano fatti nuovi che lo rendano necessario o via sia richiesta da parte dell'Istituzione.

(23) Cfr. artt. 15 e 16 regolamento Camera Arbitrale di Milano, ed. 2020.

(24) Si veda ad esempio l'art. 13 del regolamento ICC – International Chamber of Commerce, norma in cui si specifica il procedimento di conferma degli arbitri nominati dalle parti e i relativi controlli esercitati dall'Istituzione. Del medesimo tenore anche l'art. 14 del regolamento CAI – Camera Arbitrale Internazionale.

(25) Cfr. art. 20 regolamento Camera Arbitrale di Milano, ed. 2020.

Tale dichiarazione tende in genere ad evitare che possa essere nominato arbitro un soggetto che si trovi in relazioni personali con le parti o che possa avere interessi personali, diretti o indiretti, nella controversia.

Di regola i regolamenti arbitrali sono strutturati in maniera tale da potere risolvere in via suppletiva ogni questione relativa alla fase di nomina, superando le criticità generate da lacune della clausola arbitrale, dalla inerzia delle parti ovvero dalla particolarità della controversia.

6. *La nomina nell'arbitrato irrituale.* – All'arbitrato irrituale è dedicato l'art. 808-ter c.p.c. che, per quanto qui di interesse, prevede la nullità del lodo irrituale qualora gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale.

Tale previsione consente di affermare che la convenzione arbitrale deve contenere delle regole volte a stabilire il meccanismo di nomina degli arbitri.

Nella pratica è assolutamente normale che le parti provvedano disciplinare il processo di nomina degli arbitri e i rimedi alla loro mancata nomina. *Quid juris* se la convenzione arbitrale omette ogni previsione al riguardo?

In dottrina sono rappresentate le due tesi contrapposte di chi ritiene non applicabili analogicamente gli artt. 810 e 811 c.p.c. (26) e di chi è invece orientato positivamente (27).

La giurisprudenza di legittimità (28), partendo dalla constatazione della sostanziale equivalenza delle previsioni contenute nell'art. 1473, comma 2°, c.c. rispetto a quanto previsto dall'art. 810 c.p.c., è giunta ad affermare l'applicabilità di quest'ultima norma all'arbitrato irrituale, in tal modo riconoscendo una competenza vicaria al presidente del tribunale.

(26) Cfr. per tutti BOVE, sub art. 808-ter, in *La nuova disciplina dell'arbitrato* a cura di Menchini, Padova, 2010, p. 83; e cfr. anche BIAVATI, sub art. 808-ter, in *Arbitrato* a cura di Carpi, Bologna, 2008, p. 181; ove l'A. citato, per il caso di lacuna della convenzione o mancata nomina degli arbitri, suggerisce l'applicazione dell'art. 1473, comma 2° c.c.; su cui v. CAREDDA, sub art. 1473i, in *Codice della vendita* a cura di Buonocore e Luminoso, Milano, 2001, p. 302 ss.

(27) Cfr. per tutti NELA, sub art. 808-ter, in *Le recenti riforme del processo civile* diretto da Chiarloni, Bologna, 2007, p. 1647.

(28) Cfr. Cass., S.U., 3 luglio 1989, n. 3189; nel medesimo senso v. da ultimo Collegio Arbitrale Roma 28 luglio 2020, in *Riv. arb.*, 2021, 1, p. 141.

Invero, indipendentemente dalla pacifica diversità ontologica dell'arbitrato rituale e irrituale, nondimeno entrambi gli istituti condividono l'esigenza di disporre di un agile strumento per consentire l'attuazione degli obblighi assunti attraverso la sottoscrizione della convenzione arbitrale.

Conseguentemente il meccanismo offerto dall'art. 810 c.p.c. – a parere di chi scrive, senza neppure la necessità di articolare il ragionamento esegetico passando per l'art. 1473, comma 2°, c.c. – va quindi ritenuto applicabile nel caso in esame, in quanto si tratta di un mero strumento di natura neutra che anche nell'arbitrato irrituale consentirebbe alla parte interessata di pervenire coattivamente all'adempimento di una obbligazione assunta con la conclusione della convenzione arbitrale.

7. *La sostituzione.* – La sostituzione dell'arbitro configura una tematica intimamente collegata a quella della nomina.

Le norme sull'arbitrato ordinario contemplano due diversi casi di sostituzione degli arbitri: (i) per motivi a carattere oggettivo *ex* art. 811 c.p.c. e (ii) per inadempimenti specifici *ex* art. 813-*bis* c.p.c.

Nel prosieguo si esamineranno inizialmente i casi di sostituzione per impedimenti di carattere oggettivo e quindi quelli per fatti di inadempimento imputabili agli arbitri.

7.1. *La sostituzione per motivi oggettivi.* – I casi di sostituzione dell'arbitro per ipotesi oggettive, indipendenti da suo fatto e colpa, riguardano ogni evento naturale relativo agli arbitri: il decesso, la sopravvenuta incapacità o inidoneità allo svolgimento dell'incarico, la sopravvenuta incapacità di agire (cfr. art. 812 c.p.c.), la revoca congiunta ovvero la rinuncia dell'arbitro.

La mancata accettazione dell'arbitro non pare doversi configurare tra le ipotesi di sostituzione, sebbene dal punto di vista pratico la questione è del tutto irrilevante visto che, in ogni caso, considerato il richiamo contenuto nell'art. 811 c.p.c., dovrà darsi corso ad un nuovo procedimento di nomina secondo le previsioni contenute nell'art. 810 c.p.c.

