

NEL LABIRINTO DEL DIRITTO



RIVISTA TRIMESTRALE DI GIUSPRUDENZA n. 2/2021

NEL LABIRINTO DEL DIRITTO

RIVISTA TRIMESTRALE DI GIUSPRUDENZA

www.labirintodeldiritto.it

Direttore Responsabile:

Marco AZZARITI

Hanno collaborato a questo numero:

Angelo NAPOLITANO - Anna Maria SOLDI - Raffaele ROSSI

Giuseppina Luciana BARRECA - Marco ROSSETTI - Fabio PERRELLA

Flora VOLLERO - Nicola CRISPINO - Marco SANNINO



Editore: Giuristi Anonimi s.r.l.s. socio unico

Direzione – Redazione ed Amministrazione della rivista “Nel Labirinto del Diritto” sono presso la sede legale della Giuristi Anonimi s.r.l.s. socio unico in Formello (Rm) alla Via del Praticello n. 34.

© 2021 Giuristi Anonimi s.r.l.s. socio unico

Tutti i contenuti sono protetti dal diritto di autore. Ogni utilizzo non autorizzato sarà perseguito ai sensi di legge.
Riproduzione vietata.

Editoriale	pag. 4
Diritto Concorsuale	
Il <i>dies a quo</i> del termine per la prosecuzione/riassunzione del processo interrotto a causa della dichiarazione di fallimento di una delle parti, tra diritto positivo, diritto vivente e diritto che vivrà. di Angelo NAPOLITANO <i>Magistrato presso il Massimario della Suprema Corte di Cassazione</i>	pag. 5
Diniego di transazione fiscale: quale giurisdizione dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di Anna Maria SOLDI <i>Sostituto Procuratore Generale presso la Suprema Corte di Cassazione</i>	pag. 26
Esecuzione Forzata	
Vicende del titolo esecutivo e sorte dell'opposizione all'esecuzione di Raffaele ROSSI <i>Magistrato presso il Massimario della Suprema Corte di Cassazione</i>	pag. 33
Diritto Tributario	
Esecuzione esattoriale e beneficio di escussione di Giuseppina Luciana BARRECA <i>Consigliere di Stato</i>	pag. 52
Responsabilità Civile	
Una modesta proposta: rifondare l'assicurazione r.c.a. di Marco ROSSETTI <i>Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione</i>	pag. 63
Diritto Civile	
Le conseguenze della consulenza tecnica d'ufficio viziata: possibile soluzione in attesa delle sezioni unite di Fabio PERRELLA <i>Giudice del Tribunale di Napoli</i>	pag. 71
I limiti sostanziali delle prove testimoniali dei contratti: <i>spunti di riflessione a margine della pronuncia delle Sezioni Unite n. 16723/2020</i> di Flora VOLLERO <i>Giudice del Tribunale di Napoli</i>	pag. 82
La ripartizione delle spese delle liti (giudiziali e stragiudiziali) in ambito condominiale di Nicola CRISPINO <i>Avvocato del foro di Napoli</i> - Marco SANNINO <i>Avvocato del foro di Napoli</i>	pag. 95

Editoriale

Con la pubblicazione del primo numero della Rivista telematica **Nel labirinto del diritto** avevamo annunciato che il nostro obiettivo è quello di contribuire al dibattito dottrinario sugli argomenti di maggiore interesse per l'operatore del diritto, ma anche al processo decisionale della Suprema Corte, anticipando la discussione dei temi di maggiore attualità affidandone il commento a giuristi specializzati della materia.

Siamo sicuri di essere riusciti nell'intento con il secondo numero, al quale hanno partecipato diversi operatori del settore che sono in grado di prevedere le novità ed i contrasti che l'interpretazione applicativa della norma produce fin dalla sua genesi.

In questo contesto, tutti i contributi si segnalano per l'approccio interpretativo volto a fornire soluzioni, ma anche chiavi di lettura in veste critica delle interpretazioni nomofilattiche adottate dalla Suprema Corte.

Tutto ciò sempre al fine di far progredire il progetto della Rivista che pone al centro del suo sviluppo il concetto di comunità con la consapevolezza che la pratica interpretativa non è un fenomeno meccanico, ma creativo ed innovativo che vede coinvolti tutti gli attori che vedono nella Giustizia l'esercizio di una professione.

Vi lasciamo, quindi, alla lettura del numero con l'auspicio che apprezzerete il nostro impegno!

Marco AZZARITI

Il dies a quo del termine per la prosecuzione/riassunzione del processo interrotto a causa della dichiarazione di fallimento di una delle parti, tra diritto positivo, diritto vivente e diritto che vivrà.

SOMMARIO: 1. La fattispecie. • 2. Alcune considerazioni sulla rilevanza del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite. • 3. La giurisprudenza della Suprema Corte anteriore alle Sezioni Unite: perplessità. • 4. I possibili criteri per determinare il *dies a quo* del termine di prosecuzione/riassunzione del processo interrotto per il fallimento di una parte. • 5. La soluzione scelta dalle Sezioni Unite. • 6. Considerazioni critiche.

1. La fattispecie

La vicenda trae origine da un giudizio di condanna per un credito pecuniario intentato da una società vincitrice in primo grado contro un istituto bancario, appellata in secondo grado e nella pendenza del giudizio di appello dichiarata fallita.

L'istituto di credito aveva riassunto il giudizio di appello, con ricorso depositato in cancelleria, successivamente notificato alla curatela del fallimento della società appellata, oltre tre mesi dalla domanda di ammissione al passivo dell'Istituto bancario. Tale riassunzione era stata giudicata tardiva dalla Corte di appello *a quo*, in quanto quest'ultima aveva ritenuto che la parte non colpita dall'evento interruttivo (costituito dalla dichiarazione di fallimento) avesse avuto conoscenza del fallimento, o meglio, avesse esteriorizzato questa conoscenza, al più tardi, con la domanda di ammissione del credito allo stato passivo del fallimento.

La Corte di appello, inoltre, aveva ritenuto che il termine di decadenza per la riassunzione da parte dell'Istituto di credito fosse di tre mesi, in base all'art. 305 c.p.c. novellato in seguito alla legge n. 69 del 2009.

Le Sezioni Unite, allora, sono state chiamate a risolvere il contrasto che si era manifestato all'interno delle sezioni semplici con riferimento a quali fatti o atti determinino la decorrenza del termine per la riassunzione/prosecuzione del processo interrotto a causa della dichiarazione di fallimento di una delle parti.

Nonostante la decisione della causa implicava la soluzione della questione di quali atti o fatti determinino in capo alla parte non colpita dal fallimento la decorrenza del termine di riassunzione del processo interrotto, le Sezioni Unite sono state chiamate a definire con la loro autorevolezza nomofilattica anche i fatti o atti che determinano la decorrenza in capo al curatore del fallimento del termine per la prosecuzione del giudizio interrotto a causa della dichiarazione di fallimento della parte processuale insolvente.

Le Sezioni Unite, con la pronuncia che qui si segnala, hanno dato una soluzione alla questione di di-

ritto, ad esse posta, tesa a superare le incertezze che un approccio casistico all'individuazione dei fatti o atti idonei a determinare la decorrenza del *dies a quo* per la riassunzione/prosecuzione del processo interrotto a causa del fallimento inevitabilmente genererebbe.

Prima di giungere a questa soluzione, il massimo organo di nomofilachia ha innanzitutto chiarito che nella fattispecie di causa il termine di decadenza per la riassunzione del processo interrotto da parte della società procuratrice della cessionaria dei crediti dell'Istituto non era di tre mesi, bensì di sei mesi, essendo il giudizio di primo grado iniziato prima dell'entrata in vigore della legge n. 69 del 2009 che ha novellato l'art. 305 c.p.c.

In secondo luogo, ha affermato che nella fattispecie di causa la dichiarazione di fallimento della società appellata, essendo intervenuta dopo l'entrata in vigore dell'art. 43, comma 3 c.p.c., aveva provocato l'interruzione *ex lege* ed automatica del processo di appello, sicché occorreva stabilire, in consonanza con il *dictum* di Corte Cost. n. 17 del 2010, in quale momento l'Istituto di credito o, per esso, il suo difensore, fosse entrato in uno stato di conoscenza atto a far scattare la decorrenza del termine per la riassunzione del processo interrotto.

Con sentenza n. 12154/2021, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno pronunciato il seguente principio di diritto:

“In caso di apertura del fallimento, l'interruzione del processo è automatica ai sensi dell'art. 43, comma 3, l. fall., ma il termine per la relativa riassunzione o prosecuzione, per evitare gli effetti di estinzione di cui all'art. 305 c.p.c. e al di fuori delle ipotesi di improcedibilità ai sensi degli artt. 52 e 93 l. fall. per le domande di credito, decorre dal momento in cui la dichiarazione giudiziale dell'interruzione stessa sia portata a conoscenza di ciascuna parte; tale dichiarazione, qualora non già conosciuta in ragione della sua pronuncia in udienza ai sensi dell'art. 176, comma 2, c.p.c., va notificata alle parti o al curatore da uno degli interessati o comunque comunicata dall'ufficio giudiziario”.

2. Alcune considerazioni sulla rilevanza del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite

Prima di addentrarci nel merito della pronuncia resa dalle Sezioni Unite, sembra interessante riflettere brevemente sulle modalità con le quali, a diritto vigente, la S.C., a Sezioni Unite, può enunciare un principio di diritto con effetto vincolante, quantomeno per le sezioni semplici, che per discostarsene dovranno rimettere di nuovo al massimo organo di nomofilachia la decisione dei ricorsi implicanti la risoluzione della stessa questione (art. 374, comma 3 c.p.c.).

Tale breve riflessione scaturisce dalla considerazione che, nella fattispecie di cui si sono occupate le Sezioni Unite, la questione davvero dirimente non verteva sull'individuazione delle modalità con cui la parte non colpita dall'evento interruttivo (dichiarazione di fallimento) debba acquisire una conoscenza di esso idonea a far scattare la decorrenza del *dies a quo* della riassunzione del giudizio; bensì su quale sia il soggetto sul quale debba radicarsi quella conoscenza idonea a far scattare il termine di riassunzione.

In altri termini, nella fattispecie che ci occupa, le Sezioni Unite, se si fossero volute attenere ai confini del caso sottoposto alla loro attenzione, avrebbero potuto accogliere il ricorso e cassare con rinvio anche solo affermando che ai fini della decorrenza del termine per la riassunzione del giudizio in capo alla parte non colpita dalla dichiarazione di fallimento non rileva che la conoscenza dell'evento interruttivo automatico si sia radicata in capo alla parte (che nella presente fattispecie l'aveva esteriorizzata inviando al curatore la domanda di ammissione allo stato passivo di un credito relativo ad un altro rapporto intrattenuto con la società fallita), essendo invece necessario che di tale conoscenza sia investito l'avvocato che quella parte difende nel giudizio interrotto.

Peraltro, deve notarsi che il principio di diritto posto dalle Sezioni Unite con la pronuncia in commento risolve solo implicitamente la questione di quale sia il soggetto (se la parte o il suo avvocato) che deve essere investito della conoscenza dell'evento interruttivo automatico (dichiarazione di fallimento), preoccupandosi di risolvere esplicitamente il problema più generale di quale sia il *dies a quo* per la riassunzione o prosecuzione del giudizio interrotto.

Tale *modus operandi* è tuttavia, comprensibile.

La questione controversa nella fattispecie che ci occupa, cioè l'individuazione del soggetto in capo a cui deve radicarsi la conoscenza dell'evento interruttivo

ai fini della prosecuzione o della riassunzione del processo, costituiva solo un aspetto della questione, più generale, di quale sia il *dies a quo* per la prosecuzione o la riassunzione del giudizio interrotto a causa del fallimento di una parte, sicché era ragionevole che le Sezioni Unite, dovendosi occupare del soggetto in capo al quale deve radicarsi la conoscenza dell'onere di proseguire/riassumere il giudizio, si esprimessero anche su quale fosse l'atto o il fatto che innesca la conoscenza dell'evento interruttivo ai fini dell'onere di riassunzione o di prosecuzione, anche se il relativo *dictum* a stretto rigore non era necessario ai fini della decisione.

D'altronde, dall'art. 363 c.p.c. si evince che la Suprema Corte, nell'affermare principi di diritto funzionali alla decisione del caso di specie, possa anche risolvere con autorità nomofilattica aspetti più generali delle questioni ad essa devolute.

3. La giurisprudenza della Suprema Corte anteriore alle Sezioni Unite: perplessità e incertezze

Ai sensi del terzo comma all'art. 43 L.F., introdotto dall'art. 41, comma 1, del d.lgs. n. 5 del 2006, l'apertura del fallimento "determina l'interruzione del processo".

Tale disposizione è interpretata¹ nel senso che la dichiarazione di fallimento di una parte processuale determina *ipso iure* l'interruzione del giudizio in corso, rendendo così irrilevante ai fini della produzione dell'effetto interruttivo la notificazione alle altre parti costituite da parte del soggetto fallito, la dichiarazione in udienza dell'intervenuto fallimento, e gli atti e i fatti previsti dal quarto comma dell'art. 300 c.p.c. nel caso di fallimento del contumace.

Il fallimento di una parte processuale dunque, quale evento che produce *ipso iure* l'interruzione del processo, fuoriesce dall'ambito applicativo dei commi 1, 2 e 4 dell'art. 300 c.p.c.

L'obiettivo che il legislatore della novella all'art. 43 L.F. si prefiggeva, in realtà, non era solo quello di imprimere una accelerazione alle "procedure applicabili alle controversie in materia fallimentare"², ma anche e soprattutto quello di tutelare il più possibile gli interessi dei creditori concorsuali rappresentati dal fallimento: gli atti processuali compiuti dopo la pubblicazione della sentenza di apertura del-

¹ Non solo da SS.UU. n. 7443/2008, ma anche da Corte Cost. n. 17 del 2010, investita della q.l.c. dell'art. 305 c.p.c.

la procedura concorsuale nei confronti di una delle parti in causa, senza che il giudizio sia proseguito da quest'ultima o riassunto da una delle altre parti, sono nulli, ai sensi dell'art. 304 c.p.c., che richiama l'art. 298 c.p.c.³

La disciplina processuale del fallimento quale evento interruttivo, dunque, deve essere ricercata nell'ambito dei casi in cui il codice di rito prevede e regola eventi che producono *ipso iure* l'interruzione del giudizio: cioè negli artt. 299, 300 comma 3 e 301 c.p.c., letti in combinato disposto con l'art. 305 c.p.c.

In particolare, la Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità dell'art. 305 c.p.c., in relazione ai parametri degli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui fa decorrere dalla interruzione del processo per l'apertura del fallimento, ai sensi dell'art. 43, comma 3 L.F., introdotto dall'art. 41 del d.lgs. n. 5 del 2006, anziché dalla data di "effettiva" conoscenza dell'evento interruttivo, il termine per la riassunzione del processo ad opera di parte diversa da quella dichiarata fallita e dai soggetti che hanno partecipato al procedimento per la dichiarazione di fallimento, con sentenza interpretativa di rigetto aveva affermato che, in base ai principi da essa stessa espressi nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 305 c.p.c. in relazione alle ipotesi di interruzione *ipso iure* (o "automatica") previste dagli artt. 299, 300 comma 3, 301 c.p.c.⁴, si era consolidato

nella giurisprudenza della Corte di Cassazione l'orientamento secondo cui il termine per la riassunzione del processo interrotto decorre non già dal giorno in cui si è verificato l'evento interruttivo, bensì da quello in cui di tale evento abbia avuto conoscenza "in forma legale" la parte interessata alla riassunzione, con la conseguenza che il relativo *dies a quo* "può ben essere diverso per una parte rispetto all'altra".⁵

Se, dunque, la presa di conoscenza "in forma legale" dell'evento interruttivo "automatico" costituisce il fatto cui ancorare il *dies a quo* del termine per la riassunzione/prosecuzione del processo, la giurisprudenza di legittimità non sempre è stata univoca nel definire "le forme di produzione" di quella conoscenza in capo alle varie parti del processo interrotto, cosa si debba intendere per "parte" (se il soggetto che sta in giudizio o il suo avvocato), se vi possano essere dei fatti significativi, sostitutivi di quelle forme, da cui desumere con ragionevole certezza quella conoscenza e se quelle "forme di produzione" e quei "fatti significativi" debbano necessariamente realizzarsi nell'ambito del processo interrotto o possano, viceversa, rinvenirsi anche all'esterno del perimetro di quel processo.

Facendo un *excursus* degli arresti della Suprema Corte in tema di *dies a quo* della decorrenza del termine per la riassunzione/prosecuzione del processo

in relazione proprio al terzo comma dell'art. 43 L.F., introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2006, ed anche recentemente da Cass., n. 27165/2016, e l'interpretazione di cui si dà conto nel testo non è mai stata (almeno esplicitamente) smentita dalla giurisprudenza della Suprema Corte dell'ultimo decennio.

² Come ha ricordato la stessa ordinanza interlocutoria di rimessione, a pag. 4, citando la relazione al decreto legislativo n. 5 del 2006.

³ L'art. 298 comma 1 c.p.c. si esprime in termini di divieto ("non possono essere compiuti atti del processo"), ma la giurisprudenza della S.C. ritiene pacificamente trattarsi di nullità relativa, soggetta alla disciplina dell'art. 157 c.p.c., pertanto non rilevabile d'ufficio ed eccepibile solo dalla parte nel cui interesse sono poste le norme in tema di interruzione ossia dalla parte colpita dall'evento interruttivo (Cass. n. 12980/2002; Cass. n. 8641/1998; Cass. n. 6625/1997; Cass. n. 2340/1996).

⁴ Ci si riferisce in particolare alle sentenze n. 139 del 1967 (che ha riguardato il termine per la riassunzione o la prosecuzione del giudizio nei casi di interruzione di cui all'art. 301 c.p.c.) e n. 159 del 1971 (che ha riguardato il termine per la riassunzione o la prosecuzione del giudizio nei casi di interruzione di cui all'art. 299 e 300, comma 3, c.p.c.). Sulla stessa scia interpretativa si collocano, peraltro, le sentenze di illegittimità costituzionale n. 34 del 1970 (relativa all'art. 297, comma

1 c.p.c., nella parte in cui dispone la decorrenza del termine utile per la richiesta di fissazione della nuova udienza dalla cessazione della causa di sospensione anziché dalla conoscenza che ne abbiano le parti del processo sospeso) e n. 36 del 1976 (relativa all'art. 19, comma 1, della legge n. 585 del 1971 in tema di giudizio sulle pensioni di guerra dinanzi alla Corte dei Conti, nella parte in cui dispone che il termine per la riassunzione del processo interrotto per la morte del ricorrente decorre dalla interruzione anziché dalla data in cui gli eredi del ricorrente ne avessero avuto conoscenza).

⁵ Corte Cost. n. 17 del 2010, a sostegno del carattere "consolidato" della giurisprudenza della Suprema Corte circa la necessità dell'individuazione del *dies a quo* del termine di riassunzione/prosecuzione del processo in seguito al verificarsi di un evento ad efficacia interruttiva automatica nel giorno in cui le parti abbiano avuto conoscenza "in forma legale" del detto evento, cita Cass. nn. 24857 e 20361 del 2008, n. 5348 del 2007, n. 974 del 2006, n. 16020 del 2004, n. 6654 del 2003 e n. 12706 del 2001. La sentenza della Corte Costituzionale n. 17 del 2010 si trova annotata in *Giurisprudenza Italiana*, Agosto/Settembre 2010, pagg. 1863 ss., con commento di Fabio Cossignani; in *Il Fallimento* n. 5/2010, pagg. 532 ss., con commento di Luisa Groppoli; in *Il Corriere Giuridico* n. 5/2010, pagg. 610 ss., con commento di Filippo Murino.

sul quale abbia inciso un evento interruttivo automatico, si rileva che è ricorrente, quasi tralattizia, l'espressione "conoscenza legale", tesa a selezionare i "mezzi di informazione" idonei a conseguire l'effetto conoscitivo.

In un caso in cui un giudizio di appello introdotto dall'Inail, rimasto soccombente in primo grado in una causa per infortunio sul lavoro, si era interrotto automaticamente per la morte del procuratore dell'Istituto, un dipendente di quest'ultimo, *Cass., sez. L., n. 2340/96*, decidendo sul ricorso dell'ente pubblico proposto contro l'estinzione del giudizio di appello pronunciata perché l'Inail, a mezzo di un nuovo procuratore, aveva tardivamente depositato il ricorso in prosecuzione, ha accolto la doglianza fondata sulla circostanza che in quel caso l'Istituto non aveva avuto una "conoscenza legale" della morte del suo dipendente/difensore in giudizio, in quanto tale evento avrebbe dovuto essere oggetto di una dichiarazione della parte nella cui sfera giuridica aveva inciso l'evento (cioè dello stesso ente pubblico), oppure di una "comunicazione, certificazione o notificazione ad essa eseguita, alle quali non è equiparabile la conoscenza di fatto altrimenti acquisita".

Orbene, a prescindere dalla questione se nel caso di specie si sarebbe potuto affermare che la morte di un funzionario dell'ufficio legale dell'Inail, difensore di quest'ultimo in giudizio, non poteva non essere conosciuta dal dirigente di quell'ufficio in quanto incidente sull'organizzazione burocratica dello stesso, si deve rilevare che la S.C., nell'indicare gli atti che avrebbero potuto determinare la "conoscenza legale" in capo all'Inail della morte del suo procuratore, non sembra essersi riferita ad atti tipicamente previsti dal codice di rito nell'ambito della disciplina dell'interruzione.

Infatti, nessuna "dichiarazione" avrebbe potuto fare l'Inail, se con tale termine si intende l'atto compiuto dal procuratore della parte costituita ai sensi dell'art. 300 comma 1 c.p.c., sia perché in quel caso mancava il procuratore (che era morto), sia perché nella sistematica dell'art. 300 c.p.c. l'atto dichiarativo (e contestualmente partecipativo alle altre parti processuali) dell'evento (che in ogni caso non ha solo valore notiziale ma è costitutivo dell'effetto interruttivo) deve essere posto in essere dal procuratore della parte alla quale si riferisce l'evento interruttivo.

Quanto agli altri tre atti che la S.C., nel citato arresto, ha ritenuto essere alternativamente idonei a produrre in capo all'Inail la conoscenza legale della

morte del suo procuratore, nemmeno può dirsi che essi siano tipicamente previsti dal codice di rito nell'ambito della disciplina dell'interruzione.

La "comunicazione", infatti, è un atto tipico non della parte, ma del cancelliere, che dal suo canto non ha nessun obbligo di notiziare la parte costituita della morte del suo procuratore.

La "certificazione" è un atto di un pubblico ufficiale munito di fede privilegiata, e nell'ambito della disciplina processuale è prevista quale elemento costitutivo dell'interruzione nel caso in cui la morte o la perdita della capacità di stare in giudizio (certificata dall'ufficiale giudiziario nella relazione di notificazione di uno degli atti di cui all'art. 292 c.p.c.) si sia verificata in danno della parte contumace; ma tale "certificazione", avente ad oggetto la morte, radiazione o sospensione del procuratore di una parte costituita, quantunque contenuta in una relazione di notificazione di un atto destinato a lui, sarebbe idonea ad informare dell'evento interruttivo colui che avesse richiesto la notificazione dell'atto, non certo la parte rimasta senza il difensore cui era destinata la notifica.

La "notificazione" dell'evento interruttivo (morte, radiazione o sospensione del procuratore) eseguita nei confronti della parte rimasta senza difensore ad istanza di quella che ha interesse (in caso di mancata tempestiva riassunzione/prosecuzione *ex adverso*) alla estinzione del processo, infine, è, se ben si riflette, non tanto un atto teso a procurare in capo al destinatario la conoscenza dell'evento oggetto della notificazione, quanto un atto informativo che consente al destinatario di attivarsi per conoscere agevolmente la verifica dell'evento interruttivo.

Due considerazioni inducono a questa conclusione.

La prima è che la notificazione dell'evento interruttivo automatico di cui all'art. 301 c.p.c. eseguita nei confronti della parte costituita rimasta senza difensore non ha lo stesso grado di attendibilità, in relazione alla qualità del soggetto da cui proviene, della notificazione dell'evento interruttivo eseguita, ai sensi dell'art. 300 comma 1 c.p.c. o dell'art. 300 comma 4 c.p.c., dal difensore della parte deceduta o privata della capacità di stare in giudizio o dagli eredi della parte contumace deceduta, visto che nessun rapporto qualificato esiste tra il notificante e il difensore cessato dell'altra parte.

La seconda considerazione è che non avendo, colui che notifica l'evento interruttivo automatico ex art. 301 c.p.c. alla parte rimasta senza difensore,

l'onere legale di provare (ad esempio con un certificato di morte dell'avvocato avversario) l'evento oggetto della notifica, la parte rimasta senza difensore, destinataria della notifica, non è autorizzata, nemmeno sotto tale punto di vista, a riporre un particolare affidamento documentale sulla veridicità della notizia avuta, ferma restando l'idoneità della notificazione a metterla in grado di riscontrare agevolmente la veridicità dell'informazione e di proseguire, eventualmente, il processo nel termine perentorio previsto dall'art. 305 c.p.c. con il ministero di un altro difensore.

Ancora in tema di interruzione per morte del procuratore di una parte costituita, **Cass., sez. 3, n. 3085/2010**, pronunciandosi in una fattispecie in cui il procuratore degli attori in primo grado aveva dichiarato in udienza che era venuto a mancare il procuratore del convenuto, provocando in tal modo la dichiarazione di interruzione del processo, ha rigettato il ricorso proposto contro la sentenza di appello che, confermando quella di primo grado, aveva accolto l'eccezione di estinzione del convenuto in quanto gli attori avevano tardivamente (oltre i sei mesi, *ratione temporis*) riassunto il giudizio.

In tale occasione la Corte, dopo aver ricordato che il termine per la prosecuzione/riassunzione del processo interrotto può avere una decorrenza diversa per ciascuna delle parti del processo e che il *dies a quo* del detto termine va individuato nel momento in cui la parte interessata alla riattivazione del processo abbia avuto una conoscenza legale dell'evento interruttivo automatico, con modalità tali da essere documentabile e rilevante ai fini processuali ("dichiarazione, notificazione o certificazione, non essendo sufficiente la conoscenza *aliunde* acquisita"), ha affermato che la sentenza di estinzione del processo di primo grado per mancata tempestiva riassunzione dello stesso da parte degli attori era del tutto logica ed esente da censure, in quanto per loro il termine per la riassunzione era iniziato a decorrere nel momento in cui il loro procuratore, in udienza, aveva dichiarato l'avvenuto decesso dell'avvocato della controparte: quella dichiarazione costituiva una "prova legale" della conoscenza, in capo agli attori, dell'evento interruttivo.

La particolarità di tale sentenza sta nella circostanza che qui la dichiarazione resa in udienza dal procuratore degli attori, circa l'avvenuto decesso dell'avvocato di controparte, rilevava non come atto informativo, teso a far conoscere alla controparte

l'evento della morte del suo procuratore, bensì come atto formale dal quale si potesse desumere con certezza la conoscenza in capo allo stesso dichiarante dell'evento interruttivo automatico, fondante il *dies a quo* del termine per la riassunzione del processo.

Sempre in tema di interruzione per morte del difensore di una parte costituita, **Cass., sez. 2 n. 4851/2012**, dopo aver ribadito che "il termine per la riassunzione o la prosecuzione del processo interrotto per la morte del procuratore costituito di una delle parti in causa decorre dal giorno in cui le parti abbiano avuto conoscenza legale di tale evento" e che "tale conoscenza può dirsi perfezionata in presenza di una dichiarazione, notificazione o certificazione rappresentativa dell'evento che determina l'interruzione del processo, con l'effetto che il termine in questione può decorrere per ciascuna delle parti da una data diversa", ha ritenuto inidonea al fine di procurare la conoscenza dell'evento interruttivo (morte del difensore), in capo ai procuratori delle altre parti costituite, un telegramma inviato al giudice della causa con cui la parte rimasta senza assistenza legale aveva comunicato il decesso del suo avvocato.

Nel motivare la divisata inidoneità del telegramma, la Corte nel citato arresto ha affermato che "la legge attribuisce valore di mezzo di conoscenza legale del fatto rappresentato solo alla dichiarazione proveniente dal procuratore, nel caso in cui l'evento interruttivo colpisca la parte da lui rappresentata (art. 300 c.p.c., comma 1), ma non riconosce un analogo effetto alla dichiarazione fatta dalla parte personalmente, nel caso inverso di morte del proprio difensore. In tal caso la dichiarazione, di per sé, è di mera scienza privata e non è assistita da alcuna fede privilegiata".

In realtà, così opinando, la Corte sembra aver "aggravato" l'onere, in capo al soggetto interessato a far decorrere il termine per la riassunzione/prosecuzione del processo, di procurare "la conoscenza" dell'evento interruttivo automatico in capo alle controparti.

L'informazione circa il verificarsi di un evento interruttivo automatico è un onere posto a tutela di chi la riceve, e sembra sproporzionato pretendere che chi la dia debba fare in modo che essa sia accompagnata, a pena di inefficacia, da un certificato pubblico con valore fidefacente dell'evento "comunicato": infatti, ricevuta l'informazione della verifica dell'evento interruttivo automatico (morte, radiazione o sospensione dall'albo del procuratore di una parte costituita), la parte destinataria è già messa nel-

le condizioni di poter agevolmente appurarne la veridicità e di fare le scelte più opportune per la tutela processuale dei suoi diritti⁶.

In una situazione processualmente speculare alla fattispecie concreta sottoposta oggi all'esame delle Sezioni Unite, in cui la società soccombente in primo grado nei confronti di un suo lavoratore aveva proposto appello avverso la sentenza del Tribunale ed era stata dichiarata fallita in pendenza del giudizio di appello, **Cass., sez. L., n. 6331/2013** ha premesso, in linea generale, che "al fine del decorso del termine di riassunzione non è sufficiente la sola conoscenza da parte del curatore dell'evento interruttivo rappresentato dalla dichiarazione di fallimento ma è necessaria anche la conoscenza dello specifico giudizio sul quale il detto effetto interruttivo è in concreto destinato ad operare. La conoscenza deve inoltre essere legale nel senso chiarito dalla giurisprudenza di questa Corte; deve cioè essere acquisita non in via di mero fatto ma per il tramite di una dichiarazione, notificazione o certificazione rappresentativa dell'evento che determina l'interruzione del processo, assistita da fede privilegiata".

Dopo aver premesso questa "regola pretoria", la Corte ha cassato con rinvio la sentenza di appello che aveva dichiarato l'estinzione del processo, ritenendo che il primo atto idoneo a determinare la decorrenza del termine per la riassunzione (*rectius*, prosecuzione) fosse la dichiarazione resa in udienza dal difensore della parte appellata (lavoratore vincitore in primo grado), in base alla quale la Corte di appello emise l'ordinanza di interruzione del giudizio. Secondo la S.C., che ha richiamato la sentenza n. 136/1992 della Corte Costituzionale, l'idoneità di tale dichiarazione nel determinare la legale conoscenza in capo alla curatela fallimentare dell'evento interruttivo sarebbe stata da rinvenire nell'obbligo gravante sul procuratore della parte poi dichiarata fallita, quale mandatario, di rendere nota la circostanza alla curatela, obbligo scaturente dalla disciplina sostanziale in tema di mandato ed in particolare dal combinato disposto degli articoli 1728 e 1710 c.c.

Nel ritenere tempestiva la prosecuzione del processo operata dalla curatela del fallimento della so-

cietà appellante, in particolare, la Corte di Cassazione, con la sentenza da ultimo citata, ha ritenuto non idonea a determinare in capo alla curatela la conoscenza legale dell'evento interruttivo l'invio al curatore da parte del creditore (lavoratore appellato) dell'istanza di ammissione al passivo "per gli importi dovuti in forza della sentenza del Tribunale".

Senonché, non possono tacersi le perplessità che desta l'arresto da ultimo citato della S.C. nella parte in cui ha affermato che, dopo l'introduzione del terzo comma dell'art. 43 L.F. ad opera del d.lgs. n. 5 del 2006, intervenuto il fallimento di una parte in causa, la conoscenza "legale" in capo al curatore della pendenza del processo sarebbe determinata dalla dichiarazione dell'evento interruttivo resa in udienza dal procuratore della parte non colpita da quell'evento.

Infatti, dopo l'introduzione del terzo comma dell'art. 43 L.F. ad opera del d.lgs. n. 5 del 2006, la dichiarazione di fallimento produce, a differenza di quanto accadeva prima, *ex lege* l'interruzione del giudizio (e di ciò il citato arresto di legittimità non dubita).

La conseguenza di tale innovazione legislativa è stata, giova ribadirlo, che la dichiarazione di fallimento, producendo automaticamente l'interruzione del processo in corso, determina una scissione delle sorti processuali del fallimento da quelle del soggetto fallito: il difensore di quest'ultimo non rappresenta la curatela del fallimento.

Prima dell'introduzione del terzo comma dell'art. 43 L.F., invece, l'interruzione del processo si verificava solo se e quando il difensore del soggetto fallito rendeva la dichiarazione o eseguiva la notificazione di cui all'art. 300, comma 1 c.p.c.: il procuratore del soggetto fallito, sotto la sua responsabilità, doveva concordare con il curatore se far proseguire il processo, in virtù della cd. "ultrattività" del suo mandato, o se determinare (con la dichiarazione o la notificazione dell'evento) l'interruzione del processo, di cui poi doveva dare informazione al fallimento ai fini dell'eventuale prosecuzione/riassunzione ad opera di quest'ultimo, eventualmente con un altro difensore.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 136 del 1992 dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale rappresentata da una presunta lesione del diritto di difesa del fallimento nel caso in cui, provocata da parte dell'avvocato del soggetto fallito l'interruzione del processo alla stregua dell'art. 300, commi 1 e 2 c.p.c., la curatela fosse stata ritenuta onerata della prosecuzione/riassunzione del processo senza avere conoscenza formale dell'evento interruttivo.

⁶ La sentenza in questione è annotata criticamente in www.judicium.it da Fabio Savino, "Sulla conoscenza legale dell'evento interruttivo e sul momento dal quale inizia a decorrere il termine per la riassunzione del processo".

tivo: l'ultrattività del mandato conferito dal soggetto *in bonis* al difensore, secondo la Corte Costituzionale, faceva sì che quel difensore fosse chiamato a gestire gli interessi del fallimento anche dopo l'apertura della procedura concorsuale e, se avesse concordato con la curatela di far interrompere il processo, aveva l'obbligo di dare notizia a quest'ultima della intervenuta interruzione per darle modo di riattivare il processo.

L'art. 43 comma 3 L.F., per tutelare pienamente l'autonomia del fallimento e gli interessi dei creditori concorsuali, ha posto fine all'ultrattività del mandato del difensore del soggetto fallito, e con essa anche a qualsiasi obbligo giuridico riveniente dal mandato difensivo conferito dal soggetto *in bonis*, compreso quello di informare la curatela della pendenza del processo in corso al fine di consentirle di riattivarlo.

Non sembra, dunque, che, nella vigenza dell'art. 43, comma 3 L.F., il soggetto fallito, e per esso il suo difensore costituito, sia il "giusto destinatario" dell'informazione (a prescindere poi da quale debba essere questa informazione, su cui ci si intratterà oltre) che la parte non interessata alla ripresa del processo è onerata a dare affinché la curatela del fallimento possa nei termini dell'art. 305 c.p.c. proseguire il processo in corso.

In un'altra fattispecie, il Comune di Gaeta aveva impugnato un lodo arbitrale che lo aveva visto soccombente nei confronti di una società commerciale.

Dichiarato il fallimento della società nelle more del giudizio di impugnazione, la Corte di appello, su eccezione della curatela contro la quale il Comune aveva riassunto il processo, aveva dichiarato l'estinzione del giudizio sulla base del rilievo che il Comune non aveva riassunto il processo nei sei mesi (*ratione temporis*) dalla ricezione di una lettera raccomandata inviatagli dal curatore del fallimento.

In tale caso, Cass., sez. 6-1, n. 13334/2013 ha ricordato che sin dalla prima delle declaratorie di incostituzionalità dell'art. 305 c.p.c. la giurisprudenza di legittimità si è andata consolidando nel senso che la "conoscenza" quale fatto cui ancorare la decorrenza del termine per la prosecuzione/riassunzione del processo nel caso di interruzione automatica dev'essere una conoscenza "legale", intendendosi per tale quella formalmente conseguita dalle parti in causa all'interno del processo con le modalità previste dall'art. 300 c.p.c., vale a dire la dichiarazione del procuratore in udienza, la notifica al procuratore costituito (ex art. 170 c.p.c.), la certificazione dell'uffi-

ziale giudiziario, non avendo alcuna rilevanza l'eventuale conoscenza dell'evento interruttivo di fatto acquisita *aliunde* dalla parte, ed essendo la notificazione personale alla parte utilizzabile nei soli casi in cui si tratti di notificare dell'evento interruttivo automatico la parte rimasta priva di procuratore.

Tanto premesso, la S.C., con il citato arresto, ha ritenuto inidonea a far acquisire al Comune la conoscenza legale dell'apertura del fallimento nei confronti della società la raccomandata inviata all'ente pubblico dal curatore.

Sembra, tuttavia, che la declinazione concreta della nozione di "conoscenza legale" comporti il rischio, come nel caso testé esaminato, di una interpretazione eccessivamente restrittiva di quali siano i mezzi adatti a procurare, in capo al soggetto interessato a proseguire/riassumere il giudizio interrotto in seguito alla dichiarazione di fallimento di una delle parti, la conoscenza degli elementi essenziali per poter tempestivamente riattivare il processo.

Si deve, infatti, notare che la notificazione e la dichiarazione di cui all'art. 300, comma 1 c.p.c., sono degli atti endoprocessuali che hanno la funzione di produrre l'effetto interruttivo del giudizio in corso.

La certificazione dell'ufficiale giudiziario di cui all'art. 300, comma 4 c.p.c., poi, non può essere equiparata ad un mezzo per determinare la conoscenza di un fatto in capo al destinatario di un avviso o di una comunicazione (intesa quest'ultima non nel senso tecnico di comunicazione di cancelleria disciplinata dal codice di procedura civile): siccome il processo contumaciale si svolge, di regola, nella totale indifferenza degli eventi che riguardano chi si è disinteressato del processo (il contumace, appunto), il codice vigente ha posto un "argine" a tale indifferenza, a tutela del contumace, stabilendo che, di fronte a certi atti del processo dai quali emerge l'evento interruttivo (certificazione dell'ufficiale giudiziario in occasione della notifica di uno degli atti di cui all'art. 292 c.p.c.; notificazione dell'evento proveniente dal soggetto nella cui sfera giuridica si è verificato l'evento interruttivo o dai suoi eredi; "documentazione" dell'evento interruttivo da parte di una delle "altre parti" del processo, dopo l'entrata in vigore dell'art. 46, comma 13, della legge n. 69 del 2009⁷), il pro-

⁷ L' "altra parte", in vero, per individuare il soggetto processuale cui spetta fornire la documentazione dell'evento interruttivo riguardante il contumace, appare una espressione im-

cesso contumaciale non possa continuare e debba essere proseguito/riassunto nel termine di cui all'art. 305 c.p.c.

Sembra un orientamento eccessivamente rigido quello di ritenere che la conoscenza dell'evento interruttivo automatico, come l'apertura del fallimento, in capo al soggetto interessato alla prosecuzione/riassunzione del processo, non possa essere prodotta se non con uno degli atti endoprocessuali ai quali l'art. 300 c.p.c. ricollega l'effetto interruttivo del processo.

Aspetto diverso da quello del mezzo idoneo a determinare la conoscenza dell'evento interruttivo automatico ai fini della decorrenza del termine per la prosecuzione/riassunzione del processo è quello del soggetto legittimato a ricevere la "notizia" del detto evento.

Nel caso di cui si è occupato l'arresto della S.C. da ultimo citato, il curatore aveva inviato la raccomandata tesa ad informare la parte interessata alla riassunzione del processo interrotto (il Comune) del fatto che si era verificato l'evento interruttivo automatico all'ente pubblico "in persona" e non al suo procuratore costituito.

Come si dirà appresso nella relazione, sembra che tale circostanza fosse dirimente per ritenere non idonea allo scopo la raccomandata inviata dal curatore.

Qualche segnale di insofferenza verso un orientamento teso a tipizzare eccessivamente i mezzi idonei a provocare, in capo al soggetto interessato alla riassunzione/prosecuzione del processo, la conoscenza dell'apertura del fallimento quale evento interruttivo automatico lo si legge in *Cass., sez. 6-1, n. 1879/2014*.

La S.C., con l'arresto citato, si è espressa su di una fattispecie nella quale la curatela del fallimento di una società appellante avverso una sentenza che non le aveva riconosciuto un credito nei confronti di una controparte si era vista estinguere il giudizio di appello in quanto, secondo la Corte territoriale, non aveva proseguito il processo entro sei mesi (*ra-*

zione temporis) dalla dichiarazione di fallimento.

Secondo i giudici di merito, l'evento interruttivo automatico (apertura del fallimento della società appellante) non poteva non essere a conoscenza della curatela, nella cui sfera esso si era verificato, ed il termine per la prosecuzione, dunque, avrebbe iniziato a decorrere a partire proprio dall'apertura della procedura concorsuale.

La S.C., nell'accogliere le doglianze della curatela, ha innanzitutto affermato che al fine della decorrenza del termine per la riassunzione/prosecuzione non è sufficiente la sola conoscenza da parte del curatore fallimentare dell'evento interruttivo rappresentato dalla dichiarazione di fallimento, essendo necessaria anche la conoscenza dello specifico giudizio sul quale detto effetto interruttivo è in concreto destinato ad operare (conforme, *Cass., sez. 3, n. 27165/2016*).

In secondo luogo, dopo aver affermato che la conoscenza dell'evento interruttivo deve essere "legale", cioè acquisita non in via di mero fatto, ma "per il tramite di una dichiarazione, notificazione o certificazione rappresentativa dell'evento che determina l'interruzione del processo, assistita da fede privilegiata", la S.C. ha ritenuto che, nel caso sottoposto al suo giudizio, la curatela avesse avuto conoscenza del processo da proseguire solo dopo aver ricevuto la relazione di un legale nominato dal giudice delegato.

A ben vedere, la ricezione di tale relazione non costituisce né una dichiarazione, né una notificazione, né una certificazione rappresentativa dell'evento determinante l'interruzione automatica del processo, assistita da fede privilegiata: cionondimeno non potrebbe non ritenersi che, all'atto del deposito in cancelleria o della ricezione per pec (sia che l'indirizzo di pec sia intestato al fallimento, sia che sia intestato al curatore) della relazione di un avvocato incaricato dal fallimento in cui si dia atto della pendenza di un giudizio in cui è parte il soggetto fallito e che il fallimento è interessato a proseguire, il curatore del fallimento venga a conoscenza della pendenza di quel giudizio, e che dal deposito di quella relazione o dalla sua ricezione per pec decorra il termine perentorio per la prosecuzione del giudizio interrotto.

Tra i veicoli di conoscenza "in forma legale" degli eventi interruttivi automatici *Cass., sez. 6-3, n. 3782/2015* annovera l'ordinanza di interruzione pronunciata in udienza.

Orbene, è appena il caso di precisare che, con riferimento alla dichiarazione di fallimento, la pronuncia in udienza dell'ordinanza di interruzione deve

provvida, in quanto, a rigore, nella nozione di "altra parte" non dovrebbe esservi ricompresa la parte che ha esercitato l'azione, in quanto non sarebbe razionale ritenere che la verifica dell'effetto interruttivo del processo in caso di evento occorso alla parte contumace, effetto comunque posto a tutela di quest'ultima, possa dipendere dalla scelta discrezionale di chi abbia instaurato il giudizio. Si vedano, sul punto, le considerazioni di G.P. Califano, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani e Vaccarella, UTET, Torino, 2012, vol. III, tomo secondo, Artt. 275-322, sub art. 300, pagg. 597-598.

considerarsi conosciuta “dalle parti presenti e da quelle che dovevano comparirvi; quelle pronunciate fuori dall’udienza sono comunicate a cura del cancelliere entro i tre giorni successivi” (art. 176, comma 2 c.p.c.).

Appare chiaro, dunque, che, nel caso in cui la curatela di un fallimento sia interessata a proseguire un giudizio interrotto (per la dichiarazione di fallimento di una parte processuale), essa non possa essere considerata legalmente a conoscenza della rilevanza dell’evento interruttivo nel processo in cui sia dichiarata l’interruzione (e dunque della necessità di proseguirlo nel termine perentorio ex art. 305 c.p.c. per evitarne l’estinzione), in quanto formalmente non è parte del processo interrotto, diventando tale solo dopo la riattivazione di esso a cura della parte interessata.

Nel senso che “la parte non fallita non è tenuta alla riassunzione del processo nei confronti del curatore indipendentemente dal fatto che l’interruzione sia stata o meno dichiarata” si è espressa chiaramente Cass., sez. 6-1, n. 5288/2017, seguita, con pari nettezza, da Cass., sez. 1, n. 7547/2018; Cass., sez. 1, n. 9016/2018 (ma *contra*, ex *coeteris*, v. Cass., sez. 2, n. 23097/2017).

Questa posizione anticipa, sul piano pretorio, la novità introdotta dall’art. 143, comma 3, del d.lgs. n. 14 del 2019 (cd. “CCII”), che, dopo aver ribadito che “l’apertura della liquidazione giudiziale determina l’interruzione del processo”, al secondo periodo dispone che “il termine per la riassunzione del processo interrotto decorre da quando l’interruzione viene dichiarata dal giudice”.

Non sembra, però, che, nella vigenza dell’art. 43, comma 3 L.F., si possa fondatamente ritenere che il termine per la riassunzione del processo interrotto decorra, per la parte non fallita, sempre e comunque dall’ordinanza con cui il giudice dichiara l’interruzione.

In mancanza di una norma espressa, come quella contenuta nel CCII, non ancora entrato in vigore nella parte che ci interessa, il termine per la prosecuzione/riassunzione non può che decorrere, come per tutti i casi di interruzione “automatica”, dal momento in cui la parte interessata alla riattivazione del processo ha conoscenza dell’evento interruttivo.

L’art. 143, comma 3, secondo periodo CCII deve essere considerato come una norma innovativa, che tende a risolvere il problema dell’individuazione del *dies a quo* del termine di riassunzione solo con riferimento alla parte non fallita: solo questa, infatti, co-

nosce “legalmente” (art. 176 c.p.c., l’avverbio è quanto mai calzante) l’ordinanza con cui il giudice dichiara interrotto il processo a causa del fallimento di una delle parti; non la conosce la curatela del fallimento, per la quale, anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 143 CCII, continuerà a porsi il problema dell’individuazione del *dies a quo* del termine per la prosecuzione del processo interrotto.

Un’altra fattispecie molto interessante, ai fini che qui ci interessano, è quella decisa da Cass., sez. 6-3, n. 13900/2017.

Una società appellante si vide dichiarare l’estinzione del giudizio di appello per mancata tempestiva prosecuzione dello stesso da parte sua in seguito alla morte del proprio procuratore costituito (artt. 301 e 305 c.p.c.).

La S.C., nell’arresto citato, ha affermato che se, in un diverso giudizio tra le medesime parti, una di queste lo abbia riassunto (*rectius*, proseguito) in seguito alla morte del proprio difensore, tale atto di riassunzione (*rectius*, prosecuzione) diventa rilevante anche nell’ambito di un altro giudizio in cui la parte era difesa dallo stesso avvocato, con la conseguenza che ben può dirsi che la parte, tramite quell’atto di riassunzione (*rectius*, prosecuzione), abbia esteriorizzato la “piena conoscenza in forma legale” dell’evento interruttivo automatico rappresentato dalla morte del suo avvocato, e che in quell’atto di riassunzione (*rectius*, prosecuzione) del diverso processo debba individuarsi il *dies a quo* del termine di riassunzione (*rectius*, prosecuzione) dell’altro giudizio, parimenti interrotto per la morte del medesimo procuratore.

In un altro caso, la S.C. si è confrontata con la questione se assuma rilevanza, ai fini della legale conoscenza dell’evento che determina l’interruzione del processo, la circostanza che esso sia stato conosciuto da un avvocato della parte diverso da quello che difendeva quest’ultima nel giudizio nel quale l’apertura del fallimento aveva spiegato la sua efficacia interruttiva.

Era accaduto, cioè, che la sentenza dichiarativa di fallimento era stata comunicata via fax all’avvocato che difendeva la parte avversaria nel procedimento prefallimentare, avvocato diverso da quello che difendeva tale parte nel giudizio che si era interrotto in seguito all’apertura della procedura concorsuale.

Ebbene, in questa occasione, Cass., sez. 3, n. 6398/2018 ha affermato che la conoscenza dell’evento che determina l’interruzione (automatica, *n.d.r.*) del processo deve investire non già la parte personal-

mente, ma il suo difensore, quale soggetto tecnico in grado di valutare gli effetti giuridici dell'evento medesimo e di capire se e da quale momento decorre il termine per riassumere il giudizio, giacché la decorrenza del termine di riassunzione trova il suo fondamento nella conoscenza dell'evento interruttivo da parte del difensore e non in quella personale della parte.

L'arresto in commento ribadisce che se interessato a riattivare il giudizio interrotto è il curatore, quest'ultimo deve essere messo a conoscenza non solo dell'evento interruttivo rappresentato dalla dichiarazione di fallimento, ma anche dello specifico processo sul quale opera l'effetto interruttivo; e tale esigenza di "duplice conoscenza" (dell'evento interruttivo e del processo sul quale incide) sarebbe propria anche della parte sulla quale non abbia inciso l'evento interruttivo.

Pertanto, non sarebbe sufficiente il carattere "legale" della conoscenza dell'evento interruttivo a far decorrere il termine di riassunzione/prosecuzione ex art. 305 c.p.c., ma sarebbe necessario anche che tale conoscenza (che deve investire sia la parte colpita dall'evento interruttivo che quella estranea), abbia specificamente ad oggetto tanto l'evento in sé considerato quanto lo specifico processo nel quale esso deve esplicare i propri effetti.

Questa pronuncia si segnala perché investe non solo il tema delle forme della conoscenza dell'evento interruttivo (dichiarazione di fallimento, nella specie), ma specialmente il tema del soggetto che deve essere "investito" di tale conoscenza.

E sotto tale aspetto appare assolutamente condivisibile, in quanto la decisione se lasciare estinguere o meno un giudizio interrotto non spetta alla parte (diversa da quella colpita dall'evento), ma al suo procuratore: il mandato difensivo da questi ricevuto e la procura *ad litem* conferita, quand'anche limitata ad un solo grado di giudizio, ricomprendono, infatti, anche il potere di riattivare (mediante riassunzione) il giudizio interrotto a causa del fallimento dell'altra parte, spettando solo all'avvocato la scelta degli strumenti tecnici processuali con cui tutelare gli interessi della parte rappresentata.

Si giustifica, dunque, l'affermazione secondo la quale "la decorrenza del termine di riassunzione trova il suo fondamento nella conoscenza dell'evento interruttivo da parte del difensore e non in quella personale della parte", nel senso, dunque, che la conoscenza che la parte personalmente abbia della di-

chiarazione di fallimento dell'altra parte è irrilevante ai fini della decorrenza del termine per la riassunzione, occorrendo che tale conoscenza sia determinata in capo al suo procuratore⁸.

Sicché, il procuratore la cui conoscenza dell'evento interruttivo (dichiarazione di fallimento dell'altra parte) rileva ai fini della decorrenza del termine di riassunzione del processo è il procuratore che difende la parte nell'ambito del processo interrotto, non anche quel diverso procuratore che la difende nell'ambito di un distinto contenzioso.

Non appare, di converso, condivisibile Cass., sez. 2, n. 21325/2018 (sulla cui scia si pone, pare, anche Cass., sez. 5, n. 15996/2019) nella parte in cui ha affermato che la conoscenza "legale" della dichiarazione di fallimento, ai fini della decorrenza del termine per la riassunzione del processo, deve radicarsi in capo alla parte personalmente e non in capo al suo procuratore.

L'arresto citato da ultimo giustifica tale posizione mettendo fuori gioco l'applicazione dell'art. 170 c.p.c., che si riferirebbe solo agli atti endoprocedimentali del processo ordinario di cognizione, ma non alla conoscenza di un fatto extraprocedimentale quale la dichiarazione di fallimento della controparte.

Senonché, se è vero che la dichiarazione di fallimento si verifica *fuori* del processo di cui essa determina l'interruzione, è altrettanto vero che l'atto che veicola l'informazione circa l'avvenuta dichiarazione di fallimento ha la *funzione* di sollecitare il destinatario al compimento di un atto di gestione del processo, consistente appunto nella riassunzione; atto che rientra nei poteri esclusivi del procuratore costituito nel processo interrotto, in forza dell'originaria procura *ad litem*.

Del pari eccessivamente rigida appare Cass., sez. 3, n. 31010/2018, che ha affermato che, affinché la comunicazione effettuata, ai sensi dell'art. 92 L.F. (avviso di apertura del concorso ed invito a presentare le domande di ammissione al passivo), dal curatore fallimentare all'avvocato che difende la parte nel processo interrotto possa costituire strumento idoneo ai fini della decorrenza del termine di riassunzione, è necessario che contenga esplicito riferimento alla lite pendente (cioè al processo interrotto) e sia cor-

⁸ Cfr. Simonetta Vincere, "Tutele e simmetrie nella riassunzione del giudizio interrotto ex art. 43, comma 3, l. fall.", in *Rivista di diritto processuale* n. 3 del 2019, pagg. 897 ss.

redata da copia autentica della sentenza di fallimento (“a comprova della legittimazione del soggetto che invia la comunicazione”).

Si può, al contrario, rilevare che: l’avviso che il curatore invia ai sensi dell’art. 92 L.F. è un atto tipico previsto dalla legge fallimentare, che presuppone necessariamente la dichiarazione di fallimento; il curatore che lo invia nelle forme di legge è un pubblico ufficiale nell’esercizio delle sue funzioni (art. 30 L.F.), tenuto dunque al rispetto dell’obbligo di verità e di correttezza nei suoi atti ufficiali; l’indicazione della lite pendente interrotta non è richiesta dalla legge (come “manipolata” dai ripetuti interventi della Corte Costituzionale sull’art. 305 c.p.c. per i casi di interruzione automatica), che invece richiede solo che il soggetto legittimato ed interessato a riassumere abbia conoscenza dell’evento interruttivo quale difensore processuale di una controparte del soggetto fallito, sicché rientra nella sfera di responsabilità professionale dell’avvocato della parte non colpita dall’evento interruttivo l’onere, certamente esigibile in base all’ordinaria diligenza, di individuazione del processo da riassumere, una volta venuto a conoscenza, tramite un atto formale del curatore fallimentare, della dichiarazione di apertura del fallimento della controparte.

L’incerta capacità euristica dell’espressione “conoscenza legale” ha portato anche a svalutare del tutto atti che implicavano necessariamente la conoscenza, in capo a chi li aveva compiuti, dell’intervenuto fallimento.

Cass., sez. 6-1, n. 8640/18, ad esempio, ha ritenuto irrilevante, al fine della decorrenza del termine per la riassunzione del processo, che un Comune, proposta opposizione a un decreto ingiuntivo emesso su istanza di una società fallita in pendenza del giudizio di opposizione, avesse, tramite il suo avvocato, notificato l’atto di opposizione a scopo di *denuntiatio litis* anche alla curatela del fallimento della società opposta e che successivamente avesse anche depositato in giudizio la sentenza di fallimento.

Tale arresto, invero, desta qualche perplessità e mostra, probabilmente, anche la “scivolosità” dell’espressione “conoscenza legale” e la sua inidoneità nel consentire di individuare tutti gli atti idonei ad inferire la conoscenza dell’evento interruttivo automatico (dichiarazione di fallimento) in capo alla parte interessata alla riassunzione del processo: non può non apparire paradossale ritenere che il termine perentorio per la riassunzione del processo in capo al

debitore opponente, interessato ad evitare l’estinzione del giudizio di opposizione ed il consequenziale “consolidamento” del decreto ingiuntivo, non inizi a decorrere nonostante che quel debitore opponente abbia esteriorizzato la sua conoscenza del fallimento della controparte notificando alla curatela atti del processo ed addirittura depositando in giudizio copia della sentenza dichiarativa di fallimento.

Ancora una conferma della inidoneità euristica dell’espressione “conoscenza legale” allo scopo di individuare esattamente *ex ante* gli atti “partecipativi” in grado di determinare la decorrenza, in capo alla parte interessata, del termine per la riassunzione/prosecuzione del giudizio inciso dalla dichiarazione di fallimento di una delle parti viene da Cass., sez. 1, n. 9578/2018.

La fattispecie esaminata da questo arresto è quella di un giudizio di impugnazione di lodo arbitrale intrapreso da una società poi dichiarata fallita, che il curatore aveva riassunto oltre tre mesi dopo sia rispetto all’invio alla pec del curatore ad opera di una delle parti del giudizio di impugnazione del lodo (creditrice in base a quest’ultimo) della domanda di ammissione allo stato passivo del fallimento (ai sensi dell’art. 93 L.F. come modificato dal d.l. n. 179 del 2012, convertito, con modificazioni, nella legge n. 221 del 2012) fondata sul credito riveniente dal lodo rituale e corredata dal riferimento preciso al giudizio di impugnazione pendente; sia rispetto al progetto di stato passivo trasmesso dal curatore, in cui vi era il riferimento al pendente giudizio di impugnazione del lodo.

In tale occasione la S.C. ha, condivisibilmente, affermato che una comunicazione come quella inviata per pec al curatore contenente una domanda di ammissione al passivo corredata da tutti i riferimenti utili per individuare il giudizio pendente interrotto era pienamente idonea a determinare la conoscenza legale di tale giudizio in capo al curatore.

La comunicazione a mezzo posta elettronica certificata, infatti, è, quanto ad efficacia probatoria, equivalente alla notificazione a mezzo posta con avviso di ricevimento (già ex art. 48, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 82/05, e non sembra che tale equipollenza possa dirsi venuta meno con l’abrogazione del citato art. 48 ad opera dell’art. 65, comma 7, del d.lgs. n. 217 del 2017, sostituito dall’art. 8, comma 5, del d.l. n. 135 del 2018, conv., con mod., in l. n. 12 del 2019).

Inoltre, ancora condivisibilmente, la S.C. ha affermato che, nel caso in cui la comunicazione che

determina la conoscenza legale del processo da riassumere in capo al curatore del fallimento interessato alla riattivazione di esso non faccia alcun riferimento all'evento interruttivo (dichiarazione di fallimento), essa è nondimeno efficace, in quanto “quel curatore era stato nominato proprio per effetto della pronuncia del suddetto fallimento, che, quindi, non poteva ignorare”.

Cass., sez. 3, n. 16887/2018, dal canto suo, ha ritenuto non idonea a far decorrere il termine per la riassunzione in capo ad un debitore che aveva proposto opposizione a decreto ingiuntivo la dichiarazione fatta dal difensore di una parte, terza chiamata in causa, con la quale si dava atto dell'intervenuto fallimento del creditore opposto, dichiarazione corredata dal deposito dell'avviso di cui all'art. 92 L.F., inviato alla terza chiamata in causa dal curatore del fallimento, e dal provvedimento di ammissione al passivo.

L'arresto citato non appare condivisibile.

Non si vede, infatti, per quale motivo, in assenza di una norma specifica che disciplini le forme di conoscenza dell'evento interruttivo automatico, si debba richiedere, alla parte processuale che intenda far decorrere nei confronti della parte interessata alla riassunzione il termine per provvedervi ex art. 305 c.p.c., oneri più gravosi di quelli previsti dall'art. 300 c.p.c. ai fini della produzione (non della semplice conoscenza di un evento interruttivo già verificatosi *ex lege*, bensì) dell'effetto interruttivo medesimo.

Infatti, se in un processo contumaciale una parte costituita può produrre l'effetto interruttivo, in seguito alla morte o alla perdita della capacità di stare in giudizio del contumace, dichiarando e “documentando” (art. 300, comma 4 c.p.c., come modificato dall'art. 46, comma 13, della legge n. 69 del 2009) l'evento, non si comprende per quale ragione non possa avere efficacia informativa per il debitore opponente, interessato alla riassunzione, la dichiarazione con cui un terzo chiamato in causa nell'ambito del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo affermi che il creditore opposto è stato dichiarato fallito, documentando tale affermazione con atti inviati dal curatore del fallimento nell'ambito della verifica del passivo.

In un'ottica più “liberale” si pone il principio di diritto affermato da Cass., sez. 1, n. 2658/2019, secondo il quale, nel caso di interruzione automatica determinata dalla dichiarazione di fallimento di una delle parti, il termine per la riassunzione di cui all'art.

305 c.p.c. (ad opera della parte non colpita dall'evento) decorre dalla dichiarazione o dalla notificazione dell'evento interruttivo secondo la previsione dell'art. 300 c.p.c., ovvero, se anteriore, dalla conoscenza legale di detto evento procurata dal curatore del fallimento alle parti interessate⁹.

Nella fattispecie all'esame della S.C. era accaduto che la Corte di appello aveva dichiarato l'estinzione del giudizio non tempestivamente riassunto dall'appellante in seguito alla dichiarazione di fallimento che aveva colpito l'appellato: a giudizio della corte territoriale, il *dies a quo* per la riassunzione avrebbe dovuto computarsi non a far data dalla dichiarazione dell'evento interruttivo automatico resa in giudizio dall'avvocato del fallito, ma dalla data, anteriore, in cui l'avvocato dell'appellante, non colpito dall'evento interruttivo, aveva ricevuto la pec del curatore del fallimento che gli comunicava l'intervenuto fallimento dell'appellato.

E' interessante notare che la S.C., nell'arresto testé citato, ha espresso adesione al principio, espresso da Cass., sez. 3, n. 6398/2018, già citata *supra*, secondo il quale anche la comunicazione via fax della sentenza dichiarativa di fallimento, effettuata a cura della cancelleria all'avvocato del creditore istante che abbia partecipato al giudizio prefallimentare e che sia parte del giudizio interrotto, è idonea a far decorrere il *dies a quo* della riassunzione, purché l'avvocato destinatario della comunicazione sia lo stesso di quello che assiste la parte non colpita dall'evento nel giudizio interrotto.

