



Hanno contribuito:

G. ARCANGELI	P. LAI
R. BOLOGNESI	L. NICÒTINA
F. CAMILLETTI	M. A. PILATO
G. GIAQUINTO	F. PIZZUTO
N. GIMELLI	G. RUSSO
G. INGRAO	M. SPERANZIN

Direttore Responsabile: **Riccardo Bolognesi**

Direttore Scientifico: **Giorgetta Basilico**



**OPEN
ACCESS**

ISSN: **2784-9422**

Gli Organigrammi della rivista possono essere consultati direttamente sul sito internet insieme al Codice Etico e alle modalità per sottoporre alla redazione un proprio contributo.

Copyright 2020

Giustizia - Rivista giuridica on line open access dell'Associazione APL

Periodicità: semestrale

e-ISSN 2784-9422

Registrazione del Tribunale di Roma al numero 75/2020 del Registro Stampa del 29 luglio 2020

Indirizzo Internet <https://rivistagiustizia.it>

Direttore responsabile: Riccardo Bolognesi

Direttore scientifico: Giorgetta Basilico

Direzione e Redazione

Via Cola di Rienzo, 28 - 00192 Roma

email: redazione@rivistagiustizia.it - Tel. 06 3260 9166

Editing e Diffusione:

EDIZIONI DISCENDO AGITUR®

Bibliografica Giuridica Ciampi

00195 ROMA - Viale Carso, 55 - Tel. 06 8673 1273

web: <https://ciampi.com>

INDICE

ARTICOLI E SAGGI

GIULIA ARCANGELI <i>Report sul Seminario “La cancellazione delle società secondo recenti pronunce giurisprudenziali”</i>	5
GIUSEPPE INGRAO <i>Cancellazione dal registro delle imprese ed estinzione delle società: alla ricerca di una soluzione per la riscossione dei tributi evasi</i>	18
LUDOVICO NICÒTINA <i>L'estinzione delle società di capitali pendente iudicio e i suoi effetti sul processo tributario</i>	48
MARCO SPERANZIN <i>Problemi attuali in tema di estinzione della società</i>	65
RICCARDO BOLOGNESI <i>La non contestazione del ricorrente nel processo del lavoro e le attività pratiche, necessarie e indifferibili, da svolgere entro la prima udienza ... o in apposite note.</i>	74
FRANCESCO CAMILLETTI <i>Profili della responsabilità civile del datore di lavoro</i>	89
NADIA GIMELLI <i>Un figlio è per sempre...o quasi: riflessioni sull' “imperfetto” riconoscimento dei figli nelle unioni omoaffettive</i>	101
PIERGIUSEPPE LAI <i>L'introduzione della causa alla luce dei principi e criteri direttivi della Legge Delega per l'efficienza del processo civile</i>	116
MARIA ALORIS PILATO <i>La mediazione civile e commerciale, il concetto di Giustizia e la vivacità del suo divenire</i>	136

NOTE A SENTENZA

Corte Cost. 20 gennaio 2022, n. 10 con nota di GIUDITTA RUSSO <i>Patrocinio a spese dello Stato e mediazione obbligatoria: aggravio o risparmio di spesa?</i>	178
Cass. civ., Sez. un., 8 luglio 2021, n. 19427 con nota di FRANCESCO PIZZUTO <i>La riscossione degli onorari professionali dell'avvocato</i>	207
Trib. Lucca 22 novembre 2021 con nota di GIULIANO GIAQUINTO <i>Quali conseguenze per l'inosservanza del termine per introdurre il giudizio di merito nelle cause di medmal?</i>	222

ARTICOLI E SAGGI

REPORT SUL SEMINARIO
“LA CANCELLAZIONE DELLE SOCIETÀ SECONDO RECENTI PRONUNCE
GIURISPRUDENZIALI”

FONDAZIONE SCUOLA FORENSE VITTORIO EMANUELE ORLANDO
PER I SEMINARI DELLA RIVISTA *GIUSTIZIA*

Mercoledì 2 marzo 2022

A cura della dott.ssa Giulia Arcangeli, tirocinante presso la Corte di cassazione.

La **Prof. Giorgetta Basilico** apre il seminario, ringraziando i relatori, Proff. Marco Speranzin, Giuseppe Ingraio e Ludovico Nicotina, la Coordinatrice Cons. Mariaenza La Torre, già Ordinaria di diritto privato nell’Università di Messina, e i partecipanti, passando la parola all’Avv. Riccardo Bolognesi, il quale si unisce ai ringraziamenti, anche a nome del Presidente del Consiglio dell’ordine degli Avvocati di Roma, Antonino Galletti.

La **Cons. Mariaenza La Torre** ringrazia l’Avv. Bolognesi, Direttore della Scuola Forense “Vittorio Emanuele Orlando” e direttore responsabile della Rivista “*Giustizia*”, attivo e presente nel Foro e nel dialogo fra magistratura, avvocatura e accademia, e la Prof.ssa, e Amica, Giorgetta Basilico, valente processualcivilista, Ordinaria nell’Università di Messina e direttrice scientifica della Rivista “*Giustizia*”, della quale ha l’onore di essere Presidente del comitato di direzione, nonché gli illustri relatori e i partecipanti al seminario.

Indicati per ultimi, ma primi nell’ordine delle priorità, perché, afferma la moderatrice, è a Voi che è rivolto questo incontro, e per voi è stato scelto questo tema, che crediamo rilevante per i vostri interessi.

Già il titolo, che abbina al tema del seminario (la cancellazione delle società) il riferimento alle “recenti pronunce giurisprudenziali”, indica la presenza di problematiche applicative.

Non si deve dimenticare che “il diritto è una scienza a fini pratici”; questa definizione, sempre attuale, vuole proprio indicare l’utilizzabilità dei risultati teoretici per raggiungere un risultato utile: serve per comprendere e applicare il diritto per

il suo scopo tipico, che è quello di dirimere i conflitti.

Secondo Salvatore Pugliatti, il fondatore della Scuola giuridica messinese (si vedano, fra i suoi scritti, *Diritto civile, Metodo, teoria e pratica; La giurisprudenza come scienza pratica*), l’avvio metodologico dell’indagine scientifica comincia dall’analisi del concreto funzionamento del fenomeno.

È peraltro quello che sostengono gli studiosi di analisi economica del diritto (Calabresi, Posner, per indicare solo qualche nome di rilievo), attenti ai risvolti e alle implicazioni economiche della regola giuridica. E non è un caso che è stato proprio un civilista, Pietro Trimarchi (*Rischio e responsabilità oggettiva*, 1961), a rimarcare l’interdipendenza delle due scienze, trattando gli oggettivi risvolti e le implicazioni economiche della “responsabilità civile”.

Si tratta dunque di un tema “caldo”, sul quale si è creato un contenzioso – dato che si parla di recenti sentenze - ed è vivo il dibattito che coinvolge diverse discipline, come dimostra la specifica competenza degli illustri relatori, che si occupano dei profili sostanziali (Speranzin), tributari (Ingrao) e processuali (Nicotina), del fenomeno.

Prima di dare la parola al primo relatore, una breve premessa terminologica: il termine “cancellazione”, da *cancellare*, indica il chiudere con una grata, eliminare, cassare (quello che facciamo quando annulliamo la sentenza impugnata!). Presuppone l’iscrizione (forma di pubblicità legale per le imprese) nel Registro delle imprese presso CCIAA (in base alla l. 580/1993), che per le società è forma di pubblicità costitutiva (dal fatto iscrizione deriva l’effetto (costitutivo) dell’acquisto della personalità giuridica, ex art. 2331 c.c. (“con l’iscrizione la società acquista la personalità giuridica”); come anche per l’ipoteca (libro VI, sez. V, dell’iscrizione di ipoteca art. 2808, 2827 c.c.: l’ipoteca si iscrive nell’ufficio dei registri immobiliari in cui si trova l’immobile) per la quale la pubblicità costituisce elemento essenziale per la perfezione della fattispecie (a differenza della pubblicità dichiarativa, trascrizione, che serve a rendere opponibile ai terzi l’atto trascritto).

Il seminario si propone di trattare delle modifiche e dell’attuale formulazione dell’art. 2495 c.c.; in particolare del dibattito sulla natura costitutiva o dichiarativa della cancellazione. Ma altresì di ripercorrere la sua evoluzione, attraverso l’intervento della Corte cost. n. 319 del 2000 (che ha rilevato una disparità di trattamento fra imprese individuali e collettive ai fini della dichiarazione di fallimento, restando incerto solo per le società il termine entro il quale poteva essere

dichiarato lo stato di insolvenza e ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 10 l. fall.), seguita dalla novella legislativa (d.lgs. n. 6 del 2003), e poi dal "d.l. Semplificazioni" (L. 120/2020, che ha previsto ulteriori ipotesi di cancellazione d'ufficio), fino alla vigente formulazione della norma: a proposito della quale consiglia vivamente i corsisti di non stancarsi di leggere e consultare il codice civile, che nella sua struttura sistematica e formulazione sintetica dei principi deve diventare un "amico" inseparabile di ogni giurista.

Si parlerà dunque dell'attuale formulazione dell'art. 2495 c.c. e del fenomeno successorio di "migrazione" delle obbligazioni sociali dal soggetto estinto ai soci, trattando della limitazione della responsabilità (dei soci, amministratori e liquidatori), oltre che del principio di favore per i crediti erariali (che ha prolungato per legge l'efficacia della cancellazione per cinque anni, agevolando l'Amministrazione nel recupero dei crediti fiscali).

Infine, riguardo ai problemi collegati alla cancellazione, si discuterà delle sopravvivenze e sopravvenienze, dei debiti e crediti sociali, della responsabilità patrimoniale dei liquidatori e dei soci e infine della legittimazione processuale.

È dunque il momento della prima relazione, "*Estinzione delle società e successione a titolo universale*", affidata al **Prof. Marco Speranzin**, Ordinario di diritto commerciale nell'Università di Padova, oltre che Avvocato cassazionista e autore di importanti pubblicazioni, alcune delle quali proprio in tema di vicende societarie.

Il Prof. Speranzin imposta la sua relazione, incentrata sulle società di capitali, su tre temi:

- 1- l'iscrizione della cancellazione dal registro delle imprese e il fenomeno dell'estinzione della società come successione a titolo universale;
- 2- la sorte dell'attivo che permane o sopravviene dopo la cancellazione della società al registro delle imprese e le problematiche collegate;
- 3- la responsabilità per i debiti collegati all'estinzione.

Partendo dall'inquadramento dell'estinzione come ipotesi di successione a titolo universale, vengono individuati gli interessi tutelati dalla disciplina dell'estinzione, per poter meglio ripercorrere i mutamenti giurisprudenziali alla luce delle modifiche legislative.

Il relatore ricorda che prima della "Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366", la giurisprudenza era favorevole alla tutela dei creditori, nel senso che sosteneva

da un lato, che la società non risultasse estinta finché esistevano debiti non soddisfatti, e dall’altro lato, che la società fosse ancora fallibile proprio perché esistevano debiti. Questa scelta del legislatore del 2003, che faceva fronte alle critiche della dottrina, è stata avallata successivamente dalla giurisprudenza di legittimità (con le sentenze a Sez. un. n. 6070-6071-6072 del marzo 2013), che hanno confermato che la cancellazione comporta l’estinzione immediata della società. Tale situazione si modifica nel 2014, quando legislatore, a fronte di una serie di problemi legati all’estinzione, in riferimento ai debiti della società, interviene con l’art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 175/2014, che prevede regole specifiche per il recupero dei debiti tributari.

Successivamente la giurisprudenza ha fatto un ulteriore passo, con la sentenza delle Sez. Un. n. 21025/2019. Questo intervento rende più coerente considerare la fase di liquidazione e l’estinzione come fenomeno a titolo universale, che consegue al fenomeno divisorio. Tale ultima interpretazione, rafforza il principio che la Cassazione a Sezioni Unite nel 2013 aveva già espresso, cioè che la cancellazione ha una definitiva portata di estinzione della società, per cui non è consentita la “cancellazione della cancellazione” della società dal registro delle imprese. Una volta che la società è estinta, le uniche ipotesi in cui la cancellazione della cancellazione è possibile, è solo quando la cancellazione non corrisponde alla realtà, cioè quando si è di fronte ad una cancellazione fittizia (v. sul punto Cass. n. 22290 del 2020, che ha riconosciuto la possibilità di far venire meno la cancellazione in questa ipotesi); ma al di là di questi casi eccezionali, la società deve ritenersi estinta con la cancellazione con conseguente verificarsi di un fenomeno di successione a titolo universale.

Dopo la ricostruzione della fattispecie nella sua evoluzione normativa e giurisprudenziale, che serve a dare risposte ai problemi di carattere operativo, il Prof. Speranzin passa al secondo punto della relazione, imperniato sulla sorte dell’attivo residuo alla cancellazione e sulla sorte dei debiti sociali.

Verificatasi l’estinzione, i soci subentrano nell’eventuale attivo non liquidato (per errore o per negligenza, oppure sopravvenuto,) in situazione di comproprietà negli attivi residui, con la conseguenza che ciascuno degli *ex* soci, come la giurisprudenza ritiene in maniera successoria, può agire per far valere il credito. A tal proposito Cass. n.19641 del 2020, con riferimento al tema molto discusso della richiesta dei rimborsi IVA, che permangono una volta cancellata la società dal registro delle imprese.

La giurisprudenza di legittimità, con le sentenze n. 9464/2020, n. 28439/2020 e n. 1724/2021, ha chiarito che la cancellazione non comporta la presunzione di rinuncia tacita, ma occorre valutare nel caso concreto se la si possa interpretare come univoca manifestazione di volontà. Il discorso pertanto va capovolto: la rinuncia non si presume in quanto la cancellazione non comporta una rinuncia. Ne consegue che la mancata postazione di un credito nel bilancio finale di liquidazione depositato nel registro delle imprese, che precede la cancellazione ai sensi dell'art. 2495 c.c., non può essere considerata rinuncia tacita (anche perché molto spesso alcune posizioni non possono essere prudenzialmente iscritte).

Nell'ultima parte della relazione, viene affrontata la tematica della sorte dei debiti sociali.

L'azione dei creditori sociali viene ricondotta ad una azione diretta nei confronti del socio, che nella distribuzione dell'attivo dovrebbe trovarsi in una pozione peggiore. Fermo restando, dunque, che il socio risponde solo se ha percepito qualcosa durante la liquidazione, ciò non toglie che il creditore possa avere la legittimazione a farne accertare la responsabilità e precostituirsi un titolo nell'ipotesi in cui emerga in un giudizio pendente un bene su cui soddisfarsi. L'ultimo punto della relazione riguarda la responsabilità dei liquidatori: tema molto rilevante dal punto di vista pratico, come dimostrato dal significativo contenzioso.

Si può dunque affermare che il liquidatore ha l'obbligo di verificare con diligenza la condizione patrimoniale, e valutare se ricorrono i presupposti per l'attivazione della procedura concorsuale. La natura di tale azione dei creditori sociali è discussa: la tesi prevalente in giurisprudenza è che si tratti di responsabilità da lesione del credito, di natura extracontrattuale con le conseguenze in tema di onere della prova. Un'altra tesi, minoritaria, ritiene trattarsi di responsabilità da debito, sulla base dell'art. 2495, terzo comma, c.c.

Il Prof. Speranzin così sintetizza le conclusioni della sua relazione:

- 1) La Cassazione ha aderito alla configurazione della cancellazione del registro delle imprese della società come un fenomeno estintivo, che determina una successione a titolo universale, seppure *sui generis*; il fenomeno della cancellazione della cancellazione è inammissibile, salvo casi eccezionali.
- 2) A seguito della cancellazione si verifica una situazione di comproprietà dell'attivo residuo da part dei successori; non è superata la tesi della cancellazione come rinuncia tacita o univoca, salvo i casi previsti.
- 3) Infine, circa la responsabilità di cui all'art. 2495, terzo comma, c.c., fa salva

la responsabilità nei confronti dei soci nei limiti di quanto hanno percepito dalla liquidazione, fermo restando che i creditori hanno comunque interesse ad agire e a costituirsi, anche confronti dei liquidatori, qualora vi sia colpa (la giurisprudenza sta costruendo una serie di ipotesi).

La Cons. Mariaenza La Torre ringrazia il Prof. Speranzin per l’ottima e chiara relazione. Ricorda che anche per le società di persone la giurisprudenza di legittimità ha esteso la portata dell’art. 2495 c.c. (sez. un. n. 4060,4061,4062 del 2010) e che di recente, come peraltro detto anche dal relatore, è stato confermato che in tema contenzioso tributario il creditore ha interesse a procurarsi un titolo nei confronti degli *ex* soci, potendovi essere la possibilità di sopravvenienze o beni o diritti non contemplati in bilancio (sez. un. n. 619/2021, seguita da Cass. n. 2/2022). Le questioni riportano alla centralità delle società per gli importanti interessi economici coinvolti sui quali un ruolo non secondario svolge la fiscalità. Se ne è parlato in ambito politico economico a proposito della incidenza sull’attrattività del Paese sulla quale incide il peso fiscale (e Italia risulta fra ultimi Paesi OCSE in grado di attrarre investimenti, anche per la poca certezza del diritto in ordine alla prevedibilità delle soluzioni giurisprudenziali), sebbene si registrino anche dati in controtendenza.

Le *performance* economiche di uno stato dipendono infatti in larga parte e in maniera diretta dalla struttura del sistema fiscale.

Sul tema quindi potrà far luce, quanto al tema oggetto del Seminario, il Prof. Giuseppe Ingrao, ordinario di diritto tributario nell’Università di Messina, che svolge anche lezioni nell’ambito di Master nell’Università Bocconi e nell’Università La Sapienza di Roma. È altresì autore prolifico di importanti pubblicazioni scientifiche, e revisore di riviste del settore (“*Rassegna tributaria*”, “*Rivista di diritto tributario*” e “*Trust & attività fiduciarie*”).

Il **Prof. Ingrao** ringrazia gli organizzatori del Seminario, in particolare la Prof. Basilico, e ricorda che il tema assegnatogli attiene all’“Estinzione della società e riscossione delle imposte evase”.

In premessa osserva che, a seguito dell’estinzione della società determinata dalla cancellazione dal registro delle imprese, può manifestarsi il problema della riscossione di imposte non versate relative - prevalentemente - a periodi di imposta pregressi rispetto alla fase liquidazione.

I crediti tributari del Fisco sorgono, quindi, sia a seguito di un’attività di controllo e rettifica della dichiarazione, che sfocia nella notifica di un avviso di accertamen-

to (evasione da occultamento), sia in relazione a ipotesi - molto diffuse - di presentazione della dichiarazione tributaria senza pagamento dell'imposta (evasione da riscossione).

Ciò posto, si nota che ai fini della possibilità per il Fisco di riscuotere le imposte evase dalle società estinte, non rileva l'art. 2495 c.c., del quale finora si è discusso, ma l'art. 36 del d.P.R. n. 602/1973, che disciplina appunto la specifica responsabilità dei soci per i debiti tributari insoddisfatti. Questa norma, è stata introdotta per tutelare in modo più rafforzato l'interesse del creditore pubblico; essa costituisce, infatti, una fattispecie più ampia rispetto a quella della normativa civilistica, perché prevede la responsabilità dei soci non soltanto per le somme di denaro percepite durante la liquidazione come risultanti dal bilancio finale, ma anche per il denaro e i beni percepiti nel biennio precedente alla liquidazione. Grazie all'art. 36 cit., vi è quindi una maggiore *chance* per il Fisco di incassare, con una azione rivolta ai soci, i tributi non versati dalla società estinta.

Il relatore premette che questo tipo di responsabilità dei soci non è tipicamente tributaria, in quanto manca il collegamento tra il fatto principale, realizzato dalla società, e la responsabilità attribuita del socio: non si è in presenza cioè di una coobbligazione dipendente, in quanto il socio non realizza una fattispecie secondaria. Tuttavia la responsabilità del socio, pur non avendo natura tributaria, ed essendo riconducibile a un fatto proprio, viene fatta valere dal Fisco con un procedimento tributario, disciplinato dalla normativa fiscale. Pertanto, pur non essendovi una coobbligazione dipendente tributaria, esiste tuttavia un collegamento tra l'obbligazione d'imposta che sorge in capo alla società e la responsabilità dei soci: sicché quest'ultima esiste in quanto è validamente costituito il debito di imposta nei confronti della società.

Premesso il quadro normativo vigente fino al 2003, per le ipotesi di evasione accertate prima della cancellazione della società dal registro delle imprese, il relatore affronta il problema della notifica degli atti di accertamento con cui si contesta l'evasione alla società cancellata, ormai giuridicamente inesistente.

Nel 2014, come si è detto, il legislatore tributario è intervenuto introducendo l'art. 28 del d.lgs n. 275/2014, con cui si è affermata una sorta di "sopravvivenza fiscale" delle società estinte per il quinquennio successivo alla richiesta di cancellazione delle società dal registro delle imprese. Si voleva così superare il rischio di vanificare la riscossione dei tributi risultanti dagli atti impositivi notificati alle società non più esistenti, i quali potevano essere dichiarati nulli dalle Commissio-

ni tributarie.

Per contestualizzare l'intervento del legislatore nel 2014, secondo il prof. Ingrao, bisogna avere a mente due ipotesi: l'estinzione fisiologica e quella patologica delle società.

Nel primo caso, non emergono problemi di riscossione delle imposte evase, perché queste società quando vengono poste in liquidazione hanno un patrimonio sufficiente per pagare i debiti d'impresa, anche quelli fiscali; è difficile che alla dichiarazione non segua il versamento delle imposte. In caso di notifica di avvisi di accertamento in epoca successiva alla cancellazione potrebbero invece, emergere problemi di riscossione delle maggiori imposte pretese.

Con riguardo alle ipotesi di estinzione “patologica” della società (si pensi ad es. alle cd. società “apri e chiudi”), emergono, invece, problemi di evasione. La cancellazione dal registro delle imprese è finalizzata allo scopo di non versare sia le imposte risultanti dalle dichiarazioni di periodo, sia le maggiori imposte emergenti da successivi controlli fiscali conclusi appunto con la notifica di avvisi di accertamento.

Orbene, con riferimento al caso dell'estinzione fisiologica della società, l'introduzione dell'art. 28, d.lgs. n. 275/2014, funge da stimolo al versamento delle imposte accertate in epoca successiva alla cancellazione, proprio perché si dispone chiaramente la validità dell'atto di accertamento. I soci, che di norma hanno ricevuto beni in sede di chiusura della liquidazione, riconoscendo la legittimità dell'azione fiscale ai sensi della predetta norma, sono indotti al versamento spontaneo - sia pur tardivo - dei maggiori tributi pretesi dall'Ufficio fiscale con l'accertamento societario, prestando acquiescenza all'atto impositivo anche al fine di beneficiare della riduzione delle sanzioni irrogate; non emerge così la necessità per il Fisco di far valere la responsabilità dei soci *ex art. 36* del d.P.R. n. 602/1973 con la notifica di un ulteriore atto impositivo.

Quanto al caso dell'estinzione patologica, invece, l'art. 28 del d.lgs. n. 274/2014 non risolve nulla, perché, posto che di norma la liquidazione si conclude senza l'assegnazione di beni, i soci non hanno alcun interesse al pagamento tardivo di tributi evasi; sono ben consapevoli di non incappare nella responsabilità ai sensi dell'art. 36.

Ciò posto, e prescindendo dall'effetto utile dell'art. 28 citato, la cui legittimità costituzionale è stata confermata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 142/2020, il Prof. Ingrao ripercorre la “storia” della sua introduzione. Tale ne-

cessità di tutela dell'interesse pubblico alla riscossione ha indotto il legislatore a fissare una disciplina derogatoria tributaria: pur in presenza dell'estinzione giuridica della società per cancellazione dal registro delle imprese, si prevede la sua sopravvivenza solo per il fisco sia pure ai soli fini procedurali e processuali e non certamente sostanziali. Per giustificare tale deroga - che intacca il principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico - nella relazione di accompagnamento si evidenzia che essa sia nata, oltre che per la tutela dell'interesse fiscale, anche per evitare di concentrare i controlli nel periodo temporale di liquidazione.

Ciò detto sul piano dell'accertamento societario, la normativa del 2014 non è intervenuta per risolvere le criticità dell'attuazione della responsabilità dei soci *ex art. 36 d.P.R. 602/1973*, finendo per offrire una tutela del tutto modesta dell'interesse pubblico alla riscossione dei tributi.

Il primo problema è rappresentato dal fatto che, per agire nei confronti dei soci, non è chiaro se l'atto di accertamento societario debba essere definitivo o meno. La soluzione più equilibrata è quindi di consentire di agire per far valere la responsabilità dei soci anche in presenza di accertamenti non definitivi.

Un secondo problema è se la responsabilità dei soci sia *pro quota* o riguardi l'intero importo del debito tributario nei limiti della capienza nel valore dei beni assegnati. L'art. 36 sul punto non prevede nulla, ma si ritiene che possa applicarsi la regola delle coobbligazioni tributarie, che consente cui al fisco di rivolgersi a uno qualsiasi dei soggetti per l'intero e il pagamento di un soggetto libera anche gli altri. Se il fisco dovesse attivare la responsabilità *pro quota* di tutti i soci risulterebbe frustrato il principio di economia procedimentale.

In conclusione, sulla base di quanto esposto, si può concludere osservando che, nonostante l'intervento normativo del 2014, il problema della riscossione coattiva delle imposte evase dalle società estinte non risulta affatto risolto, e resta di fatto affidato all'adempimento spontaneo a seguito della notifica dell'accertamento alla società estinta.

La Cons. Mariaenza La Torre ringrazia il Prof. Ingraio per la brillante esposizione, che senza derogare alla disamina scientifica non ha trascurato i profili pratici ed applicativi, in una visione concreta che è centrale soprattutto per il diritto tributario.

Prima di passare all'ultima relazione introduce brevemente il tema dell'intervento, chiarendo che il processo civile è il risultato di scelte ideologiche (ovvero gli scopi che il processo si prefigge) e regole tecniche (attraverso le quali viene in

essere lo strumento processuale), aspetti necessariamente complementari e dei quali sono possibili svariate combinazioni, soprattutto in funzione della opzione ideologica sottesa alla nozione di processo. E dunque un inquadramento corretto del processo civile non può prescindere dall’analisi delle sue finalità, della distribuzione dei ruoli tra le parti ed il giudice, dei poteri di impulso del medesimo giudice, della disciplina delle prove. Il tutto in tempi ragionevoli di una decisione, secondo il dettato costituzionale (art. 111 Cost., nella formulazione successiva alla legge di revisione costituzionale n. 2 del 1999) della ragionevole durata, perché la ritardata giustizia può a volte costituire negata giustizia. Il tutto si aggrava con riferimento al giudizio tributario, che ha una disciplina particolare (d.lgs. n. 546/1992), che richiama, per quanto non espressamente previsto, il codice di rito. L’estinzione della società nel processo tributario, poi, pone in particolare il problema della trasposizione in materia tributaria dei principi generali in materia di legittimazione alla prosecuzione del giudizio (oltre che altre problematiche, come ad es. quella della trasmissibilità delle sanzioni): e la giurisprudenza se ne è largamente occupata (Cass. n. 9094/2017; Sez. un. n. 6070/2013; n.15295/2014).

Presenta quindi il **Prof. Nicotina**, associato di Diritto tributario nell’Università di Messina, docente titolare della cattedra di Diritto processuale tributario, autore di numerose pubblicazioni fra le quali ricorda la recente monografia, *La difesa tecnica nel processo tributario*, per la Collana diretta da C. Glendi, Milano, 2020. Il prof. Nicotina ringrazia la prof.ssa La Torre e la Prof.ssa Basilico, nonché tutti i partecipanti. Il suo intervento verterà sulle problematiche che riguardano la cancellazione della società, soprattutto quella di capitali dal registro delle imprese, in ordine ai problemi di ordine processuale.

Dalla cancellazione, che produce l’effetto estintivo della società ai sensi dell’art. 2495 c.c., sorgono problemi di ordine processuale, in particolare di processuale tributario, che il relatore sintetizza nei seguenti punti: la legittimazione alla impugnazione dell’atto notificato, e la individuazione del soggetto al quale l’atto debba essere notificato, allorché l’evento estintivo si sia verificato o si verifichi nelle more del giudizio stesso; la tematica della prosecuzione del processo avviato, allorché l’estinzione avvenga nelle more del giudizio stesso. La disamina che il prof. Nicotina analizza, prende spunto dal diritto vivente. In particolare, dalle sentenze (e ordinanze) della Corte di Cassazione, n. 15393/2021, la n. 21970/2021 e la n. 1689/2022.

Secondo la giurisprudenza di legittimità in tema di società cancellata, questa non

può esercitare il diritto di impugnazione degli atti tributari, perché legittimati sono solo i soci quali successori, a seguito del richiamato fenomeno successorio, ancorché *sui generis*. A tal proposito, la giurisprudenza (Cass. n.15393 del 2021, come anche Cass. n. 5736 del 2016), ha rilevato il difetto di legittimazione dell'*ex liquidatore* a rappresentare la società estinta, con conseguente vizio insanabile, ordinario nel processo, che condurrebbe ad una pronuncia declaratoria del merito, trattandosi di improponibilità rilevabile anche d'ufficio.

Quanto alla possibilità di impugnazione da parte degli *ex soci* la prosecuzione del giudizio determina una situazione litisconsorzio necessario fra tutti i soci (Cass. n.1689 del 2022); l'amministrazione finanziaria può pertanto notificare anche ad un solo socio, ma questi, se vuole contestare la pretesa, deve coinvolgere anche tutti gli altri soci. Questo meccanismo crea un ostacolo di non poco conto, considerati i ristretti termini per impugnare gli atti tributari. Quanto al termine di decadenza, l'art. 28 del d.lgs. n. 275/2014, prevede che la notifica degli atti tributari avvenga entro i cinque anni dalla cancellazione. Potrebbe accadere che la notifica dell'atto impositivo sia effettuata all'ente già cancellato, *ex art. 28 del d.lgs n. 275/2014*, oppure che sia notificata fisiologicamente all'ente ancora esistente.

In ipotesi in cui la società sia destinataria della notificazione, ci si chiede se essa possa legittimamente impugnare l'atto tributario: e qui, ammette il Prof. Nicotina, è difficile trovare una risposta appagante.

L'esistenza di una norma (l'art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 275/2014), che consente al Fisco di notificare un atto valido ed efficace ad una società, pur estinta, dovrebbe comportare la naturale conseguenza che la società possa reagire rispetto a questo atto, in attuazione del diritto di difesa. Si consideri inoltre nell'ambito del procedimento di accertamento è ben possibile che venga inviato un questionario alla società estinta, la cui notifica la società sarebbe legittimata a ricevere, ma senza poi poter partecipare al contraddittorio che quel questionario era volto ad attivare. La questione risulta complessa, quando l'impugnazione tende a contestare la pretesa dell'ente creditore ed evitarne la definitività per mancata impugnazione. Va sul punto richiamata la giurisprudenza sui diversi effetti in relazione a processi pendenti, impugnazioni o instaurazione del giudizio.

Viene richiamata sotto tale profilo Cass. n. 20447 del 2014, in applicazione dei cui principi, ove si ritenesse che la società possa stare, nonostante l'estinzione, in giudizio, ci sarebbe di conseguenza la necessità di ritenere *in prorogatio* i suoi organi, e dunque a questi organi potrebbero essere consentito svolgere una serie di

atti, come la scelta del difensore, oltre che ulteriori scelte difensive.

Il relatore si chiede poi se, data la validità della notifica alla società estinta i soci debbano proporre impugnazione: anche tale assunto comporta qualche problema di tipo tecnico-giuridico collegato all’interesse ad agire, di difficile individuazione in questa ipotesi. Dal punto di vista formale l’atto, infatti, è destinato alla società e non ai soci, anche se, in realtà, l’atto impositivo è solo un presupposto delle successive responsabilità di agire nei confronti dei soci. Questa azione, pertanto, corre rischio di diventare un’azione di accertamento preventivo, che nel processo tributario non è consentita. La questione risulta altresì complessa sotto un altro profilo: se si ritenesse che la società non possa impugnare un atto, la sua notifica, che è invece consentita, finirebbe per tradursi in una trappola per il contribuente. L’impugnazione, infatti, verrebbe considerata inammissibile e allora si perderebbe anche la possibilità di contestare l’atto (legittimamente notificato), e non ci sarebbe più la possibilità nelle successive azioni di difendersi.

Infine, per quanto riguarda cancellazione pendente *iudicio*: la Cassazione, con la sentenza n. 15393 del 2021, ma anche con l’ordinanza n. 1775 del 2017, ha statuito che in tema di contenzioso tributario, qualora intervenga l’estinzione della società di capitali nelle more del giudizio, si verifica un evento interruttivo, disciplinato ai sensi degli artt. 299 c.p.c. e seguenti e, nel processo tributario disciplinato dall’art.40 del d.lgs. 546/1992, fermo restando l’art. 2495 c.c., il quale esclude che società possa mantenere la sua legittimazione processuale.

Le tesi sembrano ormai consolidate in tema di estinzione: tuttavia vi sono state altre soluzioni, come la dichiarazione di cessazione materia del contendere, ancora sostenuta in questa ipotesi da parte della dottrina.

Per quanto attiene ai problemi connessi alla situazione dei soci, quali successori della società estinta, secondo la giurisprudenza si tratta di successione a titolo universale, ai sensi dell’art. 110 c.p.c.: tale tesi, tuttavia, sembra sottovalutare la differenza tra il debito della società e il debito dei soci, che è limitato e che è oggetto di azione autonoma.

C’è da ultimo da considerare il problema del litisconsorzio atipico, anch’esso non risolutivo nella prospettiva indicata. Ciò in quanto anche se tutti i soci venissero evocati in giudizio, non sarebbe ugualmente possibile attrarre le questioni relative alla limitazione delle singole responsabilità dei singoli soci. In sostanza: o il giudice dovrà giudicare *ultra petitem*, oppure si dovrebbe richiedere un ampliamento del *thema decidendum*: soluzioni entrambe non percorribili, nemmeno all’Ammi-

nistrazione Finanziaria.

Per concludere, se da un lato vi è una successione dei soci nella società estinta, che consente agli stessi di agire in giudizio, allo stesso tempo si dovrebbe poter proseguire la lite nei confronti della società: la scelta di considerare i soci successori a titolo universale della società estinta impone di sgombrare il campo dagli equivoci.

Interviene in chiusura la Cons. Mariaenza La Torre, grata al Prof. Nicotina per avere, anche nel limitato tempo a disposizione, individuato con linearità le complesse problematiche processuali collegate alla cancellazione delle società. Si compiace per l'alto livello scientifico delle relazioni e la vivace partecipazione del pubblico, che ha proposto molte questioni alle quali i professori hanno dato chiarimenti.

Conclude i lavori del Seminario la Prof. Basilico, che termina l'incontro, ringraziando tutti e ponendo una considerazione finale, da processualista, richiamando quanto detto dal Prof. Nicotina, con riferimento al tema della successione nel processo a seguito dell'estinzione delle società, che è un problema del processo civile in genere. Ritiene che l'art. 110 c.p.c. sia una norma oscura, che lascia aperti problemi applicativi di non facile riconduzione ad unità del sistema.

GIUSEPPE INGRAO

(Professore ordinario nell'Università di Messina)

**CANCELLAZIONE DAL REGISTRO DELLE IMPRESE ED ESTINZIONE DELLE SOCIETÀ:
ALLA RICERCA DI UNA SOLUZIONE PER LA RISCOSSIONE DEI TRIBUTI EVASI***

Sommario: 1. Premessa 2. I tributi evasi dalle società cancellate dal registro delle imprese tra le maggiori pretese dell'Ufficio impositore e l'omesso versamento del dichiarato 3. La centralità della responsabilità dei soci per la riscossione dei debiti societari insoddisfatti 4. Le criticità della notifica degli avvisi di accertamento alle società cancellate dal registro delle imprese alla luce della riforma dell'art. 2495 del c.c. 5. L'intervento del legislatore con l'art. 28, comma 4, d. lgs n. 175/2014: l'ambigua "sopravvivenza fiscale" delle società civilisticamente estinte 5.1. Dalle critiche della dottrina alla recente affermazione della legittimità costituzionale della norma 5.2. La concreta efficacia dell'art. 28 nella dinamica delle società "fisiologicamente" o "patologicamente" estinte 6. Le persistenti criticità del procedimento di riscossione in capo ai soci dei debiti tributari societari non soddisfatti dai liquidatori 6.1. Quale tipologia di atto occorre adottare per far valere la responsabilità dei soci e quale contenuto motivazionale esso deve presentare? 6.2. L'azione sui soci presuppone la definitività dell'avviso di accertamento societario? 6.3. Quali termini per la notifica dell'atto con cui si fa valere la responsabilità dei soci? 6.4. La responsabilità dei soci *intra vires* è per l'intero o *pro quota*? 6.5. La responsabilità dei soci si estende alle sanzioni amministrative irrogate alla società? 7. Conclusioni

1. PREMESSA

Desidero innanzitutto ringraziare la Scuola forense «Vittorio Emanuele Orlando» di Roma - e in particolare il suo Direttore, l'Avv. Riccardo Bolognesi, e la Prof.ssa Giorgetta Basilico, Direttore scientifico della Rivista telematica Giustizia, per avermi invitato a questo interessante convegno che affronta il problema, di indubbia attualità, dell'estinzione delle società di capitali in una triplice prospettiva: sostanziale, tributaria e processuale.

I profili sostanziali, il cui fondamento giuridico è rappresentato dall'art. 2495 c.c., sono stati puntualmente illustrati dal Prof. Speranzin. Su questi aspetti mi limi-

¹ * Il presente lavoro trae origine da una relazione tenuta in occasione del Seminario su "La cancellazione delle società secondo recenti pronunce giurisprudenziali", svoltosi il 2 marzo 2022.

Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

terò, quindi, a fare piccoli cenni, nella misura in cui risultino necessari per comprendere le problematiche tributarie, specificamente connesse all'esercizio del potere di accertamento e riscossione dei tributi nei confronti delle società poste in liquidazione ed estinte con la cancellazione dal registro delle imprese.

Devo avvertire preliminarmente che il tema è stato oggetto di numerosi contributi della dottrina tributaria, orientati a sistematizzare le soluzioni prospettate dal legislatore e dalla giurisprudenza. Tenterò, quindi, di riassumere le criticità già prospettate, cercando di offrire ulteriori spunti di riflessione⁽²⁾.

Per contenere il mio intervento nei tempi prefissati, dopo aver chiarito i profili connessi all'accertamento societario, mi occuperò esclusivamente della responsabilità dei soci per debiti non soddisfatti in sede di liquidazione. Tralascio quindi la posizione dei liquidatori, i quali vengono chiamati a rispondere in proprio dei debiti sociali in caso di loro colpa e per ciò che concerne più specificamente i debiti tributari qualora non adempiano all'obbligo di pagare con le attività della liquidazione le imposte dovute per il periodo della liquidazione; per quelli anteriori rispondono parimenti del pagamento delle imposte se non provano di aver soddisfatto i crediti tributari anteriormente all'assegnazione dei beni ai soci, ovvero di aver soddisfatto crediti di ordine superiore a quelli tributari.

² Cfr. F. TUNDO, *Società estinte: lo Corte costituzionale salva il "frutto avvelenato" del "Fisco amico"*, in *Rass. trib.*, 2021, 1042 ss.; A. GUIDARA, *La successione nelle situazioni soggettive tributarie*, Padova, 2018, 204; F. PEPE, *Le implicazioni fiscali della morte (e resurrezione?) delle società cancellate dal registro delle imprese*, in *Riv. dir. trib.*, 2016, I, 50; G. PORCARO, *La cancellazione della società dopo il c.d. decreto semplificazioni: profili tributari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1062; G. FRANSONI, *Estinzione postuma delle società ai fini fiscali ovvero della società un poco morta e di altre amenità*, in *Rass. trib.*, 2015, 47; A. CARINCI, *L'estinzione della società e la responsabilità tributaria di liquidatori, amministratori e soci*, in *Fisco*, 2015, 2843; A. GUIDARA, *Sull'asserita agonia delle società di capitali estinte: una (diversa) interpretazione dell'intervento legislativo di fine 2014*, in *Riv. dir. trib.*, 2015, I, 375; A. CARINCI, *La nozione di "imposte dovute" rilevante per la responsabilità del liquidatore della società*, in *Corriere trib.*, 2014, 786; T. TASSANI, *Estinzione delle società e residui attivi da liquidazione: profili fiscali*, in *Rass. trib.*, 2014, 1012.; T. TASSANI, *La responsabilità di soci, amministratori e liquidatori per i debiti fiscali della società*, in *Rass. trib.*, 2012, 371; V. FICARI, *Cancellazione dal registro delle imprese delle società di capitali, "abuso della cancellazione" e buona fede nei rapporti tra amministrazione finanziaria e contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, I, 1037; G. SELICATO, *I riflessi fiscali della cancellazione delle società dal registro delle imprese*, in *Rass. trib.*, 2010, 868; C. GLENDI, *Verso una nuova stagione di società "zombie"*, in *Riv. giur. trib.*, 2013, 557; G. RAGUCCI, *La responsabilità tributaria dei liquidatori di società di capitali*, Torino, 2013; D. STEVANATO, *Inizio e cessazione dell'impresa nel diritto tributario*, Padova, 1994, 201.

2. I TRIBUTI EVASI DALLE SOCIETÀ CANCELLATE DAL REGISTRO DELLE IMPRESE TRA LE MAGGIORI PRETESE DELL'UFFICIO IMPOSITORE E L'OMESSO VERSAMENTO DEL DICHIARATO

Prima di entrare *in medias res*, è doverosa una breve precisazione finalizzata a contestualizzare il tema oggetto di analisi. Nel titolo della mia relazione vi è un espresso riferimento ai «tributi evasi» dalle società estinte.

Tale espressione evoca, innanzitutto, la condotta di occultamento della materia imponibile realizzata dal soggetto passivo, o una irregolare qualificazione giuridica, a cui corrisponde un minor versamento di imposte rispetto a quelle effettivamente dovute; in questa misura, i tributi evasi dalle società estinte sono rappresentati dalle maggiori imposte pretese dal Fisco, unitamente alle sanzioni e agli interessi, con la notifica di un avviso di accertamento.

La nozione di tributi evasi, tuttavia, non può arrestarsi ai casi di condotte infedeli dei contribuenti relative alla quantificazione della base imponibile, in quanto essa include anche gli omessi versamenti di imposte correlate a fatti imponibili regolarmente dichiarati dal contribuente. Poco importa se il soggetto passivo non commetta irregolarità sulla determinazione degli imponibili dichiarati, ma “si limiti” ad omettere il pagamento dei debiti risultanti dalla dichiarazione: siamo, comunque, in presenza di una imposta che deve essere recuperata dal Fisco tramite una attività amministrativa. I tributi evasi dalle società estinte possono, quindi, ricondursi anche alle dichiarazioni tributarie relative alla fase della liquidazione o a periodi d'imposta pregressi per le quali non risulti il corrispondente assolvimento all'obbligo di pagamento.

Il differente apprezzamento delle predette condotte di evasione fiscale sussiste solo nella prospettiva sanzionatoria, la quale è più rigida nel caso del soggetto che occulti i fatti economici realizzati, e quindi commetta infedeltà sul piano della determinazione degli imponibili e delle imposte dovute, e più lieve nelle ipotesi in cui l'irregolarità tributaria attenga esclusivamente alla fase del versamento delle imposte riconducibili ad una dichiarazione “fedele”, regolarmente presentata.

Ed allora, i tributi evasi dalle società estinte, per i quali si pone il problema della riscossione, possono sorgere sia a seguito di un'attività di controllo e rettifica delle singole dichiarazioni di periodo, che sfocia nella notifica di un avviso di accertamento, sia in relazione a ipotesi - peraltro non poco diffuse - di presentazione

della dichiarazione tributaria senza pagamento dell'imposta. Il titolo giuridico che legittima la riscossione è rappresentato dall'avviso di accertamento/iscrizione a ruolo nel primo caso, ovvero dalla dichiarazione tributaria nel secondo caso.