Pare opportuno inoltre evidenziare che la sostituzione è ritenuta possibile fintanto che gli arbitri non abbiano deliberato in conferenza il lodo ai sensi dell'art. 823 c.p.c., senza necessità che si sia provveduto anche alla relativa sottoscrizione. A tale riguardo si ricorda che

il lodo può essere sottoscritto solo dalla maggioranza degli arbitri a condizione che tutti abbiano partecipato alla sua deliberazione (29).

La natura oggettiva degli eventi da porre a fondamento dell'eventuale sostituzione degli arbitri, in via generale, non dovrebbe generare alcuna criticità applicativa.

Nondimeno, attenta dottrina (30) evidenzia come la sopravvenuta incapacità potrebbe essere un evento potenzialmente contestabile dalle parti o dal medesimo arbitro, di qui il problema del meccanismo di risoluzione del conflitto.

La tesi da preferirsi riconosce la competenza del collegio arbitrale a decidere la questione, precisato in ogni caso che il provvedimento di accoglimento ovvero diniego della domanda di sostituzione renderebbe il lodo arbitrale impugnabile ai sensi dell'art. 829, n. 2), c.p.c., per vizio inerente la nomina degli arbitri (31).

Il meccanismo di sostituzione regolato dall'art. 811 c.p.c. sostanzialmente rinvia alle previsioni dell'art. 810 c.p.c. Invero, una volta acclarato il verificarsi di un evento che rende necessaria la sostituzione la parte a cui spetta la nomina ovvero il terzo designatore devono provvedervi salvo che la convenzione arbitrale non preveda diversamente.

In caso di loro inerzia, il sostituto viene nominato dal Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'arbitrato.

A seguito della sostituzione il processo arbitrale prosegue conservando tutti gli effetti processuali e sostanziali della originaria domanda arbitrale, con piena efficacia di tutte le attività compiute anteriormente alla sostituzione ancorché con la partecipazione dell'arbitro sostituito.

La salvezza degli atti compiuti anteriormente alla sostituzione è conseguenza diretta del fatto che la sostituzione deriva da motivazioni oggettive senza alcuna responsabilità dell'arbitro sostituito.

(29) L'art. 823, n. 7, c.p.c. contiene un appiglio testuale per confermare la correttezza di quanto sopra sostenuto: può essere esonerato dalla sottoscrizione del lodo l'arbitro che non vuole o non può. Quest'ultimo caso pare essere quello di interesse, in quanto l'insorgere di un motivo oggettivo per la sostituzione andrebbe a configurare una impossibilità a sottoscrivere il lodo. Si pensi, ad esempio, al decesso dell'arbitro successivo alla deliberazione del lodo ed anteriore alla sua sottoscrizione.

(30) SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 254.

(31) Secondo SALVANESCHI, *op. cit.*, p. 255, la medesima soluzione prospettata trova applicazione anche nel caso di arbitro unico.

Non è dunque necessario procedere alla rinnovazione di attività processuali già effettuate (32), coerentemente con la *ratio legis* che è quella di consentire la continuazione del procedimento arbitrale.

7.2. *La sostituzione per fatti di inadempimento.* – L'art. 813-*bis* c.p.c., rubricato *Decadenza degli arbitri*, disciplina la sostituzione dell'arbitro che omette o ritarda di compiere un atto relativo alle sue funzioni.

Innanzitutto è opportuno evidenziare che è sufficiente un'inerzia non qualificata, dunque, non subordinata alla circostanza che l'omissione o il ritardo siano imputabili a dolo o colpa grave dell'arbitro, circostanze che invece hanno rilevanza per un eventuale azione di responsabilità nei confronti dell'arbitro ai sensi dell'art. 813-*ter* c.p.c.

Diversamente da quanto previsto per il caso di motivi oggettivi, nella presente fattispecie la sostituzione è da riguardarsi quale reazione di natura sanzionatoria a fronte di una condotta negligente dell'arbitro.

È evidente come tale previsione normativa sia funzionale ad evitare che un arbitro nominato dalla parte possa consapevolmente adottare comportamenti ostruzionistici volti ad impedire la pronuncia del lodo ovvero a ritardarla oltre il termine previsto (cfr. art. 820 c.p.c.).

L'art. 813-*bis* c.p.c. contempla un duplice meccanismo:

a) sostituzione che avviene per accordo delle parti ovvero per iniziativa del terzo incaricato nella convenzione arbitrale (33);

b) in difetto di accordo tra le parti o di intervento di un terzo chiamato alla sostituzione, sostituzione tramite provvedimento del Presidente del Tribunale a seguito di infruttuosa diffida inviata all'arbitro renitente.

Il procedimento per la declaratoria di decadenza e, quindi, per la sostituzione dell'arbitro, è assimilabile a quello regolato dall'art. 810 c.p.c., con la particolarità che questo procedimento è chiuso con ordinanza non impugnabile.

Il Presidente del Tribunale, prima di provvedere, deve obbligatoriamente sentire le parti e gli arbitri, non solo quello sostituendo.

(32) Cfr. NELA, *op. cit.*, p. 1671.

(33) Quest'ultimo è frequentemente il caso previsto nei regolamenti degli arbitrati amministrati.

Questa audizione è finalizzata ad un accertamento, di natura sommaria, dell'effettivo verificarsi dell'ipotesi di decadenza e della conseguente necessità della sostituzione.

Il procedimento è da ricondursi alla volontaria giurisdizione, senza che assuma alcun carattere decisorio, in considerazione del fatto che la *ratio* sottostante consiste esclusivamente nel consentire la rapida prosecuzione dell'arbitrato.

Nonostante il pregiudizio anche reputazionale che può conseguire dalla sostituzione dell'arbitro, a quest'ultimo non è accordata alcuna tutela reale ma solo risarcitoria: l'arbitro che sia stato sostituito concordemente dalle parti potrà agire infatti per il risarcimento dei danni qualora difetti una giusta causa.