Cass., sez. 1, n. 2658/2019, tuttavia, ribadisce che “la necessità della conoscenza legale dell'evento interruttivo, nei riguardi della controparte del fallito, si estende all'individuazione del processo colpito dall'interruzione”; e la ragione di tale “necessità” risiederebbe nell'esigenza di “simmetria” rispetto all'orientamento formatosi con riguardo al corso del termine per la riassunzione (*rectius*, prosecuzione) nei riguardi del curatore fallimentare, che per definizione sa del dichiarato fallimento, ma potrebbe non sapere dei processi che il fallito aveva pendenti.

Sicché, a ben vedere, questa postulata “simmetria” non sembra effettivamente esistente.

⁹ La sentenza è pubblicata in *Il Fallimento* n. 8-9/2019, pagg. 1036 ss., con nota di Giuseppe Trisorio Liuzzi, “*Il termine per la riassunzione del processo interrotto a seguito della dichiarazione di fallimento*”. V. anche Clemente Pecoraro, in *Il Fallimento* n. 2/2019, pagg. 137 ss., “*Interruzione e riassunzione del giudizio in cui è parte il fallito*”.

In realtà, non ha senso dire che il curatore del fallimento, interessato a proseguire un processo di cui è parte il soggetto dichiarato fallito, debba avere “conoscenza legale” dell’evento interruttivo automatico (dichiarazione di fallimento) ai fini della decorrenza del termine per la prosecuzione del processo (ex art. 305 c.p.c.): una simile espressione finirebbe per affermare ciò che si vuole escludere e che non garantirebbe l’esercizio del diritto di difesa nel giudizio pendente da parte del curatore, e cioè che per lui il termine per proseguire quel giudizio inizi a decorrere dal giorno della dichiarazione di fallimento, visto che di essa il curatore ha conoscenza legale nel momento in cui gli viene comunicata dalla cancelleria.

Il curatore, per essere messo nelle condizioni di poter difendersi nel giudizio interrotto, ha solo la necessità di conoscere quali siano i processi pendenti di cui è parte il fallito, e solo del fornire questa informazione, qualora il curatore non la riceva in occasione del compimento o della ricezione di atti inerenti al suo ufficio, occorrerebbe onerare la parte del giudizio interrotto, non colpita dall’evento interruttivo, interessata a “provocare” la decorrenza del termine per la prosecuzione nei confronti del curatore medesimo.

Di converso, l’avvocato della parte non colpita dall’evento interruttivo non ha la necessità di essere espressamente informato dal curatore, che voglia “provocare” la riassunzione dei giudizi interrotti, di quali siano i processi pendenti di cui siano parte il soggetto fallito e il soggetto rappresentato dall’avvocato medesimo: è sufficiente che si evinca dall’avviso inviato dal curatore che questo sia stato recapitato all’avvocato in quanto difensore in giudizio della controparte del fallito e che esso abbia, seppure implicitamente, lo scopo di “sollecitare” la riassunzione del giudizio (o dei giudizi) interrotti. D’altronde, l’avvocato che riceve l’avviso da parte del curatore, essendo un professionista del diritto, ha tutti gli strumenti per individuare tutti i processi da lui “gestiti” per conto delle controparti del soggetto fallito, sicché, appunto, l’unica informazione di cui ha bisogno per poterli tempestivamente riassumere è che quel soggetto sia stato dichiarato fallito, purché lo scopo di quella informazione sia implicito nel fatto stesso che essa sia stata recapitata a quell’avvocato in quanto officiato della difesa in giudizio di parti contrapposte al fallito.

Ne consegue, se tali affermazioni sono condivisibili, che la posizione dell’avvocato della parte non colpita dall’evento interruttivo automatico e quella

del curatore del fallimento sono non “simmetriche”, bensì speculari: il primo ha bisogno di sapere essenzialmente, seppure in un “contesto contenzioso”, che una delle altre parti del giudizio è stata dichiarata fallita; il secondo ha bisogno di sapere quali siano i giudizi di cui è parte il soggetto fallito.

Ancora, con il significato dell’espressione “conoscenza legale”, benché riferita ad un evento interruttivo automatico diverso dal fallimento, si è cimentata recentemente **Cass., sez. 2, n. 10594/2019**.

Era successo che due sorelle erano rimaste soccombenti in primo grado in un’azione di rendimento di conti nei confronti di un esecutore testamentario.

Appellata la sentenza, nelle more del giudizio di appello, la parte appellata era rimasta senza difensore, che era deceduto.

L’esecutore testamentario, allora, comunicò a mezzo raccomandata a/r all’avvocato delle appellanti che le spese liquidate nella sentenza di primo grado avrebbero dovuto esser corrisposte agli eredi dell’avvocato defunto, al netto degli oneri fiscali, in quanto questi ultimi non erano titolari di alcuna posizione fiscale e previdenziale.

A tale comunicazione aveva dato riscontro l’avvocato delle appellanti, prendendo atto del suo contenuto.

Chiamata a pronunciarsi sulla tardività della riassunzione del processo eseguita dalle appellanti (interessate a non far estinguere il processo), la S.C. ha escluso che il *dies a quo* del termine di riassunzione potesse decorrere dalla ricezione della raccomandata inviata dalla parte rimasta senza avvocato (per morte dello stesso), sia perché questa non sarebbe un mezzo idoneo a determinare in capo al ricevente la “conoscenza legale” dell’evento interruttivo (morte dell’avvocato), conseguibile solo attraverso “una dichiarazione, notificazione o certificazione”, sia perché nella raccomandata mancava una specifica indicazione dell’evento interruttivo, essendo ricavabile la morte dell’avvocato dell’appellato solo “*ab implicito*” sulla scorta del tenore della richiesta di rideterminare gli oneri fiscali sulle somme che le appellate avrebbero dovuto versare.

Orbene, gli argomenti utilizzati per ritenere che, in un caso come quello affrontato, la raccomandata a/r inviata dalla parte rimasta senza avvocato per morte di quest’ultimo fosse inidonea a produrre in capo all’avvocato della controparte la conoscenza dell’evento interruttivo automatico non sembrano insuperabili.

In vero, sembra eccessivo pretendere che la parte rimasta senza avvocato per morte di quest'ultimo debba necessariamente "dichiarare, "notificare" o produrre una certificazione fidefacente dell'evento interruttivo.

La "dichiarazione", infatti, ai sensi dell'art. 300 c.p.c., è atto dell'avvocato della parte che ha subito l'evento interruttivo, non della parte personalmente; lo stesso art. 300 c.p.c. prevede la certificazione solo con riferimento alla relazione di notificazione dell'ufficiale giudiziario, quale atto costitutivo dell'interruzione del processo nel caso in cui l'evento interruttivo (non automatico) colpisca il contumace; la notificazione è, anch'essa, atto dell'avvocato della parte che abbia subito l'evento interruttivo (non automatico) o degli eredi del contumace che tramite essa intendano produrre l'interruzione del giudizio di cui era parte il loro dante causa.

Inoltre, anche in un'ottica di valorizzazione della buona fede nei rapporti tra le parti, che deve investire anche le condotte processuali (cfr. art. 88 c.p.c., sul dovere di lealtà e probità delle parti e dei loro difensori), non pare debba essere considerata necessaria, al fine della produzione della conoscenza della morte dell'avvocato avversario in capo all'avvocato della parte interessata alla riassunzione del giudizio interrotto, la produzione di una certificazione ufficiale dell'evento interruttivo: una volta che ad un avvocato pervenga una missiva che faccia riferimento alla morte di un suo collega avversario in un processo, egli ha tutti gli strumenti per appurare rapidamente la veridicità di tale informazione.

In altri termini, la legge processuale non tipizza il mezzo con cui deve prodursi, in capo alla parte interessata alla riassunzione, la conoscenza dell'evento interruttivo automatico: l'importante, dunque, è che tale mezzo garantisca "legalmente" quella conoscenza e consenta a chi lo utilizza di documentare la produzione dell'effetto conoscitivo; il mezzo con cui questa conoscenza si produce non deve necessariamente "comunicare" l'evento interruttivo, potendo anche partecipare atti o fatti che presuppongano la verifica di quell'evento.

In tema di evento interruttivo automatico costituito dalla dichiarazione di fallimento di una parte, infatti, la giurisprudenza della S.C., come si è visto, considera mezzo idoneo a determinare la conoscenza dell'apertura del concorso, ai fini della riassunzione del processo interrotto, la pec con cui il curatore invia all'avvocato della parte non colpita dall'evento

l'avviso ex art. 92 L.F., che si pone in una relazione di presupposizione necessaria con la dichiarazione di fallimento.

Di conseguenza, non pare esservi una ragione plausibile, in assenza di una specifica norma di legge e in un'ottica tesa alla valorizzazione della buona fede quale regola dei rapporti tra le parti, per escludere dal novero delle comunicazioni idonee a produrre in capo al destinatario la conoscenza di un evento interruttivo automatico quelle che abbiano ad oggetto non direttamente l'evento, ma atti e fatti che necessariamente lo presuppongano.

Cass., sez. 2, n. 33157/2019, dal canto suo, ha invece affermato che "la conoscenza del fallimento di una parte che il procuratore di altra parte, non colpita dall'evento interruttivo, abbia acquisito in un determinato giudizio non è idonea a far decorrere il termine per la riassunzione di altra causa, ancorché le parti siano assistite, in entrambi i processi, dagli stessi procuratori".

A giustificazione della sua posizione, la S.C., nel citato arresto, si è richiamata, in primo luogo, alla considerazione che la controparte del fallito deve conoscere non solo l'evento del fallimento ma anche il processo sul quale detto evento è destinato ad incidere (su questo aspetto, v. anche Cass., sez. 3, n. 12890/2020).

In secondo luogo, ha evidenziato che "l'interpretazione secondo la quale la conoscenza legale del fallimento di una parte, acquisita in giudizio dal difensore della parte non colpita dall'evento interruttivo, farebbe decorrere il termine di cui all'art. 305 c.p.c. in tutti gli altri processi tra le due parti nei quali la parte non colpita dall'evento sia assistita dal medesimo difensore, finirebbe per attribuire all'avvocato una sorta di rappresentanza generale della parte che gli ha affidato uno o più mandati *ad litem*, contraddistinta da una ampiezza non direttamente correlata con l'oggetto dei singoli giudizi per il quale il professionista sia stato officiato e dunque, in ultima analisi, potenzialmente esulante dagli stessi confini dei mandati professionali che il cliente aveva inteso conferire all'avvocato".

Entrambe le motivazioni presentano aspetti critici.

Come si è argomentato più *supra* nel testo, ritenere che la conoscenza legale dell'intervenuta dichiarazione di fallimento debba investire anche lo specifico processo sul quale tale dichiarazione incida sembra una petizione di principio: non lo dice la legge, non lo hanno detto le sentenze manipolative della

Corte Costituzionale analizzate nella presente relazione.

Sicché, nel silenzio del diritto oggettivo, l'inidoneità di una dichiarazione, resa nell'ambito di un dato processo tra due parti, avente ad oggetto l'intervenuta dichiarazione di fallimento di una delle due, a far decorrere il termine per la riassunzione anche di un altro processo fra le medesime parti difese dagli stessi avvocati, potrebbe giustificarsi solo al fine di non rendere eccessivamente oneroso l'esercizio del diritto di difesa della parte interessata alla riassunzione richiedendo all'avvocato di tale parte il compimento di atti eccedenti rispetto agli obblighi cui egli è tenuto in ragione del mandato difensivo o un grado di diligenza nell'adempimento del mandato difensivo esorbitante rispetto alla natura del contratto.

Si deve rilevare, tuttavia, che tale esigenza di salvaguardia del diritto di difesa della parte interessata alla riassunzione del processo interrotto non sussiste.

La comunicazione di un evento interruttivo automatico, e quindi anche della dichiarazione di fallimento di una parte, non è un atto processuale in senso stretto.

Come si è visto *supra*, essa ha una funzione processuale, in quanto tesa a far decorrere il termine per la riassunzione del processo interrotto, ma non è un atto che necessariamente deve essere compiuto nell'ambito di un processo, ben potendo, come ha affermato anche la giurisprudenza di legittimità, consistere in una pec del curatore inviata all'avvocato della parte non colpita dall'evento.

Se tali premesse sono condivisibili, allora deve affermarsi che non rileva che l'avvocato della parte non colpita dall'evento, che difende tale parte anche in un altro processo contro la parte fallita, abbia conosciuto dell'apertura del concorso nell'ambito di un processo diverso da quello della cui tempestiva riassunzione si discute: un avvocato mediamente diligente e organizzato, che segue una serie di contenziosi per il medesimo soggetto contro le stesse parti, ben sa che la dichiarazione di fallimento, di cui sia venuto a conoscenza nell'ambito di uno solo di quei processi, spiega effetti interruttivi automatici su tutti gli altri processi che egli segue per il medesimo soggetto contro le medesime parti, tra cui quella fallita, con la conseguenza che non vi è ragione valida per non ritenere che anche in tal caso inizi a decorrere il termine per la riassunzione in relazione agli altri processi interrotti vertenti tra le medesime parti.

4. I possibili criteri per determinare il *dies a quo* del termine di prosecuzione/riassunzione del processo interrotto per il fallimento di una parte

Alla fine di questo *excursus* critico-ricostruttivo, si può provare a tirare le fila del discorso e a fornire una soluzione, in base al diritto vivente di matrice giurisprudenziale (visto che lo *ius positum* non è di aiuto), alle questioni sottoposte alle SS.UU. con l'ordinanza interlocutoria della prima sezione civile.

L'interruzione del processo per morte o perdita della capacità della parte costituita o del contumace per motivi diversi dalla dichiarazione di fallimento è disciplinata dall'art. 300, commi 1, 2 e 4 c.p.c. Essa non è automatica, ma è subordinata al compimento di tipici atti processuali: la dichiarazione in udienza o la notifica "alle altre parti" ad opera del procuratore della parte costituita incisa dall'evento interruttivo; la notificazione da parte del soggetto inciso dall'evento interruttivo o da parte dei suoi eredi o successori *mortis causa*, la certificazione dell'ufficiale giudiziario nella relazione di notificazione di uno degli atti di cui all'art. 292 c.p.c., la dichiarazione, suffragata da documentazione, resa da una delle parti costituite diverse da quella incisa dall'evento interruttivo (in seguito all'art. 46, comma 13, della legge n. 69 del 2009), qualora quest'ultimo incida sulla parte contumace.

La circostanza che tali atti hanno effetti costitutivi dell'interruzione del processo, ponendosi all'interno della fattispecie interruttiva, giustifica, dunque, il rigore con il quale la S.C. nega che atti diversi da quelli tipicamente previsti dalla legge possano avere equipollenti effetti interruttivi del processo.

Si è, così, negato che l'effetto interruttivo possa discendere dalla dichiarazione del procuratore della controparte¹⁰, né rileva che la morte della parte risulti dalla notificazione di altra citazione relativa a un diverso procedimento fra gli stessi soggetti¹¹.

Una tale rigorosa posizione si giustifica con la considerazione che la dichiarazione, sia resa in udienza, sia notificata ai sensi dell'art. 300, commi 1 e 4 c.p.c., ha carattere negoziale, trattandosi di una dichiarazione di volontà e non di scienza¹², che dunque deve esprimere la volontà che il giudizio sia

¹⁰ Cass., n. 1767/1988; Cass., n. 2866/1983.

¹¹ Cass., n. 6025/1987.

¹² Cass., n. 625/1971.

interrotto¹³. La dichiarazione deve essere senza dubbi e incertezze e, dunque, non rileva se il procuratore abbia fatto riferimento alla morte della parte come ad un evento ancora da accertare¹⁴, né se egli abbia reso la dichiarazione in un altro, diverso, processo¹⁵.

Tuttavia, il formalismo imposto dalla tipicità degli atti processuali (dichiarazione in udienza, notificazione alle altre parti, certificazione dell'ufficiale giudiziario contenuta nella relazione di notificazione di uno degli atti di cui all'art. 292 c.p.c.) produttivi dell'effetto interruttivo non è stato portato al punto di ritenere inefficace allo scopo una dichiarazione espressamente enunciata in comparsa conclusionale, con richiesta di interruzione del processo, o in memoria di replica¹⁶, anteriormente all'entrata in vigore della novella di cui alla legge n. 353 del 1990.

Si è anche affermato, sempre in un'ottica funzionale di attenuazione del formalismo, che l'evento può essere comunicato alla controparte, a fini interruttivi, anche a mezzo di semplice raccomandata, senza che sia necessaria al riguardo una vera e propria notificazione¹⁷.

Di converso, nei casi di interruzione automatica, come accade in relazione alla dichiarazione di fallimento, le forme di produzione della conoscenza dell'evento interruttivo, in capo alla parte interessata a riassumere/proseguire il giudizio, non sono disciplinate dalla legge processuale e si pongono all'esterno degli elementi costitutivi della fattispecie interruttiva. Esse, cioè, non determinano l'effetto interruttivo, ma consentono solo di individuare il *dies a quo* del termine perentorio di riassunzione/prosecuzione del giudizio.

Di conseguenza, quelle forme di conoscenza non hanno natura negoziale, risolvendosi in meri atti partecipativi.

Tanto basterebbe per svincolare tali forme di produzione della conoscenza dal *numerus clausus* degli atti tipici che, ai sensi dell'art. 300, commi 1, 2 e 4 c.p.c., determinano l'interruzione del processo: tali atti, infatti, per la loro struttura partecipativa, sono di certo idonei a produrre, contestualmente all'effetto

interruttivo, anche la conoscenza di tale effetto nei confronti dei loro destinatari.

Sicché, sarebbe irragionevole escludere che il semplice effetto di conoscenza di un effetto interruttivo già prodotto possa essere conseguito anche mediante atti e fatti diversi da quelli previsti dall'art. 300 c.p.c., sebbene non tipizzati.

Ne consegue che, per le parti non colpite dall'evento interruttivo (dichiarazione di fallimento), è idonea a segnare il *dies a quo* del termine per la riassunzione del processo interrotto la dichiarazione resa in udienza dall'avvocato del soggetto dichiarato fallito o la notificazione dal medesimo avvocato effettuata nei confronti delle controparti (ex art. 170, commi 1, 2 e 3 c.p.c.), avente ad oggetto l'evento interruttivo; così come è idonea all'effetto la certificazione dell'evento (interventiva dichiarazione di fallimento) da parte dell'ufficiale giudiziario contenuta nella relazione di notificazione di uno degli atti di cui all'art. 292 c.p.c.

La detta dichiarazione o notificazione, così come la certificazione dell'ufficiale giudiziario nell'ambito della relazione di notificazione di uno degli atti di cui all'art. 292 c.p.c., hanno qui solo lo scopo di produrre la conoscenza dell'evento interruttivo in capo ai destinatari della "notizia" (parti processuali non colpite dalla dichiarazione di fallimento). Tali atti "partecipativi" non debbono necessariamente essere accompagnati da una prova documentale dell'evento interruttivo, in quanto provenienti da fonti "normativamente" qualificate: da un lato (dichiarazione in udienza o notificazione alle altre parti), dallo stesso soggetto colpito dalla dichiarazione di fallimento (più precisamente, dal suo avvocato); dall'altro, da un pubblico ufficiale (art. 2700 c.c.).

Dall'entrata in vigore dell'art. 46, comma 13, della legge n. 69 del 2009, che ha modificato l'art. 300, comma 4 c.p.c., deve considerarsi idonea a determinare la conoscenza della dichiarazione di fallimento in capo alle parti non colpite dall'evento anche la dichiarazione, resa in udienza da una di esse, avente ad oggetto la dichiarazione di fallimento di un'altra parte.

Tale dichiarazione, proprio perché proveniente da una fonte non qualificata (una delle parti del processo non colpite dall'evento), deve essere "documentata" (conformemente all'attuale disposto del comma quarto dell'art. 300 c.p.c.).

L'efficacia non costitutiva della fattispecie interruttiva, ma solo "notiziale", della dichiarazione "documentata" di una delle parti non colpite dall'evento

¹³ Cass., n. 9900/2007; Cass., n. 4668/1981; Cass., n. 3664/1980.

¹⁴ Cass., n. 7373/1986.

¹⁵ Cass., n. 5116/1998.

¹⁶ Cass., n. 632/1984.

¹⁷ Pretura Roma, 21/7/1997.

consente di affermare l'idoneità di tale dichiarazione a produrre la conoscenza fondativa della decorrenza del termine per la riassunzione anche nell'ambito di processi in cui la parte dichiarata fallita non sia contumace, bensì ritualmente costituita in giudizio.

Stesso discorso può farsi nel caso in cui l'avvenuto fallimento di una parte costituita in giudizio emerga da una certificazione dell'ufficiale giudiziario contenuta nell'ambito di una relazione di notificazione di cui il pubblico ufficiale sia richiesto in relazione a qualsiasi atto del processo.

Come si diceva *supra*, le forme di produzione della conoscenza idonee a fondare la decorrenza del termine per la riassunzione/prosecuzione del processo interrotto a causa della dichiarazione di fallimento di una delle parti non possono essere ridotte al novero degli atti costitutivi dell'effetto interruttivo previsti dall'art. 300 c.p.c.

Infatti, sarebbe opportuno estendere detta idoneità: i) ad ogni atto formale e documentabile in sede processuale dalla parte interessata ad eccepire l'estinzione del giudizio, in grado di veicolare attendibilmente alla parte interessata alla riassunzione/prosecuzione dello stesso l'informazione della verificazione dell'evento interruttivo (dichiarazione di fallimento) o di qualsiasi altro fatto che presuppone necessariamente l'avvenuta verificazione di quell'evento; ii) ad ogni atto formale e documentabile in sede processuale dalla parte interessata ad eccepire l'estinzione del giudizio, proveniente dalla parte interessata alla riassunzione/prosecuzione del giudizio, dal quale emerge con evidenza che quest'ultima, a partire dal compimento di quell'atto, era a conoscenza della verificazione dell'evento interruttivo (dichiarazione di fallimento).

Un chiarimento, a questo punto, si impone: gli atti descritti nell'art. 300 c.p.c. sono atti tipici di natura processuale, compiuti all'interno del processo di cui è parte il soggetto dichiarato fallito, non il curatore del fallimento, con la conseguenza che la dichiarazione resa, la notificazione effettuata o la certificazione dell'avvenuta dichiarazione di fallimento ad opera dell'ufficiale giudiziario in occasione della relazione di notificazione di uno degli atti di cui all'art. 292 c.p.c. (ma anche di atti processuali diversi) non sono in grado di innescare la decorrenza del termine per la prosecuzione del processo nei confronti del curatore, che è un soggetto esterno ed estraneo al processo. L'aggiunta del comma 3 all'art. 43 L.F., configurando la dichiarazione di fallimento come causa interruttiva immediata *ope legis* del pro-

cesso di cui è parte il soggetto dichiarato fallito, infatti, ha reso inopponibile alla curatela ogni atto processuale compiuto dopo la dichiarazione di fallimento della parte insolvente, con la conseguenza che gli atti a struttura partecipativa di cui all'art. 300 c.p.c. (quale, ad esempio, la dichiarazione dell'avvenuto fallimento), sebbene posti in essere dalla parte processuale dichiarata fallita, non sono in grado di fondare, in capo al curatore, soggetto terzo rispetto al processo, oltre che diverso rispetto al soggetto dichiarato insolvente, la conoscenza dell'onere di prosecuzione del giudizio interrotto¹⁸. Ritenerne che anche dopo l'introduzione dell'art. 43, comma 3, L.F. (che ha sottratto all'avvocato della parte dichiarata fallita la scelta se determinare o meno l'interruzione del processo dichiarando il fallimento del suo assistito) il curatore sia senz'altro notiziato dall'avvocato della parte fallita di tutto ciò che avviene nel processo si basa, in realtà, su un ragionamento presuntivo (fondato sulla considerazione che l'avvocato della parte fallita avrebbe l'obbligo giuridico o quantomeno deontologico di avvisare il curatore della pendenza del processo in cui è parte il soggetto dichiarato fallito) che non tiene conto che la conoscenza effettiva del processo da proseguire in capo al curatore non può fondarsi su di un preteso obbligo "comunicativo" di un soggetto a lui non legato da un rapporto professionale. Si consideri, inoltre, che il disposto dell'art. 1728, comma 1 c.c., che abilita il "mandatario" a continuare l'esecuzione del mandato dopo l'estinzione di quest'ultimo per incapacità sopravvenuta del mandante, si scontra con il "nuovo" art. 43, comma 3 L.F., dal quale, in combinato disposto con gli artt. 304 e 298 c.p.c., si ricava che ogni atto processuale compiuto dopo la verificazione dell'evento interruttivo in esecuzione dell'originario mandato difensivo è nullo¹⁹.

¹⁸ Dovrebbero, dunque, considerarsi superate le argomentazioni con cui la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 136 del 1992, e dunque prima della novella di cui al d.lgs. n. 5 del 2006, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 305 c.p.c. "nella parte in cui anche in caso di fallimento della parte costituita fa decorrere dall'interruzione del processo (prodottasi in seguito alla dichiarazione dell'avvenuto fallimento resa in giudizio dal procuratore della parte fallita) il termine utile per la sua riassunzione da parte del curatore".

¹⁹ V., in senso diverso dalle considerazioni espone nel testo, Trib. Reggio Emilia, 14 settembre 2017, il *Il Foro padano*, n. 4, Ottobre-Dicembre 2018, pagg. 552 ss., con nota di Mariella Melandri; v., in senso conforme a quello espresso nel testo, F.

Tale conclusione non deve sorprendere, in quanto, una volta svincolato l'effetto interruttivo automatico conseguente alla dichiarazione di fallimento dalla conoscenza dell'onere di prosecuzione/riassunzione del processo interrotto, ben può darsi che tale conoscenza si produca in capo ai diversi soggetti interessati alla prosecuzione/riassunzione del processo interrotto in momenti diversi.

Se, dunque, gli atti di cui all'art. 300 c.p.c., in quanto compiuti nell'ambito del processo interrotto, sono idonei a far decorrere il termine per la riassunzione a carico delle parti processuali, interessate alla ripresa del processo, non colpite dalla dichiarazione di fallimento, per far sorgere in capo al curatore l'onere di prosecuzione del processo interrotto nel termine di cui all'art. 305 c.p.c. occorre che a lui sia data notizia non tanto dell'apertura del fallimento (evento che il curatore conosce *ex se*), quanto del fatto che il soggetto, il cui fallimento sia stato dichiarato, è parte di un giudizio interrotto a causa dell'apertura di quel fallimento.

Ebbene, le forme con cui tale notizia può essere data al curatore non sono tipizzate dalla legge, sicché possono essere le più varie, purché consentano alla parte processuale interessata ad eccepire l'estinzione del giudizio a causa della intempestività o della omessa prosecuzione del processo da parte del curatore di documentare al giudice l'acquisizione da parte del curatore della conoscenza del giudizio da proseguire e, di conseguenza, l'inadempimento dell'onere di tempestiva prosecuzione.

Tra tali forme, dunque, può annoverarsi la raccomandata con avviso di ricevimento o anche la pec inviata al curatore, oltre che, naturalmente la formale notificazione di un avviso, che deve assolvere all'unica funzione di consentire al curatore di individuare agevolmente il processo da proseguire.

L'effetto di conoscenza in capo al curatore, idoneo ad innescare la decorrenza del termine per la prosecuzione del giudizio interrotto, può anche essere prodotto, ad esempio, da una domanda di ammissione al passivo nella quale il creditore faccia riferimento al giudizio pendente contro il soggetto dichiarato fallito, indicando quantomeno l'ufficio giudiziario presso il quale è incardinato il contenzioso.

Di converso, il curatore interessato a far decorrere il termine di riassunzione in capo alle altre parti del

processo interrotto non colpite dall'evento (e che non abbiano già conosciuto l'evento interruttivo attraverso altri atti, quali quelli previsti dall'art. 300 c.p.c. compiuti nell'ambito del processo interrotto) ha l'onere di notiziarle circa l'intervenuta dichiarazione di fallimento, non circa il processo da riassumere. L'indicazione di quest'ultimo non avrebbe alcuna funzione, visto che il curatore non ha il potere di scegliere il processo (tra i diversi in ipotesi interrotti) in relazione al quale far decorrere il termine per la riassunzione; d'altronde, il rispetto del diritto di difesa della parte interessata alla riassunzione esige solo che il termine perentorio di riattivazione del processo non decorra a sua insaputa, nell'ignoranza della verifica dell'evento interruttivo, non anche che essa sia avvertita di quale sia il processo soggetto ad estinzione in caso di mancata tempestiva riassunzione. D'altronde, in virtù del canone dell'interpretazione utile, non si vede per quale altro scopo un curatore debba notiziare una controparte circa l'intervenuta dichiarazione di fallimento di un soggetto, al di fuori di quello di "solleccitarla" a riassumere il processo o i processi in cui sia parte il fallito.

Dunque, sembra corretto ritenere che il curatore possa dare notizia del fallimento alle parti processuali non colpite dall'evento interruttivo, interessate alla riassunzione, tramite notificazione, tramite pec, tramite raccomandata con avviso di ricevimento, così come con qualsiasi mezzo che fornisca al mittente prova (da poter produrre in giudizio ai fini della documentazione della non tempestività della riassunzione, e dunque dell'estinzione del processo) della ricezione dell'avviso da parte del destinatario (anche il telefax e il telegramma con avviso di ricevimento sono idonei allo scopo). Non vi è motivo di ritenere che insieme all'avviso dell'intervenuto fallimento il curatore debba allegare la sentenza dichiarativa di fallimento: egli è una fonte "qualificata", è un pubblico ufficiale (art. 30 L.F.), sicché, per fare scattare l'onere di "attivarsi" in capo al destinatario dell'avviso, basta l'indicazione degli estremi del fallimento, facilmente verificabili presso il registro delle imprese.

Sulla facile verificabilità del contenuto dell'avviso si innesta l'altro tema di chi debba essere il destinatario dell'avviso del curatore, se cioè esso debba essere inviato alla parte personalmente o al suo avvocato.

La risposta all'interrogativo passa per la considerazione che l'interruzione del processo determina una fase di quiescenza dello stesso, nella quale l'avvocato della parte interessata alla riassunzione resta officiato

Cossignani, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, n.3-4, Maggio-Agosto 2014, pag. 243 ss., spec. pag. 263, in nota.

della difesa in virtù dell'originario mandato ricevuto, spettando, pertanto, a lui, ai fini della tutela degli interessi sostanziali del suo assistito attraverso il processo, decidere se quest'ultimo debba essere riassunto o lasciato estinguere.

L'avviso del curatore, allora, deve avere come destinatario l'avvocato della parte nel processo interrotto, non la parte personalmente, in quanto sfornita dello *ius postulandi*.

Ne deriva, dunque, se si condividono tali premesse, che l'avviso di cui all'art. 92 L.F. inviato dal curatore ai creditori personalmente non è idoneo a determinare la decorrenza del termine perentorio per la riassunzione del processo interrotto, così come la domanda di ammissione al passivo inviata dal creditore personalmente o con un avvocato diverso da quello che patrocinava detto creditore nel processo interrotto.

Se, invece, la domanda di ammissione al passivo per un creditore è inviata al curatore dallo stesso avvocato che patrocinava quel creditore nel processo interrotto, allora ben può dirsi che l'invio di quella domanda presuppone la conoscenza, in capo all'avvocato della parte, legittimato alla riassunzione del processo interrotto, dell'evento interruttivo (dichiarazione di fallimento), con la conseguenza che dall'invio di quella domanda inizia a decorrere per lui il termine perentorio per la riassunzione del processo interrotto.

Sulla base degli stessi criteri dovrebbe individuarsi il *dies a quo* del termine di riassunzione di un processo interrotto nel caso in cui, nell'ambito di un processo diverso tra le stesse parti difese dagli stessi avvocati, l'avvocato della parte non colpita dall'evento notificò un atto di riassunzione al curatore del fallimento di una delle altre parti: tale atto di riassunzione presuppone la conoscenza, in capo all'avvocato della parte non colpita dall'evento interruttivo, dell'intervenuta dichiarazione di fallimento, sicché dalla sua notificazione decorre, per quell'avvocato, il termine per riassumere anche l'eventuale altro processo nei confronti del curatore della stessa parte dichiarata fallita.

Né potrebbe obiettarsi che la conoscenza dell'evento interruttivo in capo all'avvocato della parte interessata a riassumere debba necessariamente essere desunta da (o prodotta con) atti che si riferiscono a quello specifico processo da riassumere.

Gli atti che producono o da cui si desume la conoscenza dell'evento interruttivo automatico, infatti,

non sono atti necessariamente processuali, sono atti atipici, sicché non debbono necessariamente essere posti in essere nell'ambito di un determinato processo né debbono necessariamente riferirsi ad un determinato processo; anzi: hanno una efficacia panprocessuale, in quanto innescano la decorrenza del termine per riassumere tutti i processi in cui quella stessa parte è patrocinata da quello stesso avvocato contro il soggetto colpito dall'evento interruttivo, e l'individuazione dei processi da riassumere a tutela della posizione della parte difesa dall'avvocato in capo al quale si è prodotta la conoscenza dell'evento interruttivo (dichiarazione di fallimento della controparte) ricade nella sfera di responsabilità professionale del legale.

E' appena il caso di chiarire che non sono idonee a produrre la conoscenza ai fini della decorrenza del termine per la prosecuzione/riassunzione del giudizio interrotto le forme di pubblicità notizia o di pubblicità dichiarativa che fondano presunzioni di conoscenza, sicché, ad esempio, la trascrizione di una domanda giudiziale su di un immobile appartenente al soggetto fallito non è idonea a far decorrere in capo al curatore il termine per la prosecuzione del giudizio di cui era parte il soggetto colpito dall'evento interruttivo²⁰. Né si potrebbe ritenere che dall'effettuazione delle visure presso i registri immobiliari da parte del curatore inizi senz'altro a decorrere per lui il termine per proseguire il processo: tale fatto (l'effettuazione delle visure) non è, di regola, documentabile dalla controparte non colpita dall'evento interruttivo, a meno che i certificati di tali visure non siano stati prodotti (imprudentemente, in quanto senza necessità) dal curatore che abbia proseguito il giudizio. In tal caso, se dai certificati delle visure prodotte risulti la data del rilascio, oltre che il soggetto richiedente (curatore), la controparte non colpita dall'evento interruttivo, interessata a far dichiarare l'estinzione del processo, potrebbe fondatamente eccepire il decorso del termine perentorio per la prosecuzione, in quanto risulterebbe provato *per tabulas* che il curatore sia in una certa data venuto a conoscenza della pendenza del giudizio tramite i certificati delle visure dei registri immobiliari a lui rilasciati.

Ancora, sempre per fare esemplificazioni casistiche, è idonea ad innescare il decorso del termine per

²⁰ Trib. Milano, 27 marzo 2014, in *Il Fallimento* n. 11/2014, pagg. 1205 ss., con osservazioni di Giannino Bettazzi.

il curatore la notificazione del reclamo del debitore avverso la sentenza dichiarativa di fallimento all'interno del quale si faccia riferimento ad un giudizio instaurato da un creditore contro il fallito, che il curatore sia interessato a proseguire.

5. La soluzione scelta dalle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite, con la sentenza in commento²¹, hanno evidenziato che la scelta tra i diversi orientamenti in campo deve essere fatta privilegiando quello che meglio garantisca il rispetto della ragionevole durata del processo, l'esercizio del potere di direzione processuale da parte del giudice e l'ancoraggio del termine di prosecuzione/riassunzione del processo interrotto per la sopravvenuta dichiarazione di fallimento a fatti certi, in ossequio al principio di "sécurité juridique" come declinato dall'art. 6§1 della Convenzione EDU, onde contemperare al meglio il diritto di accesso alla giustizia con le cause di perdita o di decadenza dalla stessa.

Ebbene, l'orientamento che meglio garantisce tale contemperamento, in quanto caratterizzato da elementi di certezza non solo della verifica dell'evento interruttivo dello specifico processo sul quale abbia inciso la dichiarazione di fallimento, ma anche della conoscenza che di quell'effetto si produca in capo alla parte interessata alla prosecuzione/riassunzione, è quello che ancora il *dies a quo* di tale prosecuzione/riassunzione alla conoscenza processuale dell'ordinanza dichiarativa dell'interruzione emanata dal giudice del processo sul quale abbia inciso quale causa di interruzione automatica la dichiarazione di fallimento di una delle parti.

Tale conoscenza si produce, in capo alle parti del processo non colpite dall'evento interruttivo, con la pronuncia in udienza dell'ordinanza dichiarativa dell'interruzione, che deve avvenire anche d'ufficio appena il giudice abbia a sua volta, in qualsiasi modo, conoscenza del fallimento della parte. L'ordinanza dichiarativa dell'interruzione deve essere comunicata dalla cancelleria non solo alle parti (ove emessa fuori udienza) ma anche al curatore, di modo che ne sia assicurata anche a lui la conoscenza ai fini della prosecuzione del processo nel termine di cui all'art. 305 c.p.c., che comunque decorrerà, alternativamen-

te, da quando una delle parti non colpite dall'evento abbia notificato detta ordinanza al curatore.

La soluzione offerta dalle Sezioni Unite si fonda, inoltre, sul rapporto di continuità esistente, *in subiecta materia*, tra uno degli orientamenti seguiti dalla Suprema Corte (quello, appunto, teso ad individuare il *dies a quo* della prosecuzione/riassunzione del processo interrotto a causa del fallimento di una delle parti nella conoscenza legale dell'ordinanza dichiarativa dell'interruzione da parte del giudice) e la disposizione di cui all'art. 143, comma 3 del nuovo codice della crisi (approvato con d.lgs. n. 14/2019, la cui entrata in vigore è prevista, allo stato, dopo varie proroghe, l'ultima con l'art. 1 del d.l. n. 118 del 2021, per il 16 maggio 2022).

Tale rapporto di continuità si scorge considerando che l'art. 2, comma 1, lett. m) della legge delega n. 155/2017, nel dettare i principi per la riforma della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ha attribuito al legislatore delegato la potestà di riformulare le disposizioni all'origine dei contrasti interpretativi, tra cui è da annoverarsi quella di cui all'attuale art. 43, comma 3 L.F., al fine di consentirne il superamento.

Del resto, sono state le stesse Sezioni Unite, in occasione di una precedente pronuncia, a rilevare che "il codice della crisi e dell'insolvenza è un testo in generale non applicabile alle procedure aperte anteriormente alla sua entrata in vigore (art. 390, comma 1, CCII), e la pretesa di rinvenire in esso norme destinate a rappresentare un utile criterio interpretativo degli istituti della legge fallimentare potrebbe essere ammessa solo se si potesse configurare, nello specifico segmento, un ambito di continuità tra il regime vigente e quello futuro" (SS.UU. n. 12476/2020; per una concreta applicazione di questo criterio ermeneutico, SS.UU. n. 8504/2021).

6. Considerazioni critiche

La soluzione scelta dalle Sezioni Unite ha l'indubbio pregio di ancorare il *dies a quo* per la prosecuzione/riassunzione del processo interrotto per la dichiarazione di fallimento di una delle parti ad un fatto certo, la conoscenza dell'ordinanza con cui il giudice dichiara l'interruzione del giudizio.

Senonché, non sembra che, a diritto vigente, vi fossero spazi per una sostanziale anticipazione dell'entrata in vigore dell'art. 143, comma 3, CCII, che, anzi, oltre a non essere entrato ancora in vigore, con-

²¹ V. in senso adesivo A. Patti, *Conoscenza legale dell'interruzione del processo per fallimento tra tutela del contraddittorio e ragionevole durata*, il *Il Fallimento*, n. 8-9/2021, pagg. 1066 ss.

tiene una disposizione innovativa, tant'è vero che a parte pochi e recenti precedenti (Cass., sez. 6-3, n. 3782/2015; Cass., sez. 6-1, n. 5288/2017, seguita, con pari nettezza, da Cass., sez. 1, n. 7547/2018; Cass., sez. 1, n. 9016/2018), non particolarmente motivati circa l'approdo interpretativo raggiunto, la giurisprudenza di legittimità, *supra* passata in rassegna, ed anche quella della Corte Costituzionale²², facevano decorrere dalla "conoscenza legale" dell'evento interruttivo automatico il termine per la riassunzione/prosecuzione del giudizio.

La disciplina dell'interruzione recata dal codice di rito, inoltre, attribuisce alla dichiarazione di interruzione, anche con riferimento agli eventi interruttivi automatici (artt. 299, 300 comma 3, 301 c.p.c.), una efficacia meramente dichiarativa, ancorando la decorrenza del termine di riassunzione/prosecuzione del giudizio interrotto alla verifica dell'effetto interruttivo (art. 300, commi 1, 2 e 4 c.p.c.) o comunque, per gli eventi interruttivi automatici, alla "conoscenza legale" acquisita da parte del soggetto interessato a proseguire o a riassumere il giudizio.

La scelta del legislatore delegato, con l'art. 143, comma 3 CCII, sembra aver voluto operare una cesura rispetto al passato, con la creazione di una norma speciale, se non eccezionale, destinata a rompere la simmetria di disciplina con le altre fattispecie di interruzione automatica: per queste, continuerà a valere, al fine di individuare il *dies a quo* per la riassunzione/prosecuzione del giudizio, la "conoscenza legale" dell'evento interruttivo; nel caso, invece, in cui una parte sarà dichiarata fallita, il *dies a quo* inizierà a decorrere solo quando il curatore (che intenda

proseguire) o la parte non colpita dall'evento (che intenda riassumere) conoscerà (tramite comunicazione dell'ufficio o notificazione di parte) l'ordinanza dichiarativa dell'interruzione. A ben vedere, nel caso di fallimento di una parte, il legislatore delegato ha abbandonato il criterio della "conoscenza legale". La comunicazione/notificazione dell'ordinanza dichiarativa dell'interruzione assorbe in sé sia l'evento interruttivo che la sua conoscenza: la parte interessata a proseguire o a riassumere il giudizio deve attivarsi non perché ha conosciuto l'evento interruttivo, ma semplicemente perché il giudizio è stato dichiarato interrotto.

Si tratta di una scelta del legislatore, probabilmente adatta a fare chiarezza e ad ancorare il *dies a quo* ad un fatto ben individuato e facilmente verificabile, ma, probabilmente, non perfettamente consonante con l'esigenza della ragionevole durata dei processi.

Innanzitutto, è appena il caso di notare che, affinché il giudice dichiari l'interruzione del processo a causa del fallimento di una parte, in genere è necessario che qualcuna delle altre parti non colpite dall'evento, o anche lo stesso difensore della parte dichiarata fallita, lo informi dell'evento interruttivo, sicché la decorrenza del termine per riassumere o proseguire il giudizio, invece di essere innescata dalla notificazione o comunicazione di un atto di parte extraprocessuale, fuori ed anche prima dell'udienza, dovrà per forza "attendere" l'udienza (che spesso è destinata a tenersi anche molti mesi dopo la verifica dell'evento interruttivo e la presa di conoscenza di questo in capo alla parte interessata a riattivare il processo) e la pronuncia in esito all'udienza dell'ordinanza dichiarativa dell'interruzione.

In secondo luogo, la nuova norma dell'art. 143, comma 3, CCII priverà di efficacia, al fine di innescare la decorrenza del *dies a quo* per la prosecuzione/riassunzione del giudizio, anche l'atto partecipativo più idoneo a mettere il curatore o l'avvocato della parte non colpita dall'evento a conoscenza della verifica della dichiarazione di fallimento e del giudizio sul quale l'evento interruttivo ha inciso: una rigidità che il legislatore può permettersi in un'opera di bilanciamento "politico" dei valori in gioco; ma che, probabilmente, è stato eccessivo introdurre per via giurisprudenziale con riferimento a fatti interruttivi che si sono verificati e che si verificheranno prima dell'entrata in vigore del nuovo CCII.

Angelo Napolitano

²² Corte Cost. n. 139 del 1967 (che ha riguardato il termine per la riassunzione o la prosecuzione del giudizio nei casi di interruzione di cui all'art. 301 c.p.c.) e n. 159 del 1971 (che ha riguardato il termine per la riassunzione o la prosecuzione del giudizio nei casi di interruzione di cui all'art. 299 e 300, comma 3, c.p.c.). Sulla stessa scia interpretativa si collocano, peraltro, le sentenze di illegittimità costituzionale n. 34 del 1970 (relativa all'art. 297, comma 1 c.p.c., nella parte in cui dispone la decorrenza del termine utile per la richiesta di fissazione della nuova udienza dalla cessazione della causa di sospensione anziché dalla conoscenza che ne abbiano le parti del processo sospeso) e n. 36 del 1976 (relativa all'art. 19, comma 1, della legge n. 585 del 1971 in tema di giudizio sulle pensioni di guerra dinanzi alla Corte dei Conti, nella parte in cui dispone che il termine per la riassunzione del processo interrotto per la morte del ricorrente decorre dalla interruzione anziché dalla data in cui gli eredi del ricorrente ne avessero avuto conoscenza); Corte Cost. n. 17 del 2010.

Diniego di transazione fiscale: quale giurisdizione dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

1. - Una delle questioni più spinose che si è posta all'indomani del varo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019, destinato ad entrare in vigore, con l'eccezione dell'allerta, il 16.5.2022: v. art. 1 d.l. n. 118 del 2021) è quella relativa all'utilizzazione delle nuove disposizioni in chiave interpretativa di quelle attualmente vigenti e risalenti alla legge fallimentare (r.d. n. 267 del 1942).

In taluni casi, le nuove disposizioni sono state anticipate da riforme parziali, varate a causa dei plurimi rinvii dell'entrata in vigore del CCI. È proprio questo il caso della transazione fiscale alla luce della novellazione apportata dall'art. 3, comma 1 *bis*, d.l. n. 125 del 2020, conv. con modificazioni dalla l. n. 159 del 2020, agli artt. 180, 182 *bis* e 182 *ter* l.fall.

La legge di conversione n. 159 del 2020 è entrata in vigore il 4.12.2020. In assenza (come nella specie) di regole transitorie, trattandosi (lì dove viene in rilievo il sindacato cognitorio del tribunale concorsuale) di norme processuali, **trova applicazione** il principio *tempus regit actum*.

Ci si domanda allora se queste disposizioni siano applicabili agli artt. 180, 182 *bis* e 182 *ter* l.fall. *ante* novellazione e, quindi, a tutti quei casi in cui il giudizio di omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti è stato introdotto anteriormente al 4.10.2020.

Ma soprattutto ci si domanda quale sorte debbano avere i giudizi tributari introdotti anteriormente a tale data e cioè se sussista o meno, ovvero se permanga, la giurisdizione tributaria in quei casi in cui l'imprenditore-contribuente - che ha proposto una domanda di risoluzione negoziale della crisi d'impresa - ha impugnato innanzi alla commissione tributaria il diniego di transazione fiscale espresso dall'Agenzia delle Entrate.

1.1. - Deve anzitutto chiarirsi che allorché il ricorso tributario è stato notificato antecedentemente al 4.12.2020, **trova applicazione** il principio generale della *perpetuatio jurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c., che appunto radica la giurisdizione in rapporto alla "legge vigente ... al momento della proposizione della domanda", irrilevanti essendo "i successivi mutamenti della legge" stessa.

2. - È opportuno ricordare, nel solco di quanto precisato dalle Sezioni (Cass. SU 26988/2016), che - pri-

ma della novellazione dell'art. 182 *ter* l.fall. ad opera del comma 81 dell'art. 1 della L. 11 dicembre 2016, n. 232 - il ricorso alla transazione fiscale era **facoltativo**, in ragione del chiaro dato testuale desumibile dall'*incipit* dell'art. 182 *ter* l.fall., secondo cui il debitore, con il piano, può proporre il pagamento parziale o dilazionato di tributi o contributi.

Il debitore, ove annoverasse debiti tributari, previdenziali e contributivi, poteva perciò presentare due differenti tipi di concordato preventivo, uno principale, che prescinde da un previo accordo con il fisco o con l'ente gestore di forme di previdenza e assistenza obbligatoria, l'altro speciale, che include la transazione fiscale.

Il concordato con transazione fiscale era, dunque, una speciale figura di concordato preventivo, sia perché viene in rilievo solo quando vi siano debiti tributari o previdenziali, sia perché, anche in presenza di tali debiti, è possibile un concordato preventivo senza transazione fiscale; in presenza di un rapporto di specialità tra le due fattispecie di concordato preventivo non è però possibile estendere alla fattispecie generale, del concordato senza transazione fiscale, la disciplina della fattispecie speciale, del concordato con transazione fiscale.

Pertanto il debitore, aveva a sua disposizione **due** ipotesi di concordato preventivo: una, principale, che prescinde da un previo accordo con gli enti titolari dei corrispondenti crediti; l'altra, speciale, che include la transazione 182 *ter* l.fall. La scelta tra l'uno e l'altro procedimento dipenderà dall'eventuale esigenza imprescindibile di ottenere il voto favorevole di quegli enti, in ragione delle dimensioni dei loro crediti, oltre che di offrire certezza ai creditori tutti circa l'effettiva consistenza del debito previdenziale/assistenziale e, di conseguenza, circa le concrete prospettive di attuabilità del piano concordatario.

2.1. - Come si è anticipato, l'art. 182 *ter* l.fall. è stato interamente riformulato dal comma 81 dell'art. 1 della L. 11 dicembre 2016, n. 232 (c.d. legge di stabilità 2017), a cominciare dalla rubrica della norma, che ora si intitola "Trattamento dei crediti tributari e contributivi", in luogo della precedente "Transazione fiscale", a testimonianza del perduto carattere transattivo dell'istituto, rendendo **obbligatorio**, anziché facoltativo, l'avvio del procedimento ivi disciplinato quando la

proposta di concordato del debitore abbia ad oggetto debiti tributari e/contributivi, come plasticamente risulta dal comma 1 della disposizione novellata.

È stato così superato il dogma, di matrice giurisprudenziale, della facoltatività della transazione fiscale.

La transazione fiscale si presenta, dunque, come indefettibile qualora il debitore intenda negoziare una falcidia o una rateazione del debito.

3. - Sussiste, quindi, la necessità di chiarire i perimetri della giurisdizione (civile, amministrativa e tributaria) che vanno ben al di là della tradizionale distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo.

In via di principio, è ormai pacifico che il giudice tributario possa risolvere, in via incidentale, senza autorità di giudicato, ogni questione pregiudiziale alla pretesa fatta valere nell'ambito delle controversie rientranti nella propria giurisdizione con le sole eccezioni delle questioni in materia di falso e sullo stato o capacità delle persone diversa dalla capacità di stare in giudizio.

3.1. - Sotto l'aspetto legislativo, nonostante i reiterati interventi da parte del legislatore in materia, resta il principio generale enunciato dall'art. 182 *ter* l.fall. - sostituito, da ultimo, con l'art. 1, comma 81, Legge 11 dicembre 2016, n. 232, a decorrere dal 1° gennaio 2017 - secondo cui “*con il piano di cui all'art. 160 il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori, se il piano ne prevede la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d)*”.

È indubbio che la formulazione dell'art. 182 *ter* l.fall. non offra elementi determinanti ai fini della individuazione di una soluzione che soddisfi i principi fondamentali previsti dal quadro giuridico di riferimento.

3.2. - Sotto il profilo procedurale, il diniego “è *approvato*” con atto del Direttore dell'Ufficio e solo successivamente espresso mediante voto contrario in sede di adunanza dei creditori.

4. - Secondo una prima opzione interpretativa, contro il provvedimento di diniego dell'Amministrazione finanziaria **non** è proponibile alcuna azione giudiziaria, sia per la mancanza di un interesse legittimo in capo al debitore, sia per l'impossibilità di assimilare il provvedimento di cui trattasi ad una domanda di definizione agevolata del rapporto tributario, “*posto che questa locuzione pare riferibile agli atti che ineriscono alla determinazione della pretesa fiscale e del conseguente debito tributario che invece nell'ottica della transazione fiscale è già compiutamente determinato, discutendosi esclusivamente in ordine all'eventuale abbandono di una porzione del credito tributario, alla luce delle sue concrete prospettive di esazione e degli altri interessi pubblici*”, quali “*l'interesse del sistema economico e sociale alla conservazione dell'impresa, nella sua dimensione 'istituzionale', e dei posti di lavoro che questa garantisce*”. In giurisprudenza, cfr. CTP La Spezia 9.11.2011, n. 202, in Mass. Comm. Trib. Liguria 2011, 324, sulla base del rilievo che il diniego espresso dall'Agenzia nei confronti di una proposta di transazione fiscale non rientra tra gli atti previsti dall'art. 19 d.lgs. n. 546/1992 né nella nozione di cui all'art. 2 del medesimo decreto.

Secondo altra parte della dottrina e della giurisprudenza più recente (CTP Milano 14.2.2014, n. 1541, Fa 2014, 1222 ss.¹), il provvedimento in discorso sarebbe impugnabile innanzi alle **commissioni tributarie**, trattandosi di un atto assimilabile al rigetto della domanda di definizione agevolata del rapporto tributario di cui al primo comma, lett. h), dell'art. 19 d.lgs. n. 546/1992, ovvero al diniego di autotutela.

Altri sono, invece, dell'avviso che tale scrutinio rientri nelle prerogative del **giudice amministrativo** in quanto il debitore sarebbe titolare di un interesse legittimo all'accoglimento della richiesta (TAR Calabria, Catanzaro, ord. 27.7.2012, n. 424; CTR Roma 27.4.2010, n. 138, GM 2010, 2317. Nel vigore dell'abrogata transazione dei ruoli, la giurisdizione del giudice amministrativo era stata affermata da CTP Roma 8.3.2007, n. 45, Gtrib 2007, II, 773).

Si è anche ritenuto che le citate valutazioni di merito, espresse tramite il voto in sede di adunanza dei

¹ Nel vigore della vecchia transazione sui ruoli di cui all'art. 3, terzo comma, d.l. n. 138/2002, la competenza delle Commissioni tributarie a sindacare la legittimità della risposta negativa dell'Agenzia delle Entrate era stata affermata da C Stato, IV, 10.9.2008, n. 4341, FA CDS 2008, 2383; TAR Lazio, Latina, I 11.6.2008, n. 717, FA TAR 2008, 1775; TAR Lombardia, Milano, I 7.2.2007, n. 191, FA TAR 2007, 400.

creditori, formino parte di un accordo stipulato con tutti i creditori dal commissario giudiziale, sia pure destinato ad essere sottoposto all'omologazione del Tribunale, per cui la natura tributaria del diniego espresso dall'Amministrazione rimarrebbe confinata solo all'interno del rapporto fra imprenditore ed Amministrazione stessa sicché la giurisdizione andrebbe riferita al **giudice ordinario**. Più precisamente, la transazione fiscale, partecipando della stessa natura del concordato preventivo, ne condividerebbe le sorti anche sotto il profilo della sottoposizione al sindacato del tribunale fallimentare nell'ambito delle attività di controllo sulle condizioni di ammissibilità della procedura e di verifica della sua legittimità sostanziale che precludono al giudizio di omologazione.

4.1. - Deve ritenersi ampiamente superata la questione dell'impugnabilità del diniego per carenza d'interesse del privato: questi propone la transazione perché confida di potere risolvere la crisi d'impresa o di cessare l'attività secondo assetti più convenienti per la massa di creditori; in tale contesto, il diniego non può dunque essere arbitrario.

L'interesse ad agire del privato è, dunque, ben presente nello sfondo della proposta di transazione fiscale. **E ciò soprattutto alla luce della novella che, nel rendere necessario l'istituto, ne ha inevitabilmente rimarcato il carattere amministrativo, procedimentale e dunque funzionale e servente rispetto ad interessi pubblici giuridicamente rilevanti.**

Il carattere **necessario** del procedimento amministrativo costituisce perciò un forte elemento ricostruttivo nel senso della correlata giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte

5. - La possibilità di pervenire alla transazione fiscale da parte dell'Erario è condizionata da valutazioni che non possono prescindere dalle ragioni del soddisfacimento della pretesa impositiva, dovendo comunque essere effettuato un giudizio valutativo circa il miglior grado di soddisfazione che la stessa pretesa troverebbe per il tramite della via transattiva rispetto all'eventuale fallimento, con conseguenti valutazioni di merito ed opportunità rispetto alle quali non è possibile l'esercizio di un sindacato del giudice amministrativo.

La discrezionalità dell'Erario di disporre del proprio credito nel senso e nei limiti innanzi indicati **non** è connessa all'esercizio di un potere pubblico autoritativo nel senso tradizionale del termine, quanto alla valutazione, del tutto economica, inerente alla pretesa tributaria e

alla modalità di soddisfazione della medesima (CDS sent. 4021/2016).

Non è configurabile, quindi, la giurisdizione del giudice amministrativo.

6. - Le Sezioni Unite (ord. n. 8504 del 2021), dato atto dell'inapplicabilità al caso di specie della novella del 2020, hanno affermato in via interpretativa la giurisdizione del giudice ordinario **facendo riferimento** alla disposizione di cui all'art. 48, comma 5, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCI), di cui la novella del 2020 risulta anticipatrice.

A tal fine hanno preso le mosse da Cass. SU n. 12476 del 2020 che, con riguardo al CCI, ha osservato che *"Il CCI è testo in generale non applicabile - per scelta del legislatore - alle procedure.. aperte anteriormente alla sua entrata in vigore (art. 390, comma 1, CCI), e la pretesa di rinvenire in esso norme destinate a rappresentare un utile criterio interpretativo degli istituti della legge fallimentare potrebbe essere ammessa se (e solo se) si potesse configurare - nello specifico segmento - **un ambito di continuità** tra il regime vigente e quello futuro"*, per poi affermare che, poiché la configurazione della transazione fiscale è transitata sostanzialmente immutata nelle disposizioni del CCI e nella novella anticipatrice del dicembre 2020, *"non si profila una "soluzione di continuità" tra la vecchia e la nuova disciplina, con la conseguenza, indicata nella citata sentenza delle Sezioni Unite di questa Corte, che la seconda può essere utilmente impiegata come elemento di valutazione ermeneutica della prima, il che ai fini della risoluzione della questione di giurisdizione in esame assume particolare rilevanza"* anche con riferimento art. 182 ter, comma 5, l.fall. (nella versione applicabile *ratione temporis*).

Il che vorrebbe dire che la giurisdizione del giudice ordinario (*sub specie*, Tribunale fallimentare) **deriva dall'immanente carattere concorsuale della transazione fiscale**, cioè dai *"profili eminentemente concorsuali del trattamento dei debiti tributari (nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti)"*, avendo il legislatore della riforma *"incastonato la transazione fiscale con maggior chiarezza nel campo del diritto fallimentare"*, benché la prevalenza del profilo della concorsualità dell'istituto, *"derivante dalla sua necessità nelle procedure di diritto fallimentare previste dalla legge, già ne riservasse la valutazione appunto al giudice del concorso tra i creditori, piuttosto che a quello del rapporto tributario d.lgs. n. 546 del 1992, ex artt. 2, 19"*.

7. - L'indicato approccio interpretativo **non** sembra cogliere il *novum* delle disposizioni del 2020 e del CCI.

Il *novum non* è, infatti, rappresentato, né avrebbe potuto mai esserlo, dal carattere concorsuale della transazione fiscale. Carattere che nessuno può mettere in dubbio, né con riguardo alle disposizioni anteriori alla novella del 2020, né con riguardo a quelle successive.

L'argomento utilizzato dalle Sezioni Unite del 2021 è, perciò, del tutto neutro rispetto alla soluzione del regolamento *sub iudice*.

7.1. – Il *novum sta*, invece, proprio negli artt. 48, comma 5, e 80, comma 3, CCI.

È esatto affermare che gli artt. 48, comma 5, e 80, comma 3, CCI consentono al giudice di commutare il voto contrario dell'amministrazione finanziaria in un voto favorevole, sempre che risulti decisivo ("determinante", alla luce del correttivo) al fine del raggiungimento delle percentuali del 60% (o del 30% in taluni casi) dei crediti stabilite per la omologabilità dell'accordo stesso (ovvero, con riguardo al concordato preventivo, al fine del raggiungimento delle maggioranze previste dall'art. 177 L. Fall.). Nondimeno, non è revocabile in dubbio che le indicate previsioni abbiano carattere innovativo e come tali siano senz'altro inapplicabili con riguardo all'interpretazione dell'attuale legge fallimentare.

Quella posta dagli artt. 48, comma 5, e 80, comma 3, CCI si risolve, invero, in una "finzione" priva di precedenti nel sistema del diritto della crisi e dell'insolvenza.

Per unanime convincimento (da ultima cfr. Cass. n. 28895 del 2020), infatti, i poteri del tribunale all'interno del giudizio di omologa, nel sistema normativo *ratione temporis* applicabile, giammai si sarebbero potuti estendere (e dunque, a sistema invariato, nel caso in cui alla procedura non siano applicabili, come non lo sono, le disposizioni novellate) nel senso di modificare e/o sostituire la determinazione assunta dal creditore pubblico (o da qualunque altro creditore), stante la base consensuale caratterizzante, sebbene con intensità differenti, sia il concordato preventivo che gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

L'assenza di continuità tra la legge fallimentare *ante* novella del 2020 e quella successiva, significativamente rilevante (e dirimente) anche ai fini che qui interessano, emerge, peraltro, plasticamente dalla mancanza nella precedente disciplina di una disposizione analoga a quella introdotta dal l. n. 159 del 2020 nel comma 5 dell'art. 182 *ter* l.fall., solo ora prevedendosi che l'attestazione del professionista abbia "*ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto* [dei crediti tributari e

contributivi] *rispetto alla liquidazione giudiziale*" (analogo novellazione ha subito l'art. 182 *bis*, comma 4, l.fall.).

È questa una disposizione di carattere strutturale (di una diversa procedura) che rende evidente l'impossibilità per il Tribunale di esprimere - nelle procedure anteriormente introdotte - un giudizio sulla convenienza senza una attestazione che quella convenienza abbia in qualche modo attestato, perché la legge non lo prevede(va).