3. LA CENTRALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ DEI SOCI PER LA RISCOSSIONE DEI DEBITI SOCIETARI INSODDISFATTI

Nell'approcciarsi al tema occorre considerare preliminarmente che è diffusa tra le imprese - soprattutto ove si riscontrino insufficienti margini di redditività economica e una penuria di risorse finanziarie – la tendenza a sottrarsi al pagamento dei debiti fiscali dichiarati, dando preferenza al soddisfacimento dei creditori comuni, i quali hanno a disposizione strumenti di coercizione indiretta, nonché garanzie reali e personali, che inducono appunto l'imprenditore ad onorare i debiti.

In mancanza di un pagamento spontaneo, sia pur tardivo, dei debiti fiscali, spesso correlato all'ottenimento di un piano di rateizzazione diluito nel tempo, sul Fisco ricade l'onere di attivare il procedimento amministrativo di riscossione che può culminare con la fase dell'esecuzione forzata.

Questa considerazione denota che il problema della riscossione dei tributi evasi, relativi alla fase della liquidazione e ai periodi di imposta pregressi, da attuarsi in epoca successiva alla cancellazione dal registro delle imprese, non è del tutto ipotetico.

Qualora il comportamento infedele del contribuente non riguardi soltanto il momento del versamento del tributo, ma involga i profili di determinazione della base imponibile, è ancor più evidente come il Fisco finisca "strutturalmente" per intervenire dopo qualche anno dalla cancellazione della società, nel rispetto dei termini di decadenza dell'attività di accertamento.

Muovendo da queste premesse, si intuisce da subito che siamo di fronte ad un tema avente non solo un impatto teorico, ma anche un ampio rilievo di ordine pratico.

Orbene, la riscossione dei crediti tributari del Fisco vantati nei confronti delle società di capitali estinte, essendo queste prive di un patrimonio da aggredire su cui soddisfarsi, non può che coinvolgere i soci, andando oltre l'autonomia patrimoniale della società e la loro responsabilità limitata alla quota di capitale sottoscritto. Tale possibilità presuppone, però, il bilanciamento delle esigenze contrapposte dei creditori, di veder comunque soddisfatto il loro diritto, e dei soci, di affida-

mento sul beneficio della responsabilità limitata.

L'art. 2495 c.c. prevede, nel secondo comma, che i creditori sociali insoddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione. La soluzione adottata dal legislatore consente - in presenza di una liquidazione conclusasi senza aver soddisfatto le pretese di tutti i creditori, e quindi di una cancellazione attuata nonostante mancassero i presupposti sostanziali - l'aggressione dei beni dei soci nei limiti del patrimonio sociale rifluito su di essi in occasione della liquidazione. Sulla scia di quanto previsto dalla normativa civilistica si è mosso anche il legislatore tributario, il quale, con l'art. 36, comma 3, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, ha disposto che i soci che abbiano ricevuto nel corso degli ultimi due periodi di imposta precedenti alla messa in liquidazione denaro o altri beni sociali in assegnazione dagli amministratori o abbiano avuto in assegnazione beni sociali dai liquidatori durante il tempo della liquidazione, sono responsabili del pagamento delle imposte dovute dalle società liquidate nei limiti del valore dei beni stessi, salvo le maggiori responsabilità stabilite dal codice civile.

Nonostante l'inciso «salve le maggiori responsabilità stabilite dal codice civile» a me sembra che l'art. 36 sia una disposizione introdotta per tutelare l'interesse del creditore pubblico in modo più rafforzato rispetto al creditore comune. Il rinvio al codice civile è, infatti, di tipo mobile e si giustifica nell'ottica di consentire al Fisco di beneficiare di eventuali future modifiche dell'art. 2495 c.c. in senso maggiormente garantista della posizione dei creditori sociali rispetto a quanto risulti dalla disposizione vigente all'epoca in cui è stato introdotto il d.P.R. n. 602/1973. Vero è che originariamente la responsabilità dei soci *ex art. 36* era limitata all'Ires, e quindi per gli altri tributi occorreva invocare l'art. 2495 c.c., ma oggi il relativo campo di applicazione è esteso a tutti i tributi e così, quanto meno nella prospettiva della responsabilità dei soci, la norma ha una fattispecie più ampia rispetto all'art. 2495 c.c.. Infatti, innanzitutto, essa involge non soltanto le somme di denaro percepite durante la liquidazione come risultanti dal bilancio finale, ma anche il denaro e i beni percepiti nel biennio precedente la liquidazione; secondariamente, la condizione per cui possa operare l'art. 2495 c.c. è l'avvenuta cancellazione ed estinzione della società, mentre per l'art. 36 è sufficiente che la procedura di liquidazione sia portata a conclusione senza il soddisfacimento dei debiti tributari. La maggiore tutela del credito tributario, ricavabile dall'art. 36, si apprezza non solo per la più ampia latitudine applicativa rispetto alla norma civilistica, ma an-

che per le peculiarità attuative, che si caratterizzano per il fatto che il Fisco può agire in via di autotutela esecutiva, con la notifica di un atto autoritativo ed imperativo, senza rivolgersi al giudice. Ove fosse mancata una disposizione come l'art. 36, la tutela del credito erariale sarebbe stata equiparata a quella prevista per il credito comune, senza peraltro possibilità per il Fisco di avvalersi degli strumenti amministrativi esistenti per l'attuazione degli obblighi fiscali.

Ed allora, non credo che possa revocarsi in dubbio il fatto che, in base all'art. 36, il Fisco dovrebbe avere in astratto maggiori probabilità, rispetto al creditore comune, di riscuotere, con una azione rivolta contro i soci, i crediti vantati verso la società in liquidazione o estinta.

La previsione di questa "responsabilità tributaria rafforzata", anche dal punto di vista dell'estensione temporale della percezione di beni e denaro, è ragionevole, in quanto si ricollega al fatto che gli eventuali debiti non soddisfatti dal liquidatore emergono prevalentemente da procedure di accertamento avviate dopo la cancellazione della società, ma riguardanti periodi d'imposta pregressi rispetto alla fase della liquidazione.

Come accennato, mentre l'azione del creditore comune per far valere i suoi interessi è caratterizzata da notevole rapidità, evitando così lo stratificarsi di posizioni creditorie, lo svolgimento delle procedure di accertamento e riscossione dei crediti tributari è connotato da lungaggini legalistico/burocratiche che giustificano la predetta estensione del periodo temporale di osservazione relativo alla percezione di beni sociali.

Occorre notare, a questo punto, che si è discusso se la responsabilità dei soci, ex art. 36, d.P.R. n. 602/1973, abbia natura tributaria o civilistica. In altri termini ci si è chiesti se la responsabilità dei soci riguardi il medesimo debito societario, conservando la natura di tributo in capo ai soci, oppure faccia sorgere una nuova obbligazione rapportata al tributo evaso dalla società, qualificabile come arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.) a danno dei creditori sociali³.

Orbene, a mio avviso, per affermare la natura tributaria della responsabilità di cui ci occupiamo, è sufficiente rimarcare la sussistenza di un nesso di dipendenza con

³ In giurisprudenza si sostiene che la responsabilità dei soci per i debiti tributari insoddisfatti della società estinta abbia natura civilistica, e sia riconducibile ad un fatto proprio o un arricchimento senza causa, commisurato al valore dei beni ricevuti durante la liquidazione e nel biennio precedente nonostante vi fossero pendenze già determinate o in corso di determinazione con il Fisco. Cfr. Cass. civ, Sez. V, 10 giugno 2015 n. 12007, in Banca dati *One Legale*.

il fatto principale realizzato dalla società e l'assenza di una condotta caratterizzata da colpa. Va, però, sottolineato che non siamo in presenza di un caso di tipico di responsabilità di imposta *ex art. 64 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600*, laddove il soggetto terzo è chiamato dalla legge a rispondere «insieme con altri» per fatti o situazioni esclusivamente riferibili a questi ultimi, con diritto di rivalsa⁽⁴⁾. Nel contesto di tale figura, ove in concreto individuata in specifiche disposizioni normative⁽⁵⁾, innanzitutto non si presuppone il mancato adempimento da parte dell'obbligato principale; secondariamente non si individuano specifici presupposti; da ultimo si assicura la possibilità di esercizio del diritto di rivalsa. La responsabilità dei soci in questione, invece, è subordinata al mancato adempimento degli obblighi tributari della società durante la fase della liquidazione; è condizionata alla percezione di somme da parte dei soci durante la liquidazione e nel biennio precedente; da ultimo, non contempla il diritto di rivalsa.

Anche il riferimento testuale alle maggiori responsabilità previste dal codice civile, conferma che l'art. 36 individua una responsabilità di natura tributaria.

Fatte queste precisazioni, per dare linearità all'esposizione del problema oggetto di esame, occorre soffermarsi innanzitutto sull'espletamento dell'azione impositiva del Fisco nei confronti della società estinta e in seguito sulle modalità attraverso le quali il Fisco possa far valere la responsabilità dei soci *ex art. 36*⁽⁶⁾, momento, quest'ultimo, in cui si presentano molte delle criticità esistenti in materia di riscossione nei confronti di coobbligati dipendenti.

4. LE CRITICITÀ DELLA NOTIFICA DEGLI AVVISI DI ACCERTAMENTO ALLE SOCIETÀ CANCELLATE DAL REGISTRO DELLE IMPRESE ALLA LUCE DELLA RIFORMA DELL'ART.

⁴ Una ipotesi di responsabilità secondo il paradigma dell'art. 64 d.P.R. n. 600/1973 è, invece, configurabile con riguardo alla responsabilità illimitata dei soci delle società di persone. La previsione di legge in forza della quale il socio della società di persone viene coinvolto è rappresentata dalle norme civilistiche. Si realizza, quindi, un legame di solidarietà dipendente tra obbligazione della società e obbligazione del socio, il quale ha diritto di rivalsa. Il Fisco può, così, procedere simultaneamente con la notifica dell'avviso di accertamento sia alla società che al socio, salvo però il riconoscimento del *beneficium excussionis*.

⁵ I.e. la responsabilità dei pubblici ufficiali che hanno redatto l'atto, i quali sono obbligati solidalmente al pagamento dell'imposta di registro, con diritto di rivalsa (art. 57 d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131).

⁶ Nella maggior parte delle ipotesi, l'azione impositiva sulla società non dà i frutti attesi, assunta l'inesistenza di un patrimonio cui attingere per il versamento spontaneo da parte della società o da poter aggredire in sede di esecuzione forzata.

2495 DEL C.C.

Posto che, come detto, il problema della riscossione dei debiti non soddisfatti delle società cancellate dal registro riguarda anche il mancato versamento di imposte risultanti dalle dichiarazioni di periodo predisposte prima della liquidazione, occorre innanzitutto precisare che, per questa ipotesi, non vi erano, né vi sono, problemi di notifica dell'avviso di accertamento al soggetto estinto. Il titolo per la riscossione dei "tributi evasi" è rappresentato dalla dichiarazione predisposta dalla società e l'azione esecutiva viene sviluppata nei confronti dei soci nei limiti di quanto prevede l'art. 36 d.P.R. n. 602/1973. Utilizzando le tradizionali elaborazioni degli studiosi del diritto commerciale, in questo caso ci troviamo di fronte a «residui passivi» ascrivibili alla categoria delle «sopravvivenze», in quanto il debito preesisteva alla cancellazione, e che dovrebbero risultare dal bilancio finale di liquidazione.

Con riguardo ad eventuali tributi evasi - correlati a violazioni della normativa sulla determinazione della fattispecie imponibile, contestate nel corso di verifiche fiscali o di altre procedure di controllo - la pretesa creditoria del Fisco si forma solitamente in epoca successiva alla cancellazione. Emergono, quindi, criticità sull'individuazione del soggetto cui innanzitutto intestare e notificare l'atto di rettifica della dichiarazione, cioè l'avviso di accertamento. Siamo qui in presenza di debiti insoddisfatti che gli studi del diritto commerciale ascrivono alla categoria delle «sopravvenienze», le quali non risultano dal bilancio finale di liquidazione. Prima della riforma dell'art. 2495 c.c., la giurisprudenza, nella prospettiva di tutelare quei creditori che agivano strutturalmente con ritardo (tra cui in particolare il Fisco e gli enti previdenziali), affermava che la cancellazione della società dal registro delle imprese rappresentava solo una presunzione di estinzione, superabile qualora non tutti i creditori sociali fossero stati integralmente soddisfatti⁷. Se, quindi, l'esistenza di debiti sociali ancora da onorare faceva rivivere la società, la cancellazione non poteva che avere una mera valenza dichiarativa.

In questo contesto, a prescindere dal momento di svolgimento della verifica fiscale (antecedente o successivo alla cancellazione), il Fisco continuava ad intestare gli avvisi di accertamento alla società cancellata ed a notificarli all'ultimo liqui-

⁷ Cfr. Cass. civ, Sez. V, 26 aprile 2001 n. 6078, in *Repertorio foro it.*, 2001, voce *Società*, n. 917; Cass. civ, Sez. II, 12 giugno 2000 n. 7972, in *Repertorio foro it.*, 2000, voce *Società*, n. 928.

datore. Né la dottrina, né la giurisprudenza⁽⁸⁾ dubitavano della legittimità di questa prassi posto che gli avvisi di accertamento erano rivolti ad un soggetto che, pur se cancellato dal Registro delle imprese, poteva ancora considerarsi come centro di imputazione degli effetti giuridici delle norme civilistiche e tributarie. Se la società cancellata non provvedeva ad adempiere spontaneamente alla richiesta delle maggiori imposte risultanti dall'avviso di accertamento, vi era così la possibilità, per il Fisco, di intraprendere la fase della riscossione nei confronti della società medesima con la notifica della cartella di pagamento⁽⁹⁾, aggredendo il suo eventuale patrimonio ancora in essere, ovvero nei confronti dei soci, quali soggetti responsabili ai sensi del citato art. 36.

Con la riforma del diritto societario del 2003, la situazione è radicalmente mutata. Al fine di liberare il traffico giuridico da società non più operative e senza patrimonio, si è stabilita espressamente, all'art. 2495 c.c., l'efficacia estintiva della cancellazione dal registro delle imprese, la quale assume una valenza costitutiva. Anche in presenza di posizioni debitorie insolute si determina la "morte" della società.

È evidente che l'efficacia estintiva della cancellazione necessariamente dovrebbe riguardare anche i rapporti tributari, salvo la discussa possibilità per il Fisco di contestare l'abuso del diritto e quindi la non opponibilità della cancellazione in quanto preordinata al raggiungimento di un vantaggio tributario indebito.

Ciò ha fatto sorgere dubbi circa la persistente validità del procedimento di intestazione e notifica degli avvisi di accertamento alla società, relativi a periodi di imposta *ante* estinzione, ma "confezionati" in epoca successiva alla cancellazione, nonché delle procedure di adesione all'accertamento da parte del contribuente. Il Fisco, invero, nonostante l'espressa previsione dell'efficacia estintiva della cancellazione inserita nell'art. 2495 c.c., ha continuato a seguire la prassi precedente, notificando gli avvisi di accertamento alla società cancellata ed estinta, escludendo un immediato "coinvolgimento" dei soci, quali soggetti responsabili nei limiti previsti dall'art. 36 d.P.R. n. 602/1973, anche perché probabilmente la loro ricerca

⁸ Cass. civ, Sez. V, 10 ottobre 2005 n. 19732, in *Società*, 2006, IX, 1108, con nota di P.P. PAPALEO, *Cancellazione di società dal registro delle imprese e tutela dei creditori sociali*; Cass. civ, Sez. III, 15 febbraio 2006 n. 3279, in *Repertorio foro it.*, 2006, voce *Società*, n. 878.

⁹ All'epoca l'avviso di accertamento non rappresentava un titolo esecutivo, essendo stata assegnata questa qualifica con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122.

appariva dispendiosa.

Le esigenze di semplificazione e rapidità dell'attività amministrativa hanno, quindi, preso il sopravvento rispetto alla verifica del puntuale rispetto delle nuove regole in punto di cancellazione delle società dal registro delle imprese.

Era prevedibile, però, che la giurisprudenza assumesse una posizione ben delineata, affermando che l'atto notificato ad un soggetto inesistente sia nullo o addirittura inesistente⁽¹⁰⁾.

L'invalidità dell'avviso di accertamento societario ha, peraltro, travolto inevitabilmente, con un effetto domino, anche gli atti con cui il Fisco ha fatto valere la responsabilità dei soci, eliminando ogni eventuale possibilità di riscuotere i tributi evasi dalla società.

Dobbiamo, però, ricordare che il comportamento degli Uffici impositori, a prescindere dalle esigenze di semplificazione, può giustificarsi anche per il fatto che, seguendo lo schema tipico di applicazione dei tributi nelle ipotesi di responsabilità d'imposta *ex art. 64*, d.P.R. n. 600/1973, prima di poter agire nei confronti del co-obbligato dipendente con la notifica di un avviso di accertamento è indispensabile la notifica dell'atto impositivo all'obbligato principale. In questa prospettiva, è sostenibile che l'intestazione e la notifica dell'avviso di accertamento alla società estinta non rappresentasse una prassi irragionevole, ma rispecchiasse l'idea per cui l'atto societario fosse un antecedente logico rispetto allo svolgimento dell'azione finalizzata a far valere la responsabilità dei soci.

In ogni caso, va segnalato che all'epoca non si è presa in considerazione una soluzione diversa: applicare per analogia l'art. 65 del d.P.R. n. 600/1973, il quale prevede la possibilità di notificare gli atti intestati al *de cuius* agli eredi impersonalmente e collettivamente presso l'ultimo domicilio dello stesso.

Questa opzione, peraltro, era praticabile anche alla luce dell'orientamento giurisprudenziale consolidato nelle note sentenze delle Sezioni Unite civili del 2010 n. 4060, 4061 e 4062⁽¹¹⁾ - nel cui solco si sono inserite le sentenze n. 6070, 6071 e

¹⁰ Cass. civ., Sez. V, 5 settembre 2012 n. 14880, in *Obbl. e contr.*, 2012, XI, 829, con nota di G. CORASANITI; Cass. civ., Sez. V, 13 luglio 2012 n. 11986, in *Repertorio foro it.*, 2012, voce *Tributi in genere*, n. 1747; Cass. civ., Sez. V, 11 maggio 2012 n. 7327, in *Foro it.*, 2012, I, 3060.

¹¹ Cass. civ., Sez. un., 22 febbraio 2010 n. 4060, 4061, 4062, in *Fallimento*, 2010, 1401, con nota di M. CATALDO, *Gli effetti della cancellazione della società per i creditori*, in *Società*, 2010, 1004, con nota di D. DALFINO, *Le sezioni unite e gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Foro it.*, 2011, I, 1499, con nota di richiami, e, quanto a Cass. civ., Sez. un., n. 4060/2010, in *Giur. it.*, 2010, 1610, con nota di R. WEIGMANN, *La difficile estinzione delle società*, in *Strumentario avvocati*

6072 del 2013⁽¹²⁾ e le successive pronunce in materia - le quali hanno affermato

2010, VI, 22, con nota di F. BALDI, *Si applica anche alle società di persone il rapporto tra cancellazione dal registro delle imprese ed estinzione sociale introdotto per le società commerciali dalla riforma del 2003*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 874, con nota di A. PIANTELLI, *L'efficacia e la natura della cancellazione della società di persone dal registro delle imprese: l'"apparente" orientamento innovativo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*; a Cass. civ., Sez. un., n. 4061/2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 541, con nota di M. DE ACUTIS, *Le sezioni unite e il 2° comma dell'art. 2495 c.c., ovvero tra «obiter dicta» e contrasti (forse) soltanto apparenti* (il commento si legge nella parte II, 260), in *Giust. civ.*, 2010, 2797, con nota di P. CRISCUOLO-G. GRIMALDI, *Cancellazione delle società*, in *Giur. comm.*, 2011, 887, con nota di A. ZORZI, *Cancellazione ed estinzione della società tra problemi di diritto intertemporale, questioni di giurisdizione fallimentare, cessazione dell'impresa e fusione per incorporazione*; a Cass. civ., Sez. un., n. 4062/2010, in *Corriere giur.*, 2010, 1006, con nota di M. PEDOJA, *Fine della «immortalità»: per le sezioni unite la cancellazione della società dal registro delle imprese determina la sua estinzione*, in *Società*, 2010, 639, con nota di V. CARBONE-R. GIUFFRÈ, *La cancellazione della società ne comporta l'estinzione*, in *Notariato*, 2010, 368, con nota di C. MAZZÙ, *Variazioni sul tema della soggettività giuridica: l'estinzione delle società*, in *Riv. giur. trib.*, 2010, 390, con nota di B. BRIANTE, *Effetti e decorrenza della cancellazione dal Registro delle imprese di tutte le società*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 637, con nota di G.P. ALLECA, *Le sezioni unite e l'estinzione delle società a seguito della cancellazione*, in *Corriere trib.*, 2010, 1301, con nota di M. BRUZZONE, *Per le Sezioni Unite la cancellazione estingue tutte le società*, in *Dir. banca*, 2010, 325, con nota di A. NIGRO, *Ancora sulla cancellazione ed estinzione delle società verso l'epilogo della "storia infinita"?*, in *Giur. comm.*, 2010, 698, con nota di L. ROSSANO, *La cancellazione dal registro delle imprese e la società di persone*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 199, con nota di M. BINA, *Le conseguenze processuali della cancellazione della società dal registro delle imprese*.

¹² Cass. civ., Sez. un., 12 marzo 2013 n. 6070, 6071, 6072, in *Foro it.*, 2013, I, 2189, con note di A. NIGRO, *Cancellazione ed estinzione delle società: una parola definitiva dalle sezioni unite* e di D. LONGO, *Ancora sugli effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese: chiarimenti o nuove incertezze?*, in *Foro it.*, 2014, I, 228, con nota di A. PROTO PISANI, *Note sulla estinzione delle società per azioni, processi pendenti (e impugnazione della sentenza nei confronti della società estinta)*, in *Banca borsa*, 2015, II, 237, con nota di C. LUPERTO, *Gli effetti sostanziali e processuali dell'estinzione della società*, in *Riv. notar.*, 2013, IV, 951, con nota di A. RUOTOLO- D. BOGGIALI, *La cancellazione dal registro delle imprese produce l'effetto dell'estinzione della società e la "successione" dei soci nelle sopravvenienze attive*, e, quanto a Cass. civ., Sez. un., n. 6070/2013, in *Riv. dir. impresa*, 2013, 149, con nota di S. CATANZANI, *Effetti sostanziali e processuali derivanti dalla cancellazione delle società (di persone e di capitali) dal Registro delle Imprese*, in *Società*, 2013, 536, con note di F. FIMMANÒ, *Le sezioni unite pongono la "pietra tombale" sugli "effetti tombali" della cancellazione delle società di capitali* e di G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite, la cancellazione delle società e il "problema" del soggetto: qualche considerazione critica*, in *Corriere giur.*, 2013, 691, con nota di C. CONSOLO- F. GODIO, *Le Sezioni Unite sull'estinzione di società: la tutela creditoria "ritrovata" (o quasi)*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 767, con note di D. DALFINO, *Cancellazione della società e rapporti pendenti* e di F. TEDIOLI, *Le Sezioni Unite si pronunciano sugli effetti processuali dell'estinzione della società: una soluzione convincente?*, in *Notariato*, 2013, 251, con nota di G. IACCARINO, *Interpretazione della valenza innovativa dell'art. 2495 c.c. ad opera della cassazione dal 2008 al 2013*, in *Riv. dott. commercialisti*, 2013, 385, con nota di A. PIANTELLI, *"La successione" della società cancellata dal registro delle imprese: una nuova pronuncia delle Sezioni Unite sulla sorte dei rapporti giuridici sostanziali e processuali della so-*

che «è naturale immaginare che la cancellazione, pur provocando l'estinzione della società, non determini al tempo stesso la sparizione dei debiti insoddisfatti, i quali si trasferiscono in capo a dei successori e che, pertanto la previsione di chiamata in responsabilità dei soci operata dall'art. 2495 implichi per l'appunto un meccanismo di tipo successorio, che è tale anche se si vogliano rifiutare improprie suggestioni antropomorfe derivanti dal possibile accostamento tra l'estinzione della società e morte di una persona fisica. La responsabilità in capo ai soci non configura un debito nuovo che trae origine dalla liquidazione sociale, ma si identifica col medesimo debito che faceva capo alla società, conservando intatta la propria causa e la propria originaria natura. Come, nel caso della persona fisica, la scomparsa del debitore non estingue il debito, ma innesca un meccanismo successorio nell'ambito del quale le ragioni del creditore sono destinate ad

cietà estinta, in *Giur. comm.*, 2013, II, 603, con nota di E. DE SABATO, *Cancellazione dal Registro delle Imprese, estinzione ed effetti su rapporti giuridici sostanziali e processuali*, in *Riv. notar.*, 2013, 724, con nota di U. LA PORTA, *L'estinzione del soggetto e le vicende delle situazioni soggettive nella cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Fisco*, 2013, 6836, con nota di A. RUSSO, *Questioni sulla "cancellazione della cancellazione" della società dal Registro delle Imprese*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, II, 254, con nota di E. MIRAGLIA, *"Successione per estinzione societaria" e "resurrezione interessata di società estinte"*, in *Foro nap.*, 2013, 627, con nota di M. RUGGI-G. SETTANNI, *Cancellazione dal registro delle imprese della società di persone, estinzione e rapporti pendenti*, in *Boll. trib.*, 2013, 701, con nota di M. PROIETTI, *La cancellazione delle società dal Registro delle imprese tra profili di diritto sostanziale e conseguenze processuali: in attesa che la Consulta si pronunci sulla costituzionalità degli artt. 2495 c.c. e 328 c.p.c., "risponde" la Corte di Cassazione*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 966, con note di F. MARTINO, *Sugli effetti sostanziali della cancellazione delle società dal registro delle imprese* e M. VANZETTI, *Cancellazione delle società dal registro delle imprese e processi pendenti*, in *Corriere giur.*, 2014, 252, con nota di M. SPERANZIN, *Successione dei soci ed iscrizione nel registro delle imprese del fatto estintivo della società*, in *Contr. impr.*, 2014, 543, con nota di A. DI MAJO, *La successione delle società estinte. Profili sostanziali*, in *Giur. comm.*, 2014, II, 790, con nota di G.B. BARILLÀ, *Cancellazione della società dal registro delle imprese e sopravvenienze attive: il dibattito proseguito*; a Cass. civ., Sez. un., n. 6071/2013, in *Giur. it.*, 2013, 858, con nota di G. COTTINO, *La difficile estinzione della società: ancora un intervento (chiarificatore?) delle Sezioni unite*, in *Fallimento*, 2013, 837, con nota di G. LA CROCE, *La Cassazione mette la parola fine alla querelle sugli effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2013, II, 528, con nota di R. TISCINI, *Cancellazione della società dal registro delle imprese e sua estinzione. Le Sezioni Unite chiudono il cerchio*, in *Corriere trib.*, 2013, 1526, con nota di A. IORIO-L. AMBROSI, *Estinzione della società e obblighi patrimoniali dei soci*; a Cass. civ., Sez. un., n. 6072/2013, in *Corr. giur.*, 2013, 723, con nota di V. CARBONE, *Equa ripartizione e società estinta nel corso del giudizio*, in *Società*, 2013, 594, con nota di V. CARBONE-R. GIUFFRÈ, *Sulla sorte delle sopravvenienze attive scoperte dopo la cancellazione della società*, in *Dir. e prat. trib.*, 2013, II, 945, con nota di C. GLENDI, *Corte costituzionale, sezioni unite della Cassazione ed estinzione delle società cancellate dal registro delle imprese*.

essere variamente contemperate con quelle degli eredi, così, quando il debitore è un ente collettivo, non v'è ragione per ritenere che la sua estinzione (alla quale, a differenza della morte della persona fisica, concorre di regola la sua stessa volontà) non dia ugualmente luogo ad un fenomeno di tipo successorio, sia pure *sui generis*, che coinvolge i soci ed è variamente disciplinato dalla legge a seconda del diverso regime di responsabilità da cui, *pendente societate*, erano caratterizzati i pregressi rapporti sociali».

5. L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE CON L'ART. 28, COMMA 4, D. LGS N. 175/2014: L'AMBIGUA "SOPRAVVIVENZA FISCALE" DELLE SOCIETÀ CIVILISTICAMENTE ESTINTE

Esistendo il rischio di declaratoria di illegittimità degli avvisi di accertamento notificati alle società estinte, e potendo tale eventualità travolgere anche gli atti notificati ai soci finalizzati a far valere la loro eventuale responsabilità, il legislatore è intervenuto con l'art. 28, comma 4, del d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175, nel contesto dell'attuazione di una legge delega orientata alla semplificazione tributaria, disponendo che «Ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, l'estinzione della società di cui all'art. 2495 del codice civile ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione dal Registro delle imprese». Per la tutela dell'interesse pubblico alla riscossione, che poteva essere minato da un atto unilaterale del contribuente (la richiesta di cancellazione), si è introdotta una norma, avente la specifica funzione di regolarizzare la formazione del titolo giuridico della pretesa nei confronti della società di capitali estinta, per rendere di fatto praticabile l'azione di riscossione nei confronti dei soci.

È sostenibile che l'art. 28 citato, pur regolando il regime di validità degli atti di accertamento riscossione e sanzionatori rivolti alla società estinta, fissi di fatto una disciplina tributaria derogatoria rispetto a quella ricavabile dall'art. 2495 c.c. in merito agli effetti della cancellazione dal registro delle imprese: avremmo segnatamente l'estinzione civilistica da un lato e la "sopravvivenza fiscale", o la "agonia fiscale" se si preferisce, dall'altro. Quest'ultimo fenomeno è ovviamente limitato alla dimensione procedimentale e processuale della società estinta e non certamente sostanziale, cioè per l'assoggettamento *pro futuro* a nuovi obblighi tributari formali e sostanziali (Ires, Iva Irap, etc.) anche qualora dovessero emergere delle sopravvenienze attive.

L'idea di una sopravvivenza fiscale è, quindi, del tutto circoscritta ed asserita solo nella prospettiva di rendere coerente il regime di validità degli atti impositivi e sanzionatori, caratterizzati dalla recettività. Ed infatti, gli avvisi di accertamento e, in generale, tutti gli atti che contengono una pretesa fiscale ben definita sono di natura recettiva, nel senso che la loro validità ed efficacia presuppone non solo che gli stessi vengano emanati dall'autorità competente, ma anche che siano rivolti e portati a conoscenza di un soggetto esistente nel mondo giuridico. La validità dagli atti impositivi notificati alle società cancellate dal registro delle imprese presuppone, allora, la qualifica di queste ultime quali centri di imputazione degli effetti delle norme tributarie procedurali, sanzionatorie, etc.

Il periodo temporale nel quale può asserirsi che la società cancellata non sia del tutto scomparsa per il Fisco è circoscritto al quinquennio dalla richiesta di cancellazione⁽¹³⁾, decorso il quale si compie inesorabilmente quell'effetto successorio a favore dei soci delineato dalla giurisprudenza civilistica. La scelta di questo arco temporale si giustifica per il collegamento con i termini di decadenza relativi all'espletamento della procedura di accertamento tributario, che maturano il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione. Non avrebbe avuto senso, quindi, dilatare ulteriormente il periodo di "irrelevanza tributaria" della cancellazione: decorsi cinque anni dal predetto evento, il Fisco non può notificare, a pena della loro illegittimità, avvisi di accertamento, soprattutto se riferiti a periodi *ante*-liquidazione.

Orbene, l'introduzione dell'art. 28, comma 4, (ma anche di molte altre disposizioni contenute nel decreto semplificazioni n. 175/2014) è stata sollecitata dall'Agenzia delle entrate per tentare di "sanare" gli atti impositivi notificati nel passato alle società estinte e per consentire di poter continuare ad operare nello stesso modo per il futuro; si voleva così "bloccare" quell'orientamento delle Commissioni tributarie che sanciva l'illegittimità degli avvisi di accertamento intestati e notificati alle società estinte⁽¹⁴⁾.

Non a caso con la circolare n. 31/2014, emanata dopo pochi giorni dall'introduzione del decreto legislativo in questione, la predetta Agenzia fiscale si è preoccupata

¹³ Per questi motivi la sopravvivenza fiscale potrebbe essere inferiore al quinquennio qualora intercorra un ampio lasso temporale tra richiesta di cancellazione e cancellazione effettiva con conseguente estinzione.

¹⁴ Di recente, Comm. trib. reg. Puglia Lecce, Sez. XXIII, 11 febbraio 2022 n. 308, in Banca Dati *One Legale*.

di sostenere la sua natura procedurale⁽¹⁵⁾. La norma, soggetta al principio *tempus regit actum*, sarebbe, secondo il Ministero, applicabile alle cancellazioni avvenute prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo ed ai giudizi pendenti.

La giurisprudenza di legittimità, ma ancor prima quella di merito, ha, tuttavia, nettamente smentito questa tesi, escludendo innanzitutto la natura interpretativa della disposizione in commento, in quanto, al di là delle carenze formali rispetto alla previsione contenuta nello Statuto del contribuente⁽¹⁶⁾, non interviene per chiarire il significato di disposizioni pregresse in tema di estinzione delle società⁽¹⁷⁾. Si è negata, altresì, la natura procedimentale, in quanto la norma non si risolve in una diversa regolamentazione dei termini processuali o dei tempi e delle procedure di accertamento o di riscossione, bensì disciplina l'imputazione alla società di rapporti e situazioni nella sfera di relazioni con specifici enti creditori, durante un determinato periodo temporale successivo alla cancellazione, stabilendo per tali rapporti la temporanea inefficacia dell'estinzione. L'art. 28, comma 4, secondo i giudici di legittimità, è una norma sulla capacità delle società estinte che può applicarsi solo alle cancellazioni intercorse dopo l'entrata in vigore della legge e non può essere invocata quale *ius superveniens* per risolvere *pro Fisco* le liti pendenti. Atteso che la deroga sancita dall'art. 28 intacca il principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico, disciplinando - come detto - in termini differenti gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese, nella relazione ministeriale di accompagnamento si evidenzia che essa sia nata, oltre che per la tutela dell'interesse fiscale, anche per evitare di concentrare i controlli nel periodo temporale di svolgimento della procedura di liquidazione.

Questa giustificazione risulta poco credibile, poiché il contribuente non ha interesse a differire il controllo: l'immediatezza della verifica consente, infatti, una migliore difesa. È noto che le rettifiche della dichiarazione sono spesso condotte con ricostruzioni basate su presunzioni: confutare un ragionamento presuntivo a distanza di anni è molto più difficile. Anche dal lato del Fisco, poi, non vi è

¹⁵ Posizione poi ribadita nella Circolare n. 6/2015.

¹⁶ Art. 3, comma 1, l. 27 luglio 2000, n. 212.

¹⁷ Cass. civ., Sez. V, 2 aprile 2015 n. 6743, in *Fisco*, 2015, 1682, con nota di M. ZANNI, *Irretroattiva la norma sulla resurrezione delle società cancellate dal registro delle imprese*, in *Fisco*, 2015, 1751, con nota di D. DEOTTO, *Non si può essere "un po' morti": quindi una società estinta non può mai stare in giudizio*, in *Riv. giur. trib.*, 2015, 767, con nota di C. GLENDI, *E intanto prosegue l'infinita "historia" dell'estinzione delle società cancellate dal Registro delle imprese (sul versante tributaristico, ma non solo)*.

interesse ad intervenire tardivamente, perché un'azione di accertamento svolta a distanza di tempo rispetto a quando è stata commessa la violazione rischia di compromettere la possibilità di riscuotere le imposte evase.

5.1. DALLE CRITICHE DELLA DOTTRINA ALLA RECENTE AFFERMAZIONE DELLA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA NORMA

L'innovazione normativa del 2014 è stata oggetto di accese critiche. Innanzitutto, per la scarsa qualità della formulazione testuale, riscontrata non solo dalla dottrina ma anche dalla giurisprudenza⁽¹⁸⁾, la quale ha dovuto “smontare” la disposizione e chiarire - con un certo imbarazzo - il significato di espressioni poco felici quali atti di contenzioso, atti di sanzioni, etc. Secondariamente, per i forti dubbi di ragionevolezza connessi al fatto di decretare la sopravvivenza fiscale di società prive di un patrimonio destinato allo svolgimento di una attività economica e di organi sociali.

Tralasciando l'aspetto della tecnica legislativa, in effetti, la disposizione lascia emergere forti criticità sul luogo presso il quale esperire la notifica degli atti impositivi: dall'art. 28 non può dedursi, infatti, la sopravvivenza della sede legale, luogo nel quale ai sensi dell'art. 145 c.p.c. si esegue la notifica degli atti alle società⁽¹⁹⁾.

Ancora, emergono dubbi con riferimento alla legittimazione dell'ultimo liquidatore a svolgere alcune attività tributarie, quali la presenza alle attività istruttorie, la partecipazione alla procedura di accertamento con adesione, il conferimento del mandato *ad litem*, etc.

Qualora si sostenga, come risulta dalla lettera dell'art. 28⁽²⁰⁾ e da un consolidato orientamento della giurisprudenza⁽²¹⁾, che il liquidatore non sia abilitato a svol-

¹⁸ Cfr. ancora Cass. civ, Sez. V, n. 6743/2015, cit..

¹⁹ La circolare n. 6/2015 afferma che «l'avviso di accertamento emesso nei confronti della società cancellata deve essere notificato alla stessa presso l'ultimo domicilio fiscale, che cesserà di avere rilievo solo dopo il quinquennio dalla cancellazione. La società prima della cancellazione ha facoltà di eleggere un domicilio presso una persona fisica o un ufficio nel comune del proprio domicilio fiscale per la notifica degli atti e degli avvisi che lo riguardano». Potrebbe altresì ipotizzarsi una notifica via pec ad un indirizzo comunicato al Fisco.

²⁰ La norma sancisce che «Ai fini della validità ed efficacia degli atti» e tra questi non è collocabile né il diritto alla partecipazione al procedimento di accertamento tributario, né il diritto all'impugnazione.

²¹ Cfr. Cass. civ, Sez. V, 18 settembre 2015 n. 18385, in Banca dati *One Legale*. Con riguardo alla sorte dei giudizi pendenti, cfr. Cass. civ, Sez. V, 3 giugno 2021 n. 15393, in Banca dati *One Legale*, secondo

gere queste funzioni, che resterebbero di esclusivo appannaggio dei soci quali successori universali, si creerebbero non pochi problemi, posto che questi ultimi non possiedono quelle informazioni che sarebbe utile fornire al Fisco nella fase procedimentale per ridimensionare la pretesa tributaria, o da utilizzare per una compiuta difesa nel processo.

In ogni caso, e probabilmente nella prospettiva di *bypassare* le predette criticità, qualche Ufficio fiscale ha dubitato della correttezza del procedimento che trova copertura nell'art. 28 ed ha optato per la notifica dell'avviso di accertamento societario direttamente ai soci. Questa prassi è stata ritenuta corretta dalla giurisprudenza, anche a prescindere dal fatto che l'Ufficio avesse dimostrato la percezione di somme di denaro o beni in base al bilancio finale di liquidazione⁽²²⁾.

Ed allora, nonostante l'avvento dell'art. 28, comma 4, persiste una forte confusione circa la procedura amministrativa che gli Uffici devono seguire per recuperare le imposte evase dalle società estinte.

Orbene, che si tratti di una norma innestata non senza perplessità nell'ordinamento giuridico lo testimonia, altresì, il fatto che la giurisprudenza tributaria di merito⁽²³⁾ ha sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 28, comma 4, per violazione degli artt. 76 e 3 della Costituzione

In estrema sintesi, secondo i giudici rimettenti, da un lato, l'art. 28, comma 4, sarebbe viziato da eccesso di delega, posto che la legge 11 marzo 2014, n. 23 non conteneva uno specifico criterio direttivo che consentisse una rivisitazione del regime di validità ed efficacia degli atti impositivi notificati alle società cancellate

cui, nel caso di estinzione della società in pendenza di giudizio, la successione processuale dei soci ex art. 110 c.p.c. verifica una ipotesi di litisconsorzio necessario.

²² Cfr. Cass. civ., Sez. V, 7 aprile 2017 n. 9094, in *Fisco*, 2017, 1975, con nota di F. EUGENI, *Nessuna limitazione alla successione nel processo dei soci della società estinta*, in *Corriere trib.*, 2017, 2236, con nota di P. PIANTAVIGNA- M.L. MARIELLA, *La responsabilità dei soci per i debiti della società estinta*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, II, 335, con nota di A. GUIDARA, *L'intrasmissibilità delle sanzioni agli eredi e la sua riferibilità alle estinzioni delle società*, in *Riv. giur. trib.*, 2017, 668, con nota di L. BIANCHI, *Le conseguenze sui processi tributari pendenti dell'incerta successione universale dei soci di una società cancellata*, in *Rass. trib.*, 2017, 1091, con nota di T. VENTRELLA, *Il regime fiscale della successione dei soci alla società cancellata dal registro delle imprese*, in *Dir. e prat. trib.*, 2018, 1741, con nota di G. FERLITO, *La responsabilità della persona giuridica per le sanzioni fiscali: considerazioni alla luce di un recente arresto della Suprema Corte*.

²³ Cfr. Comm. trib. prov. Campania Benevento, Sez. I, ord. 13 marzo 2019 n. 142, in *IlSocietario.it*, 2019, con nota di G. PALUMBO, *Rinvio alla Consulta sul differimento degli effetti dell'estinzione societaria ai fini accertativi*.

dal registro delle imprese; d'altra parte, l'art. 28, comma 4, avrebbe determinato una disparità di trattamento tra il Fisco, che beneficia del differimento per un lungo lasso temporale dell'estinzione delle società cancellate, e gli altri creditori, che, invece, subiscono immediatamente l'effetto estintivo conseguente alla cancellazione.

La Corte costituzionale, come era facilmente prevedibile, muovendo dal suo consolidato orientamento, ha ritenuto non fondate entrambe le questioni sollevate⁽²⁴⁾. Con riferimento al vizio di eccesso di delega, la Corte ha ribadito che l'esercizio della delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega: solo nel caso di eccesso rispetto ai margini di discrezionalità riconducibili alla *ratio* della legge delega si può ipotizzare che la previsione aggiuntiva, contenuta nel decreto delegato, sia incostituzionale. L'art. 76 Cost. non impedisce, quindi, l'emanazione di norme che «rappresentano un coerente sviluppo o completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, dovendosi escludere che la funzione delegata sia limitata ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo»; l'inserimento di previsioni aggiuntive (riguardanti la materia regolata nella legge delega) è consentito purché non siano in contrasto con gli indirizzi della legge delega. Nel caso specifico, posto che tra i criteri direttivi vi era quello di razionalizzare i poteri dell'Amministrazione finanziaria anche con riguardo alla disciplina della efficacia e validità degli atti di accertamento, la scelta del Governo non solo non è estranea agli obiettivi di razionalizzazione dell'attività impositiva, ma si pone anche in linea di continuità e complementarità rispetto ad essi.

In merito alla ipotizzata violazione dell'art. 3, la Corte ha ribadito, in modo lapidario, e senza richiamare le differenti modalità attuative dell'obbligazione tributaria, che non vi è un'ingiustificata disparità di trattamento, posto che non è confi-

²⁴ Cfr. Corte cost., 8 luglio 2020 n. 142, in *Foro it.*, 2020, I, 2541, con nota di A.M. PERRINO, *Tributi erariali e vicende societarie*, in *Giur. cost.*, 2020, 1635, con nota di F. PEPE, *La irrazionale "stabilizzazione" fiscale delle società estinte ed il "campo avverso"*, in *Dir. e prat. trib.*, 2020, 2706, con nota di F. CAMPODONICO, *L'"estinzione differita" delle società ai fini tributari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Corriere giur.*, 2021, 78, con nota di C. GLENDI, *Ad infera. La Consulta "benedice" l'illogico "diritto vivente" sull'estinzione postliquidativa delle società, ma non l'apparente disposta cancellazione "del" registro delle imprese*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2021, 145, con nota di A. GUIDARA, *La Corte costituzionale esclude la sopravvivenza fiscale delle società estinte*, in *Giur. it.*, 2021, 876, con nota di L. BOGGIO, *La Consulta salva l'ultrattività "fiscale" delle società cancellate. Verso l'ultrattività "civile"?*.

gurabile una piena equiparazione tra le obbligazioni pecuniarie di diritto comune e quelle di diritto pubblico, per la peculiarità dei fini di queste ultime, i quali si identificano nella garanzia del regolare svolgimento della vita finanziaria dello Stato. In definitiva, l'interesse fiscale perseguito dalla legislazione tributaria giustifica lo scostamento dalla disciplina ordinaria.