II

L'ACCETTAZIONE

Secondo quanto previsto dall'art. 813 c.p.c. «*l'accettazione degli arbitri deve essere data per iscritto e può risultare dalla sottoscrizione del compromesso o del verbale della prima riunione*».

L'accettazione degli arbitri costituisce l'effettivo inizio del giudizio arbitrale e l'insorgere del dovere decisorio in capo agli arbitri (34).

Va inoltre considerato che l'accettazione è per legge il *dies a quo* da cui decorre il termine per la pronuncia del lodo secondo quanto previsto dall'art. 820, comma 2°, c.p.c.

È controverso (35) se la forma di accettazione sia prescritta *ad substantiam* ovvero *ad probationem* (36).

(34) BIAMONTI, voce *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 916. È ancora dibattuta la fonte del dovere di decidere dell'arbitro. Da un lato, vi è chi configura il rapporto tra le parti e l'arbitro come contratto atipico (così SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3° ed., Milano, 1988, p. 332), dall'altro lato, si sostiene trattarsi di un contratto d'opera (in tal senso CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 85). Altra dottrina riconduce il rapporto tra arbitri e parti ai negozi misti, con elemento del mandato e della *locatio operis*, così VECCHIONE, *L'arbitrato*, Milano, 1971, p. 253. La tesi maggioritaria riconduce questo rapporto al contratto di prestazioni intellettuali, cfr. REDENTI, *Voce compromesso – Dir. proc. civ.*, in *Nov. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 799.

(35) DIMUNDO, *Il mandato ad arbitrare. La capacità degli arbitri. La responsabilità degli arbitri*, in *L'arbitrato. Profili Sostanziali*, rassegna coordinata da Alpa, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da Bigiavi, Torino, 1999, I, p. 488 s.

(36) In quest'ultimo senso si pronuncia Cass., 29 agosto 1997, n. 8177, «*Il verbale di costituzione del collegio arbitrale è atto pienamente idoneo a soddisfare il requisito richiesto dall'art. 813*

III

L'INDIPENDENZA E L'IMPARZIALITÀ

Un aspetto centrale del procedimento arbitrale consiste nella garanzia di indipendenza e imparzialità degli arbitri e tale aspetto sta alla base delle previsioni di cui all'art. 815 c.p.c. sulla riconsunzione degli arbitri ove si elencano una serie di situazioni che possono mettere in dubbio la sussistenza di tali irrinunciabili requisiti degli arbitri (37).

Il problema è tanto più sentito allorché la nomina di parte dei membri del collegio arbitrale avvenga su iniziativa della parte che, come è consaputo, normalmente tende a prescegliere il nominato tra soggetti dei quali la stessa parte e/o il proprio difensore hanno conoscenza personale (38).

Autorevole dottrina ha evidenziato che indipendenza ed imparzialità sono i requisiti sui quali si fonda «l'autorità morale (prima ancora che giuridica) del giudicante», tanto per il Giudice dello Stato quanto per l'arbitro (39).

c.p.c. con riferimento a quanto stabilito dall'art. 820 dello stesso codice, atteso che la manifestazione della volontà di accettare la nomina non deve rivestire formule sacramentali né risultare necessariamente da apposito documento, essendo sufficiente che essa emerga, sia pure per implicito, da un atto – quale il verbale di prima riunione – che, formalizzando la costituzione del collegio giudicante ai fini della decisione della controversia, postula chiaramente che la designazione ad arbitro viene accettata da quel momento, ove tale accettazione non sia già avvenuta con apposita dichiarazione scritta. Quanto poi al profilo per cui, anche se nulla dice in proposito l'art. 813 cit., si renda comunque necessario che le parti abbiano comunicazione di tale avvenuta accettazione atteso che è da tale momento che inizia a decorrere il termine per il deposito del lodo e che si instaura un rapporto di natura negoziale con i singoli arbitri, una tale comunicazione non richiede necessariamente formalità particolari, essendo sufficiente che le parti, anche per il tramite dei rispettivi difensori ne vengano a conoscenza».

(37) Cfr. Cass., 31 agosto 2017, n. 20615.

(38) Non pare neppure qui il caso di soffermarsi sul fatto che anche per l'arbitro c.d. di parte vige l'imperativo requisito di imparzialità, cfr. FAZZALARI, *Ancora sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 2. Al tema della imparzialità dell'arbitro è dedicato il pregevole lavoro monografico di SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, opera in cui l'A., attraverso un'accurata indagine comparatistica, evidenzia in maniera convincente le lacune dell'ordinamento italiano a presidio della necessaria garanzia di imparzialità che ogni organo giudicante deve offrire ai contendenti, anche in una logica di globalizzazione degli scambi e di competizione tra ordinamenti. Sul tema dell'imparzialità dell'arbitro cfr. inoltre il più recente contributo della medesima A. appena citata, SPACCAPELO, *Imparzialità, terzietà, neutralità e indipendenza degli arbitri*, in *Tratt. dir. arb.* diretto da MANTUCCI, III, NAPOLI, 2021 p. 155 ss.

(39) RORDORF, *Indipendenza e imparzialità dell'arbitro*, in Rordorf, *Magistratura Giustizia Società*, in Biblioteca di cultura giuridica diretta da P. Curzio, Bari, 2020, p. 157.

Mentre per il giudice vige il rassicurante principio di precostituzione, il potere decisionale dell'arbitro riposa su un atto di autonomia negoziale delle parti che hanno stipulato la convenzione arbitrale e tra la parte e l'arbitro può intercorrere un problematico rapporto – allorché, come previsto dall'art. 810 c.p.c., la nomina avvenga per designazione della stessa parte – che mette a rischio la sussistenza di imparzialità ed indipendenza (40).