7.1.1. – In senso consonante, di recente è stato osservato che "*la votazione contraria da parte dell'amministrazione non impedisce l'omologazione del concordato se è comunque raggiunta la prescritta maggioranza; ma non consente affatto di relegare il voto nel novero dei provvedimenti amministrativi, così da disapplicarlo (ove decisivo) in base a un sindacato sostanziale di convenienza, come invece preteso dal ricorrente; tale prospettazione non possiede invero, nell'attuale regime della legge fallimentare, alcun supporto normativo*" (Cass. n. 28895 del 2020).

Quest'ultima affermazione va intesa, con riferimento alla disciplina vigente anteriamente alle modifiche del 2020, nel senso che, pur non essendo sindacabile nel giudizio di omologa l'espressione di voto dell'Agenzia delle Entrate, comunque resta sindacabile il diniego espresso a monte dal Direttore dell'Agenzia, pur non risolvendosi, anche quest'ultimo, in un provvedimento amministrativo.

"*La discrezionalità dell'Erario di disporre del proprio credito nel senso e nei limiti innanzi indicati non è connessa... all'esercizio di un potere pubblico autoritativo nel senso tradizionale del termine, quanto alla valutazione, del tutto economica, inerente alla pretesa tributaria e alla modalità di soddisfazione della medesima*" (Cons. Stato n. 4021 del 2016).

7.2. – L'ultima novella dell'art. 180, comma 4, l.fall. costituisce, del resto, la riprova del carattere innovativo delle nuove disposizioni (e, quindi, di quelle omologhe del CCI) perché diversamente, in attesa dell'entrata in vigore del CCI, non ci sarebbe stato bisogno di espressamente consentire al Tribunale fallimentare di commutare il voto contrario dell'Agenzia delle Entrate.

Si vuole dire, cioè, che è proprio la novella ad opera del d.l. n. 125 del 2020 a dimostrare (ed a confermare) che nel sistema al quale non sono applicabili le nuove disposizioni, e cioè quello antecedente e tuttora vigente con riguardo alla procedura in esame alcun potere al riguardo può essere attribuito al Tribunale fallimentare

(il che del resto, come si è già rilevato, era del tutto pacifico). Se il CCI avesse, infatti, esso stesso inteso interpretare la vigente legge fallimentare, di **nessuna utilità** sarebbe la stessa novellazione che quella disciplina ha inteso per l'appunto anticipare.

8. – Più a monte, è lo stesso meccanismo posto dagli artt. 48, comma 5, e 80, comma 3, CCI che comunque **non** consente (quando applicabile) di sottrarre al giudice tributario la giurisdizione in tema di sindacato del diniego di transazione fiscale.

Diversamente da quanto è stato ritenuto nel precedente dianzi richiamato, invero, le nuove norme in **nessun modo consentono di ritenere che sia stato riservato in via esclusiva il sindacato giurisdizionale sulla transazione fiscale** al giudice fallimentare. A quest'ultimo è stato infatti esclusivamente attribuito un più **limitato** potere commutativo dell'espressione di voto **senza** altra specificazione riguardante il problema dell'estensione dei poteri cognitori del giudice ordinario, **certo** neanche risolto (ed inciso) dalla constatazione secondo cui *“il legislatore della riforma ha incastonato la transazione fiscale con maggior chiarezza nel campo del diritto fallimentare, ancorché ne siano evidenti i riflessi di diritto tributario”*.

La stessa necessità di *“valorizzare la prevalente/assorbente finalità concorsuale dell'accordo transattivo e quindi del suo mancato raggiungimento a causa del dissenso opposto dall'Ente impositore”* costituisce un'affermazione che, portata alle logiche conseguenze, dovrebbe condurre alla conclusione, evidentemente non sostenibile, secondo cui le regole del concorso giustificerebbero l'attrazione al solo Tribunale fallimentare di ogni impugnazione sull'espressione del voto da parte dei creditori, quale che sia il giudice (ordinario, amministrativo, contabile o tributario) munito dell'eventuale sindacato giurisdizionale

8.1. – La norma prevede, invero, che *“Il tribunale omologa”*. **Non** dispone che il Tribunale annulla o disapplica l'eventuale diniego di adesione, o accerta l'illegittimità della scelta dell'amministrazione e/o degli enti gestori. Il Tribunale, in sostanza, ricorrendo anche l'altra condizione esprime una valutazione (di merito) **attinente alla convenienza** dell'adesione.

Ma la giurisdizione che, nella materia *de qua*, esercita il giudice ordinario/concorsuale **non** può qualificarsi alla stregua di un intervento sostitutivo, se è vero com'è vero che l'estensione all'amministrazione degli effetti del trattamento oggetto della proposta **non** consente di qualificare l'amministrazione stessa in termini di credi-

tore “aderente” privato del potere di opporsi all'omologazione; l'amministrazione, infatti, deve essere considerata aderente ai soli fini del calcolo delle maggioranze.

Il Tribunale fallimentare, cioè, **non** ha il potere di manifestare all'esterno la volontà di un creditore, addirittura modificandone il contenuto allorché il creditore stesso si sia espresso in senso contrario. Com'è stato osservato, infatti, *“Il tribunale non è un tutore dell'amministrazione, al quale è attribuito il compito di formare e manifestare la volontà di un soggetto privo di capacità d'agire, e tantomeno è un commissario ad acta che sostituisce l'amministrazione inadempiente attuando una sorta di adempimento in forma specifica; esso è un organo terzo e imparziale chiamato a verificare il rispetto delle condizioni che consentono di estendere gli effetti di una proposta negoziale anche ad un creditore silente o dissenziente, in deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c.”*.

9. – A seguito della novellazione che ha interessato l'art. 182 *ter* l. fall., sono previsti **due** peculiari criteri al fine di regolare la valutazione dell'Agenzia delle Entrate.

Trattasi, (i) del criterio della comparazione fra il soddisfacimento dei crediti erariali previsto dalla transazione ed il soddisfacimento conseguibile mediante altre soluzioni; e (ii) del criterio del divieto di trattamento deteriore dei crediti erariali rispetto a quelli assistiti da una causa di prelazione di grado inferiore e ai crediti chirografari.

L'errata applicazione di questi criteri costituisce specifico motivo di impugnazione del rigetto della proposta di transazione fiscale, tale da comportare l'illegittimità di quest'ultimo.

In questo contesto, deve ritenersi tuttora ammessa la tutela (ed il sindacato) giurisdizionale (evidentemente innanzi alla CTP) di un eventuale diniego di transazione. I profili di doglianza possono essere vari.

Un **primo** è la denuncia di violazione di legge, qualora il diniego sia motivato in relazione ad elementi di valutazione non previsti dall'art. 182 *ter*. Si pensi, ad esempio, ad un ipotetico criterio di “meritevolezza” del contribuente, che potrebbe asseritamente mancare, secondo il creditore fiscale, in caso di cronica posizione di morosità oppure perché la morosità proviene da condotte fiscali frodatore o particolarmente aggressive. Orbene, la legge non consente di discriminare in base alla genesi qualitativa del debito fiscale. Ciò nel senso che un diniego non può essere motivato in base ad un giudizio di disvalore sul contribuente e sulle ragioni che hanno condotto all'indebitamento con il Fisco.

Altra violazione di legge potrebbe essere concretiz-

zata dal diniego motivato in relazione ad asseriti dubbi sulla composizione dell'attivo liquidabile sulla scorta di ipotetiche azioni (revocatorie e di responsabilità) esperibili in un'ipotetica sede concorsuale, laddove l'art. 182 *ter* impone, invece, una mera valutazione prognostica sui possibili esiti liquidatori solo in relazione allo stato dei beni esistenti e al loro stimabile valore normale.

Non possono poi escludersi che il diniego sia viziato da difetto assoluto di motivazione o da una motivazione incoerente, contraddittoria o apparente. Infatti, sembra profilarsi da un lato un difetto di motivazione, laddove viene erroneamente ricostruito l'*iter* logico-giuridico "a monte" del provvedimento, dall'altro anche un'oggettiva infondatezza, laddove si considerino anche i profili quantitativi relativi alla comparazione fra la soluzione concordataria e quelle alternative.

10. – Dunque anche nel sistema novellato la cognizione del giudice ordinario **non** è (e non può essere) in grado di escludere la giurisdizione del giudice tributario, **ponendosi** (la prima) sul piano interno della procedura fallimentare, **senza** nulla poter rilevare in punto di (il)legittimità del diniego per i motivi dinanzi esposti.

Il punto di partenza per la determinazione della giurisdizione (cfr. art. 2 d.lgs. n. 546 del 1992) va individuato, infatti, nel principio secondo cui la giurisdizione delle commissioni tributarie presuppone la natura tributaria della controversia, essendo stata dichiarata l'illegittimità della norma che riservava alle commissioni anche la cognizione delle sanzioni comunque irrogate dagli uffici finanziari (Corte cost. n. 130 del 2008).

Ne consegue che, pacificamente, si può ricorrere al giudice tributario avverso tutti gli atti adottati dall'ente impositore che, con l'esplicitazione delle concrete ragioni che la sorreggono, portino comunque a conoscenza del contribuente una ben individuata pretesa tributaria.

10.1. – L'indicato approdo, diversamente da quanto ritenuto nel richiamato precedente, **trova** perfetta rispondenza nell'art. 90 d.p.r. n. 602 del 1973 che, piuttosto che indicare un principio generale di riparto, **si limita** a confermare che il giudice delegato **non** può esercitare alcun sindacato giurisdizionale sui crediti tributari, tanto è vero che in caso di contestazione è tenuto a disporre l'accantonamento (v. Cass SU n. 15414 del 2018, secondo cui "In tema di omologazione della proposta di concordato preventivo ex art. 180 l.fall., il tribunale esercita un sindacato incidentale circa la fondatezza dei crediti contestati, condizionali o irreperibili ai fini di disporre i relativi accantonamenti; diversamente, in pre-

senza di crediti tributari oggetto di contestazione, per effetto della norma speciale di cui all'art. 90 d.p.r. n. 602 del 1973, il suindicato accantonamento è obbligatorio essendo rimesso al tribunale esclusivamente il potere di determinarne le relative modalità").

10.2. – Sussiste e permane, peraltro, l'**interesse** del contribuente a proporre ricorso innanzi alla commissione tributaria per far valere tutti gli aspetti di doglianza che non possono essere scrutinati dal giudice fallimentare.

A fronte, infatti, della possibilità per l'Agenzia delle Entrate di reclamare innanzi alla Corte di appello il decreto di omologazione, contestando la decisività del voto e/o la (non) convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria, l'impresa in concordato (o che ha proposto l'accordo di ristrutturazione) ha tutto l'**interesse** a chiedere l'annullamento del diniego di transazione fiscale per un più **assorbente** motivo (ad, esempio, per mancanza di firma del Direttore dell'Agenzia). E ciò in disparte la considerazione che il giudice tributario è **giudice** (non solo dell'atto, ma anche) **del rapporto** (da ultima, v. Cass. n. 24707 del 2020, giusta la quale "è il rapporto sostanziale posto a base dell'atto impositivo che costituisce il petitum sostanziale del procedimento tributario e che va compiutamente descritto dal giudice del merito, al fine di operare una motivata valutazione sostitutiva").

Diversamente si **priverebbe**, ingiustificatamente, il contribuente di un mezzo di tutela (*i.e.*, il ricorso tributario) senz'altro rientrante nell'ambito del diritto di difesa come declinato dall'art. 24 Cost. che è invece l'esito al quale ineluttabilmente, ma non esattamente, conduce il richiamato precedente che finisce con determinare un inammissibile **vuoto di tutela** che la piana applicazione delle disposizioni fa invece escludere possa aversi.

10.3. – È incontestabile, poi, che la formale denominazione della pretesa sia del tutto irrilevante, ferma restando l'esigenza di individuare comunque gli atti impugnabili davanti al giudice tributario. Ne consegue che, se l'atto impugnato è finalizzato all'accertamento del rapporto d'imposta, di diritto soggettivo, esso è sottoposto alla giurisdizione delle commissioni tributarie. In merito può essere sufficiente ricordare che, secondo l'orientamento della Suprema Corte, il contribuente può rivolgersi al giudice tributario ogni qual volta abbia interesse a contestare la convinzione espressa dall'amministrazione in ordine alla disciplina del rapporto tributario (Cass. SU n. n. 16776 del 2005).

Sebbene pertanto l'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992 si limiti a individuare gli atti di cui possono conoscere le commissioni tributarie, senza precisare quale possa essere l'oggetto del giudizio, deriva chiaramente dal sistema che anche in materia tributaria si possono svolgere contestazioni a tutto tondo.

11. – La devoluzione alla giurisdizione tributaria delle vertenze sul concreto rapporto fiscale risponde, invece, ad un marcato *trend* normativo e giurisprudenziale. Nel senso del carattere generale ed omnicomprensivo della giurisdizione tributaria depone chiaramente l'ulteriore novella di cui all'art. 3 *bis* d.l. n. 203 del 2005, aggiunto in sede di conversione (l. n. 248 del 2005). Si è detto in dottrina che la nuova formulazione dell'art. 2 d.lgs. n. 546 del 1992 realizza l'emancipazione qualitativa della giurisdizione tributaria verso una dimensione ontologicamente esclusiva. Nella giurisprudenza amministrativa si è affermata, poi, una chiara auto-limitazione entro confini contenuti, che ha valorizzato la natura esclusiva e tendenzialmente generale della giurisdizione tributaria (così espressamente Cass. SU n. 25632 del 2016).

Sotto altro profilo non assume alcun rilievo la natura discrezionale dei provvedimenti richiesti al fisco, perché la giurisdizione tributaria si configura come giurisdizione di carattere generale, che si radica in base alla materia indipendentemente dalla specie dell'atto impugnato. Il che ha comportato, ad esempio, la devoluzione alle commissioni persino delle controversie relative agli atti di esercizio dell'autotutela, in quanto l'art. 103 Cost. non prevede una riserva assoluta di giurisdizione in favore del giudice amministrativo per la tutela degli interessi legittimi, ferma restando la necessità di una verifica da parte del giudice tributario in ordine alla riconducibilità dell'atto impugnato alle categorie indicate dall'art. 19 d.lgs. n. 546 del 1992, che non attiene alla giurisdizione, ma alla proponibilità della domanda (Cass. SU n. 7388 del 2007) e indica, con elencazione suscettibile d'interpretazione estensiva, la tipologia degli atti oggetto d'impugnazione (Cass. SU n. 3774 del 2014), tra i quali non figura espressamente il diniego tacito o espresso alla transazione fiscale.

Si è conseguentemente affermato “*La controversia inerente il diniego dell'istanza di transazione fiscale proposta ex art. 3, comma 3, del d.l. n. 138 del 2002 (applicabile “ratione temporis”) appartiene alla giurisdizione del giudice tributario, avendo ad oggetto una procedura di definizione dei ruoli posta nella fase di esecuzione dei carichi fiscali ed a nulla rilevando la natura discrezionale*

del provvedimento richiesto, in quanto quella tributaria si configura come giurisdizione a carattere generale, che si radica indipendentemente dalla specie dell'atto impugnato, ferma la riconducibilità di quest'ultimo alle categorie indicate dall'art. 19 del D.Lgs. n. 546/1992, che non attiene alla giurisdizione ma alla proponibilità della domanda ed indica, con elencazione suscettibile di interpretazione estensiva, la tipologia degli atti suscettibili d'impugnazione” (Cass. SU n. 25632 del 2016).

Ed è questo un principio che conserva **perdurante validità** finanche nel sistema novellato (che comunque, si ripete, neanche è applicabile nella specie) nel quale la sola - benchè certo significativa - novità è costituita dall'attribuzione al giudice fallimentare dell'importante, ma tuttavia unico ed esclusivo, potere di commutazione del voto, **non** avendo affatto previsto il legislatore della riforma una sorta di giurisdizione esclusiva di detto giudice (insostenibile **anche** in base alle norme che regolano il riparto tra giudice ordinario e giudice tributario) in ordine ai vizi che possono connotare la determinazione del Fisco, rispetto ai quali non può evidentemente neppure ipotizzarsi che si sia prodotto un vuoto di tutela.

12. – In conclusione, la giurisdizione del giudice tributario sussiste ed il contribuente ha diritto di ricorrervi ogniqualvolta la controversia ha ad oggetto un provvedimento di rigetto di un debito di natura tributaria, **a nulla** rilevando che la decisione su tale istanza, spettante all'agenzia delle entrate, debba essere assunta in base a considerazioni estranee alla materia tributaria, atteso che la giurisdizione, ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 546 del 1992, deve essere attribuita in ragione esclusiva dell'oggetto della controversia.

La giurisdizione del giudice tributario ha, invece, carattere pieno ed esclusivo, estendendosi non solo all'impugnazione del provvedimento impositivo, ma anche alla legittimità di tutti gli atti del procedimento, tenendo conto che l'art. 7, comma 4, dello Statuto del contribuente “*si limita ad attribuire alla giurisdizione del giudice amministrativo, secondo i normali criteri di riparto, l'impugnazione di atti amministrativi a contenuto generale o normativo, ovvero di atti di natura provvedimentoale che costituiscano un presupposto dell'esercizio della potestà impositiva*” (Cass. SU n. 11082 del 2010; Cass. SU n. 7665 del 2016).

Anna Maria Soldi

Vicende del titolo esecutivo e sorte dell'opposizione all'esecuzione

1. Condizione necessaria e sufficiente dell'azione esecutiva è l'esistenza di un titolo esecutivo, valido ed efficace, che incorpori un diritto certo, liquido ed esigibile: lo scopo dell'esecuzione forzata, globalmente considerata, è la realizzazione di tale diritto mediante l'utilizzo degli opportuni strumenti coercitivi, espunto dalla procedura esecutiva (e, quindi, estraneo ai poteri del giudice che la stessa dirige) ogni apprezzamento o accertamento circa la sussistenza dell'obbligazione documentata dal titolo e da attuare coattivamente.

È questa, *funditus*, l'espressione della centralità del titolo esecutivo nel sistema delle tutele coattive, argomento oggetto, sin dai primordi della scienza processualciviltistica moderna, di un intenso ed animato dibattito¹ che negli ultimi lustri ha ripreso fiato e vigore, seppur affrontato da un angolo visuale differente da quella dell'originaria impostazione.

Ad una disanima di tipo - per dir così - statico, concentrata cioè sulla struttura (*i.e.*: forma e contenuto) e sulla funzione (*i.e.*: efficacia e scopo pratico) del titolo esecutivo, si è infatti sostituita un'analisi di natura dinamica, attenta cioè agli sviluppi ed alle evoluzioni che il titolo può subire durante il tempo occorrente per l'espletamento dell'azione esecutiva².

Lo spostamento del fuoco dell'attenzione è stato senza dubbio indotto dall'evoluzione normativa, contrassegnata (a partire dalle riforme degli anni novanta e con un *trend* seguito ed accentuato nelle successive riforme) dall'allargamento del novero dei provvedimenti giudiziali con efficacia esecutiva immediata ed anticipata rispetto al passaggio in giudicato e dalla semplificazione (o sommarizzazione) delle modalità di conseguimento degli stessi³.

Tanto ha determinato, nella concreta esperienza degli uffici, il diffondersi di esecuzioni intraprese in forza di titoli esecutivi non definitivi⁴ ed il sorgere, in fattispecie sempre più numerose e frequenti, di problemi legati a possibili vicende interessanti il titolo esecutivo, in precedenza rilevanti, essenzialmente, nell'ipotesi di procedure promosse in virtù di decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi⁵.

La risposta della giurisprudenza di legittimità è consistita nel declinare l'antico e tradizionale brocardo *nulla executio sine titulo* nel senso di una imprescindibile ed ininterrotta immanenza condizionante

del titolo sulla procedura esecutiva: il titolo esecutivo deve esistere, valido ed efficace, dal momento in cui l'azione esecutiva viene (soltanto) minacciata con il prodromico atto di precetto⁶ e deve permanere per

¹ Provocatoriamente definito come “*meramente accademico e sterilmente concettuale*” da VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1993, 2 ss..

² Muovendo dal carattere autenticamente giurisdizionale dell'esecuzione forzata e dalla sua imprescindibilità in un efficace sistema di tutela dei diritti, una esaustiva analisi sulle plurime dinamiche del titolo esecutivo, riguardate nella prospettiva delle interrelazioni e dei conflitti tra le parti processuali nonché tra queste e i soggetti terzi coinvolti nello svolgimento dell'esecuzione, è compiuta da MICALI, *Titolo esecutivo e “conflitti esecutivi”: alcune dinamiche in materia di esecuzione forzata nella più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Riv. esec. forz.*, 2015, 402 ss..

³ L'attenta osservazione funge da premessa allo studio di CAPPONI, *Vicende del titolo esecutivo nell'esecuzione forzata*, in *Corr. giur.*, 2012, 1512 ss..

⁴ Variamente definiti: “*effimeri*” da CAPPONI, *Vicende del titolo esecutivo nell'esecuzione forzata*, cit., 512; “*a caducità intrinseca e necessariamente instabili*” da Cass. 6 marzo 2020, n. 6422, edita in *Rass. esec. forz.*, 2020, 474, con note di STRADA, *Note a margine dell'ordinanza interlocutoria Cass. n. 6422/2020*, 482 ss., e di SCALA, *Sugli effetti nel giudizio di opposizione all'esecuzione della sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo: la parola alle Sezioni Unite*, 498 ss..

⁵ Ed infatti, nell'illustrare la tematica della caducazione del titolo esecutivo, l'analisi condotta da VACCARELLA agli albori degli anni novanta (in *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, cit., 134 ss.) si concentra sugli effetti e le ricadute della sentenza di accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo sulle procedure esecutive intraprese in forza del provvedimento monitorio.

⁶ Con chiarezza, Cass. 28 giugno 2012, n. 10875: “*Il titolo esecutivo, in quanto condizione necessaria del processo esecutivo, deve esistere nel momento in cui questa è minacciata con la notificazione dell'atto di precetto ed in cui è iniziata con l'introduzione del processo esecutivo; non si può formare successivamente e deve permanere per tutta la durata dell'esecuzione*” (sulla base di tale principio, la S.C. ha negato che un precetto intimato in forza di una sentenza di primo grado, che non costituisca valido titolo esecutivo perché mancante della statuizione di condanna, possa *ex post* acquisire validità per effetto del sopraggiungere di una sentenza di secondo grado che detta statuizione contenga). Analogamente, secondo Cass. 10 aprile 1973, n. 1041, un procedimento esecutivo instaurato da un soggetto privo di titolo esecutivo non può essere in alcun modo sanato dalla successiva acquisizione di un titolo, non potendo attribuirsi efficacia retroattiva a titoli formati successivamente al promovimento dell'azione esecutiva.

tutto il corso del procedimento, sino alla sua conclusione⁷.

Un principio di diritto, così affermato in termini generali, che va tuttavia puntualizzato, nel suo concreto *modus operandi*, in relazione alle plurime e variegate vicende afferenti il titolo esecutivo di formazione giudiziale, muovendo dal sommario tratteggio di queste ultime situazioni.

2. Il titolo esecutivo di matrice giudiziale può, in primo luogo, essere oggetto di una correzione di errore materiale.

Si tratta, come è noto, di una mera emenda del testo del provvedimento giudiziale, che non influisce sulla sua portata precettiva e non comporta, di per sé, la formazione di un nuovo e diverso titolo esecutivo: posta a base della procedura coattiva una sentenza costituente titolo giudiziale, ove questa sia stata successivamente corretta ai sensi dell'art. 287 c.p.c., l'esecuzione ben legittimamente prosegue in forza della parte corretta della pronuncia⁸.

Diversa è l'ipotesi della sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, la quale può essere disposta dal giudice che lo ha pronunciato o in sede di impugnazione.

La misura incide sull'intrinseca idoneità del provvedimento a fondare la coattiva realizzazione del comando ivi contenuto, ma soltanto su quest'aspetto e non oltre: ad essa, pertanto, non possono ascrivere gli effetti, definitivi ed irreversibili, di un (nemmeno

astrattamente configurabile) travolgimento *ex tunc* degli atti del processo esecutivo già compiuti, l'efficacia dei quali continua (sino alla conclusione del giudizio sul provvedimento) ad essere sorretta dall'accertamento del credito portato nel titolo.

In definitiva, la sospensione c.d. esterna del titolo non cagiona l'illegittimità degli atti esecutivi nel frattempo espletati, ma, ai sensi dell'art. 623 c.p.c., impone al giudice dell'esecuzione di pronunciare, con provvedimento meramente dichiarativo, la temporanea paralisi del processo esecutivo fino all'esito del giudizio sul titolo: "*potendo, in caso di esito negativo dell'impugnazione del titolo, riprendere l'esecuzione con revoca della sospensione, oppure, al contrario, dovendo questa definitivamente arrestarsi per il travolgimento, stavolta appunto definitivo, del titolo stesso*"⁹.

Perdurante esistenza del titolo *manente* esecuzione non vuol dire identità o medesimezza del titolo rispetto al procedimento.

Si spiega: la regola per cui il titolo esecutivo deve esistere durante tutto il corso e sino all'esaurimento della procedura coattiva non postula che questa debba svolgersi o concludersi sulla base dello stesso titolo in virtù del quale sia stata iniziata.

Mutamenti del titolo esecutivo possono verificarsi, senza che si determinino interruzioni nello svolgimento del procedimento, quando: (a) il creditore procedente compia atti di impulso in forza di un titolo differente da quello originariamente azionato, dello stesso costituente un'evoluzione scaturente da vicende esterne all'esecuzione (fenomeno definibile come *successione o trasformazione oggettiva*); (b) la procedura esecutiva, caratterizzata dalla partecipazione di più parti creditrici (e, quindi, a complessità soggettiva), sia coltivata da un creditore intervenuto sulla base di un titolo diverso da quello del procedente (fenomeno definibile come *successione o trasformazione soggettiva*).

La vicenda (cui unicamente si ataglia appieno la qualificazione di "*evolutiva*") della trasformazione (o successione) oggettiva del titolo¹⁰ si lega, da un punto di vista sistematico, all'effetto integralmente sostitutivo dei provvedimenti resi a cognizione piena rispetto a quelli anticipatori e dei provvedimenti di merito di secondo grado rispetto a quelli di primo grado.

⁷ Il fondamento di questa affermazione è esaustivamente spiegato da Cass. 9 luglio 2001, n. 9293: "*Il mancato adempimento spontaneo dell'obbligo comporta che l'attuazione del diritto del creditore può essere realizzata attraverso il processo di esecuzione e, per realizzare il diritto di credito, il processo esecutivo modifica il rapporto sostanziale tra creditore e debitore, superando la mancata cooperazione del secondo ed opera con effetto costitutivo. Tutto ciò presuppone, dunque, che validità ed efficacia del titolo permangano durante tutto il corso della fase esecutiva, dal momento dell'intimazione del precetto fino a quello del compimento e dell'esaurimento della procedura esecutiva. La ragione della permanenza del titolo per tutta la durata dell'esecuzione, in definitiva, sta nella logica considerazione che la sopravvenuta mancanza del titolo non giustificerebbe più la permanenza del vincolo costituito dal pignoramento e, soprattutto, non sorreggerebbe l'esito dell'esecuzione. La conseguenza ineluttabile che si deve trarre dai principi esposti è che la sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo produce l'illegittimità dell'esecuzione con effetto (ex tunc), cioè dal momento in cui la circostanza si verificata*".

⁸ È il principio tratto da Cass. 18 agosto 2011, n. 17349.

⁹ Testualmente Cass. 4 giugno 2013, n. 14048.

¹⁰ Sulla quale si veda ancora, soprattutto per la distinzione rispetto alla caducazione del titolo, CAPPONI, *Vicende del titolo esecutivo nell'esecuzione forzata*, cit..

In particolare, detta vicenda si verifica quando ad un titolo di formazione giudiziale provvisorio - efficace e azionato esecutivamente - si sostituisca un altro provvedimento, recante una statuizione avente eguale idoneità *in executivis* ma affermativa di un diritto per contenuto o quantità diverso da quello riconosciuto nel titolo originario, provvedimento emesso nell'ambito del medesimo giudizio¹¹ oppure in un'ulteriore fase di esso¹² oppure ancora all'esito di un'impugnazione.

La fattispecie in parola non rinviene espressa regolamentazione nel libro terzo del codice di rito.

Un caso specifico di trasformazione oggettiva del titolo è invece positivamente disciplinata nel contesto dei procedimenti speciali: l'art. 653, secondo comma, c.p.c., con riferimento alla sorte degli atti esecutivi compiuti in virtù di un decreto ingiuntivo in caso di accoglimento parziale dell'opposizione avverso lo stesso spiegata, prevede che *“il titolo esecutivo è costituito esclusivamente dalla sentenza, ma gli atti di esecuzione già compiuti in base al decreto conservano i loro effetti nei limiti della somma o della quantità ridotta”*.

Alla trascritta disposizione un consolidato indirizzo euristico del giudice della nomofilachia ascrive valenza generale e paradigmatica, come tale idonea a regolare anche l'ipotesi dei rapporti tra sentenza di appello e sentenza di primo grado, pur con le precisazioni imposte dal peculiare atteggiarsi dell'effetto sostitutivo proprio di tale mezzo di impugnazione¹³.

¹¹ Ad esempio, la sentenza che definisce una controversia nel corso della quale sia stata emessa un'ordinanza anticipatoria: così, occupandosi di un'ordinanza resa ai sensi dell'art. 24 della legge 24 dicembre 1990, n. 990, cui sia poi succeduta, a definizione del giudizio, una sentenza di condanna della stessa parte ma ad un importo minore, Cass. 18 aprile 2012, n. 6072.

¹² Fattispecie ricorrente nei procedimenti speciali: sull'integrale effetto sostitutivo dell'ordinanza pronunciata all'esito di reclamo cautelare ex art. 669 *terdecies* c.p.c., si veda Cass. 14 ottobre 2015, n. 20593.

¹³ Con orientamento pacifico, la Suprema Corte attribuisce alla sentenza di appello, tanto di conferma quanto di riforma, l'efficacia di sostituire la sentenza di primo grado, naturalmente in relazione ai capi della pronuncia impugnati, in quanto tali devoluti alla cognizione del giudice di appello; un fenomeno di sostituzione tra titoli esecutivi è invece escluso quando il giudizio di impugnazione non assolva, in concreto, la funzione di gravame, cioè a dire quando l'appello sia definito con pronuncia di mero rito (inammissibilità, improponibilità o improcedibilità), senza esame nel merito della vicenda. Facendo poi applicazione della regola dettata dall'art. 653, secondo comma, c.p.c., si afferma che, qualora nel corso dell'esecuzione iniziata in forza di

Più specificamente, nei casi di sostituzione del titolo con riduzione quantitativa del credito accertato, si ritiene la conservazione dell'efficacia degli atti esecutivi (e di quelli ad essi prodromici¹⁴) compiuti in virtù del precedente provvedimento e la prosecuzione della procedura, senza soluzione di continuità o necessità di atti di impulso o riassunzione, per la soddisfazione del diritto nei limiti riconosciuti dal titolo sostitutivo: restano dunque fermi gli atti già posti in essere, ma viene meno l'idoneità *in executivis* del provvedimento sostituito, sicché in base ad esso non è più possibile intraprendere una nuova azione esecutiva¹⁵.

L'individuazione dei tratti caratterizzanti la figura comunemente denominata *“successione soggettiva nel titolo”* e della sua incidenza sulle procedure esecutive si deve, principalmente, all'opera di ricostruzione sistematica della giurisprudenza di legittimità, compendiata, nella sua più completa espressione, nella sentenza, resa a Sezioni Unite, del 7 gennaio 2014, n. 61¹⁶.

una sentenza di primo grado, provvisoriamente esecutiva, sopraggiunga la sentenza di appello che confermi integralmente o riformi parzialmente il *dictum* di condanna reso in prime cure, il procedimento esecutivo non resta caducato, ma prosegue, senza soluzione di continuità, nei limiti fissati dal nuovo titolo (con persistente efficacia, entro gli stessi, degli atti anteriormente compiuti) ove si tratti di modifica in diminuzione, o nei limiti del titolo originario, ove la modifica sia in aumento. Sull'argomento, cfr., *ex plurimis*, Cass. 13 novembre 2018, n. 29021; Cass. 16 aprile 2013, n. 9161; Cass. 30 luglio 1997, n. 7111.

¹⁴ Nel concetto di atti di esecuzione dei quali l'art. 653, secondo comma, c.p.c. prevede la conservazione degli effetti nei limiti della somma o della quantità ridotta, rientrano non soltanto gli atti del processo di esecuzione, ma tutti i possibili effetti dell'esecutività del decreto ingiuntivo, e, dunque, anche l'ipoteca iscritta sulla base dell'esecutività del decreto stesso, attesa la *ratio* della disposizione citata, tesa a mantenere integra, nei limiti del credito ridotto, la posizione e la protezione del creditore: così Cass. 24 settembre 2013, n. 21840; Cass. 25 settembre 2003, n. 14234.

¹⁵ Oltre a Cass. n. 29021 del 2018, cit., e Cass. n. 9161 del 2013, cit., cfr. Cass. 27 marzo 2009, n. 7537; Cass. 25 maggio 1998, n. 5212.

¹⁶ Annotata, tra gli altri, da CAPPONI, *Le Sezioni Unite e l'“oggettivizzazione” degli atti dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 496 ss., e da METAFORA, *Le Sezioni Unite e la sorte dell'espropriazione in caso di sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*, in *Corr. Giur.*, 2014, 979 ss.. Della sorte del processo esecutivo caratterizzato dalla presenza di interventori titolati in caso di caducazione del titolo esecutivo del creditore precedente, motivo di contrasto nella giurisprudenza di legittimità poi composto con l'intervento delle Sezioni Unite, si erano occupate, in precedenza, FARINA, *Caducazione del titolo*

Affermata la situazione paritetica in cui si trovano il creditore procedente ed il creditore intervenuto titolato (ambidue legittimati dai rispettivi titoli all'azione esecutiva, esercitata da ciascuno con diverse modalità) ed attribuita rilevanza meramente oggettiva alle attività spiegate per lo sviluppo del processo esecutivo (con totale indifferenza, cioè, del creditore titolato che dette attività ponga in essere), le Sezioni Unite hanno chiarito che l'immanenza del titolo esecutivo presuppone non necessariamente la continuativa sopravvivenza del titolo del creditore procedente, bensì la costante presenza di almeno un valido titolo esecutivo (pur se in favore dell'intervenuto) che giustifichi la perdurante efficacia dell'originario pignoramento. Da ciò hanno inferito che qualora, dopo l'intervento di un creditore munito di titolo, sia pronunciata la caducazione del titolo esecutivo del procedente, il pignoramento, se originariamente valido, non ne risulta travolto, bensì resta quale primo atto dell'*iter* espropriativo riferibile anche al creditore titolato intervenuto, che anteriormente ne era partecipe accanto al creditore pignorante.

3. Dalle figure sin qui illustrate si distingue, per caratteristiche e ricadute operative, la caducazione del titolo esecutivo.

Essa consiste nel venir meno del provvedimento giudiziale cui la legge attribuisce la natura di titolo esecutivo, quale conseguenza dell'ulteriore ordinario sviluppo del processo di sua formazione (si pensi, in via esemplificativa, alla revoca di un'ordinanza interinale¹⁷), di una successiva ed eventuale fase dello stesso (è quanto accade con l'accoglimento integrale dell'opposizione a decreto ingiuntivo¹⁸) oppure della esplicazione di un grado di impugnazione (come nel

esecutivo e chiusura anticipata dell'espropriazione: quali effetti nei confronti dei creditori intervenuti e dell'acquirente in vendita forzata?, in *Giust. civ.*, 2010, 2033 ss., e TISCINI, *Dei contrasti tra giurisprudenza di merito e giurisprudenza di legittimità circa il venir meno dell'esecuzione a seguito di difetto sopravvenuto del titolo del creditore procedente, pure in presenza di intervenuti titolati*, in *Riv. esec. forz.*, 2010, 515 ss..

¹⁷ *Ex plurimis*, Cass. 5 settembre 2017, n. 20789: "La revoca dell'ordinanza di condanna al pagamento di somme non contestate, emessa ai sensi dell'art. 186 bis c.p.c. - in corso di causa o con la sentenza, definitiva o meno, in rito *elo* nel merito, che decide la controversia - determina il venir meno di tutti gli effetti del provvedimento".

¹⁸ Da ultimo, Cass. 6 settembre 2017, n. 20868; nello stesso ordine di idee, Cass. 6 settembre 2005, n. 19491.

caso della riforma totale in appello della sentenza resa in primo grado¹⁹).

Secondo l'opinione comunemente condivisa, la caducazione del titolo esecutivo genera un triplice effetto:

- determinare, con efficacia immediata, l'illegittimità *ex tunc* della procedura esecutiva che sia stata intrapresa (ma che non sia stata ancora conclusa²⁰) in forza del titolo venuto meno;
- privare *ipso iure* gli atti esecutivi già compiuti dell'idoneità a costituire strumento di soddisfazione dei crediti azionati, restando fermi gli effetti di diritto sostanziale prodotti da tali atti²¹

¹⁹ Così si esprime Cass. 11 giugno 2014, n. 13249: "Quando il processo esecutivo sia iniziato o minacciato in forza di sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva, la riforma integrale di quest'ultima resa in grado d'appello comporta il venir meno della sentenza di primo grado anche come titolo esecutivo. [...] La sentenza di riforma si sostituisce sin dalla pubblicazione alla pronuncia riformata, privando quest'ultima della idoneità a legittimare l'instaurazione o la prosecuzione della procedura esecutiva senza che sia necessario attenderne il suo passaggio in giudicato, come conferma la modifica apportata all'art. 336, secondo comma, c.p.c., che ha eliminato il collegamento necessario tra l'effetto rescindente della sentenza di riforma e il suo passaggio in giudicato". Circa le differenti conseguenze derivanti dalla riforma parziale in appello della sentenza di primo grado, si veda, nel §. che precede, nella parte dedicata alla trasformazione oggettiva del titolo esecutivo.

²⁰ La conclusione della procedura esecutiva, con le diverse modalità previste per le varie tipologie di essa, segna il limite temporale di rilevanza della caducazione del titolo ai fini della validità ed efficacia degli atti compiuti in attuazione forzata dello stesso. Con chiarezza, Cass. 16 aprile 2015, n. 7690, che riprende, pedissequamente, il principio affermato da Cass. 31 marzo 2007, n. 8061: "Ai fini della legittimità dell'esecuzione forzata, è sufficiente che il titolo esecutivo sussista quando l'azione esecutiva è minacciata o iniziata e che la sua validità ed efficacia permangano durante tutto il corso della fase esecutiva, sino al suo termine finale; con la conseguenza che, così come è inammissibile per tardività una opposizione ex art. 615 c.p.c. proposta dopo il materiale compimento dell'esecuzione forzata, allo stesso modo non è possibile travolgere gli atti di una procedura esecutiva assistiti sino al suo termine finale da valido titolo esecutivo e rispetto alla quale la successiva caducazione del titolo esecutivo non può avere valenza retroattiva per inferirne la invalidità di una procedura legittimamente iniziata e portata a definitivo compimento".

²¹ Il riferimento è alle conseguenze in tema di prescrizione del diritto *in executivis* azionato. Pacifico che dal pignoramento (o dal diverso atto introduttivo del processo esecutivo) sortisca l'effetto interruttivo istantaneo di cui all'art. 2943, primo comma, c.c. (Cass. 25 marzo 2002, n. 4203), sulla produzione dell'effetto interruttivo permanente va rammentato il *discrimen* operato da Cass. 9 maggio 2019, n. 12239, secondo cui il termine

e salvi i diritti dei terzi aggiudicatari sui beni pignorati acquistati in sede di vendita forzata²²;

- imporre l'immediato arresto del procedimento esecutivo, da dichiararsi con un provvedimento di chiusura atipica reso dal giudice dell'esecuzione²³.

Elemento contrassegnante la caducazione (comune, tuttavia, alla trasformazione oggettiva del titolo) è la irreversibilità della privazione dell'efficacia esecutiva del provvedimento giudiziale caducato (o sostituito), con la impossibilità di una "reviviscenza" dello stesso quale titolo esecutivo: così, il decreto ingiuntivo, revocato con la sentenza di accoglimento (anche parziale) dell'opposizione, non riacquista idoneità *in executivis* in caso di annullamento di questa sentenza in sede di impugnazione²⁴; la sen-

di prescrizione non corre, a mente dell'art. 2945, secondo comma, c.c., per tutta la durata della procedura esecutiva soltanto quando la chiusura di quest'ultima sia determinata dal raggiungimento dello scopo perseguito oppure da altra ragione non ascrivibile ad un contegno inattivo o inerziale del precedente.

²² Sul punto, è doveroso richiamare il principio di diritto enunciato dalla fondamentale Cass., Sez. U, 28 novembre 2012, n. 21110, ispirato alla più efficace tutela dell'affidamento incolpevole del terzo e all'esigenza di non disincentivare la partecipazione alle vendite forzate degli interessati all'acquisto: "Il sopravvenuto accertamento dell'inesistenza di un titolo idoneo a giustificare l'esercizio dell'azione esecutiva non fa venir meno l'acquisto dell'immobile pignorato, che sia stato compiuto dal terzo nel corso della procedura espropriativa in conformità alle regole che disciplinano lo svolgimento di tale procedura, salvo che sia dimostrata la collusione del terzo col creditore procedente. In tal caso, tuttavia, resta salvo il diritto dell'esecutato di far proprio il ricavato della vendita e di agire per il risarcimento dell'eventuale danno nei confronti di chi, agendo senza la normale prudenza, abbia dato corso al procedimento esecutivo in difetto di un titolo idoneo".

²³ "Il giudice dell'esecuzione deve dichiarare l'improcedibilità del processo esecutivo quando è da lui accertato che il titolo non era esecutivo ovvero il provvedimento giurisdizionale fatto valere come titolo è annullato in giudizi proposti per la sua impugnazione": così, testualmente, Cass. 6 agosto 2002, n. 11769. Analogamente, ma con taglio più generale, Cass. 31 gennaio 2012, n. 1353: "Il difetto originario o sopravvenuto delle condizioni o dei presupposti processuali dell'azione esecutiva dà luogo ad un'ipotesi di chiusura anticipata del processo".

²⁴ Espressamente Cass. n. 20868 del 2017, sopra citata: "L'accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo comporta la definitiva caducazione del provvedimento monitorio, sicché l'eventuale riforma della sentenza di primo grado da parte del giudice d'appello - anche ove impropriamente conclusa con un dispositivo con il quale si "conferma" lo stesso - non determina la "reviviscenza" del decreto ingiuntivo già revocato, che, pertanto, non può costituire titolo per iniziare o proseguire l'esecuzione forzata".

tenza di primo grado, vanificata dal riesame nel merito operato dal giudice di appello, non viene ripristinata a seguito della successiva cassazione della sentenza di secondo grado²⁵.

4. La caducazione del titolo costituisce la più evidente epifania dell'accezione dinamica del principio *nulla executio sine titulo*.

Dalla qualificazione del titolo esecutivo come unico ed indefettibile fondamento di legittimità della procedura esecutiva discende l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del potere - dovere di apprezzare, in ogni momento della procedura affidata alla sua direzione (art. 484 c.p.c.), l'eventuale caducazione del titolo stesso, in guisa di controllo sull'esistenza e sulla continua permanenza della condizione legittimante la realizzazione forzosa del diritto.

Proprio per tale ragione, siffatto potere è esercitabile dal giudice su rilievo *motu proprio* (ma pur sempre in base alle risultanze degli atti di causa, stante il divieto di scienza privata); nella prassi, tuttavia, esso è più di frequente sollecitato dalla parte esecutata mediante un'istanza nella forma tipicamente prevista dall'art. 486 c.p.c. e senza necessità di spiegare

²⁵ Potendo una nuova azione esecutiva fondarsi soltanto, eventualmente, sulla pronuncia del giudice del rinvio che statuisca direttamente sulle domande delle parti e configuri quindi un nuovo titolo esecutivo. In questo ordine di idee, l'orientamento assolutamente maggioritario nella giurisprudenza di legittimità: tra le tante, Cass. 9 marzo 2001, n. 3475; Cass. 13 maggio 2002, n. 6911; Cass. 24 maggio 2006, n. 12364; Cass. 7 febbraio 2013, n. 2955; Cass. 12 marzo 2013, n. 6113; Cass. 8 luglio 2013, n. 16934; Cass., Sez. U, 9 giugno 2016, n. 11844. In senso difforme, ad una soluzione più articolata accede Cass. 8 febbraio 2013, n. 3074, secondo cui la cassazione con rinvio della sentenza di appello confermativa di quella di primo grado costituente titolo esecutivo: (a) ove sia stato intimato precetto sulla base della pronuncia del giudice di prime cure e l'esecuzione non abbia avuto ulteriore corso, non incide sull'efficacia del precetto, ferma restando, tuttavia, la possibilità - nel caso di cassazione della sentenza di appello con rimessione al primo giudice, ai sensi dell'art. 383, terzo comma, c.p.c. - che l'esecutività della sentenza sia sospesa dal giudice del rinvio; (b) ove l'esecuzione abbia avuto inizio sulla base della decisione del giudice di prime cure e sia proseguita con atti successivi alla pronuncia della sentenza di appello poi cassata, determina - a norma dell'art. 336, secondo comma, c.p.c. - la caducazione soltanto di tali atti successivi, mentre restano fermi quelli pregressi, potendo riprendere l'esecuzione dall'ultimo di essi, salvo che, ai sensi dell'art. 283 c.p.c., il giudice del rinvio sospenda l'esecutività della sentenza di primo grado.

un'opposizione all'esecuzione²⁶; non può escludersi, comunque, che la caducazione emerga in ambito esecutivo a seguito di deduzione proveniente dal creditore, esposto, in caso di prosecuzione dell'azione esecutiva in difetto sopravvenuto di titolo, alla responsabilità processuale aggravata sanzionata dall'art. 96 del codice di rito.

E il riscontro della caducazione del provvedimento giudiziale azionato impone l'immediato arresto dell'attuazione forzata del diritto, privata della sua - necessaria e sufficiente - condizione: una volta che l'evento risulti *ex actis*, il giudice dell'esecuzione è tenuto a pronunciare un provvedimento (in forma di ordinanza, giusta il precetto dell'art. 487 c.p.c.) di conclusione della procedura (di solito, con le formu-

le, invalse nella prassi curiale, di "improseguibilità" o "improcedibilità") sussumibile tra le (eterogenee) fattispecie di chiusura atipica dell'esecuzione²⁷.

Si tratta di un provvedimento a natura (non già costitutiva bensì) meramente dichiarativa, con un accertamento che esaurisce la sua efficacia nell'ambito della procedura esecutiva²⁸: il travolgimento *ex tunc* dell'efficacia degli atti esecutivi compiuti e la vanificazione della possibilità giuridica dell'azione esecutiva discende direttamente dal provvedimento giudiziale di annullamento, revoca, riforma, cassazione o altra formula di caducazione del titolo.

4.1. Ma il difetto sopravvenuto di titolo esecutivo assume rilevanza pure negli ambiti contenziosi che funzionalmente si innestano nelle procedure esecutive.

Anche le controversie oppositive non possono infatti rimanere insensibili alla caducazione del titolo, siccome vicenda che elimina dal mondo del rilevante giuridico, in maniera definitiva ed irreversibile, la condizione giustificante l'iniziativa coattiva contro la quale si è reagito.

Sul tema, il convincimento radicato della giurisprudenza e la maggioritaria opinione della dottrina convergono sulla rilevanza officiosa della carenza sopravvenuta del titolo ad opera del giudice investito dell'opposizione esecutiva.

²⁶ Sull'allegazione del difetto di titolo nella procedura esecutiva così si esprime Cass. 22 giugno 2017, n. 15605: "Il debitore ha anche la facoltà di costituirsi nel processo esecutivo senza proporre opposizione all'esecuzione, eventualmente limitandosi a sollecitare l'esercizio dei poteri di ufficio del giudice". Più spesso, la possibilità di sollecitare i poteri officiosi del giudice dell'esecuzione ad opera del debitore esecutato mediante istanza *ex art.* 486 c.p.c. e senza necessità di opposizione all'esecuzione è stata affermata dalla Suprema Corte in relazione ad episodi di sopravvenuta sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo disposta dal giudice dell'impugnazione: cfr., al riguardo, Cass. 3 settembre 2007, n. 18512; Cass. 16 gennaio 2006, n. 709; Cass. 16 ottobre 1992, n. 11342.

La soluzione accolta nelle citate pronunce si rifà agli approfonditi studi di ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, in *Digesto civ.*, XIII, Torino, 1996, 596 ss., nonché dello stesso A., *Opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 144 ss., il quale, proprio con riferimento alla sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo, prospetta "una doppia iniziativa dell'esecutato: o sollecitare, attraverso un'istanza esecutiva *ex art.* 486 c.p.c., l'esercizio del potere, che al g.e. compete, di rilevare la mancanza del titolo esecutivo o proporre un'opposizione all'esecuzione", cioè a dire, un concorso di rimedi (endoesecutivi e oppositivi) nella disponibilità dell'esecutato; conclude nel senso che la caducazione del titolo "impone subito una pronuncia che dichiari l'improseguibilità dell'esecuzione con i provvedimenti consequenziali" dacché "pretendere in questa ipotesi solo un'autonoma opposizione all'esecuzione significa imporre un processo di cognizione anche quando non v'è controversia da risolvere" (ORIANI, *Opposizione agli atti esecutivi*, cit., 148). Nel medesimo ordine di idee, cfr. anche ROMANO, *Titolo esecutivo*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, Appendice di aggiornamento*, Torino, 2010, 973 ss., spec. 983, e SCALA, *Sugli effetti della sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo nel giudizio di opposizione all'esecuzione*, in *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Anneschino*, Napoli, 2005, 667 ss., spec. 674, cui si rinvia per ulteriori considerazioni sugli sviluppi processuali generati dal differente atteggiarsi delle difese dell'esecutato.

²⁷ La chiusura atipica dell'esecuzione in caso di sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo è stata affermata, oltre che dalle menzionate Cass. n. 11769 del 2002 e Cass. n. 1353 del 2012, anche da Cass. 28 luglio 2011, n. 16610. Sulla natura del provvedimento del giudice dell'esecuzione che dichiara la mancanza o inefficacia di un valido titolo esecutivo e sul regime dello stesso fa chiarezza Cass. n. 15605 del 2017, cit.: esclusa la riconducibilità alle fattispecie tipiche di estinzione, esso va qualificato "come dichiarazione di improcedibilità dell'esecuzione, trattandosi di un provvedimento con cui il processo esecutivo viene chiuso in quanto definito, per l'avvenuta completa realizzazione del suo scopo o per la riconosciuta impossibilità di realizzare tale scopo e quindi per l'impossibilità della sua prosecuzione". In dottrina, dello stesso avviso, ORIANI, *Opposizione agli atti esecutivi*, cit., 144 ss., nega, con diffusa argomentazione, l'assimilabilità della caducazione del titolo esecutivo all'estinzione del procedimento esecutivo, vicenda correttamente ricorrente solo nei casi espressamente previsti dalla legge, correlati all'inattività della parte munita del potere di dare impulso alla procedura.

²⁸ Come puntualizza Cass. n. 16610 del 2011, cit., il potere - dovere del giudice dell'esecuzione di verificare l'idoneità e la permanenza del titolo esecutivo concreta un accertamento che esaurisce la sua efficacia nel processo esecutivo in quanto funzionale all'emissione di un atto esecutivo, il provvedimento di chiusura della procedura.

Con particolare riguardo alle controversie *ex art.* 615 c.p.c., la soluzione è stata argomentata in virtù dello stretto collegamento funzionale esistente tra procedimento esecutivo e giudizio di opposizione²⁹ e della razionale necessità, onde evitare inaccettabili andamenti distonici degli stessi, di riconoscere al giudice della parentesi cognitiva i medesimi compiti attribuiti al giudice dell'esecuzione circa la verifica della permanenza del titolo esecutivo³⁰, quale sincretistico compendio delle condizioni tutte (interesse, legittimazione e possibilità giuridica) dell'azione esecutiva³¹.

Analogamente, la considerazione simmetrica del titolo nell'ambito della procedura esecutiva e della parentesi cognitiva ad essa collegata fonda la medesima conclusione nel monolitico avviso del giudice della nomofilachia³².

Concetto nitidamente esplicitato nella seguente argomentazione: *“Se è vero, infatti, che l'esistenza del titolo esecutivo costituisce la condizione necessaria dell'esercizio dell'azione esecutiva, deve, necessariamente, convenirsi che la sua esistenza, indipendentemente dall'atteggiamento delle parti, deve essere sempre verifi-*

*cata d'ufficio dal giudice. In particolare - mentre il giudice dell'esecuzione ha il potere-dovere di verificare, con un accertamento che esaurisce la sua efficacia nel processo esecutivo, non solo la presenza del titolo esecutivo nel momento in cui l'azione esecutiva è sperimentata, ma anche la sua permanente validità ed efficacia in tutto il corso del processo di esecuzione - in sede di opposizione all'esecuzione l'accertamento dell'idoneità del titolo a legittimare l'azione esecutiva si pone come preliminare dal punto di vista logico per la decisione sui motivi di opposizione, anche se questi non investano direttamente la questione”*³³.

Costituendo *“l'esistenza di un valido titolo esecutivo il presupposto dell'azione esecutiva”*, l'abilitazione al rilievo *ex officio* investe l'intero sviluppo processuale della parentesi cognitiva, per essere praticabile in ogni stato e grado del giudizio e finanche per la prima volta nel giudizio per Cassazione, non ostandovi né il carattere di novità della questione né il divieto di produzione di nuovi documenti sancito dall'art. 372 c.p.c.³⁴.

5. Alle comuni e condivise premesse assiologiche sopra sommariamente riferite non fanno riscontro, nelle decisioni pretorie, univoche statuizioni circa la formula definitoria del giudizio di opposizione all'esecuzione nell'ipotesi di caducazione *lite pendente* del titolo esecutivo di formazione giudiziale in forza del quale l'azione esecutiva (per altre ragioni contestata) era stata minacciata o promossa.

Sullo specifico argomento, anzi, si è riscontrato un vero e proprio contrasto nella giurisprudenza delle sezioni semplici della Cassazione, frontalmente divisa in due opposte correnti di pensiero, la cui illustrazione appare di più agevole intellegibilità ove compiuta (come in appresso si tenterà) muovendo dalla genesi e seguendo l'evoluzione nel tempo dei divergenti avvisi ermeneutici.

²⁹ In tal senso ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, cit., 600.

³⁰ È questa la considerazione su cui fa perno la risposta positiva al problema offerta da SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2014, 1259. Dello stesso avviso anche MICALI, *Titolo esecutivo e “conflitti esecutivi”: alcune dinamiche*, cit., 419, in nt. 36.

³¹ Diversamente opinando, dovrebbe ammettersi un ingiustificabile condizionamento della controversia oppositiva dall'esito della procedura esecutiva: se il giudice dell'opposizione all'esecuzione non potesse infatti procedere di ufficio al controllo della sussistenza del titolo, allora l'eventuale venire meno di quest'ultimo potrebbe produrre gli effetti che la legge gli attribuisce esclusivamente qualora il giudice dell'esecuzione avesse già fatto uso del suo potere officioso (in questi termini da ARIETA - DE SANTIS, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto processuale*, a cura di MONTESANO - ARIETA, III, Padova, 2007, 1664 ss.). Con l'ulteriore precisazione (svolta da FARINA, *Il nuovo art. 615 c.p.c. e le preclusioni tra discutibili esigenze sistematiche e rischi di un'esecuzione ingiusta*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 258 ss.) che sul potere-dovere di verificare (per tutta la durata del processo) la sussistenza del titolo esecutivo che il giudice dell'opposizione condivide (*“in egual misura e non in via alternativa”*) con il giudice dell'esecuzione non spiega incidenza la preclusione temporale alla proponibilità dell'opposizione all'esecuzione successiva all'inizio dell'espropriazione sancita dall'art. 615, secondo comma, c.p.c., nella formulazione innovata dal d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito dalla legge 30 giugno 2016, n. 119.

³² Risalente a Cass. 7 settembre 1955, n. 2578. Tra le più remote conformi, Cass. 21 giugno 1974, n. 1854 e Cass. 15 ottobre 1985, n. 5062.

³³ Così, in motivazione, Cass. 13 marzo 2012, n. 3977; similmente, *ex multis*, Cass. 3 settembre 2019, n. 21996.

³⁴ L'affermazione ricorre costante in un florilegio di pronunce della Suprema Corte, chiamata, per lo più, a decidere sulla possibilità di un rilievo officioso nei gradi di impugnazione. Tra le tantissime: Cass. 19 giugno 1959, n. 1928; Cass. 7 dicembre 1974, n. 4092; Cass. 21 luglio 1983, n. 5019; Cass. 1° giugno 1998, n. 5374; Cass. 5 settembre 2003, n. 12944; Cass. 29 novembre 2004, n. 22430; Cass. 13 luglio 2011, n. 15363.

5.1. Secondo un primo orientamento, il venir meno del titolo fa divenire “ingiusta” l’esecuzione forzata intrapresa e determina, per l’effetto, l’accoglimento dell’opposizione all’esecuzione medio tempore proposta, ancorché per differenti motivi.

I più risalenti arresti indirizzati in tale direzione analizzano la questione in una - ben definita - angolazione prospettica, propria della giurisprudenza dell’epoca, nella quale era ancora precaria (se non del tutto agli esordi) l’elaborazione dell’istituto della cessazione della materia del contendere: individuare, nella circoscritta alternativa tra l’accoglimento e il rigetto dell’opposizione all’esecuzione, la statuizione conclusiva del giudizio maggiormente consentanea in caso di difetto sopravvenuto del titolo.

Eloquente, al riguardo, la motivazione di Cass. 4 ottobre 1958, n. 3099³⁵: *“nel giudizio di opposizione all’esecuzione la mancanza del titolo esecutivo, ancorché sopravvenuta, può essere dedotta in ogni stato e grado del giudizio stesso e dev’essere rilevata anche di ufficio, ciò che importa, in simili casi, l’accoglimento, e non il rigetto, dell’opposizione. È facilmente comprensibile, infatti, che una pronuncia di rigetto faculterebbe la prosecuzione dell’esecuzione, cosa questa inconciliabile con la sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo che dovrebbe giustificarla. Né utilmente si invocherebbe in contrario il principio secondo il quale la pronuncia giudiziale normalmente retroagisce al momento della domanda perché tale principio trova necessariamente un limite nell’altro principio dell’ius superveniens che impone al giudice di tener conto dei fatti costitutivi, modificativi od estintivi del diritto di cui si chiede l’attuazione sopravvenuta nel corso del giudizio”*³⁶.

Argomenti più lapidari, limitati all’affermazione della sopravvenuta ingiustizia dell’esecuzione, sono adoperati da successive decisioni: *“La caducazione sopravvenuta del titolo esecutivo, che può essere dedotta in ogni stato e grado del giudizio e deve essere rilevata anche d’ufficio, importa, automaticamente, che il precepto e l’esecuzione forzata, originariamente legittimi, divengano ingiusti per il venir meno del loro fondamentale presupposto processuale”*³⁷.

Assunto pedissequamente replicato, senza ulteriori approfondimenti, in numerosi posteriori interventi del Supremo Collegio³⁸, evocato, nella maggior parte dei casi, per censurare la correttezza del mancato rilievo (e non per statuire sugli effetti del rilievo) della carenza sopravvenuta del titolo ad opera dei giudici di merito.

Come appare evidente, la soluzione incline all’accoglimento dell’opposizione rappresenta il portato di una scelta necessitata dalla manifesta irragionevolezza di una statuizione di rigetto dell’opposizione, considerata all’epoca unica opzione in concreto percorribile, stante l’inconsistente elaborazione sull’istituto della cessazione della materia del contendere.

Nella sua originaria articolazione, l’apparato concettuale che sorregge l’indirizzo si struttura dunque (e, al contempo, si esaurisce) in una rigorosa sequenza inferenziale: dalla caducazione del titolo all’ingiustizia sopravvenuta dell’esecuzione alla fondatezza dell’opposizione all’esecuzione (per qualsivoglia doglianza proposta).

5.2. Ad alterare la stabilità così raggiunta sopravviene un arresto della Suprema Corte (la sentenza n. 3977 del 2012, già sopra citata), occasionato da un ricorso avverso una sentenza che, a seguito della caducazione del titolo esecutivo, aveva dichiarato la cessazione della materia del contendere sull’opposizione ex art. 615 c.p.c. e condannato l’opponente alla refusione delle spese di lite, valutando, alla stregua della soccombenza virtuale, l’infondatezza dei motivi formulati.

Nella diffusa motivazione, la pronuncia avalla la formula definitiva adottata dal giudice di merito, per essere venuto meno *“l’interesse delle parti alla definizione del giudizio in ordine alla pretesa esecutiva azionata”*; reputa tuttavia erronea la disamina, operata ai fini della soccombenza virtuale, dei motivi di opposizione *“posto che, per effetto del preliminar rilievo dell’avvenuta caducazione del titolo in questione, i suddetti motivi risultavano superati e, in definitiva, assorbiti”* ed altresì perché al momento della decisio-

cuzione divenuta ingiusta per caducazione del titolo discorrono anche Cass. 9 giugno 1969, n. 2053; Cass. 7 gennaio 1970, n. 28; Cass. 8 maggio 1973, n. 1245.

³⁸ Si segnalano, in ordine temporale, Cass. 8 aprile 1981, n. 2019; Cass. 21 luglio 1983, n. 5019; Cass. 12 gennaio 1999, n. 261; Cass. 28 maggio 1999, n. 5192; Cass. 09 gennaio 2002, n. 210; Cass. 25 maggio 2009, n. 12089.

³⁵ Edita in *Foro it.*, 1959, I, 813 s.

³⁶ Argomenti ribaditi nella immediatamente seguente Cass. 11 ottobre 1960, n. 2649.