Ed allora, posto che la sentenza della Corte costituzionale legittima sul piano formale la norma in quanto rispettosa dei principi costituzionali, occorre verificare, però, se essa sia concretamente efficace nella prospettiva della tutela dell'interesse alla riscossione dei tributi evasi dalle società estinte e quindi sia opportuna o ragionevole. Su questo punto intendo ora soffermarmi brevemente.

5.2. LA CONCRETA EFFICACIA DELL'ART. 28 NELLA DINAMICA DELLE SOCIETÀ "FISIOLOGICAMENTE" O "PATOLOGICAMENTE" ESTINTE

Per contestualizzare l'intervento del legislatore nel 2014, è utile inquadrare la rilevanza delle problematiche di riscossione delle imposte evase dalle società estinte rappresentando sinteticamente due ipotesi: l'estinzione "fisiologica" delle società e quella "patologica" o "fraudolenta"⁽²⁵⁾.

Se la società affronta fisiologicamente, cioè per il raggiungimento del programma imprenditoriale prefissato ovvero per l'impossibilità di raggiungerlo, la fase della liquidazione con successiva estinzione, di regola non fa emergere debiti d'impresa non soddisfatti e quindi imposte evase. In tal caso, la società in liquidazione ha un patrimonio da monetizzare sufficiente per pagare i debiti d'impresa, anche quelli fiscali; è difficile, pertanto, riscontrare che alla dichiarazione relativa alla fase della liquidazione o a periodi di imposta precedenti non segua il versamento delle somme dovute. In linea generale, allora, in presenza di una liquidazione fisiologica, la procedura si sviluppa in modo ordinato e regolare senza far emergere «residui passivi», ponendosi eventualmente il problema dei «residui attivi», anche di natura tributaria, e della loro ipotetica estinzione per rinuncia tacita qualora ascrivibili alla categoria delle «mere pretese» e non dei «crediti certi ed esigibili», secondo la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2013⁽²⁶⁾.

²⁵ Siamo consapevoli della esistenza di zone grigie, nelle quali, ad esempio, una liquidazione con emersione di residui passivi possa comunque ritenersi fisiologica.

²⁶ La soluzione prospettata dalla Cassazione nel 2013 difficilmente può essere applicata al rapporto tributario, sostenendo la sussistenza di una volontà di rinuncia implicita ai crediti d'imposta esposti o

Potrebbe accadere, però, che la pretesa fiscale sopravvenga rispetto al periodo di avvio e completamento della liquidazione, e cioè che l'insorgenza di un debito insoddisfatto si registri pur in presenza di una procedura di liquidazione/estinzione svolta in modo impeccabile. Se in epoca successiva alla cancellazione la società estinta risulti, a qualsiasi titolo, destinataria di una richiesta di maggiori imposte rispetto a quelle dichiarate e versate, potrebbero emergere problemi di riscossione della pretesa tributarie.

Con riguardo alle fattispecie di estinzione "patologica" o "fraudolenta" della società, emergono, invece, problemi di evasione e di riscossione dell'imposta non versata. La cancellazione "di comodo" dal registro delle imprese è attuata in modo programmato con lo scopo di non versare non solo le imposte risultanti dalle dichiarazioni di periodo e le maggiori imposte emergenti da eventuali successivi controlli fiscali, ma anche le ritenute fiscali operate⁽²⁷⁾.

Orbene, muovendo da questa distinzione, possiamo sostenere che, con riferimento al caso dell'estinzione fisiologica della società, l'introduzione dell'art. 28, d.l-

meno nel bilancio finale di liquidazione, così da impedire ai soci di riscuotere le somme vantate dalla società. Certamente può assegnarsi la qualifica di crediti certi a quelli riconosciuti dalla stessa Amministrazione finanziaria ovvero dalle sentenze del giudice tributario. Il problema si può proporre per i crediti esposti in dichiarazione, i quali possono essere oggetto di contestazione da parte del Fisco entro i termini di prescrizione e non di decadenza (Cass. civ., Sez. un., 29 luglio 2021 n. 21765, in *Corriere trib.*, 2021, 1035, con nota di C. DE IESO, *Le sezioni unite rimodulano i termini decadenziali per il disconoscimento dei crediti Iva*, nonché in *Foro it.*, 2022, I, 684, con nota di M. ANNECCHINO), anche nella fase processuale (Cass. civ, Sez. V, 29 dicembre 2016 n. 27306, in Banca dati *One Legale*). Degradare questi ultimi crediti a «mere pretese» oggetto di rinuncia implicita per l'eventualità che possano essere contestati dal Fisco appare forzato; essi, infatti, emergono da una contabilità analitica ed in alcun modo può sostenersi che la richiesta di cancellazione manifesti una chiara volontà di rinuncia. Questa tesi è stata peraltro accolta dalla più recente giurisprudenza (Cass. civ, Sez. V, 22 maggio 2020 n. 9464, in *Foro it.*, 2020, I, 3530, con nota di G. NICCOLINI, *Sulla rinuncia ai crediti sociali in conseguenza della cancellazione della società dal registro delle imprese*, nonché in *Dir. banca*, 2021, I, 455, con nota di A. NIGRO, *Cancellazione delle società di capitali e sorte dei crediti "incerti" sopravvissuti: finalmente parole chiare (e convincenti) della Cassazione*; Cass. civ, Sez. V, 26 gennaio 2021 n. 1724, in *Giur. it.*, 2021, 1651, con nota di A. BERTOLOTTI, *Residui attivi non liquidati e sopravvenienze attive*, in *Contratti*, 2021, 257, con nota di F. RIZZI, *La remissione tacita del debito presuppone una manifestazione di volontà inequivoca: commento a una recente pronuncia della Suprema Corte di cassazione*, in *Società*, 2021, 1079, con nota di D. MANENTE, *Recenti sviluppi della giurisprudenza di legittimità sulla sorte dei crediti della società cancellata non iscritti nel bilancio finale di liquidazione*, in *Giur. it.*, 2022, 334, con nota di F. ROSSI, *Mancata iscrizione di un credito litigioso nel bilancio societario e remissione del debito*).

²⁷ Il riferimento è ai noti casi di imprese subappaltatrici che nel volgere di breve tempo sono state liquidate e cancellate senza aver onerato i debiti tributari anche correlati alla qualifica di sostituti di imposta.

gs. n. 175/2014 funga da stimolo al versamento delle imposte accertate in epoca successiva alla cancellazione, proprio perché si dispone chiaramente la validità dell'atto di accertamento. I soci, che di norma hanno ricevuto beni in sede di liquidazione, attesa la legittimità dell'azione fiscale ai sensi della predetta norma, sono indotti al versamento spontaneo - sia pur tardivo - dei maggiori tributi pretesi dall'Ufficio impositore, prestando acquiescenza all'atto impositivo anche al fine di beneficiare della riduzione delle sanzioni irrogate; non avrebbe senso attendere la notifica degli atti con cui il Fisco fa valere la loro responsabilità.

Quanto al caso dell'estinzione patologica o fraudolenta, invece, l'art. 28 del d.lgs. n. 175/2014 non risolve nulla, perché, di norma, la liquidazione si conclude senza l'assegnazione di beni ai soci, i quali non hanno alcun interesse al pagamento tardivo di tributi evasi, essendo ben consapevoli di non incappare nella responsabilità ai sensi dell'art. 36.

6. LE PERSISTENTI CRITICITÀ DEL PROCEDIMENTO DI RISCOSSIONE IN CAPO AI SOCI DEI DEBITI TRIBUTARI SOCIETARI NON SODDISFATTI DAI LIQUIDATORI

Dopo aver illustrato le problematiche di notifica dell'avviso di accertamento alla società estinta, alla luce della previsione contenuta nell'art. 28, comma 4, d.lgs. n. 175/2014, occorre evidenziare le criticità connesse all'attuazione della responsabilità dei soci *ex art. 36*, d.P.R. n. 602/1973, su cui l'intervento del legislatore del 2014 ha toccato solo alcuni profili, finendo per offrire una tutela del tutto modesta dell'interesse pubblico alla riscossione dei tributi.

Per quanto concerne specificamente la responsabilità dei soci, le modifiche hanno interessato il campo di applicazione della responsabilità, che non è più limitato alle sole imposte sui redditi, come disponeva testualmente l'art. 19 del d.lgs. n. 46/1999, ma involge tutti i tributi dovuti dalla società. Rileva poi la precisazione per cui il valore del denaro e dei beni sociali ricevuti in assegnazione si presume proporzionalmente equivalente alla quota di capitale detenuta dal socio, salvo prova contraria⁽²⁸⁾.

Ciò posto soffermiamoci sulle accennate criticità applicative della responsabilità

²⁸ Ulteriori modifiche riguardano la responsabilità dei liquidatori e segnatamente il trasferimento dell'onere probatorio dal Fisco al liquidatore in merito alla dimostrazione di aver assolto tutti gli oneri tributari prima dell'assegnazione dei beni ai soci, ovvero di non aver estinto con precedenza crediti di rango inferiore in danno di quelli tributari.

dei soci.

6.1. QUALE TIPOLOGIA DI ATTO OCCORRE ADOTTARE PER FAR VALERE LA RESPONSABILITÀ DEI SOCI E QUALE CONTENUTO MOTIVAZIONALE ESSO DEVE PRESENTARE?

Un primo problema è rappresentato dalla individuazione dell'atto previsto dall'art. 36, comma 5, attraverso cui attuare la responsabilità dei soci. La normativa si limita a prescrivere che l'atto deve essere motivato e notificato al socio: potrebbe, quindi, trattarsi di un avviso di accertamento o di una cartella di pagamento.

È noto che nel caso della solidarietà dipendente si ammette la possibilità di notificare al coobbligato direttamente la cartella di pagamento, senza necessità di attivare una autonoma procedura di accertamento; si realizza, quindi, una efficacia riflessa del ruolo formato nei confronti dell'obbligato principale. Trattandosi di una responsabilità che opera senza la sussistenza di specifici presupposti e senza il beneficio di preventiva escussione del debitore principale (salvo diversa previsione di legge) può, al limite, ritenersi ragionevole questa ricostruzione, la quale presenta comunque evidenti criticità sul fronte dell'assolvimento dell'obbligo motivazionale e del diritto di difesa.

Questo orientamento, però, non può essere trasposto alla fattispecie che ci occupa, perché, come abbiamo in precedenza rilevato, non siamo di fronte ad una ipotesi coobbligazione solidale dipendente *ex art. 64, d.P.R. n. 600/1973*, atteso che la responsabilità dei soci è subordinata a specifici presupposti la cui esistenza deve essere adeguatamente dimostrata dal Fisco.

Essendo del tutto improbabile che la cartella di pagamento possa contenere una motivazione così ampia e articolata, si deve dedurre che la tipologia di atto implicitamente evocato dall'art. 36, comma 5, sia l'avviso di accertamento. In questa prospettiva, quest'ultima norma rappresenterebbe una deroga rispetto alla regola generale per la quale si può agire nei confronti del responsabile di imposta con la notifica della mera cartella di pagamento.

Appare, peraltro, necessario che l'avviso di accertamento contenga una motivazione "allargata", includendo le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto che giustificano la rettifica del reddito della società estinta. Ciò in quanto il socio può esercitare il suo diritto di difesa contestando non solo la sussistenza dei fatti fonte della sua responsabilità, ma anche in radice l'esistenza delle violazioni tributarie contestate alla società cancellata cui si ricollega la pretesa impositiva.

La piena valorizzazione del diritto di difesa del socio deve prevalere sul rischio che si creino giudicati contrastanti qualora l'avviso di accertamento societario sia stato oggetto di immediata impugnazione, soprattutto se notificato prima della cancellazione⁽²⁹⁾.

L'utilizzo della cartella di pagamento potrebbe, quindi, determinare il rischio di una declaratoria di illegittimità dell'azione di responsabilità rivolta nei confronti dei soci⁽³⁰⁾.

6.2. L'AZIONE SUI SOCI PRESUPPONE LA DEFINITIVÀ DELL'AVVISO DI ACCERTAMENTO SOCIETARIO?

Un secondo problema è rappresentato dal fatto che, per agire nei confronti dei soci, non è chiaro se occorra o meno attendere che l'atto di accertamento societario divenga definitivo.

Potrebbe sostenersi che il concetto di «imposte dovute», cui fa riferimento l'art. 36, d.P.R. n. 602/1973, evochi esclusivamente le imposte accertate in via definitiva e, quindi, che la notifica dell'atto impositivo al socio venga differita al momento della definitività dell'avviso di accertamento societario.

Questa argomentazione, però, mal si concilia con la circostanza che anche le imposte che i contribuenti devono versare in via provvisoria, cioè sulla base di atti impositivi oggetto di impugnazione, rappresentano imposte dovute. Peraltro, bisogna considerare che il Fisco, a differenza del creditore comune, deve svolgere l'azione entro determinati termini di decadenza, il che potrebbe comportare, qualora si dovesse attendere la definitività dell'accertamento societario, una irrimediabile perdita della possibilità di agire nei confronti dei soci.

La soluzione più equilibrata è, quindi, ritenere che il Fisco possa notificare l'atto con cui far valere la responsabilità dei soci anche in presenza di accertamenti societari non definitivi e previa dimostrazione che abbiano ricevuto beni e denaro nel periodo di osservazione indicato dalla legge.

Allo stato, peraltro, questa sembra la tesi accolta dalla giurisprudenza, la quale,

²⁹ È discussa sia la legittimazione dell'ultimo liquidatore ad impugnare l'atto, sia, più in generale, l'interesse di una società civilisticamente estinta ad impugnare un avviso di accertamento.

³⁰ Cfr. Cass. civ, Sez. V, 17 luglio 2014 n. 16373, in *Repertorio foro it.*, 2014, voce *Tributi in genere*, n. 1048, la quale, con riferimento alla responsabilità del curatore, ha censurato la prassi dell'Ufficio di notificare la cartella di pagamento per far valere la responsabilità *ex art. 36*.

addirittura, ritiene possibile notificare l'atto ai soci anche qualora non abbiano percepito somme in base al bilancio di liquidazione e nella prospettiva che possano emergere sopravvenienze attive su cui espletare l'azione esecutiva³¹.

Va, però, rimarcato che, qualora l'avviso di accertamento societario venga dichiarato illegittimo per qualsiasi tipologia di vizio da cui risulti affetto, il socio che nelle more abbia corrisposto le somme a lui richieste a titolo di responsabilità ha diritto di ottenere la ripetizione di quanto indebitamente versato.

6.3. QUALI TERMINI PER LA NOTIFICA DELL'ATTO CON CUI SI FA VALERE LA RESPONSABILITÀ DEI SOCI?

Un terzo problema è rappresentato dall'incertezza circa l'individuazione dei termini per la notifica dell'atto con il quale si fa valere la responsabilità dei soci, su cui si registra l'assenza di indicazioni normative.

Potrebbe ipotizzarsi l'applicazione della prescrizione ordinaria decorrente dalla emersione del fatto fonte della responsabilità, valorizzando così la sua natura civilistica, ovvero l'applicazione della più ristretta decadenza, focalizzandosi sulle regole procedurali di attuazione che sono tipicamente tributarie.

Invero, quale che sia la natura della responsabilità prevista dall'art. 36, è indiscusso che, se il Fisco può farla valere applicando il procedimento tributario, beneficiando degli incisivi poteri disciplinati nel medesimo d.P.R. n. 602/1973, è indispensabile contenere la possibilità di esercizio dell'azione entro ristretti termini di decadenza³².

³¹ Cfr. Cass. civ, Sez. V, n. 15393/2021, cit..

³² Si rammenta la nota pronuncia della Corte cost., 15 luglio 2005 n. 280 (in *Dir. e giust.*, 2005, 28, con nota di A. IANNACCONE, *Termini certi per le cartelle esattoriali - Il monito della Consulta diventa legge*, in *Fisco*, 2005, 4903, con nota di A. ROSSI, *Riscossione*, in *Fisco*, 2005, 5099, con nota di S. CAPOLUPO, *Notifica cartella esattoriale: verso una soluzione definitiva*, in *Fisco*, 2005, 5323, con nota di L. PITTALUGA, *Note a margine della sentenza n. 280/2005 della Corte Costituzionale: mutamento del regime di notifica della cartella di pagamento al contribuente*, in *Boll. trib.*, 2005, 1160, con nota di F. BRIGHENTI, *Balla con le faine*, in *Corriere trib.*, 2005, 2613, con nota di C. GLENDI, *È incostituzionale l'assenza di termini decadenziali per la notifica delle cartelle*, in *Fisco*, 2005, 6304, con nota di S. CARTA, *Il problema dell'efficienza della riscossione dei tributi fra produzione normativa ed esigenze costituzionali*, in *Azienditalia*, 2005, 10, con nota di A. BUSCEMA, *L'ingiunzione fiscale nulla assurde ad atto interruttivo della prescrizione per la riscossione delle entrate del Comune*, in *Rass. trib.*, 2005, 1659, con nota di A. CARINCI, *Termini di notifica della cartella di pagamento e funzioni del ruolo: perplessità applicative e dubbi sistematici in merito al nuovo art. 25 del d.p.r. n. 602/1973*, in *Dir. e prat. trib.*, 2005, 1111,

Una volta asserito che l'azione debba espletarsi entro i termini ordinari di decadenza dell'attività di accertamento, cioè il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione, occorre individuare il *dies a quo* per la relativa decorrenza.

Una corrente di pensiero rileva che la questione vada necessariamente risolta avendo a riferimento la presentazione della dichiarazione relativa al periodo in cui si è riscontrata la violazione tributaria, posto che la successione del socio riguarderebbe anche la posizione procedimentale. Atteso che il Fisco interviene per rettificare le dichiarazioni quasi a ridosso dei termini di decadenza, ciò comporterebbe che si dovrebbe praticare necessariamente una notifica quasi contestuale dell'atto impositivo alla società ex art. 28, d.lgs. n. 174/2015, e dell'avviso di accertamento ex art. 36, comma 5, al socio.

D'altra parte, è sostenibile che il *dies a quo* per il decorso del termine di decadenza debba ricondursi non alla presentazione della dichiarazione della società per il periodo di imposta in cui è stata commessa la violazione, ma alla presentazione della dichiarazione relativa al periodo di imposta in cui il socio ha beneficiato dell'assegnazione del denaro e dei beni sociali, o comunque dalla presentazione della dichiarazione finale di liquidazione⁽³³⁾.

In mancanza di una espressa previsione normativa derogatoria rispetto alla regola

con nota di A. GASTALDO-N. RAGGI, *Il termine per la notifica della cartella di pagamento*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, II, 597, con nota di L. CARPENTIERI, *La ridefinizione del procedimento di accertamento e riscossione delle imposte nella sentenza sui termini di notifica della cartella di pagamento: la Corte costituzionale gioca d'anticipo sul legislatore e nel orienta i comportamenti futuri (... e passati)*, in *Fisco*, 2006, 179, con nota di G. BERNONI, *La recente evoluzione del procedimento di riscossione*, in *Fisco*, 2006, 3682, con nota di C.G. SMALDINI, *Il punto sui termini di notifica della cartella di pagamento*, in *Giur. it.*, 2006, 678, con nota di richiami, in *Dir. e prat. trib.*, 2006, 359, con nota di C. GLENDI, *Il Fisco si mostri «ragionevole»*, in *Dir. e prat. trib.*, 2006, 589, con nota di P. BIONDO, *Notificazione della cartella di pagamento: evoluzione legislativa e nuova previsione introdotta dal d.l. 17 giugno 2005, n. 106*, in *Riv. esec. forz.*, 2006, 536, con nota di G.G.M. MARTINO, *La riscossione esattoriale*, in *Fisco*, 2007, 2822, con nota di M. CHIORAZZI-C. USAI, *La nuova disciplina della notifica delle cartelle di pagamento: applicabilità retroattiva e criticità emerse dall'analisi dell'art. 1, commi 5-bis e 5-ter, del D.L. n. 106 del 2005 alla luce delle recenti pronunce della Corte di Cassazione*, in *Fisco*, 2007, 4101, con nota di E. ORSI, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di (il)legittimità delle cartelle di pagamento* che ha sancito l'illegittimità della previsione normativa che non prevedeva un termine di decadenza per la notifica della cartella di pagamento sul presupposto che tale situazione violasse il principio di ragionevolezza ed il diritto di difesa (a seguito di tale pronuncia fu modificato l'art. 25 del d.P.R. n. 602/1973).

³³ Si tenga a mente che secondo la giurisprudenza è ammissibile una immediata notifica dell'atto al socio anche a prescindere dalla sussistenza del fatto fonte della responsabilità e nella prospettiva di eventuali sopravvenienze che vengono incamerate dai soci.

per cui gli avvisi di accertamento devono essere notificati avendo a riferimento la dichiarazione del periodo nel quale è stata commessa la violazione, sembra impossibile praticare una interpretazione differente sol perché l'azione impositiva viene rivolta non all'obbligato principale, ma ad un soggetto terzo obbligato al pagamento.

6.4. LA RESPONSABILITÀ DEI SOCI *INTRA VIRES* È PER L'INTERO O *PRO QUOTA*?

Un quarto problema è se la responsabilità dei soci sia da ripartire *pro quota* o riguardi l'intero importo del debito tributario nei limiti della capienza data dal valore dei beni ricevuti in assegnazione dal singolo socio. Tale profilo è oggetto di discussione nella dottrina commercialista, ove vengono prospettate diverse conclusioni.

Per ciò che concerne i rapporti tributari, non siamo di fronte ad una ipotesi di solidarietà tra i soci, né paritetica né dipendente, perché, tra l'altro, i casi di obbligazioni solidale nel comparto tributario sono espressamente previsti dalla legge e non possono ricavarsi in via interpretativa.

La responsabilità dei soci determina una obbligazione parziaria facente capo ad essi e collegata a presupposti specifici (la percezione di somme), ma caratterizzata a monte da un tratto comune, cioè il debito tributario della società. Vi sono, quindi, tante obbligazioni di importo differente, ma unificate dall'elemento comune del debito societario.

La valorizzazione del tratto comune delle obbligazioni dei soci consente di sostenere che il Fisco non debba coinvolgere tutti i soci *pro quota*, cioè frazionando l'importo complessivamente dovuto da loro sulla base della singola percentuale di partecipazione al riparto, ma possa agire nei confronti di un socio per l'intero debito societario, nei limiti, però, della capienza delle somme e dei beni ricevuti in assegnazione. Anche l'interpretazione dell'art. 36 alla luce del principio di economia procedimentale depone a favore di questa conclusione.

Se si dovesse espletare l'azione nei confronti di tutti i numerosi soci di una società di capitali, si potrebbero creare, peraltro, delle criticità sul fronte processuale in punto di coerenza dei giudicati.

D'altra parte, però, pur non trattandosi di un'obbligazione solidale, occorre riconoscere il diritto di regresso del socio adempiente alla richiesta dell'Ufficio impositore rispetto agli altri non destinatari della pretesa fiscale; altrimenti, verrebbero

irrimediabilmente alterate le regole di riparto del rischio di impresa secondo le quote di partecipazione al capitale. Così come tutti i soci hanno beneficiato, in base alle percentuali di partecipazione al capitale, della ripartizione del saldo attivo di liquidazione, con lo stesso criterio devono rispondere di eventuali debiti non soddisfatti al momento della cancellazione.

6.5. LA RESPONSABILITÀ DEI SOCI SI ESTENDE ALLE SANZIONI AMMINISTRATIVE IRROGATE ALLA SOCIETÀ?

Dubbi sorgono anche con riferimento all'oggetto della responsabilità e, segnatamente, se questa riguardi solo l'imposta evasa o anche le sanzioni. È noto che il modello sanzionatorio amministrativo abbracciato dalla riforma del 1997 è di tipo punitivo e colpisce esclusivamente l'autore della violazione; per questi motivi si è fissata la regola della non trasmissibilità della sanzione agli eredi. Da ciò può dedursi che, qualora la società non provveda al pagamento della pretesa, le sanzioni non possono incidere su soggetti che non hanno commesso alcuna violazione.

È da considerare, però, che il principio personalistico è stato mitigato con il d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, nel senso che, con riguardo alle violazioni poste in essere da persone giuridiche, le sanzioni sono poste esclusivamente a loro carico. La sanzione amministrativa perde, quindi, in tal caso il carattere affittivo, recuperando la logica risarcitoria presente nella legislazione *ante* riforma del 1997.

Si deve rammentare, ancora, che il fallimento della società non fa venir meno le pretese sanzionatorie, per le quali il Fisco si insinua nel passivo; il legislatore ne ha previsto entro certi limiti la natura di credito privilegiato. I creditori sociali, quindi, subiscono di fatto l'onere economico della sanzione amministrativa, ricevendo una minore somma in sede di ripartizione.

Pertanto, ad analoghe conclusioni deve giungersi nel caso di estinzione della società per cancellazione dal registro delle imprese, ritenendo che la responsabilità dei soci riguardi anche le sanzioni.

A favore di quest'ultima soluzione depone, peraltro, una recente pronuncia della Cassazione penale⁽³⁴⁾, la quale ha affermato che la cancellazione della società dal registro delle imprese non ha come conseguenza l'estinzione dell'illecito ad essa

³⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 22 febbraio 2022 n. 9006, in *Igiene & Sicurezza del Lavoro*, 2022, 278, con nota di R. GUARINIELLO, *Responsabilità amministrativa della società cancellata*.

addebitato sulla base del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, e, quindi, la responsabilità ricade sui soci. Secondo i giudici, le cause di estinzione della responsabilità devono essere espressamente previste dal legislatore e sembra più ragionevole accostare la cancellazione della società al fallimento piuttosto che alla morte della persona fisica.

7. CONCLUSIONI

Sulla base di quanto esposto, si può osservare che, nonostante l'intervento del legislatore nel 2014, il problema della riscossione delle imposte evase dalle società estinte non risulta affatto risolto.

Pur se si è superata la questione della validità ed efficacia dell'avviso di accertamento intestato e notificato alla società estinta, permangono, invero, molte criticità sul fronte della successiva fase della responsabilità dei soci *ex art.* 36 d.P.R. n. 602/1973; criticità che potrebbero impedire una concreta realizzazione dell'interesse erariale alla riscossione dei tributi.

I dubbi sulla tipologia di atto da notificare al socio, sulla latitudine della sua motivazione, sui termini di notifica, sulla responsabilità *pro quota* o per l'intero e sull'inclusione della componente sanzionatoria della pretesa fiscale avrebbero meritato una maggiore attenzione nel contesto di un intervento mirato a razionalizzare e semplificare l'attività di accertamento (appunto il d.lgs. n. 175/2014).

In ogni caso, può sostenersi che una soluzione più rapida ed equilibrata poteva essere costituita da un intervento legislativo finalizzato ad estendere l'applicazione alle società estinte dell'art. 65 del d.P.R. n. 600/1973, consentendo di notificare gli atti intestati alla società estinta impersonalmente e collettivamente ai soci. Rileva ancora la possibilità di prevedere in caso di estinzione della società l'intestazione e la notifica dell'atto di accertamento societario direttamente al socio, da motivare anche con riferimento ai presupposti della sua responsabilità, saltando quindi il "passaggio" sulla società estinta.

Non si sarebbe intaccato il principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico, mantenendo identici sul piano civilistico e tributario gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese.

In definitiva, la riscossione delle imposte evase dalle società estinte resta prevalentemente affidata all'adempimento spontaneo da parte dei soci della società "fisiologicamente" estinte a seguito della notifica dell'atto impositivo *ex art.* 28 e

senza attendere la notifica dell'avviso di accertamento con cui si fa valere la loro responsabilità *ex art.* 36.

Ben poco, infatti, si riuscirà a riscuotere nei confronti di quelle società “patologicamente” o “fraudolentemente” estinte, cioè cancellate in modo programmato in presenza di debiti insoddisfatti; nelle cancellazioni “di comodo” i soci o non ricevono “ufficialmente” beni sociali in sede di liquidazione, in quanto i proventi societari vengono incassati senza emissione di documenti contabili e fiscali (ossia in nero), ovvero, se ricevono beni in sede di liquidazione, si mostrano nullatenenti agli occhi del Fisco, spogliandosi immediatamente di quanto loro assegnato.

ABSTRACT

Sono trascorsi quasi dieci anni dall'intervento normativo che si prefiggeva di tutelare la riscossione dei debiti tributari rimasti insoddisfatti nella procedura di liquidazione culminata con la cancellazione ed estinzione della società di capitali. La consacrazione della validità degli atti impositivi notificati alle società civilisticamente estinte ha solo in parte risolto i problemi. Infatti, la riscossione delle imposte evase dalle società estinte resta prevalentemente affidata all'adempimento spontaneo da parte dei soci delle società “fisiologicamente” liquidate a seguito della notifica dell'atto impositivo *ex art.* 28, d.lgs. n. 175/2014, e senza attendere la notifica dell'avviso di accertamento con cui si fa valere la loro responsabilità *ex art.* 36, d.P.R. n. 602/1973. Ben poco, invece, si riesce a riscuotere nei confronti di quelle società “patologicamente” o “fraudolentemente” liquidate e cioè cancellate in modo programmato in presenza di debiti insoddisfatti; nelle cancellazioni “di comodo” i soci o non ricevono “ufficialmente” beni sociali in sede di liquidazione, ovvero, se ricevono beni in sede di liquidazione, si mostrano nullatenenti agli occhi del Fisco, spogliandosi immediatamente di quanto loro assegnato.

Almost ten years have passed since the law intervened in order to protect the collection of tax debts in the winding up of corporations. The validity of acts of taxation notified to dissolved companies has only partially solved the problem. In fact, the collection of taxes evaded by dissolved companies remains mainly entrusted to the spontaneous fulfillment by “physiologically” liquidated companies' shareholders, who pay following the notification of the tax act pursuant to art. 28,

Legislative Decree no. 175/2014 (and prior to notification of the assessment of taxation pursuant to art. 36, Presidential Decree no. 602/1973). Very little, on the other hand, can be collected against companies that have been “pathologically” or “fraudulently” winded-up (i.e. cancelled on purpose, in the presence of unpaid debts); in “fraudulent” dissolutions, shareholders either do not “officially” receive corporate assets upon liquidation, or, if they do, they show themselves propertyless before tax authorities, concealing what has been assigned to them.

LUDOVICO NICÒTINA
(Professore associato nell'Università di Messina)

**L'ESTINZIONE DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI *PENDENTE IUDICIO*
E I SUOI EFFETTI SUL PROCESSO TRIBUTARIO***

Sommario: 1. Introduzione. 2. Legittimazione dei soci a ricevere la notificazione e impugnare gli atti impositivi societari dopo la cancellazione della società. 3. La cancellazione della società di capitali in pendenza di giudizio e le sue conseguenze. I problemi della successione processuale dei soci nel giudizio tributario. 4. La prosecuzione del processo da parte o nei confronti della società di capitali estinta ai sensi del comma quarto dell'art. 28 del d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175. 5. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

La cancellazione della società di capitali dal registro delle imprese pone numerosi problemi di ordine sostanziale e processuale, collegati alla naturale difficoltà di conciliare i diversi interessi coinvolti ed alla definizione della situazione giuridica della società cancellata dal registro delle imprese e, dunque, all'individuazione del momento a partire dal quale alla società stessa non sia più attribuibile alcuna forma di giuridica esistenza e alla natura delle responsabilità conseguenti di soci, liquidatori e amministratori.

La breve disamina che ci accingiamo ad esporre mira ad illustrare alcuni problemi che derivano da tali esigenze, prendendo spunto dal diritto vivente della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, con particolare riferimento all'ordinanza n. 15393 del 3 giugno 2021 e alla sentenza n. 1689 del 20 gennaio 2022, entrambe della quinta Sezione civile tributaria.

L'analisi si sofferma, in particolare, sulle ricadute attribuibili alla cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese, rispetto all'introduzione e ce-

¹ * Il presente lavoro trae origine da una relazione tenuta in occasione del Seminario su “*La cancellazione delle società secondo recenti pronunce giurisprudenziali*”, svoltosi il 2 marzo 2022.

Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

lebrazione del processo tributario relativo alla contestazione del debito fiscale societario.

Dalla cancellazione estintiva delle società, di cui all'art. 2495 c.c., sorgono, infatti, problemi di ordine processuale, non solo tributario, riferibili: in primo luogo all'impugnazione dell'atto notificato al soggetto societario allorché sia già estinto, ma, altresì, alla prosecuzione del processo eventualmente già avviato dalla società successivamente estinta, allorché la cancellazione sopravvenga nelle more del giudizio pendente.

2. LEGITTIMAZIONE DEI SOCI A RICEVERE LA NOTIFICAZIONE E IMPUGNARE GLI ATTI IMPOSITIVI SOCIETARI DOPO LA CANCELLAZIONE DELLA SOCIETÀ

Nella nomofilassi della Suprema Corte la società cancellata non può più esercitare il diritto d'impugnazione degli atti tributari, poiché quest'ultimo appartiene ormai solo ai successori della società medesima. Per via dell'effetto estintivo della cancellazione, di cui al già rammentato e fondamentale art. 2495 c.c.⁽²⁾, come risultante dalla riforma della disciplina delle società di capitali e cooperative.

In tal senso la Cassazione ha affermato: «in tema di contenzioso tributario, la cancellazione dal registro delle imprese, con estinzione della società prima della notifica dell'avviso di accertamento e dell'instaurazione del giudizio di primo grado, determina il difetto della sua capacità processuale e il difetto di legittimazione a rappresentarla dell'ex liquidatore, sicché eliminandosi ogni possibilità di prosecuzione dell'azione, consegue l'annullamento senza rinvio ex art. 382 c.p.c., della sentenza impugnata con ricorso per cassazione, ricorrendo un vizio insanabile originario del processo, che avrebbe dovuto condurre da subito ad una pronuncia declinatoria di merito, trattandosi di impugnazione improponibile, poiché l'inesistenza del ricorrente è rilevabile anche d'ufficio»⁽³⁾.

Riguardo alla notifica degli atti impositivi/riscossivi, conseguenti a debiti tributari societari azionati dopo la cancellazione della società, la Suprema Corte ha ribadito, recentemente, che l'Amministrazione finanziaria, a seguito della cancellazione ed estinzione della società di capitali, deve esercitare il potere impositivo nei confronti dei singoli soci, «ai quali pertengono i diritti o i beni, originariamente

² Nel testo in vigore dal 1° gennaio 2004, per effetto dell'art. 4 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

³ Cass. civ., Sez. V, 23 marzo 2016 n. 5736, conformi: Cass. civ., Sez. V, ord. 3 giugno 2021 n. 15393 e, già in precedenza, 2 ottobre 2017 n. 23029 e 29 luglio 2016 n. 15782.

facenti capo alla società, in regime di sostanziale contitolarità o comunione indivisa».

Nondimeno, non si può trascurare, in proposito, quanto prevede l'art. 28, co. 4, del d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175. Detta disposizione, infatti, consente all'Amministrazione finanziaria di notificare i propri atti amministrativi tributari alla società, sebbene ormai cancellata. «Ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi», infatti, «l'estinzione della società di cui all'art. 2495 c.c. ha effetto trascorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione del Registro delle imprese»⁽⁴⁾.

La disposizione speciale in esame consente, dunque, alla società già estinta di ricevere la notifica dell'atto impositivo/riscossivo, recettizio e impugnabile. Di conseguenza, sorge il dubbio che la società stessa, nonostante la cancellazione, possa essere legittimata all'impugnazione dell'atto tributario che le fosse stato comunque destinato, cioè intestato e notificato.

Nell'ottica estintiva e successoria propugnata dalla Cassazione, come inevitabile conseguenza della riforma del diritto societario, si dovrebbe risolvere per la esclusione di una tale legittimazione in capo alla società estinta e, pertanto, per la necessità di un'impugnazione da parte dei soci⁽⁵⁾.

A questi ultimi, infatti, la normativa civile e tributaria assegna la responsabilità per la soddisfazione dei debiti societari, successivamente alla liquidazione e cancellazione della compagine sociale.

Ai sensi dell'art. 2495 c.c., infatti, «ferma restando l'estinzione della società, dopo la cancellazione (della società stessa dal registro delle imprese) i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci,

⁴ La norma è stata sin dall'inizio oggetto di studi e analisi piuttosto critiche. In vero, anche posta a confronto con lo standard piuttosto basso delle disposizioni tributarie si rivela, letteralmente all'apparenza, di pessima fattura. Basti pensare, in tal senso, al refuso rimasto nel testo che si riferisce alla "cancellazione del registro" anziché "dal registro". Ai problemi che provoca il riferimento al momento della "richiesta della cancellazione" anziché alla "cancellazione", sia sotto il profilo della conseguente esclusione delle ipotesi di cancellazione d'ufficio, non richieste, che per l'incomprensibile riferimento ad un momento differente da quello, di data certa e pubblica, in cui la cancellazione effettivamente viene annotata nel registro delle imprese ed effettivamente interviene. Al riguardo la Circ. 30 dicembre 2014, n. 31/E, che riteneva riferibile il termine al momento della effettiva cancellazione deve ritenersi superata dalla giurisprudenza della Cassazione, che ha invece ribadito la *littera legis* (Cass. civ., Sez. V, 2 aprile 2015 n. 6743).

⁵ In tal senso Cass. civ., 18 settembre 2015 n. 18385.

fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione». Salvo che per quelle diverse forme societarie caratterizzate da responsabilità illimitata, quale è quella dell'ex socio di s.n.c., ex accomandatario di s.a.s., che continuano ad essere responsabili illimitatamente con tutto il proprio patrimonio⁽⁶⁾.

In tal senso, la Suprema Corte afferma che «differenti sono, infatti, i limiti della responsabilità dei soci, nelle società di persone di regola illimitata, dopo l'escussione del capitale sociale, ai sensi dell'art. 2304 e 2324 c.c.⁽⁷⁾, e invece, in quelle di capitali e nelle cooperative, coerentemente con il sistema, limitata fino alla concorrenza di quanto riscosso nel riparto del capitale sociale, dal socio chiamato a rispondere dei crediti sociali, in ragione dell'accentuata e totale autonomia del patrimonio delle società aventi personalità giuridica, che non consente una soddisfazione che superi quanto di esso è stato ripartito tra i soci e resta, comunque, destinato a soddisfare i creditori della società, nei limiti della sua capienza anche dopo la ripartizione»⁽⁸⁾.

Del pari, anche la normativa tributaria prevede e stabilisce la responsabilità dei soci riguardo ai debiti fiscali societari. Ai sensi dell'art. 36, co. 3, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, i soci o associati, sono, infatti, responsabili per i debiti fiscali della società nei limiti di quanto «hanno ricevuto nel corso degli ultimi due periodi di imposta precedenti alla messa in liquidazione (in) danaro o altri beni sociali in assegnazione dagli amministratori o hanno avuto in assegnazione beni sociali dai liquidatori durante il tempo della liquidazione, sono responsabili del pagamento delle imposte dovute dai soggetti di cui al primo comma, cioè soggetti passivi IRES, nei limiti del valore dei beni stessi, salvo le maggiori responsabilità stabilite dal codice civile. Il valore del denaro e dei beni sociali ricevuti in assegnazione si presume proporzionalmente equivalente alla quota di capitale detenuta dal socio od associato, salva la prova contraria»⁽⁹⁾.

La sopravvivenza societaria post cancellazione, prevista dall'art. 28 d.lgs.

⁶ E, tuttavia, anche ex soci accomandanti di s.a.s. rispondono nei limiti del valore dei beni acquisiti con il riparto finale.

⁷ Cfr., altresì, gli artt. 2267 e 2268 c.c., riguardo alle società semplici.

⁸ Cass. Civ., Sez. un., 22 aprile 2010 n. 4060.

⁹ Si tratta, peraltro, di una disposizione che, nonostante contempri “le maggiori responsabilità stabilite dal codice civile” appare, evidentemente, affermare una responsabilità più vasta di quella in atto stabilita dall'art. 2495 c.c., poiché comprende le acquisizioni intervenute anche prima della messa in liquidazione.

175/2014, come esplicitato dalla Relazione illustrativa di accompagnamento alla normativa in questione, mira ad «evitare che le azioni di recupero poste in essere dagli enti creditori possano essere vanificate»⁽¹⁰⁾. E, comunque, espressamente dispone della temporanea sopravvivenza societaria «ai soli fini della validità e dell'efficacia» degli atti dell'Amministrazione finanziaria.

Anche alla luce di tali chiarimenti sembra inappropriato e incoerente ricorrere allo stesso art. 28 al fine di rendere possibile la impugnazione degli atti amministrativi tributari da parte dell'ente già estinto. L'impugnazione, infatti, ha la funzione di consentire, ovviamente, alla contestazione giudiziale dell'atto amministrativo tributario, piuttosto che quella di assicurarne “validità” ed “efficacia”.

Nelle ipotesi di procedimento amministrativo ancora in corso o di processo tributario già pendente⁽¹¹⁾, si potrebbe dubitare che all'effettiva validità ed efficacia degli atti possa giungersi anche attraverso la prosecuzione del procedimento o del processo, resa necessaria dalla sua stessa pendenza. La sopravvivenza societaria consentita dall'art. 28 in esame, in queste ultime ipotesi, potrebbe servire a rendere possibile la continuazione del procedimento o del processo rispetto all'ente estinto, superando le difficoltà che potrebbero ostacolare la successione procedimentale o processuale dei soci. Nella misura in cui consentire alla prosecuzione dell'accertamento o del processo avviato serve, indubbiamente, alla definizione degli stessi procedimenti, tale definizione può ritenersi un modo attraverso il quale conferire effettiva efficacia agli atti amministrativi tributari.

Si potrebbe, a tal fine, ritenere che ai sensi del quarto comma dell'art. 28 d.lgs. n. 175/2014 anche la società estinta debba godere di una qualche legittimazione attiva, nel procedimento o nel processo pendente, che le consenta di reagire agli atti, pur mantenendo una certa coerenza con la *ratio* della disposizione in esame⁽¹²⁾.

¹⁰ In tal senso anche par. 13.4, della Circ. 19 febbraio 2015, n. 6/E. Si veda, altresì, P. DÉ CAPITANI DI VIMERCATE, *L'estinzione degli enti e la successione nel processo tributario*, in C. GLENDI (a cura di), *La riforma della giustizia tributaria*, Padova, 2021, 150 e nota 65.

¹¹ Ipotesi, quest'ultima, che si analizza a seguire.

¹² Si consideri, al riguardo, il paradosso che si avrebbe nell'ambito del procedimento di accertamento ove si ritenesse che l'ente estinto sia legittimato a ricevere un questionario che gli fosse inviato, ma allo stesso tempo si ritenesse non legittimato a potervi dare seguito con la dovuta risposta. O, ancora, ove semplicemente si ritenesse che la società estinta legittimata a ricevere l'avviso di accertamento o, addirittura, l'invito all'adesione da parte dell'ufficio tributario non fosse, tuttavia, autorizzata a prestare tale adesione in quanto i propri ex rappresentanti sarebbero ormai cessati dall'incarico e non legittimati in tal senso. Cfr. D. DEOTTO, *Gli accertamenti nei confronti delle società estinte*, in D. DEOTTO (a cura di), *Manuale accertamento e riscossione*, Milano, 2021, 243 ss., in particolare 251.

Rendere possibile, tuttavia, l'impugnazione giudiziale dell'atto tributario ancora incontestato, al contrario, non sembra possa ritenersi in alcun modo coerente allo scopo della disposizione in esame.