È allora alquanto sorprendente constatare che, nonostante la sempre più crescente diffusione dell'arbitrato, in liti nazionali ed internazionali, anche considerando un quadro evolutivo in cui la volontà politica tende ad incentivarne l'utilizzo per fini dichiaratamente deflattivi dell'ingolfato processo civile nostrano, nessuna disposizione normativa si preoccupi di fissare questi fondamentali requisiti dell'arbitro; né l'art. 813-ter c.p.c. contempla il difetto di imparzialità o indipendenza tra le possibili cause di responsabilità dell'arbitro.

Tale omissione potenzialmente mina la affidabilità dell'istituto arbitrale considerando che, al contrario, l'imparzialità del giudice è espressamente stabilita dalla Carta Costituzionale e dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (41).

In questo non eccitante contesto giuridico, la tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità degli arbitri è affidata (i) prima dell'accettazione degli arbitri, alla consueta dichiarazione rilasciata dallo stesso arbitro circa l'insussistenza di circostanze ostative all'assunzione dell'incarico (42), (ii) dopo l'accettazione degli arbitri, al procedimento di ricusazione regolato dall'art. 815 c.p.c.

(40) Cfr. ZIMATORE, *Riflessioni sull'imparzialità dell'arbitro (a margine di un saggio di Renato Rordorf)*, in *Riv. arb.*, 2021, p. 697.

(41) Cfr. art. 6, comma 1°, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Secondo quanto illustrato dalla Guida all'art. 6 della CEDU: «*Il diritto a un equo processo di cui all'articolo 6 § 1 esige che una causa sia esaminata da un "tribunale indipendente e imparziale". Le nozioni di indipendenza e di imparzialità sono strettamente connesse e, a seconda delle circostanze, possono richiedere un esame congiunto (Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo [GC], §§ 150 e 152 – si vedano altresì, per quanto riguarda la loro stretta interrelazione, §§ 153-156; Denisov c. Ucraina [GC], §§ 61-64)*». Per un'attenta rassegna dei vari orientamenti dottrinari in relazione al problema dell'applicabilità dell'art. 6 della CEDU all'arbitrato, cfr. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, cit., p. 49 ss., ad esito della quale l'A. in maniera convincente afferma che «*l'imparzialità dell'arbitro, lungi dall'essere solamente un vincolo etico-deontologico, è, per questi, in realtà, un obbligo giuridico e, rispetto alle parti, un diritto soggettivo costituzionalmente garantito ... essendo l'imparzialità una garanzia imposta dalle Convenzioni internazionali per l'attuazione del "giusto processo arbitrale"*».

(42) La *disclosure* da parte dell'arbitro attualmente pur non essendo disciplinata espressamente dalla legge comunque rientra tra le *best practices* nazionali ed internazionali, cfr. ad

Il tema dell'imparzialità e della indipendenza degli arbitri è ora espressamente considerato dall'art. 1, comma 15° della recente l. 26 novembre 2021, n. 206 («Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie ...») che fissa i principi e criteri direttivi sul fondamento dei quali il Governo adotterà il decreto o i decreti legislativi recanti modifiche alla disciplina dell'arbitrato.

Il primo criterio direttivo, posto nell'art. 1, comma 15, lett. a), è così formulato: «rafforzare le garanzie di imparzialità e indipendenza dell'arbitro, reintroducendo la facoltà di riconsuazione per gravi ragioni di convenienza nonché prevedendo l'obbligo di rilasciare, al momento dell'accettazione della nomina, una dichiarazione che contenga tutte le circostanze di fatto rilevanti ai fini delle sopra richiamate garanzie, prevedendo l'invalidità dell'accettazione nel caso di omessa dichiarazione, nonché in particolare la decadenza nel caso in cui, al momento dell'accettazione della nomina, l'arbitro abbia omesso di dichiarare le circostanze che, ai sensi dell'articolo 815 del codice di procedura civile, possono essere fatte valere come motivi di riconsuazione» (43).

esempio l'art. 20 del regolamento della Camera Arbitrale di Milano, con collegata modulistica di supporto alla compilazione della dichiarazione di indipendenza, le Linee Guida sui Conflitti di Interessi nell'Arbitrato Internazionale adottata dall'IBA – International Bar Association e da ultimo vedi l'art. 5.4. del regolamento LCIA – London Court of International Arbitration che così prevede «*Before appointment by the LCIA Court, each arbitral candidate shall ... sign a written declaration stating: (i) whether there are any circumstances currently known to the candidate which are likely to give rise in the mind of any party to any justifiable doubts as to his or her impartiality or independence and, if so, specifying in full such circumstances in the declaration; and (ii) whether the candidate is ready, willing and able to devote sufficient time, diligence and industry to ensure the expeditious and efficient conduct of the arbitration ...*».

Nella prassi la dichiarazione di indipendenza ed imparzialità dell'arbitro costituisce la normalità, e pertanto un eventuale rifiuto o omissione dell'arbitro nel rilasciarla potrebbe configurarsi quale grave negligenza professionale dell'arbitro. Si consideri, infine, che l'art. 61 del codice deontologico forense prevede che «*L'avvocato chiamato a svolgere la funzione di arbitro deve improntare il proprio comportamento a probità e correttezza e vigilare che il procedimento si svolga con imparzialità e indipendenza*». Per un approfondimento del tema della *disclosure* e delle conseguenze della sua mancanza o incompletezza cfr. SPACCAPELO, *Imparzialità, terzietà, neutralità e indipendenza degli arbitri*, cit., p. 169 ss. Secondo SALVANESCHI, *L'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 424, pur in assenza di una espressa previsione nel codice di procedura civile, il dovere di *disclosure* dell'arbitro deriverebbe dal suo obbligo funzionale al buon andamento dell'arbitrato.