³⁷ Così Cass. n. 1854 del 1974, *supra* citata. Di accoglimento dell’opposizione all’esecuzione conseguente ad un’ese-

ne il titolo azionato “*era stato rimosso con efficacia ex tunc dalla realtà giuridica, sicché l’opposizione risultava fondata*” quali che fossero le ragioni di contestazione dell’azione esecutiva; conclude, pertanto, per la condanna alla spese del creditore opposto, in quanto “*la parte che aziona in via esecutiva un titolo provvisoriamente esecutivo lo fa a suo rischio e pericolo*”.

Un articolato *iter* argomentativo compendiato nel seguente principio di diritto: “*In sede di opposizione all’esecuzione con cui si contesta il diritto di procedere all’esecuzione forzata perché il credito di chi la minaccia o la inizia non è assistito da titolo esecutivo, l’accertamento dell’idoneità del titolo a legittimare l’azione esecutiva si pone come preliminare dal punto di vista logico per la decisione sui motivi di opposizione, anche se questi non investano direttamente la questione; pertanto - dichiarata cessata la materia del contendere per effetto del preliminare rilievo dell’avvenuta caducazione del titolo esecutivo nelle more del giudizio di opposizione - per qualunque motivo sia stata proposta, l’opposizione deve ritenersi fondata*”.

La considerazione del venir meno dell’interesse alla decisione sull’opposizione quale conseguenza della eliminazione dal mondo giuridico del titolo: è questo l’elemento di novità, indubbiamente distonico rispetto alla coerenza logica animante le pregresse pronunce, che conduce ad un ambiguo affastellamento dei concetti di accoglimento e di cessazione della materia del contendere.

In punto di spese processuali, la riconosciuta fondatezza dell’opposizione importa, *de plano*, l’applicazione del principio della soccombenza e il divieto di porre le spese a carico della parte risultata vittoriosa in giudizio, ragion per cui il giudice della opposizione non può emettere condanna alle spese dell’opponente valutando la fondatezza dei motivi dallo stesso proposti, in quanto questi ultimi risultano “*assorbiti dal rilievo dell’avvenuta caducazione del titolo con conseguente illegittimità ex tunc dell’esecuzione*”.

Conclusione rafforzata dall’ulteriore rilievo secondo cui: “*la parte che aziona in via esecutiva un titolo provvisoriamente esecutivo lo fa a suo rischio e pericolo, per cui deve subire le conseguenze della sopravvenuta caducazione di quel titolo anche sul piano della regolazione delle spese dell’opposizione all’esecuzione, per qualunque motivo sia stata proposta*”³⁹.

³⁹ Le locuzioni virgolettate, anche nel precedente capoverso, sono tratte da Cass. n. 3977 del 2012, cit.; accenti pressoché identici si rinvencono in Cass. n. 12089 del 2009, cit., e in Cass. n. 4092 del 1974, cit..

Principi di diritto che, nonostante la intrinseca contraddittorietà di una statuizione conclusiva dell’opposizione a duplice contenuto, affollano, tralattivamente reiterati, i repertori della giurisprudenza di legittimità⁴⁰.

5.3. Altro orientamento, dalla genesi più recente presso la Suprema Corte, individua nella caducazione *lite pendente* del titolo esecutivo una causa di cessazione della materia del contendere nel giudizio di opposizione all’esecuzione⁴¹.

L’avviso, espresso dapprima con riferimento alle altre tipologie di opposizioni esecutive previste dal codice di rito⁴², qualifica la caducazione del titolo come evento di indole processuale che elide l’interesse all’accertamento invocato dall’opponente.

In tal senso si esprime Cass. 8 giugno 2017, n. 14267: in un’opposizione a precetto incentrata sulla contestazione della liquidità del credito fatto valere, la riforma della sentenza posta a base dell’intimazione (“*l’integrale eliminazione della sentenza e dei suoi*

⁴⁰ Tra le molteplici, si vedano Cass. 3 febbraio 2015, n. 1925 e a Cass. n. 20868 del 2017, cit..

⁴¹ Soluzione decisamente prevalente nella giurisprudenza di merito: tra le tante, si segnalano Trib. Ragusa, 25 marzo 2014; Trib. Salerno, 23 ottobre 2015; Trib. Bari, 28 aprile 2016; Trib. Milano, 21 giugno 2018; App. Catanzaro, 08 maggio 2019; Trib. Nola, 24 luglio 2019; Trib. Cassino, 28 agosto 2019.

⁴² Decidendo su un’opposizione agli atti esecutivi, Cass. 3 aprile 2015, n. 6822, chiarisce che la caducazione del titolo in forza del quale è stato posto in essere l’atto esecutivo contestato ai sensi dell’art. 617 c.p.c. “*rende la contesa tra le parti sulla legittimità [dell’atto] del tutto priva del requisito dell’interesse*” per il venir meno dell’atto fondante il processo esecutivo e per l’inefficacia dell’attività in esso svolta, con la conseguente cessazione della materia del contendere sulla controversia di opposizione, siccome “*rimasta priva, sebbene in via sopravvenuta, dell’oggetto*”.

Concerne invece un’opposizione di terzo all’esecuzione Cass. 9 marzo 2017, n. 6016: qualificato il giudizio di cui all’art. 619 c.p.c. come un’azione di accertamento dell’illegittimità dell’esecuzione in rapporto al suo oggetto ed in relazione al diritto vantato dal terzo, alla caducazione del titolo esecutivo si ascrive l’effetto di “*rendere superflua l’affermazione sulla sottoponibilità dei beni ad espropriazione*”, ovvero di porre fine alla “*necessità di statuire sulla corretta individuazione dell’oggetto dell’azione [esecutiva] non suscettibile più di alcuna prosecuzione*”; la caducazione del titolo concreta, quindi, “*una tipica ipotesi di cessazione della materia del contendere del giudizio di opposizione di terzo all’esecuzione per il verificarsi di un evento di indole processuale elidente l’interesse alla decisione sul merito della lite*”.

effetti”, per adoperare le parole della S.C.) recide “ogni ragione di controversia” in ordine al disputato diritto a procedere esecutivamente ed impone, quale formula conclusiva della lite, la declaratoria di cessazione della materia del contendere⁴³.

Una più approfondita riflessione connota due successive (e pressoché coeve) pronunce della terza sezione civile della Suprema Corte, facenti parte, a riprova della importanza assunta dalla questione, del c.d. “progetto esecuzioni”⁴⁴.

Facendosi carico delle divergenze esegetiche già profilatesi, Cass. 29 novembre 2018, n. 30857 e Cass. 11 dicembre 2018, n. 31955⁴⁵, evocano, in senso contrario alla tesi dell'accoglimento nel merito della opposizione, il peculiare atteggiarsi del principio della domanda nelle opposizioni esecutive, predicato come rigorosa “delimitazione dell'oggetto dell'opposizione all'esame dei motivi cristallizzati” nell'atto introduttivo della lite e “vincolanti” per il giudice.

In questa prospettiva la caducazione del titolo esecutivo (la cui verifica, anche in via officiosa, è *prius* logico della decisione, integrando l'esistenza del titolo *condicio sine qua non* dell'azione esecutiva) rappresenta un'eventualità propria del giudizio, ma “esterna ai motivi”, che fa venir meno ogni interesse all'apprezzamento sulla fondatezza delle (autonome e differenti) doglianze sollevate dall'opponente.

E tanto giustifica la declaratoria di cessazione della materia del contendere, con conseguente riparto delle spese di lite secondo il canone (ordinariamente correlato a siffatta tipologia di pronuncia) della soc-

combenza virtuale, ritenuto espressione del principio di causalità che sorregge l'onere delle spese.

Peraltro, nella particolare vicenda della caducazione, la regola della causalità va riguardata, onde evitare irrazionali distribuzioni delle spese ed abusivi utilizzi dello strumento oppositivo, “rispetto alla domanda svolta e non a fatti esterni, sebbene connessi, che ne inibiscano la compiuta delibazione”: il giudice investito dell'opposizione è tenuto ad un prognostico vaglio sulla (astratta e verosimile) fondatezza dei motivi di contestazione, al fine di individuare la parte che, omettendo la considerazione del fatto sopravvenuto, sarebbe stata dichiarata soccombente, tenuta pertanto a sopportare il carico delle spese, dacché, diversamente statuendo, “la redistribuzione dei costi della lite sarebbe [...] determinata dalla tempistica della caducazione del titolo, e s'incentiverebbe un possibile utilizzo strumentale dell'opposizione”⁴⁶.

6. Il contrasto in tal modo formatosi all'interno della giurisprudenza di legittimità, ulteriormente accentuato da successive antitetiche pronunce⁴⁷, ha richiesto la remissione della questione alle Sezioni Unite⁴⁸, precipuamente chiamate a sciogliere il nodo sull'esito decisorio dell'opposizione all'esecuzione al verificarsi della caducazione del titolo e sul regime delle spese processuali per tale ragione concluso.

Sono questi gli accadimenti che hanno portato a Cass., Sez. U., 21 settembre 2021, n. 25478.

Il fulcro della decisione risiede nell'inquadramento sistematico del problema, individuato nel (e, ad un tempo, circoscritto al) solo criterio di regolamentazione delle spese del giudizio di opposizione.

⁴³ Con argomentazioni pressoché identiche, Cass. 24 ottobre 2018, n. 26908, scaturente dal medesimo episodio di vita controverso.

⁴⁴ Si designa abitualmente con tale locuzione l'opera di riscrittura sistematica della giurisprudenza in tema di procedure esecutive intrapresa dalla terza sezione civile della Corte di Cassazione, alla quale, nella distribuzione degli affari interna all'organo di nomofilachia, la materia dell'esecuzione forzata è, da lungo tempo, tabellarmente devoluta in via esclusiva. Sul significato e sugli obiettivi di questa particolare metodologia organizzativa adottata per la trattazione dei ricorsi vertenti su questioni di diritto di rilevante importanza, in ultima istanza finalizzata ad una concreta valorizzazione della funzione nomofilattica, non possono che richiamarsi le parole del Presidente *pro tempore* della terza sezione civile: SPIRITO, *Il “Progetto esecuzioni” della terza sezione civile della Corte di Cassazione*, in *Riv. esec. forz.*, 2019, 1 ss..

⁴⁵ Pubblicata in *Foro it.*, 2019, 3725 ss., con commento di NICOLELLA, *Gli effetti della sopravvenuta carenza del titolo esecutivo nel giudizio di opposizione all'esecuzione*.

⁴⁶ Testualmente, Cass. n. 31955 del 2018, cit..

⁴⁷ In una sorta di “*botta e risposta*”, i contrapposti orientamenti sono stati riproposti, senza nulla aggiungere ai rispettivi argomenti a supporto, da decisioni emesse nell'arco di pochi mesi da differenti sezioni della Suprema Corte: in senso favorevole alla tesi dell'accoglimento dell'opposizione, Cass. 9 agosto 2019, n. 21240 (edita in *Giur. it.*, 2020, 328, con nota di BARAFANI, *La caducazione del titolo esecutivo in sede di opposizione all'esecuzione*); incline alla cessazione della materia del contendere Cass. 17 gennaio 2020, n. 1005 (annotata da SICILIANO, *La sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo non determina la fondatezza dell'opposizione ed il suo accoglimento, bensì la cessazione della materia del contendere con applicazione del principio della soccombenza virtuale*, in www.judicium.it, 16.03.2020).

⁴⁸ Disposta dalla sopra menzionata ordinanza Cass. n. 6422 del 2020.

Unicamente in quest'aspetto, ad avviso delle Sezioni Unite, si annida la ragione di divergenza ermeneutica nei precedenti giurisprudenziali: *“entrambe le impostazioni si trovano concordi sul fatto che la successiva caducazione del titolo esecutivo disposta in sede di cognizione determina che il giudizio di opposizione all'esecuzione debba chiudersi con una pronuncia di cessazione della materia del contendere; mentre il disaccordo riguarda, in effetti, il profilo della liquidazione delle spese processuali”*.

Così tracciato il perimetro del *dictum* da rendere, alla formula definitoria della cessazione della materia del contendere (acriticamente ribadita, dacché, per l'appunto, ritenuta non oggetto di contrasto) si è preferito associare il criterio della soccombenza virtuale quale strumento di regolazione delle spese del giudizio di opposizione.

Tre gli argomenti addotti a suffragio della conclusione.

In *primis*, l'adesione alla visione eterodeterminata delle opposizioni esecutive.

“Il giudizio di opposizione all'esecuzione è un giudizio vincolato ai motivi in essa proposti” rispetto ai quali la caducazione del titolo esecutivo giudiziale avvenuta in sede di cognizione rappresenta un evento esterno: *“giudicare fondata tale opposizione in un caso del genere equivarrebbe ad accoglierla per motivi diversi da quelli effettivamente proposti”*.

In secondo luogo, una considerazione di natura empirica: scoraggiare l'utilizzo in funzione strumentale delle opposizioni esecutive.

Posto che l'esecuzione promossa sulla base di un titolo giudiziale non definitivo (eventualità di sempre maggiore ricorrenza, in un sistema che tende a favorire l'immediata efficacia esecutiva dei provvedimenti) *“ha in sé una certa percentuale di rischio, porre le spese del giudizio di opposizione all'esecuzione sempre a carico del creditore opposto finirebbe con l'incoraggiare il debitore a proporre comunque l'opposizione - benché, magari, del tutto infondata - al solo scopo di lucrare le relative spese in caso di successiva caducazione del titolo”*.

Infine, una ragione (nel pensiero della S.C., *“la più significativa”*) di giustizia sostanziale.

Il criterio della soccombenza virtuale (peraltro, tipicamente accessorio alle statuizioni di cessazione della materia del contendere) è, in concreto, *“la regola decisoria più giusta”* di riparto delle spese processuali, perché consente di apprezzare la fondatezza delle doglianze dedotte in opposizione espungendo l'accidentale occorso della sopravvenuta caducazione del titolo.

7. L'approdo del supremo organo della nomofilia, ora brevemente ripercorso, si colloca in linea di continuità con l'orientamento più recente della terza sezione, di cui ripropone i fondamenti teorici e le argomentazioni giustificatrici.

La rigorosa corrispondenza della *causa petendi* del giudizio di opposizione all'esecuzione alle contestazioni sollevate con l'atto di opposizione - concepite quali distinti ed autonomi fatti costitutivi dell'inesistenza del contestato diritto a procedere e, quindi, della domanda di tutela spiegata dall'opponente - si riscontra sovente nei precedenti di legittimità.

Illuminante, al riguardo, la lettura di Cass. 20 gennaio 2011, n. 1328: *“L'opposizione all'esecuzione si connota come diretta ad ottenere l'accertamento dell'inesistenza del diritto di procedere all'esecuzione per quella ragione, sulla base di tutti i fatti giuridici esistenti al momento della sua proposizione, che potrebbero giustificare detta inesistenza. Essi assumono il carattere di fatti individuatori del diritto fatto valere con l'opposizione, che, proprio perché individuato dalle ragioni dedotte - in quanto, naturalmente, deducibili - dall'opponente, ha natura eterodeterminata”*⁴⁹.

È dunque l'atto introduttivo della controversia ex art. 615 c.p.c. a tracciare, in maniera vincolante, i confini del *thema decidendum* devoluto al giudice così adito: *“l'opponente non può mutare la domanda, modificando le “eccezioni” che ne costituiscono il fondamento, né il giudice può accogliere l'opposizione per motivi che costituiscono un mutamento di quelli espressi nel ricorso introduttivo, ancorché si tratti di eccezioni rilevabili d'ufficio”*⁵⁰.

⁴⁹ In precedenza, similmente, Cass. 12 ottobre 2010, n. 21074.

⁵⁰ Così, testualmente, ancora Cass. n. 1328 del 2011. La individuazione della *causa petendi* del giudizio di opposizione all'esecuzione nei motivi dedotti dall'opponente è affermazione costante nella giurisprudenza di legittimità: sulla scia di Cass. 3 maggio 1980, n. 2911, v. Cass. 7 marzo 2002, n. 3316; Cass. 7 marzo 2003, n. 3477; Cass. 29 aprile 2004, n. 8219. Da ciò la considerazione come inammissibile domanda nuova della richiesta, nel corso del giudizio di primo grado, di accertamento della carenza originaria del titolo esecutivo per un motivo diverso da quello dedotto con l'atto introduttivo (Cass. 28 luglio 2011, n. 16541) e la inammissibilità, sempre per le medesime ragioni, della deduzione, formulata per la prima volta nelle memorie ex art. 183 c.p.c., della non assoggettabilità ad espropriazione forzata dell'immobile pignorato (Cass. 28 giugno 2019, n. 17441).

Proprio la natura eterodeterminata del giudizio era stata valorizzata in senso contrario alla tesi dell'accoglimento dell'opposizione in caso di caducazione del titolo esecutivo: atteggiandosi quest'ultima in guisa di elemento integrante un'autonoma ragione di inesistenza del diritto a procedere ad esecuzione forzata (cioè a dire una diversa *causa petendi* a sostegno dell'opposizione), la sua emersione in ambito contenzioso, per deduzione dell'opponente o iniziativa officiosa, era stata vista, rispettivamente, come una non consentita *mutatio libelli* della parte o come un inammissibile rilievo di ufficio.

Del pari già evidenziata era stata la maggiore razionalità della disciplina delle spese processuali ove informata alla soccombenza virtuale, dacché criterio idoneo a neutralizzare l'incidenza dei tempi della caducazione del titolo sulla distribuzione dei costi di lite e, per conseguenza, a scongiurare possibili utilizzi in funzione strumentale dell'opposizione esecutiva.

7.1. Se in ordine agli illustrati profili nella pronuncia in esame non si ravvisano spunti argomentativi di originalità o di particolare novità, l'approccio da cui le Sezioni Unite muovono in ordine alle ragioni del proprio ingaggio⁵¹ rende ancor meno significativo il contributo offerto da Cass. n. 25478 del 2021 alla ricostruzione sistematica del giudizio di opposizione all'esecuzione.

L'aver inteso il contrasto esegetico motivo della rimessione come limitato al “*solo profilo della liquidazione delle spese*” e non attingente alla “*sostanza dell'esito decisorio*”⁵² ha posto fuori dalla delibazione delle Sezioni Unite (in maniera del tutto coerente con la premessa, peraltro) una serie di questioni involte dalle (o comunque connesse alle) inferenze della vicenda caducatoria del titolo sull'opposizione relativa all'*an exequatur*.

Non è spesa anzitutto parola sulle ragioni che, al verificarsi della caducazione del titolo *lite pendente*,

giustificherebbero la declaratoria di cessazione della materia del contendere sull'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* né sulla portata e sugli effetti di una statuizione del genere.

Trattasi di questione per nulla solo teorica o di mera speculazione dogmatica.

La cessazione della materia del contendere è formula definitoria della lite di creazione pretoria, adoperata dalla giurisprudenza in una congerie di variegata ed eterogenee fattispecie (tanto di matrice processuale quanto a rilevanza sostanziale), sopravvenute alla introduzione del giudizio, accomunate dall'effetto di far venire meno la necessità di “*affermare la volontà della legge in concreto*”⁵³, la necessità, cioè, di emanare una pronuncia concernente un diritto non più esistente (siccome inciso dal *factum superveniens*) nella sua originaria conformazione decisa in causa⁵⁴.

Orbene, nell'ipotesi di caducazione del titolo esecutivo, la necessità di una decisione sul merito della già intentata opposizione all'esecuzione può dirsi effettivamente vanificata soltanto ove dalla declaratoria di cessazione della materia del contendere scaturiscano, per la parte opponente, utilità equipollenti o succedanee a quelle proprie del *dictum* di accoglimento originariamente richiesto.

Altrimenti detto, la eliminazione della ragion d'essere della lite *ex art. 615 c.p.c.* postula l'attribuzione alla pronuncia di cessazione della materia del contendere di un'efficacia panprocessuale: al fine di

⁵³ All'esito di un pregevole tentativo di ordinato e sistematico inquadramento della frammentaria e composita produzione della giurisprudenza dei diversi plessi (amministrativo, tributario, civile) sul tema, SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino, 2001, 183 ss., opera una classificazione delle numerose fattispecie di indole sostanziale determinanti la cessazione della materia del contendere: distingue così eventi dai quali derivi la realizzazione del diritto azionato dall'attore, eventi che comportano la sostituzione della fonte di regolamentazione del diritto tra le parti sul piano sostanziale, eventi che rendono impossibile la realizzazione dell'effetto richiesto ed eventi che si concretano nella rinuncia alle originarie pretese ovvero nel riconoscimento delle ragioni della controparte.

⁵⁴ L'interesse ad una pronuncia sull'inesistenza dell'avverso diritto a procedere invocata con l'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* rimane immutata quando *lite pendente* venga disposta la mera sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, in quanto vicenda che determina unicamente un momentaneo arresto della procedura coattiva intrapresa in forza di esso: lo osserva, correttamente, SCALA, *Sugli effetti nel giudizio di opposizione all'esecuzione*, cit., 498. Lo conferma Cass. n. 18512 del 2007, cit..

⁵¹ Approccio criticato da BOCCAGNA, *Opposizione all'esecuzione e sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*, cit., a parere del quale “*la pronuncia [...] evita, nella sua scarna e un poco apodittica motivazione, di confrontarsi con le pur cospicue implicazioni sistematiche della questione affrontata, ridotta alquanto sbrigativamente a un problema di spese*”.

⁵² Locuzioni tratte dalla parte motiva di Cass., Sez. U, n. 25478 del 2021, cit..

soddisfare il bisogno di tutela manifestato dall'opponente, l'accertamento del giudice dell'opposizione (avente ad oggetto l'emanazione *aliunde* di un provvedimento giudiziale avente valenza caducatoria del titolo esecutivo azionato) deve ritenersi assistito dalla *vis* preclusiva di nuove iniziative del creditore in base al medesimo titolo, cioè dalla capacità di impedire il sorgere di nuove controversie circa l'esistenza del diritto a procedere esecutivamente nascente da quel titolo.

Ma un'efficacia del genere alla pronuncia di cessazione della materia del contendere non viene (nemmeno per implicito) riconosciuta dalla giurisprudenza che propende per chiudere in tal modo l'opposizione *ex art.* 615 c.p.c. al sopraggiungere della caducazione del titolo; sul punto nulla aggiungono le Sezioni Unite, le quali, nel riaffermare *sic et simpliciter* la correttezza di tale formula conclusiva, omettono financo di esplicitare il richiamo al difetto sopravvenuto di interesse ad agire quale fondamento giustificativo della cessazione della materia del contendere⁵⁵.

Risultano dunque irrisolti i (non peregrini) dubbi manifestati dalla dottrina, propensa a negare portata di giudicato sostanziale alla cessazione della materia del contendere per carenza di interesse, attesa la sua natura di pronuncia di mero rito, come tale inidonea a fare stato tra le parti sulla circostanza del venir meno del titolo esecutivo e ad impedire al creditore di avviare una nuova procedura esecutiva in forza di quel titolo⁵⁶.

⁵⁵ Verosimilmente, per un eccesso di sintesi nella parte motiva, come si intuisce dal fatto che Cass. n. 25478 del 2021 chiaramente dichiara di privilegiare l'orientamento della terza civile (di cui, nella narrazione del contrasto che ha determinato la rimessione alle Sezioni Unite, riporta i precedenti e trascrive i principi di diritto) che si incentra appunto sulla carenza dell'interesse ad agire.

Sulla effettiva idoneità della caducazione sopravvenuta del titolo esecutivo a determinare il venir meno dell'interesse alla decisione sul giudizio di opposizione all'esecuzione esprime perplessità BOCCAGNA, *Opposizione all'esecuzione e sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*, cit.: con riferimento all'opposizione proposta per motivi di merito (cioè - anche o solo - su ragioni di carattere sostanziale), "*potrebbe affacciarsi il dubbio che l'improcedibilità dell'esecuzione in corso non elimini l'interesse del debitore ad una pronuncia che accerti ad ogni effetto l'inesistenza del credito*".

⁵⁶ Sono considerazioni di SCALA, *Sugli effetti nel giudizio di opposizione all'esecuzione*, cit., 502; nella stessa direzione si muove BOCCAGNA, *Opposizione all'esecuzione e sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*, cit..

7.2. Non affrontata da Cass. n. 25478 del 2021 è poi la tematica dell'emersione dell'evento "caducazione del titolo" nella controversia di opposizione.

La riconduzione di esso nell'area di operatività della cessazione della materia del contendere consente tuttavia di identificare, senza eccessive incertezze, la disciplina del modo di esplicazione delle facoltà difensive delle parti.

Corollario della qualificazione come accadimento sopravvenuto, esterno alla lite ma rilevante per la sua definizione in quanto elidente le ragioni di contrasto tra le parti, è infatti la deducibilità in giudizio *sine tempus* della caducazione del titolo esecutivo, non assoggettata alle preclusioni alle attività, assertive ed asseverative, delle parti contemplate nel processo ordinario di cognizione.

Allegazione del *factum superveniens* altresì ammissibile, pure per la prima volta, in sede di impugnazione ordinaria, e più precisamente sia se l'opposizione all'esecuzione versi in grado di appello⁵⁷ sia se penda innanzi il giudice di legittimità⁵⁸.

7.3. Restano invece inevasi gli interrogativi circa il fondamento del potere del giudice adito con l'opposizione all'esecuzione di rilevare in via officiosa la caducazione del titolo esecutivo ad opera.

L'argomento interseca la (o, per meglio dire, è intrinsecamente correlato alla) questione (annosa, controversa⁵⁹,

⁵⁷ Non impingendo la deduzione della caducazione del titolo sugli elementi conformativi della domanda, non opera il divieto di *ius novorum* sancito dall'art. 345 del codice di rito. La deducibilità in appello di accadimenti determinati la cessazione della materia del contendere è stata affermata, principalmente, con riferimento ad ipotesi di transazione novativa: Cass. 24 ottobre 2012, n. 18195; Cass. 3 maggio 2017, n. 10728.

⁵⁸ Nonostante il testuale riferimento alla sola inammissibilità del ricorso, una consolidata lettura estensiva del dettato dell'art. 372 c.p.c., ispirata ad esigenze di economia processuale e di giustizia della decisione, consente la produzione di documenti nuovi incidenti sulla proponibilità, procedibilità e perseguibilità del ricorso medesimo, inclusi quelli diretti ad evidenziare la cessazione della materia del contendere per fatti sopravvenuti che elidano l'interesse alla pronuncia sul ricorso: cfr., tra le tantissime, a partire da Cass. 10 marzo 1980, n. 1579, Cass. 7 dicembre 2004, n. 22972; Cass. 23 giugno 2009, n. 14657; Cass. 29 febbraio 2016, n. 3934.

⁵⁹ Sul potere del giudice dell'opposizione all'esecuzione di rilevare d'ufficio il difetto originario del titolo esecutivo sussiste contrasto nella giurisprudenza delle sezioni semplici della Corte di Cassazione.

dibattuta⁶⁰, irrisolta⁶¹) della rilevabilità *ex officio* nella controversia *ex art. 615 c.p.c.* dell'inesistenza originaria

Due contrapposti orientamenti si contendono il campo.

L'avviso favorevole (sostenuto, tra le altre, da Cass. 28 luglio 2011, nn. 16610 e 16612; Cass. 29 novembre 2004, n. 22430; Cass. 7 febbraio 2000, n. 1337) fa perno sui seguenti argomenti: l'opposizione all'esecuzione si è giudizio di accertamento negativo del diritto di procedere ad esecuzione forzata; il presupposto indeffettibile per dichiarare il diritto a procedere all'esecuzione è la esistenza del titolo che documenti un credito certo, liquido ed esigibile; il giudice dell'esecuzione ha il potere - dovere di verificare l'idoneità del titolo, nonché la correttezza della quantificazione del credito operata dal creditore nel precetto, con un accertamento che non fa stato ma esaurisce la sua efficacia nell'ambito del processo esecutivo; conseguentemente, nel giudizio di opposizione all'esecuzione, l'idoneità del titolo si pone come preliminare dal punto di vista logico per la decisione sui motivi di opposizione, anche se questi non investano direttamente la questione. In sintesi, dunque: l'immanenza del titolo quale condizione dell'azione giustifica il potere-dovere di rilievo officioso nell'intero spettro delle fattispecie di carenza, sopravvenuta od originaria, e il rilievo officioso dei vizi prevale sul principio della domanda, apprendendo la questione di validità preliminare allo scrutinio dei motivi di opposizione.

L'indirizzo contrario alla rilevabilità officiosa (in cui si collocano, *ex aliis*, Cass. 28 luglio 2011, n. 16541; Cass. 7 marzo 2002, n. 3316) sviluppa il ragionamento di seguito sintetizzato: il giudizio di opposizione all'esecuzione è un processo ordinario di cognizione avente ad oggetto il difetto di qualsiasi condizione o requisito sostanziale del diritto a procedere ad esecuzione forzata; l'esecuzione forzata può essere promossa in virtù di un titolo esecutivo e per un diritto certo liquido ed esigibile, quindi con l'opposizione all'esecuzione si può dedurre - anche separatamente - il difetto del titolo esecutivo o quello del diritto sostanziale; nel giudizio di opposizione all'esecuzione la rilevabilità d'ufficio del difetto del titolo esecutivo va esclusa perché trova un preciso limite nel rispetto del principio della domanda e di quello della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (artt. 99 e 112 c.p.c.). In sintesi, l'effetto devolutivo dei motivi di opposizione, corollario del principio della domanda, vincola la cognizione del giudice dell'opposizione ed osta al rilievo di ufficio del difetto del titolo.

Per una ricognizione delle ragioni del contrasto ed un'attenta disamina dei riverberi delle differenti soluzioni di esso, muovendo dalla discussa individuazione dell'oggetto dell'opposizione all'esecuzione, si rinvia a MAJORANO, *Questioni controverse in tema di poteri di rilevazione officiosa del giudice dell'opposizione all'esecuzione e di interpretazione del titolo esecutivo*, in *Riv. esec. forz.*, 2012, 159 ss..

⁶⁰ Anche in dottrina si registrano divergenze di vedute in materia.

Prevale l'idea favorevole alla rilevabilità di ufficio del difetto originario del titolo esecutivo (o della idoneità del provvedimento a fungere da titolo per l'esecuzione forzata), argomentata dalla considerazione simmetrica tra i poteri del giudice dell'esecuzione e quelli del giudice dell'opposizione esecutiva (ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, 342; SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 1259; ARIETA-

del titolo esecutivo o dell'inidoneità di esso (per mancanza dei requisiti di certezza, liquidità, esigibilità) a fondare l'azione contestata con l'opposizione relativa all'*an exequatur*.

E questo (ineludibile) parallelismo pone in risalto limiti di tenuta della tesi favorevole alla cessazione della materia del contendere.

Si chiarisce.

Si è sopra visto come dottrina e giurisprudenza concordemente conferiscano al giudice dell'opposizione all'esecuzione un potere - dovere, omologo a quello esercitato in ambito esecutivo dal giudice dell'esecuzione, di controllare la perdurante validità ed efficacia del titolo esecutivo, quale *condicio sine qua non* dell'azione esecutiva.

Orbene, se tale potere, in ultima analisi precipitato logico di una dinamica ed immanente visione del principio *nulla executio sine titulo*, abilita il giudice adito *ex art. 615 c.p.c.* al rilievo officioso della caducazione lite pendente del titolo, riesce difficile, a pena di palmare inosservanza del basilare principio ora enunciato, negare allo stesso giudice la facoltà di rilevare *motu proprio* l'originaria inesistenza (nonché l'inidoneità *in executivis*) del titolo azionato⁶²: "il pre-

DE SANTIS, *L'esecuzione forzata*, cit., 1654; FARINA, *Il nuovo art. 615 c.p.c. e le preclusioni tra discutibili esigenze sistematiche e rischi di un'esecuzione ingiusta*, cit., 259) oppure dalla efficacia condizionante del titolo esecutivo, presupposto formale del diritto a procedere esecutivamente (MICALI, *Titolo esecutivo e "conflitti esecutivi": alcune dinamiche*, cit., 419, in nt. 36).

In senso opposto, è la natura dell'opposizione all'esecuzione come incidente cognitivo di stampo devolutivo a precludere il rilievo del difetto originario di titolo ad opera del giudice dell'opposizione, vincolato ai motivi dedotti in ossequio al principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato: così, tra gli altri, BUCOLO, *L'opposizione all'esecuzione*, Padova, 1982, 125 ss..

⁶¹ La questione, rimessa alle Sezioni Unite (con le ordinanze "gemelle" emesse da Cass. 14 dicembre 2011, nn. 26943 e 26944) per la composizione del contrasto di giurisprudenza, non è stata da affrontata da Cass., Sez. U, 2 luglio 2012, nn. 11066-11067, in quanto ritenuta assorbita dall'accoglimento dei ricorsi per il motivo, logicamente preliminare, concernente la possibilità dell'individuazione della portata precettiva del titolo esecutivo mediante un'interpretazione extratestuale dello stesso.

⁶² A parere di MAJORANO, *Questioni controverse in tema di poteri di rilevazione officiosa del giudice dell'opposizione all'esecuzione e di interpretazione del titolo esecutivo*, cit., 162, non è "del tutto coerente ammettere la rilevabilità officiosa della carenza sopravvenuta del titolo esecutivo, escludendola invece per quella originaria" in quanto "non si riesce a scorgere - sul piano, per così dire, ontologico - alcuna differenza tra il difetto originario e il di-

supposto indefettibile per dichiarare il diritto a procedere all'esecuzione è la esistenza del titolo esecutivo con i requisiti prescritti dall'art. 474 c.p.c."⁶³.

Si tratta di uno snodo cruciale.

Coerenza sistematica e razionalità logica impongono di ascrivere al medesimo fenomeno identici effetti giuridici: se l'inesistenza sopravvenuta del titolo esecutivo importa il difetto sopravvenuto di interesse ad agire in opposizione all'esecuzione, l'inesistenza originaria del titolo non può che importare il difetto originario dell'interesse ad agire in opposizione all'esecuzione⁶⁴.

Il riscontro *ex officio* del difetto originario dell'interesse ad agire per inesistenza o inidoneità del titolo dovrebbe allora condurre - quale tipica pronuncia che accerti la mancanza originaria di una condizione dell'azione - ad una declaratoria di inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione: un risultato a dir poco aberrante, rifiutato dagli stessi arresti della Suprema Corte favorevoli al rilievo officioso del difetto originario del titolo esecutivo, tutti conclusi con la conferma delle decisioni di merito di accoglimento dell'opposizione basate su un rilievo del genere⁶⁵.

Un'ulteriore considerazione.

Riconoscere al giudice dell'opposizione all'esecuzione, in ossequio all'efficacia condizionante del titolo esecutivo e senza ostacoli nel principio della domanda, il potere di rilevare *ex officio* l'inesistenza originaria del titolo implica che la medesima circostanza possa essere dedotta dalla parte opponente anche in corso di causa, quantomeno in guisa di precisazione della domanda spiegata con l'atto introduttivo.

Diversamente opinando, l'ingresso nella controversia *ex art.* 615 c.p.c. del fatto "*difetto originario del titolo*" rappresenterebbe "*un'inammissibile mutatio libelli se provocato dall'opponente e un doveroso atto di giustizia sostanziale se provocato dal giudice*"⁶⁶.

fetto sopravvenuto del titolo esecutivo tale da giustificare una disparità di trattamento in termini di rilevanza officiosa, essendo le due fattispecie accomunate dalle medesime caratteristiche fondamentali". Analogamente, con risoluta chiarezza, BOCCAGNA, *Opposizione all'esecuzione e sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*, cit., ad avviso del quale "*qualunque prospettiva si ritenga di accogliere, non sembra possibile distinguere tra inesistenza originaria e inesistenza sopravvenuta del titolo esecutivo*".

⁶³ Sono le parole di Cass. n. 16610 del 2011, sopra citata.

⁶⁴ Così BOCCAGNA, *Opposizione all'esecuzione e sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*, cit..

⁶⁵ Oltre alle decisioni citate sopra, in nota 59, si veda, per un esito siffatto, Cass. 28 giugno 2012, n. 10875.

⁶⁶ L'acuta osservazione si deve a MAJORANO, *Questioni controverse in tema di poteri di rilevazione officiosa del giudice*

8. Il discorso sull'incidenza della caducazione del titolo esecutivo sull'opposizione all'esecuzione finisce, al fondo, con il riguardare la natura e l'oggetto di tale giudizio: temi di amplissimo respiro, da sempre al centro dell'attenzione della scienza processualcivilistica, sui quali le finalità e i limiti del presente scritto consentono unicamente alcune sintetiche riflessioni.

Pure in questa limitata prospettiva d'indagine la configurazione dell'opposizione all'esecuzione come giudizio vincolato ai motivi proposti con l'atto introduttivo, da cui trae alimento Cass. n. 25478 del 2021, risulta non appagante né risolutiva.

La ribadita funzione individuante dei motivi di opposizione all'esecuzione sembra oggi stridere con indirizzi ermeneutici di recente espressi dal supremo organo della nomofilachia ed inclini ad una visione "*allargata*" dell'oggetto del processo e dell'oggetto del giudicato.

Si fa riferimento, *in primis*, alla ampia nozione di modificazione della domanda prospettata dalla fondamentale Cass., Sez. U, 15/06/2015, n. 12310⁶⁷.

Interrogate sull'ambito di operatività dello *ius variandi* nel processo a cognizione ordinaria, le Sezioni Unite hanno affermato che la "*correzione di tiro*", consentita alle parti nella fase di trattazione regolata dall'art. 183 c.p.c., contempla, al ricorrere di determinate condizioni, anche la possibilità della modificazione di uno o di entrambi gli elementi oggettivi identificativi della domanda, ovvero il *petitum* e/o la *causa petendi*^{68,69}. Alla base della risposta così offerta,

dell'opposizione all'esecuzione e di interpretazione del titolo esecutivo, cit., 162.

⁶⁷ Annotata da: CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande «complanari»: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria con cui si cumuleranno*, in *Corr. giur.*, 2015, 968 ss.; CEA, *Tra «mutatio» ed «emendatio libelli»: per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2016, 255 ss.; MOTTO, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Id.*, 2015, 3190 ss.; MERLIN, *Ammissibilità della «mutatio libelli» da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 816 ss.; MONNINI, *Le Sezioni unite ammettono la modificazione delle domande sino alla prima memoria ex art. 183, 6 comma, c.p.c.: una spinta per la rivitalizzazione della fase orale e scritta della trattazione?*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 389 ss..

⁶⁸ L'esercizio di una facoltà di variazione di così ampia estensione viene dalle Sezioni Unite sottoposta ad una duplice, concorrente, condizione: che la domanda come modificata risulti connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio da un vin-

significativamente innovativa rispetto ai pregressi orientamenti sul tema, la decisione in parola ha posto i principi di economia processuale e di durata ragionevole del processo, intesi come valori funzionali di rango costituzionale illuminanti l'attività di interpretazione delle norme processuali, da esercitare con l'obiettivo di *“favorire una soluzione della complessiva vicenda sostanziale ed esistenziale portata dinanzi al giudice in un unico contesto, invece di determinare la potenziale proliferazione dei processi”*⁷⁰.

colo quantomeno di alternative (se non di incompatibilità), cioè a dire abbia valenza *“sostitutiva”* e non già *“ulteriore”* o *“aggiuntiva”* rispetto a quella in origine proposta (la parte *“implicitamente rinunciando alla precedente domanda [...] mostra chiaramente di ritenere la domanda come modificata più rispondente ai propri interessi e desiderata rispetto alla vicenda sostanziale ed esistenziale dedotta in giudizio”*); che la mera modificazione così operata non determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte o l'allungamento dei tempi di svolgimento del processo. Sulla scorta di queste argomentazioni, Cass. n. 12310 del 2015 ha ritenuto ammissibile il mutamento della domanda (costitutiva) di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto di cui all'art. 2932 c.c. in domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento del diritto di proprietà.

Il principio di diritto è stato costantemente ribadito dal giudice della nomofilachia in plurime occasioni, relative ad un variegato catalogo di situazioni giuridiche sostanziali di diversificata natura, sicché può ben dirsi, all'attualità, consolidato. Solo per menzionare alcuni delle decisioni più significative: con ampio e generico riferimento ai diritti eterodeterminati, è stata considerata ammissibile la modifica in corso di causa della domanda originaria, mediante l'allegazione di un diverso fatto costitutivo, che ne comporti la sostituzione con una nuova domanda ad essa alternativa, purché abbia ad oggetto il medesimo bene della vita e siano rispettate le preclusioni processuali previste dall'art. 183 c.p.c. (Cass. 31 luglio 2017, n. 18956); possibile il mutamento della domanda risarcitoria fondata sulla violazione del generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c. in domanda di risarcimento danni da esercizio di attività pericolosa ex art. 2050 c.c. (Cass. 28 aprile 2017, n. 10513); ammissibile la domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c., in via subordinata, con la prima memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c., nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, qualora riferita alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio (Cass., Sez. U, 13 settembre 2018, n. 22404, annotata da CONSOLO - GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle cc.dd. complanari, ammissibili anche se tradotte in via di cumulo (purché non condizionato) rispetto alla domanda originaria*, in *Corr. giur.*, 2019, 267 ss.).

⁶⁹ Così SCALA, *Sugli effetti della sopravvenuta caducazione*, cit., 674.

⁷⁰ Testualmente, Cass., Sez. U, n. 12310 del 2015, cit..

Si intende poi richiamare il *grand arrêt* di Cass., Sez. U, 12/12/2014, n. 26242⁷¹, sulla inesistenza di limitazioni alla rilevanza di ufficio delle nullità negoziali in tutti i giudizi di impugnativa o adempimento negoziale.

Nella articolatissima argomentazione di siffatta, epocale, pronuncia, è dirimente l'affermazione secondo cui l'ossequio ai valori funzionali che ispirano la giurisdizione civile nell'attuale contingenza storica (cioè a dire: durata ragionevole del processo, economia processuale, concentrazione dei giudizi, armonizzazione dei giudicati, effettività delle tutele) impone di ricondurre nell'oggetto del processo il rapporto sostanziale nella sua complessità, nella sua dimensione di entità unitaria, non frazionabile o disarticolabile in una pluralità di segmenti autonomi per effetto delle domande o eccezioni delle parti.

La centralità assunta dai richiamati principi (cardine di altre, assai rilevanti, elaborazioni pretorie sul concreto esplicarsi diritto di azione, tra tutte quelle sulla tutela giurisdizionale frazionata⁷²), da un lato, e la possibilità di modificare in corso di causa gli elementi identificativi dell'azione attraverso le c.d. *“domande complanari”*, per altro verso, relegano l'opposizione all'esecuzione declinata come giudizio immutabilmente ancorato ai motivi *ab origine* dedotti in una posizione di marcata singolarità (o forse, di

⁷¹ Annotata su *Foro it.*, 2015, 862 ss., da ADORNO, *Sulla rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*; PALMIERI-PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*; DI CIOMMO, *La rilevanza d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni Unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: “quid iuris?”*; MENCHINI, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*; PROTO PISANI, *Rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*. Ulteriori commenti alla sentenza si devono a CARBONE, *“Porte aperte” delle Sezioni Unite alla rilevanza d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, 88 ss.; CONSOLO - GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Id.*, 2015, 225 ss.; PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, I, 1, 71 ss.; BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Id.*, 2015, I, 1, 1387.

⁷² Sia consentito limitare il richiamo, nella copiosissima produzione giurisprudenziale di legittimità sul punto, ai soli interventi delle Sezioni Unite: Cass., Sez. U, 16 febbraio 2017, n. 4090 e Cass., Sez. U, 15 novembre 2007, n. 23726.

eccezionalità) rispetto all'attuale conformazione della tutela dichiarativa, posizione difficilmente giustificabile con considerazioni relative alla struttura di siffatta controversia⁷³.

Realizzando una sorta di eterogenesi dei fini, la visione eterodeterminata dell'opposizione all'esecuzione genera l'effetto di alimentare la proliferazione dei giudizi, finendo con il rendere concreto quel rischio ("trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito") che il giudice della nomofilachia aveva dichiaratamente voluto scongiurare⁷⁴.

Ed infatti, l'allegazione di nuove o diverse ragioni di contestazione dell'*an exequatur*, inibita nel conte-

⁷³ La concezione eterodeterminata dell'opposizione all'esecuzione affonda le sue radici nell'idea di SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, III, 1965, 465 s., secondo cui la domanda dell'opponente è una "eccezione fatta valere in via di azione": se pure "il debitore assume la posizione formale e sostanziale di attore, tuttavia, non bisogna dimenticare che la sostanza dell'opposizione è sempre quella della eccezione, onde si rende applicabile il principio quae temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum". Sviluppando queste considerazioni, VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, cit., 81 ss., ha puntualizzato che "è soltanto la struttura del processo di esecuzione - e la conseguente autonomia strutturale del giudizio di opposizione - ad imporre la veste di azione a tali motivi, i quali non cessano, per sola virtù di tale veste esteriore, di essere fatti estintivi, impeditivi o modificativi", sicché "la sentenza che decide sull'eccezione proposta dal debitore con l'opposizione all'esecuzione non ha diversa efficacia - per ciò solo che essa deve necessariamente rivestire i panni dell'azione - rispetto alla sentenza che, in un ordinario giudizio di cognizione, decida sulla medesima eccezione: una sentenza, cioè, idonea al giudicato sostanziale se di accoglimento dell'eccezione, ma del tutto inidonea a produrre altro che un'efficacia preclusiva endoprocedurale se di rigetto dell'eccezione", in questo secondo caso nemmeno implicante "l'impossibilità di dedurre la medesima opposizione olim rigettata in occasione di una nuova esecuzione intrapresa dopo l'estinzione o l'infruttuosa conclusione della prima". Nella giurisprudenza di legittimità, è dalla veste di attore, in senso sostanziale e processuale, attribuita all'opponente che si fa discendere (a volte, non senza equivocità terminologiche) la costruzione dell'opposizione all'esecuzione come giudizio vincolato ai motivi.

Pur volendo prescindere dalla dubbia riferibilità alla situazione dell'esecutato opponente del principio *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum* di matrice tipicamente contrattuale, gli argomenti illustrati, in ultima analisi tutti riconducibili ad una visione "di struttura" del giudizio di opposizione, appaiono meritevoli di una critica rimeditazione, alla luce del complesso di valori, nel testo meglio chiariti, che informa l'odierna concezione del sistema di tutele giurisdizionali.

⁷⁴ Il brano trascritto è ripreso dalla motivazione di Cass., Sez. U, n. 26242 del 2014, cit.

sto di un processo *ex art.* 615 c.p.c. già avviato, può invece essere liberamente posta a sostegno (ed anzi deve, non potendo l'opponente altra strada percorrere) di una distinta e separata opposizione (o anche di tante, distinte e separate, opposizioni per quanti sono i motivi di doglianza, con il solo limite, etereo e sfuggente, dell'utilizzo abusivo dello strumento processuale), non incontrando preclusione nemmeno nel definitivo rigetto di una pregressa opposizione, siccome facente stato, nell'ottica del "giudicato su questioni", unicamente sui motivi in quella sede addotti dall'opponente.

Pur in mancanza nel nostro diritto positivo di un'esplicita affermazione della *konzentrationsgrundsatz* che disciplina le opposizioni esecutive negli ordinamenti di matrice tedesca⁷⁵, appare evidente come la situazione testé descritta non realizzi (se non addirittura contraddica) l'ordito valoriale (ed in particolare, le esigenze di economia processuale e di durata ragionevole del processo) che, secondo la sommariamente tratteggiata elaborazione giurisprudenziale costituisce l'impalcatura ideologica oggi fondante un sistema di tutele giurisdizionali effettivo ed adeguato.

9. Adducere inconveniens non est solvere argumentum: è compito dell'interprete ricercare una differente (eppure giuridicamente plausibile) ricostruzione dell'istituto, che si riveli maggiormente consentanea ai suddetti principi.

In quest'opera (cui in questa sede possono dedicarsi soltanto schematici ed essenziali cenni, atteso lo scopo dello scritto), prendendo le mosse dal tenore testuale ampio ed omnicomprensivo dell'art. 615 c.p.c. (in cui si discorre di "contestazione del diritto di procedere ad esecuzione forzata" senza ulteriori specificazioni), l'opposizione all'esecuzione ben può essere configurata come un'azione di accertamento negativo⁷⁶, diretta a contestare, sotto ogni possibile

⁷⁵ In forza di tale regola, dettata dal § 767, Abs, III, della *Zivilprozessordnung* tedesca, nel reagire avverso l'esecuzione nei suoi confronti intrapresa, il debitore è tenuto a sollevare tutte le eccezioni che era in grado di opporre al momento in cui l'azione è stata proposta. Analoga disposizione si rinviene nella legge processuale austriaca.

⁷⁶ È la tradizionale classificazione dell'opposizione all'esecuzione, frutto dell'opera di MANDRIOLI, *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano,

aspetto, di rito o di merito, il diritto a procedere all'esecuzione forzata minacciata (con l'atto di precetto) o già esperita (con il pignoramento o con l'atto iniziale delle procedure esecutive in forma specifica).

L'oggetto del giudizio di opposizione all'esecuzione si individua così non già nello specifico motivo di doglianza dedotto in lite, bensì nel diritto a procedere esecutivamente, considerato nella sua integrità e senza alcuna parcellizzazione: il *thema decidendum* della controversia si estende a qualsiasi fatto che possa determinare l'inesistenza di tale diritto, sia esso afferente al titolo esecutivo, all'esistenza o all'entità del credito fatto valere, alle condizioni, ai presupposti, alla direzione oggettiva o soggettiva dell'azione esecutiva oppure ad ogni altra circostanza rilevante a tal fine.

Ne è naturale conseguenza la facoltà della parte opponente - pur sempre con le modalità formali e nei limiti temporali preclusivi stabiliti per l'*emendatio libelli*, non operanti però per i fatti sopravvenuti - di dedurre in corso di causa nuove ed ulteriori ragioni di contestazione dell'*an exequatur* rispetto a quelle articolate nel libello introduttivo, ciò non costituendo esercizio di una nuova azione sebbene modifica dei fatti costitutivi dell'unica ed unitaria domanda di accertamento proposta in lite.

Risulta del pari giustificata la rilevanza officiosa di eventuali fatti estintivi, impeditivi o modificativi del diritto a procedere ad esecuzione, fatte salve l'osservanza del divieto di scienza privata e la provocazione del contraddittorio tra le parti.

Tracciato in tale ampia estensione il perimetro dell'oggetto del giudizio, analoga ampia portata va riconosciuta alla pronuncia conclusiva di esso: in specie, alla sentenza di rigetto dell'opposizione deve assegnarsi idoneità al giudicato in ordine all'accertamento del diritto del creditore ad agire *in executivis*⁷⁷,

1955, 416 ss. (riproposta in ID., *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 431 ss.), cui hanno prestato adesione, pur con diversificate sfumature euristiche, ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, 136 ss.; MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1064 ss., spec. 1085 e 1089; ARIETA-DE SANTIS, *L'esecuzione forzata*, cit., 1655; da ultimo, MICALI, *L'opposizione all'esecuzione come azione in giudizio*, Napoli, 2020, spec. 236 ss., 312 ss..

⁷⁷ Così MAJORANO, *Questioni controverse in tema di poteri di rilevazione officiosa del giudice dell'opposizione all'esecuzione e di interpretazione del titolo esecutivo*, cit., 164. Sul tema, MER-

con l'effetto di precludere la riproposizione del rimedio oppositivo, se non per fatti verificatisi posteriormente all'ultimo momento utile per la deduzione nel precedente giudizio.

L'illustrata impostazione conduce ad una agevole (e non problematica) soluzione al caso sottoposto a Cass. n. 25478 del 2021.

La caducazione del titolo esecutivo in pendenza dell'opposizione disvela (al pari, *mutatis mutandis*, del difetto originario del titolo) l'inesistenza dell'azionato diritto a procedere e l'ingiustizia dell'esecuzione forzata promossa o minacciata: operando come sopravvenienza del fatto costitutivo della domanda di accertamento negativo proposta, essa, dedotta dalla parte (anche oltre i limiti preclusivi imposti alle attività assertive) o rilevata di ufficio dal giudice, comporta l'accoglimento nel merito dell'opposizione all'esecuzione⁷⁸.

Il conseguente regolamento delle spese processuali secondo soccombenza (e, quindi, di regola, la condanna dell'opposto alla refusione, senza nessuna valutazione sulla fondatezza dei motivi di opposizione) non sembra ingenerare il paventato rischio di una distribuzione irrazionale (dacché innervata dalla casuale tempistica di accadimento della caducazione del titolo) dei costi di lite e di un incentivo all'utilizzo strumentale dell'opposizione esecutiva.

Sebbene *prima facie* comprensibili, siffatte preoccupazioni ben possono essere sventate mercé l'applicazione

LIN, *Questioni in tema di giudizio di opposizione all'esecuzione, di eccezione di compensazione in sede esecutiva, e di interpretazione del titolo esecutivo giudiziale*, in *Riv. esec. forz.*, 2005, 165 ss., spec. 170, ipotizza la formazione di un giudicato implicito sulla esistenza di tutti i fatti costitutivi del diritto del creditore ad agire *in executivis* o almeno di una "mera preclusione funzionale", comunque in grado di impedire la riproposizione della domanda per circostanze già deducibili nel precedente giudizio ancorché su di esse non sia mai insorta effettiva contestazione.

⁷⁸ In dottrina, riscuote unanimi consensi la tesi dell'accoglimento nel merito dell'opposizione, quantunque variamente argomentata: qualificando la caducazione del titolo esecutivo come fatto costitutivo del diritto dell'opponente sopravvenuto *lite pendente*, sulla scia dell'insegnamento chiovendiano per cui la domanda va accolta se il fatto costitutivo della stessa si verifica nel corso del processo, secondo SCALA, *Sugli effetti della sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*, cit., 673 (concorde BOCCAGNA, *Opposizione all'esecuzione e sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*, cit.); sulla base di un apprezzamento eminentemente pragmatico, legato alla incertezze ed alle problematiche della disciplina della cessazione della materia del contendere, NICOLELLA, *Gli effetti della sopravvenuta carenza del titolo esecutivo nel giudizio di opposizione all'esecuzione*, cit., 3732.

cazione degli istituti codicistici di disciplina delle spese: per non gravare del carico delle spese l'opposto, soccombente soltanto in virtù del *factum superveniens*, può invocarsi la compensazione per "gravi ed eccezionali ragioni", giusta il disposto dell'art. 92, secondo comma, c.p.c., risultante all'esito dell'intervento additivo del giudice delle leggi⁷⁹; per sanzionare il ricorso in funzione speculativa all'opposizione esecutiva, cade acconcia la condanna alle spese per violazione dei doveri di lealtà e probità irrogabile,

⁷⁹ Il riferimento è alla sentenza della Corte Costituzionale del 19 aprile 2018, n. 77 (edita su *Riv. dir. proc.*, 2019, 257 ss., con nota di DI GRAZIA, *Sulla compensazione delle spese giudiziali in caso di soccombenza totale*), con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 92, secondo comma, c.p.c., nel testo modificato dall'art. 13, primo comma, del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, nella parte in cui - stabilendo che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, oltre che nel caso di "soccombenza reciproca", nelle sole ipotesi nominate di "assoluta novità della questione trattata" o di "mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti" - non prevede che la compensazione, totale o parziale, possa essere disposta anche qualora sussistano altre gravi ed eccezionali ragioni, analoghe a quelle nominativamente tipizzate nella norma, nel senso di pari, o maggiore, gravità ed eccezionalità. Nel giudizio *a quo*, l'esito della lite era stato determinato da elementi di fatto nuovi, non previsti né prevedibili al momento di proposizione della domanda.

"*indipendentemente dalla soccombenza*", a mente del primo comma dello stesso art. 92 del codice di rito⁸⁰.

10. Si è pienamente consapevoli del fatto che l'inquadramento del problema a grandi linee proposto nelle pagine che precedono (di certo meritevole di più diffuso approfondimento) rappresenti un ripensamento critico, profondo e radicale, di orientamenti della giurisprudenza di legittimità sì consolidati ma che, a ben vedere, appaiono il portato della stratificazione nel tempo di decisioni di mera e stereotipa adesione al precedente.

Ad una trattazione di ampio respiro sistematico, le Sezioni Unite hanno tuttavia preferito un differente percorso argomentativo - centrato sulla sola questione del regime delle spese ed inserito nel solco tracciato da pregressi arresti - conseguenza di una lettura minimale dell'oggetto del contrasto di giurisprudenza e delle ragioni della rimessione a scopo nomofilattico.

Un'occasione persa, a nostro avviso.

Raffaele Rossi

⁸⁰ Si condividono le puntuali osservazioni di BOCCAGNA, *Opposizione all'esecuzione e sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo*, cit..

Esecuzione esattoriale e beneficio di escussione

SOMMARIO: 1. Il *beneficium excussionis* del patrimonio sociale e l'azione esecutiva nei confronti del socio illimitatamente responsabile. • 2. Le implicazioni sistematiche: peculiarità della riscossione esattoriale • 3. (Segue): criteri di riparto di giurisdizione e rimedi esperibili avverso la riscossione dei crediti tributari • 4. La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 16 dicembre 2020, n. 28709 • 5. Le conseguenze applicative nel giudizio tributario • 6. Le conseguenze applicative nel giudizio esecutivo dinanzi al giudice ordinario.

1. Il *beneficium excussionis* del patrimonio sociale e l'azione esecutiva nei confronti del socio illimitatamente responsabile.

Il socio illimitatamente responsabile è debitore, per le obbligazioni sociali. Il titolo di questa responsabilità è da rinvenire nel rapporto sociale. La conseguenza - per le obbligazioni tributarie, il cui regime non differisce, sul punto, dalle obbligazioni ordinarie - è che non si tratta di soggetto passivo d'imposta bensì di soggetto obbligato sussidiariamente rispetto al soggetto passivo d'imposta, che è la società.

Nelle società di persone (sia pure con meccanismi differenti, che qui non rilevano, tra le società semplici, le società in accomandita e le s.n.c.), si determina un rapporto di pregiudizialità-dipendenza della posizione obbligatoria del socio da quella obbligatoria della società, che si rinviene, non solo in ambito tributario, ma nell'intero ordinamento.

In ragione di tale rapporto, la responsabilità del socio si compone del fatto costitutivo dell'obbligazione sociale cui si aggiunge il fatto costitutivo della qualità di socio: in sintesi, **non è il socio che ha contratto l'obbligazione ma la società; il socio ne risponde perché partecipa della vita della società grazie appunto al rapporto sociale.**

L'art. 2304 del codice civile, intitolato "*Responsabilità dei soci*", stabilisce, per le società in nome collettivo, che "*i creditori sociali, anche se la società è in liquidazione, non possono pretendere il pagamento dai singoli soci, se non dopo l'escussione del patrimonio sociale*".

La norma si estende alle società in accomandita semplice e per azioni, per i rinvii degli artt. 2315 e 2461 c.c., (mentre alla società semplice si applica il diverso meccanismo dell'art. 2268 c.c., applicabile anche alle società irregolari, in forza dei richiami contenuti negli artt. 2297 e 2317 c.c.).

Orbene, il *beneficium excussionis* esula dal contesto sostanziale sopra esposto in quanto è **una condizione dell'azione esecutiva**. Non attiene all'obbligazione (c.d. pretesa sostanziale), ma soltanto alla natura sussidiaria della responsabilità del socio. Dato cioè per accertato che questi sia responsabile (sia perché sus-

siste la pretesa verso la società sia perché ne deve rispondere quale socio) e che ci sia già un titolo esecutivo spendibile nei suoi confronti, l'azione esecutiva è differita (o condizionata) all'esito dell'escussione del patrimonio sociale (cioè all'esito dell'azione esecutiva infruttuosa contro la società; anche se si ammette che si possa prescindere da una vera e propria azione esecutiva quando risulti *per tabulas* l'inesistenza o l'incapienza del patrimonio sociale, secondo quanto si dirà).

In sintesi, il beneficio d'escussione è condizione di esperibilità dell'azione esecutiva contro il socio, quale responsabile sussidiario.

Su tale premessa teorica si fonda l'affermazione giurisprudenziale, a valere per l'azione esecutiva ordinaria, per la quale anche a fronte della mera minaccia di esecuzione, quale è la notificazione del precetto, v'è l'interesse dell'obbligato sussidiario, cioè del socio, a paralizzare il diritto del creditore di agire in via esecutiva. Infatti, facendo leva sulla sussidiarietà della propria obbligazione, può proporre opposizione c.d. pre-esecutiva, cioè opporsi al precetto, ai sensi dell'art. 615, comma 1, c.p.c., per la mancata preventiva attivazione del beneficio di escussione, senza attendere il pignoramento (in termini, Cass. 15 luglio 2005, n. 15036 e 14 novembre 2011, n. 23749).

Con riferimento invece alla tutela riservata al socio attinto dalla cartella di pagamento per un debito tributario della società, la giurisprudenza è stata a lungo di diverso avviso.

L'orientamento tradizionale pressoché univoco è stato infatti nel senso che il beneficio della preventiva escussione della società fosse opponibile dal socio soltanto nella fase esecutiva, mai impugnando per tale motivo, ed in via "preventiva", la cartella di pagamento dinanzi al giudice tributario.

La conseguenza era che il motivo di impugnazione della cartella di pagamento concernente la mancata preventiva escussione della società proposto dinanzi al giudice tributario era reputato inammissibile (Cass. 3 gennaio 2014, n. 49; 5 dicembre 2014, n. 25764; 16 giugno 2016, n. 12494; 29 luglio 2016,

n. 15966; 21 dicembre 2016, n. 26549; 31 maggio 2018, n. 13917; 24 gennaio 2019, n. 1996) e così veniva dichiarato dalle commissioni tributarie nella maggioranza dei casi.