Nel primo caso, afferma la Cassazione, si tratta "solo" di «adeguare il processo agli eventi estintivi di una parte, verificatisi durante la sua pendenza». Nel secondo, invece, si tratta di consentire di proporre o resistere alla domanda introduttiva da parte o «nei confronti della giusta parte, che non può essere una società già estinta»⁽¹³⁾.

Si evidenzia, in tal senso, come anche consentire una proroga del mandato difensivo, già conferito dalla società prima dell'estinzione, sarebbe meno incisivo che autorizzare ex liquidatori o ex amministratori a decidere di contestare la pretesa, scegliere un difensore e conferirgli un mandato. Anche a voler prescindere dalla potenziale difficoltà pratica di compensare l'attività difensiva in carenza di un patrimonio societario cui attingere, difficoltà peraltro presente anche nel caso di estinzione in pendenza di giudizio.

Pure è vero che l'impugnazione da parte dei soci quali successori dell'ente estinto, sostenuta dalla Cassazione, presenta anch'essa rilevanti problemi.

L'impugnazione da parte dei soci potrebbe porre un problema di carenza d'interesse ad agire nei confronti di un atto non solo formalmente destinato e notificato alla società, ma che non ha alcuna efficacia diretta nei loro confronti, costituendo solo il presupposto per le azioni di recupero eventualmente loro rivolte, che tuttavia dovrebbero essere necessariamente successive ed autonome.

Se si esclude che la società estinta possa impugnare l'atto, pur essendone quest'ultima la legittima destinataria e notificataria, si creerebbero, inoltre, i presupposti per una sorta di "tranello giuridico". L'eventuale impugnazione dell'atto, se esercitata da parte della società, che se ne ritenesse autorizzata ed in un certo senso obbligata, in quanto notificataria seppur già estinta, condurrebbe alla pronuncia di inammissibilità del ricorso. Quest'ultima, con ogni probabilità, determinerebbe la definitività dell'atto impugnabile, anche in danno ai soci responsabili per il debito tributario societario.

Di conseguenza, l'obbligazione tributaria della società estinta acquisirebbe definitività, per scadenza del termine di impugnazione dell'atto che la rappresenta, e non sarebbe più contestabile nel merito da parte dei soci. Neppure successivamen-

¹³ Cass. civ., Sez. lav., 29 settembre 2014 n. 20474.

te, allorché costoro fossero destinatari degli atti loro rivolti, su quel presupposto. Infine, non è ben chiaro se all'esercizio dell'impugnazione dell'atto notificato alla società estinta, direttamente da parte dei soci, consegua una situazione di litisconsorzio necessario tra tutti i soci. Secondo la Cassazione, infatti, la successione processuale dei soci, alla società estinta in pendenza di giudizio, verifica un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra i soci stessi⁽¹⁴⁾. Litisconsorzio che, dunque, potrebbe ritenersi necessario anche in conseguenza dell'impugnazione, da parte dei soci, dell'atto notificato alla società estinta, ma che costituirebbe un serio impedimento alla tempestività dell'impugnazione stessa⁽¹⁵⁾.

3. LA CANCELLAZIONE DELLA SOCIETÀ DI CAPITALI IN PENDENZA DI GIUDIZIO E LE SUE CONSEGUENZE. I PROBLEMI DELLA SUCCESSIONE PROCESSUALE DEI SOCI NEL GIUDIZIO TRIBUTARIO

Riguardo alla cancellazione sopravvenuta *pendente iudicio*, la Suprema Corte di Cassazione ha enunciato il principio di diritto secondo il quale: «in tema di contenzioso tributario, qualora l'estinzione della società di capitali, all'esito della cancellazione dal registro delle imprese, intervenga in pendenza del giudizio di cui la stessa sia parte, si verifica un evento interruttivo disciplinato dagli artt. 299 c.p.c. e ss. Infatti, l'art. 2495 c.c., esclude radicalmente che una società estintasi a seguito di cancellazione possa mantenere la legittimazione processuale anche a mezzo del suo liquidatore»⁽¹⁶⁾.

¹⁴ «I soci peculiari successori della società, subentrano nella legittimazione processuale facente capo all'ente – la cui estinzione è in parte equiparabile alla morte della persona fisica, ai sensi dell'art. 110 c.p.c. – in situazione di litisconsorzio necessario per ragioni processuali, ovvero sia a prescindere dalla scindibilità o meno del rapporto sostanziale» (Cass. civ., n. 15393/2021).

¹⁵ Da esercitarsi entro i brevi termini concessi dall'art. 21 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, salvo, forse che nell'ipotesi di cancellazione intervenuta nelle more dell'impugnazione dell'atto notificato alla società successivamente estinta. Ipotesi riguardo alla quale potrebbe ritenersi applicabile quanto disposto dal comma terzo dell'art. 65 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. A norma di questa disposizione, infatti, «tutti i termini pendenti alla data della morte del contribuente o scadenti entro quattro mesi da essa, compresi il termine per la presentazione della dichiarazione e il termine per ricorrere contro l'accertamento, sono prorogati di sei mesi in favore degli eredi». Proroga, peraltro, ispirata a quella stabilita dall'art. 40, co. 4, d.lgs. n. 546/1992 nelle ipotesi di evento estintivo assimilato al decesso accaduto in pendenza del giudizio.

¹⁶ Cass. civ., ord. 1 marzo 2017 n. 1795. In senso conforme anche Cass. civ., Sez. un., 12 marzo 2013 n. 6070; Cass. civ., Sez. V, 8 ottobre 2014 n. 21188.

La Cassazione, pertanto, ribadisce, anche in relazione alle ipotesi di estinzione in corso di causa, il difetto di capacità dell'ente estinto, attribuendo la stessa capacità, invece, ai soci, identificandoli quali successori della società.

«La cancellazione della società dal registro delle imprese, a partire dal momento in cui si verifica l'estinzione della società cancellata, priva la società stessa della capacità di stare in giudizio; pertanto, qualora l'estinzione intervenga nella pendenza di un giudizio del quale la società è parte, si determina un evento interruttivo, disciplinato dagli artt. 299 c.p.c. e ss., con eventuale prosecuzione o riassunzione da parte o nei confronti dei soci, successori della società, ai sensi dell'art. 110 c.p.c.»⁽¹⁷⁾.

Si tratta di una tesi che, palesemente, svaluta la rilevanza che in un primo tempo la stessa Suprema Corte attribuiva alla diversità e autonomia delle responsabilità dei soci rispetto al debito societario. Considerato che la responsabilità dei soci delle società di capitali resta limitata anche dopo l'estinzione, come già rilevato, e oggetto di autonomo accertamento⁽¹⁸⁾.

In ogni caso, poiché lo prescrive la legge, appare evidente come ai fini della responsabilità dei soci non si possa prescindere dalla necessità, non solo di appurare la qualità di socio, ma anche l'avvenuta distribuzione di utili o, comunque, di denaro o beni societari.

La Cassazione ha affermato, tuttavia, che la percezione di utili, rappresentando esclusivamente il limite della responsabilità dei soci delle società di capitali per i debiti della società estinta, inciderebbe sull'interesse ad agire ma non avrebbe rilievo, invece, ai fini della loro legittimazione attiva o passiva e, dunque, sulla validità dell'atto di accertamento ove fosse loro notificato⁽¹⁹⁾.

Alla stregua di tale principio si è ammessa pure una successione processuale automatica dei soci, quali successori sostanziali e, dunque, legittimati alla causa e, almeno in astratto, interessati alla stessa.

In concreto, tuttavia, potrebbe ben darsi ricorrano ipotesi di carenza di interesse ad agire e, pertanto, a riassumere o resistere in giudizio. Sia da parte del creditore sociale nei confronti dei soci che, al contrario, dei soci stessi. Ove fosse mancata

¹⁷ Cass. civ., Sez. VI, ord. 14 novembre 2018 n. 29251.

¹⁸ L'art. 36 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 dopo aver stabilito il limite delle responsabilità dei soci delle società di capitali al comma terzo, al comma quinto dispone che le responsabilità stabilite dalla norma in questione siano, altresì, accertate con autonomo atto motivato.

¹⁹ Cass. civ., Sez. V, 16 giugno 2017 n. 15035.

la distribuzione di utili, in base alle vigenti norme civili e tributarie, i soci non sarebbero in concreto responsabili del debito societario e, dunque, non sussisterebbe alcun loro interesse né alcun interesse del creditore fiscale a proseguire nei loro confronti il giudizio tributario avviato dall'impugnazione della società estinta.

La Cassazione ha affrontato la questione riguardo alle successive azioni di recupero del credito agite nei confronti dei soci e, in forza di un concetto dinamico di interesse ad agire, ha ritenuto che «anche se il riparto dei soci al momento della liquidazione è stato zero, il creditore ha comunque interesse ad agire nei confronti del socio, in virtù di un eventuale riparto futuro»⁽²⁰⁾.

Occorre, tuttavia, tenere ben distinte queste ipotesi da quelle di successione nel processo introdotto dall'impugnazione da parte degli organi societari allorché la società non era ancora estinta.

A seguito della cancellazione dal registro delle imprese e della conseguente estinzione della società, la Cassazione ritiene che, al creditore fiscale, sia concesso agire nei confronti dei singoli soci, onde far valere la loro responsabilità per i debiti tributari societari, nei limiti consentiti dalla legge.

A tal fine, sempre secondo la Cassazione, non è necessario che il debito societario sia già stato definito in via amministrativa o giudiziale nei confronti della società. Questa conclusione è condivisibile nella misura in cui, diversamente ritenendo, la cancellazione estintiva potrebbe configurare un “manipolabile” ostacolo alla soddisfazione dei creditori societari, poiché l'estinzione renderebbe difficile, se non impossibile, soddisfare questa condizione preliminare⁽²¹⁾. Di conseguenza, le azioni di responsabilità potrebbero esser agite nei confronti dei soci, sin dalla cancellazione della società dal registro delle imprese. Il titolo così ottenuto nei confronti del socio sarebbe utile in caso di sopravvenuta percezione di danaro o beni societari da parte di questi.

Il titolo giudiziale eventualmente ottenuto dal creditore fiscale nei confronti dei soci quali successori dell'ente estinto nel processo tributario introdotto dall'impugnazione da parte della società cancellata stessa, tuttavia, non potrebbe che limitarsi alla definizione del debito societario, a differenza di quanto appare opinare la Cassazione. Debito societario, che resterebbe, comunque, solo un presupposto delle azioni successive da esercitare nei confronti dei soci e, pertanto, la prosecu-

²⁰ Cass. civ., n. 15035/2017.

²¹ A meno che, come si evidenzia più oltre, non si ammetta l'utilizzo, proprio a tal fine, dell'art. 28 del d.lgs. 21 novembre 2014, n. 175 in tema di sopravvivenza societaria *post* estintiva.

zione del processo nei confronti dei soci si configurerebbe, inevitabilmente, quale azione di mero accertamento preventivo.

Anche nell'ipotesi in cui una distribuzione di utili societari ai soci vi fosse già stata, peraltro, le questioni relative alla limitazione delle responsabilità dei soci non potrebbero essere oggetto del giudizio tributario.

Il problema, in queste ipotesi, dunque, si porrebbe proprio in ordine al tradizionale insegnamento della Suprema Corte di Cassazione in base al quale le azioni di mero accertamento preventivo, alla stregua del diritto processuale tributario vigente, siano da considerarsi inammissibili di fronte al giudice tributario⁽²²⁾.

Il processo nel quale i soci dovrebbero succedere alla società estinta, infatti, è introdotto dalle contestazioni mosse dalla società stessa e riguardanti l'atto impugnabile notificato. Contestazioni ed atto al quale i profili di responsabilità dei soci sono necessariamente estranei e non successivamente integrabili.

Nel processo tributario il *thema decidendum*⁽²³⁾ è cristallizzato nell'atto introduttivo societario e nell'atto impugnabile diretto alla società stessa e non può essere modificato in corso di causa. Di conseguenza, nel processo già pendente avviato dalla società ante cancellazione ed al quale, quindi, sono estranee le questioni relative alla limitazione delle responsabilità post liquidative dei soci, non è possibile alcuna integrazione in tal senso.

È vero che l'azione processuale a suo tempo, avviata tramite l'impugnazione da parte degli organi societari, era in origine perfettamente valida e ammissibile e non certo di mero accertamento preventivo. È, tuttavia, altrettanto vero che non potrebbe che divenirlo per effetto dell'anomala successione processuale dei soci limitatamente responsabili dei debiti societari. Anomala successione della quale ammissibilità, dunque, è legittimo dubitare anche alla stregua di tale argomento. La successione processuale dei soci, pertanto, si configurerebbe, comunque, come un'azione giudiziale mirante ad ottenere un provvedimento giudiziale di accertamento del debito societario presupposto delle responsabilità fiscali, successive e solo eventuali, dei soci.

Accertamento preventivo che, peraltro, si rivelerebbe "inutile", specie per l'Amministrazione finanziaria. La stessa Cassazione, infatti, non lo ha ritenuto necessario, come già rammentato, ai fini dell'azione di responsabilità nei confronti dei soci. Anche in caso di sopravvenienze post liquidative, peraltro, non consenti-

²² Cass. civ., Sez. un., 20 novembre 2007 n. 24011.

²³ In buona misura anche il *thema probandum*.

rebbe al Fisco di poter riscuotere il proprio credito tributario direttamente dalla società ormai estinta, poiché ormai priva di un patrimonio societario autonomo aggredibile.

Infine, poiché ai fini della successione dei soci nel processo avviato dalla società estinta si deve escludere l'indagine riguardo alla percezione da parte loro di "utili" societari, che pure costituisce il limite delle loro responsabilità, occorrerà coerentemente ammettere che tale questione resti impregiudicata e, di conseguenza, che dovrebbe essere oggetto di successivo accertamento e, comunque, possa essere contestata successivamente dai soci medesimi.

4. LA PROSECUZIONE DEL PROCESSO DA PARTE O NEI CONFRONTI DELLA SOCIETÀ DI CAPITALI ESTINTA AI SENSI DEL COMMA QUARTO DELL'ART. 28 DEL D.LGS. 21 NOVEMBRE 2014, N. 175

Come rammentato, l'art. 28 d.lgs. n. 175/2014, disponendo anche della "validità" degli "atti di contenzioso" dell'Amministrazione finanziaria nei confronti della società già estinta, potrebbe essere al fondamento di una teorica della prosecuzione, *ex lege*, del processo tributario in capo alla società estinta.

Prosecuzione che potrebbe garantire il perfezionamento della pretesa debitoria nei confronti dell'ente estinto e, dunque, la costituzione del presupposto per le successive azioni nei confronti di soci, liquidatori e amministratori, certamente utile nonostante la Cassazione non lo ritenga necessario⁽²⁴⁾.

Ancora una volta, nondimeno, occorre rilevare i gravi difetti dell'intervento legislativo eseguito.

In effetti, la disposizione sembra trarre origine dalla prassi degli uffici tributari di

²⁴ In questo senso D. DEOTTO, *Gli accertamenti nei confronti delle società estinte*, cit., 243 ss. e, in particolare, 248, sostiene: «il vero obiettivo che ha portato all'introduzione dell'art. 28, d.lgs. 175/2014, ossia la creazione di un atto valido nei confronti della società al fine di dare luogo al presupposto per agire nei confronti dei soci e dei liquidatori», ritenendo che per tal via si sia anche risolto un problema di competenza giurisdizionale, poiché la natura delle responsabilità conseguenti di soci e liquidatori, come già osservato, è dubbia e, comunque, non dovrebbe essere fiscale, nonostante il procedimento tributario di cui all'art. 36, co. 5, d.P.R. n. 602/1973. Di conseguenza, si sarebbe anche posto il problema dell'attribuzione all'autorità giudiziaria ordinaria della soluzione delle questioni attinenti alla definizione del debito tributario che, per materia, rientrano, invece, nella cognizione del giudice tributario appunto. Occorre rilevare, tuttavia, che il medesimo autore ritiene che, proprio dal punto di vista processuale, la norma in esame manifesti rilevanti profili di illegittimità e incongruenza, sui quali ci si sofferma nel testo a seguire.

notificare gli atti impositivi alla società estinta e, di conseguenza, dalla volontà di predisporre un rimedio legislativo che impedisse di ritenere tali atti inesistenti o nulli, in quanto destinati e notificati appunto al soggetto già estinto⁽²⁵⁾.

Rispondeva, dunque, ad esigenze di ordine procedimentale, come dimostra anche il termine quinquennale stabilito ai fini di questa “sopravvivenza”⁽²⁶⁾.

L’aggiunta relativa agli “atti di contezioso” si manifesta come particolarmente complessa da interpretare, anche perché della disposizione sono possibili due esegesi ben diverse, in termini di portata da assegnare al dettato normativo in questione.

Ad una interpretazione restrittiva l’art. 28 d.lgs. n. 175/2014 sembra limitarsi a conferire «validità» ed «efficacia» agli atti notificati dall’Amministrazione finanziaria alla società estinta. In altri termini, si ridurrebbe ad una *fictio iuris*, mirante a rendere inopponibile e inefficace l’estinzione societaria nei confronti del Fisco. Quindi, mirante a riconoscere implicitamente all’ente estinto una limitata legittimazione passiva alla ricezione delle notifiche di tali atti procedurali e, per via del riferimento al contezioso, anche processuali tributari.

Non attribuirebbe, invece, nuova soggettività giuridica all’ente estinto, poiché

²⁵ Non è un caso che uno dei primi interventi interpretativi della Cassazione è stato nel segno di negare la natura retroattiva e procedimentale della norma in questione, che era stata, invece, sostenuta dall’Amministrazione finanziaria nell’intento di ottenere una sanatoria utile anche per la “salvezza” degli atti già notificati prima del 13 dicembre 2014. Al riguardo Cass. civ., n. 6743/2015 (poi confermata da Cass. civ., n. 18385/2015. e Cass. civ., Sez. VI, ord. 21 febbraio 2020 n. 4536), ha affermato la natura sostanziale della disposizione e negato la retroattività anche in base dalla espressa previsione della legge delega. Infatti, ex art. 1, co. 1, della legge delega 11 marzo 2014, n. 23: «i decreti legislativi sono adottati, nel rispetto dei principi costituzionali, in particolare di quelli di cui agli artt. 3 e 53 Cost., nonché del diritto dell’Unione Europea, e di quelli dello Statuto dei diritti del contribuente (Legge n. 212 del 27/7/2000), con particolare riferimento al rispetto del vincolo di irretroattività delle norme tributarie di sfavore (per il contribuente)». Quindi, l’irretroattività è imposta per legge ed anche in ossequio ai principi statutari di cui agli artt. 3, co.1, 10, ma anche 1, co. 2, che riguarda le disposizioni di interpretazione autentica. Ipotesi certamente non rinvenibile nel caso di specie. Al riguardo G. RAGUCCI, *Le nuove regole sulla cancellazione delle società dal registro imprese valgono solo pro-futuro*, in *Corriere trib.*, 2015, XXI, 1626 ss.

²⁶ In vero, al momento dell’emanazione del d.lgs. n. 175/2014 le norme di riferimento principale in materia, vale a dire gli artt. 57 d.P.R. n. 633/1972 e 43 d.P.R. n. 600/1973, disponevano, infatti, un termine massimo di cinque anni dall’omessa presentazione della dichiarazione o dalla presentazione della dichiarazione nulla, salve le disposizioni sul raddoppio. Com’è noto la successiva Legge di stabilità 2016 (legge 28 dicembre 2015, n. 208) ha aumentato tali termini, per effetto dei commi 130 e 131 dell’unico articolo che compone il testo legislativo in questione, innovando radicalmente il testo delle due norme già citate.

dalla norma non è previsto alcun ripristino della sopravvivenza sostanziale e patrimoniale delle società sino all'estinzione sia pur delle sole pendenze tributarie, sulla falsariga di quanto, invece, disponeva il previgente art. 2456 c.c.

Da un punto di vista processuale, in base alla tesi restrittiva, l'utilità della norma in esame si ridurrebbe ad una provvisoria agevolazione, esclusivamente a vantaggio del Fisco, che, ai soli fini notificatori, potrebbe indirizzare efficacemente i propri atti processuali alla società estinta, nell'immediatezza di tale estinzione⁽²⁷⁾. Nondimeno, successivamente a questo primo atto conseguente all'estinzione societaria, il giudizio non potrebbe proseguire se non per il tramite della costituzione in giudizio dei successori, poiché la società estinta non sarebbe, comunque, in alcun modo legittimata a "reagire" e proseguirlo⁽²⁸⁾. Di conseguenza tornerebbero a prospettarsi i problemi relativi alla successione processuale dei soci cui si è fatto cenno.

Se il processo dovesse proseguire, l'art. 28 d.lgs. n. 175/2014 non potrà interpretarsi come una norma che si limiti a conferire alla società cancellata dal registro delle imprese una mera legittimazione passiva, alla ricezione degli atti processuali notificati dall'Amministrazione finanziaria.

Se il processo deve proseguire, l'effetto processuale del comma quarto dell'art. 28 deve includere non solo proroga della rappresentanza passiva e/o della domiciliatura, ma quantomeno la stessa proroga dell'integrale efficacia dell'incarico difensivo, simile a quella consentita dall'art. 40 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546⁽²⁹⁾.

Questa interpretazione, assai più estensiva, potrebbe trarre fondamento dall'affermazione della Cassazione che, nel condivisibile intento d'impedire l'applicazione retroattiva della disposizione in esame, ne ha sostenuto l'effetto sostanziale⁽³⁰⁾.

Nondimeno, anche questa esegesi, volta ad assegnare massimo rilievo alla norma

²⁷ Al punto che la stessa previsione del termine di sopravvivenza quinquennale, processualmente, avrebbe poco senso.

²⁸ D. DEOTTO, *Non si può essere un po' morti: quindi una società estinta non può mai stare in giudizio*, in *Fisco*, 2015, 1751 ss.

²⁹ Ai sensi dell'art. 40, co. 2, d.lgs. n. 546/1992: «l'interruzione si ha al momento dell'evento se la parte sta in giudizio personalmente e nei casi di cui al comma 1, lettera b (cioè di decesso, radiazione o sospensione dall'albo che riguardino il difensore). In ogni altro caso, l'interruzione si ha al momento in cui l'evento è dichiarato o in pubblica udienza o per iscritto con apposita comunicazione del difensore della parte a cui l'evento si riferisce». Al riguardo L. NICOTINA, *La difesa tecnica nel processo tributario*, Padova, 2020, 273 ss.

³⁰ Cass. civ., n. 6743/2015.

speciale in questione, manifesta gravi aporie e difetti sistematici.

Muovendo dalle osservazioni più banali e meno rilevanti si deve ribadire che, comunque, il termine di differimento quinquennale, decorrente dalla richiesta di cancellazione, potrebbe rivelarsi del tutto insufficiente a pervenire ad un giudicato di merito definitivo, nonostante la speditezza del rito tributario in queste fasi di cognizione. L'eventualità, ovviamente, riaprirebbe il problema della successione processuale dei soci. Rinviando soltanto le problematiche successorie e i loro effetti sul processo pendente senza risolverle, la temporanea prosecuzione del processo nei confronti della società estinta rischierebbe di aggravarle, per via del trascorrere del tempo.

Si potrebbe verificare persino una complessa interferenza tra proroga dell'effetto estintivo e ordinaria ultrattività del mandato difensivo nelle more della dichiarazione o comunicazione dell'evento interruttivo, da parte del difensore costituito dell'ente stesso. Si potrebbe ritenere non consentita al difensore, incaricato dall'ente estinto, la dichiarazione/comunicazione dell'evento estintivo occorso, se non successivamente al decorso dei cinque anni dalla richiesta di cancellazione. Allo spirare di tale termine, quindi, si potrebbe ritenere che il difensore possa ancora decidere di non dichiarare l'evento e fruire dell'ulteriore proroga, a norma dell'art. 40 d.lgs. n. 546/1992⁽³¹⁾.

Le maggiori perplessità che derivano dall'interpretazione estensiva in esame, riguardano, tuttavia, l'opportunità di attribuire la gestione del contenzioso all'ectoplasma societario, cioè ad una società estinta, titolare di una capacità comunque "ridotta" e slegata da un'autonomia patrimoniale ormai inesistente.

Una società la quale, tramite organi societari necessariamente e implicitamente da ritenersi tacitamente in proroga, sarebbe legittimata a "gestire" un contenzioso, senza, peraltro, poterne subire l'eventuale onere economico, non essendo più titolare di un patrimonio autonomo al quale attingere.

In altri termini, in base a quest'esegesi dell'art. 28 si consentirebbe una prosecuzione del processo che solo in apparenza ne salverebbe la sostanza, poiché, in

³¹ Al riguardo A. GUIDARA, *Venir meno della parte e proroghe dei termini nella disciplina del processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2018, III, 313 ss. e, in particolare 327, osservava che «la proroga spiegherebbe i suoi effetti dopo il decorso di tale termine (concesso dall'art. 28) il che vorrebbe dire che il comma quarto dell'art. 28 introdurrebbe un differimento della proroga» e, dunque, «proroga e interruzione verrebbero pur sempre in essere, anche se dopo il quinquennio e con le complicazioni date dai disallineamenti delle complessive vicende giuridiche della società e dei soci».

realtà, il giudizio proseguirebbe in assenza dei reali contraddittori, in violazione degli artt. 24 e 111 Cost.

Conclusione, come minimo, “demoralizzante”, poiché, del resto, a tutto voler concedere, non può essere neppure nell'interesse del Fisco proseguire un giudizio sorto dall'impugnazione di un atto amministrativo tributario, una volta conclusosi che la definizione del debito tributario societario presupposto non sia necessaria per poter far valere le responsabilità, *ex lege*, conseguenti dei soci.

5. CONCLUSIONI

La Suprema Corte di Cassazione, come rammentato, da tempo non ritiene indispensabile la preventiva definizione del debito societario ai fini delle successive e autonome azioni da avviare nei confronti degli ex soci⁽³²⁾, tanto è vero che si è ammessa persino la possibilità di una contestuale pendenza di liti tra società e Fisco e tra quest'ultimo e i soci⁽³³⁾.

È vero che tale orientamento sembra rinnegare, almeno in parte, quanto emerge dalle norme di riferimento ma, certamente, offre al creditore fiscale un'alternativa assai più vantaggiosa, evitando che i tempi di recupero del gettito si prolunghino al punto dal renderlo estremamente improbabile se non addirittura impossibile, tramutandosi in un deciso svantaggio per il solo creditore tributario.

In conseguenza della riforma societaria dell'ormai lontano 2003 e, dunque, della scelta legislativa di abbandonare il modello “perpetuativo” e attribuire effetto estintivo definitivo alla cancellazione delle società dal registro delle imprese, ogni intervento, legislativo o interpretativo, che tenda a rendere possibile l'avvio o anche solo la prosecuzione del processo nei confronti dell'ente estinto non può che giudicarsi incoerente e potenzialmente dannoso per tutte le parti coinvolte, poiché rischia di vincolarle ad un contenzioso sterile.

Nondimeno, se pure si ammettesse l'opportunità di non consentire in alcun modo all'ente già estinto di avviare il contezioso fiscale, non senza le segnalate difficol-

³² Cfr. Cass. civ., n. 15393/2021. afferma in tal senso «la tesi del ricorrente per cui la nullità degli accertamenti dei redditi ai fini IRPEF del socio deriverebbe dalla mancanza di un valido accertamento nei confronti della società è erronea». Si veda anche Cass. civ., Sez. VI, ord. 28 novembre 2014 n. 25275. La circostanza, peraltro, pone problemi anche in ordine ai termini di decadenza delle azioni amministrative e di contestazione giudiziale relative a debito societario e responsabilità conseguenti.

³³ Circostanza che comporterebbe persino un problema di coordinamento dei giudicati e, in pendenza, di riunione dei processi.

tà, non sembra, invece, sia stata ancora trovata una soluzione davvero valida con riferimento alla gestione dei processi già pendenti, nel corso dei quali intervenga la cancellazione in questione.

Si è osservato, infatti, che la successione processuale dei soci, ai sensi dell'art. 110 c.p.c., o, anche, la prosecuzione del processo nei confronti della società, nonostante la sua cancellazione, presentano rilevanti problemi di ordine sistematico, giuridico e pratico.

Problemi la cui soluzione sembra essere ancora di là da venire e non può essere “trovata” dalla Corte di Cassazione.

Problemi che riguardano il destino di un processo pendente la cui prosecuzione potrebbe non servire ed essere addirittura negativa per l'Amministrazione finanziaria, ma che deve trovare una qualche forma di valida conclusione, che non determini violazioni dei diritti e interessi in gioco⁽³⁴⁾.

Occorrono, dunque, interventi legislativi che eliminino i difetti di coordinamento e le incongruenze in atto presenti nella normativa di riferimento e descrivano, in maniera convincente e compatibile con le disposizioni speciali di rito, la sorte del processo tributario pendente, ove già introdotto dalla società antecedentemente alla sua cancellazione.

ABSTRACT

La relazione analizza alcuni aspetti della normativa e degli orientamenti della giurisprudenza riguardo all'impatto della cancellazione dal registro delle imprese delle società di capitali, sul processo tributario pendente.

Si affronta, in particolare, il problema della successione processuale dei soci e dell'eventuale prosecuzione del processo ai sensi dell'art. 28 d.lgs. n. 175/2014.

³⁴ Non potendosi ritenere implicitamente rinunciata, per via della successiva cancellazione, l'azione giudiziale promossa dalla società tramite l'impugnazione dell'atto tributario. Anche la proposta dottrinale - sostenuta da C. GLENDI, *Cancellazione-estinzione delle società e cessazione della materia del contendere nei giudizi in corso*, in *Riv. giur. trib.* 2011, VI, 518 ss. e più di recente da P. DÉ CAPITANI DI VIMERCATE, *L'estinzione degli enti e la successione nel processo tributario*, cit. - di collegare la cancellazione ad una dichiarazione di cessazione della materia del contendere non ha incontrato il favore della Suprema Corte e, in vero, potrebbe condurre, comunque, alla definitività dell'atto impositivo/riscossivo impugnato dalla società, che precluderebbe anche ai soci qualsiasi forma di contestazione in ordine alla pretesa fiscale, in violazione degli artt. 24 e 113 Cost.

The essay analyzes some problematic aspects of the legislative regulation and jurisprudential orientation about the impact, on the tax process, of the commercial companies' removal from the companies' register. It specifically addresses to the problem of the succession in the process by the shareholders and the eventually continuation of the process pursuant to art. 28 of Legislative Decree n. 175/2014.

MARCO SPERANZIN

(Professore ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Padova)

PROBLEMI ATTUALI IN TEMA DI ESTINZIONE DELLA SOCIETÀ*

Sommario: 1. Introduzione: il problema. 2. Estinzione del soggetto e successione nei rapporti pendenti. 3. Sopravvenienze di attivo e cancellazione della società. 4. Rapporti debitori: la responsabilità dei soci e dei liquidatori nei confronti dei creditori sociali pretermessi dal riparto.

1. INTRODUZIONE: IL PROBLEMA

Il tema dell'estinzione della società a seguito dell'iscrizione della cancellazione a registro delle imprese mantiene la sua centralità ed attualità. Ciò è evidente non appena si consulti il numero, elevatissimo, di sentenze in materia, che spesso intrecciano – come altri profili del diritto dell'impresa: si pensi, ad esempio, al tema del rapporto di amministrazione – profili societari e civilistici, tributari, processuali, di diritto della crisi nonché penali; ma anche qualora si considerino i recenti interventi del legislatore, sia a livello interno che comparatistico.

La mia relazione, che si pone quale introduzione al seminario odierno ed è in linea con un contributo pubblicato di recente⁽²⁾, ha ad oggetto sostanzialmente tre punti, tra i vari che si potrebbero analizzare in materia di cancellazione dal registro delle imprese: il fenomeno dell'estinzione della società (in particolare di capitali) qualificato come successione a titolo universale, seppure *sui generis*; la sorte dell'attivo; le responsabilità per i debiti sociali a carico dei soci e dei liquidatori.

¹ * Il presente lavoro trae origine da una relazione tenuta in occasione del Seminario su “*La cancellazione delle società secondo recenti pronunce giurisprudenziali*”, svoltosi il 2 marzo 2022.

Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

² M. SPERANZIN, *Estinzione delle società nella recente giurisprudenza*, in G.A. RESCIO e M. SPERANZIN (a cura di), *Patrimonio sociale e governo dell'impresa. Dialogo tra giurisprudenza, dottrina e prassi in ricordo di G.E. Colombo*, Torino 2020, nonché in *Riv. dir. civ.*, 2021, 376 ss. (da cui si cita), cui si rinvia per completi riferimenti sia alla giurisprudenza precedente che alla dottrina in materia.

2. ESTINZIONE DEL SOGGETTO E SUCCESSIONE NEI RAPPORTI PENDENTI

In primo luogo è opportuno ricordare gli interessi che devono essere tutelati, e vanno tenuti in considerazione, nel procedimento di liquidazione ed estinzione della società.

La giurisprudenza in passato (periodo anteriore alla riforma del 2003) sosteneva un orientamento, molto criticato dalla dottrina, di estrema protezione dei creditori sociali, in particolare quelli ritardatari, ritenendo la società esistente come soggetto, nonché in quanto tale fallibile, finché vi fossero rapporti giuridici pendenti. Tale orientamento è stato successivamente modificato, a favore di una posizione che tutela in modo rafforzato la certezza dei rapporti giuridici e le esigenze di riallocazione della ricchezza, a seguito dell'introduzione dell'inciso (all'attuale comma 3) «ferma restando l'estinzione della società» all'art. 2495 c.c., considerata una scelta legislativa di accoglimento della tesi sostenuta prevalentemente in dottrina, secondo cui l'iscrizione della cancellazione dal registro delle imprese comporta il venir meno del soggetto. Tale posizione è stata definitivamente accolta dalle tre sentenze gemelle delle Sezioni Unite del 12 marzo 2013 nn. 6070, 6071 e 6072³. Successivamente vi è stato un nuovo mutamento dell'equilibrio (una vera e propria «oscillazione del pendolo» degli interessi tutelati), a favore del riconoscimento di una maggiore protezione di alcuni creditori sociali (l'Amministrazione finanziaria e gli enti previdenziali, ossia quelli di norma «ritardatari», per cui era stato seguito l'orientamento pre-riforma del 2003); ciò in particolare a seguito dell'introduzione dell'art. 28, comma 4, d. lgs. n. 175/2014, secondo cui la società cancellata dal registro delle imprese può ritenersi, seppure a determinati fini come si dirà, ancora «esistente». I profili di potenziale illegittimità costituzionale di quest'ultima norma per violazione dell'art. 3 Cost. (disparità di trattamento tra i creditori sociali) e dell'art. 76 Cost. (eccesso di delega) sono stati ritenuti infondati dalla Corte costituzionale, in particolare il primo perché «l'interesse fiscale perseguito dalle obbligazioni tributarie giustifica lo scostamento

³ Commentate ad esempio da F. FIMMANÒ, *Le Sezioni Unite pongono la "pietra tombale" sugli effetti tombali della cancellazione delle società di capitali*, in *Società*, 2013, 536 ss. nonché da M. SPERANZIN, *Successione dei soci ed iscrizione nel registro delle imprese del fatto estintivo della società*, in *Corriere giuridico*, 2014, 252 ss. V. già in precedenza Cass. Sez. Un., 22 febbraio 2010, n. 4060, 4061 e 4062, in *Società*, 2010, 640 ss. e 1004 ss.

dalla disciplina ordinaria»⁽⁴⁾.

La Suprema Corte, soprattutto con le tre sentenze del 2013, ha ricostruito il fenomeno dell'estinzione della società come di tipo successorio a titolo universale, seppure *sui generis*, rilevando nella vicenda i due caratteri che contraddistinguono tale successione: la perdurante responsabilità dei successori (i soci) per i debiti dell'ente estinto (responsabilità che non necessariamente deve essere illimitata); e l'unità dell'intera vicenda traslativa, avente ad oggetto l'intero patrimonio del soggetto (comprensivo dunque sia dei beni o diritti espressamente assegnati, sia di quelli eventualmente sopravvenuti).

Un ulteriore passo nel senso di siffatta qualificazione, e di delimitazione delle sue conseguenze, è stato fatto, a mio avviso, da una successiva ulteriore sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, che ha seguito la tesi della qualificazione dello scioglimento della comunione ereditaria mediante divisione come atto *inter vivos* avente efficacia modificativa o traslativa⁽⁵⁾. Orbene: quest'interpretazione risulta strumentale ad avallare la tesi del fenomeno successorio a titolo universale conseguente al riparto a favore dei soci (da considerare, diversamente da quanto ritenuto da una recente sentenza della Cassazione penale, un fenomeno di tipo divisorio⁽⁶⁾), riparto che accompagna l'approvazione del bilancio finale di liquidazione. Quest'interpretazione, al di là delle discusse conseguenze in ambito tributario, pare *da un lato* strumentale ad evitare la cd. cancellazione della cancellazione (*rectius* cancellazione dell'iscrizione della cancellazione), ipotesi che la giurisprudenza ormai limita a casi particolari, in cui vi è un'accertata continuazione dell'attività d'impresa da parte dei soci⁽⁷⁾. *D'altro lato* l'interpretazione seguita dalla giurisprudenza prevalente rende i casi in cui la società è ritenuta ancora "in vita" – nonostante l'avvenuta cancellazione dal registro delle imprese – eccezionali e

⁴ Corte Cost., 8 luglio 2020, n. 142, commentata da L. BOGGIO, *La Consulta salva l'ultrattività fiscale delle società cancellate. E gli ex-soci?*, in *Giur. It.*, 2021, 876 ss. In precedenza la Corte Costituzionale aveva anche respinto l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 2495 c.c.: v. Corte Cost., 17 luglio 2013, n. 198, in *Corr. giur.*, 2013, 1265 ss.

⁵ Cass. S.U. 7 ottobre 2019, n. 21025, su cui v. in particolare G. AMADIO, *L'efficacia costitutiva della divisione ereditaria*, in questa *Rivista*, 2020, 13 ss., e ID., *Divisione ereditaria ed efficacia costitutiva: la fine del dogma della dichiaratività*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2020, 696 ss.

⁶ Cass., 22 febbraio 2022, n. 9006, che, oltre a escludere la natura divisoria del riparto, afferma che a seguito dell'estinzione si verifica un «passaggio della titolarità dell'impresa dalla società ai soci», «passaggio di titolarità» che non risulta comprensibile. Sulle conseguenze dell'eventuale continuazione dell'attività d'impresa dopo la cancellazione si dirà subito nel testo.

⁷ Cass., 15 ottobre 2020, n. 22290; Trib. Milano, 23 novembre 2020, in *Società*, 2021, 413 ss.

strumentali a specifiche finalità di tutela: di svolgimento del procedimento pre- e fallimentare, con riferimento all'art. 10 l. fall. (per quanto riguarda la liquidazione giudiziale: al futuro art. 33 del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza), norma la cui rilevanza centrale è testimoniata dalle recenti sentenze in materia di operazioni straordinarie⁽⁸⁾; di notifica degli atti impositivi per quanto riguarda, in ambito tributario e previdenziale, il già menzionato art. 28, comma 4, d. lgs. n. 175/2014⁽⁹⁾. Non si tratta, dunque, di ipotesi di «riviviscenza» della società, ma meramente di facilitazione processuale, strumentale alla tutela dei creditori (o di alcuni di essi)⁽¹⁰⁾.

La scelta, che parte della dottrina ha considerato formale, di ancorare l'estinzione del soggetto all'iscrizione della cancellazione, e di configurare una successione tra società e soci, scelta comune anche ad altri ordinamenti (Spagna e Portogallo in particolare⁽¹¹⁾), comporta di conseguenza la necessità di regolare, a livello normativo o mediante soluzioni interpretative, la sorte dell'attivo e dei debiti non ancora liquidati o soddisfatti⁽¹²⁾.

3. SOPRAVVENIENZE DI ATTIVO E CANCELLAZIONE DELLA SOCIETÀ

In conformità alla scelta operata a livello legislativo, così come avallata dalla giurisprudenza, risulta pacifico il principio che i soci, a seguito della successione a titolo universale, seppure caratterizzata da alcune peculiarità, subentrino in situazione di comproprietà o contitolarità negli attivi sociali non liquidati o so-

⁸ Cfr. G. FERRI JR., *In tema di fallimento di società totalmente scissa*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, 587 ss.; M. MOZZARELLI, *Trasformazione e fallimento: una prospettiva evolutiva*, in *Riv. soc.*, 2021, 1288 ss.

⁹ Cfr. G. NICCOLINI, *I disagi del diritto commerciale di fronte all'art. 28, comma 4, D.Lgs., 21 novembre 2014, n. 175, in materia di cancellazione delle società dal registro delle imprese*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2015, 1020 ss.

¹⁰ Cass., 20 gennaio 2022, n. 1689.

¹¹ V. rispettivamente gli artt. 398 ss. *Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital* e gli artt. 160 ss. *Código das Sociedades Comerciais*.

¹² Altri ordinamenti, come invece la Germania (e a livello interpretativo una parte rilevante della dottrina e giurisprudenza spagnola), hanno scelto come soluzione alternativa a questo problema la teoria, considerata – in contrapposizione a quella formale – sostanziale, della soggettività latente o della liquidazione supplementare, ritenendo esistente una vera e propria *Nachgesellschaft* o società di capitali in estinzione: sia consentito il rinvio per riferimenti a M. SPERANZIN, *La cancellazione dal registro delle imprese dopo il c.d. decreto «semplificazioni»: profili societari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1040 ss.; *amplius* G.B. PORTALE, *Dalla «società di capitali in formazione» (Vorgesellschaft) alla «società di capitali in estinzione» (Nachgesellschaft)*, in *Riv. soc.*, 2017, 889 ss.

pravvenuti⁽¹³⁾, e questo legittima l'ex socio ad agire per l'intero credito o rapporto attivo⁽¹⁴⁾.

Una volta chiarito tale inquadramento della vicenda estintiva, il problema principale che si è successivamente posto a livello applicativo deriva dall'orientamento (senz'altro qualificabile come) sanzionatorio assunto dalla giurisprudenza, a partire da una sentenza del 2010, avente ad oggetto però una vicenda molto particolare⁽¹⁵⁾, orientamento secondo cui l'iscrizione del fatto estintivo della società, ossia la cancellazione dal registro delle imprese, determina la presunzione della volontà negoziale di rinuncia tacita o implicita dei soci ad alcune posizioni attive o una rimessione del debito.

Contro tale orientamento è stato obiettato, in senso critico: *i)* la difficoltà di comprendere quali siano queste posizioni attive, di volta in volta definite come mere pretese, diritti controversi, litigiosi o illiquidi, diritti ancora incerti, ragioni di credito; *ii)* gli effetti negativi nei confronti dei creditori sociali, in quanto tale orientamento riduce la potenziale responsabilità dei soci ai sensi dell'art. 2495 c.c., e di cui si tratterà dappresso; *iii)* la necessità, sulla base dei principi generali civilistici, che la rinuncia al credito sia determinata da una comunicazione specifica diretta al creditore (art. 1236 c.c.)⁽¹⁶⁾.

La giurisprudenza della Cassazione ha accolto le critiche, a partire dal maggio 2020, in una serie di sentenze⁽¹⁷⁾, ormai qualificabili come orientamento consolidato della giurisprudenza; si è sottolineato, in particolare, che la rinuncia non possa essere presunta dalla richiesta di cancellazione dal registro delle imprese, ma, appunto, richieda una manifestazione di volontà negoziale, che può essere anche

¹³ V. Cass., Sez. Un., 12 marzo 2013 nn. 6070, 6071 e 6072, cit.

Per la diversa tesi che configura, invece, esistente un patrimonio autonomo o comunque un centro d'imputazione giuridica soggettivo V. SANNA, *Cancellazione ed estinzione nelle società di capitali*, Torino, 2013, 109 ss.; G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite, la cancellazione della società e il «problema» del soggetto: qualche considerazione critica*, in *Società*, 2013, 563 ss.

¹⁴ V., ad esempio, per la richiesta di rimborso del credito IVA, Cass., 21 settembre 2020, n. 19641.

¹⁵ Cass., 16 luglio 2010, n. 16758, in *Società*, 2011, 5, in merito ad una pretesa all'accertamento della simulazione di un negozio risolutivo.