(43) PANZAROLA, *Art. 1, c. 15, Lett. a): imparzialità e indipendenza dell'arbitro*, in *Commento ai principi in materia di arbitrato della legge n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1, c. 15*, in *Riv. arb.*, 2022, p. 3 ss.

Recentemente, a parziale mitigazione delle evidenziate criticità del sistema normativo, è intervenuta una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (44) con la quale si è affermato che la mancanza oggettiva di imparzialità, secondo quanto previsto dall'art. 6 § 1 della CEDU – Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, opera non soltanto per gli organi giurisdizionali ma anche in ipotesi di collegio arbitrale, con conseguente illegittimità del lodo assunto in carenza di tale requisito (45).

Come è stato opportunamente sottolineato i termini indipendenza e imparzialità, benché comunemente utilizzati in modo indifferenziato, non sono una endiadi né sinonimi, ma devono essere tenuti distinti sotto il profilo semantico, concettuale e giuridico (46).

È dunque necessario comprendere la portata dei due termini e le eventuali relazioni tra gli stessi.

L'indipendenza riguarda una situazione oggettiva che consiste nell'assenza di rapporti dell'arbitro con la/le parte/i. L'accertamento del requisito di indipendenza è quindi rimesso ad una verifica di natura oggettiva e fattuale di contenuto alquanto agevole.

Diversamente l'imparzialità attiene a una situazione soggettiva dell'arbitro e consiste nella neutralità della posizione del giudicante e nella terzietà del giudizio, privo di potenziali condizionamenti esterni o di interessi personali sull'esito della controversia.

L'accertamento di questo requisito è indubbiamente più complesso del primo, soprattutto allorché la positiva constatazione del re-

(44) Cfr. sentenza CEDU 20 maggio 2021, BEG spa c. Italia. Cfr. PINI, *Il giusto processo e l'arbitrato: il caso Beg della Cedu*, in *Giur. arb.*, 2021, p. 247 s.

(45) Come è ben noto le sentenze della Corte di Strasburgo sono vincolanti per le parti in causa e l'obbligo di conformarsi alle stesse, previsto dall'art. 46 della Convenzione, vincola gli Stati non solo a far cessare la violazione e a cancellare gli effetti della stessa (con la *restitutio in integrum* o il pagamento di un'equa soddisfazione), ma anche ad adottare le misure generali idonee ad impedire la reiterazione della violazione mediante la integrazione del quadro normativo interno per accogliere la regola enunciata dalla Corte. La decisione della Corte EDU ha infine anche un'efficacia di «cosa interpretata» *erga omnes*. A tale ultimo riguardo giova evidenziare che Cass., S.U., 26 gennaio 2004, nn. 1338, 1339, 1340 e 1341 hanno stabilito l'importante principio in forza del quale l'applicazione diretta nell'ordinamento italiano dell'art. 6 CEDU non può discostarsi dall'interpretazione che di tale norma ne dà il giudice europeo, con conseguente vero e proprio dovere per il giudice italiano di adeguarsi: «il giudice italiano deve, per quanto possibile, interpretare ed applicare il diritto nazionale in conformità alla convenzione, nella interpretazione e secondo i criteri offerti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo».

(46) ZIMATORE, *op. cit.*, p. 700.

quisito di indipendenza non prelude al difetto di terzietà (47). Tale verifica è rimessa ad indici presuntivi che andranno attentamente valutati caso per caso in considerazione dei soggetti coinvolti e dei fatti di causa (48).

Infatti l'indipendenza è idonea a fornire una certa garanzia di imparzialità, ma non si tratta di una garanzia assoluta, né irrinunciabile. In una scala logica, rappresenta un requisito secondario e puramente strumentale rispetto alla preminente requisito dell'imparzialità (49).

Alla indipendenza può dunque riconoscersi una funzione strumentale rispetto al requisito principale, della imparzialità (50).

In tal senso ben potrebbero le parti affidare la decisione arbitrale ad un arbitro non indipendente ma che offra garanzia di assoluta imparzialità, mentre non sarebbe ammissibile demandare la decisione ad un arbitro indipendente ma non imparziale (51).

IV

LA RICUSAZIONE

8. *I casi di ricusazione.* – Agli arbitri è affidata la decisione della controversia al pari di quanto accadrebbe se la stessa fosse decisa da giudici.

In questo senso è quantomai esplicito il contenuto dell'art. 824-bis c.p.c. (*il lodo ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*).

(47) Utili strumenti per la verifica dell'imparzialità del giudice, certamente ora estendibili al caso dell'arbitro, sono offerti dalle linee guida di interpretazione dell'art. 6 della CEDU, ove si enunciano due criteri di valutazione (i) *un criterio soggettivo*, secondo il quale occorre tener conto delle convinzioni personali e del comportamento di un particolare giudice, ovvero stabilire se egli abbia nutrito pregiudizi personali o parzialità in una determinata causa, e (ii) *un criterio oggettivo* consistente nell'accertare se il tribunale stesso e, tra gli altri aspetti, la sua composizione, abbia offerto garanzie sufficienti a escludere ogni legittimo dubbio riguardo alla sua imparzialità. Nell'applicare il criterio soggettivo, la Corte EDU ha costantemente ritenuto che «debba essere presunta l'imparzialità personale del magistrato, fino a prova contraria» (Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio, § 58 in fine; Micallef c. Malta [GC], § 94).

(48) In tal senso è da condividersi la posizione di RORDORF, *op. cit.*, p. 161, il quale suggerisce l'adozione di criteri generali adattabili al caso concreto piuttosto che di una rigida tassonomia.

(49) Così ZIMATORE, *op. cit.*, p. 700; RORDORF, *op. cit.*, p. 160.