In tempi recenti, si è però venuto a formare presso la Corte di Cassazione un orientamento minoritario, che, creando un parallelismo con l'azione esecutiva ordinaria, anche in caso di ricorso al procedimento di riscossione di tributi mediante ruolo ha ritenuto che legittimamente l'obbligato in via sussidiaria facesse valere il *beneficium excussionis* con l'impugnazione della cartella di pagamento. Nel presupposto infatti che la preventiva escussione costituisce una condizione dell'azione di riscossione coattiva nei confronti del socio (Cass. 8 maggio 2003, n. 7000) e che la pretesa tributaria va fatta valere nei confronti della società e solo dopo l'inutile tentativo di escussione di questa può essere fatta valere la pretesa esecutiva nei confronti del socio (Cass. 9 maggio 2007, n. 10584), si è concluso che, anche al fine di assicurare una tutela "anticipata" al socio attinto dalla cartella di pagamento, si sarebbe dovuta reputare **nulla** la cartella di pagamento notificata direttamente all'obbligato in via sussidiaria in violazione del *beneficium excussionis* (Cass. 27 febbraio 2017, n. 4959). Il principio è stato ribadito (Cass. 27 settembre 2018,

n. 23260; 31 gennaio 2019, n. 2878) anche dopo l'ampliamento dell'ambito delle opposizioni all'esecuzione proponibili ex art. 57 del d.P.R. n. 602 del 1973, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 114/2018 (su cui infra).

Peraltro, proprio, cogliendo l'occasione offerta da tale ultima sentenza -quindi motivando sul fatto che il socio avrebbe potuto certamente fare valere il beneficio d'escussione dinanzi al giudice dell'esecuzione, mediante opposizione all'esecuzione proponibile avverso il pignoramento non preceduto dalla preventiva escussione del patrimonio sociale- la stessa sezione tributaria della Corte di Cassazione, ha rimesso alle Sezioni Unite la soluzione del su indicato contrasto.

In particolare, con l'ordinanza interlocutoria 30 luglio 2019, n. 20494 ha posto la questione dell'impugnabilità della cartella di pagamento, notificata al socio illimitatamente responsabile in relazione a debiti della società, a causa della mancata preventiva escussione del patrimonio sociale, prendendo posizione a favore dell'orientamento maggioritario "tradizionale".

2. Le implicazioni sistematiche: le peculiarità della riscossione esattoriale.

La questione rimessa alle Sezioni Unite ha più di un'implicazione di sistema.

In primo luogo, la decisione è necessariamente condizionata dalle peculiarità della riscossione esattoriale rispetto all'esecuzione per espropriazione ordinaria.

Nel sistema tributario **il titolo esecutivo, che è costituito dal ruolo esattoriale, è di formazione stragiudiziale**. Non avendo l'irretrattabilità del giudicato, si ammette che il socio possa contestare la pretesa tributaria (vale a dire l'obbligazione tributaria in capo alla società), e non solo la sua qualità di socio, dinanzi al giudice tributario, "recuperando" l'azione (già) spettante alla società.

La difesa di merito gli è riconosciuta ovviamente se è destinatario (in qualità di socio) dell'avviso di accertamento; ma non solo.

La difesa sul merito dell'obbligazione tributaria della società viene riconosciuta al socio debitore del Fisco anche se destinatario soltanto della cartella di pagamento (cioè non preceduta dalla notifica nei suoi confronti dell'avviso di accertamento) e addirittura anche se destinatario della sola intimazione di pagamento (c.d. avviso di mora). In sintesi, impugnando questi ultimi atti il socio è in grado di rimettere in discussione anche l'obbligazione della società (ovviamente, quanto all'avviso di mora, solo se non preceduto dalla notificazione della cartella), cioè rimette in discussione il credito tributario, non soltanto la sua qualità di socio (e/o la natura sussidiaria della sua responsabilità).

Altro tratto peculiare dell'esecuzione esattoriale è **la scissione tra la titolarità del credito e la titolarità dell'azione esecutiva**, poiché la prima appartiene all'ente impositore e la seconda appartiene all'esattore (oggi agente della riscossione). I due soggetti possono coincidere, ma non vi è dubbio che le funzioni vanno tenute distinte: spetta all'ente impositore (anche) il compito di formare il titolo esecutivo stragiudiziale (ruolo esattoriale, art. 24 d.P.R. n. 602/1973 oppure avviso impositivo, art. 29 lett. a) d.l. n. 78/2010); spetta sempre e solo all'agente dell'esecuzione portarlo ad esecuzione.

Poiché però si tratta di un titolo esecutivo stragiudiziale, per "consolidarne" l'effetto accertativo del tributo, cioè per rendere incontestabile la pretesa fiscale, è necessario che, nel sistema tradizionale, l'avviso di accertamento sia stato notificato al destina-

rio e che non sia impugnato nel termine di 60 giorni (con la precisazione che quando invece, come nel 36 bis, non c'è avviso, il destinatario deve impugnare la cartella; analogamente accade per il co-obbligato come il socio cui non si notifica l'avviso di accertamento ma solo la cartella esattoriale) oppure, nel sistema impositivo, che nei 60 gg. non sia impugnato l'avviso (che infatti diviene esecutivo decorsi 60 giorni dalla notificazione: art. 29, lett. b).

Il sistema è di favore per il Fisco perché consente di rendere incontestabile un titolo stragiudiziale, nei confronti dell'ente impositore, spostando tutte le questioni esecutive in capo ad altro soggetto, cioè l'agente della riscossione.

Poiché il socio illimitatamente responsabile di regola non è destinatario dell'avviso di accertamento, **il primo atto idoneo a manifestare la pretesa sostanziale nei suoi confronti è la cartella di pagamento, che è atto dell'agente della riscossione.**

Qui si viene a determinare la vera criticità della fattispecie in esame perché l'atto (cartella di pagamento) che ha finalità di manifestare ed anche "consolidare" la pretesa sostanziale nei confronti del socio (tanto è vero che se questi non la impugna il credito tributario della società diviene irretrattabile anche nei suoi confronti), non solo proviene dall'agente della riscossione (e non dall'ente impositore, come è per l'avviso di accertamento) ma contiene anche **un'intimazione di pagamento** con l'avvertimento che *"in mancanza si procederà ad esecuzione forzata"* (art. 25, comma 2, del d.P.R. n. 602 del 1973), funzionando quindi come un precetto.

Si potrebbe anche dire che **la cartella di pagamento tiene luogo del precetto**, è equiparabile al precetto, ma, rispetto al precetto (che è sempre e soltanto un'intimazione di pagamento) nell'esecuzione esattoriale svolge una funzione ulteriore, anzi principale, quale è quella di **rendere edotto il contribuente che la pretesa fiscale è stata iscritta a ruolo, cioè che è stato formato il titolo esecutivo.**

A maggior ragione ciò accade nei confronti del socio, obbligato sussidiario, cui non sia stato notificato l'avviso di accertamento.

E comunque anche nel caso in cui l'avviso di accertamento sia stato notificato – al debitore principale e/o al co-obbligato – la cartella è indispensabile per "perfezionare" il titolo esecutivo/ruolo che viene ad esistere solo quando, formata la cartella, la parte pubblica abbia dato notizia al debitore della pretesa previamente iscritta a ruolo.

In definitiva, poiché l'escussione preventiva del patrimonio sociale ex art. 2304 cod. civ. è atto esecutivo essa va interamente demandata all'agente della riscossione senza coinvolgere l'ente impositore; a quest'ultimo invece importa che il titolo esecutivo stragiudiziale si formi e venga "stabilizzato" sia a carico della società che a carico del socio.

3. (Segue): criteri di riparto di giurisdizione e rimedi esperibili avverso la riscossione dei crediti tributari

Inoltre, la questione rimessa alle Sezioni Unite coinvolge i criteri di riparto tra giurisdizione tributaria e giurisdizione civile ed il sistema rimediale delle opposizioni pre-esecutive ed esecutive.

Quanto al primo profilo, rileva l'art. 2 del d.lgs. n. 546 del 1992 che, come modificato dalla legge 28 dicembre 2001, n. 448 e dal decreto legge 30 settembre 2005 n. 203, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248, riserva alla giurisdizione tributaria *"tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie, comunque denominati"* ed aggiunge, nell'ultima parte del primo comma, che *"restano escluse dalla giurisdizione tributaria soltanto le controversie riguardanti gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notificazione della cartella di pagamento e, ove previsto, dell'avviso di cui all'art. 50 d.P.R. n. 602 del 1973, per le quali continuano ad applicarsi le disposizioni del medesimo decreto del Presidente della Repubblica"*.

La disposizione è l'unica che disciplina il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice tributario, laddove è da escludere che sia norma sulla giurisdizione l'art. 57 del d.P.R. n. 602 del 1973, così come non lo è l'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992.

Sebbene spesso l'art. 57 venga letto come una disposizione che regola (anche) la giurisdizione, tale esegesi non ha riscontro letterale né sistematico, sol che si considerino non solo il contenuto e le vicende dell'attuale formulazione normativa ma anche la *sedes materiae* nel Titolo II (Riscossione coattiva), capo II (Espropriazione forzata) del d.P.R. n. 602 del 1973.

L'espropriazione forzata è già materia del giudice ordinario, nella quale si inseriscono gli incidenti oppositivi, affidati a quest'ultimo in forza del rinvio contenuto nell'art. 2 del d.lgs. n. 546 del 1992, sicché l'art. 57 va letto come avente già a suo presupposto la giurisdizione del giudice ordinario. Si tratta quindi di una norma interna alla giurisdizione ordinaria.

Parimenti norma interna alla giurisdizione tributaria è l'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992.

La disciplina del riparto di giurisdizione di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992, nel testo attualmente vigente comporta, infatti, che:

- a) per i crediti di natura tributaria la giurisdizione appartiene al giudice tributario, fatto salvo quanto precisato al seguente punto b);
- b) rientrano nella giurisdizione tributaria tutte le controversie che riguardano gli atti elencati nell'art. 19 dello stesso d.lgs. n. 546 del 1992, mentre ne sono escluse le controversie, pur attinenti a crediti tributari, che riguardano “*gli atti dell'esecuzione forzata tributaria*” successivi alla cartella di pagamento ed all'intimazione di pagamento dell'art. 50 del d.P.R. n. 602 del 1973.

Dal momento che tra gli atti impugnabili dinanzi al giudice tributario vi sono anche atti della riscossione esattoriale (quali ruolo, cartella di pagamento e intimazione di pagamento), mentre sono esclusi gli atti dell'espropriazione forzata (*in primis*, il pignoramento), il sistema rimediabile avverso gli uni e gli altri - che si rinviene all'interno di ciascuna giurisdizione, rispettivamente negli artt. 19 e seguenti del d.lgs. n. 546 del 1992 per il processo tributario e nell'art. 57 del d.P.R. n. 602 del 1973 per il processo esecutivo - finisce per essere influenzato dal detto criterio di riparto di giurisdizione, ma non fissa, né puntualizza, esso stesso regole di individuazione del plesso giurisdizionale che conosce di ciascun rimedio.

La piana lettura degli artt. 19 e seg. del d.lgs. n. 546 del 1992, da un lato, e dell'art. 57 del d.P.R. n. 602 del 1973 (prima della pronuncia di incostituzionalità parziale del 2018), dall'altro, consente di ricostruire nei seguenti termini il sistema dei rimedi offerto dall'ordinamento al contribuente/debitore esecutato e di evidenziarne i punti critici.

L'art. 57, pur riferendosi agli artt. 615 e 617 c.p.c. senza specificarne i comma, non può che riguardare le opposizioni esecutive “successive”, cioè quelle proponibili/ammissibili dinanzi al giudice ordinario. Sono le uniche opposizioni che quest'ultimo, in qualità di giudice dell'esecuzione, è in grado di conoscere in forza della giurisdizione che gli spetta, anche per i crediti tributari, sugli “*atti della esecuzione forzata tributaria*” (ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 546 del 1992). Questa inizia infatti col pignoramento, per come dispone l'art. 491 cod. proc. civ. Tale norma non è derogata dalle disposizioni contenute nel

d.P.R. n. 602 del 1973 e quindi è applicabile all'espropriazione forzata c.d. esattoriale in forza della previsione dell'art. 49, comma 2, dello stesso d.P.R. (“*Il procedimento di espropriazione forzata è regolato dalle norme ordinarie applicabili in rapporto al bene oggetto di esecuzione, in quanto non derogate dalle norme del presente capo e con esso compatibili [...]*”).

Le opposizioni pre-esecutive o preventive all'esecuzione non sono contemplate né nell'art. 57 né in altre norme del d.P.R. n. 602 del 1973, perché, quando la pretesa del creditore è di natura tributaria, l'ordinamento accorda al contribuente **una tutela unitaria dinanzi al giudice tributario**, secondo le previsioni degli artt. 19 e seguenti del d.lgs. n. 546 del 1992.

Il giudice tributario conosce della pretesa vantata dall'ente impositore, cioè del credito tributario in sé considerato. Tuttavia, poiché per la riscossione di questo credito è prevista una modalità agevolata ed unilaterale di formazione del titolo esecutivo costituito dal ruolo e poiché questo viene portato a conoscenza del contribuente mediante la cartella di pagamento (atteso che, ai sensi dell'art. 21, comma 1, secondo inciso, del d.lgs. n. 546 del 1992, “*La notificazione della cartella di pagamento vale anche come notificazione del ruolo*”), è stata riservata alla **giurisdizione tributaria la cognizione degli atti della fase della riscossione esattoriale che precede l'espropriazione forzata, quali ruolo e cartella di pagamento**. Coerentemente, è stata estesa la cognizione del giudice tributario agli atti meramente propedeutici all'espropriazione come l'intimazione di pagamento ex art. 50 del d.P.R. n. 602 del 1973 e alle misure cautelari dell'iscrizione ipotecaria e del fermo dei beni mobili registrati, sempre che ovviamente abbiano ad oggetto crediti di natura tributaria.

Corollario di quanto sopra, ed ulteriore differenza tra il sistema della riscossione esattoriale e quello dell'esecuzione per espropriazione ordinaria, è **impossibilità di configurare, nell'esecuzione esattoriale, le opposizioni c.d. pre-esecutive o preventive, in particolare -per quanto qui rileva- l'opposizione all'esecuzione ex art. 615, comma 1, c.p.c.**

Non vi è nel sistema della riscossione esattoriale una vera e propria fase pre-esecutiva; tutto ciò che precede l'azione esecutiva (che inizia col pignoramento) è contestabile sempre e soltanto davanti alle commissioni tributarie, non solo e non tanto per ragioni di giurisdizione (art. 2 d.lgs. n. 546/1992), quanto perché anche gli atti propedeutici all'esecuzione (cartella di pagamento ed, a maggior ragione,

avviso di mora o intimazione di pagamento, quest'ultima, quale atto dell'esattore, necessaria anche nel sistema del d.l. n. 78/2010: art. 29, lett. e) sono impugnabili dinanzi alla CTP ex art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992.

Più precisamente, la fase degli atti di riscossione esattoriale prodromici all'espropriazione (che è avviata con la notificazione della cartella di pagamento e si conclude prima che il pignoramento sia eseguito) è appannaggio del giudice tributario, mentre ai sensi del citato articolo 2 d.lgs. n. 546 del 1992 è riservata alla cognizione del giudice ordinario la fase della espropriazione in senso stretto (che è avviata dal compimento del pignoramento e si conclude con l'approvazione del piano di riparto).

Non vi è spazio per opposizioni preventive, ma il contribuente è ugualmente tutelato perché può ricorrere al giudice tributario.

A stretto rigore l'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992 identifica come oggetto del ricorso al giudice tributario **gli atti** senza precisare i **vizi** di tali atti dei quali la commissione tributaria si può/deve occupare.

Tuttavia è opinione diffusa, assolutamente riscontrata dalla pratica delle commissioni tributarie, che attraverso l'impugnazione della cartella di pagamento, il contribuente possa svolgere contestazioni a tutto tondo. Pertanto, per quanto qui rileva con riferimento all'oggetto tipico dell'opposizione preventiva all'esecuzione, è ammesso, come sopra già detto, che il contribuente attinto dall'atto dell'agente della riscossione si lamenti dinanzi al giudice tributario **dell'inesistenza del diritto del creditore a procedere esecutivamente**, svolgendo motivi coincidenti con quelli che, nel sistema del codice di rito, appartengono al perimetro dell'opposizione all'esecuzione.

In sintesi, pur se non è concepibile né dinanzi al giudice ordinario né dinanzi al giudice tributario la proposizione delle opposizioni preventive di cui agli artt. 615, comma 1, e 617, comma 1, c.p.c. e pur se non è ammessa dall'art. 57, comma 1, lett. b), la proposizione dell'opposizione relativa alla notificazione del titolo esecutivo di cui all'art. 617, comma 2, parte prima, c.p.c., non vi è nell'ordinamento un vuoto di tutela per la fase pre-esecutiva, poiché le contestazioni di ordine sostanziale e formale che il debitore può svolgere nell'esecuzione ordinaria (ma anche nell'esecuzione esattoriale per crediti di natura non tributaria ex art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 46 del 1999), ai sensi del codice di rito, dinanzi al giudice ordinario possono essere svolte, per i crediti tri-

butari, dinanzi al giudice tributario, con il limite del necessario rispetto del termine di sessanta giorni decorrente dalla conoscenza dell'atto.

Escluso quindi il vuoto di tutela nella fase pre-esecutiva, per la fase dell'espropriazione forzata vera e propria, invece, fino al recente intervento della Corte Costituzionale, si è effettivamente registrato un vuoto di tutela significativo.

Dal punto di vista della tutela sostanziale, era rimasta improponibile/inammissibile l'opposizione all'esecuzione dinanzi al giudice dell'esecuzione per contestare la sussistenza del credito e/o del diritto del creditore di procedere esecutivamente.

La criticità reale, da declinare in termini di contrasto con la Costituzione, era quella del mancato riconoscimento dell'opposizione all'esecuzione. Sebbene infatti la dottrina avesse tentato diverse letture dell'art. 57, comma 1, lett. a) per colmare tale vuoto di tutela, esse si configuravano tutte *contra* o *praeter legem*, avendo il legislatore del 1999 inteso mantenere per l'esecuzione esattoriale "ingiusta" la sola tutela risarcitoria postuma dell'art. 59 del d.P.R. n. 602 del 1973. Di qui l'intervento della Corte Costituzionale.

Il dispositivo della sentenza della Corte Costituzionale del 31 maggio 2018, n. 114 (di dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione "*nella parte in cui non prevede che, nelle controversie che riguardano gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o all'avviso di cui all'art. 50 del d.P.R. n. 602 del 1973, sono ammesse le opposizioni regolate dall'art. 615 del codice di procedura civile*") conduce infatti a colmare il detto vuoto di tutela.

Giova sottolineare che le questioni poste dall'improponibilità/inammissibilità dell'**opposizione all'esecuzione** dinanzi al giudice ordinario sono più complesse di quelle poste dalle **opposizioni formali** (id est, opposizione agli atti esecutivi) perché l'opposizione all'esecuzione non è un rimedio impugnatorio. Si tratta di **un'azione di accertamento del diritto di agire esecutivamente** che trascende gli atti pre-esecutivi ed esecutivi per coinvolgere invece i **profili soggettivi e oggettivi della pretesa creditoria e del rapporto sostanziale**.

Giudice del sindacato su tali ultimi profili, una volta che l'azione esecutiva sia stata esercitata e che sia iniziata l'espropriazione forzata, è il giudice dell'esecuzione, in prima battuta, ed il giudice dell'opposizione all'esecuzione, per la decisione di merito.

In sintesi, l'opposizione all'esecuzione non è una controversia che ha ad oggetto soltanto "*atti della ese-*

cuzione forzata tributaria” e dopo la sentenza della Corte Costituzionale consente al debitore esecutato, in pendenza del procedimento di esecuzione forzata esattoriale dinanzi al giudice dell’esecuzione, di proporre l’opposizione all’esecuzione per dedurre l’esistenza di **fatti estintivi, impeditivi o modificativi della pretesa o del rapporto sostanziale** che egli non ha potuto dedurre dinanzi al giudice tributario perché verificatisi dopo la scadenza del termine perentorio per proporre ricorso ai sensi degli artt. 19 e seg. del d.lgs. n. 546 del 1992.

4. La sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione 16 dicembre 2020, n. 28709.

Rispetto al motivo di doglianza costituito dalla mancata escussione del patrimonio sociale da parte del socio illimitatamente responsabile, l’assetto sopra descritto dell’apparato rimediale, cioè delle azioni esperibili dal debitore esecutato, comporta le conseguenze di cui appresso.

Nel sistema ordinario:

- la contestazione si ascrive tra quelle che possono essere dedotte proponendo **l’opposizione all’esecuzione** di cui all’art. 615 c.p.c. e non agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c.;
- l’opposizione all’esecuzione di cui all’art. 615 c.p.c. è ammessa **in via preventiva** (a far data dalla notificazione del precetto e sino al compimento del pignoramento) ma anche **in via successiva** (dopo che il pignoramento è stato compiuto);
- l’opposizione all’esecuzione può essere proposta in ogni momento perché la relativa azione non è soggetta all’osservanza di un termine perentorio (salvo quanto previsto nella fase espropriativa dall’art. 615, comma 2, c.p.c., qui non rilevante), proprio perché **attiene**, in via prioritaria, **al diritto di agire esecutivamente**;
- nell’esecuzione ordinaria il precetto (notificato in relazione a crediti di natura non tributaria) può essere impugnato dal socio, ai sensi dell’art. 615 co. 1 c.p.c. (con opposizione all’esecuzione preventiva), per lamentare la violazione del c.d. *beneficium excussionis*, ma analoga opposizione all’esecuzione non è preclusa quando il debitore – socio non abbia reagito al precetto;
- l’opposizione all’esecuzione è ammessa **anche successivamente al pignoramento**.

Le sentenze che hanno sancito questa configurazione dell’eccezione di beneficio di escussione nell’espro-

priazione ordinaria **non** hanno escluso la **legittimazione passiva del socio all’azione esecutiva**, ma si sono limitate ad affermare che prima dell’escussione della società **non è attuale il diritto del creditore di agire esecutivamente contro il socio** (Cass. n. 23749/11) **non in assoluto** ma solo **fino a che non venga compiuta tale escussione**; hanno, così, finito per **anticipare** – come è la regola nel sistema civilistico – all’opposizione pre-esecutiva una doglianza che comunque **attiene all’azione esecutiva vera e propria in quanto ne condiziona la procedibilità**, tanto è vero che può essere proposta prima dell’inizio dell’esecuzione (per impedire che inizi) e posta o riproposta dopo l’inizio dell’esecuzione (per bloccarla) senza alcun limite temporale. **Quindi il socio debitore nei confronti del creditore ordinario gode della “doppia” tutela.**

Nell’esecuzione esattoriale:

- manca del tutto il rimedio dell’opposizione pre-esecutiva;
- l’azione dinanzi al giudice tributario è ammessa anche per contestare il diritto del creditore di agire esecutivamente;
- tuttavia si tratta di **un’azione soggetta al termine di decadenza di sessanta giorni** di cui all’art. 21 del d.lgs. n. 546 del 1992;
- pertanto, una volta decorso tale termine perentorio, non solo diviene irretrattabile la pretesa tributaria (cioè, il diritto di credito in sé considerato), ma di regola è precluso al debitore/contribuente di dedurre nella fase esecutiva dinanzi al giudice ordinario **tutti i vizi degli atti ed anche dell’azione esecutiva dell’agente della riscossione nella fase preventiva** che avrebbero dovuto essere dedotti nei sessanta giorni dalla notificazione della cartella di pagamento dinanzi al giudice tributario.

Ne consegue che rispetto alla facoltà del socio di opporre il beneficio di escussione del patrimonio sociale, la questione rimessa alle Sezioni Unite comporta i seguenti aspetti problematici:

- se il socio si possa valere della “anticipazione” della tutela dinanzi al giudice tributario, malgrado il “vizio” attenga esclusivamente all’azione esecutiva, in sé considerata, senza involgere alcun profilo attinente al merito della pretesa sostanziale;
- in caso positivo, come debba avvalersi dell’unica azione esperibile dinanzi al giudice tributario (e prima del pignoramento), cioè quella dell’art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992;

- in particolare, se ciò debba fare impugnando la cartella di pagamento e/o l'intimazione di pagamento (avviso di mora) ovvero solo l'avviso impositivo e/o la comunicazione informativa e/o l'intimazione di pagamento nel sistema del d.l. n. 78 del 2010;
- ancora, in caso positivo, se tale azione sia **esclusiva**, di modo che, se il socio non la esercita nei sessanta giorni dalla notificazione della cartella di pagamento ne decade, non potendo più opporre il beneficio nella fase esecutiva dopo il pignoramento; ovvero se sia **concorrente**, di modo che, in deroga al sistema delle preclusioni fissato dal d.lgs. n. 546 del 1992, il socio/debitore esecutato possa attendere il pignoramento o, addirittura, esperire nuovamente l'azione nella fase esecutiva fintantoché l'agente della riscossione non abbia effettivamente escusso il patrimonio sociale;
- in caso negativo, di conferma cioè dell'orientamento giurisprudenziale "tradizionale", che precludeva al socio di opporre il *beneficium excussionis* dinanzi al giudice tributario, la questione da dibattere sarebbe stata invece quella dell'eventuale disparità di trattamento, in quanto il socio debitore del Fisco si sarebbe trovato in posizione deteriore rispetto al socio debitore del creditore ordinario;
- cioè si sarebbe trattato di decidere se detta compressione della tutela riservata al debitore (anziché "doppia" tutela, tutela soltanto dinanzi al giudice ordinario) fosse irragionevolmente favorevole al Fisco, perché sarebbe equivalso ad affermare che in presenza di riscossione esattoriale il socio debitore è costretto ad attendere un pignoramento "ingiusto" senza poterne scongiurare il compimento.

Le Sezioni Unite non hanno preso posizione esplicita su ciascuna delle dette questioni sistematiche.

Si sono piuttosto fermate alle ultime due delle esposte considerazioni, al solo fine di escludere la conferma dell'orientamento maggioritario.

Questo era stato patrocinato dall'ordinanza di rimessione, osservando che la pienezza di tutela affermata dalla giurisprudenza costituzionale (e, in particolare, da Corte cost. n. 114/18) sarebbe stata garantita dal fatto che le azioni non esercitabili davanti al giudice tributario sarebbero "compensate" dalla facoltà di proporre opposizione all'esecuzione davanti al giudice ordinario ex art. 57 del d.P.R. n. 602 del 1973 (e 615, comma 2, c.p.c.) contro il pignoramento.

La sentenza n. 28709/20 delle Sezioni Unite ha decisamente respinto questa interpretazione, affer-

mando che *"non può essere seguita, perché comporta un vistoso vuoto di tutela per il coobbligato sussidiario, che sarebbe costretto ad aspettare il pignoramento, per natura invasivo della sua sfera giuridica, per far valere l'improcedibilità dell'azione esecutiva, oppure a sperare, per poterlo fare, che gli sia notificata l'intimazione ad adempiere, la quale è soltanto eventuale (art. 50, comma 2, del d.P.R. n. 602/73 e art. 29, comma 1, lett. e), del d.l. n. 78/10, cit., come convertito). ... E il vuoto di tutela è del tutto ingiustificato: ormai da tempo questa Corte ha sottolineato che anche a fronte della mera minaccia di esecuzione v'è l'interesse dell'obbligato a paralizzare il diritto del creditore di agire in via esecutiva, facendo leva sulla sussidiarietà della propria obbligazione (in termini, Cass. 15 luglio 2005, n. 15036 e 14 novembre 2011, n. 23749)"*.

La presa di posizione è netta, pur se, a rigore, non obbligata, in quanto il confronto con l'azione esecutiva ordinaria avrebbe potuto condurre a risultati opposti viste le differenze sistematiche e processuali che tuttora permangono, come sopra esposte.

Per la verità, anche il passaggio successivo della motivazione della sentenza non è risolutivo («Il vuoto di tutela è stato del resto escluso proprio dalla Corte costituzionale: *«...la prevista inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione, quando riguarda atti che radicano la giurisdizione del giudice tributario, non segna una carenza di tutela del contribuente assoggettato a riscossione esattoriale, perché questa c'è comunque innanzi ad un giudice, quello tributario. L'inammissibilità dell'opposizione ex art. 615 c.p.c. si salda, in simmetria complementare, con la proponibilità del ricorso ex art. 19 d.lgs. n. 546 del 1992, assicurando, in questa parte, la continuità della tutela giurisdizionale»* (Corte cost. n. 114/18, punto 11; in termini, Cass. 28 novembre 2019, n. 31090)»).

Nella fattispecie in esame si sarebbe venuta a verificare una situazione speculare a quella contemplata dalla Corte Costituzionale, nel senso che la tutela giurisdizionale ci sarebbe stata *"comunque innanzi ad un giudice"*, quello ordinario, sia pure dopo il pignoramento.

Dal punto di vista sistematico tale differenza di tutela avrebbe potuto poi essere sostenuta in base alla peculiare modalità di formazione del titolo esecutivo costituito dal ruolo esattoriale, a cui consegue la scissione innegabile tra titolarità del credito e titolarità dell'azione esecutiva che sta a fondamento dell'esecuzione esattoriale.

Ciò comporta che la cartella di pagamento contenga in sé tutti gli elementi della pretesa fiscale e quindi si giustifica che la cognizione sulla sua impu-

gnazione sia riservata al giudice speciale, cioè al giudice tributario che di quella pretesa conosce anche prima della formazione del titolo esecutivo.

Pertanto, strettamente connessa alla cognizione del giudice tributario è l'impugnazione della cartella di pagamento con la quale il contribuente assume l'**inesistenza del credito per fatto originario o successivo** e, dunque, lamenta l'insussistenza delle **condizioni sostanziali** per l'esercizio dell'azione esecutiva. Meno pertinenti rispetto alla cognizione del giudice tributario sono invece le **contestazioni che non involgono l'esistenza del debito**.

Restando alla questione rimessa alle Sezioni Unite, si è già detto come il *beneficium excussionis* attenga alla insussistenza di una condizione direttamente inerente l'esercizio dell'**azione esecutiva**, in sé considera *ab extrinseco*.

Pertanto, la Cassazione a Sezioni Unite bene avrebbe potuto differenziare tale fattispecie nell'esecuzione esattoriale rispetto all'esecuzione ordinaria, giustificando la differente disciplina, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, perché relativa a situazioni diverse secondo quanto sopra detto ed, in riferimento all'art. 24 della Costituzione, perché una tutela è comunque assicurata al socio/debitore esecutato dinanzi ad un giudice.

Giova aggiungere che è vero che la cartella di pagamento si può impugnare anche soltanto per dedurre il vizio dell'operato dell'agente della riscossione, sia sotto il profilo della regolarità formale degli atti compiuti (e fin qui *nulla quaestio*, perché si tratta di anticipare un'opposizione riconducibile al 617, comma 1, c.p.c. non recuperabile dopo per il disposto dell'art. 57, lett. b, del d.P.R. n. 602 del 1973) sia -e qui sta il punto critico- per sostenere che l'agente della riscossione non avrebbe potuto emettere atti propedeutici all'esecuzione in quanto l'azione esecutiva, in se considerata, è venuta meno per ragioni formali (e non sostanziali: ad es. per la decadenza ex art. 25 d.P.R. 602/1973 dovuta alla mancata o tardiva notificazione della cartella esattoriale). In tali eventualità l'azione dinanzi al giudice tributario si atteggia come una sorta di opposizione all'esecuzione preventiva per fare valere il venir meno (non del diritto di credito) ma del diritto di procedere esecutivamente.

Ma, a ben vedere, si tratta di una questione che, pur originata dall'operato dell'agente della riscossione, finisce per ripercuotersi -nel contesto della suddetta scissione tra titolarità del credito e titola-

rità dell'azione esecutiva- nell'ambito di competenza dell'ente impositore, il quale, a causa della mancata o scorretta o tardiva azione dell'esattore, **perde definitivamente il suo diritto di agire esecutivamente**.

Non è così invece per il beneficio di escussione, che attiene all'azione esecutiva, ma, prima che la società venga escussa, **non fa perdere il diritto dell'ente impositore di agire contro il socio**; piuttosto comporta il **differimento** dell'azione esecutiva da parte dell'esattore, per il principio della responsabilità subsidiaria operante per tutta la fase esecutiva.

In sintesi, nella scissione di cui si è detto sopra, compete all'esattore e soltanto a lui porre in essere la condizione di procedibilità dell'azione esecutiva nei confronti del socio, dopo aver escusso la società; la questione non involge affatto né il diritto di credito né direttamente l'azione esecutiva in capo all'ente impositore.

Di qui, la **peculiarità dell'eccezione del *beneficium excussionis* -per il particolare modo di atteggiarsi dell'esecuzione esattoriale, nei rapporti tra ente impositore ed agente della riscossione, e per le particolari modalità di formazione del titolo esecutivo nei confronti della società e del socio**.

Sarebbe stata perciò opzione praticabile dalle Sezioni Unite la conferma dell'interpretazione tradizionale e l'ammissione dell'eccezione del socio soltanto contro il pignoramento, mai nella fase pre-esecutiva.

Le Sezioni Unite hanno invece scelto l'opzione opposta, pervenendo alla massima ufficiale secondo cui "*In tema di riscossione ed esecuzione a mezzo ruolo di tributi il cui presupposto impositivo sia stato realizzato dalla società e la cui debenza risulti da un avviso di accertamento notificato alla società e da questa non impugnato, il socio può impugnare la cartella notificatagli eccependo (tra l'altro) la violazione del beneficio di preventiva escussione del patrimonio sociale*".

In ragione della natura del fatto oggetto di accertamento (inteso come fatto impeditivo dell'**azione esecutiva**), le Sezioni Unite ne hanno affermato la sua deducibilità già dinanzi al giudice tributario, al fine di consentire al socio debitore del Fisco quella stessa "anticipazione" di tutela avverso la cartella di pagamento che la giurisprudenza ha riconosciuto al socio debitore ordinario, consentendogli di opporre il *beneficium excussionis* avverso l'atto di precetto.

La scelta della tutela "anticipata" dinanzi al giudice tributario non è stata però portata alle sue estreme conseguenze. In applicazione, infatti, degli artt.

19 e 21 del d.lgs. n. 546 del 1992 il giudice di legittimità avrebbe dovuto affermare che, una volta preclusa tale tutela dinanzi al giudice tributario (per non avere impugnato la cartella di pagamento o per non aver eccepito il beneficio di escussione) nel termine perentorio di sessanta giorni, il socio/debitore esecutato non avrebbe potuto proporre l'eccezione dinanzi al giudice dell'esecuzione.

La scelta interpretativa è stata di segno opposto.

Nella motivazione della sentenza n. 28709/20 si chiarisce infatti che *“Il coobbligato beneficiario, inoltre, non decade dal diritto di far valere il beneficio, sicché se non lo fa valere impugnando la cartella, lo potrà fare contro l'eventuale intimazione successiva e, in mancanza, impugnando il pignoramento, ma stavolta dinanzi al giudice dell'esecuzione: e ciò perché la natura sussidiaria della propria obbligazione resta tale anche se non la si fa valere immediatamente”*.

L'affermazione non è supportata da ulteriori argomentazioni. Tuttavia l'inciso motivazionale finale presuppone il ragionamento sopra fatto sulla **peculiarità dell'eccezione** di che trattasi, che non attiene né alla perdita del diritto di credito né alla perdita dell'azione esecutiva, ma soltanto ad un **impedimento al suo esercizio che permane fintantoché permane la mancata escussione del patrimonio sociale, che spetta all'agente della riscossione**.

Il rimedio dell'opposizione esecutiva resta praticabile anche dinanzi al giudice ordinario, pur quando non sia stato azionato dinanzi al giudice tributario, perché si tratta di fatto impeditivo immanente a tutta la fase dell'esecuzione (deducibile ex art. 57, del d.P.R. n. 602 del 1973, come “allargato” dalla Consulta).

In definitiva, le Sezioni Unite non hanno precluso al debitore la medesima tutela dinanzi al giudice ordinario, una volta iniziata l'esecuzione, in alternativa al (mancato preventivo) esperimento di tutela dinanzi al giudice tributario.

Si tratta di una pronuncia che realizza quella tutela “a tutto tondo” del contribuente/debitore esecutato auspicata dalla Corte Costituzionale, applicando la regola del riparto di giurisdizione in conformità alla lettera ed alla *ratio* dell'art. 2 del d.lgs. n. 546 del 1992, cioè individuando il giudice fornito di giurisdizione non sulla base del vizio dedotto, ma dell'«atto» (cartella di pagamento o pignoramento) che viene in rilievo quale espressione dell'esercizio del diritto di agire esecutivamente cui il destinatario intende opporsi.

5. Le conseguenze applicative nel giudizio tributario

La sentenza delle Sezioni Unite è ricca di argomentazioni che concernono il modo di atteggiarsi della regola del *beneficium excussionis* rispetto all'esecuzione esattoriale e le conseguenze che si verificano nel giudizio tributario quando il socio abbia proposto il corrispondente motivo di impugnazione della cartella esattoriale.

Non è più possibile, come nel passato, dichiarare inammissibile il motivo.

Premessa la praticabilità del rimedio cautelare dell'art. 47 del d.P.R. n. 546 del 1992 (espressamente richiamato in sentenza), rilevano le seguenti affermazioni del giudice di legittimità:

- l'ente creditore notifica soltanto **alla società l'avviso di accertamento**, senza necessità di *simultaneus processus* con i soci (tra varie, Cass. 21 novembre 2014, n. 24795; 5 dicembre 2014, n. 25765; 11 maggio 2016, n. 9527): il soggetto passivo del tributo è appunto la società ed è rispetto a questa che va accertato che il tributo è dovuto, ai fini della formazione del titolo esecutivo, ossia del ruolo (art. 49, comma 1, del d.P.R. n. 602/73);
- l'ente creditore agisce quindi, per mezzo dell'agente della riscossione, azionando un titolo, ossia il ruolo, che si è formato nei confronti del proprio debitore d'imposta, ossia dell'obbligato in via principale;
- è pur sempre *quel* titolo che diviene riferibile ai soci coobbligati in via sussidiaria, anche se in base a presupposti distinti ed è perciò da quel titolo, che concerne il tributo, che dipendono la cartella notificata al coobbligato ed il rispetto del termine di cui all'art. 25, comma 1, del d.P.R. n. 602/1973;
- qualora l'iscrizione a ruolo sia avvenuta in base a un avviso notificato alla società e da questa non opposto, il socio può far valere l'improcedibilità dell'azione esecutiva nei propri confronti perché l'ente creditore non si è soddisfatto prima sui beni che compongono il patrimonio sociale ma **la cartella di pagamento notificata al socio è valida, per le Sezioni Unite, anche se non è preceduta dall'escussione del patrimonio sociale**;
- infatti, la sezione tributaria rimettente aveva paventato il pregiudizio per il Fisco, nel presupposto che l'agente della riscossione non avrebbe potuto notificare la cartella di pagamento al socio-coob-

bligato sussidiario prima della conclusione dell'escussione dei beni della società, di modo che, nel caso in cui l'escussione fosse totalmente o parzialmente infruttuosa, il Fisco si sarebbe trovato nell'impossibilità di recuperare il proprio credito nei confronti del coobbligato sussidiario a causa del decorso dei termini di decadenza fissati per la notificazione della cartella dal citato art. 25 del d.P.R. n. 602/1973;

- in risposta a tale obiezione le Sezioni Unite si sono discostate anche dall'orientamento minoritario che, pure, in linea di principio hanno confermato perché hanno affermato che *«non si configura alcuna impossibilità di notificare al coobbligato sussidiario la cartella prima dell'escussione dei beni dell'obbligato principale. È pur sempre il coobbligato beneficiario che deve far valere il beneficio (addirittura provvedendo, qualora si applichi l'art. 2268 c.c., a indicare i beni sui quali il creditore possa agevolmente soddisfarsi), al fine d'impedire che inizi l'esecuzione vera e propria, oppure di bloccarla dopo che sia iniziata»*;
- quindi hanno smentito l'orientamento minoritario, là dove sosteneva che l'escussione del patrimonio sociale avrebbe dovuto comunque precedere la notificazione della cartella al socio, la quale, altrimenti, sarebbe stata nulla *ab origine*;
- hanno perciò concluso che *«la violazione del beneficium excussionis non configura ... un vizio proprio della cartella, perché la relativa deduzione è eccezione che va a integrare autonoma causa petendi d'impugnazione appartenente al perimetro dell'opposizione all'esecuzione»*.

Per tale via resta confermata l'**eccezionalità della fattispecie impeditiva** qui in esame, e restano confermate le considerazioni svolte sopra sul fatto che nessuno avrebbe gridato allo "scandalo" se le Sezioni Unite avessero confermato l'orientamento dell'inammissibilità dell'eccezione dinanzi al giudice tributario.

Avendola invece ammessa, si sono trovate a dover "salvare" la cartella di pagamento notificata al socio (operazione, come si vedrà, riuscita solo in parte), consentendogli però di spostare la sua difesa nel giudizio tributario.

Allora la questione ha finito per coinvolgere i **criteri di riparto dell'onere della prova nel giudizio tributario**.

Ferma infatti la validità della cartella di pagamento e della sua notificazione al socio anche prima dell'escussione del patrimonio sociale, per avvalersi

dell'eccezione il socio deve comunque impugnare la cartella di pagamento.

Cambia quindi il riparto dell'onere della prova nel giudizio tributario perché per le società in nome collettivo sarà l'agente della riscossione a dover provare di avere escusso il patrimonio sociale (eventualmente anche dopo la notificazione della cartella di pagamento al socio ed anche in pendenza di giudizio tributario) ovvero che una tale escussione sarebbe stata inutile perché infruttuosa.

Decisive ai fini di tale interpretazione sono le seguenti affermazioni delle Sezioni Unite:

«Si tratta, quindi, di una questione di prova di esistenza, o di inesistenza, di quella capacità [n.d.r. del patrimonio sociale].

Del resto, quando l'incapacità patrimoniale della società è accertata con sentenza che ne dichiara il fallimento, la legge ammette, immediatamente e senza attendere i risultati dell'esecuzione concorsuale, l'azione esecutiva del creditore sociale sul patrimonio del socio, facendo conseguire al fallimento della società quello dei soci illimitatamente responsabili (art. 147 l. fall.).

[...] Nella società semplice (e nelle società irregolari) è sul socio che incombe l'onere di provare che il creditore può agevolmente soddisfarsi sul patrimonio sociale (arg. da Cass. 15 dicembre 1990, n. 11921 e da Cass. n. 7000/03, cit.). Nel caso della società in nome collettivo e di quelle in accomandita semplice e per azioni l'onere della prova s'inverte: qui è il creditore a dover provare l'insufficienza del patrimonio sociale. Le modalità della prova divengono poi tanto più gravose, e il coefficiente di rischio di soccombenza aumenta, quanto più dubbie siano le circostanze.

Così, quando risulti aliunde dimostrata in modo certo l'insufficienza del patrimonio sociale per la realizzazione anche parziale del credito (ad esempio, in caso in cui la società sia cancellata), non c'è necessità per il creditore di sperimentare l'azione esecutiva sul patrimonio della società (Cass. n. 4606/83, cit.). Sul versante opposto, anche l'esito negativo del pignoramento presso terzi è inidoneo a far ritenere certa l'incapienza del patrimonio societario, potendo la società disporre di altri beni sufficienti a garantire il soddisfacimento del credito (così Cass. n. 5136/11, cit.).

[...] Sicché se l'amministrazione prova la totale incapacienza patrimoniale, il ricorso andrà respinto.

Se, invece, il coobbligato beneficiario prova la sufficienza del patrimonio, il ricorso andrà accolto.

Se la prova della capienza è parziale, il ricorso sarà accolto negli stessi limiti.

Se nessuna prova si riesce a dare, l'applicazione della regola suppletiva posta dall'art. 2697 c.c. comporterà che il ricorso sarà accolto o respinto, a seconda che l'onere della prova gravi sul creditore, oppure sul co-obbligato sussidiario.».

Il *modus operandi* che il giudice tributario dovrà seguire è così delineato nelle diverse alternative processuali.

Problematica tuttavia è l'affermazione immediatamente successiva della motivazione, secondo cui «*l'accoglimento, totale o parziale, del ricorso non potrà che condurre al corrispondente annullamento della cartella nei confronti del socio. Il che esclude in radice che si ponga il problema della decadenza».*

Orbene, se la cartella di pagamento viene annullata *in toto* perché il patrimonio sociale è risultato capiente, *nulla quaestio*; in tale eventualità, infatti, il *beneficium excussionis* ha assolto appieno alla sua funzione di presidiare il patrimonio del socio nei confronti del creditore sociale, subordinando la garanzia generale da esso offerta a quella correlata al patrimonio della società.

Non è però analoga la situazione in cui il patrimonio sociale si **presume** soltanto capiente (quando cioè l'amministrazione non fornisce la prova positiva della sua incapienza). Annullare *in toto* la cartella di pagamento nei confronti del socio significa, in tale situazione, andare in contrasto con l'affermazione, contenuta nella stessa sentenza delle Sezioni Unite, della validità della cartella di pagamento, a prescindere dall'avvenuta (o non avvenuta) escussione del patrimonio sociale e, per di più, incappare nella realizzazione del rischio paventato dalla sezione tributaria remittente.

Infatti il Fisco perderebbe definitivamente il credito nei confronti del socio, pur accertato come esistente sul piano sostanziale, solo per non aver preventivamente attivato l'escussione del patrimonio sociale o per non averlo provato in giudizio.

Per scongiurare tale rischio, nel caso in cui sia mancata la prova positiva dell'incapienza del patrimonio sociale, si dovrebbe poter **limitare l'annullamento** della cartella di pagamento **all'intimazione di pagamento** (cioè la commissione tributaria dovrebbe annullare la cartella *in parte qua*), consentendo quindi all'agente della riscossione di inviare una (nuova) intimazione di pagamento nei confronti del socio, dopo avere effettivamente escusso il patrimonio sociale e constatato di non poter ottenere la soddisfazione piena del credito verso la società.

Nessun problema si pone invece se il ricorso del socio viene respinto, poiché l'azione esecutiva può proseguire nei suoi confronti, salvo quanto appresso in merito alle sorti di un'opposizione all'esecuzione eventualmente riproposta dinanzi al giudice dell'esecuzione.

6. Le conseguenze applicative nel giudizio di esecuzione dinanzi al giudice ordinario.

L'espropriazione esattoriale dinanzi al giudice ordinario è infatti necessariamente influenzata dall'esito del giudizio tributario, quando dinanzi alla commissione tributaria sia stato opposto il beneficio di escussione.

Se il ricorso proposto dal socio dinanzi alla commissione tributaria è stato **respinto**, si avrà un **giudicato sfavorevole al socio**. Quest'ultimo pertanto non potrà nuovamente riproporre la questione della preventiva escussione del patrimonio sociale dinanzi al giudice dell'esecuzione, pena l'inammissibilità per violazione del divieto di *ne bis in idem*.

Se il ricorso proposto dal socio dinanzi alla commissione tributaria è stato **accolto**, la possibilità per l'agente della riscossione di agire esecutivamente contro il socio dipende dalla portata del giudicato favorevole al socio, secondo quanto specificato nel paragrafo precedente.

Invece, se il socio non ha "giocato la carta" del beneficio di escussione in sede pre-esecutiva, ma **ha atteso il pignoramento**, potrà, a seguito della decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, proporre opposizione esecutiva ai sensi dell'art. 57, comma 1, lett. a), del d.P.R. n. 602 del 1973, come risultante a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 114/2018, e dell'art. 615, comma 2, c.p.c.

Il giudizio di opposizione si svolgerà allora interamente dinanzi al giudice dell'esecuzione, prima, e dell'opposizione all'esecuzione, poi, quindi dinanzi al giudice ordinario, secondo le disposizioni appena richiamate, salvo che per il provvedimento di sospensione dell'esecuzione che seguirà la regola dell'art. 60 del d.P.R. n. 602 del 1973, ma sempre dinanzi al giudice dell'esecuzione, senza alcun coinvolgimento delle commissioni tributarie.

Giuseppina Luciana Barreca

Una modesta proposta: rifondare l'assicurazione r.c.a.

1. Il 12 giugno 2021 ha compiuto 50 anni la disciplina dell'assicurazione obbligatoria della r.c.a., essendo entrata in vigore il 12.6.1971 ai sensi dell'art. 43 l. 24.12.1969 n. 990.

Cinquant'anni, e li dimostra tutti.

Oggi la disciplina della r.c.a. ha bisogno di un urgente restauro *rifondatore*, per molte ragioni.

La prima ragione è che è obsoleta, ad onta dei continui e velleitari interventi di riforma "a macchia di leopardo".

In mezzo secolo il fenomeno "circolazione" è profondamente mutato. La crescita esponenziale della diffusione degli autoveicoli; le loro accresciute differenziazioni; i nuovi e molteplici strumenti contrattuali attraverso i quali è possibile acquisire la disponibilità d'un veicolo; l'avvento dell'elettronica; i nuovi rischi legati alle accresciute fonti di distrazione durante la guida (dalla musica agli *smartphone*); l'obsolescenza e per alcuni aspetti l'iniquità del sistema *bonus/malus* (il quale equipara l'automobilista che abbia rotto un fanalino a quello che abbia ucciso una persona); la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, sono altrettanti fattori che avrebbero imposto modifiche alla legge, modifiche che o non sono avvenute, o sono state parziali ed inadeguate.

La seconda ragione è che l'impianto originario della legge 990/69 è stato reiteratamente modificato, manomesso, sbocconcellato, ampliato o ridotto a seconda degli umori delle forze politiche al governo (nessuna delle quali ha mai resistito alla tentazione di mettere mano, o forse sarebbe meglio dire manomettere, le norme sull'assicurazione r.c.a.). Ne è venuto fuori un *patchwork* di norme talora incoerenti tra loro; talora incoerenti con le norme del codice civile; sempre e comunque fonti di infinite discussioni per gli interpreti e gli operatori pratici.

Anche l'entrata in vigore del codice delle assicurazioni è stata una occasione perduta. La riforma, infatti, *non ha risolto nessuno* dei problemi posti dalla previgente legge 990/69; in compenso, però, molti altri ne ha creati.

Alcuni esempi? L'articolo 122 codice delle assicurazioni ha lasciato privo di disciplina l'ipotesi di sinistri causati da veicoli circolanti *prohibente domino*, ma avvenuti prima che il proprietario derubato abbia avuto il tempo di denunciare il furto; l'articolo 141 codice delle assicurazioni è stato scritto in modo da

costituire un *rebus*; la disciplina delle procedure stragiudiziali da osservare a pena di improponibilità della domanda giudiziale nei confronti dell'assicuratore, da parte del terzo danneggiato, è diventato un ginepraio irto di "stop and go", da fare invidia all'architetto Dedalo; la disciplina della c.d. "assicurazione familiare" cozza coi principi della sana e prudente gestione da parte dell'impresa assicuratrice; nessuna misura seria ed efficace è stata mai adottata per mettere nelle mani del giudice strumenti adeguati a reprimere da un lato le truffe gli intenti speculativi in danno degli assicuratori; dall'altro le renitenza e gli ingiustificati ritardi da parte di questi ultimi.

2. Ma cosa c'è che non funziona nella disciplina vigente dell'assicurazione r.c.a.? E' presto detto: l'assenza di norme efficaci e coerenti rispetto agli scopi di essa. Sia sul piano dei rapporti tra assicurati ed assicuratori, sia sul piano dell'esercizio dell'attività d'impresa, sia sul piano dei rapporti tra danneggiati e assicuratori.

2.1. Cosa c'è di incoerente tra le previsioni e gli scopi dell'assicurazione r.c.a.? Anche questo è presto detto: il "sistema" della r.c.a. dovrebbe perseguire tre obiettivi: tutelare le vittime, tutelare gli assicurati, evitare gli sprechi.

Le vittime si tutelano garantendo tempi certi nelle liquidazioni (giudiziali e stragiudiziali), e prevedendo regole obiettive per la stima dei danni. Ma i tempi delle liquidazioni sono allungati - a tacer d'altro - da inutili complicazioni e duplicazioni procedurali (ad es., la previsione dell'obbligo di negoziazione assistita prima, e della procedura di cui all'art. 148 cod. ass., poi). Né alcuna previsione normativa accorda al *giudice civile* (che è il primo a potere accertare la *mora* dell'assicuratore) il potere di sanzionare condotte renitenti o defatigatorie dell'assicuratore stesso.

Non parliamo, poi, della stima dei danni: le norme delegate sulla liquidazione del danno alla salute le aspettiamo vanamente da 16 anni (tra poco 17); quelle sulla liquidazione del danno da morte *manent alta mente repostae*; quelle sulla liquidazione del danno alla capacità di lavoro sono divenute un fervecchio inapplicabile (ne dirò meglio più oltre).

Gli sprechi si evitano reprimendo *sine pietate* non solo le truffe, ma anche le volgari speculazioni come

l'esagerazione dei danni o le condotte contrarie a buona fede da parte del danneggiato. Ma la repressione delle frodi assicurative da noi è ancora all'anno zero; giunge tardi e male; e soprattutto al *giudice civile*, e cioè quello che materialmente accerta i fatti e per primo può intercettare condotte speculative, non è affidato nessun serio strumento normativo di repressione dei tentativi di speculazione.

La tutela degli assicurati si garantisce con patti contrattuali chiari e dinamiche tariffarie trasparenti. Ma sotto il primo profilo la legge ha previsto sì l'obbligo di redigere contratti "in modo chiaro", ma senza prevedere alcuna conseguenza civilistica (ad esempio, la sostituzione automatica delle clausole ambigue con altre previsioni); quanto alle tariffe, sfido qualunque persona ad orientarsi in quella selva oscura che è divenuto il *bonus/malus*, la classe unica di conversione, l'estensione della classe di merito ai familiari conviventi che acquistano veicoli "della stessa tipologia".

3. Le criticità della disciplina del contratto.

Le principali criticità del contratto di assicurazione della r.c.a. sono a mio avviso quattro:

- 1) l'estensione oggettiva dell'obbligo;
- 2) l'estensione soggettiva della copertura;
- 3) la (ormai farraginoso) disciplina del *bonus/malus*;
- 4) il rapporto assicuratore-danneggiato.

Per quanto attiene l'estensione oggettiva dell'obbligo di assicurazione, la legge attualmente prevede che esso sorga a carico di chi mette in circolazione un veicolo a motore su strade pubbliche o a queste equiparate.

La prima di tali previsioni, tuttavia, ormai non è più al passo con i tempi; la seconda non è (mai stata) al passo con la disciplina comunitaria, per come interpretata dalla corte di giustizia dell'unione europea.

All'epoca in cui venne introdotta la legge 990/69, sulle strade circolavano autoveicoli, motoveicoli e mezzi pesanti.

Oggi, tuttavia, la platea degli utenti motorizzati delle strade si è notevolmente accresciuta: monopattini elettrici, biciclette elettriche, *skateboard* elettrici, *hoverboard*, *segway*, sono solo alcuni dei mezzi che affollano strade e, non di rado, marciapiedi.

Ho esposto altrove le ragioni per le quali tutti i veicoli espressione della cosiddetta "micromobilità" devono ritenersi già oggi soggetti all'obbligo di assicurazione; spero dunque che il benevolo lettore non me

ne voglia se mi permetto, sul punto, di richiamare quanto già detto (M. Rossetti, *Sant'Agostino e i monopattini elettrici*, in Assinews, gennaio 2021, fasc. 326).

Qui mi limiterò perciò a ricordare che, se è vero quanto osservava Montesquieu, secondo cui le leggi dovrebbero essere "*poche, chiare e semplici*", non può considerarsi una formulazione normativa felice quella che da un lato proclama solennemente che tutti i veicoli a motore in circolazione su strade pubbliche devono essere assicurati (articolo 122 cod. ass.); dall'altro prevede sibillantemente che le biciclette con motore elettrico sono equiparate alle biciclette (art. 50 cod. strad.), e infine che i monopattini sono equiparati alle biciclette con motore elettrico (art. 1, comma 75, l. 160/19). Nel gioco dei rinvii l'interprete finisce per perdersi, e comunque l'ambiguità normativa non consente certezze né nel senso della sussistenza dell'obbligo assicurativo per le suddette tipologie di veicoli, né nel senso opposto.

L'eventuale volontà del legislatore di escludere dall'obbligo assicurativo determinate categorie di veicoli (nei limiti, peraltro assai ristretti, in cui tale facoltà può essere esercitata alla luce del diritto comunitario) dovrebbe essere chiaramente affermata nella *sedes materiae*, e la *sedes materiae* è una soltanto: il decreto ministeriale cui l'articolo 122 codice delle assicurazioni ha delegato il compito di stabilire quali veicoli siano esclusi, e quali inclusi, dell'obbligo di assicurazione. Ma tale decreto, attualmente, non contiene alcuna esclusione per i veicoli elettrici sopra elencati (d.m. 1° aprile 2008, n. 86).

Un quadro normativo, dunque, tutto ancora da sistemare.

3.1. Più seri problemi pone l'articolo 122 codice delle assicurazioni con riferimento all'estensione spaziale dei presupposti dell'obbligo assicurativo.

La legge, infatti, stabilisce che tale obbligo sorga a carico di chi intenda mettere in circolazione un veicolo a motore su strade pubbliche od a queste equiparate. Nessun obbligo, dunque, sussiste nel caso di circolazione su aree private, fondi agricoli, aree di campagna, lido del mare, e comunque tutte le aree cui non è possibile accedere indiscriminatamente da parte di tutti gli utenti della strada.

La distinzione tra veicoli in circolazione su strade aperte alla pubblica circolazione, ed altre aree, tuttavia non è prevista dal diritto comunitario, ed in particolare dalla direttiva 2009/103/CE, che attualmen-

te disciplina a livello comunitario l'assicurazione della r.c.a.. E la corte di giustizia dell'unione europea, più volte chiamata a valutare la conformità al diritto comunitario di leggi nazionali le quali escludevano l'applicabilità delle norme sull'assicurazione obbligatoria (e dunque, in primo luogo, l'azione diretta della vittima nei confronti dell'assicuratore) nell'ipotesi di sinistri avvenuti su aree diverse dalle strade, ha affermato che il diritto comunitario impone l'applicazione delle norme sull'assicurazione obbligatoria anche nel caso di sinistri derivanti da:

- 1) circolazione su aree private (Corte giust., 4 settembre 2014, *Vnuk*, in causa C 162/13);
- 2) circolazione su aree non destinate alla circolazione (Corte giust., 20 dicembre 2017, *Núñez Torreiro*, in causa C 334/16; Corte giust. 28 novembre 2017, *Rodrigues de Andrade*, in causa C-514/16).

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione si sono mostrate consapevoli di questo contrasto, affermando che là dove la legge recita "circolazione su strade pubbliche", si deve leggere come se dicesse: "uso del veicolo conformemente alla sua destinazione" (Cass. sez. un. 21983/21). Ma la sentenza ha lasciato ancora sul tappeto molti dubbi, e primo fra tutti quello su chi sia il soggetto debitore nel caso di sinistri avvenuti su aree private e causati da veicoli assicurati con contratti che prevedevano la copertura solo per i danni avvenuti su aree pubbliche. L'assicuratore, previa integrazione del contratto ex art. 1339 c.c.? Il fondo di garanzia vittime della strada? E in questo caso con o senza rivalsa verso l'assicurato? Problemi enormi, che non è possibile in questa sede affrontare, e che avrebbero richiesto - da tempo - ben altra tecnica normativa, rispetto a quella adottata dal codice delle assicurazioni.

3.2. Non meno bisognevole di una profonda e più razionale revisione appare la disciplina del contratto di assicurazione della r.c.a., per quanto attiene l'ambito soggettivo della copertura.

In questo campo i problemi creati da una imprecisa tecnica legislativa sono essenzialmente due:

- 1) la disciplina della responsabilità dell'assicuratore per l'ipotesi di circolazione *prohibente domino*;
- 2) la disciplina della responsabilità dell'assicuratore per l'ipotesi di c.d. "assicurazione familiare".

Partiamo dalla prima questione.

Come noto, l'articolo 122, comma terzo, codice

delle assicurazioni, stabilisce che nel caso di circolazione "contro la volontà" del proprietario, il contratto di assicurazione cessa di produrre i propri effetti a partire dalle 24:00 del giorno in cui il proprietario abbia denunciato la sottrazione del veicolo all'autorità di pubblica sicurezza.

Tralascero gli infiniti problemi di dettaglio posti dalla norma in esame per concentrarmi sul seguente: *quid iuris*, nel caso di sinistro causato da un ladro che, dopo avere rubato un autoveicolo investa un pedone, prima che il derubato abbia avuto la possibilità di scoprire il furto e denunciarlo?

In teoria l'assicuratore r.c.a. del veicolo potrebbe rifiutare di indennizzare il pedone, sostenendo: «non pago perché non c'è responsabilità del mio assicurato». E dal punto di vista teorico avrebbe ragione.

Ma anche l'impresa designata per conto del fondo di garanzia vittime della strada potrebbe rifiutare di indennizzare la vittima, sostenendo: «non pago perché il contratto di assicurazione non s'era sciolto, in quanto non erano scoccate le 24:00 del giorno della denuncia del furto». E anche lei dal punto di vista teorico avrebbe ragione.

La soluzione andrebbe ricercata in via interpretativa, facendo leva sugli scopi solidaristici del fondo di garanzia vittime della strada, sul principio di matrice comunitaria *vulneratus ante omnia reficiendus*, sull'assurda conseguenza che, ad applicare alla lettera il testo della legge, qualunque persona cui venga rubato un veicolo avrebbe interesse a non denunciare il furto, per evitare che, per effetto della denuncia, si scioglia il contratto di assicurazione e lui si trovi esposto all'azione di rivalsa dell'impresa designata.

La disciplina dei sinistri causati da veicoli circolanti *prohibente domino* presenta dunque una evidente lacuna, la quale per fugare qualsiasi dubbio meriterebbe di essere colmata da una riforma organica, la quale sostituisca all'assurdo sistema dello scioglimento *ope legis* dell'effetto della denuncia di furto, un criterio più razionale fondato sulla distinzione fra circolazione *prohibente domino* e circolazione *invito domino*, prevedendo espressamente per la prima l'obbligo indennitario a carico dell'assicuratore della r.c.a., salvo rivalsa nei confronti del conducente (e non del proprietario); e per la seconda ipotesi l'obbligo indennitario a carico dell'assicuratore della r.c.a. senza nessun diritto di rivalsa, dal momento che la colpa di chi custodisca malamente il proprio veicolo e lo lasci sottrarre è pur sempre una colpa civile, non dissimile da quella di chi, alla guida del

proprio mezzo, trascuri di rispettare le regole di comune prudenza o quelle del codice della strada.