¹⁶ V. in senso critico ad esempio A. ZORZI, *L'estinzione delle società di capitali: la sorte di "mere pretese" e "crediti illiquidi"*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 258 ss.

¹⁷ Cass., 22 maggio 2020, n. 9464; Cass., 14 dicembre 2020, n. 28439; Cass., 26 gennaio 2021, n. 1724, in *Giur. it.*, 2022, 334 ss.; Cass., 22 dicembre 2021, n. 41263. Cfr. a commento delle prime due A. NIGRO, *Cancellazione delle società di capitali e sorte dei crediti "incerti: finalmente parole chiare (e convincenti) dalla Cassazione*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2021, 470 ss.

tacita, ma va evidenziata in modo univoco e deve essere diretta ad un destinatario (creditore) determinato (v. art. 1236 c.c.).

Pertanto né la mancata appostazione di un credito nel bilancio finale depositato a registro delle imprese, scelta che può dipendere da varie circostanze⁽¹⁸⁾, né l'iscrizione della cancellazione, quale informazione diretta alla collettività, possono essere considerate indici certi di una volontà abdicativa o di rinuncia⁽¹⁹⁾, neppure richiamando il (molto discusso e criticato) istituto della *Verwirkung*, che ha recentemente trovato spazio nella giurisprudenza della Suprema Corte⁽²⁰⁾.

Maggiori perplessità, in merito ai potenziali effetti di rinuncia ad una posizione attiva (o comunque di più attenta indagine in concreto della volontà abdicativa), possono, invece, essere collegati alla cancellazione dal registro delle imprese *pendente iudicio*, soprattutto qualora sia avvenuta senza una vera e propria attività di liquidazione del patrimonio sociale⁽²¹⁾.

4. RAPPORTI DEBITORI: LA RESPONSABILITÀ DEI SOCI E DEI LIQUIDATORI NEI CONFRONTI DEI CREDITORI SOCIALI PRETERMESSI DAL RIPARTO

Il tema che ha determinato il maggior numero di decisioni è, indubbiamente, quello delle azioni nei confronti dei soci e dei liquidatori ex art. 2495, comma 3, c.c.; in particolare sul punto si riscontrano decine di sentenze, molte delle quali della Corte di Cassazione, in materia tributaria.

Iniziando dalla responsabilità *dei soci*, la soluzione dell'art. 2495 c.c. concilia l'interesse dei creditori sociali a non vedere compromessa la propria posizione, e l'interesse dei soci a conservare il regime della responsabilità nelle società di capitali.

Tale norma prevede una limitazione – a seconda delle tesi – del debito o della

¹⁸ Cass., 26 gennaio 2021, n. 1724, cit., che evidenzia come la scelta possa derivare, ad esempio, dall'intenzione dei soci di coltivare in proprio il recupero del credito, dalla pendenza di trattative per una transazione, dalla trascuratezza del liquidatore.

¹⁹ Come nota A. NIGRO, *Cancellazione delle società di capitali e sorte dei crediti "incerti: finalmente parole chiare (e convincenti) dalla Cassazione*, cit., 477, si ha un vero e proprio capovolgimento rispetto all'orientamento criticato: la presunzione, salvo prova contraria, è quella del subentro dei soci alla società nelle partite attive.

²⁰ Cass., 14 gennaio 2021, n. 16743, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1043 ss. Tra le note critiche v. G. D'AMICO, *Verwirkung ed esercizio abusivo del diritto di credito*, in *Contratti*, 2022, 129 ss.

²¹ La distinzione di questa specifica ipotesi all'interno della questione della rinuncia implicita o presunta la devo ad un partecipante al Seminario del marzo 2022, che ringrazio.

responsabilità dei soci alla quota di liquidazione, comprensiva di tutti i valori percepiti dai soci (o risultanti a loro favore) nel corso della liquidazione⁽²²⁾. L'azione nei confronti dei soci è considerata diretta e nei confronti di un soggetto collocato in una posizione deteriore nella distribuzione dell'attivo, da alcuni ricondotta al carattere oggettivamente indebitato di quanto ricevuto dai soci in sede di pagamento della quota di liquidazione, quest'ultima effettuata sulla base di un riparto che deve, quindi, considerarsi inefficace⁽²³⁾. In un non lontano futuro i creditori sociali potrebbero anche agire, in presenza dei relativi presupposti, per proporre un'istanza di apertura della liquidazione controllata ai sensi dell'art. 268 del Codice della crisi e dell'insolvenza.

I creditori sociali hanno legittimazione attiva e possono avere interesse ad accertare la responsabilità e a preconstituire un titolo nei confronti dei soci anche a prescindere dalla effettiva percezione di una quota di liquidazione⁽²⁴⁾; le ultime sentenze parlano di natura dinamica dell'interesse ad agire dei creditori, in quanto in particolare l'Agenzia delle Entrate potrebbe avere una specifica utilità a procurarsi un titolo nel caso di società a ristretta base societaria, in ragione delle relative presunzioni anti evasione⁽²⁵⁾.

Difficile, invece, a mio parere, sostenere che permanga un vincolo di destinazione su quanto ricevuto dai soci a seguito della liquidazione, in modo da consentire il rispetto della preferenza dei creditori sociali sul patrimonio sociale (arg. ex art. 2280 c.c.) rispetto a quelli particolari dei soci.

Per quanto riguarda la responsabilità *dei liquidatori*, si deve iniziare ricordando la centralità delle regole in materia di liquidazione a seguito della riforma del 2003, come ricordato anche dalle tre sentenze delle S.U. del marzo 2013.

Si tratta di un'azione, quella prevista all'art. 2495 c.c. nei confronti dei liquidatori, esercitabile, secondo la tesi che pare preferibile, in forma concorrente e solidale

²² V. App. Milano, 27 luglio 2021, in www.giurisprudenzadelleimprese.it con riferimento all'affermata responsabilità del socio per le somme risultanti a suo favore dalla nota integrativa e dal piano di riparto sebbene non risultassero incassate.

²³ V. per questa tesi G. FERRI JR., *In tema di postergazione legale*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, ss.; *amplius* sulle varie interpretazioni del fondamento della responsabilità dei soci E. MIGLIACCIO, *Liquidazione del patrimonio incapiente e regole di ripartizione. Note a margine di un recente arresto*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, 129 ss., ove ulteriori riferimenti.

²⁴ Così Cass., 26 giugno 2020, n. 12758; Cass., 28 settembre 2020; dopo che alcune precedenti sentenze della Cassazione, in particolare della sezione tributaria, avevano, invece, escluso la legittimazione passiva dei soci nel caso in cui i soci non avessero percepito alcunché.

²⁵ Così Cass., 4 gennaio 2022, n. 2.

con quella nei confronti dei soci⁽²⁶⁾, e che in particolare è venuta in considerazione, dal punto di vista applicativo, nelle ipotesi di:

- i) ripartizione dell'attivo in favore dei soci e avvenuta cancellazione, con conoscenza (effettiva o presunta) dell'esistenza di creditori sociali, pur considerando che, in presenza di pretese contestate, si pone un potenziale spazio di discrezionalità gestoria da parte del liquidatore (*business judgement rule*)⁽²⁷⁾;
- ii) mancato completamento, oppure completamento negligente, della liquidazione e cancellazione⁽²⁸⁾;
- iii) pagamento nel corso della liquidazione, in violazione della *par condicio creditorum* (art. 2741 c.c.), a favore di solo alcuni creditori, o di quelli muniti di privilegio di grado inferiore, e successiva cancellazione⁽²⁹⁾;
- iv) mancata attivazione di una procedura concorsuale in presenza di una situazione patrimoniale dell'ente non idonea al soddisfacimento di tutti i creditori sociali, secondo alcune pronunce solo qualora la mancata attivazione aggravi il dissesto⁽³⁰⁾, secondo un altro orientamento, seguito dal Tribunale di Roma, qualora venga provato che l'ammissione alla procedura avrebbe permesso di soddisfare maggiormente il creditore sociale⁽³¹⁾.

La tesi prevalente riconduce l'azione nei confronti dei liquidatori ad una responsabilità da lesione del credito, da cui consegue il difficoltoso onere a carico del

²⁶ G. NICCOLINI, *Contributo allo studio del bilancio finale di liquidazione*, Torino, 2019, 195 ss.

²⁷ V. sul punto M. SPERANZIN, *Estinzione delle società nella recente giurisprudenza*, cit., 389, nt. 74.

²⁸ V. di recente App. Milano, 25 maggio 2021, rel. Giani, in www.giurisprudenzadelleimprese.it : pagamento da parte del liquidatore di un credito inesistente.

²⁹ Cass., 15 gennaio 2020, n. 521, in *Giur. It.*, 2020, 350 ss.; Cass., 14 dicembre 2020, n. 28401; v. anche App. Milano, 25 maggio 2021, cit. La dottrina che ha commentato la sentenza si è, invece, dimostrata divisa rispetto all'applicazione del principio alla liquidazione volontaria: v. per riferimenti M. SPERANZIN, *Estinzione delle società nella recente giurisprudenza*, cit., 390, nt. 76, nonché E. MIGLIACCIO, *Liquidazione del patrimonio incapiante e regole di ripartizione. Note a margine di un recente arresto*, cit., 139 ss.

³⁰ Cass., 15 gennaio 2020, n. 521, cit.; v. anche Trib. Milano, 11 febbraio 2021, rel. Mambriani, in www.giurisprudenzadelleimprese.it: il liquidatore aveva eseguito una *due diligence* contabile e poi ha presentato, dopo qualche tempo, istanza di autofallimento, e il Tribunale ha escluso, in ragione della perizia dimostrata, la responsabilità del liquidatore.

³¹ Trib. Roma 9 novembre 2011, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 1071; Trib. Roma 26 aprile 2016, rel. Bernardo, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

creditore, come rileva anche la giurisprudenza⁽³²⁾, di provare il comportamento dannoso, il danno, il nesso causale, il dolo o la colpa del liquidatore. Una tesi diversa aveva, invece, ritenuto di configurare tale responsabilità come da debito⁽³³⁾; si tratta tuttavia di una tesi che, seppure funzionale ad un rafforzamento della tutela dei creditori, è rimasta minoritaria⁽³⁴⁾.

In conclusione, queste brevi considerazioni evidenziano la rilevanza, anche dal punto di vista comparatistico e applicativo, del tema della cancellazione dal registro delle imprese e gli interessi ad essa sottesi; la necessità del confronto interpretativo tra giurisprudenza, nelle sue diverse declinazioni, e dottrina, che in materia di estinzione societaria pare abbia avuto un rilievo, non sempre ad essa riconosciuto con riferimento ad altre problematiche.

ABSTRACT

Le conseguenze dell'estinzione della società a seguito della cancellazione dal registro delle imprese rimangono, anche dopo le sentenze delle sezioni unite del 2013, oggetto di ampia discussione sia nella dottrina che nella giurisprudenza. L'articolo analizza le ultime sentenze in tema di effetti giuridici dell'estinzione; sorte dei crediti della società a seguito della cancellazione; responsabilità dei soci e dei liquidatori nei confronti dei creditori sociali.

Notwithstanding the decision of the Italian Supreme Court dated 2013, Italian case law and scholarship are still debating which are the legal consequences of the company's dissolution due to its cancellation from the company register. The essay is focused on three topics discussed in the Italian case law: the legal effects of the distribution of the company's assets to the shareholders; the legal effects of the company's dissolution on the company's credits; the liability of the shareholders and liquidators towards the company's creditors pursuant to Article 2495 of the Italian Civil Code.

³² Trib. Milano, 28 settembre 2021, rel. Simonetti, in www.giurisprudenzadelleimprese.it

³³ M. SPERANZIN, *L'estinzione delle società di capitali in seguito alla iscrizione della cancellazione nel registro delle imprese*, in *Riv. soc.*, 2004, 546 ss.; analogamente nella dottrina tedesca v. di recente B. BERTHOLD, *Gläubigerschutz in der Liquidation einer GmbH*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021.

³⁴ Anche se un passaggio sulla "responsabilità illimitata" dei liquidatori si riscontra in Cass., 15 gennaio 2020, n. 521, cit.

RICCARDO BOLOGNESI
(Avv. Prof. dell'Università La Sapienza)

**LA NON CONTESTAZIONE DEL RICORRENTE NEL PROCESSO DEL LAVORO
e le attività pratiche, necessarie e indifferibili, da svolgere
entro la prima udienza ... o in apposite note**

Sommario: 1. Il principio di non contestazione nel rito speciale lavoro dopo le SS.UU. n.761/02; 2. La contestazione (o la non contestazione) dei fatti principali e dei fatti secondari: conseguenze. 3. La concezione dispositiva del comportamento non contestativo, vincolante per il giudice, in un processo che autorizza il giudice ad esercitare i poteri istruttori al fine della “ricerca della verità materiale” e fermo il potere di apprezzamento dei fatti attraverso prove comunque acquisite al fascicolo di causa. 4. Specificità e genericità della contestazione. Ammissioni esplicite o implicite. 5. La contestazione del ricorrente, da verbalizzare all’udienza di discussione ex art.420 c.p.c. 6. La necessaria collaborazione tra giudice e avvocati al fine di velocizzare, senza pregiudizio per la difesa, le necessarie contestazioni in punto di fatto. Possibili soluzioni e buone prassi. 7. Conclusioni ... per l’inizio di un percorso che renda più agile e completa l’attività da svolgersi in udienza.

**1. IL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE NEL RITO SPECIALE LAVORO DOPO LE SS.UU.
N. 761/02.**

Nel rito del lavoro, per non subire preclusioni, il convenuto deve osservare le disposizioni dell’art. 416, 3° comma, c.p.c. e “*prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione*”, “*circa i fatti affermati*”, dal ricorrente, a fondamento della domanda.

Si tratta della base normativa sulla quale – parallelamente a quanto dispone l’art. 167 c.p.c. per il rito ordinario - si è affermato il principio di non contestazione che, più di recente, è stato recepito, espressamente dall’art. 115 c.p.c., modificato dall’art. 54, 14° co. della legge n.69 del 18.6.2009, a seguito della decisione delle Sezioni Unite della Cassazione n.761 del 23 gennaio 2002.

Le diverse ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema convergono nell’affermare che i fatti allegati e non contestati dalla controparte non necessitano di prova. Ciò non vuol dire che quei fatti, indipendentemente dalla loro qualificazio-

ne in fatti principali o fatti secondari, possano ritenersi provati⁽¹⁾, ma solo, senza timore di essere smentiti, che esiste l'effetto-conseguenza, a favore della parte che ha affermato il fatto, della "*relevatio ab onere probandi*"⁽²⁾.

Alcune osservazioni, in premessa, sui principi contenuti nelle citate norme processuali e su quelli offerti dall'interpretazione giurisprudenziale riguardo al comportamento difensivo del resistente, sono necessarie, anche se qui si è scelto di porre l'attenzione sul comportamento di non contestazione del ricorrente in relazione ai fatti affermati dal resistente. Tema che diviene ancora più interessante quando quest'ultimo non si sia limitato a negare specificamente, come non vero, ogni fatto⁽³⁾ della narrativa dell'atto introduttivo del giudizio⁽⁴⁾, ma abbia proposto "*tutte le sue difese in fatto*", come la norma gli consente, allegando non solo il contrario racconto ma anche fatti nuovi e rilevanti, magari incogniti al ricorrente, al fine dell'accertamento di merito.⁽⁵⁾

¹ Non si tratta di una questione teorica o terminologica ma di concreto significato pratico: se da un lato è vero che, in virtù del principio di non contestazione, la parte sulla quale graverebbe l'onere della prova del fatto non contestato non subisce le conseguenze negative derivanti dal non aver fornito la prova, ai sensi dell'articolo 2697 c.c., dall'altro deve segnalarsi che, in tal caso, la parte non ottiene tutto quello che otterrebbe dall'aver fornito la prova convincente del fatto, posto che, come osserva Consolo, in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, Torino, 2012, p.222 ss.: "*il giudice potrà, ad esempio, rilevare l'inesistenza del fatto allegato da una parte anche se non contestato dall'altra, ove tale inesistenza emerga dagli atti di causa e dal materiale probatorio raccolto (documentale o, ad esempio, testimoniale)*". Cfr. anche Cass. sez. lav. 4 aprile 2012, n.5363 e Cass. sez. lav. 20 dicembre 2016, n.26935.

² Consolo, *Spiegazioni*, cit. p.222 ss., afferma che la non contestazione incide comunque sull'onere probatorio della parte, precisando però che potrà sussistere, rispetto ai fatti secondari, solo allorché gli stessi "*siano allegati con la precisione necessaria a consentire alla controparte di svolgere un'eventuale contestazione*". Cfr. Cass. sez. lav. 18 marzo 2015, n.5423.

³ È il caso di precisare subito che alcuna utilità potrà avere, a tal fine, una contestazione generica (cfr. Cass. 27 giugno 2018, n.16970) come nel caso della circonlocuzione in latinetto, tramandata nella più modesta prassi forense: "*il difensore impugna e contesta tutto quanto ex adverso dedotto*", che promana dalla medesima "scuola di tradizioni errate" che ha coniato anche un'altra espressione che, per la sua genericità, non vale a precludere nulla: "*il lavoratore rinuncia ad ogni diritto o pretesa inerente all'intercorso rapporto di lavoro e alla sua risoluzione*".

⁴ Cass. 14 marzo 2018, n.6183 ha escluso che la contestazione da parte del convenuto dei fatti già affermati o già negati nel ricorso possa ribaltare sul ricorrente l'onere di contestare l'altrui contestazione, avendo egli già esposto la sua posizione al riguardo e non potendo il processo trasformarsi in un gioco di specchi in cui ciascuna parte abbia sempre l'onere di contestare l'altrui contestazione e così via all'infinito.

⁵ L'onere di contestazione sorge solo in relazione ai fatti effettivamente allegati dall'attore. Gli effetti della non contestazione si riferiscono esclusivamente ai fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, ovvero ai fatti materiali che integrano la pretesa sostanziale dedotta in giudizio e non si esten-

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, nella notissima e già citata sentenza n.761/02, erano intervenute sul tema in una controversia di lavoro, con affermazioni che hanno rivoluzionato alcune idee precedenti e hanno dato l'avvio al riconoscimento espresso del principio nel vigente art. 115 cpc. È utile un sintetico esame di quella decisione delle Sezioni Unite per verificare quanto abbia inciso sull'applicazione del principio di non contestazione, in particolare nel processo del lavoro.

Le fondamenta della costruzione delle Sezioni Unite sono individuabili nell'idea secondo la quale il principio di non contestazione si fonda sul principio dispositivo. Solo le parti hanno il potere di proporre la domanda e di allegare i fatti posti a fondamento della stessa; solo le parti hanno il potere di scegliere, contestandoli o meno, se rendere i fatti allegati bisognosi o non bisognosi di prova.

2. LA CONTESTAZIONE (O LA NON CONTESTAZIONE) DEI FATTI PRINCIPALI E DEI FATTI SECONDARI: GLI EFFETTI.

La contestazione (o la non contestazione) ha ad oggetto i fatti da accertare nel processo.

Si deve escludere, del tutto, dall'ambito di applicazione del principio di non contestazione, ogni giudizio o deduzione in ordine all'interpretazione della disciplina legale o contrattuale dei fatti stessi, che ai fini della decisione resta nel campo della piena discrezionalità del giudice, qualunque sia l'atteggiamento difensivo assunto dalle parti.

Quanto agli effetti della mancata contestazione, se essa ha ad oggetto i fatti principali, costitutivi del diritto, in quanto tali non conoscibili d'ufficio, il giudice deve astenersi da alcun controllo probatorio sul fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, poiché la condotta processuale delle parti esclude il fatto stesso dagli accertamenti e quello non deve essere provato perché non controverso⁽¹⁾. Nell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, però, la tesi della preclusione

dono alle circostanze che implicano un'attività di giudizio (Cass.20768/2017). Inoltre, l'onere di contestazione specifica si estende esclusivamente ai fatti noti alla parte, atteso che il principio di non contestazione trova il proprio fondamento nel principio di circolarità degli oneri di allegazione (C. 2174/2021).

¹ In senso parzialmente difforme, come già osservato dalla Dottrina citata in nota 2, cfr. Cass. 4 aprile 2012, n.5363: la mancata contestazione esclude il fatto dal tema di indagine solo nel caso in cui il giudice non sia in grado, in concreto, di accertarne *ex officio* l'esistenza o l'inesistenza.

della prova quale effetto della non contestazione, ha ceduto terreno, spesso per un'inadeguata e poco attenta lettura degli atti introduttivi, alla discrezionalità del giudice, quanto meno nella valutazione del comportamento di non contestazione, come nel caso in cui il giudice abbia ritenuto contestato un fatto che in effetti non lo era e abbia ammesso mezzi istruttori necessari a provarlo⁽²⁾.

Se riguarda fatti secondari, invece, la non contestazione può essere valutata dal giudice come argomento di prova, perché solo i fatti principali rientrano nella disponibilità delle parti, mentre i fatti secondari, dedotti in esclusiva funzione probatoria, *“si collocano in un'area che non è assegnabile all'esclusiva disponibilità delle parti”*, non essendo qualificabili in termini di disposizione della situazione sostanziale controversa ed operando *“sul diverso piano della formazione del convincimento del giudice... ai fini degli accertamenti richiestigli”*.

Sussiste un onere generale di contestazione dei fatti costitutivi, sia nel rito del lavoro che nel rito ordinario. Il principio non è desumibile specificamente ed esclusivamente dagli artt. 167 e 416 c.p.c., ma si ricava dal sistema nel suo complesso.⁽³⁾

Continuando a seguire l'argomentare delle Sezioni Unite del 2002, troviamo conferma che, nel processo del lavoro, il termine per la contestazione è nel verbale dell'udienza di discussione ex art. 420 cpc, utile anche per l'eventuale precisazione e modificazione di domande ed eccezioni già formulate, scaduto il quale non vi sarebbe più rimedio agli effetti del comportamento di non contestazione.

La non contestazione di fatti secondari è svincolata, invece, da termini preclusivi ed è pienamente revocabile con una contestazione anche successiva all'udienza

² Cfr., in tal senso, Cass. sez. lav. 16 marzo 2012, n.4249. Nell'opinione prevalente la non contestazione viene valutata per le sue implicazioni in tema di prova piuttosto che come una vera e propria preclusione di ordine processuale. Alcune sentenze della Suprema Corte hanno affermato che la mancata contestazione non costituisce prova legale, ma mero elemento di prova, per cui il giudice di appello, nuovamente investito dell'accertamento dei medesimi fatti con specifico motivo di impugnazione, sarebbe chiamato a valutare discrezionalmente tutto il materiale probatorio ritualmente acquisito, senza essere vincolato alla condotta processuale tenuta dal convenuto nel primo grado di giudizio (Cass. sez. lav. 4 aprile 2017, n.8708). Oppure hanno ritenuto che spetti al giudice di merito apprezzare, nell'ambito del giudizio di fatto a lui riservato, l'esistenza e il valore della condotta di non contestazione dei fatti rilevanti allegati in giudizio (Cass. sez. lav. 7 febbraio 2019, n.3680). In questo caso il sindacato di legittimità sarebbe limitato al solo vizio dell'articolo 360, n.5, cpc, per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio (Cass. sez. lav. 28 ottobre 2019, n.27490).

³ Tanto è vero che nel 2009 il legislatore ha novellato l'art.115 c.p.c..

La non contestazione del ricorrente nel processo del lavoro e le attività pratiche, necessarie e indifferibili, da svolgere entro la prima udienza ... o in apposite note

di discussione⁽⁴⁾. E sembra altrettanto fermo il principio che la contestazione dell'*an* assorbe e rende superflua la contestazione del *quantum*, avuto riguardo ai conteggi relativi alle differenze retributive richieste, salva, però, la necessità di contestare specificamente i fatti allegati ai fini della quantificazione del credito, che non siano incompatibili con la denegata sussistenza del credito⁽⁵⁾.

3. LA CONCEZIONE DISPOSITIVA DEL COMPORTAMENTO NON CONTESTATIVO, VINCOLANTE PER IL GIUDICE, IN UN PROCESSO CHE AUTORIZZA IL GIUDICE AD ESERCITARE I POTERI ISTRUTTORI AL FINE DELLA “RICERCA DELLA VERITÀ MATERIALE” E FERMO IL POTERE DI APPREZZAMENTO DEI FATTI ATTRAVERSO PROVE COMUNQUE ACQUISITE AL FASCICOLO DI CAUSA.

Prima della sentenza delle Sezioni Unite molte pronunzie, recependo ed applicando il principio di non contestazione, presupponevano una concezione dispositiva del comportamento contestativo -non contestativo.

Anche in dottrina, ricordando che Chiovenda, già nel 1933⁽⁶⁾, riteneva che l'effetto della non contestazione fosse una vera e propria preclusione, che consistesse nella perdita del potere processuale per decorrenza del termine fissato per il suo

⁴ La contumacia del convenuto integra un comportamento neutrale, al quale non può essere attribuito un valore confessorio o, mancando una difesa attiva, gli effetti della non contestazione, non equivalendo al comportamento silente o indirettamente ammissivo dei fatti. La costituzione tardiva non esclude la possibilità di contestare i fatti narrati dal ricorrente. Una volta costituito il resistente può proporre eccezioni rilevabili d'ufficio e allegare i relativi fatti, sollecitando i poteri istruttori officiosi del giudice del lavoro; può disconoscere le scritture private prodotte contro di lui e contestare i fatti costitutivi affermati dall'attore. La tardività della contestazione per effetto della costituzione in giudizio intempestiva non pone limiti alla contestabilità dei fatti allegati dal ricorrente, giacché la preclusione matura soltanto sul presupposto di un originario atteggiamento di non contestazione. La preclusione dell'art.416, comma 2, cpc ha ad oggetto solo le eccezioni in senso proprio e non le mere difese, ossia le deduzioni volte alla contestazione dei fatti costitutivi allegati da controparte a sostegno della pretesa, dal momento che queste ultime trovano la loro disciplina nel comma 3 dell'art.416 cpc, che non commina alcuna decadenza ancorché esse non vengano proposte nella memoria di costituzione (cfr. Cass. 9 ottobre 2007, n.21073).

⁵ Questi principi, espressi da Cass. S.U. n.761/2002 devono misurarsi con Cass. n.12726/2013, secondo cui la negazione del titolo degli emolumenti rivendicati non comporta necessariamente l'affermazione dell'erroneità della quantificazione. Occorre distinguere quindi tra la componente fattuale e quella normativa dei calcoli: è irrilevante la non contestazione attinente all'interpretazione della disciplina legale o contrattuale della quantificazione, che conserva al giudice il potere di cognizione di tale disciplina, mentre rileva quella che ha ad oggetto i fatti da accertare nel processo, al netto della loro qualificazione giuridica, Cass. 20998/2019.

⁶ Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, RISG, 1933, 5.

esercizio, altri autorevoli Autori hanno sostenuto che il principio di non contestazione si fondasse sul principio dispositivo, determinando un vincolo per il giudice⁽⁷⁾.

Esprimendo un diverso avviso, in dottrina, è stata affermata una più articolata teoria incentrata non sugli effetti ma sulla connessione tra il generale principio di non contestazione, il meccanismo delle preclusioni, l'economia dei giudizi e l'autoresponsabilità delle parti⁽⁸⁾.

La non contestazione, secondo questi Autori, non vincolerebbe in assoluto il giudice ai fini della decisione, ma sarebbe superata da eventuali acquisizioni istruttorie contrarie al fatto non contestato. Vi è poi chi qualifica la mancata contestazione come un comportamento processuale, distinguendo, tuttavia, tra mancata presa di posizione, comportamento valutabile ai fini della decisione come argomento di prova *ex art. 116, 2° co. e*, in relazione al fine di ottenere un'ordinanza di condanna anticipata, mancata contestazione che legittima la parte che ha allegato il fatto non contestato a chiedere i provvedimenti *ex artt. 186 bis e 423, 1° co.*⁽⁹⁾

L'orientamento che tende a considerare la non contestazione dei fatti principali vincolante per il giudice ha prevalso a lungo e si è consolidato in giurisprudenza, dopo la pronunzia a Sezioni Unite, attraverso l'applicazione del principio di non contestazione sotto il profilo della non necessità della prova del fatto pacifico, equiparando i fatti non contestati ai fatti ammessi, ma anche affermando che la non contestazione deve essere dedotta tempestivamente dalla parte interessata a farla valere, nell'udienza di discussione *ex art.420 c.p.c.*, prima che il mezzo di prova disposto per l'accertamento del fatto non contestato abbia ingresso⁽¹⁰⁾.

Si è anche affermato che la non contestazione può avere ad oggetto unicamente

⁷ Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 454; Id., *Norme inderogabili, tecniche processuali e controversie del lavoro*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano, 1979, 2178; Id., *Prova (dir. proc. civ.)*, in *ED*, XXXVII, Milano, 1988, 613; Id., *Domanda (principio della)*, in *EG*, XII, Roma, 1989, 8; Id., *Profili del processo civile*, 2, *Processo di cognizione*, Napoli, 2000, 78; e, dopo la pronunzia a Sezioni Unite, Id., *Spunti critici sulla non contestazione*, in *DL*, 2003, I, 285.

⁸ Carratta, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995; Id., *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, in *GI*, 1997, 1, II, 151; Cea, *La non contestazione e la Corte di cassazione: ovvero di un principio poco amato*, in *FI*, 2005, 727; Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *FI*, 2003, I, 608; Rascio, *Note brevi sul «principio di non contestazione» (a margine di una importante sentenza)*, in *DG*, 2002, 83.

⁹ Basilico, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, 2001, 126; Basilico, Cirulli, *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, Milano, 1998, 125.

¹⁰ Cass. 2005, n.18503.

circostanze di fatto che non implicino attività di giudizio, le quali, pertanto, sono sempre soggette al libero apprezzamento del giudice.⁽¹¹⁾

Venendo ad esaminare le modalità attraverso le quali il fatto deve essere contestato, la giurisprudenza, anche dopo la sentenza a Sezioni Unite, a causa del collegamento fra non contestazione e principio dispositivo, ha ritenuto ancora che la non contestazione derivi esclusivamente dall'ammissione esplicita del fatto o dallo svolgimento di difese incompatibili con la volontà di contestarlo (ammissione implicita).⁽¹²⁾

4. SPECIFICITÀ E GENERICITÀ DELLA CONTESTAZIONE. AMMISSIONI ESPLICITE O IMPLICITE.

Molte pronunzie affermano la necessità di una contestazione specifica e non generica⁽¹³⁾. Già prima della pronunzia a Sezioni Unite, erano numerose le afferma-

¹¹ Cfr. Cass. 11108/2007, riferita all'inapplicabilità di una determinata clausola contrattuale al rapporto oggetto di controversia; e C. 10111/2006, secondo la quale il principio di non contestazione opera in relazione ai fatti e non rispetto ad espressioni qualificatorie o definitorie, come il rispetto, da parte del datore di lavoro, dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare.

¹² Molti Autori sostengono l'equiparazione del silenzio e della contestazione generica alla non contestazione (Carratta, *Il principio*, 294; Id., *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, 151; Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, in *FI*, 2002, I, 2024; Fabiani, 1349; Iannelli, *Il principio di non contestazione*, in *DL*, 2003, I, 270; Rascio, 86; v. anche, sulla rilevanza del silenzio in relazione all'onere di prendere posizione sui fatti allegati nel rito del lavoro: Frus, *Note sull'onere del convenuto di «prendere posizione» nel processo del lavoro*, in *RTDPC*, 1991, 74 e 101, in particolare nt. 83; *contra*, esprime perplessità sull'attribuzione al silenzio dell'efficacia di non contestazione: Brizzi, nota a Cass., S.U., 761/2002, in *DL*, 2003, II, 144). Vi è, invece, chi, da un lato, ritiene sufficiente una mera secca negazione del fatto, e dall'altro osserva che «i legali prudenti... provvederanno a negare esplicitamente i fatti affermati dal ricorrente che non intendono dare per pacifici» (Vallebona, *L'onere di contestazione nel processo del lavoro*, in www.judicium.it, par. 6; Id., *Il principio di non contestazione nel processo del lavoro*, in *DL*, 2003, I, 279; v. anche Verde, *Spunti critici*, 287, perplesso sull'equiparazione della contestazione generica alla non contestazione). Cass. 20916/2004; Cass. 17276/2003, individuano la non contestazione anche nella contestazione esplicita e specifica di alcuni soltanto dei fatti allegati; Cass. 2699/2004). Su questa linea, in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo si è ritenuto che il mero silenzio sia insufficiente a far ritenere i fatti costitutivi come non contestati (Cass. 17371/2003).

¹³ Cfr. Cass. 5949/2018; Cass. 8933/2009; Cass. 1369/2004; Cass. 15746/2003; sembrerebbe in tal senso anche Cass. 11823/2003, che in un giudizio relativo all'equo indennizzo per causa di servizio, ha cassato la sentenza impugnata che, pur in mancanza di contestazione, da parte dell'ente convenuto, delle mansioni espletate dal ricorrente, aveva rigettato la domanda per mancata prova dell'esposizione a rischio mediante la semplice allegazione delle mansioni svolte; in una fattispecie analoga Cass.

zioni della necessità, nel rito del lavoro, di una specifica contestazione, anche se concorrevano con l'opinione di quanti tendevano a ricondurre la non contestazione all'ammissione esplicita o implicita.¹⁴

Secondo l'art. 115 cpc, novellato nel 2009 in maniera radicale e apparentemente risolutiva, il giudice decide sulla base dei «*fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita*».

Si è trattato, con l'art. 54, comma 14, della legge 18.6.2009, n. 69, di un chiaro riconoscimento del principio di «non contestazione», anzi, dell'onere di «contestazione specifica», di talché, oggi, il giudice deve porre a fondamento della decisione, accanto alle prove proposte dalle parti, anche i «fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita».

È vero che quella modifica normativa ha risolto tutti i problemi? Probabilmente no. E non solo per il convenuto.

Sul piano sistematico non è più possibile sottovalutare la «non contestazione», escludendo che possa mai «automaticamente avere l'effetto di prova», perché sus-

9539/2003; Cass. 9285/2003; v. anche Cass., S.U., 5167/2003; Cass. 7026/2003; Cass. 3245/2003; Cass. 2165/2003; Cass. 85/2003, la quale, in relazione alla contestazione dei conteggi, ritiene necessario che «involga specifiche circostanze di fatto suscettibili di dimostrare la non congruità e la non rispondenza al vero di tali conteggi, circostanze che devono risultare dagli atti o essere successivamente provate»; Cass. 8502/2002, che richiede, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, la specifica e tempestiva contestazione, da parte dell'opponente, dei fatti addotti dal ricorrente per ingiunzione; da segnalare anche Cass. 2299/2004, che afferma il principio in relazione al rito ordinario, nel quale l'art. 167 non prevede espressamente, come invece fa l'art. 416, che la contestazione non debba essere generica.

¹⁴ Cfr. Cass. 8184/2001; Cass. 13904/2000; Cass. 10434/2000; Cass. 8082/2000, nel senso che non sia sufficiente una contestazione tanto generica da risultare ermetica e incomprensibile sia per la parte che per il giudice, a fronte di risultanze istruttorie che appaiono confermare il fatto costitutivo; Cass. 4482/2000, che collega al sistema di preclusioni del rito del lavoro la necessità di una contestazione specifica; Cass. 6568/1998; particolarmente interessante e da segnalare in tema di specificità della contestazione, è Cass. 1826/1995, relativa a fatti fondanti una domanda previdenziale). *Contra*, nel senso che una generica contestazione del fatto costitutivo anche nel rito del lavoro sia sufficiente a far ritenere il fatto come controverso, potendo la genericità della contestazione costituire solo un elemento di valutazione, da parte del giudicante, del fatto contestato (Cass. 10182/2007; Cass. 10098/2007; Cass. 17664/2002; Cass. 185/2002, che presupponendo una qualificazione della contestazione come mera difesa, ritiene sufficiente, nella fattispecie, la generica deduzione della infondatezza della domanda “in fatto e in diritto”). In un'occasione si è sostenuto che il difetto di specifica e tempestiva contestazione può avere rilievo solo quando si riferisca a fatti non incompatibili con le ragioni della contestazione generica della pretesa avversaria (Cass. 18263/2003). Nel caso in cui il procedimento abbia ad oggetto un'opposizione (in cui il ricorrente è attore formale, ma convenuto in senso sostanziale), la non contestazione potrà aversi qualora il ricorrente, nell'udienza di discussione, non prenda specifica posizione sui fatti (ad esempio, in tutto o in parte, estintivi) allegati dal convenuto (Cass. 17604/2020).

siste «nel vigente ordinamento processuale un onere, per la parte, di contestazione specifica di ogni fatto dedotto *ex adverso*». E non è consentito non dare rilevanza al «silenzio» o ad una contestazione «generica».

Ma la modifica del 2009 non ha offerto risposte persuasive a due importanti interrogativi.

Il primo riguarda - al pari di quanto si dà per scontato da tempo, nel rito del lavoro, con riguardo all' art. 420, 1° co. - l'eventuale individuazione di un termine preclusivo massimo, oltre il quale un'iniziale «non contestazione» non potrà essere soppiantata da una successiva «contestazione» e divenga, per così dire, «irreversibile» e «definitiva», per effetto di una sorta di *jus poenitendi* da parte di chi *ab initio* non abbia per nulla contestato, o abbia contestato soltanto in modo generico, i fatti allegati dall'avversario⁽¹⁵⁾. Sicché si continuerà a discutere se tale sup-

¹⁵ Cfr. Cass. 27624/2020. In dottrina vi è chi ritiene che la non contestazione sia revocabile fino all'udienza di discussione [Fabiani, 1347; Olivieri, *Gli atti di parte nella fase introduttiva*, in *RDPr*, 2004, 138; v. anche Roselli, *Pragmatismo processuale in materia di non contestazione (con particolare riguardo al processo della sicurezza sociale)*, in *DL*, 2003, I, 273, che sottolinea l'opportunità della conclusione nei giudizi in materia previdenziale e assistenziale], chi, invece, individua nella memoria difensiva il momento entro il quale il convenuto deve rispettare l'onere di prendere posizione e contestare (Basilico, 127; Basilico, Cirulli, 150) e chi, infine, con una soluzione intermedia, afferma che la contestazione debba essere svolta nella memoria difensiva e che possa avvenire anche all'udienza di discussione, solo quando sussistano gravi motivi, quindi solo se l'esigenza nasce dall'interrogatorio libero, ovvero da nuove allegazioni, ovvero da causa non imputabile alla parte che non aveva contestato in precedenza (Cavallini, 36; v. anche già Frus, 94). Si è altresì affermata - sulla linea che indica nel termine per la precisazione e modificazione di domande ed eccezioni già proposte, *ex art. 420*, anche quello di preclusione per la contestazione - l'inammissibilità di contestazioni tardive in appello (Cea, *Il principio di non contestazione al vaglio delle sezioni unite*, 2025; Id., *Il principio di non contestazione tra fronda e disinformazione*, in *FI*, 2003, I, 2107, la cui posizione è condivisa da Proto Pisani, 606). In passato era assolutamente prevalente la teoria per la quale non si individua, nell'art. 416, 3° co., un termine di preclusione per la contestazione, con la conseguenza che la stessa può essere formulata nel corso di tutto il giudizio di primo grado ed anche in appello [per alcuni l'effetto della mancata contestazione consiste esclusivamente negli svantaggi che per il convenuto possono derivare dal mancato esercizio di una difesa attiva: Ciaccia Cavallari, *La contestazione nel processo civile*, I, *La contestazione tra norme e sistema*, Milano, 1992, 164, la quale peraltro nega l'esistenza, nel sistema processuale, di un principio generale di non contestazione: *ivi*, VII, XIV e 94; della medesima Autrice, sul tema, anche *La contestazione nel processo civile*, II, *La non contestazione: caratteri ed effetti*, Milano, 1993; nel medesimo senso D'Aloja, *Onere della prova e onere della contestazione nel processo del lavoro*, in *DL*, 1976, II, 160; e De Stefano, *Sui limiti dei poteri istruttori del giudice nel processo del lavoro*, in *GI*, 1979, I, 2, 39; Id., *Onere (dir. proc. civ.)*, in *ED*, XXX, Milano, 1980, 122; altri affermano la sostanziale inutilità della previsione normativa: Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, 88; e Fazzalari, *Apunti sul rito del lavoro*, in *GI*, 1974, IV, 3; v. anche, tra i tanti: Andrioli, Barone, Pezzano, Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro*, 2ª ed., Bologna, 1987, 487; Denti, Simoneschi, *Il nuovo pro-*

posta «irreversibilità», che comporterebbe una piena *relevatio* della controparte dall'onere di dare prova ulteriore dei fatti «non contestati», possa dirsi maturata, oppure no, quanto meno con il decorso dei termini previsti dall' art. 183, 6° co., n. 1 o n. 2, per la «precisazione» e/o per la «modificazione» delle difese già proposte (Cass.n.31704/2019), oppure per le c.d. «repliche», ove si tenga conto dell'esigenza (costituzionalmente garantita) di situare temporalmente l'onere di «contestazione specifica» nella «prima difesa utile».

Secondo la recentissima sentenza n.2174/2021 della Suprema Corte di Cassazione, l'onere di contestazione riguarda unicamente i fatti noti alle parti⁽¹⁶⁾, anche se a questo proposito bisognerebbe valutare se la non applicazione del principio di non contestazione dipenda dalla mera non conoscenza, oppure se concerna solo i casi di non conoscenza incolpevole o verosimile.

Sempre secondo la Corte di Cassazione, poi, il principio di non contestazione presuppone un corrispettivo onere di allegazione specifica in capo all'attore (Cass.26908/2020), non si applica alle mere difese (Cass. 17966/2016) e va escluso nell'ambito delle controversie vertenti su diritti indisponibili.

Ma il secondo quesito, rimasto senza alcun riscontro normativo, è ancora più delicato, concernendo l'eventuale «effetto vincolante» della «non contestazione specifica», che – sempre secondo le Sezioni Unite della sentenza 761/02 - dovrebbe imporre al giudice di «astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato», sì da ritenerlo «sussistente» e da espungerlo dal *thema probandum* per volontà «dispositiva» delle parti.

Qui, però, i canoni strutturali del «giusto processo», subordinando necessariamente le *chances* di una decisione «giusta» ad un accertamento (quanto più possibile) «veritiero» dei fatti controversi, nella giurisprudenza più recente si oppongono alla teorizzazione di un siffatto «vincolo» assoluto per il giudice, posto che un fatto «non contestato» non equivale ad un fatto «provato», ma la sua allegazione rimane oggettivamente «incerta» e la «verità» ontologica e storica del fatto non è mai «disponibile» per volontà di parte. Se ne arguisce che il giudice - anche a prescindere dall'esercizio dei suoi poteri-doveri di intervento istruttorio *ex officio* - può comunque sottoporre il fatto «non contestato» ad un attento controllo probatorio ogni qual volta altre fonti attendibili di prova lo inducano a dubitare

cesso del lavoro, Milano, 1974, 97; Luiso, 139; Verde, Olivieri, *Processo del lavoro e della previdenza*, in *ED*, XXXVI, Milano, 1987, 229; Vocino, Verde, *Processo del lavoro*, 4^a ed., Napoli, rist. 1989, 70].

¹⁶ Ma cfr. anche Cass. 87/2019; Cass. 3576/2013.

della sua «veridicità» o, addirittura, ne dimostrino apertamente la «falsità». La Corte di Cassazione ha recentemente affermato che il principio di non contestazione trova applicazione anche nei giudizi anteriori alla novella (Cass.26908/2020; Cass.5429/2020) e ha precisato che la non contestazione può rilevare solo a condizione che l'altra parte allegghi in modo preciso, analitico e dettagliato, le circostanze su cui fonda la propria domanda o le proprie eccezioni (Cass.21871/2018; Cass.21311/2018; Cass.21847/2014) o, più in generale, con riferimento alle conclusioni ricavabili dalla valutazione dei documenti prodotti (Cass.6172/2020). Dopo la pronuncia a Sezioni Unite si è affermato che, nel rito del lavoro, anche in difetto di una disposizione espressa come quella dell'art. 416 c.p.c. per il convenuto, sussiste l'onere di contestazione anche per il ricorrente - relativo ai fatti fondanti le eccezioni e da esercitare entro la prima udienza - in alternativa al quale sarebbe inevitabile sollevare la questione di legittimità costituzionale per la violazione del paritario trattamento delle parti.⁽¹⁷⁾

5. LA CONTESTAZIONE DEL RICORRENTE, DA VERBALIZZARE ALL'UDIENZA DI DISCUSSIONE EX ART.420 C.P.C.

In base al principio appena richiamato, il termine dovrebbe essere la prima occasione processuale utile, l'udienza di discussione ex art.420 cpc, da considerarsi anche quale termine ultimo per la contestazione dei fatti principali, anche per l'attore, in via generale e prescindendo dalla possibilità di contestare i fatti esposti in atti precedenti.