(50) FAZZALARI, *op. cit.*, p. 2.

(51) Cfr. SPACCAPELO, *L'imparzialità* cit., p. 109 s.

Ma mentre la terzietà dell'autorità giudiziaria deriva dalla sua investitura istituzionale nel ruolo giudicante, non altrettanto vale per gli arbitri che, in genere, sono nominati dalle parti che peraltro ne pagano i compensi.

È quindi del tutto comprensibile che tale diversa genesi del potere decisionale degli arbitri non può consentire un meccanico rinvio alla disciplina di legge a presidio della terzietà dei giudici di cui agli artt. 51 e 52 c.p.c. (52).

L'art. 815 c.p.c. è integralmente dedicato a disciplinare la fattispecie della ricusazione degli arbitri con la evidente funzione di garantirne *anche* la indipendenza ed imparzialità (53).

Dico ciò anche in quanto l'art. 815, n. 1), c.p.c. prevede quale causa di ricusazione il difetto delle qualifiche espressamente convenuto tra le parti. La funzione della previsione, in questo caso, è solo quella di rimedio a tutela della volontà delle parti circa i requisiti soggettivi dell'arbitro (54), mentre per nulla riguarda vicende che possano minarne l'indipendenza o imparzialità.

L'impianto dell'art. 815 c.p.c. è stato oggetto di molteplici critiche in quanto privo di una clausola generale quale quella dei «gravi motivi di convenienza», viceversa espressamente contemplata dall'art. 51, comma 2°, c.p.c., che avrebbe consentito di sindacare la posizione dell'arbitro in alcune situazioni molto delicate (55) come emerse dalla prassi.

È evidente infatti che in assenza di un obbligo generalizzato di *disclosure* e di una clausola generale idonea a controbilanciare ipotesi di parzialità dell'arbitro non riconducibili ai casi tassativi previsti dalla legge è potenzialmente minata l'imparzialità ed indipendenza dell'organo arbitrale, tanto più in un contesto in cui la stessa definizione gergale *di arbitri di parte* ne implica un menomato grado di indipendenza.

(52) Sul tema della applicabilità dell'art. 51 c.p.c. agli arbitri cfr. SPACCAPELO, *L'imparzialità cit.*, p. 221 s.

(53) La legge non contempla l'astensione e a tale riguardo pare condivisibile la tesi di chi sostiene che se ricorre uno dei casi di astensione del giudice ovvero di ricusazione dell'arbitro, l'arbitro non solo possa ma deve rifiutare l'incarico o rinunciarlo se già accettato, cfr. BIAMONTI, *op. cit.*, 919.

(54) Cfr. RUFFINI-POLINARI, *Sub art. 815 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato* diretto da BENEDETTELLI-CONSOLO-RADICATI DI BROZOLO, Padova, 2010, p. 159.

(55) SALVANESCHI, *Arbitrato cit.*, p. 336 ss. esprime l'assoluta insoddisfazione per l'attuale contenuto della norma.

Può quindi ora passarsi ad una breve rassegna dei singoli casi di rikusazione contemplati dalla legge (56).

1.1. L'art. 815, n. 1), c.p.c. prevede il caso della *mancaza delle qualifike espressamente previste dalle parti*.

Si tratta di un'ipotesi di rikusazione meramente eventuale che trova una sua ragione solo ove le parti abbiano previsto nella convenzione di arbitrato specifiche qualifike in capo all'arbitro in considerazione della materia da trattarsi ovvero di ulteriori ragioni.

Si pensi al caso in cui l'arbitrato debba svolgersi in lingua inglese, che costituisce la norma negli arbitrati internazionali, ed allora le parti potranno opportunamente prevedere che gli arbitri nominati abbiano perfetta conoscenza della lingua straniera, anche al fine di evitare il ricorso a costose opere di traduzione.

È condivisibile l'opinione secondo cui il rimedio della rikusazione è esperibile non solo nei confronti dell'arbitro nominato dalle parti ma anche dal Presidente del Tribunale ai sensi dell'art. 810 c.p.c. (57).

Conseguentemente il rimedio rikusatorio è ammesso ogni qualvolta l'arbitro nominato difetti dei requisiti previsti dalle parti, senza che abbia alcun rilievo il soggetto a cui è affidata la nomina. Tanto più essendo pacifico che allorché l'autorità giudiziaria provveda alla nomina di uno o più arbitri, tale nomina deve avvenire nel rispetto delle previsioni della convenzione di arbitrato che hanno natura vincolante (58).

1.2. L'art. 815, n. 2), c.p.c., prevede i casi dell'arbitro, ovvero dell'ente/associazione/società di cui l'arbitro sia amministratore, che ha un interesse diretto nella causa.

Il motivo di rikusazione è pressoché speculare a quello previsto dall'art. 51, n. 1), c.p.c. (59).

(56) Così SPACCAPELO, *L'imparzialità* cit., p. 233. Per una puntuale disamina delle varie ipotesi di rikusazione e del relativo procedimento si può formulare rinvio al recente contributo di SPACCAPELO, *La rikusazione dell'arbitro: motivi e procedimento*, in *Tratt. dir. arb.* diretto da Mantucci, III, Napoli, 2021, p. 197 ss.

(57) Pare condividersi l'opinione espressa al riguardo da SALVANESCHI, *Arbitrato* cit., p. 341, secondo cui non è decisiva l'obiezione espressa da alcuni A. per la quale non sarebbe stato possibile richiedere la rikusazione al medesimo organo istituzionale che aveva proceduto alla nomina.

(58) L'eventuale nomina incoerente con le previsioni della convenzione di arbitrato pare poter configurare motivo di invalidità del lodo ai sensi dell'art. 829, n. 2), c.p.c.