3.3. Non meno bisognevole di una totale riforma appare il sistema del *bonus-malus* e la sua figlia illegittima, la c.d. “assicurazione familiare”.

Il sistema *bonus-malus* è frutto di una concezione ottocentesca dell'assicurazione di responsabilità civile: quella secondo cui l'assicurato, fidando sull'esistenza dell'assicurazione, trascuri di rispettare le regole di comune prudenza.

Per ovviare a questo inconveniente, si diceva un secolo fa, è necessario che l'assicurato “partecipi” in qualche modo alle conseguenze dei propri fatti illeciti: e questa “partecipazione” il legislatore di mezzo secolo fa ritenne di ravvisarla nel suddetto meccanismo, o formula tariffaria che dir si voglia.

Tecnicamente la clausola di *bonus/malus* costituisce una clausola condizionale ex art. 1353 cod. civ.. L'evento condizionante è l'avverarsi o meno di sinistri, mentre l'evento condizionato (sospensivamente) è la variazione del premio. Unica particolarità è che tale clausola condizionale, per legge, spiega la sua efficacia non solo in caso di rinnovo del contratto nel quale è stata pattuita, ma anche nel caso di stipula di nuovo contratto con altro assicuratore.

Il meccanismo *bonus-malus* è talmente risalente e così penetrato nella coscienza sociale, che pochi si sono soffermati a coglierne l'intima iniquità. Che dipende da due circostanze:

- a) il meccanismo premiale per l'assicurato è legato al contratto, e di conseguenza ad un determinato veicolo, e non alla persona del responsabile;
- b) il meccanismo premiale per l'assicurato è legato al numero di sinistri, e non alle conseguenze di essi.

Per quanto attiene il primo profilo, è noto che il premio assicurativo nei contratti stipulati con clausola *bonus-malus* (e cioè pressoché la totalità) dipende dai sinistri causati da qualunque conducente che si ponga alla guida del veicolo indicato nel contratto, durante il tempo per il quale quel veicolo resti di proprietà del medesimo soggetto. Non importa se quel sinistro, provocato con quel veicolo, sia per il conducente il primo od il millesimo: il contraente della polizza dovrà comunque accettare l'aumento del premio.

Immaginiamo allora due diversi soggetti: il primo è un ricchissimo e avventato *dandy*, il quale dispone di cinque veicoli, e con ciascuno di essi causa un sinistro all'anno.

Il secondo è un miserrimo lavoratore pendolare, il quale dispone di un solo autoveicolo, col quale causa due sinistri all'anno.

Il primo conducente ovviamente è molto più indisciplinato del secondo, perché in un anno causa cinque sinistri contro i due dell'altro. Ma poiché il primo conducente ha causato cinque sinistri con cinque diversi veicoli, al momento del rinnovo dei rispettivi contratti egli riceverà un trattamento migliore rispetto a quello del suo omologo, il quale avendo causato due sinistri in un anno col medesimo veicolo sarà retrocesso in una classe proporzionalmente più sfavorevole.

Il sistema *bonus-malus*, dunque, in primo luogo è un sistema che solo apparentemente consente di tener conto della maggiore o minore diligenza del conducente. Quel sistema poteva funzionare nell'Italia degli anni 60, allorché ben difficilmente una persona o un nucleo familiare disponeva di più di un autoveicolo.

Quel sistema non può più funzionare oggi, in un contesto sociale nel quale ogni famiglia dispone di più autoveicoli, e ogni autoveicolo può facilmente essere condotto da persone diverse a turno.

Il secondo grave vulnus del sistema *bonus-malus* è rappresentato dal fatto che la progressione o la regressione lungo le scale di merito dipende dal numero dei sinistri, e non dalle conseguenze economiche di essi.

Così, dal punto di vista dell'aggravamento del premio, il sistema non consente alcuna differenza tra colui il quale in un anno ha causato cinque sinistri, tamponando cinque veicoli diversi, e provocando danni complessivi per 5000 euro, rispetto a colui il quale in un anno ha causato un solo sinistro, ma ha provocato la morte di una persona e il ferimento di altri due, causando danni per 2.000.000 di euro.

Occorrerebbe dunque su questo punto un serio ripensamento dei meccanismi attraverso i quali rendere l'assicurato “compartecipe” dei rischi della circolazione, per evitare una sua deresponsabilizzazione, con conseguente aumento della negligenza alla guida.

Questi sistemi potrebbero essere i più diversi, e non tutti di diritto civile: un sistema, ad esempio, potrebbe essere rappresentato dall'inasprimento delle sanzioni amministrative. Nel campo civilistico, tuttavia, ove si volesse conservare un meccanismo premiale che faccia crescere o decrescere il premio assicurativo a seconda della maggiore o minore diligenza del conducente, tale meccanismo dovrebbe prescin-

dere dal numero dei sinistri e dall'ancoraggio al singolo veicolo, ma dovrebbe invece fondarsi o sulla responsabilità del conducente (la cosiddetta assicurazione "sulla patente"), o comunque tenere conto della gravità dei danni provocati dall'assicurato.

3.4. Un malinteso senso di "giustizia popolare", frammisto a buone dosi di populismo, negli ultimi 15 anni ha più volte modificato l'articolo 134 del codice delle assicurazioni, introducendo quella che nella prassi è stata battezzata "l'assicurazione familiare".

L'istituto è disciplinato oggi dall'articolo 134, commi 4 *ter* e 4 *ter.2* cod. ass.. Tale norma, con sintassi prolissa e farraginoso, in buona sostanza ha introdotto il principio per cui chi stipula un contratto di assicurazione ha diritto di essere scritto nella classe di merito più favorevole di cui beneficia qualsivoglia membro della propria famiglia, che abbia a sua volta stipulato un contratto di assicurazione della r.c.a., per un veicolo "anche di diversa tipologia". Ciò, tuttavia, a condizione che il familiare con contratto più vantaggioso non abbia causato sinistri negli ultimi cinque anni.

Si tratta di una previsione che conduce a effetti paradossali. Eccone alcuni:

- 1) se un uomo di 70 anni, in classe di merito 1, che ha causato un sinistro meno di quattro anni prima, ha un figlio convivente di anni 40 che per la prima volta acquista un ciclomotore di 50 cmc, il figlio è collocato in classe 10, giacché avendo il padre causato un sinistro meno di cinque anni prima dell'acquisto del secondo veicolo, non può beneficiare dei vantaggi della "assicurazione familiare";
- 2) se invece un uomo di 70 anni in classe 1, proprietario di una Autobianchi, ha un figlio di anni 21 che acquista una «Kawasaki Ninja ZX», il figlio è collocato in classe 1;
- 3) immaginiamo ora il caso di una donna di 30 anni in classe 1 proprietaria di una Fiat 500, la quale ha un convivente *more uxorio* che acquista un furgone per attività commerciale: l'uomo è collocato in classe 1, ad onta della totale diversità e del diverso spessore del rischio cui sono esposti l'una e l'altro;
- 4) immaginiamo ora una famiglia di quattro persone: padre in classe 3, madre in classe 1, primo figlio in classe 4, secondo figlio senza veicoli; il primo tra costoro che acquisti un veicolo, sarà collocato *ope*

legis in classe 1, secondo la regola - evidentemente sottesa dal legislatore - del "scurdammoce o passato".

Né varrebbe obiettare che lo stesso articolo 134, comma 4 *ter*, cod. ass., stabilisce che l'assicuratore deve garantire la parità di trattamento ai familiari conviventi dell'assicurato "avente le stesse caratteristiche di rischio del soggetto che stipula il nuovo contratto". Tale ultima previsione, anzi, aumenta la confusione: sia perché il concetto di "stesse caratteristiche di rischio", in un sistema non più soggetto all'approvazione ministeriale delle condizioni generali di contratto, è di tale sconfinata graditudine da essere giuridicamente inutilizzabile; sia perché la suddetta previsione fa a pugni con l'affermazione contenuta nella stessa disposizione normativa, secondo cui al familiare assicurato non si può applicare "una classe di merito più sfavorevole rispetto a quella risultante dall'ultimo attestato di rischio conseguito sul veicolo già assicurato".

In ogni caso, quel che a me pare decisivo, la previsione secondo cui la classe di merito (e quindi il premio assicurativo) può variare non solo in funzione dei sinistri causati dall'assicurato, ma in funzione dei sinistri causati da un terzo (e cioè il familiare convivente), è regola difficilmente conciliabile col generale principio di sana e prudente gestione, di cui all'art. 3 cod. ass., in virtù del quale l'assicuratore all'obbligo di esigere sempre e comunque un premio idoneo a coprire il suo fabbisogno tariffario, premio idoneo è solo quello parametrato ad un rischio effettivo, e non a rischi presunti o fittizi creati dal legislatore.

Anzi, da questo punto di vista il meccanismo della c.d. assicurazione familiare finisce per diventare sommaramente iniquo: infatti, dal momento che l'assicuratore ha comunque l'obbligo giuridico di esigere complessivamente dalla massa degli assicurati premi sufficienti a costituire la riserva sinistri, nella misura risultante dai rilievi statistici, imporre all'assicuratore uno "sconto" obbligatorio all'assicurato che sia convivente con familiari più virtuosi di lui alla guida, significa di fatto costringere l'assicuratore a recuperare altrove quello sconto: il che vuol dire che per effetto delle decisioni populiste del legislatore vi saranno automobilisti malaccorti che pagheranno meno del dovuto, sol perché convivono con una vecchia zia che guida la sua Fiat Duna una volta l'anno; e l'iniquo vantaggio di costoro sarà supportato dall'intera massa dei restanti assicurati.

Anche il meccanismo della c.d. assicurazione familiare, pertanto, andrebbe profondamente ripensato. Il premio assicurativo, anche a voler conservare e

lasciare intoccato il meccanismo bonus-malus “sulla targa”, invece che “sulla patente”, andrebbe comunque commisurato *all’uso cui il veicolo sia verosimilmente destinato*, e non alla convivenza dell’assicurato con altri automobilisti più virtuosi.

4. Le criticità del rapporto assicuratore-danneggiato.

Le principali criticità del rapporto assicuratore-danneggiato sono due:

- farraginosità e parziale inutilità delle procedure oggi previste per la liquidazione dell’indennizzo;
- assenza di norme oggettive sulla stima dei danni.

4.1. Sotto il primo aspetto, le norme che disciplinano le trattative stragiudiziali sono state concepite commettendo quattro errori:

- a) dettare minuziosamente il contenuto della richiesta risarcitoria stragiudiziale, ma ai soli fini della costituzione in mora, e non anche della proponibilità della domanda;
- b) introdurre una disciplina “antifrode” tanto farraginoso quanto inutile;
- c) sottrarre agli organi giudiziari l’unico vero deterrente previsto dalla legge avverso le condotte dilatorie dell’assicuratore;
- d) duplicare inutilmente gli adempimenti pregiudiziali, introducendo la negoziazione assistita.

Il primo problema nasce dal difetto di coordinamento tra l’articolo 145 e l’articolo 148 del codice delle assicurazioni.

La prima di tali norme detta la regola dell’imponibilità della domanda giudiziale proposta dal danneggiato nei confronti dell’assicuratore della r.c.a., se non preceduta da una richiesta effettuata “*avendo osservato le modalità ed i contenuti previsti all’art. 148 cod. ass.*”.

La seconda, invece, detta il contenuto della richiesta da inviare all’assicuratore, al fine di innescare il procedimento stragiudiziale ivi previsto finalizzato alla formulazione dell’offerta.

Col risultato che il coordinamento delle due norme fa sorgere una infinita serie di questioni circa la proponibilità della domanda (sarà procedibile il giudizio se l’assicurato non ha inviato il proprio codice fiscale all’assicuratore?), e fomenta le eccezioni dilatorie.

Una vicenda analoga ha riguardato le norme concepite per contrastare i fenomeni fraudolenti in ma-

teria di sinistrosità stradale: il legislatore ha mostrato di conoscere il problema, se l’è posto, ha cercato di risolverlo: lo ha fatto però con norme che, alla prova concreta, si sono rivelate inefficienti ed inefficaci.

Si tratta, in particolare, del comma 2 *bis* dell’articolo 148 codice delle assicurazioni, introdotto dall’art. 32.3, lettera b), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, e dell’art. 10 *bis*, comma 2, d.l. 78/2010.

La prima di tali norme ha distinto, nel disciplinare il procedimento stragiudiziale di domanda-offerta, l’ipotesi in cui l’assicuratore neghi il risarcimento perché sospetti una truffa, da quella in cui l’assicuratore neghi il risarcimento per ragioni di merito (ad esempio, insussistenza di colpa dell’assicurato, prescrizione del diritto, insussistenza od irrisarcibilità del danno).

Se l’assicuratore sospetti l’esistenza d’una truffa in suo danno, egli ha l’obbligo di darne avviso al danneggiato ed all’IVASS; i termini per la formulazione dell’offerta sono sospesi da tale comunicazione, e l’assicuratore dispone di un ulteriore termine di 30 giorni, anch’esso decorrente dalla suddetta comunicazione, per ulteriori approfondimenti (art. 148, comma 2 *bis*, cod. ass.).

All’esito di questi ultimi, l’assicuratore non ha altra scelta che formulare l’offerta, oppure sporgere querela. In quest’ultimo caso i termini per l’offerta restano sospesi. Nel silenzio della legge, deve ritenersi che la sospensione cessi con la conclusione del procedimento penale introdotto dalla querela. Questa conclusione tuttavia, pur essendo l’unica possibile, appare piuttosto problematica. L’assicuratore, infatti, pur essendo tenuto a sporgere querela non è tenuto a costituirsi parte civile (né potrebbe esserlo, essendo incoercibile il promovimento dell’azione civile), e dunque potrebbe ignorare del tutto che il procedimento avviato dalla querela si sia esaurito. La macchinosità, il bizantinismo e soprattutto l’inutilità di questa procedura appaiono evidenti ove si consideri, da un lato, che l’assicuratore non avrebbe avuto bisogno di alcuna norma per rifiutare legittimamente il pagamento in presenza d’una tentata truffa, giacché la legittimità del rifiuto in questo caso discende dai principi generali delle obbligazioni; e dall’altro che l’art. 148, comma 2 *bis*, ultima parte, cod. ass. consente comunque al preteso danneggiato di promuovere l’azione diretta nei confronti dell’assicuratore persino nei casi di sospetta frode!

In sostanza, le grandi misure introdotte per contrastare le frodi assicurative sono state queste: che se l’assicuratore sospetta una frode, ha l’obbligo di dire

al danneggiato: “guarda che non ti offro nulla, perché secondo me stai cercando di truffarmi”!

Del resto in tema di antifrode, a conforto e dimostrazione di quali livelli abbia raggiunto il velleitarismo legislativo, nulla mi sembra più esemplare della misura introdotta dall'art. 10 *bis*, comma 2, d.l. 78/2010, istitutivo delle “commissioni regionali” composte da un rappresentante della regione, uno dell'ordine dei medici ed uno dell'ANIA, che avrebbero dovuto avere il compito di vigilare sul corretto esercizio dell'attività di certificazione di danni alla salute da parte degli esercenti di professioni sanitarie, e monitorare eventuali condanne per il reato di falsa certificazione in danno di imprese assicuratrici, di cui al comma 1 del citato art. 10 *bis* d.l. 78/2012. Che ne è stato di quelle commissioni? Nulla: semplicemente, non pervenute.

4.2. Ma se inefficace è la disciplina dettata per reprimere le frodi assicurative, addirittura velleitaria è quella dettata per contrastare la mora dell'assicuratore. Qui il discorso è molto breve: misure serie non ve ne sono, e quelle che v'erano sono state eliminate.

Fino al 31.12.2004, l'art. 3, comma 13, d.l. 857/76 consentiva al giudice ordinario di condannare l'assicuratore renitente o moroso al pagamento in favore del Fondo di garanzia vittime della strada di una somma pari alla differenza tra quanto offerto *in terminis* e l'indennizzo complessivamente liquidato dal giudice, al netto degli interessi.

La norma abrogata aveva il pregio di affidare l'accertamento della diligenza dell'assicuratore allo stesso giudice chiamato a stabilire la fondatezza della richiesta risarcitoria, con evidente risparmio di tempo e di attività giurisdizionale.

Questa norma è stata abrogata dal codice delle assicurazioni, ed oggi il giudice che dovesse accertare una condotta negligente o addirittura in mala fede dell'assicuratore della r.c.a. non può fare altro che trasmettere la sentenza all'IVASS perché promuova l'irrogazione delle sanzioni pecuniarie¹, e neanche sempre, ma solo quando la somma offerta sia inferiore di almeno la metà a quella liquidata dal giudice (art. 148, comma 10, cod. ass.).

¹ Per l'inosservanza dei termini di cui all'art. 148 cod. ass. è prevista la sanzione da 30.000 euro al 10% del fatturato (art. 310 cod. ass.).

Le differenze strutturali e funzionali tra il vecchio ed il nuovo sistema sono enormi, a tutto vantaggio del vecchio:

- in passato la sanzione era irrogata dal giudice che aveva istruito il giudizio di danno: un solo processo metteva capo alle statuizioni civili e a quelle sanzionatorie; oggi l'attività è triplicata: la condotta dell'assicuratore è vagliata dal giudice civile prima, dall'IVASS poi e - in caso di opposizione alla sanzione - dal TAR in ultima istanza;
- in passato la condanna dell'assicuratore al pagamento della sanzione era consentita in caso di sproporzione tra la somma offerta e quella liquidata dal giudice; oggi è consentita solo nel caso di “inosservanza dell'art. 148 cod. ass.”: ma l'assicuratore può comportarsi in modo negligente anche formalmente rispettando i termini e le forme l'art. 148 cod. ass., ad esempio lasciando intendere ad un danneggiato poco provveduto che la somma offerta è congrua rispetto alle liquidazioni giurisprudenziali;
- in passato la condanna era versata al Fondo di garanzia vittime della strada, oggi è incamerata dall'IVASS (art. 35 Reg. IVASS 2.8.2018 n. 39)

Si consideri poi che il crollo verticale degli interessi legali (0,05% l'anno scorso, 0,01% dal 1° gennaio 2021) ha reso estremamente conveniente, per il debitore, ritardare il pagamento quando il risarcimento dovuto sia cospicuo, dal momento che qualsiasi investimento finanziario garantisce oggi un rendimento ampiamente superiore al saggio legale degli interessi, ed anche questa circostanza può divenire una spinta verso l'inadempimento.

In Spagna, ad esempio, l'art. 20.4 della *Ley* 50/1980 stabilisce che se l'assicuratore ritarda più di due anni il pagamento dell'indennizzo è obbligato al pagamento di interessi di mora del 20%: una norma certamente molto più efficace dello spauracchio delle sanzioni IVASS, che da noi nessuno ha mai pensato di introdurre.

4.3. Non mi soffermerò a lungo sulla inefficienza di un sistema che, dovendo disciplinare la liquidazione di danni che si verificano ogni giorno in tutto il paese, non ha mai dettato norme organiche.

Le uniche norme vigenti, come noto, riguarda soltanto la liquidazione dei danni con esiti micro per-

manenti; nessuna disciplina o riforma organica è stata mai dettata per regolare la nozione, l'accertamento la liquidazione del danno non patrimoniale (un'autentica *crux iurisconsultorum* da più di mezzo secolo); per non parlare poi del danno patrimoniale e non patrimoniale da uccisione del prossimo congiunto.

Non posso però fare a meno di segnalare, quale indice paradigmatico della ignari del legislatore, la vicenda delle norme che disciplinano la liquidazione del danno patrimoniale da incapacità di lavoro.

Queste norme (articolo 137 codice delle assicurazioni) sono oggi in parte obsolete e perciò inapplicabili, in parte incostituzionale.

L'articolo 137 codice delle assicurazioni è obsoleto nella parte in cui stabilisce che il grado di incapacità lavorativa va determinato in base alle tabelle allegate al testo unico sull'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro: oggi inapplicabile, in quanto l'Inail assicura il danno biologico, e non-come al tempo in cui venne promulgata la legge 990/69, rimasta immutata e rifluita dal quale nel codice delle assicurazioni - l'inabilità lavorativa.

L'articolo 137 codice delle assicurazioni è altresì obsoleto nella parte in cui rinvia, per la liquidazione del danno patito da soggetti non percettori di reddito, al triplo della "pensione sociale": misura abrogata da vent'anni, e sostituito dall'assegno sociale.

L'articolo 137 codice delle assicurazioni, infine, è incostituzionale nella parte in cui prevede che, in caso di danni patiti dal lavoratore dipendente, a base del calcolo della liquidazione debba essere posto il reddito "al lordo" del prelievo fiscale: una norma assurda, che arricchisce danneggiato, impoverisce l'assicuratore, senza beneficio per l'erario, dal momento che le somme liquidate a titolo di risarcimento del danno sono esenti da prelievo fiscale.

Non sarà inutile ricordare che la previsione secondo cui il calcolo del danno da incapacità lavorativa patito dal lavoratore dipendente dovesse fondarsi sul reddito lordo, invece che su quello netto, era contenuta nell'art. 4, comma 1, d.l. 23.12.1976, n. 857. Tale previsione venne però modificata dalla legge di conversione (l. 26.2.1977, n. 39), la quale stabilì invece che il danno in esame dovesse calcolarsi "sulla base del reddito di lavoro maggiorato dei redditi esenti e delle detrazioni di legge".

Il codice delle assicurazioni, invece, ha ripristinato, per così dire, il testo del d.l. 857/76 "al netto" delle modifiche introdotte dalla legge di conversione: probabilmente una svista, ma foriera di gravi conseguenze.

5. Aspettando *Godot*.

Non vedo in circolazione molti Clistene o Solone, dai quali attendersi una riforma seria, organica, efficiente, limpida, della materia.

Ma aspettando *Godot* sarebbe opportuno almeno avviare una riflessione di quali dovrebbero essere i punti cardine di una riforma complessiva ed organica.

Per quanto sopra esposto (beninteso, senza pretesa di esaustività), io credo che questi punti cardine dovrebbero essere *almeno*:

A) quanto alla disciplina del contratto:

- disciplinare espressamente l'ipotesi dei sinistri avvenuti su aree private;
- abolire il *bonus/malus*, sostituendolo con una assicurazione sulla patente e non sulla targa;
- rendere coerente la disciplina assicurativa sui danni causati da veicoli circolanti *prohibente domino* con la disciplina del codice civile;

B) quanto alla disciplina del rapporto assicuratore-danneggiato:

- razionalizzare e unificare i termini di prescrizione, a prescindere dall'esistenza di reati;
- prevedere termini certi per la richiesta, l'istruttoria della pratica e l'offerta risarcitoria da parte dell'assicuratore;
- sanzionare con l'inefficacia sostanziale e processuale qualsiasi richiesta con la quale il danneggiato non abbia con correttezza e buona fede esposte tutte le sue ragioni, ed avanzato tutte le sue pretese;
- prevedere la decadenza dal diritto al risarcimento nel caso di dolosa o gravemente colposa esagerazione del danno;
- prevedere l'*obbligo* del giudice di irrogare sanzioni dissuasive nei confronti dell'assicuratore in mora: ad esempio sotto forma di penali, o di cospicui interessi moratori, o di incremento in percentuale fissa (ad esempio, da 1/3 alla metà) del risarcimento dovuto, in caso di ritardo ingiustificato e protratto.

Marco Rossetti

*Le conseguenze della consulenza tecnica d'ufficio viziata:
possibile soluzione in attesa delle sezioni unite*

SOMMARIO: 1. Introduzione. • 2. Poteri e limiti del C.T.U. • 3. Conseguenze. • 3.1 Nullità relativa. • 3.2. Nullità assoluta. • 3.3 I casi sottoposti alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. • 4. Effetti dell'accoglimento della tesi più recente e possibile soluzione. • 5. Un esito alternativo.

1. Introduzione

La Corte di Cassazione, con due ordinanze interlocutorie depositate il 31.3.2021 (n. 8924) ed il 14.4.2021 (n. 9811), ha rimesso le rispettive cause all'esame del Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, affinché queste ultime si pronunciasse sulle conseguenze della consulenza tecnica di ufficio viziata per l'allargamento dell'indagine oltre i limiti delineati dal giudice o consentiti dai poteri che la legge conferisce al consulente, ovvero per avere quest'ultimo tenuto indebitamente conto di documenti non ritualmente prodotti dalle parti in causa.

Sempre in materia di CTU, si è poi in attesa della decisione delle Sezioni Unite della S.C. in ordine all'ammissibilità di contestazioni all'elaborato peritale sollevate per la prima volta in sede di comparsa conclusionale; trattasi di questione di massima di particolare importanza, *ex art. 374 comma 2 c.p.c.*, sollevata con ordinanza interlocutoria n. 1990/2020, non oggetto del presente contributo.

Il tema di indagine, dunque, è quello della (in)validità della consulenza tecnica di ufficio *extramandato*, che amplii il *thema decidendum* o *probandum*.

L'udienza dinanzi alle Sezioni Unite della S.C. è stata celebrata il 14.9.2021; pertanto, nel momento in cui si scrive, si è ancora in attesa del deposito della relativa decisione.

Scopo del presente contributo sarà dunque quello di esaminare le varie tesi che sono state prospettate sul tema, e cercare di "anticipare" quella che potrebbe essere la soluzione sposata dalla Corte di Cassazione, nel suo consesso più autorevole, tentando anche di superare la rigida dicotomia nullità assoluta/relativa, sostenuta fino ad oggi dalla giurisprudenza di legittimità.

2. Poteri e limiti del C.T.U.

Al fine di comprendere quali possano essere le conseguenze di una consulenza tecnica espletata *ultra e/o extra petitum*, appare preliminarmente opportuno precisare quali siano i poteri istruttori del CTU, e quali i relativi limiti.

L'art. 194 comma 1 c.p.c. distingue tre tipi di attività che possono essere compiute dal consulente tecnico:

- assistere alle udienze alle quali è invitato dal giudice;
- compiere le indagini disposte dal giudice;
- se autorizzato dal giudice, domandare chiarimenti alle parti, assumere informazioni da terzi, ed eseguire piante, calchi e rilievi.

Secondo un primo e non più recente orientamento giurisprudenziale, il CTU, nell'ambito delle attività di cui all'art. 194 c.p.c., non incontrerebbe alcun limite.

Il consulente, quindi, avrebbe il potere di compiere ogni e qualsiasi indagine ritenga utile per l'esauritivo svolgimento del proprio incarico: e dunque accertare i *"fatti storici prospettati dalle parti (...), assumere di sua iniziativa informazioni ed esaminare documenti non prodotti in causa, anche senza l'espressa autorizzazione del giudice"*¹.

Egli, di conseguenza, ben potrebbe:

- utilizzare, per rispondere ai quesiti, anche elementi (compresi i documenti) acquisiti attraverso lo svolgimento di attività non autorizzate, purché concernano l'oggetto dell'accertamento demandogli²;
- acquisire documenti dai terzi e dalle parti, e persino riceverne la confessione *ex art. 2733 c.c.*³, anche quando i termini per le produzioni documentali concessi alle parti siano spirati⁴.

Un secondo orientamento, viceversa, ritiene che i poteri ed i limiti del CTU vadano diversamente delineati nelle ipotesi di consulenza cd. deducente rispetto a quella cd. percipiente.

Invero, nel primo caso, al consulente è demandato il compito di valutare i fatti già accertati dal giudice o incontrovertibili tra le parti; nella seconda ipotesi com-

¹ Cfr. Cass. n. 8256/1987.

² Cfr. Cass. n. 1325/1984.

³ Cfr. Cass. n. 14652/2012.

⁴ Cfr. Cass. n. 15448/2003.

pito del consulente è proprio quello di accertare determinate situazioni di fatto che, senza l'ausilio di speciali cognizioni tecniche, non potrebbero provarsi.

Ebbene, in caso di consulenza cd. deducibile, il perito non avrebbe alcun limite di indagine, ma esclusivamente nell'ambito del perimetro delineato dai fatti già accertati o non controversi, ossia delle prove già acquisite.

Nell'ipotesi di consulenza cd. percipiente, al contrario, il consulente non avrebbe alcun limite nell'accertamento dei fatti, ivi compresi quelli costitutivi della pretesa attorea⁵.

Un terzo orientamento più recente (punto di partenza implicito nelle due ordinanze interlocutorie succitate), infine, ritiene che il consulente non possa:

- indagare su questioni non prospettate dalle parti, perché violerebbe il principio che addossa loro l'onere di allegazione dei fatti, ed impedisce al giudice di indagare su questioni non prospettate dai litiganti⁶;
- accertare i fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione, perché violerebbe il principio che impone alle parti l'onere della prova (salva l'ipotesi della impossibilità assoluta ed oggettiva, per le parti, di provare quei fatti se non col ricorso alla consulenza tecnica)⁷.

Secondo quest'ultima impostazione, il consulente non può sostituirsi alle parti e supplire alle loro mancanze di allegazione ed asseverazione.

Egli può valutare scientificamente o tecnicamente i fatti già provati, oppure acquisire gli elementi (ad es. misurazioni, stime, analisi) necessari al riscontro di veridicità dei fatti documentati dalle parti, ma senza introdurre nel processo fatti nuovi, o ricercare di sua iniziativa la prova dei fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione, per come dedotti dalle parti.

Quest'ultimo orientamento, come precisato anche da Cass. n. 31886/19, dal punto di vista costituzionale, appare preferibile perché maggiormente coerente coi principi di parità delle parti di fronte al giudice e di ragionevole durata del processo.

Invero, da un lato, attribuire al c.t.u. poteri istruttori officiosi altera la parità delle parti; e dall'altro l'attribuzione al c.t.u. del potere di compiere

un'istruttoria "parallela" rimessa alla sua iniziativa costringe le parti a confrontarsi con fonti di prova acquisite dopo il maturare delle preclusioni istruttorie, rispetto alle quali non potrebbe negarsi loro il diritto alla controprova, con conseguente allungamento dei tempi del processo.

In secondo luogo, il succitato orientamento appare preferibile anche dal punto di vista dell'interpretazione sistematica.

Se è vero, come detto in precedenza, che l'art. 194 c.p.c. consente al ctu di "compiere indagini" e, se autorizzato dal giudice, di "domandare chiarimenti alle parti", ed "assumere informazioni" da terzi, è altrettanto vero che la suddetta disposizione non può che essere letta in connessione con quelle che disciplinano i poteri delle parti, il principio dispositivo (artt. 112 e 115 c.p.c.), l'istruttoria e l'assunzione dei mezzi di prova da parte del giudice (artt. 202 e ss. c.p.c.), poste alla base del brocardo "*ne procedat iudex ex officio, neque ultra petita partium*".

Ne discende che il ctu non potrà mai:

- ampliare il *thema decidendum*, indagando su questioni che non siano state tempestivamente prospettate dalle parti;
- compiere atti istruttori ormai preclusi alle parti (come acquisire documenti dopo lo spirare del secondo termine di cui all'art. 183 comma 6 c.p.c.)⁸.

La suddetta interpretazione limitativa dei poteri del ctu non appare poi sconfessata dal disposto di cui all'art. 198 c.p.c., rubricato "esame contabile".

La predetta disposizione consente al ctu, previo consenso delle parti, di acquisire documenti non prodotti in causa, in deroga all'art. 183 comma 6 n. 2 c.p.c..

Ebbene, se il ctu potesse sempre esaminare documentazione non ritualmente prodotta dalle parti, al di fuori dell'esame contabile, l'art. 198 c.p.c. apparirebbe una inutile superfetazione.

L'art. 198 c.p.c., pertanto, deve essere considerato come una previsione normativa eccezionale, da interpretare di conseguenza in senso restrittivo.

Pertanto, ed in definitiva, appare possibile derogare ai *deficit* probatori delle parti solo:

- a) quando è assolutamente impossibile per la parte interessata provare il fatto costitutivo della sua do-

⁵ Cfr., Cass. S.U. n. 9522/1996.

⁶ Cfr. Cass. n. 1020/2006.

⁷ Cfr. Cass. n. 4729/2015.

⁸ In tal senso anche la recentissima Cass.13/9/2021, n. 24641.

manda o della sua eccezione, se non attraverso il ricorso a cognizioni tecnico scientifiche (cd. consulenza percipiente);

b) per i fatti c.d. “accessori” o “secondari”, di rilievo puramente tecnico, il cui accertamento è necessario per una esauriente risposta al quesito o per dare riscontro e verifica rispetto a quanto affermato e documentato dalle parti.

Per i sostenitori di quest’ultima impostazione, come logico corollario, ai limiti imposti all’attività del c.t.u. dal principio dispositivo e dalle preclusioni istruttorie non è possibile derogare, né per ordine del giudice, né per volontà delle parti.

Sotto il primo profilo, il giudice non potrebbe attribuire al c.t.u. poteri che egli stesso non ha; così come tali attività sarebbero precluse al giudice se intendesse compierle, *a fortiori* saranno interdette al c.t.u..

Sotto il secondo profilo, v’è da rilevare che i termini stabiliti dall’art. 183, comma sesto, c.p.c., per la modifica delle domande e delle eccezioni, oppure per la produzione di documenti, sono espressamente definiti dalla legge “perentori”: e la violazione dei termini perentori non è sanabile dal consenso o dall’acquiescenza delle parti, trattandosi di termini dettati nell’interesse generale alla sollecita definizione dei giudizi⁹.

3. Conseguenze

Il tema ora si sposta sulle conseguenze di una eventuale violazione, da parte del c.t.u., dei suddetti limiti.

La giurisprudenza tradizionale ha sempre sposato la soluzione della nullità relativa; soltanto negli ultimi due anni si è fatta strada la tesi della nullità assoluta dell’elaborato peritale.

Nessun problema di disciplina pongono le due nullità: quella relativa deve essere eccepita dalla parte interessata nella prima istanza o difesa successiva all’atto o alla notizia di esso (art. 157 c.p.c.), mentre quella assoluta è rilevabile d’ufficio, in ogni stato e grado del processo, salvo il giudicato¹⁰.

⁹ Cfr., *ex pluribus*, Cass. nn. 1771/2004, 17121/2020.

¹⁰ L’utilizzo dell’espressione “nullità assoluta”, per indicare quelle eccezionali ipotesi di invalidità dotate del regime ufficioso di rilevabilità sancito dal primo comma dell’art. 157 c.p.c. non è condiviso dall’unanimità della dottrina, la quale ha affermato che: “Deve essere poi ricordato che esistono delle nullità

Discusso è, viceversa, il *discrimen* tra le nullità assolute e quelle relative.

La tesi tradizionale distingueva le due tipologie di nullità in base alla formalità o extraformalità dell’invalidità.

Quelle “relativa” concernerebbe i vizi formali, quella “assoluta” il difetto dei presupposti processuali ed i vizi non formali.

Ciò in quanto l’art. 157 c.p.c., relativo alle nullità rilevabili su istanza di parte, essendo strettamente connesso all’art. 156 c.p.c., non potrebbe che riguardare esclusivamente le nullità formali¹¹.

Tale tesi, tuttavia, solo in via tendenziale sarebbe condivisibile.

A sostegno di tale affermazione si è evidenziato, per esempio, come il legislatore nell’art. 164 c.p.c., per i vizi relativi alla *vocatio in ius*, preveda un regime di operatività differente della nullità, con un conseguente mutamento della natura giuridica della stessa, secondo che il convenuto si sia costituito o meno, pur trattandosi sempre di un’invalidità squisitamente formale¹².

*rilevabili d’ufficio solo entro determinate fasi del processo (ad es., le nullità ex art. 158 c.p.c.), e per tale ragione dette trasformabili (in rilevabili solo ad istanza di parte). Ne segue che, la sola indicazione di «nullità rilevabile d’ufficio» (o “assoluta”, in contrapposizione a “relativa”) non è idonea ad indicare compiutamente la rilevabilità di un determinato vizio”. Nello stesso senso, ma in relazione alla qualificazione di una nullità in termini di sanabilità: “Deve essere anche a questo riguardo rimarcato che, in presenza di una differenziata pluralità di cause di sanatoria dei vizi degli atti processuali, la mera qualificazione di una nullità in termini di nullità “sanabile”, o “insanabile”, non è affatto idonea ad indicare lo specifico regime del vizio corrispondente. Nella maggior parte dei casi, infatti, le forme e il grado di sanabilità dei singoli vizi possono essere accertati solo in concreto, distinguendo da caso a caso a seconda dello specifico iter del procedimento di cui si tratta: basti pensare al complesso ed articolato regime di sanabilità dei vizi dell’atto di citazione, che varia, tra l’altro, a seconda della condotta del convenuto (artt. 164 e 294 c.p.c.); o dei vizi di costituzione del giudice e di intervento del p.m. ex art. 158 c.p.c., sanabili se non dedotti dalla parte interessata come motivi d’impugnazione”. Cfr. R. Poli, *Nullità degli atti processuali*, in *Enciclopedia Treccani online*, 2016.*

¹¹ Cfr. R. Oriani, voce *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 10; E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1980, p. 234; E. Grasso, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la nullità da “ultra” ed “extra” petizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1965, p.419.

¹² F. Marelli, *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000, p. 139; F. Auletta, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, p. 149 ss.

Apparendo pertanto incerto il confine tracciato dalla tesi tradizionale per distinguere le due tipologie di nullità, fondato sulla formalità o extraformalità dell'invalidità, la tesi oggi preferibile, ad avviso di chi scrive, è quella che distingue le due ipotesi di nullità secondo l'interesse tutelato.

È stato osservato, difatti, che le ipotesi in cui il legislatore attribuisce natura assoluta all'invalidità di un atto processuale, con conseguente regime di rilevanza officiosa, riguardano i casi in cui si è consumata la violazione di un requisito stabilito dal legislatore per interessi di natura pubblicistica, quali, per esempio, il principio del contraddittorio, della domanda, della corrispondenza tra chiesto e pronunciato¹³.

Viceversa, la natura relativa della nullità - e la sua rilevanza su istanza di parte - discendono dalla violazione di un requisito previsto dal legislatore nell'interesse delle parti¹⁴.

Questa soluzione ha il pregio di consentire di ritenere come assoluta anche la nullità non espressamente prevista dal legislatore, ma individuata dall'interprete.

Invero, come evidenziato da attenta dottrina¹⁵, il primo comma dell'art. 157 c.p.c., impone di scegliere per la natura relativa del vizio solamente nelle ipotesi in cui il legislatore disciplina un'ipotesi di nullità senza prevedere alcunché sul regime di rilevanza. Diversamente, nei casi in cui il giudice individui una fattispecie di nullità non prevista dalla legge, non può sostenersi che essa debba essere considerata *ex se* una nullità relativa, con la conseguente applicazione del regime di rilevanza ad istanza di parte, in applicazione del principio di tassatività e tipicità delle nullità assolute. Operando in tal maniera, infatti, vi sarebbe un'ingiustificabile equiparazione della natura giuridica di tutte le ipotesi di nullità non previste dal legislatore, ma individuate dalla giurisprudenza, senza che sia esaminata la consistenza del vizio che le ha originate. Piuttosto, secondo tale orientamento, ogni qualvolta il giudice, sulla scorta del criterio del difetto di un requisito indispensabile per il raggiun-

gimento dello scopo *ex terzo* comma dell'art. 156 c.p.c., individui un'ipotesi di nullità non prevista *ex lege*, sarà necessario valutare la natura di tale invalidità.

Trattasi, peraltro, della tesi seguita di recente dalla Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, n. 16723/20, con riferimento all'ammissibilità della prova per testi di cui agli art. 2721 ss. c.c..

Il Supremo Consesso ha difatti affermato che *“l'inammissibilità della prova testimoniale di un contratto che deve essere provato per iscritto, ai sensi dell'art. 2725, comma 1, c.c., attenendo alla tutela processuale di interessi privati, non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione del mezzo istruttorio; qualora, nonostante l'eccezione di inammissibilità, la prova sia stata ugualmente assunta, è onere della parte interessata opporre la nullità secondo le modalità dettate dall'art. 157, comma 2, c.p.c., rimanendo altrimenti la stessa ritualmente acquisita, senza che detta nullità possa più essere fatta valere in sede di impugnazione”*.

La S.C., in quel caso, ha chiarito che occorre distinguere i limiti di ammissibilità della prova testimoniale fissati dall'art. 2721 e ss. c.c. dalle disposizioni che prevedono preclusioni assertive ed istruttorie nel giudizio di cognizione.

Ciò in quanto, i primi sono *“dettati da norme di carattere dispositivo e, proprio perché posti nell'interesse delle parti, sono altresì da queste derogabili, anche alla stregua di un accordo implicito desumibile dalla mancata opposizione”*; le seconde, invece, *“... , giacché ispirate all'esigenza di garantire la celerità e la concentrazione del processo civile, si intendono non dettate nell'esclusivo interesse delle parti (le quali possano perciò derogarvi esplicitamente o anche solo implicitamente), in quanto dirette a garantire l'interesse pubblico a scongiurare l'allungamento dei tempi processuali (Cass. Sez. U, 11/05/2006, n. 10831), ovvero l'ordine pubblico processuale, riferibile ai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, con conseguente rilevanza anche d'ufficio della loro inosservanza, ...”*¹⁶.

3.1 Nullità relativa

Fatta questa premessa, l'orientamento assolutamente consolidato della Suprema Corte, sulle conseguenze della violazione da parte del CTU dei prin-

¹³ R. Poli, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, p. 193 ss.

¹⁴ F. Marelli, *La conservazione degli atti invalidi*, cit., p. 142;

¹⁵ F. Auletta, *Nullità e «inesistenza» degli atti*, cit., p. 127, nt. 7; R. Poli, *Invalidità ed equipollenza* cit., p. 192; G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I principi*, Bari, 2015, p. 295.

¹⁶ Cass. S.U. n. 16723/2020, p. 14.

cipi esposti nel § 2, fino al 2019, era nel senso secondo cui tutte le ipotesi di nullità della consulenza tecnica, ivi compresa quella dovuta all'eventuale allargamento dell'indagine tecnica oltre i limiti delineati dal giudice o consentiti dai poteri che la legge conferisce al consulente, nonché quella dell'aver tenuto indebitamente conto di documenti non ritualmente prodotti in causa, avrebbero sempre carattere relativo.

Di conseguenza, le nullità in cui dovesse incorrere il c.t.u. sarebbero irrilevanti in due casi:

- o quando le parti vi consentano (talune delle decisioni che aderiscono a questo orientamento, ma non tutte, aggiungono altresì la necessità della “autorizzazione del giudice”);
- oppure quando la relativa eccezione di nullità non sia sollevata nella prima difesa successiva al compimento dell'atto nullo (*ex pluribus*: Cass., Sez. 2, 11/9/1965, n. 1985; Cass., Sez. 3, 14/2/1968, n. 517; Cass., Sez. 1, 27/2/1971, n. 497; Cass., Sez. 1, 11/02/1975, n. 538; Cass., Sez. 1, 14/2/1980, n. 1058; Cass., Sez. Lav. 26/6/1984, n. 3743; Cass. Sez. Lav., 14/8/1999, n. 8659; Cass., Sez. 2, 15/4/2002, n. 5422; Cass., Sez. 2, 19/8/2002, n. 12231; Cass., Sez. 3, 31/1/2013, n. 2251; Cass., Sez. 3, 15/06/2018, n. 15747).

3.2. Nullità assoluta

A questo granitico orientamento negli ultimi anni se ne è contrapposto un altro.

La già citata sentenza della S.C. n. 31886/2019 ha sostenuto che la predetta tesi, a causa del mutamento del quadro normativo intervenuto rispetto all'epoca in cui esso sorse, dovrebbe oggi essere precisata ed, in parte, superata.

Invero, la teoria della nullità relativa venne espressa in origine esclusivamente nella ipotesi derivante dall'omissione dell'avviso ad una delle parti della data di inizio delle operazioni peritali¹⁷.

Del resto, l'omesso avviso alle parti del giorno di inizio delle operazioni peritali viola il diritto di dife-

sa, e della violazione di tale diritto non può che doversi chi ne sia titolare, e farlo nella prima difesa utile, secondo la disciplina delle nullità relative.

In seguito quel principio venne però esteso anche ad altre ipotesi di nullità della consulenza; ed in particolare al caso di svolgimento di indagini peritali su fatti estranei al *thema decidendum* o, più spesso, di acquisizione da parte del c.t.u. di documenti non ritualmente prodotti dalle parti¹⁸.

All'epoca, tuttavia, il processo civile ancora non prevedeva le preclusioni assertive ed istruttorie introdotte dalla I. 26.11.1990 n. 353.

Di conseguenza, non era incongruo ritenere che anche questo tipo di nullità fosse sanabile dall'acquiescenza delle parti, perché in quel tipo di processo tutte le nullità istruttorie non potevano che essere relative, non prevedendo la legge alcun termine perentorio per compierle.

Oggi però la soluzione della nullità relativa appare in antitesi con il sistema processuale civile vigente.

La Corte di Cassazione, difatti, è oramai pacifica nel sostenere che le disposizioni che prevedono preclusioni assertive od istruttorie nel processo civile sono preordinate a tutelare interessi generali, e che la loro violazione è sempre rilevabile d'ufficio, anche in presenza di acquiescenza della parte legittimata a dolersene¹⁹.

Ed allora, se la violazione delle preclusioni assertive ed istruttorie non è sanata dall'acquiescenza delle parti, ed è rilevabile d'ufficio, apparirebbe contraddittorio sostenere che tali violazioni siano causa di nullità assoluta (ledendo interessi generali), se commesse dalle parti, e relativa (ledendo un interesse particolare), se compiute dal c.t.u..

Di conseguenza, se per alcune violazioni appare corretta la sanzione della nullità relativa (ad. es. l'omissione di avvisi alle parti, l'omesso invio della bozza di consulenza ai difensori delle parti, l'ammissione alle operazioni peritali di un difensore privo di mandato o di un consulente di parte privo di nomina), per altre (indagini su fatti mai prospettati dalle parti, acquisizioni da queste ultime o da terzi di documenti che erano nella disponibilità della parti, e che non furono tempestivamente prodotti), la sanzione non potrebbe che essere quella della nullità assoluta, trattandosi di violazioni di disposizioni (artt.

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. 2, Sentenza n. 1421 dell'8/6/1962, Rv. 252275 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 2422 del 7/8/1962, Rv. 253608 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 270 del 13/2/1963, Rv. 260348 - 01; Sez. 1, Sentenza n. 2922 del 30/10/1963, Rv. 264524 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 606 del 17/3/1964, Rv. 300803 - 01; Sez. 2, Sentenza n. 607 dell'8/4/1965, Rv. 311136 - 01.

¹⁸ Cass. nn. 1985/1965, 517/1968.

¹⁹ Cass. nn. 7270/2008, 16800/2018, 17121/2020.

112, 115 e 183 c.p.c.) su cui è fondato il processo civile, dettate a tutela di interessi generali, non derogabili dalle parti.

3.3 I casi sottoposti alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione

Soltanto ora è possibile esaminare i casi sottoposti alle Sezioni Unite della S.C..

La questione oggetto della ordinanza interlocutoria n. 8924/2021 è la seguente.

Con atto di citazione notificato l'11 marzo 2013, una società e due fideiussori convenivano in giudizio una banca, dinanzi al Tribunale di Monza, chiedendo la rideterminazione - per effetto della nullità di clausole varie (tasso interessi su piazza, anatocismo, commissione di massimo scoperto) - del saldo del conto corrente intrattenuto con l'istituto di credito convenuto.

Instauratosi il contraddittorio, la banca si costituiva, contestando la domanda attorea e proponendo domanda riconvenzionale, con la quale chiedeva la condanna degli attori al pagamento di una somma, a titolo di saldo passivo del conto corrente.

Il Tribunale adito accertava la nullità delle clausole relative al tasso di interessi su piazza, all'anatocismo, ed alla commissione di massimo scoperto, e - in parziale accoglimento di entrambe le domande e previo espletamento di una consulenza tecnica d'ufficio - condannava i clienti a pagare alla banca una somma minore rispetto a quella richiesta.

La Corte d'appello di Milano, a sua volta, dichiarava inammissibile, ai sensi degli artt. 348-*bis* e 348-*ter* cod. proc. civ., il gravame principale della correntista e dei fideiussori, sul rilievo della probabile infondatezza dei motivi di appello, restando assorbito l'appello incidentale condizionato proposto dalla banca.

Il correntista ed i fideiussori proponevano allora ricorso per cassazione, denunciando la nullità della consulenza tecnica d'ufficio, della sentenza e del procedimento di primo grado.

Assumevano i ricorrenti che l'accertamento peritale e la decisione di primo grado - confermata in appello - che su di esso si è fondata, sarebbero affetti da nullità radicale per violazione del contraddittorio, essendo incentrati sulla valutazione di un documento (la richiesta di fido datata 16 luglio 1997), che non sarebbe stato ritualmente acquisito al processo, poiché allegato alla relazione del consulente d'ufficio ben oltre le preclusioni di cui all'art. 183 c.p.c..

Si tratterebbe, peraltro, di un documento assolutamente rilevante per la decisione, in quanto conterrebbe la previsione delle clausole pattizie inerenti il calcolo degli interessi debitori a sfavore della correntista, debitrice principale dell'istituto di credito.

Il Tribunale - la cui pronuncia è stata impugnata con ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 348-*ter*, terzo comma, cod. proc. civ. - aveva affermato, al riguardo, che il consulente era stato autorizzato, con ordinanza del 16 gennaio 2014, ad acquisire, in corso di svolgimento della consulenza, eventuali documenti mancanti, e che tale provvedimento non era mai stato contestato. Il primo giudice aveva, altresì, rilevato che «nessun tempestivo rilievo è stato effettuato sul punto alla relazione di consulenza tecnica d'ufficio» dalla parte interessata, e neppure alla precedente bozza, ritualmente sottoposta alle parti per eventuali osservazioni.

Tale statuizione è stata confermata dalla Corte d'appello, la quale ha rilevato che l'eccezione di illegittimità dell'allegazione documentale in questione era stata formulata, del tutto genericamente, «solo tardivamente in un'udienza interlocutoria dopo il deposito della relazione di c.t.u., quando nel verbale di c.t.u. invece si dava atto dell'introduzione di detto documento con l'assenso del c.t. di parte». La Corte ha rilevato, inoltre, che in sede di precisazione delle conclusioni tale eccezione non era stata reiterata, sicché la sua riproposizione in appello doveva ritenersi inammissibile.

Ad ogni modo, il giudice di appello ha confermato i rilievi operati dal Tribunale circa il fatto che l'acquisizione di ulteriore documentazione, non prodotta nel giudizio, era stata autorizzata con ordinanza del 16 gennaio 2014, provvedimento che non aveva mai costituito oggetto di impugnazione da parte degli appellanti.

Con l'ordinanza interlocutoria in parola la S.C., premettendo che effettivamente i ricorrenti non avrebbero provato di aver tempestivamente eccepito la nullità della CTU nella prima difesa utile, rilevava che, nel caso in esame, sia il Tribunale che la Corte di Appello avevano rilevato la prestata acquiescenza della parte interessata al rilievo della nullità, ai sensi dell'art. 157, terzo comma, cod. proc. civ., sul presupposto che si trattasse di una nullità relativa che, in quanto tale, doveva essere eccepita dalla parte interessata «nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso», ai sensi del secondo comma della medesima disposizione, non potendo la nul-

lità in questione essere rilevata dal giudice d'ufficio.

Pertanto, stante il contrasto nella giurisprudenza di legittimità in ordine alla natura giuridica della nullità della consulenza tecnica di ufficio, e sul conseguente rilievo officioso, o su istanza di parte della stessa, veniva richiesto al Primo Presidente di valutare l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite Civili.

Il medesimo collegio, nella stessa data, con ordinanza interlocutoria n. 9811/2021, decideva di rimettere nuovamente gli atti al Primo Presidente, affinché valutasse l'assegnazione alle Sezioni Unite Civili, sempre sulla medesima questione.

Nella vicenda in esame, con atto di citazione notificato il 29 aprile 2005, gli eredi di un correntista convenivano in giudizio, dinanzi al Tribunale di Treviso, una banca ed il relativo direttore, chiedendone la condanna – previa dichiarazione di non conoscere le sottoscrizioni apposte dal loro dante causa sulla documentazione bancaria in atti - al risarcimento dei danni conseguenti alle operazioni distrattive poste in essere sul c/c del padre.

Il Giudice disponeva una CTU grafologica sulle sottoscrizioni apposte in seguito all'istanza di verifica, *ex art.* 216 c.p.c. proposta dall'istituto di credito; istanza che, tuttavia, veniva poi rinunciata.

La domanda veniva accolta dal Tribunale, con somma poi ridotta dalla Corte di Appello di Venezia.

Gli eredi del correntista proponevano allora ricorso per cassazione.

In particolare, per quanto qui interessa, i ricorrenti deducevano che l'accertamento peritale e la decisione di secondo grado, che su di esso si è fondata, sarebbero affetti da nullità radicale per extrapetizione, avendo il consulente grafologico allargato il suo campo di indagine anche alle sottoscrizioni non disconosciute dagli eredi del correntista, laddove questi ultimi avevano dichiarato di non conoscere la sottoscrizione del loro dante causa, ai sensi dell'art. 214, secondo comma, cod. proc. civ., solo con riferimento ad alcune delle sottoscrizioni, in relazione alle quali soltanto il consulente era stato chiamato alla verifica di autenticità; tanto più che la banca aveva rinunciato all'istanza di verifica *ex art.* 216 cod. proc. civ..

L'allargamento illegittimamente operato dall'ausiliario, e recepito dalla Corte territoriale, avrebbe, pertanto, determinato la nullità della consulenza tecnica e, di conseguenza, della sentenza di appello che ne ha recepito le risultanze.

Anche in tale giudizio la S.C. ha rilevato che, nel caso in esame, sia il Tribunale che la Corte di Ap-

pello avrebbero implicitamente rilevato la prestata acquiescenza della parte interessata al rilievo della nullità, ai sensi dell'art. 157, terzo comma, cod. proc. civ., sul presupposto che, trattandosi di una nullità relativa, doveva essere eccepita dalla parte interessata «nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso», ai sensi del secondo comma della medesima disposizione, non potendo la nullità in questione essere rilevata dal giudice d'ufficio. E, d'altro canto, i ricorrenti hanno inequivocabilmente ammesso di non avere sollevato l'eccezione di nullità della consulenza nei due gradi di merito del giudizio.

4. Conseguenze dell'accoglimento della tesi più recente e possibile soluzione

Come già anticipato, l'udienza è stata celebrata dinanzi alle Sezioni Unite della Suprema Corte in data 14.9.2021 e, al momento in cui si scrive, si è ancora in attesa del deposito della decisione.

Pertanto in questo paragrafo si cercherà di “anticipare” quella che potrebbe essere la soluzione che verrà accolta dalla Corte di Cassazione nella sua composizione più autorevole.

Ebbene, qualora la S.C. dovesse scegliere tra la nullità assoluta/relativa, ad avviso di chi scrive, l'orientamento preferibile è senz'altro quello inaugurato da Cass. n. 31886/2019.

La tesi tradizionale, difatti, non appare più condivisibile per due ragioni, una logica e l'altra di sistema.

Come si è chiarito *supra*, il legislatore del '90 ha introdotto delle rigide preclusioni assertive e probatorie che non possono essere derogate neppure dal giudice.

Di conseguenza, apparirebbe innanzitutto paradossale che le preclusioni opererebbero per il giudice ma non per il CTU, che è un suo ausiliario (si pensi all'ipotesi di un documento depositato con la terza memoria *ex art.* 183 comma 6 c.p.c. di cui il giudice non potrà tenere conto, a differenza del consulente).

Peraltro, risulterebbe contraddittorio sostenere che le violazioni di cui sopra siano causa di nullità assoluta (ledendo interessi generali), se commesse dalle parti, e relativa (ledendo un interesse particolare), se compiute dal C.T.U..

Una medesima, identica, violazione non può che comportare la stessa conseguenza giuridica, a prescindere da chi la commetta.

In secondo luogo, qualora venisse confermata *sic et simpliciter* la tesi della nullità relativa per tutte le violazioni compiute dal consulente, il sistema andrebbe in cortocircuito.

Si è già citata la sentenza Cass. S.U. n. 16723/2020, secondo cui occorre distinguere i limiti di ammissibilità della prova testimoniale fissati dall'art. 2721 e ss. c.c. dalle disposizioni che prevedono preclusioni assertive ed istruttorie nel giudizio di cognizione.

Ciò in quanto, i primi sono “*dettati da norme di carattere dispositivo e, proprio perché posti nell'interesse delle parti, sono altresì da queste derogabili, anche alla stregua di un accordo implicito desumibile dalla mancata opposizione*”; le seconde, invece, “*..., giacché ispirate all'esigenza di garantire la celerità e la concentrazione del processo civile, si intendono non dettate nell'esclusivo interesse delle parti (le quali possano perciò derogarvi esplicitamente o anche solo implicitamente), in quanto dirette a garantire l'interesse pubblico a scongiurare l'allungamento dei tempi processuali (Cass. Sez. U, 11/05/2006, n. 10831), ovvero l'ordine pubblico processuale, riferibile ai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, con conseguente rilevanza anche d'ufficio della loro inosservanza, ...*”.

Se, pertanto, le disposizioni che prevedono preclusioni assertive ed istruttorie nel giudizio di cognizione sono poste a tutela di interessi generali, non è possibile sostenere che il rilievo delle relative violazioni, in tema di CTU, sia rimesso all'iniziativa delle parti.

In caso di accoglimento della tesi della nullità assoluta della CTU, svolta in violazione delle preclusioni assertive e probatorie previste dal codice di rito, le conseguenze saranno le seguenti:

1) la sentenza di primo grado, pronunciata a seguito di un giudizio in cui né le parti, né il giudice, abbiano, rispettivamente, eccepito o rilevato tale invalidità, dovrebbe considerarsi nulla per derivazione ai sensi dell'art. 159 c.p.c..

Pertanto, la nullità della c.t.u. *ultra o extra petitum*, nell'ipotesi in cui essa non dovesse essere eccepita o rilevata nel giudizio di primo grado, risulterebbe in grado di riverberare la sua ‘patologia’ sulla sentenza emessa a conclusione del giudizio, rendendola nulla.

In virtù del generale principio di conversione delle cause di nullità della sentenza in motivi di impugnazione sancito dall'art. 161 c.p.c., l'invalidità po-

trebbe porsi a fondamento di un eventuale ricorso in appello, salvo l'intervento del giudicato sulla questione;

2) in caso di appello presentato da una delle parti del giudizio di prime cure, qualora il giudice di secondo grado dovesse ritenere fondata la doglianza relativa alla nullità della c.t.u., dovrà esser disposta con ordinanza la rinnovazione della consulenza tecnica d'ufficio ai sensi del primo comma dell'art. 356 c.p.c.;

3) se la nullità della consulenza *ultra o extra petitum* svoltasi in appello non dovesse essere eccepita o rilevata in tale giudizio, il soggetto interessato, sempre in applicazione del generale principio sancito dal primo comma dell'art. 161 c.p.c., potrebbe adire la Corte di Cassazione presentando ricorso ai sensi dell'art. 360 c.p.c. n. 4.

In questo caso, un eventuale accoglimento del ricorso determinerebbe l'annullamento della sentenza con rinvio.

Anche questa tesi, a ben vedere, sembrerebbe mostrare il fianco a delle critiche.

In particolare, la tesi succitata sembra porsi in contrasto con il principio di tassatività e tipicità delle nullità assolute, previsto dall'art. 157 c.p.c.²⁰ (unico aspetto probabilmente non esaminato *funditus* dalla più volte richiamata pronuncia del 2019).

Tale obiezione, tuttavia, può agevolmente essere superata proprio per quanto già esposto nel § 3.

La tesi tradizionale, secondo cui le ipotesi di CTU viziata dovrebbero integrare sempre un'ipotesi di nullità relativa, difatti, appare figlia della teoria classica secondo cui, in mancanza di diversa previsione normativa, tutte le nullità di cui all'art. 157 c.p.c., essendo quest'ultima disposizione collegata ai vizi formali di cui all'art. 156 c.p.c. (tra le quali appunto appare rientrare l'ipotesi di CTU resa *extramandato* che amplia il *thema decidendum* o *probandum*), non potrebbero che essere relative²¹.

²⁰ Cfr., per un approfondimento, G. Verde, *Diritto processuale civile I, Parte generale*, Torino, 2017, p. 278.

²¹ Va premesso che il predetto orientamento, in ogni caso ed a ben vedere, sicuramente non appare convincente nell'ipotesi di documenti tardivamente prodotti.

Invero, trattandosi di prove precostituite, non potrebbe discorrersi di “*inosservanza di forme*”, ex art. 156 c.p.c., ma di inutilizzabilità dell'atto: quest'ultimo, più che nullo per violazione nella sua formazione, è inammissibile nel processo per tardività.

Si è già in precedenza anticipato come tale soluzione non risulti più condivisibile.

Basti pensare come il legislatore nell'art. 164 c.p.c., per i vizi relativi alla *vocatio in ius*, preveda un regime di operatività differente della nullità, con un conseguente mutamento della natura giuridica della stessa, secondo che il convenuto si sia costituito o meno, pur trattandosi sempre di un'invalidità squisitamente formale.

Del resto, ad essere rigorosi, l'unica ipotesi di nullità assoluta, salvo il giudicato, sarebbe quella relativa ai vizi della costituzione del giudice o all'intervento del PM (art. 158 c.p.c.).

Pertanto, il *discrimen* tra nullità assolute e relative dovrebbe poggiare esclusivamente sull'interesse tutelato dalla disposizione violata: se di natura pubblicistica, la nullità sarà assoluta, se di natura privatistica, la nullità sarà relativa.