Il difensore del ricorrente, senza indugio e senza alternative, deve prendere posizione, a sua volta, sui fatti affermati dal resistente, in particolare quelli che sono introdotti ex novo e non solo con una diversa prospettazione, quali allegazioni del resistente.

La mancata contestazione tempestiva del ricorrente consiste nella non negazione fondata sulla volontà oggettivamente risultante ed inequivocabile, escludendosi che ricorra in caso di contumacia o di contestazione generica e solo formale⁽¹⁸⁾.

¹⁷ Vallebona, *L'onere di contestazione*, par. 5; Id., *Il principio di non contestazione*, 278; v. anche, sulla posizione e sugli oneri dell'attore alla luce del principio di non contestazione: Brizzi, 145; La Terza, *Onere di allegazione e onere di contestazione della giurisprudenza della S.C.*, in *DL*, 2003, I, 281

¹⁸ Cfr. Cass.4 dicembre 2007, n.25269, secondo cui ciò è ricavabile non solo dagli articoli 167 e 416 cpc, ma deriva da tutto il sistema processuale, quale risulta dal carattere dispositivo del processo, che

E qui ci caliamo nella realtà dell'esperienza pratica della prima udienza, affrontando il tema della concreta difficoltà di “prendere posizione sui fatti allegati dal resistente” e di riuscire a verbalizzare in modo specifico le contestazioni relative ai fatti materiali, storici e giuridici introdotti nel processo attraverso la memoria difensiva del resistente.

Quell'attività di verbalizzazione - da svolgere necessariamente nel corso dell'udienza finalizzata a tentare la conciliazione e a sentire le parti, ove occorra, in interrogatorio libero - mette a dura prova la pazienza di tutti, ma è importantissima, perché spesso le decisioni di merito si fondano su presunte, perché non puntualmente verbalizzate, mancate contestazioni del ricorrente.

Da alcuni anni il foglio uso bollo messo a disposizione nel fascicolo d'ufficio, sul quale i Difensori delle parti svolgevano le loro contestazioni e le richieste di produzione di prove documentali rese necessarie dalle difese del resistente o sopravvenute (e, talvolta, irrituali deduzioni scritte inerenti alle istanze istruttorie) ha subito un'evoluzione telematica e un'involuzione pratica.

Il Giudice non ha più un cancelliere che lo affianchi in udienza nella scrittura del verbale e deve avere la disponibilità, la pazienza e l'umiltà di scrivere personalmente, magari sintetizzandole, le contestazioni specifiche che il difensore del ricorrente muove alle allegazioni dei fatti, spesso nuovi ed ulteriori, introdotti dal resistente.

Si pensi, in particolare, alle cause più importanti, in materia di licenziamento, di dequalificazione e di demansionamento, nelle quali l'onere di allegazione e di prova dei fatti materiali grava sul resistente datore di lavoro e il difensore del ricorrente deve rispondere, non certo “a specchio”, ribadendo il proprio racconto, ma prendendo posizione in maniera specifica sulla narrativa di fatti introdotti per la prima volta dal datore di lavoro. Per non parlare delle controversie in materia di cessione di presunti rami d'azienda, nelle quali la narrativa e le produzioni documentali delle resistenti costituiscono la narrativa intorno alla quale verte l'onere,

comporta una struttura dialettica a catena; dal sistema di preclusioni, che comporta per entrambe le parti l'onere di collaborare, fin dalle prime battute processuali, a circoscrivere la materia controversa; dai principi di lealtà e probità posti a carico delle parti e, soprattutto, dal generale principio di economia che deve informare il processo. Ogni volta che sia posto a carico di una delle parti un onere di allegazione e prova, l'altra ha l'onere di contestare il fatto allegato nella prima difesa utile, dovendo in mancanza ritenersi tale fatto pacifico e non più gravata la controparte del relativo onere probatorio, senza che rilevi la natura di tale fatto, potendo trattarsi di un fatto la cui esistenza incide sull'andamento del processo e non sulla pretesa in essi azionata.

La non contestazione del ricorrente nel processo del lavoro e le attività pratiche, necessarie e indifferibili, da svolgere entro la prima udienza ... o in apposite note

della cedente e della cessionaria, di provare l'esistenza dei requisiti dell'art.2112 c.c.

Il Giudice soffre, ma è comprensibile il suo disappunto, la dettatura delle contestazioni dei fatti che i ricorrenti devono verbalizzare e, se ha buon senso e vuole occuparsi anche di altre cause in quella giornata, rinvia ad altra udienza offrendo un termine per note destinate alla sole contestazioni delle allegazioni in fatto.

6. LA NECESSARIA COLLABORAZIONE TRA GIUDICE E AVVOCATI AL FINE DI VELOCIZZARE, SENZA PREGIUDIZIO PER LA DIFESA, LE NECESSARIE CONTESTAZIONI IN PUNTO DI FATTO. POSSIBILI SOLUZIONI E BUONE PRASSI.

Dinanzi a questo problema, non solo pratico, perché è in gioco l'equilibrio dei rispettivi diritti di difesa, occorre spirito di collaborazione e di iniziativa, pazienza e buon senso, visto che non sembra formi oggetto delle più recenti proposte di riforma un'espressa individuazione di uno spazio, meno costretto, per rispondere adeguatamente e per lasciare un'importante traccia nel verbale.

Giova raccontare l'esperienza di confronto, certamente costruttivo, fatta presso il Tribunale di Roma nel corso delle riunioni del tavolo tecnico istituito fra magistrati e avvocati, finalizzate alla sottoscrizione del protocollo su chiarezza e sinteticità degli atti processuali, siglato a dicembre 2017 e pubblicato sul sito del Tribunale e del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

L'art.13 del testo predisposto e sottoposto dal Tribunale al confronto con gli avvocati, prevedeva il seguente testo:

“I verbali sono redatti preferibilmente secondo modelli standard e, ove possibile, con l'impiego di un doppio monitor, per facilitare alle parti e ai testi il controllo della verbalizzazione.

Il giudice ha cura di riportare sinteticamente le dichiarazioni delle parti, che non siano già contenute negli scritti richiamati. Nelle questioni più complesse può autorizzare lo scambio di note.”

La versione finale, frutto di una lunga negoziazione che intendeva velocizzare la verbalizzazione in prima udienza con l'uso di file inviati e poi estratti dall'app “note d'udienza”, da una drive pen o da una semplice mail inviata all'indirizzo del giudice, oltre che superare l'assurda e abusiva prassi di effettuare un deposito telematico non autorizzato, nel fascicolo, di un “preverbale” neanche sottoposto al preventivo esame del Collega di Controparte e soprattutto consentire la miglior

verbalizzazione possibile della contestazione di fatti, ha infine previsto:

“I verbali sono redatti preferibilmente con modalità telematiche e secondo modelli standard e, ove possibile, con l’impiego di un doppio monitor, per facilitare alle parti e ai testi la visualizzazione della verbalizzazione.

Nel verbale devono essere riportate compiutamente e sinteticamente tutte le dichiarazioni dei difensori. In caso di argomentazioni già contenute negli scritti depositati ne è verbalizzato solo il richiamo.

Per agevolare la verbalizzazione il giudice può autorizzare l’inserimento, preferibilmente con modalità informatiche, di brevi argomentazioni sulle questioni dedotte; per le questioni più complesse può autorizzare lo scambio di note.”

7. CONCLUSIONI ... PER L’INIZIO DI UN PERCORSO CHE RENDA PIÙ AGILE E COMPLETA L’ATTIVITÀ DA SVOLGERSI IN UDIENZA.

Ma è possibile fare di meglio, suggerendo al legislatore una soluzione che eviti la “Babele” e il livello non vincolante delle fonti “pattizie”, considerata anche l’esperienza del processo emergenziale, in trattazione scritta o da remoto, e al florilegio di centinaia di protocolli che ne è seguito?

Forse un’indicazione utile l’ha fornita alcuni anni fa un sostanzialista, Antonio Vallebona, il quale propose di modificare l’art.415 c.p.c., introducendo in quella norma uno scambio di memorie anticipato rispetto alla prima udienza, utile a prendere posizione sui fatti rispettivamente affermati dalle parti, chiudendo così il cerchio delle allegazioni e delle richieste di prova, anche quelle rese necessarie e strettamente correlate alle difese del convenuto, consegnando al Giudice una causa “pronta” per essere immediatamente trattata, una volta esaurito senza esito positivo, ma in modo decisamente più consapevole da parte dei difensori e del giudice, il tentativo di conciliazione.

Tale scambio, in questo caso a lite già pendente ma prima ancora dell’udienza, aveva costituito l’idea ispiratrice del rito societario, che ha avuto vita breve. In questa direzione, nel rispetto delle proposte di riforma del processo civile della Commissione Luiso, sembra che siano andate le scelte del legislatore delegante, ma non anche per il rito speciale lavoro, dove la prospettiva di una negoziazione assistita preventiva, affidata agli avvocati, potrebbe consentire di gestire negli studi legali uno scambio “pre – processuale”.

Il processo, finalmente, potrebbe essere concentrato e destinato ad una decisione

*La non contestazione del ricorrente nel processo del lavoro
e le attività pratiche, necessarie e indifferibili, da svolgere entro la prima udienza ... o in apposite note*

di merito che accolga o rigetti le domande, evitando che il Tribunale, anche per le cause di lavoro, continui ad essere il luogo dove sfinire di rinvii e di troppo energetiche sollecitazioni le Parti che non intendono conciliare la lite.

ABSTRACT

L'Autore affronta il tema della non contestazione del ricorrente e degli effetti sull'accertamento dei fatti, considerando la natura dei diritti oggetto di tutela nelle controversie di lavoro e lo stringente regime delle preclusioni nel rito speciale lavoro. Il contributo pone in evidenza alcune criticità e alcune soluzioni pratiche, alle quali rispondere con la necessaria collaborazione, tra giudice e avvocati, con buone prassi utili a rendere più agile l'udienza di discussione ex art.420 c.p.c., senza comprimere gli "spazi" per esercitare il diritto e il dovere di contestazione dei fatti.

The author addresses the issue of the plaintiff's non-contestation and how this affects judicial fact-finding, considering the nature of the rights subject to protection in labor disputes and the strict regime of preclusion in labor law's special procedural rules. The contribution highlights some critical issues and presents practical solutions which require the cooperation between the judges and the lawyers, as well as best practices, useful to improve how judicial hearings take place, without shrinking the space to exercise the right and duty to dispute facts.

FRANCESCO CAMILLETTI

(Professore Associato di Diritto Privato nell'Università degli Studi di Milano)

PROFILI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL DATORE DI LAVORO*

Sommario: 1. Introduzione. 2. Normativa applicabile: D.Lgs 81/2008 e art. 2087 c.c. 3. Natura della responsabilità del datore di lavoro. 4. Eventuale concorso del lavoratore. 5. Elemento soggettivo: la responsabilità del datore di lavoro può configurarsi quale responsabilità oggettiva? 6. *Inadimplenti non est adimplendum*: la proponibilità dell'eccezione di adempimento ex art. 1460 c.c. da parte del lavoratore.

1. INTRODUZIONE

La tutela della sicurezza e della salute del lavoratore sul luogo di lavoro è uno dei principi cardine del sistema giuslavoristico italiano: il lavoratore, a prescindere dall'attività specifica oggetto della prestazione lavorativa, ha il diritto costituzionalmente garantito, ai sensi dell'art. 32 Cost., di lavorare in un ambiente sano e sicuro, sotto ogni profilo, sia esso fisico o psicologico.

La tutela di tale diritto è assicurata dall'esistenza di norme che prevedono l'applicazione di sanzioni nei confronti del soggetto obbligato a garantire la sicurezza e la salute del lavoratore: *id est*, il datore di lavoro, a carico del quale, in caso di inosservanza degli obblighi di diligenza, salute e sicurezza, può configurarsi una responsabilità, civile e penale.

Obiettivo del presente contributo è quello di indagare i vari aspetti della responsabilità civile del datore di lavoro, con particolare riferimento alla sua natura.

2. NORMATIVA APPLICABILE: D.LGS. 81/2008 E ART. 2087 C.C.

Il testo normativo di riferimento in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro è rappresentato dal D.Lgs. n. 9 aprile 2008 n. 81 (d'ora in

¹ * Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

avanti anche Testo Unico) emanato in attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, entrato in vigore il 15 maggio 2008, che ha consentito un riordino sistematico della materia, anche sulla spinta di direttive di matrice comunitaria.

Il Testo Unico, come espressamente previsto dall'art. 3, comma 1, si applica a tutti i settori di attività, privati e pubblici, e a tutte le tipologie di rischio, intendendosi con esso, a mente dell'articolo 2 dello stesso D.Lgs la “*probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione*”.

Il Testo Unico ha introdotto, nell'ordinamento giuslavoristico italiano, regole di prevenzione primarie e imprescindibili, in parte applicabili alla generalità delle attività produttive (si vedano le misure generali di cui agli articoli 15 e seguenti) e in parte applicabili solamente a determinate attività, in ragione dei diversi fattori di rischio connessi a ciascuna di esse. In ogni caso, tutte le norme del Testo Unico mirano a prevenire il verificarsi di potenziali danni ai lavoratori imponendo ai datori di lavoro coinvolti, nonché ai diversi soggetti individuati quali debitori dell'obbligazione prevenzionistica, l'adozione delle azioni e delle misure ivi considerate.

Sebbene - come visto - il Testo Unico rappresenti una raccolta normativa cardine nell'ambito della protezione e della tutela della salute dei lavoratori, lo stesso non esaurisce il contenuto degli obblighi di tutela della salute e della integrità psico-fisica del lavoratore e ciò per l'ovvia ragione dell'imponderabilità di tutti i probabili fattori di rischio connessi all'evoluzione delle attività produttive e delle rispettive tecniche di lavorazione.

Per cui, le disposizioni speciali contenute nel Testo Unico, risultano integrate dall'art. 2087 c.c, a norma del quale l'imprenditore, nell'esercizio dell'impresa, è tenuto ad adottare le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

La norma in parola riveste una importanza sistematica fondamentale⁽²⁾: per la sua particolare formulazione e collocazione, infatti, l'art. 2087 c.c. funge al con-

² Sul punto v. P. ALBI, *Adempimento dell'obbligo di sicurezza e tutela della persona*, Comunicazioni svolte al Convegno “*Esistere. Riflessioni sul danno esistenziale e sul mobbing*” Pisa 24 ottobre 2002 e al Convegno “*La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*”, Foggia 14-15 novembre 2003, in *Lavoro e Diritto*, 4/2003, 675-700; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2006, 316.

tempo da norma di chiusura, da norma aperta e da clausola generale.

Sotto il primo profilo, la Corte di Cassazione⁽³⁾ ha, infatti, più volte precisato che la responsabilità del datore di lavoro per la mancata adozione di misure idonee a tutela dell'integrità fisica del lavoratore discende o da norme antinfortunistiche speciali, oppure, nel caso in cui queste non siano ravvisabili, dall'art. 2087 c.c. che costituisce "*norma di chiusura*" del sistema antinfortunistico. Ciò vale dunque ad indicare che l'ambito di applicazione della medesima si estende a tutte quelle situazioni e ipotesi che, al momento della sua formulazione, non sono state ancora prese in considerazione dal legislatore, e impone all'imprenditore l'obbligo di adottare, nell'esercizio dell'impresa, tutte le misure che, avuto riguardo alla particolarità del lavoro in concreto svolto dai dipendenti, siano necessarie a tutelare l'integrità psico-fisica dei lavoratori.

Ancora, si è inteso⁽⁴⁾ l'art. 2087 c.c. quale «*norma aperta ai mutamenti economico-sociali*», ossia quale norma in grado di realizzare una funzione integrativa e sussidiaria di adeguamento al caso concreto ed alla situazione economico-sociale della normativa dettata a tutela del lavoratore, la quale non può oggettivamente prevedere ogni fattore di rischio, alla luce della direttiva della "massima sicurezza applicabile". In questo senso, l'obbligo contenuto nella norma abbraccia ogni tipo di misura utile a garantire il diritto soggettivo dei lavoratori ad operare in ambiente esente da rischi.

Ed infine, quale «*clausola generale*» la quale "*si presta a ricevere nuovi contenuti e che trova piena e concreta attuazione in relazione al diritto - costituzionalmente garantito - alla salute e all'integrità psicofisica*" del lavoratore⁽⁵⁾.

³ Nello stesso senso, *ex multis*: Cass. civ., Sez. lav., ord. 25 febbraio 2021, n. 5255; Cass. civ., Sez. lav., ord. 20 novembre 2020, n. 26512; Cass. civ., Sez. lav. 15 luglio 2020, n. 15105 con nota di S. APA, *La responsabilità del datore di lavoro per l'omessa adozione di misure volte a preservare l'integrità psico-fisica del lavoratore*, in *Ilgiuslavorista.it*, 21 dicembre 2020; Cass. civ., Sez. lav., 16 ottobre 2019, n. 26217; Cass. civ., Sez. lav., n. 26025/2019; Cass. civ., Sez. lav., 31 ottobre 2018, n. 27964; Cass. civ., Sez. lav., 9 maggio 2018, n. 11170; Cass. civ., Sez. Lav., 19 febbraio 2016, n. 3291. G. PROIA, *Il diritto all'integrità psicofisica*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, 2017, Torino, 1139-1163.

⁴ Corte di Giustizia CE 14.6.2007, causa C- 127/05; Cass. civ. sent. n. 18503/2016; Cass. civ. sent. n. 4840/2006; Cass. Civ., sent. n. 4012/1998; Corte Cost. n. 399/1996.

⁵ Cass. Civ., Sez. lav., 20 aprile 1998, n. 4012. Sul punto si è segnalato "*il contributo importante della giurisprudenza che, attraverso la valorizzazione dell'art. 32 Cost. ha dato nuova linfa all'art. 2087 c.c. perchè ha finito per considerare questa norma fondativa dell'obbligo di protezione su cui poi il legislatore ordinario ha edificato la normativa in materia di sicurezza del lavoro*" - G. SANTORO PASSARELLI, *Il*

È dunque evidente l'importanza che l'ordinamento attribuisce all'art. 2087 c.c., il quale, sostanzialmente, diviene un forte strumento a garanzia del lavoratore, tutte le volte in cui non esista una specifica norma prevenzionistica che disciplini il caso concreto e le sue peculiarità.

L'analisi del contenuto della disposizione in esame conferma tale circostanza: la norma, nonostante la sua estrema semplicità, non si limita ad imporre al datore di lavoro un obbligo astensivo di *non facere* ma è fonte di obblighi positivi, per cui egli è obbligato a predisporre un ambiente e un'organizzazione lavorativa che siano idonei alla protezione della salute fisica e psichica dei lavoratori.

Segnatamente, il datore di lavoro, nel predisporre le misure di sicurezza ex art. 2087 c.c., deve tenere conto *in primis* della particolarità del lavoro, intesa come complesso dei rischi e dei pericoli che caratterizzano la specifica attività lavorativa⁽⁶⁾: ogni ambiente lavorativo presenta delle peculiarità che è obbligo del datore di lavoro conoscere, anche in considerazione del fatto che egli è, verosimilmente, il soggetto maggiormente indicato a valutarle ed apprezzarle; dell'esperienza⁽⁷⁾, ossia della conoscenza dei rischi e dei pericoli acquisita durante tutto lo svolgimento di quella specifica attività lavorativa ed, infine, della tecnica, *id est* del progresso scientifico e tecnologico sviluppatosi in ordine alle misure di tutela, in relazione alle quali il datore di lavoro deve essere sempre necessariamente aggiornato, secondo il criterio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile.

La portata di tale obbligo non soggiace al limite imposto dalla fattibilità economica e produttiva: nello stesso senso si esprime la direttiva quadro CEE 89/391 del 12.6.1989 – recante attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro – secondo cui “*il miglioramento della sicurezza, dell'igiene e della salute dei lavoratori durante il lavoro rappresenta un obiettivo che non può dipendere da considerazioni di carattere puramente economico*”⁽⁸⁾.

L'ampiezza dell'obbligo di tutela in capo al datore di lavoro la si evince anche se si analizza l'interpretazione fornita dalla Giurisprudenza in ordine ai c.d. D.I.P., os-

diritto e il giudice del lavoro, in *Riv. dir. civ.*, 6/2017, 1422.

⁶ C. SMURAGLIA, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Milano, 1974, 85; L. CELESTINO, *Infortuni sul lavoro: responsabilità civile e penale*, Milano, 1989, 119.

⁷ L.G. BERTONCELLO, *Pericolo sismico e sicurezza sul lavoro: un rischio da “valutare”*, in *Dir. lav. e relazioni ind.*, 2/2015, 400.

⁸ Nello stesso senso si esprime la giurisprudenza nazionale. Si veda Cass. civ. n. 4012/1998, cit.

sia i Dispositivi di Protezione Individuale, che sono definiti dall'art. 74 del TULS come “*qualsiasi attrezzatura destinata ad essere indossata e tenuta dal lavoratore allo scopo di proteggerlo contro uno o più rischi suscettibili di minacciarne la sicurezza o la salute durante il lavoro, nonché ogni complemento o accessorio destinato a tale scopo*”. La Corte di Cassazione, con una recentissima sentenza⁹, ha precisato che “*la nozione legale di Dispositivi di Protezione Individuale (D.P.I.) non si riduce alle attrezzature appositamente create e commercializzate per la protezione di specifici rischi alla salute in base a caratteristiche tecniche certificate, ma va riferita a qualsiasi attrezzatura, complemento o accessorio che possa in concreto costituire una barriera protettiva rispetto a qualsiasi rischio per la salute e la sicurezza del lavoratore, in conformità con l'art. 2087 c.c.*”.

3. NATURA DELLA RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO

Il tema della natura giuridica della responsabilità del datore di lavoro nei confronti del prestatore di lavoro deve essere esaminato da una duplice angolazione.

Da un lato, con particolare riferimento alla fonte, si chiede di valutare se la responsabilità ex art. 2087 c.c. abbia natura contrattuale o extracontrattuale; dall'altro lato, in merito all'elemento soggettivo richiesto in capo al datore di lavoro ai fini della configurazione della responsabilità datoriale, ci si è domandati se si tratti di responsabilità per colpa o responsabilità oggettiva.

Entrambe le questioni rivestono, evidentemente, un'importanza tutt'altro che meramente teorica.

Il primo dei profili menzionati, oggetto del presente paragrafo, è risolto da unanime giurisprudenza nel senso di riconoscere **alla responsabilità del datore di lavoro natura contrattuale**¹⁰.

Ed infatti, lo stringente obbligo di *facere* a tutela dell'integrità fisica e morale dei prestatori di lavoro - che si aggiunge ai tradizionali e più generali obblighi di pro-

⁹ Cass. civ., Sez. lav., 11 marzo 2022, n. 8042, con nota di A. IVOLELLA, *Netturbino da risarcire se il Comune non provvede a manutenzione e lavaggio della tuta con barre catarifrangenti*, in *Diritto & Giustizia*, 51/2022, 10.

¹⁰ In questo senso, *ex multis*: Cass. civ., Sez. lav., 6 luglio 2020, n. 13915; Cass. Civ., Sez. lav., 9 luglio 2017, n. 14468; Cass. Civ., Sez. lav., 17 febbraio 2009, n. 3786; Cass. Civ., Sez. lav., 17 febbraio 2009, n.3788; Cass. Civ., Sez. lav., 13 agosto 2008, n. 21590; Cass. Civ., Sez. lav., 8 maggio 2007, n.10441; Cass. Civ., Sez. lav., n. 9856/2002. F. PASCUCI, *La tutela della salute e della sicurezza del lavoratore “agile”*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2017, 307-220.

tezione scaturenti dai doveri di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c., si inserisce nel sinallagma contrattuale esistente tra lavoratore e datore di lavoro, tanto che il contratto di lavoro risulta integrato dalle previsioni dell'art. 2087 c.c., ai sensi dell'art. 1374 c.c.

La natura contrattuale della responsabilità del datore di lavoro comporta, in caso di inadempimento, l'applicazione dell'art. 1218 c.c. con tutto quanto ne consegue, ai fini del relativo accertamento, in ordine alla ripartizione dell'onere della prova. E così, il lavoratore che pretenda di aver subito un danno – che sia esso morale, fisico o psicologico – alla propria salute dovrà provare: il titolo su cui la responsabilità si fonda, *id est* il rapporto contrattuale; l'inadempimento del datore di lavoro, e dunque la violazione da parte di quest'ultimo del dovere di diligenza e sicurezza imposto dalla legge; l'esistenza del danno, nonché il nesso causale tra la violazione e il danno.

Trattandosi di responsabilità contrattuale, la disciplina è fortemente favorevole al lavoratore, il quale è esentato dal dover fornire la prova circa l'elemento soggettivo della condotta del datore di lavoro (prova invece necessaria nell'ambito della responsabilità extracontrattuale) e, correlativamente, è molto gravosa per il datore di lavoro, sul quale incombe l'onere di dimostrare che il danno è dovuto a causa a lui non imputabile.

In realtà, anche a seguito dell'importante evoluzione giurisprudenziale, si ritiene che gli oneri probatori in capo al lavoratore e al datore di lavoro si atteggiino diversamente a seconda che la misura di sicurezza oggetto dell'obbligo posto a carico del secondo sia nominata quanto, piuttosto, innominata. Per misure di sicurezza “nominate” si intendono quelle misure che sono espressamente e specificatamente definite dalla legge, in relazione ad una valutazione preventiva di rischi specifici, come quelle previste all'interno del D.Lgs 81/2008, mentre sono “innominate” le misure per così dire generiche, il cui contenuto specifico deve essere ricavato dall'art. 2087 c.c.

Nel primo caso, il lavoratore deve dimostrare la fattispecie costitutiva prevista dalla norma, fermo restando il titolo, il danno ed il nesso causale, mentre il datore di lavoro, al contrario, deve fornire la prova circa l'insussistenza di quegli stessi fatti dimostrati dal lavoratore, oltre che del nesso causale. Nel secondo caso, invece, mentre l'obbligo del lavoratore rimane il medesimo, il datore di lavoro potrà andare esente da responsabilità solo se dimostra di aver adottato comportamenti specifici “*che, ancorché non risultino dettati dalla legge, siano suggeriti da cono-*

scenze sperimentali e tecniche, dagli standard di sicurezza normalmente osservati o trovino riferimento in altre fonti analoghe”⁽¹¹⁾.

Con riferimento alla individuazione delle misure concretamente applicabili, la Corte di Cassazione⁽¹²⁾ ha avuto modo di chiarire come *“il dovere di protezione (dei lavoratori) che grava sull'imprenditore - collegato, del resto, al rischio di impresa - comporta che debba essere lo stesso imprenditore a valutare se l'attività della sua azienda presenti rischi extra lavorativi “di fronte al cui prevedibile verificarsi insorga il suo obbligo di prevenzione”, giusta il principio per cui ciascuno datore, in riferimento alla particolarità del lavoro, da una parte, ed all'esperienza e alla tecnica, dall'altra, deve nella rappresentazione dell'evento (prevedibilità) prospettare a se stesso l'adozione delle misure (e, dunque, di tutte le misure) più consone e più aggiornante, al fine di scongiurare la sua realizzazione”.*

4. EVENTUALE CONCORSO DEL LAVORATORE

A gravare ulteriormente la posizione contrattuale del datore di lavoro è l'opinione della giurisprudenza in merito alla configurabilità di un concorso colposo del lavoratore nel verificarsi del danno.

Invero la giurisprudenza, sia di legittimità sia di merito, ritiene che l'art. 2087 c.c. obblighi il datore di lavoro a prevenire finanche le condizioni di rischio che risultino legate alla colpa del lavoratore medesimo, ossia al suo possibile comportamento negligente, imprudente ed imperito; di talché risulta quantomeno improbabile il configurarsi di un concorso del lavoratore medesimo.

Unica eccezione, al verificarsi della quale è invece configurabile un concorso colposo della vittima, è rappresentata dal c.d. rischio elettivo⁽¹³⁾, ossia un comportamento talmente estremo del lavoratore da non essere nemmeno compatibile con quella che normalmente si definisce negligenza, imprudenza o imperizia⁽¹⁴⁾. Ed

¹¹ Cass. civ., Sez. lav., 8 marzo 2006, n. 12445. Nello stesso senso: Cass. civ., Sez. lav., 26 luglio 2019, n. 20364; Cass. civ. Sez. lav., 26 luglio 2019, n. 20366; Cass. civ., n. 4048/2018; Cass. civ., Sez. lav., 31 ottobre 2018, n. 27964; Cass. civ., Sez. lav., 26 aprile 2017, n. 10319; Cass. civ., Sez. lav., 2 luglio 2014, n. 15082; Cass. civ., Sez. lav., 28 febbraio 2012, n. 3033.

¹² Cass. civ., Sez. lav., 20 aprile 1998, n. 4012.

¹³ Cass. civ., 12 febbraio 2021, n. 3763; Cass. civ., Sez. lav., 13 gennaio 2017, n. 798; Cass. civ., Sez. lav., 13 aprile 2016, n. 7313; Cass. civ., Sez. lav., 23 luglio 2012, n. 12779; Cass. civ., Sez. lav., 20 ottobre 2011, n. 21694.

¹⁴ Cass. civ., 13 febbraio 2012, n. 1994; Cass. civ., Sez. lav., 25 febbraio 2019, n. 5419. Sull'interruzione

infatti per rischio elettivo si intende “*un contegno abnorme, inopinabile ed esorbitante rispetto al procedimento lavorativo ed alle direttive ricevute, sulla base di una scelta arbitraria volta a creare e ad affrontare, volutamente, per ragioni o impulsi personali, una situazione diversa da quella inerente l’attività lavorativa*”⁽¹⁵⁾; per cui, il lavoratore che, attraverso questo comportamento, crea delle condizioni di rischio estranee alle normali modalità di lavoro che è chiamato a svolgere, si pone quale causa esclusiva dell’evento dannoso, e, solo in questo caso, egli è responsabile del danno occorsogli⁽¹⁶⁾.

Ciò si spiega in ragione della *ratio* della disposizione dell’art. 2087 c.c., che è quella di porre a carico del datore di lavoro l’obbligo fondamentale di prevenire le condizioni di rischio insite in ogni ambiente lavorativo e nella possibile colpa del lavoratore negligente, imprudente e imperito - sia mediante adeguata istruzione e formazione, sia mediante controllo dell’operato, sia approntando strumenti e mezzi idonei e sicuri - ma non può essere quella di prevenire anche i comportamenti del lavoratore medesimo che siano del tutto abnormi ed avulsi dall’incarico lavorativo attribuitogli.

Al netto del rischio elettivo, si è, dunque, esclusa la configurabilità di una colpa a carico del lavoratore che non si sia attenuto alle cautele imposte dalla normativa antinfortunistica o alle direttive del proprio datore di lavoro, perché, in effetti, proprio la vigilanza di quest’ultimo sul rispetto delle norme da parte dei prestatori di lavoro è oggetto dell’obbligo impostogli dalla legge. In sostanza la circostanza per cui il lavoratore ometta di tenere un comportamento in linea con le norme di sicurezza non è idonea ad interrompere il nesso causale tra l’evento dannoso e il comportamento del datore di lavoro che non abbia provveduto all’adozione di tutte le cautele necessarie, anche in ordine alla vigilanza del lavoratore medesimo⁽¹⁷⁾.

del nesso causale per il comportamento del lavoratore v. Cass. civ., Sez. lav., 1 dicembre 2021, n. 37738 con nota di A. IEVOLELLA “*Piazza l’auto in un’area non adibita a parcheggio e cade a causa di un marciapiede: niente risarcimento per il medico*” in *Dir. e giust.*, 231/2021, 8.

¹⁵ Cass. civ. sent. n. 3763/2021.

¹⁶ R. PESSI, *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, 2007; G. PERA-M. PAPALEONI, *Diritto del lavoro*, Padova, 2003; M. GRANDI-G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2002; A. TURSI, P.A. VARESI, *Lineamenti di diritto del lavoro*, Milano, 2000.

¹⁷ La Corte di Cassazione, con sentenza n. 5419/2019 ha testualmente ritenuto che non è “*né imprevedibile né anomala una dimenticanza dei lavoratori nell’adozione di tutte le cautele necessarie, con conseguente esclusione, in tale ipotesi, del cd. rischio elettivo, idoneo ad interrompere il nesso causale ma ravvisabile solo quanto l’attività non sia in rapporto con lo svolgimento del lavoro o sia esorbitante*”

Tale concetto è stato cristallinamente esplicito dalla Corte di Cassazione, la quale ha affermato che “*il datore di lavoro ha il dovere di proteggere l’incolumità del lavoratore nonostante la sua imprudenza o negligenza*”⁽¹⁸⁾.

5. ELEMENTO SOGGETTIVO: LA RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO PUÒ CONFIGURARSI QUALE RESPONSABILITÀ OGGETTIVA?

Quanto esaminato sino ad ora in merito al contenuto dell’obbligo del datore di lavoro, all’onere della prova e all’esimente del rischio elettivo non deve, tuttavia, indurre a ritenere che in capo al datore di lavoro si configuri una responsabilità di tipo oggettivo, poiché la sua responsabilità, per quanto particolarmente stringente e gravosa, rimane pur sempre una responsabilità per colpa⁽¹⁹⁾.

Infatti, sebbene si sia osservato che la portata volutamente generale dell’art. 2087 c.c. obblighi il datore di lavoro ad attuare un’efficace attività di prevenzione mediante il costante aggiornamento delle misure ritenute necessarie dall’esperienza e dalla tecnica, si ritiene che la responsabilità dello stesso non sia suscettibile di essere ampliata fino al punto di comprendere ogni ipotesi di lesione dell’integrità psicofisica del lavoratore, perché da ciò conseguirebbe la sua automatica responsabilità, anche per quegli eventi lesivi che risultano essere addirittura impensabili, imprevedibili e soprattutto inevitabili⁽²⁰⁾.

dai limiti di esso”.

¹⁸ Cass. civ. sent. n. 30679/2019, con nota di Andrea Rossi “*Nessuna riduzione del risarcimento se la violazione dell’obbligo di prevenzione abbia un’incidenza esclusiva*” in *Ilgiuslavorista.it*, 21 febbraio 2020; Cass. civ. sent. n. 1994/2012.

¹⁹ Sul punto, si vedano *ex multis* Cass. civ., Sez. lav., 25 gennaio 2021, n. 1509; Cass. civ., Sez. lav., 29 ottobre 2020, n. 23921 con nota di R. DULLIO *La prova della nocività dell’ambiente di lavoro è a carico del lavoratore che si ritiene danneggiato*, in *Dir. e giust.*, 208/2020, 11; Cass. civ., Sez. lav., 15 luglio 2020, n. 15112; Cass. civ., Sez. lav., 29 marzo 2019, n. 8911; Cass. civ., Sez. lav., 23 maggio 2019, n. 14066; Cass. civ., 19 ottobre 2018, n. 26495; Cass. civ., Sez. lav., 5 luglio 2018, n. 17668 con nota di I. LEVERONE, *L’obbligo del datore di lavoro di tutela delle condizioni lavorative non configura responsabilità oggettiva*, in *Dir. e giust.*, 118/2018, 13; Cass. civ., Sez. lav., 15 gennaio 2018, n. 749 con nota di T. PELLEGRINI, *L’onere della prova nella responsabilità ex art. 2087 c.c. e gli obblighi di protezione*, in *Giur. it.*, 2018, 1352-1357 e nota di S. SERVIDIO, *Infortuni sul lavoro e responsabilità del datore*, in *Dir. e prat. lav.*, 9/2018, 588; Cass. civ. sent. 10465/2015, con nota di NATALI, *Infortunio: comportamento imprudente del lavoratore e incidenza sul nesso causale*, in *Dir. e prat. lav.*, 2/2016, 86; Cass. civ., Sez. lav., 2 luglio 2014, n. 15082; Cass. civ., Sez. pen., 28 marzo 2014, n. 14616.

²⁰ Cass. civ., Sez. lav., n. 4970/2017; Cass. civ. Sez. lav., n. 19709/2016, con nota di S. SERVIDIO, *Infortunio sul lavoro: risarcimento del danno e onere della prova*, in *Dir. e prat. lav.*, 46/2016, 2765; Cass.

Al contrario, l'elemento costitutivo della responsabilità del datore di lavoro è e resta la colpa, intesa quale mancata diligenza nella predisposizione delle misure idonee a prevenire il danno per il lavoratore secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, ossia la violazione di obblighi di comportamento imposti specificatamente da norme o suggeriti dalle innovazioni tecniche, ma pur sempre individuati. Sul punto, la Corte di Cassazione è intervenuta a mitigare, seppur limitatamente, la portata dell'obbligo a carico del datore di lavoro, ribadendo, con sentenza n. 12347/2016, che *“non si può automaticamente presupporre, dal semplice verificarsi del danno, l'inadeguatezza delle misure di protezione adottate, ma è necessario, piuttosto, che la lesione del bene tutelato derivi causalmente dalla violazione di determinato obblighi di comportamento imposti dalla legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche in relazione al lavoro svolto”*. Per cui, non configurandosi la responsabilità ex art. 2087 c.c. quale responsabilità oggettiva, il datore di lavoro non è tenuto ad adottare ogni precauzione astrattamente possibile ma quelle che in concreto, in relazione alle caratteristiche dell'attività, alle mansioni del lavoratore, alle condizioni dell'ambiente esterno e di quello di lavoro, appaiono idonee ad evitare eventi prevedibili⁽²¹⁾.

6. *INADIMPLENTI NON EST ADIMPLENDUM*: LA PROPONIBILITÀ DELL'ECCEZIONE DI ADEMPIMENTO EX ART. 1460 C.C. DA PARTE DEL LAVORATORE

Dalla riconosciuta natura contrattuale della responsabilità ex art. 2087 c.c. discende che, in caso di inosservanza delle obbligazioni di prevenzione e sicurezza, si configura a carico del datore di lavoro un inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Nei contratti a prestazioni corrispettive, tutte le volte in cui si verifica un inadempimento di una parte a danno dell'altra, si genera inevitabilmente una sproporzione nel sinallagma: al fine di porvi rimedio, l'ordinamento giuridico ha previsto all'art. 1460 c.c. un tipico strumento di equilibrio contrattuale⁽²²⁾, ossia l'eccezione di inadempimento, in applicazione della quale ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione se l'altro non adempie la propria.

civ. Sez. lav., 22 gennaio 2014, n. 1312.

²¹ Cass. civ. Sez. lav., 29 marzo 2019, n. 8911.

²² Sul delicato tema dell'equilibrio contrattuale ci si permette di rinviare al seguente scritto: F. CAMILLETI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004.

Ebbene, classificandosi il contratto di lavoro quale contratto a prestazioni corrispettive, si ritiene legittima, a fronte della violazione dell'obbligo di sicurezza da parte del datore di lavoro, la proposizione dell'eccezione di inadempimento da parte del lavoratore che rifiuti di eseguire la propria prestazione lavorativa⁽²³⁾. Vi è di più: egli conserva il diritto alla retribuzione, atteso che l'inadempimento risulta giustificato da quello altrui⁽²⁴⁾: l'art. 44 del D.lgs 81/2008 specifica, infatti, che il lavoratore che si allontana dal posto di lavoro in caso di pericolo grave, immediato e che non può essere evitato “*non può subire pregiudizio alcuno e deve essere protetto da qualsiasi conseguenza dannosa*”.

Si tenga, comunque, in debito conto che il rifiuto del lavoratore di offrire la sua prestazione a fronte dell'inadempimento altrui risulterà giustificato, in ossequio ai principi generali, se conforme ai canoni di buona fede e correttezza di cui agli articoli 1175 e 1375 c.c. L'inadempimento, inoltre, non dovrà risultare contrario a buona fede avuto riguardo alle circostanze del caso di specie e rispetto alla funzione economico sociale del contratto, a norma dell'ultimo comma dell'art. 1460 c.c.⁽²⁵⁾.

ABSTRACT:

Il presente contributo si propone di analizzare i profili più significativi della responsabilità del datore di lavoro intesa quale obbligo di apprestare tutte le misure, nominate e innominate, necessarie a garantire la tutela della salute psico-fisica del lavoratore ai sensi dell'art. 2087 c.c., con approfondimento dei temi che hanno formato oggetto di copiosa attività giurisprudenziale.

The purpose of this contribution is to analyze the most significant profiles of the employer's responsibility as an obligation to provide all the measures, named and unnamed, necessary to guarantee the protection of the psycho-physical health of

²³ Cass. civ. sent. n. 28353/2021, con nota di A. IVOLELLA, *Legittimo e non sanzionabile il rifiuto del dipendente se il compito affidatogli non è sicuro* in *Dir. e giust.*, 199/2021, 9; Cass. civ. n. 8911/2019, con nota di C. PULVIRENTI, *“L'eccezione di inadempimento del dipendente e gli obblighi di salute e sicurezza del datore di lavoro*, in *Ilgiuslavorista.it*, 10 giugno 2019; Cass. civ., Sez. lav., 7 maggio 2013, n. 10553; Cass. civ. Sez. lav., n. 3187/2012; Cass. civ., Sez. lav., 30 settembre 2013, n. 19573; Cass. civ., Sez. lav., 7 novembre 2005, n. 21479.

²⁴ Sul punto, Cass. civ., Sez. lav., 1 aprile 2015 n. 6631.

²⁵ In questo senso Cass. civ., Sez. lav., 29 marzo 2019, n. 8911.

the worker pursuant to art. 2087 Civil Code, with an in-depth examination of the themes that have been the object of copious jurisprudential activity.

NADIA GIMELLI

(Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Roma "Tor Vergata")

**UN FIGLIO È PER SEMPRE... O QUASI: RIFLESSIONI SULL' "IMPERFETTO"
RICONOSCIMENTO DEI FIGLI NELLE UNIONI OMOAFFETTIVE***

Sommario: 1. Premessa. 2. Soluzioni giurisprudenziali per il riconoscimento dello *status* di figlio. 3. La posizione della Corte costituzionale sulla necessità di un intervento legislativo. 4. La nozione costituzionale della filiazione.

1. PREMESSA

La Corte costituzionale scrive sentenze che, una volta emesse, fanno la loro strada. In certi casi, seguono percorsi e cambiano il modo di intendere ed interpretare le norme e, più in generale, il diritto. È un cambiamento che riguarda l'intero sistema positivo. Sin dagli anni Settanta, la Consulta si è trovata costretta a supplire ai deliberati silenzi legislativi operando un vero e proprio lavoro di sartoria sulle disposizioni⁽¹⁾. Ma con certe decisioni, di più. Utilizzando una tecnica che esula dalla stretta interpretazione, ha manipolato il contenuto della disposizione per aggiungere un principio. È accaduto da ultimo, in maniera netta, per la questione relativa al cambiamento di sesso durante il rapporto matrimoniale. Il caso riguardava una coppia di coniugi costretti a subire il divorzio imposto contestualmente all'annotazione, su ordine del Tribunale, della rettifica, da "maschile" a "femminile", del sesso del marito.

La sentenza 11 giugno 2014 n. 170⁽²⁾ riveste, per il discorso che si va intraprendendo, particolare rilevanza per aver avuto il pregio di muovere dalla pigra volon-

¹ * Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

Si legge, in particolare, nella sentenza della Corte Cost. n. 84/1996 che «la disposizione costituisce il necessario veicolo di accesso della norma al giudizio della Corte [...], la quale quindi giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni».