(59) Cfr. SPACCAPELO, *L'imparzialità* cit., p. 233, ove l'A. evidenzia le divergenze tra art. 51, n.1 e art. 815, n. 2.

Secondo una condivisibile opinione, la mancata previsione all'interesse «in altra causa vertente su identica questione di diritto» è da ascrivere ad una mera dimenticanza piuttosto che ad un'intenzionale omissione.

Il caso di rikusazione è del tutto insoddisfacente tralasciando tante altre possibili situazioni sociali e parasociali che possono in concreto minare l'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro.

Gli esempi potrebbero essere numerosissimi, si pensi alla titolarità, diretta o indiretta, di una partecipazione di controllo comunque rilevante nella società che è parte in causa.

1.3. L'art. 813, n. 3), c.p.c. prevede quale motivo di rikusazione la parentela, convivenza o commensalità abituale dell'arbitro o del proprio coniuge con una delle parti, un rappresentante legale delle stesse ovvero un difensore.

Il caso di rikusazione, per quanto chiaro, potrebbe provocare notevoli perplessità pratiche soprattutto in considerazione di scivoiose situazioni come quella della commensalità abituale tra l'arbitro ed un difensore delle parti.

Sarà qui di ausilio la giurisprudenza formatasi sull'art. 51, n. 2), c.p.c. a cui si può far rinvio.

Diventa qui sempre più evidente come sia veramente deplorabile l'attuale assenza di un obbligo di *disclosure* dell'arbitro, imponendo alle parti l'effettuazione di attività di intelligence e comunque ingenerando il radicarsi di sospetti in relazione ai rapporti tra la parte e l'arbitro di parte, con il risultato finale di increspare l'affidabilità del procedimento arbitrale in genere.

1.4. L'art. 815, n. 4), c.p.c. individua come causa di rikusazione quella dell'arbitro o del suo coniuge che ha una causa pendente o una grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale o con alcuno dei suoi difensori.

Questo caso di rikusazione è sostanzialmente equivalente a quello di cui all'art. 51, comma 1°), n. 3, c.p.c. con la sola esclusione dei *rapporti di credito e debito*, che sono per gli arbitri contemplati dal caso di rikusazione sub. 5) tra i rapporti di natura patrimoniale.

1.5. Per l'art. 815, n. 5), c.p.c. è rikusabile l'arbitro che intrattenga con la parte o con il proprio gruppo di riferimento rapporti di lavoro subordinato, continuativi di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza.

Il caso di rikusazione riflette integralmente il contenuto dell'art. 2399, comma 1°, lett. c), c.c. (*cause d'ineleggibilità e di deca-*

denza) con riguardo ai sindaci di società per azioni, situazione che consente di poter sfruttare la maggiore elaborazione dottrinale e giurisprudenziale formatasi su questa norma.

Pur dovendosi ritenere che i legami di natura associativa rilevanti ai fini dell'interpretazione della norma siano tutti quelli in cui vi sia la mera convergenza partecipativa per conseguire un fine comune (60), nondimeno è richiesto che la parte che invoca la riconsunzione fornisca in concreto la prova che da tale partecipazione scaturisca un effettivo pregiudizio all'indipendenza dell'arbitro, mentre la mera sintonia ideologica dell'arbitro con gli altri partecipanti all'associazione di per sé non pare tale da compromettere meccanicamente l'indipendenza del giudizio.

Ricorrendo ad una interpretazione di natura funzionale della norma deve ritenersi sussistente la causa di riconsunzione anche ogni qualvolta l'arbitro sia parte di un'associazione professionale di cui ne faccia parte il consulente abituale della società (61). È qui evidente come si dia per presunto l'interesse economico dell'arbitro in quanto partecipante ai profitti generati dall'attività professionale svolta da un altro partecipante dell'associazione professionale in favore di una delle parti.

Restano esclusi dal perimetro di questa ipotesi di riconsunzione sia i rapporti tra arbitri e difensori, sia i rapporti tra parti e soggetti "vicini" agli arbitri, quali il coniuge, i parenti e gli affini (62).

1.6. In ultimo l'art. 815, n. 6), c.p.c., reiterando la previsione contenuta nell'art. 51, comma 1°, n. 4, c.p.c., stabilisce la riconsunzione dell'arbitro *che ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone*.

In forza di questo caso è da ritenersi preclusa la funzione arbitrale al soggetto che ha comunque conosciuto professionalmente della materia contenziosa in via professionale prima dell'inizio della causa.

In applicazione di questo principio generale può essere riconsunto anche l'arbitro che abbia rilasciato un parere legale o tecnico in fase precontenziosa (63).

(60) Cfr. Trib. Milano, ord., 24 novembre 2008, in *Riv. arb.*, 2008, p. 261.

(61) Cfr. AMBROSINI, *Il collegio sindacale*, in *Tratt. dir. priv.*² diretto da Rescigno, 16, *****, Milano, 2013, p. 203.

(62) Cfr. SPACCAPELO, *L'imparzialità* cit., p. 240.

(63) Per una attenta disamina delle varie situazioni suscettibili di integrare questo caso di riconsunzione, cfr. SPACCAPELO, *La riconsunzione* cit., p. 217 s.

9. *Il procedimento.* – La competenza a decidere sulla ricusazione è affidata al Presidente del Tribunale da designarsi secondo le previsioni contenute nell'art. 810, comma 2°, c.p.c.

Il procedimento è qualificato come di volontaria giurisdizione (64).

La legittimazione compete a tutte le parti del procedimento con la precisazione peraltro che la parte che ha nominato un arbitro non può ricusarlo salvo si tratti di cause di ricusazione sopravvenute, o comunque non conosciute, al tempo della nomina (65).