Di conseguenza, se per alcune violazioni appare corretta la sanzione della nullità relativa (ad. es. l'omissione di avvisi alle parti, l'omesso invio della bozza di consulenza ai difensori delle parti, l'ammissione alle operazioni peritali di un difensore privo di mandato o di un consulente di parte privo di nomina), per altre (indagini su fatti mai prospettati dalle parti, acquisizioni da queste ultime o da terzi di documenti che erano nella disponibilità della parti, e che non furono tempestivamente prodotti), la sanzione non potrebbe che essere quella della nullità assoluta, trattandosi di violazioni di disposizioni (artt. 112, 115 e 183 c.p.c.) su cui è fondato il processo civile, dettate a tutela di interessi generali, non derogabili dalle parti.

Alla luce delle predette coordinate ermeneutiche, è ben possibile che possa essere assoluta anche la nullità non espressamente prevista dal legislatore, ma individuata dall'interprete.

Come precisato in precedenza²², il primo comma dell'art. 157 c.p.c., ben può essere interpretato nel senso che si avrà nullità relativa del vizio solamente nelle ipotesi in cui il legislatore disciplina un'ipotesi di nullità senza prevedere alcunché sul regime di rilevanza.

Diversamente, nei casi in cui il giudice individui una fattispecie di nullità non prevista dalla legge, non può sostenersi che essa debba essere considerata *ex se* una nullità relativa, con la conseguente applicazione

del regime di rilevanza ad istanza di parte, in applicazione del principio di tassatività e tipicità delle nullità assolute.

Se così fosse, vi sarebbe un'ingiustificabile equiparazione della natura giuridica di tutte le ipotesi di nullità non previste dal legislatore, ma individuate dalla giurisprudenza, senza che sia esaminata la consistenza del vizio che le ha originate.

Quindi, qualora l'interprete, sulla scorta del criterio del difetto di un requisito indispensabile per il raggiungimento dello scopo *ex art.* 156, terzo comma c.p.c., individui un'ipotesi di nullità non prevista *ex lege*, sarà necessario interrogarsi sulla natura di tale invalidità, tenuto conto dell'interesse posto alla sua base.

Ecco allora come la soluzione della nullità assoluta diventa assolutamente coerente con il sistema.

Applicando i suddetti principi nel caso di specie, la S.C. dovrebbe cassare con rinvio entrambe le sentenze di secondo grado sottoposte alla propria attenzione.

Nell'ipotesi di cui all'ordinanza interlocutoria n. 8924/21, il documento irrualmente acquisito, la richiesta di fido del 16 luglio 1997, atteneva agli elementi essenziali della controversia tra le parti, ossia all'esistenza di clausole determinative degli interessi debitori tra le parti. Né si era in presenza di una CTU cd. percipiente, in quanto il ricorso all'ausiliario serviva non per accertare fatti altrimenti non accertabili, bensì solo per aiutare il giudice in una materia tecnica come quella dei conteggi bancari ove occorre la ricostruzione dei movimenti bancari, con calcolo poi degli interessi, della capitalizzazione, delle commissioni di massimo scoperto, delle spese, etc.

Trattasi, pertanto, di un documento che spettava alla Banca produrre per provare la fondatezza delle proprie pretese, e di cui il CTU non doveva tenere conto.

Ugualmente, nel caso sottoposto all'ordinanza interlocutoria n. 9811/21, si è in presenza di un vizio di nullità assoluta, per avere la Corte d'appello di Venezia fatto leva su una ricostruzione del CTU fondata su documenti sconosciuti e oggetto di istanza di verifica espressamente rinunciata; documenti che quindi in alcun modo potevano essere valutati ai fini della decisione, pena la violazione delle preclusioni assertive e probatorie previste dal legislatore.

5. Un esito alternativo

Lo scrivente, pur ribadendo la propria preferenza per l'orientamento più recente sostenuto dalla S.C.

²² Cfr. nota n. 15.

con la pronuncia n. 31886/19, ritiene che, forse, potrebbe esserci spazio per una conclusione parzialmente diversa, sostenuta anche dalla Procura Generale della Corte di Cassazione in occasione dell'udienza celebrata il 14.9.2021 dinanzi alle Sezioni Unite²³, in base ai principi generali del nostro ordinamento giuridico.

La teoria della cd. nullità assoluta, invero, appare condivisibile nel caso di violazione di norme sostanziali poste a tutela di interessi generali.

Ci si riferisce, ad es., alle ipotesi di cui agli artt. 1350-1352 c.c., ossia quelle per le quali il legislatore richiede la forma scritta *ad substantiam*, i cui limiti di ammissione della prova testimoniale sono dettati da ragioni di ordine pubblico.

Come ribadito anche dalla già citata Cass. S.U. n. 16723/2020, l'inammissibilità della prova assunta oltre quei limiti può essere dedotta in qualsiasi stato e grado del giudizio, va rilevata anche d'ufficio e non è sanata dalla mancata tempestiva opposizione della parte interessata, la quale può eccepire il vizio discendente anche per la prima volta con motivo di appello.

Ciò in quanto, qualora la forma scritta sia richiesta per la validità di un atto, in forza degli artt. 1350, 1351 e 1352 c.c., la dichiarazione formalizzata, avendo funzione costitutiva, è inevitabilmente necessaria anche per la prova del negozio, restando di regola il difetto dello scritto, in quanto causa di nullità, rilevabile altresì d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio secondo i principi enunciati da Cass. Sez. Unite, 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, e da Cass. Sez. Unite, 4 settembre 2012, n. 14828.

Il problema, in questo caso, concerne a monte la "forma dell'atto", e non la "forma della prova", essendo la forma requisito sostanziale, e cioè indispensabile per la validità del negozio stesso.

Nel caso in cui, viceversa, vi siano violazioni di regole processuali, poste a tutela di interessi generali (quali quelle di cui agli artt. 112, 115 e 183 c.p.c.) appare, forse, più corretto discutere di inammissibilità/inutilizzabilità dell'atto.

Ad esempio, qualora il CTU fondi il proprio elaborato peritale su un documento tardivamente pro-

dotto ovvero svolga indagini peritali su fatti estranei al *thema decidendum*, così come cristallizzato dalle parti entro la prima memoria *ex art. 183 comma 6 c.p.c.*, la conseguenza dovrebbe essere quella della susseguente inutilizzabilità, *in parte qua*, della consulenza (in quanto il CTU non aveva il potere di allargare il campo di indagine o di acquisire nuova documentazione), ma non la sua nullità.

Ad essere invalida non è la consulenza tecnica, ma la decisione del giudice che su di essa si fonda²⁴.

Un contratto, per il quale sia stato rispettato l'obbligo della forma scritta *ad substantiam*, non diviene nullo solo perché tardivamente prodotto, in quanto alcuna violazione di disposizioni poste a tutela di interessi generali vi è stata al momento della sua formazione.

Per le medesime ragioni, un elaborato peritale che travalichi il *thema decidendum* non dovrebbe considerarsi nullo, ma inutilizzabile per quella parte²⁵.

²⁴ "La rilevanza d'ufficio della violazione delle preclusioni processuali non significa che l'attività compiuta dal CTU sia viziata da nullità assoluta. La soluzione non è trasformare la nullità relativa in nullità assoluta.

L'extrapetizione in cui sia incorso il CTU comporta due sole conseguenze: - il giudice può rilevare d'ufficio tale vizio, senza essere condizionato dall'esistenza o meno di eccezioni di parte; - egli, una volta rilevato ciò, deve prescindere dalle conclusioni rese dal CTU oltre i limiti del mandato, decidendo la controversia nel rispetto delle preclusioni e delle domande ed eccezioni di parte ritualmente proposte. Quella parte di CTU in eccedenza, insomma, è inammissibile, e come tale inutilizzabile. Così come è inammissibile, e come tale inutilizzabile, un documento prodotto fuori termine. E spetta al giudice rilevare, appunto anche d'ufficio, tale inammissibilità/inutilizzabilità.

In definitiva, dalla dicotomia tra nullità relativa ed assoluta, ci si deve spostare su un altro piano: quello della inammissibilità/inutilizzabilità della CTU extramandato che amplia il *thema decidendum* o *probandum*; così come di inammissibilità/inutilizzabilità si deve parlare in caso di documentazione prodotta fuori termine esaminata dal CTU [...] Il giudice che non si accorga di una CTU eccedente i limiti del mandato o fondata su documenti tardivamente prodotti non sbaglia perché decide sulla base di un atto processuale nullo, sbaglia perché non rispetta le preclusioni processuali assertive ed istruttorie e perché viola lo stesso *petitum* come introdotto dalle parti con le proprie domande ed eccezioni formulate nei termini di rito. Il vizio di invalidità non sta nella CTU ma nel momento decisionale del giudice" (pp. 9-10 conclusioni scritte della P.G., ricorso R.G. 2259/17).

²⁵ Come acutamente osservato dalla P.G. della Corte di Cassazione, questa impostazione dovrebbe essere seguita anche nel caso di CTU cd. "percipiente": "l'ausiliario che nella CTU percipiente arrivi ad una conclusione avvalendosi di un documento non tempestivamente prodotto rimette al giudice una conclusione

²³ Cfr. le conclusioni formulate dalla Procura Generale *ex art. 23*, comma 8-*bis*, decreto legge n. 137 del 2020, inserito dalla legge di conversione n. 176 del 2020, reperibili agevolmente sul sito https://www.procuracassazione.it/procura-generale/it/requisitorie_civili.page.

Del resto, nella pratica quotidiana, quando è articolata una richiesta di prova per testi con la seconda memoria *ex art.* 183 comma 6 c.p.c. su circostanze del tutto nuove ovvero è depositata tardivamente documentazione, il giudice, anche d'ufficio, si pronuncia nel senso della relativa inammissibilità/inutilizzabilità (per quanto concerne la prova documentale), e non nullità.

Se, dunque, un documento introdotto tardivamente viene sanzionato con la sua inammissibilità - e conseguente inutilizzabilità -, allo stesso modo la predetta documentazione, se acquisita illegittimamente dal CTU nel corso delle operazioni peritali, non dovrebbe considerarsi causa di nullità, ma di inutilizzabilità della consulenza.

Sicché, dal diverso vizio dell'inutilizzabilità per inammissibilità/intempestività dell'allegazione istruttoria deriva la inutilizzabilità all'atto successivo, ossia la CTU fondata su di esso, secondo il principio generale della propagazione di un vizio all'atto successivo.

L'invalidità dovrebbe riguardare, *ex post*, la decisione giudiziale che, anziché dichiarare inutilizzabile una ctu che abbia violato preclusioni assertive ed istruttorie, su di essa risulti poggiate.

Inutilizzabilità/inammissibilità, dunque, *ex ante*; nullità *ex post*, per evitare che gli effetti si consolidino.

Trattasi, peraltro, di soluzione (quella della inammissibilità e successiva nullità), già nota alla giurisprudenza di legittimità²⁶.

viziata non solo nella forma ma anche e soprattutto nel contenuto, appunto perché fondata su un documento inutilizzabile a monte. La CTU, pur se "percipiente", non può mai astrarsi dagli elementi su cui si fonda, perché ciò che è inammissibile/inutilizzabile come prova non può diventarlo solo perché ne parla il CTU nella sua relazione. La conseguenza è che anche la relazione "percipiente" diventa inammissibile/inutilizzabile, perché la prova è stata "percepita" sulla base di atti inutilizzabili, dal giudice e quindi anche dal CTU" (p. 7 conclusioni scritte della P.G., ricorso R.G. 1277/17).

²⁶ Cfr., ad es., in materia di richieste di prova per testi articolate in violazione degli artt. 2721 ss. c.c., Cass. n. 21443/2013: "L'inammissibilità della prova testimoniale... deve essere eccepita dalla parte interessata, prima dell'ammissione del mezzo istruttorio; qualora, peraltro, nonostante l'eccezione d'inammissibilità, la prova sia stata egualmente espletata, è onere della parte interessata ecceperne la nullità, nella prima istanza o difesa successiva all'atto, o alla notizia di esso, ai sensi dell'art. 157, secondo comma, cod. proc. civ., l'una eccezione, quella d'inammissibilità, non dovendo essere confusa con l'altra, quella di nullità,

In conclusione, qualora non si voglia aderire alla distinzione tra nullità assoluta/relativa, potrebbe prospettarsi il seguente scenario:

- per le violazioni meno gravi (ad. es. l'omissione di avvisi alle parti, l'omesso invio della bozza di consulenza ai difensori delle parti, l'ammissione alle operazioni peritali di un difensore privo di mandato o di un consulente di parte privo di nomina) dovrebbe operare la regola della inammissibilità/inutilizzabilità secondo lo schema della nullità relativa, *ex art.* 157 c.p.c. che, in quanto tale, andrebbe eccepita dalla parte interessata «nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso», ai sensi del secondo comma della medesima disposizione, non potendo il vizio in questione essere rilevato dal giudice d'ufficio;
- per le violazioni più gravi (ad es. indagini su fatti mai prospettati dalle parti, acquisizioni da queste ultime o da terzi di documenti che erano nella disponibilità della parti, e che non furono tempestivamente prodotti), dovrebbe essere dichiarata, anche d'ufficio ed *ex ante*, la inammissibilità/inutilizzabilità, *in parte qua*, dell'elaborato peritale; solo qualora, viceversa, la inutilizzabilità non venga eccepita o rilevata d'ufficio, e la decisione giudiziale sia fondata sulle risultanze della ctu "viziata", *ex post*, andrebbe dichiarata, anche d'ufficio, secondo la tesi della cd. propagazione degli effetti, la nullità del provvedimento giudiziale²⁷.

Fabio Perrella

né potendo ad essa sovrapporsi, perché la prima eccezione opera "ex ante", per impedire un atto invalido, mentre la seconda agisce "ex post", per evitare che i suoi effetti si consolidino". Nel medesimo senso anche Cass. n. 3763/2018.

²⁷ "D'altro canto, la propagazione dei vizi agli atti successivi è prevista dall'art. 159 c.p.c.: è vero che tale norma riguarda le nullità processuali, ossia quelle formali di cui all'art. 156 c.p.c., ma, una volta che si chiarisce il distinguo tra tali nullità e il concetto di "inammissibilità/inutilizzabilità" di cui sopra, resta comunque il principio generale della propagazione di un vizio all'atto successivo. Sicché, dal diverso vizio dell'inutilizzabilità per inammissibilità/intempestività dell'allegazione istruttoria deriva la inutilizzabilità all'atto successivo, ossia la CTU fondata su di esso" (p. 7 conclusioni scritte della P.G., ricorso R.G. 1277/17, *cit.*).

I limiti sostanziali delle prove testimoniali dei contratti: *spunti di riflessione a margine della pronuncia delle Sezioni Unite n. 16723/2020*

SOMMARIO: 1. *Premessa: la prova nel processo civile tra diritto e legalità.* • 2. *I limiti sostanziali della prova testimoniale nel processo: portata e funzione.* • 3. *Il regime di rilevanza dei limiti sostanziali delle prove testimoniali dei contratti: il punto delle Sezioni Unite.* • 4.1 *Il regime di rilevanza dell'inosservanza dei divieti alla prova testimoniale dei contratti da provare per iscritto: la soluzione del contrasto interpretativo rimesso alla decisione delle Sezioni Unite.* • 4.2 *Il percorso argomentativo della Corte.* • a. *l'argomento strutturale e funzionale.* • b. *l'argomento sistematico e teleologico; c. l'argomento storico.* • 5. *Riflessioni conclusive.*

1. *Premessa: la prova nel processo civile tra diritto e legalità*

La prova è il risultato di un procedimento logico ricostruttivo dei fatti, oggetto di giudizio, operato dall'interprete sulla base dei mezzi prova offerti dalle parti.

Nel nostro ordinamento processuale, improntato al principio dispositivo (*Iudex iuxta alligata et probata iudicare debet*) è rimessa alle parti la formulazione sia del *thema decidendum* (art 112 c.p.c.) che del *thema probandum* (art 115 c.p.c.), mentre la possibilità dell'esercizio *ex officio* di poteri istruttori da parte del Giudice è relegata ad ipotesi marginali ed eccezionali¹.

La disponibilità della prova, quale potere di offrire dimostrazione della vicenda storica allegata in giudizio, si declina nella duplice accezione di onere (secondo il principio espresso dall' art 2697 c.c. e sintetizzato nel brocardo *onus probandi incumbit ei qui dicit non ei qui negat*), ma anche di vero e proprio diritto delle parti.

¹ L'art 115 c.p.c., nello stabilire che il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti, fa salvi, infatti, i casi previsti dalla legge. Nel rito ordinario i mezzi di prova che il giudice può ammettere d'ufficio sono: la consulenza tecnica d'ufficio, per quanto si ritenga comunemente che non si tratti di un mezzo di prova (artt. 61 e 191 c.p.c.); l'interrogatorio non formale delle parti (art. 117 c.p.c.); l'ispezione di persone o cose (artt. 118 e 258 c.p.c.); la richiesta di informazioni alla p.a. (art. 213 c.p.c.); il giuramento suppletorio o estimatorio (artt. 240 e 241 c.p.c.); il confronto fra testimoni (art. 254 c.p.c.); l'assunzione di testi di riferimento, indicati da altri testi (art. 257 c.p.c.) o, nel giudizio davanti al tribunale in composizione monocratica, dalle parti nell'esposizione dei fatti (art. 281-ter c.p.c.); l'audizione di testi ritenuti superflui o la nuova audizione di testi già escussi (art. 257 c.p.c.); il giuramento nelle cause di rendimento di conti (art. 265 c.p.c.). Nel rito del lavoro i poteri istruttori del giudice sono ampliati, ai sensi dell'art 421 c.p.c. sino a ricomprendere il potere di *disporre d'ufficio in qualsiasi momento l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ad eccezione del giuramento decisorio, nonché la richiesta di informazioni e osservazioni, sia scritte che orali, alle associazioni sindacali indicate dalle parti.*

Sebbene di un diritto alla prova nulla si legga nel codice di procedura civile, è, infatti, accolta dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità l'interpretazione per cui esso sia un aspetto integrante del diritto di difesa garantito dall'art. 24 della Costituzione, quale diritto di agire e difendersi in giudizio provando².

Il portato costituzionale del "diritto alla prova" non vale, tuttavia, a negare la possibilità che nel processo civile l'ingresso delle prove (*rectius*: dei mezzi di prova) incontri dei limiti.

Per vero, le pronunce della Consulta, intervenute sul punto, hanno sostanzialmente evidenziato la sola incostituzionalità dei limiti assoluti, laddove limiti relativi alla prova devono ritenersi legittimi, quando essi non provochino disequaglianze nelle possibilità difensive delle parti e quando siano giustificati da ragioni logico-giuridiche, che possano ritenersi prevalenti rispetto alla generica esigenza di garantire il diritto di azione e di difesa³.

E, in effetti, il processo civile è costellato da una serie di limitazioni alle modalità di deduzione della

² Cfr.: Corte Cost. sent. 23 luglio 1974, n. 248, che ha dichiarato illegittimo l'art. 247 c.p.c.; Corte Cost. sent. 12 luglio 1972, n. 132, ove il diritto alla prova è stato ricondotto dalla Consulta anche all'art 6.1. della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

³ Sulla compatibilità del diritto alla prova e il sistema delle prove legali, v. Corte Cost. sent. 28 marzo 1997, n. 75. Significative in materia anche: Corte Cost. sent. 27 giugno 1973, n. 94, secondo cui: "il solo fatto dell'esclusione di un mezzo di prova, come quello della testimonianza, non costituisce di per se stesso violazione del diritto di difesa, ben potendo il legislatore in piena discrezionalità limitarne o escluderne l'ammissibilità", e Corte Cost. sent. 18 maggio 1989, n. 251, che, in relazione al processo amministrativo (nella disciplina *ratione temporis* vigente), ha ribadito come le limitazioni circa "la possibilità di utilizzare certi mezzi probatori sono insite in ogni sistema processuale, in ragione della peculiarità della controversia relativa a ciascuno di essi". Per un approfondimento sul diritto alla prova nel processo civile, si richiama lo scritto di Paolo Comoglio: *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970.

prova, nonché alla prova stessa, che trovano diversa giustificazione e delincono il perimetro dello schema legale della prova, ossia della prova che può avere efficacia nel processo.

Nei sistemi processuali di Civil Law, come il nostro ispirati al principio di legalità e di soggezione del Giudice alla legge (art. 101, comma II, Cost., art. 113 c.p.c.) anche le modalità di accertamento del fatto sono, dunque, regolamentate da norme giuridiche⁴.

E tali sono, appunto, le norme che forniscono i limiti all'ingresso delle prove nel processo, indicando una serie di regole negative volte a negare efficacia ad un mezzo di prova, richiesto o prodotto dalle parti.

Potremmo, allora, arricchire la definizione di ciò che è prova nel processo, aggiungendo che tale è il risultato di un procedimento di ricostruzione non solo logico, ma anche giuridico della vicenda fattuale oggetto di giudizio.

Il giudizio di conformità della prova al modello normativo è rimesso al giudice, attraverso la verifica di ammissibilità della prova costituenda (art. 183 comma 7 c.p.c.), nonché di utilizzabilità dei documenti, ritualmente prodotti dalle parti (artt. 75 o 87 disp. att. c.p.c.)⁵.

La differenza tra i giudizi di ammissibilità e utilizzabilità della prova non attiene solo alla scansione

temporale dei due rispetto all'ingresso del mezzo di prova nel processo (*ex ante* il primo, in quanto prepedeutico alla stessa acquisizione della prova; *ex post* il secondo, in quanto funzionale alla valutazione del materiale probatorio già acquisito).

Solo nel giudizio di ammissibilità, infatti, l'omesso rilievo di un divieto o limite probatorio può dar luogo alla formazione di una prova non conforme allo schema normativo (e, pertanto, inefficace o nulla), laddove la sanzione della nullità non può investire il documento quanto, piuttosto, la modalità di acquisizione dello stesso.

Tanto premesso, appare evidente come il giudizio di ammissibilità della prova costituisca, da un punto di vista sistematico, l'anello di congiunzione e la stanza di graduazione tra il diritto delle parti di "provare" ed i limiti che l'ordinamento pone all'ingresso (*recte*: efficacia) della prova nel processo, nell'interesse del processo stesso (o, meglio, di quello che viene definito l'ordine pubblico processuale) o nell'interesse privato delle parti medesime.

Il custode del delicato equilibrio tra il potere delle parti di disporre della prova (nella duplice accezione innanzi indicata) e le esigenze del processo di limitarne l'ingresso è, quindi, il giudice.

I profili di criticità sottesi al giudizio di ammissibilità della prova, in particolare di quella testimoniale, così brevemente riassunti nel binomio diritto alla prova– legalità della prova, emergono tutti dalla lettura della autorevole pronuncia in commento.

Essa si segnala, infatti, non solo per aver composto il contrasto giurisprudenziale, di cui in seguito si dirà, ma anche per aver offerto una chiara ricostruzione di alcuni principi costantemente intesi, in giurisprudenza e nella migliore dottrina, come immanenti al governo processuale della prova testimoniale dei contratti, dettato dal codice di rito.

Posta una sintetica descrizione dei limiti codicistici c.d. sostanziali all'ammissione della prova testimoniale, l'intento di queste brevi riflessioni è, quindi, quello di valorizzare il contributo chiarificatore delle Sezioni Unite, per quel che concerne la ricostruzione delle regole che ne formano il regime di rilevabilità nel processo.

L'esame dell'iter argomentativo, che ha condotto le Sezioni Unite a dirimere il contrasto giurisprudenziale insorto sul regime di rilevabilità dei limiti della prova per testimoni dei contratti per i quali è richiesta la forma scritta *ad probationem*, sarà, infine, l'occasione per alcune brevi riflessioni circa i risvolti non

⁴ Come evidenziato da autorevole dottrina, i regimi ispirati a un'ideologia liberale ritengono che lo strumento più corretto di indagine nel processo sia quello che fa perno sull'antagonismo delle parti. In tale prospettiva, è interessante osservare come negli ordinamenti processuali di Civil Law si tenda a preferire una disciplina analitica della prova, mentre gli ordinamenti processuali di Common Law, di tradizione anglosassone, preferiscano disciplinare analiticamente i modi di assunzione delle prove nel processo, vuoi tramite le regole dell'*adversary system* vuoi tramite le c.d. *exclusionary rules*: la conseguenza, nel primo caso, è quella di un prezzo che la certezza può pagare alla giustizia e, nel secondo caso, è quella del prezzo che la capacità suggestiva del difensore fa pagare alla idoneità rappresentativa del mezzo probatorio (così, GIOVANNI VERDE, *La prova nel processo civile. Profili di teoria generale*, Quaderni del CSM Anno 1999 n. 108).

⁵ Come evidenziato dalla Suprema Corte, nel processo il regime delle produzioni è incentrato sul principio per cui l'eventuale illegittimità (per ragioni sia sostanziali che di rito) della produzione determina esclusivamente una preclusione alla valutazione del documento ai fini della decisione, senza consentire al giudice l'espulsione materiale della produzione dagli atti del processo (Cass. n. 2652/1995, Cass. n. 150/1965) o il divieto di produzione.

solo applicativi, ma anche sistematici della soluzione fornita sul punto dalla Suprema Corte.

2. I limiti sostanziali della prova testimoniale nel processo: portata e funzione

Come detto, la verifica della conformità della prova al modello normativo è rimessa al giudice, che esercita tale potere attraverso il giudizio di ammissibilità della prova⁶

Già si è detto, pure, che la previsione da parte dell'ordinamento di limiti alla prova non incontra divieto nel diritto delle parti di agire e difendersi provando, purché gli stessi siano ragionevolmente funzionali alle esigenze del sistema processuale.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, a tal riguardo, suole distinguere tra limiti all'ammissione della prova dettati a tutela di ragioni di ordine pubblico e limiti dettati a tutela di interessi di stampo privatistico⁷.

La prima categoria di limiti ha rilievo processuale ed impone al giudice di valutare, anche d'ufficio, data la natura pubblica dell'interesse tutelato, la tempestiva deduzione del mezzo probatorio, prima dello spirare dei termini istruttori.

La seconda categoria di limiti ha rilievo sotto il profilo sostanziale e richiede al giudice di valutare, in sede di giudizio di ammissione, se la prova sia conforme alle previsioni codicistiche concernenti la validità del mezzo istruttorio richiesto dalle parti.

Per quanto riguarda la prova costituenda tale categoria di limiti ricomprende le previsioni: degli artt. 2721-2726 c.c., con riferimento alla prova testimoniale; dell' art. 1417 c.c., con riferimento alla prova della simulazione; degli artt. 244 e 230 c.p.c., con riferimento alle modalità di deduzione dei capitoli di prova; dell' art. 246 c.p.c., con riferimento alla capacità a testimoniare; dell' art. 2731 c.c. con riferimento

alla confessione; degli artt. 2737 e 2739 c.c., con riferimento al giuramento; dell'art 621 c.p.c., con riferimento ai limiti alla prova testimoniale in materia di opposizione del terzo ad esecuzione mobiliare.

Concentrando l'esame a quanto ora di interesse, ossia alle limitazioni sostanziali poste dal codice all'ammissibilità della prova testimoniale in materia di contratti (estese ai sensi dell'art 2729 c.c. alla prova per presunzioni), vengono in rilievo le previsioni di cui gli artt. 2721-2726 c.c.

I limiti sanciti da dette disposizioni attengono all'oggetto della prova, potendo concernere⁸:

1. la materia del contratto sotto il profilo del valore: sicché è inammissibile la prova per testimoni dei contratti di valore superiore ad euro 2,58, salva l'autorizzazione del giudice, che consideri la qualità delle parti, la natura del contratto ed ogni peculiarità del caso di specie (art. 2721 c.c.)⁹;
2. la presenza di documenti: sicché, nel caso di patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, vi è divieto assoluto di prova testimoniale, se tali patti si assumono precedenti o coevi al documento stesso; nel caso, invece, di patti successivi, il giudice può consentire la prova per testi se, avuto riguardo alla qualità delle parti, alla natura del contratto e ad ogni altra circostanza, appare verosimile che siano state fatte aggiunte o modificazioni verbali (artt. 2722 e 2723 c.c.);
3. la forma del contratto: sicché per i contratti per i quali è richiesta la forma scritta *ab substantiam* o *ad probationem* vige il generale divieto di prova

⁸ Si riprende la ripartizione già indicata da A. CONVERSO, *Le prove: interrogatorio formale, confessione, le prove per testimoni e per presunzioni, le prove documentali, i giuramenti, le prove acquisite in altri processi*, in Quaderni del CSM, n. 108 Anno 1999 Vol.II.

⁹ Il rigore di tale limitazione, che il legislatore non ha adeguato alla svalutazione intervenuta dopo 1942, è temperata dalla discrezionalità che la legge attribuisce al giudice, il quale, tenuto conto della qualità delle parti della natura del contratto e di ogni altra circostanza, può superare il limite di valore indicato dall'art 2721 c.c. Anzi, come precisato da Cassazione n. 4600/ 1984, la somma indicata nell'articolo in commento non costituisce più un vero limite, dovendosi intendere la norma come generica esclusione della prova orale delle obbligazioni di notevole valore economico. E' stato anche precisato che l'ammissione della prova testimoniale, oltre i limiti di valore stabiliti dall'art. 2721 c.c., costituisce un potere discrezionale del giudice di merito, il cui esercizio, o mancato esercizio, è insindacabile in sede di legittimità ove sia correttamente motivato (v. ex multis. Cass. n. 190 del 09/01/2020)

⁶ Per quanto non oggetto di esame del presente contributo, va sottolineato che il comma 7 dell'art 183 c.p.c rimette al giudice l'ammissione delle prove proposte dalle parti sulla base di un duplice di giudizio, non solo di ammissibilità della prova, ma anche di rilevanza della stessa. Mentre il primo ha natura giuridica e concerne la c.d. "legalità" della prova, ossia la sua conformità al modello normativo, il secondo ha natura logica ed ipotetica, proponendosi di verificare a priori se il mezzo di prova, nel momento in cui viene dedotto, sia potenzialmente utile per l'accertamento dei fatti controversi.

⁷ Cfr. ex multis Cass. sent. n. 6332/2014; Cass. sent. n. 1948/2017; Cass. sent. n. 31886/19.

testimoniale e per presunzioni, salvo che la parte dimostri di aver incolpevolmente perduto il documento (artt. 2725 e 2724, n. 3 c.c.).

I riferiti limiti devono essere applicati solo ai casi espressamente considerati dalla legge, costituendo un'eccezione al diritto di provare i fatti allegati (art. 14 preleggi).

Giurisprudenza consolidata ritiene, pertanto, che i limiti per valore all'assunzione di prova testimoniale, di cui all'art 2721 cc., operino nella misura in cui il contratto sia dedotto come fonte di reciproche obbligazioni e non come fatto storico, altrimenti rilevante per il giudizio, o costituisca una mera scrittura proveniente da un terzo¹⁰.

Allo stesso modo, è stato ritenuto non operante il divieto di cui all' art. 2722 c.c., quando si tratti di scrittura che provenga da una sola parte e non costituisca documento contrattuale, come in ipotesi di fatture, promesse di pagamento, fideiussione prestata con atto unilaterale, indicazioni contenute nel libretto di lavoro consistenti in attestazioni unilaterali del datore di lavoro¹¹. Tale divieto non opera neppure se, dissentendo le parti solo sull'interpretazione del contratto e non già sulla sua sussistenza, la prova tenda non ad inficiare il contratto, ma ad offrire elementi utili alla sua interpretazione¹².

I limiti per valore previsti per l'ammissibilità della prova testimoniale vanno estesi, ai sensi dell'art 2726 c.c., alle sole ipotesi in questo articolo contemplate e, quindi, al pagamento e alla remissione del debito, ma non trovano applicazione alla ricognizione di debito e nemmeno ai casi in cui il pagamento sia effettuato da parte del terzo¹³ o al pagamento dell'indebito¹⁴.

¹⁰ Cfr. ex multis, Cass. sent. n. 24395/2005.

¹¹ Così consolidata giurisprudenza, tra cui: Cass. sent. n. 6142/1992; Cass. sent. n. 2747/1995; Cass. sent. n. 7021/1997; Cass. sent. n. 8730/1997; Cass. sent. n. 7767/1992; Cass. sent. n. 4377/1992; Cass. sent. n. 2747/1995. Cass. sent.n. 17040/2003. Il medesimo principio è stato espresso per la quietanza (v., tra le altre, Cass. sent. n. 2093/2000, Cass. sent. n. 8730/1997, Cass. n. 2716/1988), ma altra giurisprudenza di legittimità riprende il limite alla prova testimoniale, contraria alla quietanza, non direttamente dall'art 2722 c.c., ma dall'art 2726 c.c (v Cass. sent. n. 7021/2001; Cass. sent, n. 9297/2012).

¹² Cfr., ex multis, intervenuta più recentemente Cass. sent. n. 4601/2017.

¹³ Cfr. Cass. sent. n. 1617/1970.

¹⁴ Cfr. Cass. sent. n. 4583/1993 e Cass. sent n. 10989/2003.

Posti tali divieti, il codice civile contempla, tuttavia, tre ipotesi eccezionali, in cui questi non possano operare.

Ai sensi dell'art. 2724 c.c., infatti, la prova per testimoni è ammessa in ogni caso:

1. se esiste un principio di prova scritta, proveniente dalla parte contro cui è indirizzata la domanda, tale da dimostrare verosimile il fatto oggetto di prova¹⁵;
2. se il contraente onerato dalla prova è stato nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi il documento¹⁶;
3. se il contraente ha perso, senza sua colpa, il documento che gli forniva la prova di cui è onerato¹⁷.

Tali circostanze devono essere provate dal richiedente prima dell'ammissione della prova testimoniale, dal momento che l'ammissibilità di quest'ultima dipende dall'esito della prova precedente.

Come già accennato, il divieto di prova per testimoni dei contratti per i quali è richiesta la forma scritta, sia *ab substantiam* che *ad probationem*, sancito dall'art 2725 c.c, è superabile solo nell'ipotesi di cui

¹⁵ È stato precisato che, oltre la provenienza dalla parte contro la quale è diretto (ed esclusa la provenienza, quindi, anche da un terzo), il documento non deve contenere un vago riferimento al fatto controverso, ma deve invece attestare l'esistenza di un nesso logico tra documento e fatto medesimo, quando anche non vi faccia preciso riferimento (v. Cass. n. 7093/2017).

¹⁶ Rispetto a tale eccezione la giurisprudenza, con orientamento restrittivo, ritiene non sufficiente una situazione di astratta influenza, autorità o prestigio della persona dalla quale lo scritto dovrebbe essere preteso, né di vincolo di amicizia o di parentela, dovendosi invece accertare caso per caso una situazione di reale inesigibilità del comportamento (v. Cass. n. 3750/1992); l'impossibilità materiale deve essere assoluta ed indipendente dalla volontà del contraente che la deduce, come, ad esempio, nel caso di calamità naturali od altri eventi eccezionali (v. anche Cass. sent n. 7976/1994).

¹⁷ La perdita è incolpevole quando è segnata da una condotta scevra di imprudenza e negligenza (cfr. Cass. sent. n. 6001/1981). Nell'ipotesi in cui la perdita sia avvenuta ad opera di un terzo consegnatario del documento, vi è perdita incolpevole ove la condotta dell'interessato, rapportata alle particolari circostanze e ragioni dell'affidamento al terzo, appaia immune da imprudenza o negligenza, dovendo la mancanza di colpa riferirsi al contraente che invoca il contenuto del documento e non al comportamento del terzo che lo abbia smarrito (Cass. sent. n. 6054/1996; Cass. sent. n. 3059/2002). E', inoltre, necessaria una valutazione della condotta non già ex post, ma relativa all'atto dell'affidamento della scrittura al consegnatario (Cass. n. 25603/2011).

all'art. 2724 c.c. n. 3, ossia di perdita incolpevole del documento.

3. Il regime di rilevanza dei limiti sostanziali delle prove testimoniali dei contratti: il punto delle Sezioni Unite

La ratio dei limiti della prova testimoniale in materia contrattuale, dettati dal codice civile, è comunemente ricondotta alla maggiore certezza dei rapporti offerta dal documento rispetto alla deposizione testimoniale, più facilmente influenzata da contesti ambientali e fattori personali.

Nel potenziale conflitto fra la prova orale e quella documentale, il codice, così, privilegia la seconda, come meno soggetta a possibili inquinamenti, e, quindi, come più affidabile per il giudice.

In assenza del documento è, poi, rimessa al giudice la graduazione, sulla base di tutte le circostanze del caso concreto, fra divieto ed ammissibilità prudente della prova, da formularsi in sede di giudizio di ammissibilità della stessa, cui fa riferimento l'art 183 comma 7 c.p.c.

Tale giudizio è volto a verificare se non ricorrano, caso per caso, ragioni di non ammissione, di divieto o di esclusione del mezzo probatorio prescelto ed è, quindi, un vaglio guidato da regole negative, ossia da "quelle regole che negano efficacia ad un mezzo di prova"¹⁸.

Con la pronuncia in commento le Sezioni Unite della Suprema Corte, offrendo una ricostruzione storico-funzionale dei principi sottesi al governo della prova testimoniale, indicano all'interprete fondamentali canoni applicativi quanto al regime della rilevanza dei limiti c.d sostanziali della prova testimoniale.

Nel far questo, la Suprema Corte richiama, innanzitutto, la consolidata esegesi giurisprudenziale secondo cui i limiti oggettivi di ammissibilità della prova testimoniale, di cui agli artt. 2721 e ss c.c., essendo dettati da norme di carattere dispositivo, poste nell'esclusivo interesse delle parti, devono essere intesi come limiti da queste ultime derogabili, anche alla stregua di un accordo implicito desumibile dalla mancata opposizione all'ammissione della prova.

¹⁸ G. MORLINI, *Questioni sostanziali sulla prova*, Relazione tenuta a Piacenza, 14 febbraio 2009 ad un corso per avvocati, che richiama la definizione che già diede di detto giudizio Francesco Carnelutti.

Da tanto consegue che i limiti alla prova per testimoni, di cui agli artt. 2721 e ss c.c. (*salvo i casi di forma scritta ad substantiam, di cui poi si dirà*), possono essere oggetto di rilievo da parte il giudice solo quando uno dei contraenti (o dei loro eredi o aventi causa) contesti l'esistenza del contratto.

Pertanto, evidenzia la Corte: *mentre, dunque, le norme che prevedono preclusioni assertive ed istruttorie nel giudizio di cognizione, giacché ispirate all'esigenza di garantire la celerità e la concentrazione del processo civile, si intendono non dettate nell'esclusivo interesse delle parti (le quali possano perciò derogarvi esplicitamente o anche solo implicitamente), quanto dirette a garantire l'interesse pubblico a scongiurare l'allungamento dei tempi processuali (Cass. Sez. U, 11/05/2006, n. 10831), ovvero l'ordine pubblico processuale, riferibile ai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, con conseguente rilevanza anche d'ufficio della loro inosservanza, la violazione delle formalità stabilite per l'ammissione della prova testimoniale, giacché ritenuta lesiva soltanto di interessi individuali delle parti, rimane affidata al meccanismo dell'art. 157, comma 2, c.p.c. (si veda già Cass. Sez. U, 13/01/1997, n. 264; poi, indicativamente, Cass. Sez. 3, 18/07/2008, n. 19942; Cass. Sez. 3, 17/10/2003, n. 15554; Cass. Sez. 3, 09/01/2002, n. 194)¹⁹.*

Può, quindi, evidenziarsi che nella valutazione diretta a verificare, caso per caso, se ricorrano o meno ragioni di non ammissione del mezzo istruttorio della testimonianza, sotto il profilo delle regole che ne individuano la validità sostanziale, il giudice è condizionato dalla condotta processuale della parte, nel cui interesse è posto il divieto, che può eccipirne o meno l'operatività.

La configurazione dell'eccezione in senso stretto del divieto di prova testimoniale rappresenta un canone ermeneutico, che le Sezioni Unite recepiscono quale regola oramai acquisita al diritto processuale.

Da un punto di vista letterale il dato codicistico è, tuttavia, del tutto laconico nel disciplinare i poteri del giudice nell'ambito del giudizio di ammissione della prova testimoniale, sicché è solo la lettura teleologica-funzionale dell'intero impianto codicistico di regolamentazione della prova, che consente di far emergere dall'ordinamento processuale tale regola, per quanto non oggetto di espressa previsione.

¹⁹ §II.7 della sentenza in commento.

Non va, pertanto, sottaciuto che una diversa ricostruzione interpretativa, per quanto in via minoritaria, è stata sostenuta in dottrina.

Si è, infatti, opinato che la previsione di cui all'art 183 comma 7 c.p.c.²⁰, letta nel suo nudo tenore letterale, sembrerebbe, invece, assegnare ampi poteri al giudice nella fase di valutazione di conformità della prova allo schema normativo, senza fare alcun tipo di distinzione tra tipologia di limiti indicati dal codice, se essi, cioè, attinenti alle modalità di deduzione della prova testimoniale (art 244 c.p.c.), al contenuto della stessa (artt. 2721 e ss e 1417 c.c.) o al rilievo di mere preclusioni e decadenze processuali²¹.

Secondo tale orientamento andrebbe, allora, ben distinta la fase della ammissione della prova (deputata alla valutazione unitaria della legalità della prova, secondo tutti i parametri normativi, processuali e sostanziali) da affidarsi al potere officioso del giudice (così come avviene, peraltro, per il giudizio di rilevanza del mezzo istruttorio), da quella successiva al suo espletamento. L'insegnamento della Corte di Cassazione, relativo alla rilevanza ad istanza di parte delle violazioni dei limiti sostanziali della prova testimoniale (con la sola eccezione dell'art. 2725 c.c. per i contratti aventi forma scritta *ab substantiam*), conserverebbe, dunque, validità solo con riferimento al caso di effettiva ammissione ed espletamento della prova testimoniale, traducendosi nell'onere della parte di eccepire, nella prima istanza o difesa utile successiva all'ammissione, il vizio di nullità della prova, secondo le regole processuali, dettate per le nullità relative, dall' art.157 comma 2 c.p.c.

Come detto, tale diversa ricostruzione non ha avuto seguito in giurisprudenza e deve ritenersi ormai superata dalle opzioni interpretative logico-funzionali, costantemente privilegiate dal giudice della nomofilachia.

Ciononostante, va segnalato che essa mantiene il merito di ricondurre ad unità il regime di rilevanza

dei limiti della prova testimoniale, valorizzando il dato testuale del codice, pur non negando il rilievo privatistico e la natura dispositiva delle previsioni normative in materia.

La natura dispositiva delle norme che dettano i limiti sostanziali delle prove testimoniali ha, come già accennato, quale ulteriore precipitato logico-giuridico quello per cui l'assunzione della prova, in violazione degli stessi, integra una forma di nullità relativa, come tale sanata, ex art. 157 c.p.c., laddove non eccepita nella prima istanza o difesa successiva al suo verificarsi, con la sola eccezione dell'art. 2725 c.c. per i contratti aventi forma scritta *ab substantiam*, rimanendo il rilievo della relativa violazione rilevabile, pure d'ufficio dal giudice, in ogni stato e grado del processo.

Anche tale approdo ermeneutico è richiamato dalla Sezione Unite, nella pronuncia in commento, quale dato acquisito al sistema processuale.

Sotto tale profilo può registrarsi unanime convergenza di vedute in dottrina e giurisprudenza.

D'altronde la deviazione della prova dalle regole, che ne delimitano il perimetro di validità, non può che dar luogo ad un atto nullo e, dunque, inefficace.

La natura privatistica dell'interesse sotteso ai divieti di cui agli artt 2721 e ss c.c. rende, poi, del tutto consequenziale rapportare il rilievo della nullità al meccanismo delineato dall'art 157 comma 2 c.p.c.

La parte che voglia, quindi, evitare la sanatoria della nullità avrà l'onere di opporsi all'assunzione della prova irrualmente ammessa, proponendo eccezione di nullità all'atto dell'assunzione della prova, reiterando tale eccezione in sede di precisazione delle conclusioni e, quindi, espressamente, in appello.

Pertanto, rileva la Corte: "*Se l'interessato non abbia eccepito dapprima l'inammissibilità della deduzione istruttoria e poi la nullità della prova per testimoni comunque assunta, tale nullità non potrà più essere rilevata o eccepita per la prima volta in appello, e, tanto meno, in sede di legittimità (Cass. Sez. 3, 13 marzo 2012, n. 3959; Cass. Sez. 2, 25 marzo 1995, n.3550; Cass. Sez. 2, 3 ottobre 1979, n. 5068; Cass. Sez. 2, 10 luglio 1962, n. 1828)*"²².

L'ultimo principio acquisito all'esegesi giurisprudenziale, richiamato dalla Corte, è infine quello attinente al diverso regime processuale, che regola il rilievo dei limiti sostanziali delle prove testimoniali

²⁰ Secondo cui: "Salva l'applicazione dell'articolo 187, il giudice provvede sulle richieste istruttorie fissando l'udienza di cui all'articolo 184 per l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti. Se provvede mediante ordinanza emanata fuori udienza, questa deve essere pronunciata entro 30 giorni".

²¹ . G. MORLINI, *Questioni sostanziali sulla prova*, Relazione tenuta a Piacenza, 14 febbraio 2009, ad un corso di formazione per avvocati, ove è richiamato anche il contributo di PINTO, *La testimonianza e la CTU*, relazione tenuta il 7/6/2005 a Roma, ad un corso di formazione organizzato dal CSM.

²² § II.8 della sentenza in commento.

in caso di contratti per i quali è prevista la forma scritta *ab substantiam*.

Rilevano, al riguardo, le Sezioni Unite: “*E’ unanime nelle pronunce di questa Corte l’affermazione secondo cui, giacché i limiti di ammissione della prova testimoniale sull’esistenza di un contratto soggetto a forma scritta “ad substantiam” sono dettati da ragioni di ordine pubblico, l’inammissibilità della prova assunta oltre quei limiti può essere dedotta in qualsiasi stato e grado del giudizio, va rilevata anche d’ufficio e non è sanata dalla mancata tempestiva opposizione della parte interessata, la quale può eccepire il vizio discendente anche per la prima volta con motivo di appello (Cass. Sez. 2, 24 novembre 2015, n. 23934; Cass. Sez. 3, 12 maggio 1999, n. 4690; Cass. Sez. 2, 25/03/1987, n. 2902; Cass. Sez. 3, 25 gennaio 1974, n. 196; Cass. Sez. 1, 26 aprile 1969, n. 1352).*”

Quando, invero, la forma scritta è richiesta per la validità di un atto, in forza degli artt. 1350, 1351 e 1352 c.c., come ben si avverte pure in dottrina, la dichiarazione formalizzata, avendo funzione costitutiva, è inevitabilmente necessaria “anche” per la prova del negozio, restando di regola il difetto dello scritto, giacché causa di nullità, rilevabile altresì d’ufficio in ogni stato e grado del giudizio secondo i principi enunciati da Cass. Sez. Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, e da Cass. Sez. Unite, 4 settembre 2012, n. 14828. Quando, invece, la forma scritta è imposta, secondo la legge o la volontà delle parti, per la prova di un contratto, la questione non è di “forma dell’atto”, ma di “forma della prova”, essendo la forma requisito non sostanziale, e cioè indispensabile per la validità del negozio, quanto processuale: la mancanza della scrittura comporta, allora, solo una limitazione sul terreno della prova, rendendo non ammissibile la testimonianza, qualunque sia il valore del contratto, e può però essere supplita con altri mezzi di particolare efficacia, quali la confessione od il giuramento, né impedisce l’esecuzione volontaria, la conferma o la ricognizione volontaria del negozio”.²³

Come evincibile dal passaggio argomentativo appena riportato, nella giurisprudenza della Corte il differente regime di rilevanza della violazione dei divieti testimoniali, in materia di contratti per cui è richiesta la forma scritta *ab substantiam*, è ricondotto al dato strutturale dell’accordo, che esiste per il diritto, anche prima del processo, ma solo se e in quanto avente forma scritta.

La differenza del requisito strutturale della forma scritta (quale “forma dell’atto” e non solo “forma della prova”) è il dato sulla cui base l’orientamento maggioritario, formatosi nella giurisprudenza della Suprema Corte, ha da sempre ritenuto che, nella differente ipotesi dei contratti da provarsi per iscritto, nulla giustificasse l’applicazione del regime della rilevanza *ex officio* della violazione dei limiti della prova testimoniale, come, invece, pacificamente ammessa per i contratti per i quali la forma scritta è richiesta *ab substantiam*.

E tanto nonostante le due ipotesi siano unitamente disciplinate dall’art 2725 c.c., con previsione di una regolamentazione unitaria della portata dei limiti della prova testimoniale, ammissibile nell’unico caso di perdita incolpevole del documento (art. 2724 n. 3 c.c.).

Proprio la discrasia emergente dalla previsione normativa di una disciplina unitaria, in punto di portata dei limiti probatori della prova testimoniale, e la differenziazione del regime di rilevanza della violazione di tali limiti, predicata dall’esegesi giurisprudenziale in riferimento alle due ipotesi regolamentate dall’art 2725 c.c., è alla base del contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni Unite con la sentenza in commento.

4.1 Il regime di rilevanza dell’inosservanza dei divieti alla prova testimoniale nei contratti da provare per iscritto: la soluzione del contrasto interpretativo rimesso alla decisione delle Sezioni Unite

Come evidenziato dall’ordinanza interlocutoria n. 30244/2019 della Seconda Sezione Civile della Casazione, in tema di contratti per i quali la forma scritta è prescritta dalla legge ai soli fini probatori, il maggioritario orientamento seguito dalla giudice della nomofilachia, in punto di rilevanza dei limiti probatori indicati dall’art 2725 c.c., non è stato totalmente immune da ripensamenti nella giurisprudenza della medesima Corte.

All’interpretazione maggioritaria si è, infatti, contrapposto l’orientamento seguito dalla Sezione Terza, con la sentenza n. 17986 del 14 agosto 2014²⁴.

²³ §II.6 della sentenza in commento.

²⁴ Deve evidenziarsi che l’ordinanza di remissione non mancava di sottolineare come il nucleo motivazionale della decisione n. 17986 del 2014 (intervenuta in fattispecie avente ad oggetto la prova di una transazione) apparisse in linea con altre precedenti pronunce della Suprema Corte, come Cass. 28 gen-

In tale pronuncia, consapevolmente dissentendo dall'orientamento pur condiviso dalla maggioranza dei suoi precedenti, la Corte rilevava, infatti, che: *a tale indirizzo un altro se ne contrappone, secondo cui, quando per legge o per volontà delle parti, sia prevista, per un certo contratto la forma scritta ad probationem, la prova testimoniale che abbia ad oggetto, implicitamente o esplicitamente, l'esistenza del contratto, è inammissibile, salvo che non sia volta a dimostrare la perdita incolpevole del documento (cfr. Cass. civ. 28 gennaio 2013, n. 1824; Cass. civ. 9 ottobre 1996, n. 8838), così come è inammissibile la connessa prova per presunzioni (cfr. Cass. civ. 20 febbraio 2004, n. 3392), con l'ulteriore e decisivo corollario che l'inammissibilità della prova testimoniale per contrasto con le norme che la vietano (artt. 2722 e 2725 cod. civ.) non è sanata dalla mancata tempestiva opposizione della parte interessata perché la sanatoria per acquiescenza riguarda soltanto le decadenze e le nullità previste per la prova testimoniale dall'art. 244 cod. proc. civ. (modalità di deduzione e assunzione della prova, indicazione dei testimoni e loro capacità a testimoniare), non anche la prova testimoniale erroneamente ammessa, di talché la relativa eccezione può essere utilmente formulata anche dopo l'espletamento della prova vietata (Cass. civ. 8 marzo 1997, n. 2101, con specifico riguardo a contratto per il quale la forma scritta era richiesta ad probationem)*²⁵.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 17986/2014, forniva questa interpretazione proprio valorizzando la portata unitaria della disciplina codicistica volta a regolamentare la portata dei limiti delle prove testimoniali nelle ipotesi di contratti con forma scritta e da provarsi per iscritto, come emergente dal dato letterale dell'art 2725 c.c., da cui traspariva, dunque, l'evidente intento del legislatore di normare in maniera assolutamente sovrapponibile le due ipotesi.

Invero, rilevava la Cassazione con la pronuncia n. 17986/2014, a proposito del dettato di cui all'art 2725 c.c., come: "... dopo che nel primo comma si trova enun-

naio 2013 n. 1824 laddove, con particolare riferimento alla forma scritta del contratto di agenzia, si afferma che la stessa, "essendo prevista da una fonte negoziale, deve ritenersi prescritta "ad probationem", con la conseguenza che, in mancanza di essa, è valida l'esecuzione volontaria del contratto, la conferma di esso e la sua ricognizione volontaria, come pure la possibilità di ricorrere alla confessione ed al giuramento, dovendosi escludere unicamente la possibilità della prova testimoniale (salvo che per dimostrare la perdita incolpevole del documento) e di quella per presunzioni" (Cass. ordinanza interlocutoria n. 30244/2019).

²⁵ § n. 10, Cass. Sent. n. 17986/ 2014.

*ciata la regola per cui quando, secondo la legge o la volontà delle parti, un contratto deve essere provato per iscritto, la prova per testimoni è ammessa soltanto nel caso indicato dal n. 3 dell'articolo precedente (perdita incolpevole del documento), il capoverso, con formula di iastico nitore, prevede: "la stessa regola si applica nei casi in cui la forma scritta è richiesta sotto pena di nullità"*²⁶.

Con la scelta di seguire questa diversa tesi, la Terza Sezione della Cassazione richiamava, quindi, l'interprete a quella, che a parere della Corte medesima, doveva essere la giusta graduazione dei criteri ermeneutici da prediligere nell'esegesi delle norme.

Laddove, infatti, la soluzione interpretativa ben può discendere, in maniera inequivoca, dalla sola applicazione del criterio letterale e sistematico, il ricorso a diversi indici ermeneutici, quale quello teleologico prediletto dall'orientamento maggioritario in materia, non avrebbe ragione di essere.

Nella soluzione del contrasto le Sezioni Unite, tuttavia, non hanno ritenuto dirimente tale argomento.

Anzi, le Sezioni Unite, con la pronuncia in esame, hanno inteso ribadire la validità degli approdi ermeneutici raggiunti dalla giurisprudenza di legittimità in materia, proprio valorizzando una interpretazione storica e funzionalmente orientata dell'intero sistema dei limiti sostanziali delle prove testimoniali, disciplinato dal codice civile.

Le Sezioni Unite hanno, quindi, rilevato la piena condivisibilità del primo orientamento giurisprudenziale, enunciando il seguente principio di diritto:

*L'inammissibilità della prova testimoniale di un contratto che deve essere provato per iscritto, ai sensi dell'art. 2725, comma 1, c.c., attenendo alla tutela processuale di interessi privati, non può essere rilevata d'ufficio, ma deve essere eccepita dalla parte interessata prima dell'ammissione del mezzo istruttorio; qualora, nonostante l'eccezione di inammissibilità, la prova sia stata ugualmente assunta, è onere della parte interessata opporne la nullità secondo le modalità dettate dall'art. 157, comma 2, c.p.c., rimanendo altrimenti la stessa ritualmente acquisita, senza che detta nullità possa più essere fatta valere in sede di impugnazione*²⁷.

4.2 Il percorso argomentativo della Sezioni Unite.

Volendo ripercorrere l'iter motivazionale seguito dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, è possibile

²⁶ § n. 11, Cass. Sent. n. 17986/ 2014.

²⁷ § II.10 della sentenza in commento.

evidenziare che lo stesso riposa su argomentazioni di tipo strutturale, funzionale, teleologico e storico.

a. L'argomento strutturale.

Tale argomento riprende le considerazioni relative alla funzione costitutiva che, dal punto di vista sostanziale, il requisito della forma scritta possiede nei contratti per cui la stessa è prevista *ab substantiam*.

La carenza del requisito formale integra, in tali contratti, una ipotesi di nullità assoluta dell'atto, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1325 e 1418 comma 2 c.c., sicché come la relativa mancanza può essere rilevata in ogni stato e grado del processo dal giudice, anche d'ufficio, nello stesso modo potrà essere rilevato il difetto di prova documentale.

Nei contratti per i quali la forma scritta è richiesta solo ai fini della prova del contratto, invece, la stessa non è requisito di validità dell'atto, ma solo della prova, sicché per tali contratti l'argomento strutturale non può fondare il regime di rilevanza assoluta del difetto della prova documentale.

Anzi: la riconduzione della forma a requisito della prova, e non dell'atto, conduce le Sezioni Unite a ribadire, sul piano strutturale, anche la natura meramente processuale di tale requisito.

Ulteriore conferma di tale distinzione si rinviene, allora, nel fatto che la prova dei contratti da provarsi per iscritto, seppur non fornita con testimonianza per l'attivarsi del divieto probatorio previsto *in subiecta materia*, potrà, in ogni caso, essere raggiunta con il mezzo istruttorio della confessione giudiziale o del giuramento²⁸; così come, esclusivamente per tali contratti, po-

trebbe non porsi problema di prova dell'accordo, pur in assenza di documento, ove tra le parti non sorgesse contestazione quanto a sua esistenza o contenuto, in applicazione del principio sancito dall'art 115 c.p.c.²⁹.

Possibilità probatorie da escludersi per i contratti per cui la forma scritta è prevista *ab substantiam*, proprio in ragione della differenza strutturale e funzionale da assegnarsi, sotto il profilo sostanziale, al requisito della forma.

b. L'argomento funzionale e teleologico

Proprio tale diversa valenza, che il requisito della forma scritta riveste sotto il profilo della funzione e della struttura del negozio, rimanda all'esame del secondo argomento a sostegno della tesi maggioritaria, ribadito nella pronuncia in commento.

Solo le norme che prescrivono per i contratti la forma scritta a pena di nullità hanno carattere inderogabile, sicché da tale inderogabilità non può che discendere l'indisponibilità del regime probatorio.

Per tutti gli altri contratti, invece, il regime dei limiti probatori alla prova per testimoni è dettato da norme di natura sostanziale, poste dal legislatore nell'esclusivo interesse delle parti, come tali da queste derogabili, anche alla stregua di un accordo tacito.

L'interesse sotteso alle norme costituenti il sistema ne giustifica, quindi, il regime della derogabilità, con tutti i suoi ulteriori precipitati logico-giuridici.

A tal proposito, le Sezioni Unite rilevano anche come in giurisprudenza si sia più volte affermato che le norme poste dal codice civile in materia di onere della prova e di ammissibilità ed efficacia dei vari mezzi probatori, a differenza delle norme attinenti alle modalità e ai tempi delle deduzioni istruttorie, attengono al diritto sostanziale tant'è che la loro violazione integra nel giudizio di cassazione *errores in iudicando* e non *in procedendo*.

Pertanto, osservano le Sezioni Unite, il regime dell'eccezione di irrivalenza della prova, in rapporto alla violazione dei criteri sostanziali di ammissibilità ed efficacia, non può ritenersi assoggettato al regime che regola le bar-

²⁸ Giova precisare che in quest'ultima ipotesi è ammissibile la confessione giudiziale, ma vi è divieto di confessione stragiudiziale, la quale in *subiecta materia* è parificata alle prove testimoniali, ex art. 2735, ult. comma c.c.

Nei contratti con forma scritta *ab substantiam* la confessione giudiziale risulterebbe, invece, possibile all'esito dell'interrogatorio formale, solo ove rivolto a dimostrare la simulazione assoluta del contratto, perché in tal caso oggetto del mezzo di prova è l'inesistenza della compravendita immobiliare, ma non la simulazione (così come sostenuto di recente da Cass. sent. n. 6262/2017). In caso di forma scritta *ad probationem* alle parti è, inoltre, consentita l'esecuzione volontaria del negozio, la conferma e la ricognizione del contratto, che restano, invece, precluse in ipotesi di forma scritta *ab substantiam*.

²⁹ § II.9 della sentenza in commento.

riere preclusive di deducibilità dei fatti impeditivi, ma disciplinato secondo i principi che riguardano l'inosservanza delle norme sulla forma degli atti processuali³⁰.

c. *L'argomento storico*

Le Sezioni Unite richiamano la Relazione al codice civile (§ 1114) per evidenziare la scelta del legislatore di puntare su un regime generale, in punto di disciplina di limiti di ammissibilità della prova testimoniale, che superasse le distinzioni che connotavano il codice civile del 1865 e il codice del commercio del 1882 ed attuasse, con le disposizioni di cui agli artt. 2721 e ss, un «delicato temperamento» di quelle «legittime diffidenze che ha sempre suscitato e suscita in materia contrattuale questo mezzo di prova con la necessità di non offendere d'altro canto le esigenze della buona fede, in quei casi in cui, anche fuori delle ipotesi dell'art. 2724, usi, necessità tecniche, condizioni di ambiente, relazioni personali tra contraenti od altre circostanze anche meramente contingenti possano spiegare o giustificare perché le parti non abbiano provveduto a procurarsi un documento scritto ».

Rileva la Corte, come sia stata, poi, la costante applicazione giurisprudenziale a subordinare, sotto il profilo processuale, l'operatività dei limiti della prova testimoniale al potere di eccezione della parte interessata. Tanto proprio in ragione del rilievo della natura squisitamente privatistica degli interessi tutelati dal codice attraverso la previsione dei limiti di cui agli artt. 2721 e ss c.c., che, come la Relazione illustrativa chiaramente riportava, vanno ravvisati nella tutela della buona fede dei contraenti, come desumibile da tutte le circostanze del caso concreto.

E da tale interpretazione che è, quindi, discesa, nell'esegesi giurisprudenziale, la correlata riconduzione della testimonianza irritualmente assunta al regime dell'atto viziato, quale nullità da rilevarsi nei modi di cui all'art 157 comma 2 c.p.c., ossia non di ufficio ma su iniziativa della parte interessata, non contemplando il codice di rito una speciale regolamentazione circa l'utilizzabilità delle prove irritualmente assunte.

L'argomentazione delle Sezioni Unite sembra, in parte de qua, volersi richiamare al valore persuasivo dell'interpretazione, quando fornita da giurisprudenza costante e consolidata nel tempo, ma, al contempo, anche voler sottolineare il ruolo che correttamente va attribuito al giudice in *subiecta materia*: non solo quello di garante del rispetto dei limiti probatori della prova testimoniale indicati dalla legge, quanto, anche, dominus del procedimento logico-giuridico di formazione della prova, attraverso il prudentiale esercizio del potere di apprezzamento degli elementi probatori, dovendo egli valutare *la prova testimoniale comunque assunta in ordine ai diritti e gli obblighi derivanti dal contratto alla volontà dei contraenti e alla portata delle varie pattuizioni*³¹.