² V. N. GIMELLI, *Il matrimonio e la rilevanza del fattore sessuale nella Costituzione italiana*, in *Riv. giur. Sarda*, II, 1/2016, partic. 19 ss.

tà un legislatore che ha sempre evitato di farsi carico delle sempre più insistenti istanze di riconoscimento da parte delle coppie omosessuali.

In assenza di una specifica disciplina che potesse dar loro tutela giuridica, la Corte costituzionale, attraverso una sentenza additiva di principio, ha, necessariamente, colpito con la dichiarazione di illegittimità costituzionale gli artt. 2 e 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore.

Il più delle volte, accade invece che, per quanto il giudicante si forzi di censurare il comportamento omissivo del legislatore, non sanziona con l'incostituzionalità l'assenza di una disposizione non potendo certamente spingersi sino a colmarne il vuoto⁽³⁾.

Questo, in sintesi, il contesto nel quale si inserisce la tanto attesa legge 20 maggio 2016, n. 76, **rubricata** "*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*", approvata, dopo un'accesa discussione, con voto di fiducia e a condizione dello stralcio dell'art. 5 che avrebbe modificato l'art. 44, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*) estendendo alle parti di una unione civile la possibilità di chiedere l'adozione del figlio biologico o adottivo dell'altra parte.

Com'era logico immaginare, il dibattito in tale materia non è, tardato ad arrivare, apparendo in tutta la sua tensione, con particolare evidenza in esito al riconoscimento del figlio nato all'estero da tecniche riproduttive artificiali, tematica nella quale hanno finito per confrontarsi la posizione della Corte di Cassazione prima e della Corte costituzionale poi.

Sappiamo bene, infatti, come non ogni esperienza giuridica compia le medesime

³ Secondo A. RAPPOSELLI, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un "nuovo" tipo di sentenze additive?*, in *Rivista AIC*, gennaio 2015, il rinvio all'intervento legislativo contenuto nel dispositivo di accoglimento non avrebbe in realtà rimosso alcuna norma: l'incostituzionalità è dichiarata ma non rimossa.

scelte, ma al contrario soluzioni di segno diverso si registrano nei diversi ordinamenti, dove l'accesso alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo è possibile anche per le coppie *same-sex* e gli accordi di "maternità per sostituzione" sono giudicati leciti e rilevanti.

2. SOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI PER IL RICONOSCIMENTO DELLO *STATUS* DI FIGLIO

Il problema dell'esatta qualificazione delle figure genitoriali ha sollevato una discussione, ampiamente nota, dando luogo a spunti ricostruttivi che hanno visto, in questi anni, il nostro sistema positivo allargare le maglie al fine di evitare di sacrificare le garanzie costituzionali offerte a tutela della filiazione con grave nocumento per il minore che, privato dello *status* di figlio, così come acquisito in conformità delle norme vigenti entro altri ordinamenti giuridici, si sarebbe visto privato delle prerogative relazioni e identitarie nel frattempo acquisite.

È sul richiamo alla normativa in materia di adozioni *ex art. 20* della l. n. 76/2016 che la giurisprudenza ha inizialmente rinvenuto lo spiraglio attraverso cui dare riconoscimento all'adozione co-parentale del minore da parte del partner omosessuale del genitore, riconducendo la problematica nella fattispecie dell'istituto dell'adozione in casi particolari *ex art. 44*, comma 1°, lett. d) della l. n. 184 del 1983⁽⁴⁾.

⁴ Questo è stato possibile a seguito dell'interpretazione estensiva del presupposto in base al quale può essere disposto l'istituto dell'adozione speciale previsto dall'art. 44, lett. d) della legge n. 184/83. In particolare, l'impossibilità di procedere ad affidamento preadottivo è stato inteso dalla giurisprudenza, secondo un orientamento ormai consolidato, come impossibilità "di diritto" e non semplicemente "di fatto" al fine di consentire l'adozione anche nei casi in cui si registri la presenza di un soggetto, il genitore biologico, esercente la responsabilità genitoriale che ha cura del minore, ed impedisce pertanto di far accertare nei fatti lo stato di abbandono e/o disporre l'affidamento preadottivo; un forma di adozione c.d. "mite" che non comporta la decadenza automatica dalla responsabilità genitoriale e non è idonea a dar vita allo *status* di cui all'art. 315 c.c. Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie dello medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° del comma 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 121-122; L. LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, *ivi*, 2016, 1711. La soluzione a tale problematica, ritenuta pienamente conforme alla *ratio* della legge, che vede come principio guida il perseguimento del massimo benessere del bambino in ogni decisione che lo coinvolge, ha avuto inizio con la pronuncia del Tribunale per i minorenni di Roma, n. 299/2014, poi confermata da Cass., sent. n. 12962 del 2016. Per un approfondimento cfr. M. FARINA, *Adozione in casi particolari, omogenitorialità e superiore interesse del minore*, in *Nuova giur. civ. com.*, nn. 7-8, 2016, 976 ss. e G. CURCIO-L. TROVATO, *L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialità*:

Con tutti i limiti che tale scelta comporta, quali l'impossibilità di conferire al minore lo *status* di figlio legittimo dell'adottante, la mancata creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante – vincolo ora dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte, con una recentissima sentenza⁵ - e, soprattutto, il necessario assenso del genitore biologico/legale. Successivamente, la giurisprudenza, attraverso una lettura ragionata delle norme presenti nel sistema, ha riconosciuto, in tema di doppia maternità, il rapporto di filiazione tra il minore e la madre che non lo ha partorito, ma ha donato l'ovulo poi fecondato e impiantato nell'utero della moglie⁶; ha, inoltre, successivamente accolto la

le ragioni del sì, in *Minori giustizia*, n. 1, 2017, 153-159. In senso critico cfr. A. ARAGNO, *L'utilizzo dell'art. 44, comma 1, lett. d) della legge n. 184/1983 nei casi di omogenitorialità: le ragioni del no*, *ivi*, 146-152; G. FERRANDO, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 12962 del 2016*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 9, 2016, 1213 ss.; S. STEFANELLI, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, in *GenIUS*, n. 2, 2016, 102; G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra (Nota a Cass. 22 giugno 2016, n. 12962)*, in *Foro it.*, 2016, 2342; M. GATTUSO-A. SCHILLACI, *Il dialogo fra le corti minorili in materia di stepchild adoption*, in www.articolo29.it, 2017; I. MASSA PINTO, *Unione omosessuale e adozione: chi decide*, in *Rivista AIC*, n. n. 4, 2016. Così anche Cass. n. 9373/2018 che ha cura di mettere in evidenza come l'adozione in casi particolari, di cui all'art. 44, comma 1°, lett. d), l. 184/83, c.d. "mite", risponde all'esigenza di assicurare il rispetto del preminente interesse del minore al fine di salvaguardare, in concreto, la continuità affettiva ed educativa dei legami in atto dello stesso con i soggetti che se ne prendono cura. Tuttavia, di recente, con Cass. n. 14007/2018, si è andato ben "oltre" l'assetto così predisposto, dichiarando l'efficacia nel nostro paese di provvedimenti stranieri di adozione piena in favore di coppie omosessuali.

⁵ Con la sentenza n. 79 del 23.03.2022, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni relative all'adozione "in casi particolari", laddove escludono che tra l'adottato e la famiglia dell'adottante si crei un rapporto di parentela (articolo 55 della legge n. 184 del 1983 e articolo 300, secondo comma, del Codice civile). La Corte ha precisato che il mancato riconoscimento dei rapporti civili con la rete parentale dell'adottante, discrimina il bambino adottato "in casi particolari" rispetto agli altri figli e lo priva di relazioni giuridiche che contribuiscono a formare la sua identità e a consolidare la sua dimensione personale e patrimoniale, in contrasto con gli articoli 31, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione in relazione all'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁶ Cass. civ., Sez. I, 30 settembre 2016 n. 19599, in [Articolo29.it](http://www.articolo29.it), con nota di A. SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*; C. CERSOSIMO, *Ordine pubblico e filiazione omogenitoriale in Famiglia*, 2017, n. 1, 104 ss.; O. FERACI, *Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio "nato da due madri" all'estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di Cassazione n. 19599/2016*, in *Riv. dir. int.*, 2017, n. 1, 169 ss.; G. PALMIERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, n. 3, 362 ss.; A. DIURNI, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Europa e al mondo*, in *Giur. it.*, 2017, n. 11,

richiesta di rettificazione o sostituzione dell'atto di nascita formato all'estero, in origine trascritto nei registri dello stato civile italiano come figlio di colei che lo ha partorito, al fine di aggiungere la seconda madre con cui il nato difettava di qualsiasi legame biologico in virtù di un'interpretazione estensiva dell'art. 9 per effetto del consenso da lei espresso all'inseminazione eterologa⁷. Orientamento confermato di recente con la pronuncia 23 agosto 2021 n. 23319 con cui la stessa Corte ha avuto modo di evidenziare come, trattandosi di fattispecie effettuata e perfezionata all'estero e certificata dall'atto di stato civile di uno Stato straniero, la trascrizione richiesta dell'atto di nascita di un minore concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma non avente alcun legame biologico con il minore, non è contraria all'ordine pubblico

2368 ss.; G. CASABURI, *Genitorialità omosessuale, un passo indietro della Consulta e molti altri (avanti ed in giro) della Cassazione*, in *Foro it.*, 2016, n. 11, 3349 ss.; P. DI MARZIO, *Figlio di due madri*, in *Dir. fam. pers.*, 2017, n. 2, 298 ss.; C. FOSSÀ, *Il paradigma del best interest of the child come roccaforte delle famiglie arcobaleno*, in *Giur. it.*, 2017, n. 10, 2082 ss.; A. PEPE, “*Doppia maternità e riconoscimento dell'atto di nascita straniero*”, in *Studium iuris*, 2017, 7-8, 869-874; I. RIVERA, *La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore*, in *GenIUS*, 2017, n. 1, 8 ss. Orientamento confermato di recente da Cass. civ., Sez. I, 25 febbraio 2022 n. 6383, secondo cui “*la legge nazionale si contiene nel senso che una sola è la persona che può essere menzionata come madre in un atto di nascita*” non rilevando la circostanza che a fondamento della domanda di rettificazione sia stata posta l'esistenza di un legame genetico tra il nato in Italia e la donna sentimentalmente legata a colei che ha sostenuto il parto, in quanto donatrice dell'ovocita. Stante l'esclusione per le coppie omosessuali di accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, non è, infatti, consentita, al di fuori dei casi previsti dalla legge, la realizzazione nel nostro ordinamento, di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico; da qui l'inaffidabilità di un'istanza tesa a formare l'atto di nascita traducendo in termini certificativi il risultato di ciò che non può trovare ingresso in termini sostanziali.

⁷ La sentenza della Corte di Cassazione, n. 14878 del 15 giugno 2017, riguardava una coppia di cittadine italiane che aveva ottenuto all'estero (in Regno Unito) la rettificazione dell'atto di nascita di un bambino nato all'interno della coppia, a seguito di fecondazione assistita. Il bambino, nato in Inghilterra, era stato registrato dall'Ufficiale dello stato civile di Kensington, inizialmente, come figlio di una sola delle due ricorrenti (la madre partoriente). Sicché, il certificato di nascita così formato era stato trascritto anche in Italia, a Venezia. Successivamente, però, l'Ufficiale dello stato civile di Kensington aveva modificato il certificato di nascita del minore, indicando la maternità sia con riferimento alla partoriente sia con riferimento all'altra donna, partner della madre partoriente. La coppia di ricorrenti aveva quindi chiesto all'Ufficiale dello stato civile di Venezia di rettificare l'atto originariamente trascritto, accogliendo le modifiche già effettuate dall'Ufficiale dello stato civile inglese. Per una analisi v. S. STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito. Nota a Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878*, nel forum di www.articolo29.it; F. LONGO, *Le “due madri” e il rapporto biologico*, in *Fam. dir.*, 2018, n. 1, 9 ss.

internazionale.

Del pari, la Cassazione ha disposto il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo *status* genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante. Il problema centrale esaminato dalle Sezioni Unite con la decisione 31 marzo 2021 n. 9006 non ha riguardato il contenuto dell'atto, al fine di verificare l'effettiva presenza dei presupposti della filiazione adottiva internazionale, di cui difettavano i requisiti soggettivi (solo uno dei genitori aveva la cittadinanza italiana e nessuno dei due richiedenti era residente in Italia), quanto piuttosto quello riguardante la contrarietà ai principi di ordine pubblico del provvedimento da riconoscere. In particolare, nel merito, una volta escluso che si fosse in presenza di un accordo di surrogazione di maternità, l'assenso dei genitori biologici e l'integrità del relativo contraddittorio, così come ha permesso alla coppia di ottenere all'estero il provvedimento di adozione, ha fatto ritenere legittima la trascrizione dell'atto anche nel nostro paese.

3. LA POSIZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULLA NECESSITÀ DI UN INTERVENTO LEGISLATIVO

Cambiamenti di prospettiva si registrano quando il figlio, concepito all'estero con fecondazione eterologa, nasce in Italia. Secondo la Corte costituzionale, intervenuta sulla questione con la sentenza 4 novembre 2020 n. 230, il riconoscimento del diritto di entrambe le donne, unite civilmente, *ex lege* n. 76 del 2016, ad essere registrate come madri, non è raggiungibile attraverso il sindacato di costituzionalità, ma, viceversa, è perseguibile per via normativa: spetta, infatti, al legislatore operare il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto tenendo presente i contenuti etici ed assiologico che una scelta del genere comporta⁽⁸⁾.

⁸ Oggetto di questione di legittimità costituzionale della sentenza della Corte cost. del 4 novembre del 2020, n. 230, è la parte dell'art. 1 comma 20 della legge sulle unioni civili – in cui la tutela delle coppie di donne unite civilmente è circoscritta ai «soli diritti [...] e doveri nascenti dall'unione civile» – e quella dell'art. 29, comma 2, d.P.R. 396 del 2000, il quale consente di indicare come genitore solo quello «legittimo» o quelli che hanno dato il consenso ad essere nominati e non anche le donne unite civilmente tra loro, che hanno fatto ricorso (all'estero) a procreazione medicalmente assistita. Osserva, in particolare, la Consulta come la scelta operata dal legislatore del 2016 è stata quella di riconoscere piena dignità di vita familiare alle coppie omosessuali, rendendo loro applicabili le norme in materia matrimoniale ma non quelle relative al rapporto di filiazione, non escludendosi, tuttavia, la «capacità della donna sola,

Ulteriori difficoltà ricostruttive permangono laddove la concorde volontà delle figure omogenitoriali materne, che fino ad ora era stato il collante dell'intera ricostruzione, viene meno. La conflittualità della coppia è di ostacolo al riconoscimento di un loro diritto alla filiazione anche adottiva.

Così, se il noto aforisma per cui *“non c'è mare che non si adatti alla finestra”*, poteva ben descrivere il quadro normativo escogitato in via giurisprudenziale al fine di riconoscere il rapporto di filiazione tra il genitore d'intenzione ed il figlio nato all'estero, il sistema mostra tutta la sua insufficienza allorquando le stesse parti del rapporto impediscono la possibilità di utilizzare gli strumenti giuridici messi a punto della giurisprudenza.

Per quanto la Corte in questi anni abbia tentato di rimediare ai deliberati silenzi legislativi in materia, non si può fare a meno di notare come incertezze ed ambiguità continuino a sussistere per le fattispecie maggiormente incerte la cui soluzione normativa non apre alcuno spiraglio alla possibilità di ricorrere, per riprendere le parole di Crisafulli, nella logica delle *“rime obbligate”*. È proprio per tale motivo che la Corte, con la decisione 9 marzo 2021 n. 32, consapevole che un suo intervento mirato avrebbe comportato una disarmonia nel sistema, decide di lasciare al legislatore la scelta circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere il fine costituzionalmente necessario di creare stabili legami affettivi del minore, nato da procreazione medicalmente assistita praticato dalle coppie dello stesso sesso, nei confronti della madre intenzionale, non senza però lanciare un monito sull'intollerabile prosecuzione che una tale inerzia comporterebbe.

Non sfugge, infatti, ai giudicanti, il vuoto di tutela che si manifesta allorquando la madre biologica nega alla madre intenzionale l'accesso all'adozione in casi particolari, a nulla rilevando un rapporto di filiazione effettivo benché consolidato nella pratica della vita quotidiana. Al fine di tutelare il miglior interesse del minore, i giudici suggeriscono, a titolo esemplificativo, l'introduzione di una nuova tipologia di adozioni, che contribuisca alla pienezza dei diritti connessi alla filiazione attraverso una procedura tempestiva ed efficace.

Per la bigenitorialità maschile il riconoscimento del titolo straniero che accerta la paternità in capo al genitore d'intenzione ha trovato un limite invalicabile nel divieto della surrogazione di maternità. Chiamata a pronunciarsi a Sezioni Uni-

della coppia omosessuale e della coppia eterosessuale in età avanzata, di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali».

te⁽⁹⁾, la Corte di Cassazione, con decisione 8 maggio 2019 n. 12193, ha ritenuto il divieto previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge 19 febbraio 2004 n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*), qualificabile come principio di ordine pubblico e come tale ostativo al riconoscimento dell'efficacia del provvedimento straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata e il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana⁽¹⁰⁾.

Tuttavia, nonostante l'esplicito divieto di maternità surrogata, sorge la necessità di garantire la continuità dello *status* familiare dei minori nati in Stati che ammettono tale pratica nei confronti del c.d. genitore d'intenzione non biologico, se cittadino italiano, soprattutto quando l'atto di riconoscimento del minore è stato

⁹ M. MINUTILLO TURTUR, *Omogenitorialità, ordine pubblico internazionale e status dei minori nati da gestazione per altri all'ombra dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite*, in *giustiziacivile.com*, 2018, n. 9, 30 ss.

¹⁰ La vicenda trae origine dal ricorso presentato da una coppia di padri unita in matrimonio in Canada, divenuti genitori di due minori mediante procreazione medicalmente assistita e surrogazione di maternità, a seguito del reperimento di una donatrice di ovociti e di un'altra donna disposta a sostenere la gravidanza, al fine di ordinare la trascrizione negli atti di nascita da parte dell'ufficiale di stato civile del Comune di Trento. Il primo provvedimento giudiziale, con cui il Giudice canadese aveva riconosciuto che la gestante non era genitrice dei minori e che l'unico genitore era il genitore biologico, era regolarmente trascritto in Italia; oggetto qui di impugnazione è la successiva statuizione della Corte di Appello di Trento che ordina la trascrizione del provvedimento della Superior Court of Justice dell'Ontario (Canada), con cui era stata riconosciuta la cogenitorialità del genitore d'intenzione. Per il testo della sentenza cfr. in *Foro it.*, 2019, 6, I, 1951, con nota di G. CASABURI; *ivi*, 12, I, 4027, con nota di G. LUCCIOLI. Sulla pronuncia cfr., *inter alia*, G. PERLINGIERI, *Ordine pubblico e identità culturale. Luci e ombre nella recente pronuncia delle Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 2, 337 ss.; G. RECINTO, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere "filiazione"*, *ivi*, 347 ss.; A. VALONGO, *Gestazione per altri e ordine pubblico internazionale - la c.d. "filiazione omogenitoriale" al vaglio delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2020, 3, 543; M. BIANCA, *La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore*, in *Famiglia*, 2019, 369 ss.; U. SALANITRO, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, 737; G. FERRANDO, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, *ivi*, 815; dello stesso A., *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. dir.*, 2019, 7, 653; M. WINKLER, *Le Sezioni unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, in *Corr. giur.*, 2019, 10, 1198; ; M. DOGLIOTTI, *Le Sezioni unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, *Fam. dir.*, 2019, 7, 653; V. F. PARUZZO, *Status filiationis e assenza di legame genetico. La Corte d'Appello di Trento riconosce la validità del certificato di nascita di due gemelli nati in seguito al ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, n. 2, 14 s.

rettificato all'estero con la dichiarazione della doppia paternità.

Nel difficile bilanciamento tra gli interessi del minore, ai quali non può darsi la prevalenza assoluta, pena la sua tirannia nei confronti di altre situazioni giuridiche riconosciute e protette in Costituzione, e la legittimità finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera illegittima, la Corte EDU ritiene necessario che ciascuno Stato riconosca il legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia che se ne siano presi cura, pur lasciando alla discrezionalità di ciascuno di essi la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all'adozione del minore, *“a condizione però che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino”*⁽¹¹⁾.

La Corte costituzionale, chiamata, com'era da immaginarsi, ad esaminare la legittimità dello stato civile dei bambini nati attraverso la vietata pratica della maternità surrogata, con “parto gemellare”, emette la sentenza 9 marzo 2021 n. 33, con la quale, nel riconoscere l'evidente divario della fattispecie sottoposta al suo giudizio da quella che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'articolo 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184/1983, ritiene che il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da tale pratica debba spettare in prima battuta al legislatore il quale si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco: la titolarità dei doveri inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali, ai quali non è pensabile che costoro possano *ad libitum* sottrarsi, da un lato, non fornire incentivi anche solo indiretti a una pratica procreativa che dal nostro ordinamento è ritenuta lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che, per conto di terzi, accettino di portare a termine la gravidanza, dall'altro.

La Corte, analogamente alla citata sentenza n. 32/2021, di fronte al ventaglio delle possibili opzioni e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, ritiene di doversi arrestare per cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, il cui intervento si rivela indifferibile considerato l'attuale situazione di insufficienza tutela giuridica degli interessi del minore a seguito del mancato riconoscimento, per contrasto con l'ordine pubblico, del provvedimento giudiziario straniero relativo al proprio *status* di figlio nei confronti del

¹¹ Cfr. Corte eur. dir. uomo, sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia, paragrafo 51.

c.d. genitore d'intenzione non biologico.

Al monito lanciato dalla Corte al legislatore di non farsi più spettatore paziente delle dinamiche sociali, ha fatto seguito la decisione del Tribunale di Milano, del 23 settembre 2021⁽¹²⁾, che, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8 della l. n. 40/2004, è stata costretta a far cadere l'ago della bilancia in favore della trascrizione integrale dell'atto di nascita originario del minore, nato da maternità surrogata e formato all'estero, con indicazione di entrambi i padri quali suoi genitori, accogliendo una prospettiva che mal si giustifica in una logica costituzionale nonostante vi sia – come sottolineato in motivazione – l'interesse del minore che dalla sua nascita venga inserito nel nucleo familiare di coloro che di fatto sono i suoi genitori onde poter usufruire del diritto di essere «*mantenuto, istruito, educato ed assistito moralmente*» **a norma dell'articolo 147 codice civile nonché dei diritti che dalla filiazione derivano rispetto ai loro parenti, e ciò anche sotto il profilo successorio, dopo essersi fatta carico di verificare che i diritti della dignità della gestante non fossero stati lesi.**

La decisione, a parere di chi scrive, non è condivisibile. Il riconoscimento di un diritto alla genitorialità che cambia i termini della filiazione e del rapporto tra i sessi lascia estremamente perplessi risultando l'automaticità incompatibile con la lettera e lo spirito della nostra Costituzione.

4. LA NOZIONE COSTITUZIONALE DELLA FILIAZIONE

Una delle più sarcastiche definizioni della vita – qualcuno l'attribuisce a George Bernard Shaw – la rappresenta come “una malattia venerea mortale”: malattia mortale perché sin qui nessuno è sopravvissuto, venerea perché è “per via sessuale” che la vita si trasmette. Di questo erano ben consapevoli i padri costituenti che vollero fare esplicito riferimento nell'art. 29 Cost. alla dimensione naturale della differenza sessuale dei ruoli nell'evento della procreazione, dandone per la genitorialità presupposta la nozione⁽¹³⁾.

¹² Trib. Milano, sez. VIII, 23 settembre del 2021, in www.Ilfamiliarista.it, 2022, con nota di I. PARISI, *Minore nato all'estero da GPA: il Tribunale di Milano dice sì al riconoscimento della doppia paternità con trascrizione integrale dell'atto di nascita*.

¹³ Sul concetto di nozione giuridica presupposta Cfr. K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, versione italiana a cura di A. BARATTA, Milano 1970, 173. V., inoltre A. D'ATENA, *La libertà interpretativa del giudice e l'intangibilità del "punto di diritto" enucleato dalla Cassazione*, in *Giur. cost.*, 1970, partic. 754, nota 45; sulla caratteristica di irrinunciabilità al diritto di libertà cfr. P. GROSSI, *I diritti di*

Benché in ogni cosa che facciamo nella nostra vita quotidiana ormai ci serviamo di strumenti artificiali, occorre seriamente riflettere sul fatto che chiamare all'esistenza un nuovo essere umano non può essere certamente paragonabile ad usare gli occhiali per leggere, oppure un bastone o una protesi per camminare. Le tecniche riproduttive artificiali creano situazioni di una complessità tale da riuscire a rimettere in discussione le scelte effettuate in sede costituzionale spingendo contro gli argini ivi previsti ed al cui rispetto, è bene ricordare, sono invece vincolati legislatori, esecutori della legge e sottoposti⁽¹⁴⁾. Per citarne uno, primo fra tutti, il principio personalista che ispira la nostra Carta costituzionale e la rende struttura di protezione e promozione della persona umana. Come è stato autorevolmente messo in luce, è bene chiarire che del tutto improprio si rivela il richiamo all'art. 2 Cost., nella parte in cui questa norma contiene il riconoscimento e la garanzia per i diritti inviolabili dell'uomo «*nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*» al fine di dare tutela giuridica a forme associative i cui vincoli non sono riconducibili al modello familiare ivi presupposto⁽¹⁵⁾.

A questo proposito, appare utile richiamare la pronuncia 23 ottobre 2019 n. 221 con la quale la Corte costituzionale ha ritenuto pienamente legittimo il divieto di procreazione assistita per le coppie omosessuali. I giudici, nel discutere nuovamente sul perimetro applicativo della legge n. 40/2004, messa nuovamente al loro vaglio, hanno, in particolare, negato la possibilità di configurare un diritto “alla genitorialità” comprensivo del diritto a procreare con metodi diversi da quello naturale, stante l'impossibilità di omologare l'infertilità “fisiologica” della coppia

libertà ad uso di lezioni, I, 1, Torino 1991, 287, nota 8.

¹⁴ Osserva B. BAREL, *Le nuove frontiere dell'adozione dei minori: dal sempre più ampio riconoscimento delle adozioni all'estero all'accesso all'adozione interna da parte di coppie same-sex e di single*, in *GenIUS*, 2020, 1, pp. 49-65 come “La domanda di genitorialità che non ottiene risposta dal legislatore italiano si riversa perciò sul giudice nazionale, chiamando in causa i valori costituzionali e internazionali, facendo forza sulla realtà esistenziale data da rapporti di fatto ormai sorti e sulla realtà giuridica di situazioni formatesi all'estero nella legalità. Il giudice ordinario è così costretto ad intervenire, in un ruolo spesso simile a quello proprio del giudice costituzionale, avendo innanzi a sé fatti e valori piuttosto che fattispecie precise e predefinite. Il parametro di valutazione si eleva dalla legislazione ordinaria ai principi, specialmente quando si chiedi al giudice – non già di costituire situazioni giuridiche secondo il diritto interno, bensì – di decidere se riconoscere dignità giuridica in Italia a situazioni ormai sorte all'estero, in fatto e anche in diritto secondo altri ordinamenti giuridici statali, connesse più o meno intensamente con l'ordinamento italiano”.

¹⁵ P. GROSSI, nel saggio *Lineamenti di una disciplina della famiglia*, in *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova, 2008, 179.

omosessuale all'infertilità della coppia eterosessuale (di tipo assoluto e irreversibile) affetta da patologie riproduttive per essere “*fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti*”⁽¹⁶⁾. In particolare, la Corte evidenzia come nonostante abbia rimosso, con le sue pronunce⁽¹⁷⁾, quelle che apparivano sostanzialmente come

¹⁶ Non condivide una genitorialità non generativa e le “arguzie bibliche” per argomentarla E. GIACOBBE, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali*, cit., 233 ss. L’A., al contrario, evidenzia come «l’omogenitorialità, per definizione, lede il miglior interesse del minore, perché *ab origine* lo priva o della mamma o del papà, ledendo il suo diritto fondamentale alla doppia figura genitoriale».

¹⁷ È stata infatti la Corte costituzionale che con le sue decisioni ha contribuito a ridisegnare il volto della legge sulla procreazione medicalmente assistita concretizzando il potere di concepire un figlio sia nei confronti di una coppia eterosessuale cui sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità assolute ed irreversibili, sia nei confronti delle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili. In particolare, con la sentenza n. 162 del 2014 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa medicalmente assistita, osservando in particolare come la Costituzione non ponga una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli, tuttavia il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, che si realizza attraverso l’istituto dell’adozione, vale a dire indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall’ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali. Nella decisione viene inoltre sottolineata la possibilità di limitare la libertà di diventare genitori e di formare una famiglia, ma precisando che tali limiti non possono consistere in un divieto assoluto, a meno che lo stesso non sia l’unico mezzo per tutelare altri interessi di rango costituzionale. Per un’analisi v. A. D’ALOIDA, *Quel che resta della legge 40*, in *Biolaw Journal*, n. 2, 2014, 1 ss.; M. D’AMICO, *L’incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*; *ivi*, 13 ss.; I. RIVERA, *Quando il desiderio di avere un figlio diventa un diritto: il caso della legge n. 40 del 2004 e della sua (recente) incostituzionalità*, *ivi*, 37 ss.; C. TRIPODINA, *Il “diritto” a procreare artificialmente in Italia: una storia emblematica, tra legislatore, giudici e Corti*, *ivi*, 67 ss.; S. AGOSTA, *L’anabasi (tra alterne fortune) della fecondazione eterologa a dieci anni dalla l. n. 40/2004*, *ivi*, 89 ss.; G. CAPIZZI, *Questioni vecchie e nuove su status filiationis e PMA. Breve cronistoria*, *ivi*, 111 ss.; M. CASINI-C. CASINI, *Il dibattito sulla PMA eterologa all’indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l’“adozione per la nascita”*, *ivi*, 135 ss.; B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, *ivi*, 157 ss.; M. CITTÀ, *Mamma, ho perso la cicogna! (Dialogo intorno all’inesistente diritto contro l’esistenza)*, *ivi*, 185 ss. In tal senso, pure A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta Online*, G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, *ivi*. Sul punto, v. ancora G. D’AMICO, *La Corte e il peccato di Ulisse nella sentenza n. 162 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it (5 marzo 2015); A. RUGGERI, *La Consulta apre all’eterologa ma chiude, dopo averlo preannunciato, al “dialogo” con la Corte Edu*, *ivi*; S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, *ivi*; P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro “pilastro”: illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, *ivi*. In oggetto, pure F. GIRELLI, *Bastano le garanzie interne per dichiarare l’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa*, in questa rivista, n. 3/2014, 599 ss.; F. PERRINI, *La legge 40/2004: la sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale e*

distonie, interne o esterne, della disciplina delineata dal legislatore, non ha inciso sulle sue coordinate di fondo della scelta legislativa: quella, cioè, di riprodurre il modello della famiglia caratterizzata dalla presenza di una figura materna e di una paterna⁽¹⁸⁾.

Tornando al testo costituzionale, osserviamo come la naturalità costitutiva dei rapporti familiari risalti con maggior chiarezza se non ci si ferma al testo dell'art. 29, ma si prosegue nella lettura delle disposizioni. Prima fra tutte, è anzitutto da considerare l'art. 31, comma 2, Cost., il quale stabilisce che la Repubblica protegge la maternità; inoltre, la disposizione dell'art. 37, comma 1, Cost., seconda parte, impone che le condizioni di lavoro devono consentire alla donna lavoratrice l'adempimento della sua essenziale funzione familiare; la stessa disposizione esige che sia assicurata alla madre lavoratrice ed al bambino una speciale adeguata protezione. Norme queste che si fondano – è stato posto in risalto – sull'evidente presupposto che la maternità sia una prerogativa tipicamente femminile ed esplicano che una delle due figure genitoriali è senza ombra di dubbio la madre⁽¹⁹⁾,

*i principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, ivi, 603 ss., nonché C. CASONATO, La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte, in www.confronticostituzionali.eu; M. G. RODOMONTE, È un diritto avere un figlio?, ivi.; V. BALDINI, Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo, in www.dirittifondamentali.it; A. CIERVO, Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, in <https://diritti-cedu.unipg.it>; V. TIGANO, La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro, in www.penalecontemporaneo.it; L. VIOLINI, La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione, in *Rivista AI*, n. 2, 2014.*

¹⁸ La questione prende avvio da due ordinanze di legittimità sollevate dal Tribunale di Pordenone e dal Tribunale di Bolzano, che la Corte ritiene necessario riunire nel giudizio, per essere i giudici rimettenti investiti di una questione analoga, proposta in entrambi i casi con ricorso, ex art. 700 del codice di procedura civile, da una coppia di donne, parti di una unione civile, inteso a superare il diniego opposto da un'Azienda sanitaria alla loro richiesta di accesso alla P.M.A. L'unica differenza risiede nel fatto che nella seconda fattispecie le donne ricorrenti sono affette entrambe da patologie riproduttive per cui l'una può produrre ovociti, ma non è in grado di sostenere una gravidanza, mentre l'altra, non è in grado di produrre gli ovociti, ma può sostenere una gravidanza. Cfr. I. BARONE, *La Legge n. 40 del 2004 al vaglio della Corte costituzionale per l'accesso alla PMA da parte di una coppia formata da due donne*, in *Fam. e dir.*, 2018, n. 12, 1097-1111; S. STEFANELLI, *Ommoaffettività femminile ed esclusione dalle tecniche di PMA*, in *Ilfamiliarista.it*, 2018. L'ordinanza del Tribunale di Bolzano riguarda, al contrario, due donne affette entrambe da patologie riproduttive per cui l'una può produrre ovociti, ma non è in grado di sostenere una gravidanza, mentre l'altra, non è in grado di produrre gli ovociti, ma può sostenere una gravidanza.

¹⁹ v. P. GROSSI, *Alcune considerazioni in merito al problema della tutela giuridica del concepito*, in

mentre la disposizione dell'art. 30 Cost. ultimo comma, nel rimettere alla discrezionalità della legge ordinaria il compito di dettare le norme ed i limiti per la ricerca della paternità, indica in maniera esplicita che l'altra parte del rapporto si identifica di necessità nel padre.

Il fatto che il principio della genitorialità – e, di riflesso, quello della filiazione – trovi il suo fondamento nella necessaria diversità sessuale non dovrebbe provocare turbamento se solo si consideri come nascendo dall'uomo e dalla donna⁽²⁰⁾, il soggetto viene calato all'interno di una struttura familiare⁽²¹⁾ che ha il dovere di prendersene cura.

Così, se è vero che la responsabilità genitoriale, sancita nel 1° comma dell'art. 30 Cost., è riservata a coloro i quali sono riconosciuti come padre e madre del minore, è tuttavia da riflettere sulla portata del secondo comma, che ammette la possibilità per il legislatore di istituire per legge rapporti di filiazione tra minori e soggetti ad essi estranei in deroga ai requisiti costituzionali, in caso di loro incapacità.

Ed è proprio alla luce di tale riserva che attraverso la previsione dell'istituto dell'adozione è stato possibile realizzare una genitorialità non fondata per entrambi gli aspiranti tali sul legame biologico.

Se il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa, dinanzi ad una normativa silente e ad una giurisprudenza disorganica da applicare alle controversie sorte per il riconoscimento dei nati dalle tecniche riproduttive artificiali, non si può che far parlare il testo costituzionale. La Costituzione, nel farsi garante del mistero della nascita della vita umana nel grembo materno, impedisce di sganciare del tutto il riconoscimento automatico della filiazione dall'elemento della naturalità che caratterizza quel rapporto di coppia al quale, con sano realismo e con la saggezza che era loro propria, i Costituenti intesero far riferimento per la disciplina del relativo istituto giuridico

Arch. giur. Filippo Serafini, 2005, 617-619.

²⁰ Sull'evidente realtà che si nasce esclusivamente da un corpo di donna e che la relazione materna rappresenta, sempre e comunque, la sola via attraverso cui si viene al mondo cfr. S. NICCOLAI, *Diamo alla maternità quel che le spetta*, in S. NICCOLAI-E. OLIVITO (a cura di), *Maternità, filiazione, genitorialità*, Napoli, 2017, 210.

²¹ Osserva P. BARILE, *Eguaglianza dei coniugi e unità della famiglia*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 175, che al limite posto dalla Costituzione «ne va aggiunto un altro, desumibile al lume del buon senso, e che si basa sulla differenziazione di sesso fra i due coniugi». Rileva, inoltre, P. GROSSI, nel saggio *Lineamenti di una disciplina della famiglia*, cit., 169, come il rapporto e l'intimità che caratterizza la società familiare debba trattarsi di una sessualità secondo natura e non contro di essa.

soprattutto quando la venuta ad esistenza di un figlio avviene al di fuori di esso e contravvenendo al divieto di maternità surrogata, limite esplicitamente voluto ed imposto dal legislatore italiano, al quale ora spetta necessariamente la parola.

ABSTRACT

L'articolo si propone di esaminare il problema dell'esatta qualificazione delle figure genitoriali alla luce delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza italiana per il riconoscimento dello *status* di figlio nato, in Italia e all'estero, a seguito dell'utilizzo di tecniche riproduttive artificiali. Viene, in particolare, evidenziato come in alcuni casi le posizioni favorevolmente espresse dai giudici nei confronti di un diritto alla omogenitorialità cambino, in realtà, i termini della filiazione e del rapporto tra i sessi secondo il modello delineato in Costituzione.

Per quanto la Corte costituzionale in questi anni abbia tentato di rimediare ai deliberati silenzi legislativi in materia, viene notato come per le fattispecie maggiormente incerte la soluzione normativa richiede ormai un necessario intervento del Parlamento che tenga conto soprattutto degli argini costituzionali.

The article aims to examine the problem of the exact qualification of parental figures in the light of the solutions offered by Italian jurisprudence for the recognition of the status of child born, in Italy and abroad, following the use of artificial reproductive techniques. In particular, it is highlighted that in some cases the positions favorably expressed by the judges towards a right to homoparenthood change, in reality, the terms of filiation and the relationship between the sexes according to the model outlined in the Constitution.

Although the Constitutional Court in recent years has tried to remedy the deliberate legislative silences on the subject, it is noted that for the most uncertain cases the regulatory solution now requires a necessary intervention of Parliament that takes into account above all the constitutional embankments.

PIERGIUSEPPE LAI

(Professore associato nell'Università di Sassari)

L'INTRODUZIONE DELLA CAUSA ALLA LUCE DEI PRINCIPI E CRITERI DIRETTIVI DELLA LEGGE DELEGA PER L'EFFICIENZA DEL PROCESSO CIVILE*

Sommario: 1. L'introduzione della causa nel percorso della riforma. 2. Il testo della legge delega: un primo sguardo d'insieme al rito ordinario di cognizione. 3. La fase introduttiva del "nuovo" rito ordinario. 4. Il procedimento semplificato di cognizione. 5. Le nuove ordinanze sommarie. 6. Rilievi conclusivi.

1. L'INTRODUZIONE DELLA CAUSA NEL PERCORSO DELLA RIFORMA

La legge 26 novembre 2021, n. 206, recante la *Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*, ha avuto una gestazione travagliata ed è il frutto della stratificazione di proposte di riforma diverse. Dapprima l'articolato contenuto nel disegno di legge delega n. 1662/S/XVIII, fortemente voluto dall'allora Guardasigilli Alfonso Bonafede, al quale il Governo successivo ha inteso apportare le modifiche suggerite da una Commissione di esperti presieduta dal prof. Francesco P. Luiso, queste ultime solo in parte recepite – per ciò che riguarda la fase introduttiva del processo di cognizione – nel testo definitivamente approvato dalle Camere. L'essere sintesi di proposte diverse, anche nell'ispirazione⁽²⁾, non ha certo

¹ * Il presente lavoro trae origine da una relazione tenuta in occasione dell'incontro di studio su "La riforma della giustizia civile", svoltosi presso la Scuola Forense di Nuoro il 27 maggio 2019.

Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

² Che non vi fosse continuità di vedute – sotto il profilo che qui interessa – tra i due governi succedutisi nel 2020 è opinione diffusa tra i primi commentatori, cfr. B. CAPPONI, *Prime note sul maxi-emendamento al d.d.l. n. 1662/S/XVIII*, in www.giustiziainsieme.it; A. DONDI, *Obiettivi e risultati della recente riforma del processo civile. La disciplina della cognizione a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*,

giovato alla fattura, all'armonia tra le numerose disposizioni della delega e, infine, alla stessa coerenza del risultato agli obiettivi – senz'altro ambiziosi – negoziati dal Governo italiano con le autorità europee per il finanziamento del P.N.R.R.⁽³⁾ Limitando l'attenzione alla fase introduttiva del processo di cognizione, si è partiti dall'idea – contenuta nell'articolato Bonafede – di generalizzare l'applicazione del rito sommario di cognizione a tutte le controversie civili in primo grado di competenza del giudice monocratico, con abbandono delle forme della citazione in favore del più agile modello del ricorso previsto dall'art. 702-*bis* c.p.c. Già in quella sede era stato suggerito di anticipare alcune attività oggi svolte all'udienza 183 c.p.c. (o nella successiva appendice scritta del sesto comma) alla fase introduttiva, in particolare «le domande, le istanze di chiamata in causa e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale e delle eccezioni delle altre parti», nonché le repliche «alle loro difese»⁽⁴⁾ da proporre entro il termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza di comparizione.

È bene precisare, dunque, che la proposta iniziale (contenuta nel DDLG n. 1662/S/XVIII) non intendeva sostituire un modello processuale a un altro (come troppo semplicisticamente poteva apparire) ma piuttosto ridistribuire gli adempimenti previsti nella corposa disciplina dell'udienza di prima comparizione/trattazione, ritoccando i termini e sostituendo la citazione con il ricorso quale forma di introduzione della causa. Ad esempio, era prevista la possibilità che il giudice, su istanza delle parti, potesse concedere (similmente all'attuale art. 183, comma 6, c.p.c.) un doppio termine per la produzione dei documenti e la definitiva indicazione dei mezzi di prova.

Ben diverso, appare, l'elaborato della Commissione ministeriale presieduta dal prof. Francesco P. Luiso.

Dalla lettura della relazione di accompagnamento e delle note illustrative alla proposta emerge la necessità – espressa dalla Commissione – di intervenire sul rito civile per inserirvi elementi di elasticità⁽⁵⁾ della disciplina che consentano alle parti e al giudice di adattare le forme del giudizio (pur sempre stabilite dalla

n. 4/2021, 929.

³ L'obiettivo negoziato con l'UE consiste nella riduzione del 40% della durata dei processi civili entro la metà del 2026: per il dettaglio degli impegni assunti dal Governo con il PNRR vedi http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/DFP28.pdf?_1654241175552.

⁴ Cfr. art. 3, lett. b), n. 4, dell'articolato del disegno di legge n. 1662/S/XVIII.

⁵ Riprendo l'espressione usata da G. TARZIA, *Sulle proposte di riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, n. 2/1979, 242.

legge) alla complessità della singola controversia. Il risultato è però attinto senza abbandonare l'attuale rito ordinario a cognizione piena ma affiancando ad esso un procedimento semplificato di cognizione anch'esso ispirato al sommario di cognizione e destinato alla trattazione delle cause più semplici.

Il nuovo «procedimento semplificato di cognizione» doveva, nelle intenzioni della Commissione, essere riservato a tutte le controversie di competenza del giudice di pace, nonché a quelle di competenza del tribunale in composizione monocratica, al ricorrere di uno dei seguenti presupposti: a) «quando i fatti di causa siano tutti non controversi»; b) «quando l'istruzione della causa si basi su prova documentale» o «di pronta soluzione»; c) quando la controversia «richieda un'attività istruttoria costituenda non complessa».