L'istanza di ricusazione si propone mediante ricorso da presentarsi entro il termine perentorio di 10 giorni dalla notificazione della nomina ovvero dalla data di sopravvenuta conoscenza della causa di ricusazione.

Per quest'ultimo caso si ritiene che la prova del *dies a quo* incomba sulla parte che invoca la conoscenza successiva (66).

Il termine finale per la presentazione del ricorso di ricusazione è l'ultima sottoscrizione del lodo (67).

Nonostante il silenzio della legge, è pacifico che il ricorso debba perlomeno contenere i motivi di ricusazione e i relativi mezzi di prova (68).

Sull'istanza di ricusazione il Presidente del Tribunale si pronuncia con ordinanza non impugnabile, neppure con il ricorso straordinario per cassazione, dopo aver sentito l'arbitro ricusato e le altre parti (69), ma la parte, che abbia visto rigettata la propria

(64) Cfr. Cass., 31 agosto 2017, n. 20615. In tal senso v. RIGON, *Gli arbitri*, in *L'arbitrato* a cura di Capo-Cassano-Freni, Milano, 2018, p. 195; *contra* SPACCAPELO, *La ricusazione* cit., p. 220, la quale ne sostiene la natura contenziosa arguendo dall'attuale previsione della condanna alle spese (art. 815, penultimo cpv).

(65) La natura negoziale della procedura arbitrale rende infatti ammissibile e legittima la consapevole nomina di un arbitro che si trovi in condizioni che potrebbero potenzialmente legittimarne la ricusazione, cfr. RIGON, *Gli arbitri* cit., p. 197.

(66) Si ritiene condivisibile la tesi secondo la quale la conoscenza sopravvenuta attenga alla parte e non al suo difensore, cfr. SALVANESCHI, *Arbitrato* cit., p. 351.

(67) Sulla questione e per ogni richiamo giurisprudenziale, cfr. SPACCAPELO, *La ricusazione*, p. 230 e spec. nota 113.

(68) Cfr. SPACCAPELO, *La ricusazione* cit., p. 221.

(69) Come è stato opportunamente evidenziato, mentre le altre parti del procedimento arbitrale sono da considerarsi dei litisconsorti necessari, l'arbitro ricusando viene sentito non nella qualità di controparte, bensì come persona informata sui fatti, cfr. RUFFINI-POLINARI, *op. cit.*, p. 167. In tal senso si è espressa Cass., 31 agosto 2017, n. 20615, con cui si esclude che l'arbitro ricusato sia parte del procedimento o portatore di un interesse sostanziale.

istanza di ricusazione dell'arbitro, può chiedere il riesame di tale pronuncia attraverso l'impugnazione per nullità del lodo alla cui deliberazione abbia concorso l'arbitro invano ricusato (70).

Ove necessario, il Presidente può assumere sommarie informazioni (71).

Al fine di evitare istanze di ricusazione temerarie, e questa potrebbe essere la situazione della parte che intende *sovvertire i giochi* allorché si avvede che l'arbitrato non sta volgendo nel senso sperato, l'art. 815, comma 4°, c.p.c., prevede una condanna alle spese con evidente finalità deterrente e punitiva: se viene affermata la manifesta inammissibilità o infondatezza dell'istanza la parte che l'ha proposta è condannata al pagamento in favore dell'altra di una somma equitativamente determinata entro il limite del triplo del massimo del compenso spettante all'arbitro singolo in base alle tariffe forensi (72).

Nel successivo comma 5°, l'art. 815 c.p.c. disciplina gli effetti derivanti dalla presentazione di un'istanza di ricusazione.

Non vi è qui alcuna automatica sospensione del procedimento arbitrale, ma tale decisione è rimessa ad una determinazione degli arbitri che, evidentemente, valuteranno caso per caso la gravità e verosimiglianza dei motivi attraverso cui è articolata l'istanza di ricusazione (73).

La determinazione degli arbitri sulla sospensione, benché non sollecitata dalla parte, deve infatti essere ben ponderata poiché se l'istanza di ricusazione fosse accolta, per legge, *l'attività compiuta dall'arbitro ricusato o con suo concorso è inefficace*.

La sanzione dell'inefficacia, non invalidità, permetterà comunque all'arbitrato di continuare serenamente perlomeno per lo svolgimento di quelle attività che costituiscono oggetto di delega in favore del presidente e non coinvolgono l'arbitro ricusando.

(70) Cfr. Cass., 15 novembre 2010, n. 23056.

(71) Pur restandosi nell'ambito della volontaria giurisdizione, il presidente svolge una istruttoria piena, da ritenersi approfondita e curata, cfr. RIGON, *op. cit.*, p. 198; CONSOLO, *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 30.

(72) Secondo SPACCAPELO, *op. cit.*, p. 241, il beneficiario della condanna sarebbe l'arbitro ricusato e non la controparte dell'arbitrato.

(73) Nessuna norma preclude all'arbitro ricusato di partecipare alla decisione sulla sospensione del procedimento, così SPACCAPELO, *La ricusazione cit.*, p. 233, la quale peraltro evidenzia la criticità di questa soluzione dato che consente ad un soggetto portatore di un conflitto di interessi di partecipare alla decisione.

In caso di accoglimento dell'istanza di ricusazione si dovrà quindi procedere alla sostituzione dell'arbitro con conseguente proroga del termine per la pronuncia del lodo (cfr. art. 820, comma 4°, lett. *d*, c.p.c.).

Finito di stampare, per conto delle Edizioni AV
Via Pasubio, 22/^A – 09122 Cagliari
Tel. (segr. e fax) 070/ 27 26 22
dalla Nuove Grafiche Puddu S.r.l. - Via del Progresso, 6
09040 ORTACESUS (CA) Z.I.
nel mese di settembre 2022