5. *Riflessioni conclusive*

Nella soluzione del contrasto giurisprudenziale, oggetto di esame, le Sezioni Unite hanno, quindi, ricondotto la rilevanza del divieto di prova per testimoni dei contratti da provarsi per iscritto, dettato dall'art 2725 c.c., alle regole dell'eccezione in senso stretto e del rilievo secondo le modalità previste per le nullità relative della irritalità della testimonianza comunque acquisita.

Quella di prediligere tale impostazione interpretativa, rispetto a quella indicata da Cassazione n. 17986/2014, facente perno sul dato letterale-sistematico dell'art 2725 c.c., è, tuttavia, una opzione ermeneutica, che non convince del tutto e lascia aperti alcuni interrogativi.

Invero, il dato letterale e sistematico della unitarietà della disciplina dettata dall'art 2725 c.c., quanto ai limiti di ammissibilità della prova per testimoni nei contratti con forma scritta e da provarsi per iscritto (dato che le Sezioni Unite non disconoscono, ma ritengono *non così forte da indurre ad obliterare, sia pure ai limitati fini dell'ammissibilità della prova, le differenze che negli uni e negli altri riveste l'elemento formale*³²), rappresenta un criterio di interpretazione della legge di rilievo prioritario, secondo l'ordine indicato all'interprete dall'art. 12 delle disp. prel. al codice civile.

Anche l'argomento, che appare possedere nell'iter argomentativo della pronuncia in commento mag-

³⁰ § II.7 della sentenza in commento.

³¹ § II.8 pag18 della sentenza in commento.

³² § II.6 pag. 13 della sentenza in commento

gior forza persuasiva per le Sezioni Unite, facente perno sulla differenza strutturale, che la forma scritta del contratto riveste nelle due diverse ipotesi disciplinate dall'art 2725 c.c., potrebbe non provare abbastanza o, addirittura, provare troppo.

E infatti, come in precedenza accennato, la previsione per legge di limiti all'ingresso della prova nel processo non incontra limitazioni, se non quelle del bilanciamento con il diritto di difesa, che mai va totalmente compresso, e della ragionevolezza rispetto ai principi regolatori del sistema processuale.

La differenza strutturale, che la forma scritta dell'atto assume nelle due tipologie di contratti cui fa riferimento l'art 2725 c.c., non può essere intesa, dunque, come un ostacolo, per la discrezionalità legislativa, nella scelta di dettare, sul piano prettamente processuale, una disciplina unitaria per entrambe.

Non appare dubitabile, d'altronde, che il legislatore del 1942 c.c., nel delineare la disciplina dei limiti alla prova testimoniale per i contratti per i quali è richiesta la prova per iscritto e la forma scritta, avesse ben chiara la differenza che, dal punto di vista sostanziale, l'elemento formale riveste nelle due ipotesi unitariamente regolamentate nell'art 2725 c.c.

E allora, l'argomento, ritenuto decisivo dalle Sezioni Unite nella pronuncia in commento, potrebbe provare troppo, perché potrebbe ritenersi che il legislatore, nonostante il diverso rilievo sostanziale della forma scritta nelle due ipotesi cui fa riferimento l'art 2725 c.c., abbia comunque voluto dettare per ambedue *la stessa regola*.

Anzi, proprio l'utilizzo, nell'*incipit* del secondo comma dell'art 2725 c.c., dell'espressione "*la stessa regola si applica*" sembra lasciare trasparire il chiaro intento del legislatore di estendere *in toto* l'applicazione della disciplina, dettata al primo comma per i contratti a forma scritta, alla diversa fattispecie dei contratti da provare per iscritto, ai quali, data la differente natura giuridica della forma, altrimenti non sarebbe stata applicabile.

Anche l'argomento storico-teleologico, valorizzato dalla Sezioni Unite, non pare idoneo a ridimensionare la forza di quello letterale-sistematico, indicato da Cassazione n. 17986/2014.

E' vero che la natura privatistica degli interessi, sottesa alla previsione dei limiti della prova testimoniale, emerge chiaramente dalla Relazione Illustrativa al codice civile del 1942. E' anche vero, tuttavia, che il consolidato orientamento della Suprema Corte in punto di regime di rilevanza dei divieti di prova

testimoniale, formatosi valorizzando tale dato, non appare l'unica opzione sostenibile sul piano del diritto (cfr. art 183 comma 7 c.p.c.), almeno per quanto concerne la regola della eccezione in senso stretto del rilievo di parte, come nel presente contributo è stato innanzi notato.

D'altra parte, è innegabile che l'art. 2725 c.c. sia una norma di diritto sostanziale, che stabilisce il valore, sotto il profilo del diritto privato, della prova testimoniale con riguardo ai contratti richiedenti una particolare forma. Così come, più in generale, è innegabile che tutte le norme del codice civile sulle prove (artt. 2699 e ss. c.c.) siano disposizioni non processuali ma di diritto sostanziale, che indicano al giudice le regole, appunto sostanziali, da seguire per decidere i vari casi concreti sottoposti al suo esame.

Regole che non sembrano essere a disposizione delle parti, in quanto rivolte solo e soltanto al giudice, stabilendo appunto i criteri cui egli deve attenersi nel momento in cui è chiamato a decidere la controversia.

E allora, occorre interrogarsi sui limiti entro i quali l'ampliamento del diritto delle parti di provare possa ancora risultare compatibile con il nostro sistema processuale, che, come detto, coniuga il principio dispositivo con quello di legalità, con ciò escludendo che le parti possano, di fatto, essere arbitre dell'ingresso della prova nel processo.

Tanto, viepiù, nella particolare ipotesi di una norma, come quella di cui all'art 2725 c.c., che è chiaramente finalizzata a dare prevalenza assoluta al documento sul piano probatorio, imponendo strettissimi limiti di ammissibilità della prova testimoniale, i quali totalmente prescindono dalla funzione che il requisito della forma assolve sotto il profilo strutturale della esteriorizzazione della volontà contrattuale: e ciò perché, in tali ipotesi, la portata documentale della volontà è per legge, in ogni caso, requisito di certezza dei rapporti nel processo³³.

Al riguardo, invero, la soluzione ermeneutica privilegiata dalle Sezioni Unite sembra tener conto di una impostazione interpretativa maggiormente incline alla valorizzazione di un processo di impronta più

³³ Le ipotesi dei contratti da provare per iscritto sono, d'altronde, previste dalla legge, in relazione a negozi tipici, tra cui: il contratto di transazione (art 1967 c.c.), il contratto di agenzia (art 1742 c.c.), i contratti di riassicurazione (art 1928 c.c.), il trasferimento di proprietà o godimento di azienda, nel caso di impresa soggetta a registrazione (art 2556 c.c.).

marcatamente dispositiva nel metodo di ricerca della verità, protesa a dare maggior spazio al diritto delle parti di “provare”.

In tale contesto, la maggior certezza del documento, ai fini della ricostruzione della verità dei rapporti, non è sentita più come un valore primario, almeno nella fase di ammissione della prova, in quanto si riconosce maggiore rilevanza giuridica all’interesse delle parti ad acquisire, in ogni caso, la prova testimoniale sull’esistenza e contenuto del contratto.

D’altronde, l’arresto delle Sezioni Unite si colloca in quel filone giurisprudenziale che tende ad interpretare con maggiore flessibilità il valore probatorio del contenuto del documento, proprio nelle ipotesi dei contratti da provarsi per iscritto, secondo quanto evincibile dalla casistica in tema di contratto di transazione (art. 1967 c.c.).

Sono proprio le Sezioni Unite, nella pronuncia in commento³⁴, a ricordarci, infatti, come il più risalente orientamento, che riteneva necessaria la prova scritta di tutti gli elementi costitutivi del negozio transattivo ed, in particolare, quello delle reciproche concessioni (ritenendo, al contempo, non configurabile la prova testimoniale o per presunzioni neppure a fini integrativi), sia stato, poi, superato dalle tesi sostenute dalla più recente giurisprudenza di legittimità (appunto fondata sul rilievo solo probatorio e non sostanziale del requisito della forma), secondo cui la prova del contratto di transazione può anche essere fornita da un documento sottoscritto da una sola parte, ove risulti il consenso anche solo tacito, purché univoco dell’altra parte, manifestato mediante attuazione integrale dei relativi patti³⁵ e secondo cui non osta alla qualificabilità di un contratto come transazione il fatto che le reciproche concessioni tra le parti non siano specificamente indicate nel documento, ma emergano dal complesso dell’atto, nonché da elementi esterni ad esso³⁶.

In tale cornice interpretativa, una volta più fortemente subordinata la verifica della legalità della prova testimoniale, di cui si fa richiesta nel processo, al potere dispositivo delle parti, emerge allora il ruolo chiave del giudice nella garanzia delle esigenze di certezza dei rapporti giuridici, non più soltanto quale dominus della fase dell’ammissione del mezzo di prova testimoniale, quanto anche in quella della valuta-

zione della testimonianza comunque acquisita, come non a caso le Sezioni Unite, con la medesima pronuncia n. 16723/2020, non hanno tardato di sottolineare³⁷, richiamando, appunto, il potere-dovere del giudice di ponderare tutti gli elementi probatori del caso, al fine di valutare esistenza e portata del contratto.

Secondo tale impostazione sistematica, dunque, è nella fase della valutazione della prova, per il tramite dell’apprezzamento prudente del giudice, che l’interesse dell’ordinamento al giusto temperamento, tra il diritto della parti alla prova e la certezza dei rapporti giuridici, è destinato a ritrovare garanzia.

La forza persuasiva dell’esegesi autorevolmente accolta dalle Sezioni Unite modella il diritto nell’applicazione che l’interprete deve fornirne.

Permangono, tuttavia, profili di criticità nelle argomentazioni della Corte, che portano ad ulteriori riflessioni.

Occorre, infatti, domandarsi quanto l’ampiamen- to degli elementi conoscitivi, posti a disposizione del giudice, non pregiudichi, invece, le esigenze di certezza dei rapporti, soprattutto in ipotesi di contratti soggetti a forma scritta *ad probationem*, in relazione ai quali il codice pone strettissimi limiti all’ammissibilità della prova testimoniale.

Non appare secondario, infatti, rilevare che nella fase di valutazione della prova il giudice esercita un apprezzamento di utilità ed attendibilità di tutti gli elementi probatori acquisiti al processo (sottratto al giudizio di legittimità³⁸), laddove la valutazione di ammissibilità è un giudizio di legalità della prova,

³⁷ § II.8 pag18 della sentenza in commento.

³⁸ Come ci ricorda, da ultimo, Cass. Sez. 2 - , Ordinanza n. 20553 del 19/07/2021, secondo cui: “*La valutazione delle prove raccolte, anche se si tratta di presunzioni, costituisce un’attività riservata in via esclusiva all’apprezzamento discrezionale del giudice di merito, le cui conclusioni in ordine alla ricostruzione della vicenda fattuale non sono sindacabili in cassazione, sicché rimane estranea al vizio previsto dall’art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. qualsiasi censura volta a criticare il “convincimento” che il giudice si è formato, a norma dell’art. 116, commi 1 e 2, c.p.c., in esito all’esame del materiale istruttorio mediante la valutazione della maggiore o minore attendibilità delle fonti di prova, atteso che la deduzione del vizio di cui all’art. 360 n. 5 c.p.c. non consente di censurare la complessiva valutazione delle risultanze processuali, contenuta nella sentenza impugnata, contrapponendo alla stessa una diversa interpretazione al fine di ottenere la revisione da parte del giudice di legittimità degli accertamenti di fatto compiuti dal giudice di merito*”.

³⁴ § II.2 della sentenza in commento

³⁵ Cfr. Cass. sent. n. 6825/1978; Cass. sent. n. 4542/1996.

³⁶ Cfr. Cass. sent. n. 13389/2007.

come tale censurabile in Cassazione sotto il profilo della violazione di legge.

Come poc' anzi accennato, inoltre, gli strettissimi limiti di ammissibilità della prova per testimoni dei contratti, dettati dall'art 2725 c.c., trovano, con ogni evidenza, ragione nella assoluta prevalenza probatoria che il legislatore ha voluto assegnare al documento, nei rapporti tra le parti all'interno della lite, rispetto alla testimonianza (indipendentemente dalla funzione assolta dalla forma da un punto di vista sostanziale).

Prevalenza di cui il giudice non potrebbe, tuttavia, tener conto al momento della valutazione della prova, ove l'apprezzamento del valore probatorio degli elementi conoscitivi prescinde dal mezzo con il quale essi hanno avuto ingresso nel processo.

Conformità allo schema legale e apprezzamento della prova sono, quindi, giudizi ontologicamente e giuridicamente diversi: dalla centralità che l'ordinamento processuale conferisce all'uno o all'altro discendono, inevitabilmente, importanti risvolti pratici sull'assetto del sistema delle prove e della certezza del diritto.

Rimettere alla sensibilità del singolo giudice la valutazione del contenuto della prova testimoniale, riguardante un contratto che, tendenzialmente, dovrebbe essere provato solo per iscritto, espone l'ordinamento a decisioni contrastanti (sulla valenza, magari in casi simili, della medesima prova di problematici negozi, quali una transazione o una cessione di azienda) e le parti stesse ad una valutazione giudiziale segnata da ampi margini di discrezionalità,

nemmeno censurabili in sede di legittimità.

Il tutto in materie ove, tramite la previsione della forma scritta della prova, l'intento del legislatore appare essere quello contrario, ossia di dare centralità al documento, come garanzia della certezza dei rapporti giuridici e della prevedibilità delle decisioni.

Concludendo queste brevi riflessioni, piace, dunque, ritornare a quanto in principio delle stesse è stato osservato.

Le formazione della prova testimoniale nel processo viaggia sull'asse di un delicato equilibrio tra diritto delle parti di provare e i limiti che la legge pone all'ingresso di detto mezzo di prova, anche a garanzia della certezza dei rapporti giuridici. Il regime di rilevabilità dell'inosservanza di detti limiti è, con ogni evidenza, parte integrante di questo equilibrio, dimostrando come il benché minimo spostamento, in un senso o nell'altro, dei tasselli che formano il sistema delle prove possa essere foriero di importanti risvolti negli assetti ordinamentali.

La possibilità - di fatto accettata da parte delle Sezioni Unite con l'accoglimento della tesi che predica la rilevabilità solo *ex parte* della violazione del divieto probatorio previsto dall'art 2725 c.c., anche in caso di contratti per i quali è richiesta la forma scritta *ad probationem* - di subordinare le esigenze di certezza della prova di tali contratti all'interesse di parte rappresenta, quindi, un fattore di criticità del sistema, in relazione al quale la Corte, con la pronuncia in commento, non appare aver fornito del tutto convincente risposta.

Flora Vollero

La ripartizione delle spese delle liti (giudiziali e stragiudiziali) in ambito condominiale

SOMMARIO: I. Le spese relative all'assistenza stragiudiziale. • II. Le spese di lite giudiziale. • II.1 La ripartizione delle spese di lite in caso di soccombenza del Condominio nelle cause contro un terzo. • II.2 La ripartizione delle spese di lite in caso di soccombenza del Condominio nelle cause "intracondominiali". • II.3 Il dissenso dei condomini rispetto alle liti. • III. La ripartizione delle spese relative ai procedimenti di volontaria giurisdizione. • IV. Il pagamento delle spese di lite in caso di mutamento della compagine condominiale.

Abstract: *La ripartizione delle spese delle liti (giudiziali e/o stragiudiziali) sostenute, e da sostenersi, in ambito condominiale presenta difficoltà applicative, risultando talvolta particolarmente complessa la individuazione delle regole e dei principi che regolamentano tale materia.*

Non è, difatti, infrequente una ripartizione delle spese di lite che non risulta essere conforme a tali regole e principi.

Il presente contributo si propone di individuare una casistica (certamente non esaustiva) delle spese di lite che, nella prassi, il Condominio si trova a dover affrontare, nonché di offrire "direttive" utili nella ripartizione delle medesime.

The apportionment of the expenses (judicial and/or non judicial) sustained and that will be sustained in a condominium is a difficult subject because the individuation of the rules and of the principles governing such matter is some times highly complex.

It is not rare, in fact, an apportionment of the legal expenses that is not in compliance with those rules and principles.

The present work aims to identify case law (surely not exhaustive) of the legal expenses that, usually, the Condominium must sustain, as well as to offer useful "directions" for their assessment.

I. Le spese relative all'assistenza stragiudiziale

L'assistenza stragiudiziale si ha quando si compone (o comunque si cerca di comporre) una disputa/controversia senza lo svolgimento di alcuna attività di tipo giudiziale: l'assistenza offerta è, quindi, tesa a risolvere (o prevenire), una controversia, che troverà pertanto eventuale definizione fuori dalle aule giudiziarie¹.

Senza che l'elencazione possa considerarsi in alcun modo esaustiva e/o tassativa, rientrano tra le spese attinenti all'assistenza stragiudiziale:

- le spese di consulenza ed assistenza per la stesura del regolamento di condominio;
- le spese per la stesura di pareri, per la redazione di contratti, per l'assistenza in assemblea;
- le spese per la redazione e l'invio di diffide stragiudiziali e di atti di costituzione in mora relativamente a crediti vantati dal condominio nei confronti di condomini e/o di terzi;
- le spese per l'attivazione e la partecipazione ad un procedimento di mediazione o di **negoziazione assistita**.

Deve ritenersi che tali spese andranno suddivise tra i condomini^{2, 3} conformemente a quanto previsto dall'art. 1123 c.c. (con applicazione del primo o terzo comma di tale articolo a seconda che l'attività sia stata prestata nell'interesse dell'intero Condominio ovvero per una sola parte di esso)^{4 5}.

² La questione relativa alla individuazione del momento di insorgenza dell'obbligo di concorrere nel pagamento di tali spese – rilevante in caso di mutamento della compagine condominiale a seguito di trasferimento della proprietà di uno degli immobili facenti parte del condominio – verrà trattata in chiusura del presente elaborato.

³ Qualora l'attività stragiudiziale svolta in favore del Condominio esorbiti dalle attribuzioni dell'amministratore e/o richieda una spesa rilevante deve ritenersi necessario procedere alla convocazione dell'assemblea perché si approvi la detta attività e la relativa spesa.

⁴ L'art. 1123 c.c. così recita: *"Le spese necessarie per la conversazione e per il godimento delle parti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza sono sostenute dai condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno, salvo diversa convenzione.*

Se si tratta di cose destinate a servire i condomini in misura diversa, le spese sono ripartite in proporzione dell'uso che ciascuno può farne. Qualora un edificio abbia più scale, cortili, latrini solari, opere o impianti destinati a servire una parte dell'intero fabbricato, le spese relative alla loro manutenzione sono a carico del gruppo di condomini che ne trae utilità".

⁵ Il principio regolatore deve quindi ritenersi costituito dalla "appartenenza del diritto": dalla differente attribuzione della titolarità dei beni derivano conseguenze in tema di gestione e imputazione delle spese.

¹ Per una disamina delle questioni connesse alla "autonomia" delle spese stragiudiziali rispetto a quelle giudiziali (questione non oggetto del presente elaborato) si rinvia a: Cass., 7 ottobre 2020, n. 21565, in *Quotidiano Giuridico*, 2020; Cass., 4 novembre 2020, n. 24481, in *CED Cassazione*, 2020; Cass., 13 marzo 2017, n. 6422 in *CED Cassazione*, 2017.

Mette poi (per mera completezza) evidenziare e precisare che, nella peculiare ipotesi in cui il “contraddittore” sia un condomino (o un gruppo di condomini), quest’ultimo dovrà andare escluso dalla partecipazione delle spese sostenute dal Condominio⁶,

Dal principio sancito dal III comma dell’art. 1123 c.c. discende la configurabilità del “condominio parziale” (*ex multis*, Cass., 2 marzo 2016, n. 4127, in *CED Cassazione*, 2016; Cass., 18 aprile 2005, n. 8066, in *Arch. Locazioni*, 2005, 571; Cass., 12 febbraio 2001, n. 1959, in *Giur. It.*, 2001; Cass., 27 settembre 1994, n. 7885, in *Arch. Locazioni*, 1995, 72, in particolare, che ha chiarito: “La disposizione, da cui risulta con certezza che le cose, i servizi e gli impianti di uso comune dell’edificio non appartengono necessariamente a tutti i partecipanti, si rinviene nell’art. 1123, comma 3, c.c. Secondo questa norma, l’obbligo di concorrere nelle spese per la conservazione grava soltanto sui condomini, ai quali appartiene la proprietà comune. Il testo non recepisce il criterio, che si assume valido in generale per la ripartizione delle spese per le parti comuni, secondo cui i contributi si suddividono tra i condomini in ragione dell’utilità. Se così fosse, il precetto sarebbe del tutto superfluo, perché ripeterebbe quello dettato dal capoverso precedente. Posto che l’art. 1123, comma 2, c.c. ripartisce il concorso nelle spese per le parti comuni, destinate a servire le unità immobiliari in misura diversa, in proporzione all’uso che ciascuno può farne, dal contributo implicitamente esonera coloro i quali, per ragioni obiettive afferenti alla struttura o alla destinazione, non utilizzano le parti, che non sono necessarie per l’esistenza o per l’uso, ovvero non sono destinate all’uso o al servizio dei loro piani o porzioni di piano. Se i proprietari delle unità immobiliari, non collegate con determinate parti comuni, fossero esonerati dal concorso nelle spese in virtù del criterio dell’utilità statuito dall’art. 1123, comma 2, c.c., il disposto dell’art. 1123, comma 3, sarebbe del tutto identico a quello fissato nel comma precedente e configurerebbe un duplicato inutile. In realtà, l’art. 1123 c.c. nei distinti capoversi contempla ipotesi differenti. Mentre al comma 2 regola solo ed esclusivamente la ripartizione delle spese per l’uso, al comma 3 disciplina la suddivisione delle spese per la conservazione. La ragione della previsione espressa è che le cose, i servizi e gli impianti, essendo collegati materialmente e per la destinazione soltanto con alcune unità immobiliari, appartengono in comune solamente ai proprietari di queste. La disposizione, cioè, contempla l’ipotesi del condominio parziale. L’obbligo di contribuire alle spese per la conservazione posta a carico soltanto di alcuni dei partecipanti si riconduce al principio generale, che presiede alla suddivisione delle spese per la conservazione, secondo cui i condomini sono obbligati sempre in proporzione con le quote ed indipendentemente dalla misura dell’uso. Perciò, l’obbligo di contribuire alle spese per la conservazione grava soltanto su taluni condomini come conseguenza della delimitazione della appartenenza”).

⁶ Nella disputa tra Condominio e condomino (o gruppo di condomini) la stessa compagine condominiale viene a “scindersi”: il condomino (o gruppo di condomini) che ha una pretesa propria rispetto al Condominio dà vita ad un centro di interesse contrapposto a quello del Condominio. Specificatamente si è affermato che “nell’ipotesi di controversia tra condomini,

giacché tali spese sono dirette alla tutela del Condominio (e non del singolo condomino o gruppo di condomini)⁷.

II. Le spese di lite giudiziale

In tema di liti giudiziali, ai fini della ripartizione delle spese, occorre operare una prima distinzione, vale a dire: (a) ipotesi in cui il Condominio risulti vittorioso; (b) ipotesi in cui il Condominio risulti soccombente.

I criteri di ripartizione delle spese ivi sostenute variano poi a seconda che il contraddittore sia un condomino ovvero un terzo estraneo.

Nell’ipotesi in cui il Condominio risulti vittorioso in giudizio non sorgono particolari problemi (di ripartizione della spesa), poiché in tale evenienza la decisione del Giudice – che regola la sorte delle spese legali tra le parti contrapposte in virtù del principio della soccombenza⁸ – indicherà l’importo esatto che dovrà essere rimborsato a titolo di spese legali dalla controparte soccombente^{9 10}.

l’unità condominiale viene a scindersi di fronte al particolare oggetto della lite, per dare vita a due gruppi di partecipanti al Condominio in contrasto tra loro” (Cass., 18 giugno 2014, n. 13885, parte motiva, in *CED Cassazione*, 2014; Cass., 25 marzo 1970, n. 801, in *Foro It.*, 1970, 474).

⁷ All’interno della compagine condominiale resta ferma l’applicazione del richiamato principio di cui all’art. 1123 c.c.

⁸ L’ART. 91, I comma, c.p.c. dispone: “IL GIUDICE, CON LA SENTENZA CHE CHIUDE IL PROCESSO DAVANTI A LUI, CONDANNA LA PARTE SOCCOMBENTE AL RIMBORSO DELLE SPESE A FAVORE DELL’ALTRA PARTE E NE LIQUIDA L’AMMONTARE INSIEME CON GLI ONORARI DI DIFESA. SE ACCOGLIE LA DOMANDA IN MISURA NON SUPERIORE ALL’EVENTUALE PROPOSTA CONCILIATIVA, CONDANNA LA PARTE CHE HA RIFIUTATO SENZA GIUSTIFICATO MOTIVO LA PROPOSTA AL PAGAMENTO DELLE SPESE DEL PROCESSO MATURATE DOPO LA FORMULAZIONE DELLA PROPOSTA, SALVO QUANTO DISPOSTO DAL SECONDO COMMA DELL’ARTICOLO 92”.

⁹ Mette evidenziare che ovviamente il rimborso delle spese di lite a favore del Condominio da parte della soccombente controparte avverrà nei limiti di quanto liquidato dal Giudice, con la conseguenza che l’eventuale maggiore compenso maturato dal legale che ha assistito il Condominio resterà a carico di quest’ultimo ed andrà ripartito tra i condomini conformemente a quanto previsto dall’art. 1123 c.c. (con applicazione del primo o terzo comma di tale articolo a seconda che l’attività sia stata prestata nell’interesse dell’intero Condominio ovvero per una sola parte di esso).

¹⁰ In caso di compensazione delle spese di lite (art. 92 c.p.c.), il Condominio sarà tenuto al pagamento del compenso del proprio legale che andrà ripartito tra i condomini sempre conformemente a quanto disposto dal primo o dal terzo com-

Invece, nel caso in cui sia il Condominio a risultare soccombente all'esito del giudizio, quest'ultimo sarà tenuto a pagare: (i) le spese di lite dovute alla controparte vincitrice secondo la liquidazione che sarà contenuta nella decisione del Giudice (cd. spese di "soccombenza"); (ii) il compenso professionale maturato dal legale incaricato di assistere il Condominio nell'ambito di tale procedimento (cd. spese di "resistenza")¹¹.

II.1 La ripartizione delle spese di lite in caso di soccombenza del Condominio nelle cause contro un terzo

In caso di soccombenza del Condominio nell'ambito di una vertenza giudiziale con un terzo estraneo alla compagine condominiale, le spese di lite a carico del Condominio (di "soccombenza" e di "resistenza") andranno suddivise tra tutti i condomini sulla base dei rispettivi millesimi di proprietà, conformemente a quanto previsto dall'art. 1123 c.c. (con applicazione, anche in tale ipotesi, del primo o terzo comma di tale articolo a seconda che l'attività sia stata prestata nell'interesse dell'intero Condominio ovvero per una sola parte di esso)¹².

II.2 La ripartizione delle spese di lite in caso di soccombenza del Condominio nelle cause "intracondominiali"

Quanto alle cause cd. "intracondominiali" (cioè tra il Condominio ed uno o più condomini):

- la compagine condominiale viene a scindersi, dando vita a due centri di imputazione distinti

ma dell'art. 1123 c.c. (quindi sempre in considerazione della circostanza che l'attività sia stata prestata nell'interesse dell'intero Condominio ovvero per una sola parte di esso).

¹¹ Le spese di "soccombenza" sono quelle che una parte è tenuta a rifondere alla parte vittoriosa in giudizio, in conseguenza della condanna alle spese posta a suo carico dal Giudice; le spese di "resistenza" sono invece quelle sostenute da una parte per remunerare il proprio difensore per l'assistenza fornita nell'ambito di tale giudizio.

¹² Resta sempre ferma la possibilità che intervenga un accordo tra i condomini direttamente interessati che stabilisca un criterio di riparto differente. Trattandosi di accordo relativo a una ripartizione diversa rispetto a quella stabilita dalla legge ma limitatamente a una singola spesa, deve ritenersi che la delibera potrà essere impugnata solo dai condomini assenti e dissenzienti (e nel termine decadenziale di cui all'art. 1137 c.c.), essendo annullabile (in tal senso, Cass., Sez. Un., 14 aprile 2021 n. 9839, in *Quotidiano Giuridico*, 2021).

(il Condominio da un lato, ed il singolo condomino dall'altro), ragion per cui – indipendentemente dall'esito della causa – non potranno mai essere poste a carico del singolo condomino (o gruppo di condomini) in conflitto (neppure pro quota) le spese legali di pertinenza del Condominio¹³;

- non trova applicazione l'art. 1132 c.c., nel senso che il singolo condomino che si trova in contrasto con il Condominio non deve esercitare alcun dissenso dalle liti entro il termine di 30 giorni dalla deliberazione sulla lite¹⁴.

Pertanto, qualora l'assemblea dovesse imputare al singolo condomino in lite con il Condominio una parte ovvero tutte le spese legali condominiali, tale decisione sarà radicalmente nulla perché assunta in violazione delle norme disciplinanti le competenze dell'assemblea: *"In tema di condominio negli edifici, è nulla per impossibilità dell'oggetto la deliberazione dell'assemblea che, con riferimento ad un giudizio che veda contrapposti il condominio ed un singolo condomino, ponga a carico di quest'ultimo, pro quota, l'obbligo di contribuire alle spese sostenute dallo stesso condominio per il compenso del difensore o del consulente tecnico di parte nominati in tale processo; in tal caso,*

¹³ La giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, è pressoché pacifica nel ritenere che il condomino in conflitto con il Condominio non potrà mai essere considerato un partecipante *pro quota* alle spese legali sostenute dal condominio, poiché *"l'unità condominiale viene a scindersi di fronte al particolare oggetto della lite, per dare vita a due gruppi di partecipanti al Condominio in contrasto tra loro, con la conseguenza che il giudice, nel dirimere la controversia, provvede anche definitivamente sulle spese del giudizio, determinando, secondo i principi di diritto processuale, quale delle due parti in contrasto debba sopportare, nulla significando che nel giudizio il gruppo dei condomini, costituenti la maggioranza, sia stato rappresentato dall'amministratore. In altri termini, la ripartizione delle spese legali, affrontate per una causa che si è persa, o per la quale il giudice ha deciso di compensare le spese affrontate, ha criteri propri rispetto al motivo della causa stessa"* (cfr., in motivazione: Cass., 18 giugno 2014, n. 13885 in *CED Cassazione*, 2014; conf.: Cass., 23 gennaio 2018, n. 1629, in *CED Cassazione*, 2019; Trib. Avellino, Sez. I, 10 gennaio 2018, n. 44, in *Pluris - Massima Redazionale*, 2018; Cass., 25 marzo 1970, n. 801, in *Foro It.*, 1970, 474).

¹⁴ L'inoperatività dell'art. 1132 c.c. vale esclusivamente in relazione al condomino controparte del condominio e non per gli altri condomini facenti parte della compagine condominiale, i quali, come si chiarirà di seguito, potranno invece separare la propria responsabilità da quella del Condominio in caso di soccombenza.

infatti, non può farsi applicazione, neanche in via analogica, degli artt. 1132 e 1101 c.c., trattandosi di spese per prestazioni rese a tutela di un interesse comunque opposto alle specifiche ragioni personali del singolo condomino” (Cass., 23 gennaio 2018, n. 1629, in *CED Cassazione*, 2018; Cass. 18 giugno 2014, n. 13885, in *CED Cassazione*, 2014; Trib. Torino, 9 marzo 2021 n. 1199, in *www.condominioweb.it*; Trib. Nocera Inferiore, 20 gennaio 2021, in *Pluris - Massima redazionale*, 2021)^{15, 16}.

II.3 Il dissenso dei condomini rispetto alle liti

L'art. 1132 c.c. stabilisce che: “Qualora l'assemblea di condominio abbia deliberato di promuovere una lite o di resistere ad una domanda, il condomino dissenziente, con atto notificato all'amministratore, può separare la propria responsabilità in ordine alle conseguenze della lite per il caso di soccombenza. L'atto deve essere notificato entro trenta giorni da quello in cui il condomino ha avuto notizia della deliberazione. Il condomino dissenziente ha diritto di rivalsa per ciò che abbia dovuto pagare alla parte vittoriosa. Se l'esito della lite è stato favorevole al condominio, il condomino dissenziente che abbia tratto vantaggio è tenuto a concor-

rere nelle spese del giudizio che non sia stato possibile ripetere dalla parte soccombente”.

Mediante tale strumento i condomini dissenzienti - rispetto alla lite instaurata da un terzo o da un altro condomino (così come nel caso in cui l'assemblea deliberi di promuovere un giudizio) - possono separare la propria responsabilità rispetto a quella del Condominio¹⁷.

L'atto di estraneazione concerne - in virtù del combinato disposto degli artt. 1132 e 1136 c.c. - esclusivamente le delibere dell'assemblea con le quali si è deciso di procedere o resistere in giudizio, restando così escluse dal suo ambito di applicazione le liti stragiudiziali¹⁸ e le liti promosse dall'amministratore che rientrano nella gestione ordinaria e nell'oggetto del suo mandato (art. 1130 c.c.)^{19, 20}.

¹⁷ G. TERZAGO, *Il Condominio*, VII, Milano, 2010, 603; G. CHIESI, in *Commentario Sistematico del Condominio e delle Locazioni*, Piacenza, 2013, 642; G. BRANCA, *Commentario del Codice Civile*, 1982, 606.

¹⁸ Ad esempio, non rientra in tale ambito applicativo l'ipotesi relativa agli oneri di spesa per un parere stragiudiziale reso da un avvocato in favore del Condominio, posto che in tal caso non si tratta di spese scaturenti dallo svolgimento delle difese in giudizio (cfr. Trib. Firenze, Sez. II, 4 dicembre 2006, in *Arch. Locazioni*, 2007, 3, 309, che ha così precisato: “In tema di dissenso alle liti, l'art. 1132 c.c. - che è norma derogatoria al regime ordinario ricavabile dagli artt. 1137 e 1123 c.c., secondo cui le delibere assembleari sono vincolanti per tutti i condomini e le spese di interesse comune vanno ripartite tra tutti i partecipanti - subordina gli effetti dell'estraneazione del condomino dalla lite, al fatto che vi sia stata soccombenza e - quindi - che la lite abbia avuto esito giudiziale sfavorevole per il condominio (salvi i casi assimilabili di mancata pronuncia per fatto imputabile alla parte, rinuncia agli atti, rinuncia alla domanda, ecc. ... Fatto, questo, che non può verificarsi fino a quando la lite non sia stata introdotta avanti l'Autorità Giudiziaria”).

¹⁹ In tema, Cass., 20 marzo 2017, n. 7095, in *Imm. e propr.*, 2017, 5, 326, ha chiarito che “Non si versa nell'ipotesi dell'art. 1132, comma 1, c.c., il quale consente al singolo condomino dissenziente di separare la propria responsabilità da quella degli altri condomini in caso di lite giudiziaria, in modo da deviare da sé le conseguenze dannose di un'eventuale soccombenza, ove non sia stata l'assemblea a deliberare la lite attiva o passiva, potendo il condomino dissenziente ricorrere all'assemblea contro i provvedimenti dell'amministratore, in base all'art. 1133 c.c., ovvero al giudice contro il successivo deliberato dell'assemblea stessa, non avendo la facoltà di agire in proprio contro l'amministratore, perché ciò contrasta con la natura collettiva del mandato ex lege che compete all'amministratore”.

²⁰ Mette evidenziare che se è vero che il dissenso può essere esercitato soltanto per le liti su cui si è pronunciata l'assemblea, è altrettanto vero che il condomino dissenziente ha ugualmente modo di “separare la propria responsabilità” anche nei confronti

¹⁵ Tale principio dovrebbe rimanere fermo anche a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 14 aprile 2021 n. 9839, in *Quotidiano Giuridico*, 2021), già sopra richiamata nella nota n. 12, in quanto è riaffermata la nullità della delibera in caso di impossibilità dell'oggetto.

¹⁶ Mette evidenziate che la questione in esame (ripartizione delle spese di lite) non va confusa con l'ipotesi di ripartizione di danni subiti dal singolo condomino in conseguenza di infiltrazioni provenienti da un bene comune (ad esempio il lastrico di copertura del fabbricato): in tale evenienza, difatti, anche il condomino danneggiato dalle infiltrazioni dovute alla mancata manutenzione delle parti comuni deve contribuire, *pro quota*, al risarcimento del danno realizzato dal Condominio nei suoi confronti. Ciò perché egli è pur sempre comproprietario delle parti comuni dell'edificio da cui è originato il danno e, quindi, riveste sia la veste di danneggiante che di danneggiato: “Il condomino, che subisca nella propria unità immobiliare un danno derivante dall'omessa manutenzione delle parti comuni dell'edificio assume, quale danneggiato, la posizione di terzo avente diritto al risarcimento nei confronti del condominio, senza tuttavia essere esonerato dall'obbligo, che trova la sua fonte nella comproprietà o nella utilità di quelle e non nella specifica condotta illecita ad esso attribuibile, di contribuire a sua volta, in misura proporzionale al valore della rispettiva porzione, alle spese necessarie per la riparazione delle parti comuni dell'edificio e alla rifusione dei danni cagionati” (Cass., 24 giugno 2021, n. 18187, in *Pluris - Massima redazionale*, 2021).

Il dissenso andrà manifestato non soltanto in assemblea, ma anche mediante apposita e distinta dichiarazione²¹, che non necessita di forme solenni, da portare a conoscenza dell'amministratore non indispensabilmente nelle forme della notificazione degli atti giudiziari (*ex multis*, Cass., 15 giugno 1978, n. 2967, in *Foro It.*, 1979, 1, 589), ma necessariamente in un momento successivo alla deliberazione e in una sede diversa dall'adunanza condominiale (*ex multis*, Trib. Napoli, 8 gennaio 2003, in *Pluris - Massima redazionale*, 2003)²².

Si è, inoltre, precisato che l'art. 1132 c.c. esclude soltanto l'obbligo del condomino dissenziente dall'onere, in caso di esito della lite sfavorevole per il condominio, di partecipare alla rifusione delle spese del giudizio in favore della controparte²³, lasciando immutato l'onere di partecipare alle spese affrontate dal Condominio per la propria difesa (*cf.* App. Ro-

dell'amministratore il quale muova o sostenga una lite nell'ambito dei suoi poteri. Infatti, contro il provvedimento adottato dall'amministratore il condomino dissenziente può ricorrere all'assemblea in virtù di quanto previsto dall'art. 1133 c.c. Qualora l'assemblea, d'accordo con l'amministratore, insista per l'esperimento dell'azione o per la resistenza alla pretesa del terzo, nei riguardi di tale delibera il condomino eserciterà il dissenso ex art. 1132 c.c. (*cf.*, ancora, in argomento: G. BRANCA, *Commentario del Codice Civile*, 1982, 611).

²¹ L'atto di estraneazione ha natura di atto unilaterale recettizio.

²² Non può tacersi che in senso (parzialmente) difforme si è affermato: "In relazione alla dichiarazione di dissenso dei condomini rispetto alle liti, ex art. 1132 c.c., deve ritenersi che un equipollente, altrettanto valido, della notificazione e della lettera raccomandata, sia la dichiarazione di "dissociazione" resa dal condomino dissenziente immediatamente dopo l'adozione della deliberazione assembleare e fatta constare nel verbale dell'assemblea alla presenza dell'amministratore. Infatti, una dichiarazione di "estraneazione" espressa immediatamente dopo l'adozione della relativa deliberazione e prima che siano portati a termine i lavori assembleari adempie senza dubbio, pienamente, all'esigenza di rapida informazione dell'amministrazione circa la scelta di dissociazione del condomino, mettendo sin da subito i condomini e l'amministratore in grado di meglio ponderare la propria decisione ed eventualmente di rivederla in considerazione dei maggiori oneri economici da ciò derivanti a loro carico. In altre parole, il termine "notificazione", riportato nella citata norma, non deve essere inteso nella sua accezione tecnico-processuale, poiché non v'è ragione di imporre al condomino di differire la dichiarazione di dissociazione ad un momento successivo al termine dell'adunanza assembleare; l'art. 1132 c.c. non contempla, infatti, alcuno iato temporale, prescrivendo unicamente un termine finale: né lo stesso può ritenersi implicito nel riferimento al termine "atto notificato", da intendersi come "atto comunicato", in quanto tale atto ben può essere contenuto anche nel corpo del verbale assembleare" (Trib. Monza, 13 ottobre 2005, in *Pluris - Massima redazionale*, 2005).

ma, 26 aprile 2012, in *Pluris - Massima redazionale*, 2012; Trib. Bologna, Sez. III, 12 ottobre 2007, in *Pluris - Massima redazionale*, 2007; Trib. Firenze, 4 dicembre 2006, in *www.il caso.it*).

Quindi, nel caso in cui un condomino abbia validamente esercitato il proprio dissenso rispetto ad una lite condominiale:

- in caso di esito sfavorevole della lite, il condomino dissenziente sarà tenuto a partecipare (nei limiti della sua quota millesimale) alle sole spese affrontate dal Condominio per la propria difesa, cioè le spese legali maturate dal legale incaricato dal condominio;
- in caso di esito favorevole della lite, il condomino dissenziente sarà tenuto a concorrere nelle spese del giudizio che non sia stato possibile ripetere dalla parte soccombente.

III. La ripartizione delle spese relative ai procedimenti di volontaria giurisdizione

Come ben noto, anche nella materia condominiale ricorrono ipotesi in cui si fa ricorso alla tutela in sede di volontaria giurisdizione²⁴.

Senza che l'elencazione sia in alcun modo esaustiva e/o tassativa, rientrano:

- l'ipotesi di cui all'art. 1105, comma 4, c.c. che stabilisce: "Se non si prendono i provvedimenti necessari per l'amministrazione della cosa comune o non si forma una maggioranza ovvero se la deliberazione non viene eseguita, ciascun partecipante può ricorrere all'autorità giudiziaria. Questa provvede in camera di consiglio e può anche nominare un amministratore";

²³ È radicalmente nulla la delibera con cui sono poste a carico del condomino dissenziente le spese di lite a cui il Condominio è stato condannato (*ex multis*, Cass., 8 giugno 1996, n. 5334, in *Arch. Locazioni*, 1996, che ha così chiarito: "È affetta da nullità e non da mera annullabilità è quindi impugnabile in ogni tempo da chiunque vi abbia interesse la delibera dell'assemblea condominiale che ponga le spese di lite in proporzione della sua quota, a carico del condomino pur avendo questi ritualmente manifestato il proprio dissenso rispetto alla lite medesima deliberata dall'assemblea"). Tale principio andrà comunque verificato / coordinato alla luce di quanto recentemente stabilito dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 14 aprile 2021 n. 9839, in *Quotidiano Giuridico*, 2021) già richiamate nella nota n. 12.

²⁴ Con tale locuzione si suole far riferimento a quei procedimenti di natura non contenziosa, nei quali l'intervento dell'Autorità giudiziaria non è teso a risolvere un contrasto, ma a sostituirsi alle parti in causa nell'attuazione della legge

- l'ipotesi di cui all'art. 1129, comma 1, c.c. a mente del quale: “*se l'assemblea non vi provvede, la nomina di un amministratore è fatta dall'autorità giudiziaria*”;
- il procedimento di revoca giudiziale dell'amministratore di cui all'art. 1129 c.c.

La decisione in tali ipotesi viene demandata al collegio del Tribunale territorialmente competente²⁵, il quale vi provvede in camera di consiglio (art. 737 c.p.c.).

Nel caso in cui legittimato a contraddire sia il Condominio troveranno applicazione, in tema di ripartizione delle spese, i principi sopra richiamati.

Qualora legittimato a contraddire sia solo l'amministratore personalmente (si pensi al procedimento di revoca dello stesso amministratore), alcune spesa potrà essere posta a carico del Condominio²⁶.

Mette evidenziare che recentemente la Suprema Corte, soffermandosi sulla natura non contenziosa di tale tipologia di conflitti (il caso sottoposto al vaglio degli Ermellini afferiva ad un procedimento di nomina o revoca di un amministratore di condominio), ha affermato che “*nei procedimenti di volontaria giurisdizione in questione non trovano applicazione le regole di cui agli art. 91 e seguenti c.p.c., le quali postulano l'identificazione di una parte vittoriosa e di una parte soccombente in esito alla definizione di un conflitto di tipo effettivamente contenzioso. Di conseguenza, le evidenziate caratteristiche del procedimento ex art.*

*1129, comma 1, c.c. di nomina dell'amministratore di condominio) quand'anche sia stato inammissibilmente proposto reclamo avverso il relativo decreto, come accaduto nella fattispecie) comportano l'inapplicabilità delle disposizioni di cui agli articoli 91 e seguenti c.p.c., cosicché le spese del procedimento devono rimanere a carico del soggetto che le abbia anticipate proponendo il ricorso per la nomina dell'amministratore o resistendo a tale iniziativa giudiziaria” (Cass., 11 ottobre 2018, n. 25336, in *Pluris - Massima redazionale*, 2018)²⁷.*

IV. Il pagamento delle spese di lite in caso di mutamento della compagine condominiale

Tema di particolare interesse è quello che attiene alla individuazione del soggetto tenuto (pro quota) a contribuire al pagamento delle spese di lite in caso di mutamento della compagine condominiale (quando, cioè, viene trasferita la proprietà di una unità immobiliare sita all'interno di un condominio)²⁸.

La questione è tutt'altro che infrequente, soprattutto se la controversia sfocia in ambito giudiziale, posto che il protrarsi per lunghi anni del giudizio può comportare che i soggetti coinvolti – partecipanti al Condominio – siano diversi da coloro che erano tali al momento dell'insorgere della lite.

Al riguardo, deve ritenersi applicabile l'art. 63, comma 4, disp. att. c.c., che stabilisce: “*Chi subentra nei diritti di un condomino è obbligato solidalmente con questo al pagamento dei contributi relativi all'anno in corso e a quello precedente*”.

²⁵ A norma dell'art. 23 c.p.c. per le cause tra condomini ovvero tra condomini e condominio, competente territorialmente è il Giudice del luogo dove si trovano i beni comuni o la maggior parte di essi. Mette evidenziare che secondo un orientamento i provvedimenti in tema di revoca dell'amministratore di Condominio sono di competenza del Giudice del luogo in cui ha sede, domicilio o residenza l'amministratore stesso, e non quello del luogo in cui si trova il Condominio amministrato (a tale orientamento sembra aderire - sebbene implicitamente - Cass., 4 aprile 2017, n. 8656, in *CED Cassazione*, 2017).

²⁶ In senso sostanzialmente aderente a quanto sopra riportato Cass., 10 giugno 1997, n. 5163, in *Giur. It.*, 1998, 911, che ha così affermato: “*È nulla per impossibilità dell'oggetto, in quanto esorbitante dalle attribuzioni dell'assemblea condominiale, la deliberazione con cui questa abbia autorizzato l'amministratore a nominarsi un difensore per assisterlo in un processo penale, ancorchè per comportamenti attinenti all'amministrazione delle parti comuni dell'edificio, ed abbia posto a carico dei condomini (con esonero di un dissenziente) le relative spese*”. Tale principio dovrebbe rimanere fermo anche a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 14 aprile 2021 n. 9839, in *Quotidiano Giuridico*, 2021) richiamate nella nota n. 12 del presente scritto, in quanto si ribadisce la nullità della delibera in caso di impossibilità dell'oggetto.

²⁷ Non può però tacersi che nella realtà la questione è tutt'altro che pacifica. A tale proposito, si segnala l'orientamento (che, peraltro, pare maggioritario) di segno diametralmente opposto formatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità, per il quale “*l'art. 91 c.p.c. (secondo il quale il giudice con la sentenza che chiude il processo dispone la condanna alle spese giudiziali) intende riferirsi a qualsiasi provvedimento che, nel risolvere contrapposte pretese, definisce il procedimento, e ciò indipendentemente dalla natura e dal rito del procedimento medesimo; pertanto, la norma trova applicazione anche ai provvedimenti di natura camerale e non contenziosa (cfr. Cass. 26/6/2006 n. 14742; Cass. 18/7/2008 n. 19979). Infatti, l'art. 91 c.p.c. si riferisce ad ogni processo, senza distinzioni di natura e di rito ed il termine della sentenza è, all'evidenza, ivi usato nel senso di provvedimento che, nel risolvere contrapposte posizioni, chiude il procedimento stesso innanzi al Giudice che lo emette ...” (cfr., ex multis, Cass., 11 febbraio 2015, n. 2719, in *CED Cassazione*, 2015).*

²⁸ Per una disamina della dottrina e della giurisprudenza sul rapporto alienante/acquirente e sul momento di nascita dell'obbligazione condominiale si rimanda ancora a G. TERZAGO, *Il Condominio*, VII, Milano, 2010, 475.

Tale norma prevede quindi che l'acquirente e il venditore del cespite condominiale sono solidalmente tenuti al versamento degli oneri condominiali relativi all'anno in corso ed a quello precedente il trasferimento della proprietà dell'immobile²⁹.

Si è, in tema, precisato che, salvo che non sia diversamente convenuto tra le parti, gli oneri condominiali dovranno essere imputati a chi risulta essere proprietario dell'immobile compravenduto nel momento in cui è sorta l'obbligazione condominiale. Pertanto, l'acquirente dell'unità immobiliare risponderà (in via esclusiva) delle obbligazioni condominiali sorte in epoca successiva al momento in cui, acquistandola, è divenuto condomino, nonché, in virtù del principio dell'ambulatorietà passiva di tali obbligazioni, delle obbligazioni condominiali sorte in epoca anteriore all'acquisto (limitatamente all'anno in corso ed a quello precedente il trasferimento), in via solidale con il venditore nei cui confronti avrà diritto di rivalersi^{30 31}.

In particolare, si è altresì chiarito che, al fine di individuare il momento in cui può dirsi sorta l'obbligazione, occorre indagare sulla natura della spesa alla quale il singolo condomino è chiamato a contribuire, poiché può trattarsi:

- (a) di spesa necessaria alla manutenzione ordinaria, alla conservazione, al godimento delle parti comuni dell'edificio o alla prestazione di servizi nell'interesse comune;
- (b) di spesa attinente a lavori che comportino una innovazione o comunque un onere rilevante superiore a quello inerente la manutenzione ordinaria dell'edificio.

Nel primo caso, è stato precisato che la nascita dell'obbligazione coincide con il compimento effettivo dell'attività gestionale mirante alla manutenzione, conservazione, godimento delle parti comuni o alla prestazione di servizi nell'interesse comune, con la precisazione che l'obbligo insorge *ex lege*, non appena si compia l'intervento nel nome di un'esigenza collettiva apprezzata dall'organo amministrativo, nelle cui attribuzioni rientra erogare le spese occorrenti per la manutenzione ordinaria delle parti comuni dell'edificio e per l'esercizio dei servizi comuni³².

Quanto alle opere di manutenzione straordinaria di rilevante entità o per le innovazioni, le quali debbono essere preventivamente determinate dall'assemblea nella

²⁹ È pacifico che l'espressione "anno in corso", di cui al previgente art. 63, comma 2, disp. att. c.c. - ora, in seguito all'approvazione della L. n. 220 del 2012, art. 63, comma 4, disp. att. c.c. - va intesa, alla luce del principio della "dimensione annuale della gestione condominiale", con riferimento al periodo annuale costituito dall'esercizio della gestione condominiale, il quale può anche non coincidere con l'anno solare (*ex multis*, Cass., 22 marzo 2017, n. 7395, in *CED Cassazione*, 2017; Pret. Bolzano, 10 giugno 1999, in *Arch. Locazioni*, 2000, 112).

³⁰ Il principio dell'ambulatorietà passiva opera nel rapporto tra il condominio ed i soggetti che si succedono nella proprietà di una singola unità immobiliare, non anche nel rapporto tra questi ultimi. In questo secondo rapporto, salvo che non sia diversamente convenuto tra le parti, è invece operante il principio generale della personalità delle obbligazioni (Cass., 22 febbraio 2000, n. 1956, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass., 29 aprile 2010, n. 10405, consultabile su *pluris-cedam.utetgiuridica.it*).

³¹ Mette ribadire che l'acquirente dell'immobile (su cui incombe *ex art.* 63 disp. att. c.c. un'obbligazione solidale, non "propter rem", ma autonoma, in quanto costituita "ex novo" dalla legge esclusivamente in funzione di rafforzamento dell'aspettativa creditoria del condominio su cui incombe, poi, l'onere di provare l'inerenza della spesa all'anno in corso o a quello precedente al subentro dell'acquirente) è tenuto al pagamento solidalmente con il venditore solo per i contributi relativi all'anno in corso e a quello precedente al trasferimento, e una volta pagato avrà comunque il diritto di rivalersi nei confronti del venditore per ottenere il rimborso di quanto versato

al Condominio. L'acquirente non è invece in alcun modo tenuto al pagamento per oneri anteriori al detto periodo, per i quali resta responsabile esclusivamente il venditore.

³² In particolare, Cass., 3 dicembre 2010, n. 24654, in *Giur. It.*, 2011, 11, 2287, ha così chiarito: "Sebbene queste spese siano normalmente precedute dal preventivo annuale approvato dall'assemblea, la loro erogazione effettiva non è mera esecuzione della delibera assembleare: sia perché per le attività comprese nell'ordinaria gestione condominiale l'appostazione di una somma nel bilancio ha la mera finalità di convalidare la congruità delle spese che il condominio prevede di dover sostenere; sia perché come si ricava dall'art. 1135 c.c., l'amministratore – almeno in caso di urgenza (come ritiene Cass., Sez. 2^a, 18 maggio 1994, n. 4831) o anche al di là di questa ipotesi (secondo l'orientamento seguito da Cass., Sez. 2^a, 18 agosto 1986, n. 5068) – deve e può predisporre gli atti e le opere di manutenzione e di esercizio dei servizi comuni anche quando quel preventivo non vi sia e l'assemblea non si sia pronunciata. In questo senso si è orientata la giurisprudenza di questa Corte (Sez. 2^a, 21 maggio 1964, n. 1251) quando, da un lato, precisa che "l'obbligo del condomino di pagare al condominio i contributi per le spese di manutenzione delle parti comuni o per l'esercizio dei servizi comuni... deriva dalla gestione stessa dell'amministratore", e, dall'altro, esclude che possa riconoscersi, in tal caso, valore di titolo esecutivo alla delibera assembleare di approvazione, la quale "ha valore non costitutivo ma meramente dichiarativo" (Cass., 3 dicembre 2010, n. 24654, in *Giur. It.*, 2011, 11, 2287).

In senso analogo, si è affermato che l'obbligo sorge con l'esecuzione delle opere o dei servizi, così da connettere funzionalmente la fruizione del beneficio e l'onere del pagamento: la delibera condominiale avrebbe una natura/funzione meramente dichiarativa dell'obbligo di contribuzione alle spese, poiché l'obbligo del condomino sorge per effetto di un atto di ge-

loro quantità e qualità e nell'importo degli oneri che ne conseguono, la delibera assembleare che dispone l'esecuzione dei tali interventi assume valore costitutivo della relativa obbligazione in capo a ciascun condomino. In tal caso, quindi, l'obbligo di contribuire alle spese discende direttamente dalla delibera assembleare (e non dall'esercizio della funzione amministrativa rimessa all'amministratore nel quadro delle appostazioni di somme contenute nel bilancio preventivo)^{33 34}.

stione concretamente compiuto e non già dalla preventiva approvazione della spesa e ripartizione della stessa (Cass., 9 settembre 2008, n. 23345, in *Giur. It.*, 2009, 3, 584; Cass., 26 gennaio 2000, n. 857, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2000, I; Cass., 17 maggio 1997, n. 4393, in *Mass. Giur. It.*, 1997; Cass., 7 luglio 1988, n. 4467, in *Vita Notar.*, 1988, 704).

³³ Ciò si ricaverebbe da una pluralità di indici normativi:

- dall'art. 1104 c.c., dettato in materia di comunione ordinaria, il quale - imponendo a ciascun partecipante di "contribuire nelle spese necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune e nelle spese deliberate dalla maggioranza" - fa discendere, in taluni casi (allorché la spesa importi innovazioni o sia determinata da esigenze di miglior godimento), l'obbligo di contribuzione da una volontà collegiale;

- dall'art. 1121, comma 2, c.c., il quale consente innovazioni gravose o voluttuarie insuscettibili di utilizzazione separata quando se ne assumano la spesa i condomini che, costituendo maggioranza, hanno voluto o accettato l'innovazione, mentre ne sarà esente colui che non ne ha deliberato (e quindi voluto) la realizzazione;

- dall'art. 1123 c.c., che, nel disciplinare la misura del contributo dei condomini, prevede, accanto alle spese necessarie per la conservazione e per il godimento delle parti comuni dell'edificio e per la prestazione dei servizi nell'interesse comune, quelle per le innovazioni deliberate dalla maggioranza.

³⁴ In particolare, la Suprema Corte ha chiarito che: "La deliberazione dell'assemblea condominiale che approva le spese per lavori di straordinaria manutenzione obbliga al loro pagamento chi era proprietario al momento della stessa; pertanto, in caso di vendita di un'unità immobiliare in condominio, e in mancanza di accordo tra le parti, nei rapporti tra alienante e acquirente è tenuto a sopportarne i relativi costi che era proprietario al momento della delibera, a nulla rilevando che tali opere sono state, in tutto o in parte, eseguite successivamente" (Cass. 3 dicembre 2010, n. 24654, in *Giur. It.*, 2011, 11, 2287). In senso analogo, si è affermato che l'obbligo di pagamento per le spese di manutenzione straordinaria sorge con la delibera di approvazione della spesa da parte dell'assemblea, specificando che la successiva delibera di riparto di spese già determinate rende semplicemente liquida un'obbligazione preesistente. In tale prospettiva, la delibera di approvazione ha natura costitutiva (Cass. 21 luglio 2005, n. 15288, in *Arch. loc.*, 2005, 641; Cass. 2 febbraio 1998, n. 981, in *Foro It.*, 998, I; Cass. 26 ottobre 1996, n. 9366, in *Vita Notar.*, 1996, II).

³⁵ In senso aderente a quanto sopra riportato pare esprimersi anche la giurisprudenza la quale, in tema di spese legali autorizzate dall'assemblea condominiale prima della vendita, ha osservato che, in caso di compravendita di un'unità immobiliare sita in edificio

Applicando tali principi in tema di ripartizione delle spese di lite, ne consegue che occorrerà anzitutto indagare se la spesa sostenuta derivi dall'attività gestionale attribuita *ex lege* all'amministratore e conseguentemente rientri nell'oggetto del suo mandato (art. 1130 c.c.), posto che in tale ipotesi dovrà farsi riferimento - indipendentemente dalla successiva delibera di approvazione/ratifica della spesa dell'assemblea - alla data di conferimento dell'incarico al legale nominato (quale momento rilevante ai fini della individuazione del soggetto che rivestiva la qualità di condomino tenuto al relativo pagamento).

Viceversa, per le liti afferenti a questioni che esulano dalle normali attribuzioni dell'amministratore e, più in generale, per tutte le vertenze che sfocino in ambito giudiziale, si dovrà fare riferimento alla data della deliberazione con la quale il Condominio ha deciso di promuovere o resistere alla lite, così da addebitare la relativa quota condominiale a colui che rivestiva la qualità di condomino in quel preciso momento^{35 36}.

Nicola Crispino
Marco Sannino

soggetto al regime del condominio, è tenuto alla spesa colui che è condomino al momento in cui si rende necessario effettuare la spesa, evidenziando che: "E siccome nei rapporti interni è tenuto alla spesa il condomino al momento in cui si rende necessario effettuare la spesa, il cessionario che ha pagato il debito nei confronti del condominio ha il diritto ad esercitare il regresso per l'intero nei confronti del cedente, secondo le disposizioni in tema di solidarietà" (Cass., 29 aprile 2010, n. 10405, parte motiva, in www.sentenze.laleggepertutti.it).

³⁶ Ancora nel senso di cui al presente articolo, e comunque per la irrilevanza del momento in cui interviene la decisione giudiziale, si è affermato che, nell'ipotesi in cui il Condominio venga convenuto in giudizio per l'inosservanza dell'obbligo di conservazione delle cose comuni, occorrerà fare riferimento - ai fini della ripartizione degli oneri conseguenti a tale omissione - al momento in cui detto obbligo di conservazione era insorto a carico dei condomini: "In tema di spese condominiali, poiché l'obbligo di ciascun condomino di contribuire alle spese di conservazione delle parti comuni insorge nel momento in cui si rende necessario provvedere all'esecuzione dei lavori necessari, e non quando il debito viene determinato in concreto, in caso di sentenza di condanna pronunciata nei confronti del condominio per inosservanza dell'obbligo di conservazione delle cose comuni, il condomino creditore che intenda adire in executivis contro il singolo partecipante al condominio per il recupero del proprio credito accertato in sentenza, deve rivolgere la propria pretesa, sia per il credito principale, che per il credito relativo alle spese processuali, contro chi rivestiva la qualità di condomino al momento in cui l'obbligo di conservazione è insorto, e non contro colui che tale qualità riveste nel momento in cui il debito viene determinato" (Cass., 1 luglio 2004, n. 12013, in *Mass. Giur. It.*, 2004).

Editing



Via Pietro Ottoboni, 11 - 00159 Roma
info@abilgraph.com - www.abilgraph.com

NEL LABIRINTO DEL DIRITTO
RIVISTA TRIMESTRALE DI GIUSPRUDENZA

www.labirintodeldiritto.it



Editore: Giuristi Anonimi s.r.l.s. socio unico

Direzione – Redazione ed Amministrazione della rivista
“Nel Labirinto del Diritto” sono presso la sede legale della Giuristi Anonimi s.r.l.s.
socio unico in Formello (Rm) alla Via del Praticello n. 34.