Quanto alla disciplina specifica del procedimento, la Commissione si limitava a delegare al governo «l'indicazione di termini e tempi prevedibili e più ridotti di quelli previsti per il rito ordinario per lo svolgimento delle difese e il maturare delle preclusioni, nel rispetto del contraddittorio fra le parti», prevedendo la definizione del giudizio con sentenza appellabile nei trenta giorni dalla comunicazione o dalla notificazione se precedente. In particolare, il primo intervento doveva consentire – attraverso la predeterminazione di forme e tempi della trattazione – la riqualificazione dalla cognizione da *sommatoria* a *semplificata*, quest'ultima caratterizzata da una minore libertà del giudice nella scelta delle forme del procedimento.

Sul versante del rito ordinario, il quale continuava a trovare applicazione in assenza dei descritti presupposti per la trattazione semplificata, la Commissione formulava due proposte alternative, pur prendendo atto che l'eccessiva durata delle liti civili dipende «essenzialmente dalle difficoltà organizzative e di gestione della macchina giudiziaria e, in specie, nella sproporzione fra il volume del contenzioso e il numero dei magistrati»⁶. La prima proposta lasciava sostanzialmente immutata la fase introduttiva limitandosi a prevedere che il giudice: a) possa avviare la causa in decisione fin dalla prima udienza anche su una questione preliminare o pregiudiziale di merito o di rito; b) possa modulare i termini per il deposito delle tre memorie di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c. fino a dimezzarli. La seconda con-

⁶ Il testo delle proposte normative e la relazione illustrativa elaborate dalla Commissione presieduta dal prof. F.P. Luiso sono consultabili al seguente indirizzo https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf; per analoghi rilievi, cfr. P. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021, 22 s.

teneva invece un intervento più incisivo sul rito ordinario, funzionale a consentire la definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum* alla prima udienza di trattazione: a tale scopo era imposto alle parti di definire con precisione fin dagli atti introduttivi le rispettive allegazioni e indicare – a pena di decadenza – i mezzi di prova e i documenti offerti in comunicazione; inoltre si proponeva che l'eventuale contumacia del convenuto – nelle controversie su diritti disponibili – implicasse la non contestazione dei fatti posti a fondamento della domanda.

Anche questa soluzione muoveva dunque dall'idea di spostare (anticipandole) una o più attività processuali necessarie alla definizione dell'oggetto del giudizio e dell'istruttoria dall'udienza di trattazione agli atti introduttivi. Pur con questi aggiustamenti, tuttavia, l'udienza di trattazione rimaneva la sede per le nuove domande o eccezioni dell'attore «che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto» e l'occasione per richiedere un'appendice scritta simile a quella attualmente regolata dall'art. 183, comma 6, c.p.c.

2. IL TESTO DELLA LEGGE DELEGA: UN PRIMO SGUARDO D'INSIEME AL RITO ORDINARIO DI COGNIZIONE

Il testo della legge delega definitivamente approvato dalle Camere, lo si è anticipato, recepisce solo in parte le proposte della Commissione Luiso⁽⁷⁾. Il legislatore raccoglie la proposta di valorizzare il procedimento sommario di cognizione collocandolo nel secondo libro del codice di rito e mutandone la denominazione in «procedimento semplificato di cognizione» per destinarlo alle controversie di minore complessità, ancorché di competenza del collegio: non viene accolta, invece, la proposta di rendere questo rito l'unico praticabile dinanzi al giudice di pace⁽⁸⁾. È così sancita la tendenziale uniformità per i procedimenti di primo grado dinanzi al tribunale in composizione monocratica e al giudice di pace, fondata sul concorso di due modelli: il “vecchio” processo ordinario di cognizione opportunamente rimodulato per adeguarlo ai canoni di semplicità, concentrazione, effettività della

⁷ Le modifiche sono dovute agli emendamenti approvati dapprima in Commissione parlamentare e poi in Aula.

⁸ In tal modo dando seguito all'indirizzo espresso nell'originario DDLD proposto dal ministro Bonafede. La soluzione potrebbe apparire ragionevole laddove – in attuazione dell'art. 1, n. 7, lett. b) della legge delega – venisse rideterminata e notevolmente ampliata la competenza del giudice di pace.

tutela e ragionevole durata del processo (secondo la previsione dell'art. 1, n. 5, lett. a) della legge delega) e il nuovo rito semplificato destinato alle sole cause di più agevole istruzione.

Quanto alle controversie affidate alla decisione collegiale, la legge delega offre indicazioni contrarie al canone di semplicità che dovrebbe ispirare l'intervento e suscita, fin da ora, alcune perplessità.

Oggi la distinzione tra le controversie affidate al giudice monocratico o collegiale assume rilievo – dal punto di vista della tecnica processuale – solo al momento del passaggio alla fase decisoria⁹⁾: la fase introduttiva e quella istruttoria sono regolate in modo uniforme e si svolgono sotto la guida del singolo giudice istruttore. La legge delega interviene e modifica la fase introduttiva delle sole controversie suscettibili di decisione monocratica, mentre per quelle collegiali si limita a prevedere l'introduzione di «un regime di preclusioni e di fissazione dell'oggetto della causa analogamente a quanto previsto per il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica»¹⁰⁾.

Da qui si possono immaginare due alternative per il delegato: la prima, quella auspicabile, consiste nell'intendere l'espressione «analogamente» come surrogato, quantomeno all'atto pratico, di quell'«uniformare» usato per i giudizi dinanzi al giudice di pace e rendere così comuni le regole di tutti i processi in primo grado tra giudice di pace e tribunale (monocratico o collegiale)¹¹⁾. La seconda, al contrario, affida al delegato il potere di regolare la fase introduttiva del giudizio collegiale in modo diverso (pur rispettando l'analogia) dal monocratico e così inserire nel codice un terzo modello di fase introduttiva che – nel solo ambito delle controversie soggette a decisione collegiale – dovrebbe affiancare il nuovo procedimento semplificato.

A favore del secondo capo dell'alternativa, oltre alla lettera della legge – giocata sulla differenza tra “rendere analogo” e “uniformare” – si possono invocare indicazioni sistematiche tratte da altre disposizioni della delega che, nel regolare i rapporti tra monocratico e collegio, danno rilievo al «mutamento del rito» o al «rito collegiale» fin dalla fase introduttiva o di trattazione della controversia, assumendo (implicitamente) che questa possa essere in qualche misura diversa

⁹ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 10° ed., II, Milano, 2019, 27.

¹⁰ Così testualmente l'art. 1, n. 6, lett. b), legge n. 206/2021.

¹¹ È l'interpretazione proposta anche da P. BIANATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, cit., 24.

rispetto a quella seguita dinanzi al giudice monocratico⁽¹²⁾.

Il problematico rapporto tra giudice monocratico e giudice collegiale è ulteriormente aggravato dalla previsione dell'art. 1, n. 5, lett. l), con la quale il delegante parrebbe voler omologare la fase decisoria della controversia, quando non ricorrano i presupposti per la trattazione orale (art. 281-*sexies* c.p.c.): sebbene tali norme siano dettate «per il processo di cognizione di primo grado davanti al tribunale in composizione monocratica» la loro applicazione è estesa anche alla decisione collegiale, caratterizzandola solo per il più ampio termine assegnato al giudice per il deposito della sentenza (sessanta giorni in luogo dei trenta previsti per il monocratico).

Anche la fase di trattazione riceve importanti modifiche.

La prima, non certo una novità, consiste nell'obbligo di comparizione personale delle parti, alla prima udienza di trattazione, per il tentativo di conciliazione di cui all'art. 185 c.p.c.: si tratta di una modifica di cui non solo nessuno sentiva il bisogno, ma soprattutto un adempimento suscettibile di generare ulteriori e (spesso) inutili rinvii, quante volte la parte sia in grado di giustificare la sua mancata partecipazione alla prima udienza. La scelta di un tentativo di conciliazione rimesso all'iniziativa congiunta delle parti o alla valutazione discrezionale del giudice costituiva – a mio avviso – il giusto compromesso tra le esigenze di anticipata composizione della lite e di sollecita trattazione della causa; peraltro risulterebbe più coerente con il potere del giudice di sottoporre alle parti una proposta di conciliazione «fino al momento in cui trattiene la causa in decisione», anch'esso introdotto dalla legge delega.

Lo sforzo richiesto alle parti per la sollecita definizione delle rispettive posizioni ancor prima dell'udienza, trova poi coronamento nel dovere del giudice di provvedere sulle richieste istruttorie «all'esito dell'udienza», espressione da intendere nel senso che l'udienza si conclude con l'ordinanza istruttoria e la comunicazione alle parti del calendario del processo; ciò in quanto ammettere che il giudice possa riservarsi su questi adempimenti e provvedervi con ordinanza resa fuori udienza, magari a distanza di mesi, renderebbe ingiustificata l'anticipazione della trattazione scritta alla fase iniziale del procedimento.

La legge delega arricchisce, poi, il codice di rito di due nuove ordinanze «provvi-

¹² Mi riferisco in particolare alle previsioni di cui all'art. 1, comma 5, lett. s), nn. 2-3-4, legge n. 201/2021, dedicati rispettivamente al passaggio da giudice monocratico a giudice collegiale in fase decisoria, al mutamento del rito e alla riunione di cause connesse.

sorie» suscettibili di definire il giudizio senza una decisione idonea al giudicato. La prima di queste si colloca nella fase introduttiva e consente al giudice, alla prima udienza e su istanza di parte, di definire il giudizio con una ordinanza «provvisoria» di rigetto quando la domanda sia manifestamente infondata o viziata da nullità ai sensi dell'art. 164, comma 4, c.p.c.; la seconda, sul presupposto della prova del fatto o dei fatti costitutivi della domanda e della manifesta infondatezza delle difese del convenuto, consente al giudice di emettere un'ordinanza «provvisoria» di accoglimento della domanda, munita di immediata efficacia esecutiva. La semplificazione della fase decisoria condurrà all'auspicato abbandono dell'udienza di precisazione delle conclusioni e alla tendenziale uniformità dei modelli decisorii, nonché al superamento della dicotomia fra giudice monocratico e giudice collegiale. Nella delega i modelli decisorii si riducono a due: è mantenuto – in quanto espressamente richiamato dalla legge delega – il modello della discussione orale di cui all'art. 281-*sexies* c.p.c., ma arricchito della possibilità per il giudice – si suppone dopo avere dato lettura del dispositivo, come accade nel rito del lavoro (art. 429, comma 1, c.p.c.) – depositare la sentenza entro trenta giorni dalla discussione.

Qualora il giudice non solleciti la discussione immediata, dovrà fissare una nuova udienza per la rimessione della causa in decisione⁽¹³⁾ assegnando alle parti un triplice termine: il primo per la precisazione delle conclusioni, il secondo per le comparse conclusionali e, infine, il terzo per le memorie di replica. Esaurito lo scambio degli scritti conclusivi, l'udienza (di rimessione?) non avrà altra funzione se non quella di consentire al giudice di riservarsi sulla decisione e depositare la sentenza nei successivi trenta giorni nelle cause affidate al giudice monocratico e sessanta giorni in quelle collegiali.

Ulteriori disposizioni sono dettate per regolare i rapporti tra il collegio e il giudice monocratico e si giustificano con la scelta iniziale di limitare la riforma ai soli procedimenti di competenza di quest'ultimo: per conseguenza, alcune attuali regole della fase introduttiva potrebbero sopravvivere per i soli giudizi collegiali, il cui numero dovrà essere ridotto e limitato all'«oggettiva complessità giuridica» e alla «rilevanza economico-sociale» delle controversie⁽¹⁴⁾.

¹³ La circostanza che il giudice possa discrezionalmente fissare l'udienza di rimessione della causa in decisione potrebbe vanificare l'abbandono dell'udienza di precisazione delle conclusioni, cfr. C. CAVALINI, *Verso un nuovo modello del procedimento ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/2022, 172.

¹⁴ Cfr. art. 1, comma 6, lett. a), legge n. 206/2021.

3. LA FASE INTRODUTTIVA DEL “NUOVO” RITO ORDINARIO

Se si osservano i tratti caratterizzanti della fase introduttiva del giudizio, pur nell’alternativa tra i due descritti modelli processuali (ordinario e semplificato), è viva l’impressione di aver compiuto un salto indietro di alcuni anni, al 2014, al tempo della discussione intorno al progetto di riforma elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta dal presidente di sezione della Corte di cassazione, dott. Giuseppe Berruti.

Così in quell’articolato come oggi nel testo della delega la fase introduttiva è addebitata come una delle criticità dell’attuale disciplina del processo di cognizione ordinario e si è perciò inteso rimaneggiarla per assicurare speditezza e semplicità alla trattazione, nonché la ragionevole durata del giudizio. E la soluzione raggiunta, a dispetto di quanto suggerito dalla Commissione presieduta dal prof. Luiso, consiste nel condensare la trattazione scritta – attualmente diluita tra lo scambio degli atti introduttivi, l’udienza di prima comparizione e le successive (eventuali, ma nella pratica frequentissime) tre memorie previste dall’art. 183, comma 6, c.p.c. – e anticiparla rispetto alla prima udienza⁽¹⁵⁾. Per effetto di un serrato scambio di scritti difensivi (scanditi da: citazione dell’attore, comparsa di costituzione del convenuto, memoria integrativa dell’attore, memoria integrativa del convenuto, memoria di replica dell’attore e memoria di replica del convenuto, queste ultime contestuali) il primo contatto delle parti col giudice avverrà quando le rispettive posizioni, quanto a domande, eccezioni, allegazioni e prove, insomma l’oggetto del giudizio e l’oggetto della prova, sono oramai definitivamente fissate. Più nel dettaglio, l’atto di citazione dovrà fin da principio recare l’indicazione *chiara e precisa* dei fatti e delle ragioni di diritto poste a fondamento della domanda, mentre nella comparsa di costituzione e risposta il convenuto dovrà prendere posizione *in modo chiaro e preciso* sulle allegazioni in fatto dell’avversario; in entrambi gli atti introduttivi è prevista l’indicazione dei mezzi di prova di cui le parti intendono avvalersi e i documenti offerti in comunicazione. L’aver onerato il convenuto di misurarsi in modo chiaro e preciso con le allegazioni dell’attore (anch’esse *chiare e precise*) esprime la necessità di far emergere già prima dell’u-

¹⁵ Utile, in proposito, la rilettura della relazione Berruti al DDL di riforma del 2014, 17, reperibile all’indirizzo https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_36_0.page?facetNode_1=1_9%282014%29&contentId=COS119391&previousPage=mg_1_36.

dienza e in vista di quest'ultima i fatti controversi e bisognosi di prova, rendendo inammissibile o comunque irrilevante la contestazione successiva all'esaurimento della fase scritta di introduzione/trattazione dalla controversia¹⁶.

Nella memoria integrativa l'attore potrà esercitare i medesimi poteri processuali oggi spendibili all'udienza di trattazione (art. 183, comma 5, c.p.c.: domande ed eccezioni che siano conseguenza delle difese del convenuto; richiesta di autorizzazione alla chiamata del terzo resa necessaria dalle difese del convenuto; precisare modificare domande ed eccezioni già formulate) e dovrà a pena di decadenza «indicare i *nuovi* mezzi di prova e le produzioni documentali». Nella successiva memoria integrativa, il convenuto potrà modificare le domande, eccezioni e conclusioni già formulate e, a pena di decadenza, «indicare mezzi di prova ed effettuare le produzioni documentali». Infine, entro un ulteriore termine anteriore alla data dell'udienza, entrambe le parti potranno depositare una memoria di replica alle domande ed eccezioni formulate nelle memorie integrative e all'indicazione della prova contraria.

L'intervento è senza dubbio ispirato all'esigenza di evitare che l'udienza di prima trattazione si risolva nella meccanica concessione dei termini stabiliti per il deposito delle memorie di cui al sesto comma dell'attuale art. 183 c.p.c., per diventare il momento centrale nella definizione delle sorti del processo. L'aggravio all'esercizio del diritto di difesa imposto dalla concentrazione delle attività assertive e probatorie delle parti¹⁷ sarà compensato – o, perlomeno, così immagina il legislatore – dall'aver messo il giudice nella condizione ideale per assumere alcuni provvedimenti relativi alla successiva trattazione del fascicolo, i quali si giovano significativamente dell'anticipata fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, come per esempio: a) la definizione negoziata attraverso la concilia-

¹⁶ Soluzione quest'ultima da tempo predicata dalla giurisprudenza di legittimità, ancor prima della novellazione dell'art. 115 c.p.c., come conferma la motivazione di Cass. civ., 4 novembre 2021, n. 31837, secondo la quale «Il convenuto, dunque, ai sensi dell'art. 167 c.p.c., è tenuto, anche anteriormente alla formale introduzione del principio di non contestazione a seguito della modifica dell'art. 115, dello stesso codice, a prendere posizione, in modo chiaro e analitico, sui fatti posti dall'attore a fondamento della propria domanda».

¹⁷ Il dubbio che la trattazione scritta anticipata possa risolversi nella lesione o compressione del diritto di difesa è segnalato in dottrina da C. CAVALLINI, *op. cit.*, 171, in relazione alla scelta di mantenere il modello della citazione a udienza fissa, ove il termine a comparire può innestare delle rigidità nella prima e delicatissima fase di definizione delle contrapposte posizioni delle parti; si è così ritenuto doveroso, da parte del delegato, prevedere un ampliamento del termine di comparizione previsto dall'attuale art. 163bis c.p.c., cfr. P. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, cit., 29.

zione, se del caso con formulazione di una proposta di conciliazione o disponendo la mediazione delegata; b) l'ammissione dei mezzi di prova e la fissazione del calendario del processo; c) quando la causa sia matura per la decisione, fissare la discussione orale ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c. (il cui testo dovrebbe sopravvivere alla riforma) ovvero l'udienza di rimessione della causa in decisione; d) il mutamento del rito ordinario in quello semplificato di cognizione; e) l'ordinanza sommaria di accoglimento della domanda; f) l'ordinanza sommaria di rigetto della domanda; g) nonché tutti gli altri provvedimenti che attualmente possono essere adottati in quella sede (es. artt. 164, 182, 186-*bis*, 186-*ter*, c.p.c.).

Difficile prevedere se il ripensamento della fase introduttiva del processo possa davvero sovvertire il *trend* oramai intollerabile di durata delle liti civili; sarebbe certo incongruo negarlo a priori⁽¹⁸⁾, tuttavia alcune osservazioni – prevalentemente critiche – devono essere concesse.

Non mi soffermo sulla consueta e scadente fattura tecnica delle norme, ancorché questa caratteristica emerga con maggiore evidenza proprio nel contesto di una legge delega chiamata a fissare *principii e criteri direttivi* al legislatore delegato (art. 76 Cost.): per averne una riprova, basti segnalare la confusione che potrebbe suscitare l'uso dell'aggettivo «nuovi» riferito ai mezzi di prova deducibili (a pena di decadenza) dall'attore nella memoria integrativa e non riprodotto per la memoria integrativa del convenuto: non solo la dissonanza – chiaramente effetto di un refuso – ma la scelta dell'espressione potrebbe indurre il delegato a pensare di dover anticipare le preclusioni alla deduzione dei mezzi di prova fin dal primo atto introduttivo (citazione e comparsa di risposta), riservando alle memorie integrative la deduzione delle sole prove correlate alle nuove domande ed eccezioni svolte in quella sede.

Vorrei piuttosto osservare come l'organizzazione dell'attuale fase introduttiva, i cui adempimenti come detto possono diluirsi nel tempo fino allo scambio delle memorie previste nel sesto comma dell'art. 183 c.p.c., non può essere considerata la ragione dell'eccessiva durata delle liti civili: se pure si dovesse sistematicamente fare ricorso all'appendice scritta, dalla notifica dell'atto di citazione alla definizione delle rispettive posizioni delle parti trascorrerebbero circa (90+80) 170 giorni, che rappresentano un lasso di tempo tutto sommato accettabile se si considera la delicatezza delle attività da compiere e, comunque, appare trascura-

¹⁸ Si tratterebbe di un atteggiamento di chiusura preconcepita all'idea stessa di riforma processuale, già censurato da V. DENTI, *Sull'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 252.

bile in relazione alle statistiche sulla durata media dei processi civili di cognizione in primo grado, nell'ordine di circa 850 giorni⁽¹⁹⁾.

La nuova disciplina degli atti introduttivi non può servire dunque a ridurre i tempi del processo, poiché essa oggi non rappresenta il collo di bottiglia dove si accumulano i ritardi della giustizia civile, ma induce a ripensare le modalità con le quali oggi è gestita la prima fase della lite dagli avvocati e soprattutto dal giudice. Le parti vedranno contingentati i termini per le attività difensive rese necessarie dalle deduzioni avversarie e saranno perciò stimolate a una maggiore completezza degli atti introduttivi, in termini di allegazioni e prove, secondo un modulo procedimentale praticato da decenni nelle controversie laboristiche⁽²⁰⁾.

Ma la novità, sulla quale con ogni probabilità si dovrà misurare la buona riuscita della riforma, è costituita dalla cruciale posizione assunta dal giudice nella prima udienza di trattazione. Lo sforzo richiesto alle parti con la trattazione scritta anticipata sarà compensato dalla possibilità di confronto con un giudice in grado – ricorrendone i presupposti – di definire la controversia fin dalla prima udienza⁽²¹⁾. L'udienza di trattazione diverrà così l'architrave del nuovo processo di cognizione, la sede in cui si realizzerà appieno l'oralità e il confronto tra le parti e il giudice, in una situazione nella quale ciascuno ha oramai dato fondo alle rispettive difese.

La prospettiva è senza dubbio intrigante, specie nell'ottica di guadagnare efficienza a tutto il sistema della tutela giurisdizionale civile, tuttavia essa per poter funzionare richiede una precondizione della quale – quantomeno allo stato – è lecito dubitare. Se è vero infatti che oggi, la prassi più diffusa consiste nello svuotare di contenuti la prima udienza, riducendola all'immane richiesta di termini *ex art.* 183, comma 6, c.p.c. e rinvio a una data successiva (una nuova udienza ovvero una ordinanza resa fuori udienza) il compimento delle numerose e fondamentali attività elencate nello stesso art. 183 c.p.c., il giudice può permettersi di non studiare in modo approfondito il fascicolo in vista della prima udienza, utiliz-

¹⁹ Durata media dei processi ordinari di cognizione riferita all'anno 2021, pubblicata a cura del Ministero della Giustizia sul sito webstat.giustizia.it

²⁰ Cfr. la disciplina introduttiva del processo del lavoro scandita dagli artt. 414, 415, 416 e 420, primo comma, c.p.c., sulla quale v., per tutti, E. VULLO, *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, 2015, 155 ss.

²¹ È bene precisare che questa possibilità esiste anche *de iure condito* sulla base del combinato disposto degli artt. 183, settimo comma, c.p.c.; 187 c.p.c.; 80bis disp. att. c.p.c.; 281sexies c.p.c., come opportunamente osserva G. COSTANTINO, *Il processo di cognizione in primo grado*, in AA.VV., *La riforma della giustizia civile*, a cura di G. Costantino, Bari, 2022, 169.

zando il tempo così risparmiato per una fase successiva del processo, ad esempio per redigere la sentenza. Con l'introduzione del nuovo sistema, invece, il giudice non potrà arrivare all'udienza di prima comparizione senza avere una conoscenza esaustiva del fascicolo e dovrà dedicare una parte rilevante del proprio tempo a questa attività per sottrarlo ad altre che prima se ne giovavano, magari rendendo più celeri i tempi per la stesura della decisione. Insomma, posta la costante rappresentata del tempo complessivo che ciascun giudice può dedicare alla gestione della controversia affidatagli, la riforma all'atto pratico impone una rideterminazione del calendario dell'attività di ciascun singolo giudice con il pericolo che il tempo dedicato alla fase introduttiva e sottratto ad altre fasi del procedimento possa, specie nell'immediato, incidere negativamente sulla durata del processo. Anche dal punto di vista della tecnica processuale, l'esaurimento anticipato della trattazione scritta potrà creare difficoltà non facilmente superabili senza aggravare ulteriormente i tempi di definizione del procedimento. Anzitutto il giudice conoscerà e si pronuncerà sulle eccezioni processuali e di merito formulate nelle memorie scritte, nonché quelle che riterrà di sollevare d'ufficio, quando oramai le parti hanno dato fondo alle loro difese: pertanto, dal modo in cui saranno risolte le varie questioni (ad esempio quelle a contenuto processuale), sorgerà spesso la necessità di riaprire un confronto (scritto) tra le parti alla luce del nuovo quadro risultante dalle soluzioni accolte dal magistrato. Si pensi in particolare alle questioni attinenti alla validità dell'atto introduttivo o alla regolare instaurazione del contraddittorio⁽²²⁾.

La legge chiede inoltre ai decreti delegati di «adeguare la disciplina della chiamata in causa del terzo e dell'intervento volontario» al nuovo assetto della fase introduttiva. Il compito, è bene notare, non sarà semplice, perché l'intervento volontario del terzo – secondo la regola oggi fissata dell'art. 268, comma 2, c.p.c. – risulta tanto meno appetibile quanto prima si formano le preclusioni per le parti originarie: nessuno è interessato a partecipare a un processo, assumendone i relativi costi e rischi, senza avere la possibilità di esercitare poteri che consentano

²² Analoghi rilievi mosse a suo tempo l'*Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile* in una nota critica al disegno di legge delega approvato il 10 febbraio 2015 dal Consiglio dei Ministri, in *Riv. dir. proc.*, n. 3/2015, 794. A questo proposito si è autorevolmente proposto l'inserimento nei decreti delegati della possibilità per il giudice di intervenire ancor prima dell'udienza, interrompendo lo scambio di memorie tra le parti, allo scopo di affrontare il tema della regolarità del contraddittorio o l'esistenza di questioni pregiudiziali di rito o merito in grado di definire il giudizio ovvero, ancora, le questioni relative alla chiamata di terzi, cfr. G. COSTANTINO, *Il processo di cognizione in primo grado*, cit., 171 s.

di incidere sul merito della decisione; d'altra parte se, invece, il delegato dovesse scegliere di riconoscere all'interveniente la pienezza dei poteri processuali originariamente spettanti alle parti, sarebbe inevitabile l'apertura di una nuova fase scritta di confronto tra il terzo e queste ultime, con inevitabili ricadute sulla durata del processo⁽²³⁾.

4. IL PROCEDIMENTO SEMPLIFICATO DI COGNIZIONE

Come anticipato, l'attuale processo sommario di cognizione, regolato dagli artt. 702-bis, 702-ter e 702-quater c.p.c., è destinato a confluire nel secondo libro del codice di rito, mutando la denominazione in «procedimento semplificato di cognizione»⁽²⁴⁾. Mentre fino ad oggi il ricorso al modello sommario era una scelta di opportunità inizialmente riservata alle parti e, poi, estesa anche al giudice (con l'introduzione dell'art. 183-bis c.p.c.), il nuovo processo semplificato sarà invece obbligatorio per tutte le controversie di competenza del giudice di pace e del tribunale sia in composizione monocratica che collegiale: a) quando i fatti di causa siano tutti non controversi; ovvero quando l'istruttoria a) sia documentale; b) sia di pronta soluzione; c) richieda un'attività istruttoria costituenda non complessa. Al verificarsi delle condizioni elencate, tuttavia, non troverà applicazione il «vecchio» rito sommario di cognizione ma un procedimento diverso, regolato «mediante l'indicazione di termini e tempi prevedibili e ridotti rispetto a quelli previsti per il rito ordinario per lo svolgimento delle difese e il maturare delle preclusioni, nel rispetto del contraddittorio fra le parti».

È bene osservare, dunque, come la delega affidi all'esecutivo il delicato compito di introdurre un nuovo e diverso rito partendo dall'attuale sommario di cognizione. Quest'ultimo trovava infatti il suo tratto distintivo nell'ampia libertà del magistrato nella scelta delle forme della trattazione, con il solo limite del rispetto del contraddittorio: il delegato sembra invece indirizzato verso un modello di procedimento ibrido ispirato a quello ordinario di cognizione quanto alla fase introduttiva – solo così è possibile dare un significato al riferimento ad una ri-

²³ Le difficoltà che incontrerà il delegato nel tentativo di raccordare la nuova fase introduttiva alla necessità di consentire la partecipazione dei terzi è puntualmente segnalata da P. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, cit., 29 s.

²⁴ In argomento, cfr. C. VELLANI, *Brevi note in materia di processo semplificato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 4/2021, 1027.

duzione dei termini per le difese e per il maturare di preclusioni – e al sommario di cognizione quanto alla fase istruttoria. Probabilmente, dunque, anche il nuovo processo semplificato di cognizione conterrà una trattazione scritta anticipata rispetto all'udienza e scandita da termini ancor più contratti rispetto al “nuovo” ordinario e un'istruttoria simile a quella oggi prevista dall'art. 702-ter, comma 5, c.p.c.

Se così fosse, sarebbe allora poco comprensibile la scelta di alcuni presupposti per la (obbligatoria) trattazione in forma semplificata, in particolare tutte le volte in cui la controversia non richieda attività istruttoria perché i fatti di causa sono tutti pacifici o perché le prove sono tutte documentali. A queste condizioni il giudice investito della domanda di cognizione ordinaria fin dalla prima udienza potrebbe fissare l'udienza di rimessione in decisione della causa (secondo le nuove indicazioni della legge delega: art. 1, punto 5, lett. l), nn. 2); 2.1); 2.2); 2.3) ovvero – ove si tratti di giudizio monocratico – provvedere ai sensi dell'art. 281-sexies c.p.c.: l'aver imposto sempre la trattazione semplificata – oltre alla complicazione dovuta alla necessità di disporre il mutamento del rito – non pare in grado di apportare alcun significativo miglioramento dei tempi della decisione⁽²⁵⁾.

L'articolato precisa, inoltre, che la scelta del rito semplificato sarà facoltativa per l'attore nelle controversie decise in forma monocratica, ma non chiarisce se questa indicazione iniziale potrà vincolare il giudice, al ricorrere di controversie prive dei descritti requisiti di semplicità dell'istruttoria: direi di no. Ben difficilmente, però, l'attore sceglierà spontaneamente la cognizione semplificata, in primo luogo per la preannunciata contrazione dei termini per l'esercizio dei poteri processuali nella fase di trattazione scritta e, poi, perché solo all'esito di quest'ultima sarà possibile valutare l'impegno istruttorio richiesto ai fini dell'accertamento e dunque la definitiva assoggettabilità della singola controversia al rito semplificato.

5. LE NUOVE ORDINANZE SOMMARIE

Le due nuove ordinanze sommarie e provvisorie di accoglimento e di rigetto introdotte dalla legge delega consentono alle parti, al ricorrere delle condizioni sta-

²⁵ Nello stesso senso, perciò invitando il delegato a distinguere i presupposti per il mutamento del rito da quelli per la decisione immediata, G. COSTANTINO, *Il processo di cognizione in primo grado*, cit., 175.

bilite, di rinunciare alla cognizione piena (ordinaria o semplificata) in favore di una cognizione sommaria, in forza della quale il giudice potrà definire il processo (o una o più delle domande cumulate) con ordinanza non suscettibile di formare la cosa giudicata, né vincolante in altri processi. Esse rappresentano perciò due nuovi provvedimenti conclusivi del processo di cognizione ordinario o semplificato⁽²⁶⁾.

Due presupposti sono comuni a entrambe le misure: il primo riguarda l'ambito applicativo doverosamente limitato alle sole controversie su diritti disponibili, mentre il secondo richiede una precisa istanza della parte interessata che esprime la scelta di rinunciare all'accertamento pieno coperto da giudicato⁽²⁷⁾.

Con l'ordinanza sommaria di accoglimento il legislatore delegante introduce nel nostro ordinamento una misura molto vicina al *référé provision* francese o, se si preferisce, ripropone il procedimento sommario previsto dall'art. 19, d.lgs. n. 5/2003, istitutivo del rito societario, abrogato nel 2009. Essa, infatti, richiede la prova dei fatti costitutivi del diritto fatto valere con la domanda giudiziale e, al contempo, che *appaiano* «manifestamente infondate» le difese del convenuto: a queste condizioni il giudice potrà accogliere – anche solo parzialmente – la domanda con ordinanza provvisoriamente esecutiva e reclamabile nelle forme stabilite dall'art. 669-terdecies c.p.c. L'istituto offre alla parte, che si trovi in una posizione istruttoria molto favorevole, la possibilità di ottenere un provvedimento sommario esecutivo in tempi brevissimi, evitando l'ulteriore protrarsi della lite – e i relativi costi – ma al prezzo di rinunciare ai vantaggi di un accertamento irretrattabile.

A differenza del suo omologo francese e del suo precursore nel rito societario, nella legge delega l'istituto è concepito come uno tra i possibili svolgimenti del processo a cognizione ordinaria, in quanto l'ordinanza sommaria può essere pronunciata in qualunque fase del procedimento di primo grado: questo renderà più appetibile la scelta della cognizione sommaria quanto prima si realizzino - nel

²⁶ Il punto, tuttavia, non è chiarito dalla delega: secondo alcuni – ed è la prospettiva condivisa da chi scrive – entrambe le ordinanze sono suscettibili di definire il giudizio ancorché offrendo alle parti un assetto solo provvisorio dei loro interessi, cfr. G. COSTANTINO, *Il processo di cognizione in primo grado*, cit., 184; altri invece sostiene che il processo, anche dopo l'ordinanza provvisoria, prosegua verso la sua meta naturale, la sentenza di merito a cognizione piena.

²⁷ Sotto questo punto di vista sarà importante chiarire – dal legislatore delegato – se la rinuncia alla cognizione piena in favore di quella sommaria rientri tra gli ordinari poteri dello *ius postulandi* dell'avvocato ovvero richieda una procura speciale della parte rappresentata.

corso del processo - le condizioni per l'ordinanza provvisoria, la quale peraltro può essere pronunciata in relazione a qualunque domanda, sia essa di mero accertamento, di condanna o costitutiva⁽²⁸⁾. Ciò accadrà soprattutto nelle battute iniziali del giudizio, alla prima udienza di comparizione e trattazione, allorché i fatti costitutivi della domanda siano pacifici o non specificamente contestati oppure la loro prova sia documentale (in tal modo realizzando una sovrapposizione con l'ordinanza ingiunzione disciplinata dall'art. 186-ter c.p.c.) o di pronta soluzione, mentre appaiono manifestamente infondate le difese della controparte.

Immaginare il ricorso all'ordinanza provvisoria di accoglimento in una fase successiva del processo può riuscire, a mio avviso, complicato. Potrebbe accadere che l'attività istruttoria sia destinata all'accertamento dei soli fatti (costitutivi) allegati dall'attore e contestati dal convenuto, il quale a sua volta non abbia svolto difese che richiedono accertamenti fattuali perché non sono stati allegati nuovi fatti ovvero questi sono pacifici: in tal caso l'attore potrebbe richiedere l'ordinanza sommaria solo una volta raggiunta la prova del fatto costitutivo. Ma tale risultato esaurisce anche l'istruzione e apre, dunque, la fase decisoria e il beneficio in termini di tempi processuali guadagnato con l'ordinanza sommaria sarà perciò riferito alla sola durata di questa ultima fase del processo, non sempre sufficiente a compensare la posticipazione al giudicato di accoglimento.

A ciò si aggiunga che l'ordinanza provvisoria potrebbe accogliere solo parzialmente la domanda, conducendo a un risultato non solo precario negli effetti ma altresì insoddisfacente – almeno in parte – nel merito⁽²⁹⁾.

Quando, invece, l'istruttoria si svolga sulle allegazioni fattuali di entrambe le parti, perché lo richiedono le eccezioni di merito sollevate dal convenuto, la possibilità di chiedere la misura provvisoria dipenderà dal modo in cui il giudice ha organizzato il calendario del processo e regolato la successione dei fatti da accertare: laddove per primo abbia deciso di vagliare i fatti modificativi, impeditivi ed estintivi allegati dal convenuto, vuoi per motivi di opportunità vuoi per maggiore semplicità dell'accertamento, si ritornerà alla medesima situazione considerata in

²⁸ La legge delega non indica alcuna limitazione in proposito, ma è chiaro che il legislatore guarda soprattutto alla tutela di condanna poiché si premura di dichiarare l'ordinanza sommaria «provvisoriamente esecutiva».

²⁹ Parafrasando un acuto studioso, si potrebbe dire che il risultato della tutela sommaria corre il rischio di essere non solo instabile ma anche non (pienamente) soddisfacente, cfr. S. MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, n. 3/2005, 870 s.

precedenza; quando, invece il calendario stabilisca la prioritaria verifica dei fatti costitutivi della domanda, l'ordinanza sommaria manterrà un'utilità qualora il giudice – sollecitato dall'istanza dell'interessato – revochi l'ordinanza istruttoria e si convinca della «manifesta infondatezza» delle difese del convenuto.

Il rimedio contro l'ordinanza sommaria di accoglimento⁽³⁰⁾ - ma altrettanto accade per quella di rigetto – è individuato nel reclamo previsto dall'art. 669-terdecies c.p.c., ancorché il provvedimento gravato sia estraneo per struttura e per funzione alla tutela cautelare: l'osservazione non deve meravigliare poiché già in altre occasioni il legislatore vi ha fatto ricorso in contesti diversi da quello d'origine, in particolare nell'ambito della sospensione del processo esecutivo o dell'efficacia esecutiva del titolo, sia pure sollevando alcune difficoltà interpretative⁽³¹⁾. Anche in questa occasione, perplessità potranno derivare in primo luogo dalla scelta del delegante di riconoscere solo alla controparte la legittimazione a promuovere il reclamo, mentre l'istante potrebbe avervi interesse quando l'ordinanza provvisoria abbia solo parzialmente accolto la sua domanda. La legge delega precisa, infatti, che in conseguenza dell'accoglimento del reclamo il procedimento di merito prosegue «davanti a un magistrato diverso appartenente al medesimo ufficio», di fatto escludendo che il giudice del reclamo possa pronunciare un'ordinanza provvisoria di accoglimento integralmente sostitutiva dell'accoglimento parziale disposto dal primo giudice.

La stessa ampiezza della cognizione del giudice del reclamo non è chiara, in quanto in sede cautelare è ordinariamente ammessa la cognizione non solo su fatti ma anche su motivi sopravvenuti all'adozione della misura cautelare, mentre una tale estensione appare inconciliabile con le severe preclusioni maturate nel procedimento di merito; analoghe perplessità potrebbe sollevare il potere di compiere nuove attività istruttorie, magari sollecitate dal convenuto al fine di ridimensionare il giudizio di manifesta infondatezza delle proprie difese. Sorgono, poi, problemi di coordinamento tra la trattazione del reclamo contro un provvedimento sommario non cautelare, suscettibile di ricevere esecuzione nelle forme ordinarie stabilite nel terzo libro del codice di rito, e l'esecuzione forzata promossa im-

³⁰ Nulla è detto, nel testo della legge delega, circa le conseguenze dell'eventuale rigetto dell'istanza.

³¹ Nel senso della utilità del reclamo cautelare per assicurare la tutela contro provvedimenti esecutivi fondati su una cognizione sommaria, a prescindere dalla loro natura cautelare, v. già le convincenti osservazioni di E. MERLIN, *Sulla reclamabilità delle ordinanze sulla provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo ex art. 648 c.p.c.*, in *Corr. giur.*, n. 5/2005, 711 ss.

mediatamente dal beneficiario della misura sommaria: è lecito domandarsi se il giudice del reclamo possa sospendere la provvisoria esecutività dell'ordinanza sommaria e come si coordinerà la trattazione del reclamo con l'eventuale opposizione all'esecuzione promossa dall'esecutato.

Passando rapidamente all'ordinanza provvisoria di rigetto, quest'ultima può fondarsi su due distinti e autonomi presupposti: il primo è la «manifesta infondatezza» della domanda⁽³²⁾, mentre il secondo è il caso di nullità dell'atto citazione quale *editio actionis*: l'omissione o l'assoluta incertezza circa la cosa oggetto della domanda ovvero «la mancata esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda». Al verificarsi di queste condizioni il giudice, nella prima udienza e su istanza della parte interessata, può rigettare la domanda con ordinanza provvisoria, anche in questo caso definendo il giudizio⁽³³⁾.

La nuova ordinanza sommaria di rigetto suscita fin d'ora alcune perplessità.

Anzitutto, non si comprende la ragione per la quale il giudice e prima ancora la parte interessata, accertata la manifesta infondatezza della domanda avversaria debba ripiegare sull'ordinanza provvisoria e non aspirare immediatamente al rigetto nel merito con la copertura del giudicato. Parimenti non è chiaro in quale modo sia tutelata l'economia dei giudizi – e quindi l'efficienza della tutela giurisdizionale civile – introducendo il rigetto provvisorio in rito nelle vedute ipotesi di nullità della citazione ai sensi dell'attuale art. 164, commi 4 e 5, c.p.c., il quale al più avrà l'effetto di ritardare la riproposizione della stessa domanda – opportunamente emendata – in un successivo giudizio.

In secondo luogo, occorre segnalare come, ancora una volta, il modello di cognizione basato sulla manifesta infondatezza della domanda (o della difesa o dell'istanza) concorre a generare confusione nell'interprete avuto riguardo alle altre occasioni (e non sono poche) nelle quali viene impiegato nel codice di rito e dove

³² Per inciso, vale la pena osservare - poiché anche la scelta delle parole implica un'assunzione di responsabilità verso gli operatori chiamati ad applicare quotidianamente le nuove norme – che mentre l'ordinanza provvisoria di accoglimento richiede che le difese del convenuto *appaiano* manifestamente infondate, nel caso del rigetto il legislatore richiede che la domanda non solo appaia, ma *sia* manifestamente infondata.

³³ Mi pare questa una lettura condivisibile che però introduce una discrasia tra le due ordinanze provvisorie, di cui solo quella di rigetto si assume in grado di definire il giudizio o, quantomeno, una tra le più domande cumulate. Nello stesso senso, cfr. R. TISCINI, *Le nuove proposte di tutela sommaria tra il progetto Luiso e il suo "brutto anatoccolo"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, n. 5/2021, 1238 ss.; *contra*: P. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, cit., 34, il quale ritiene che, anche in questo caso, dopo l'ordinanza provvisoria il processo prosegua fino alla sentenza.

non sempre viene in rilievo come espressione di una cognizione sommaria del giudice⁽³⁴⁾: se la manifesta infondatezza, ai fini dell'ordinanza provvisoria, può essere accertata attraverso una cognizione sommaria riesce difficile tracciarne i confini e inevitabile attribuire un significativo margine di discrezionalità al magistrato nel valutare caso per caso la ricorrenza del presupposto, con possibile divaricazione delle soluzioni tra le diverse sedi giudiziarie e ulteriore incentivazione del contenzioso.

6. RILIEVI CONCLUSIVI

Un primo rapido sguardo alla nuova veste della fase introduttiva del processo ordinario di cognizione suggerisce un'osservazione conclusiva.

La riforma aspira in generale a rendere più efficiente il processo civile introducendo alcuni correttivi idonei ad assicurare maggiore elasticità alle regole processuali e così consentire al giudice e alle parti di adattare le forme del processo – e le garanzie ad esse correlate – alla complessità della singola controversia. Le soluzioni approntate per la fase introduttiva del giudizio non sembrano, tuttavia, in grado di incidere in modo significativo sulla durata e sull'efficienza dei processi: da un lato si tratta di riproporre modelli già sperimentati e abbandonati dal legislatore nel volgere di pochi anni (vedi la sorte del rito societario); dall'altro vengono inseriti nel codice di rito istituti di nuovo conio – mi riferisco in particolare alle ordinanze provvisorie – che non solo non abbreviano i processi, in quanto tale non può essere considerata l'involuzione dell'accertamento irretrattabile assicurato dalla sentenza di merito in una decisione sommaria e priva di rilevanza in futuri giudizi, ma anzi potrebbero facilmente accrescere la durata delle liti proprio per la ragione che il processo non si conclude con una statuizione definitiva sulle rispettive pretese; considerazione ancor più grave se si considera lo scarso successo applicativo⁽³⁵⁾ e dunque il trascurabile contributo alla riduzione dei tempi del processo che hanno

³⁴ Mi riferisco in particolare alle seguenti previsioni: art. 283, comma 2, c.p.c. (Provvedimenti sull'esecuzione provvisoria in appello); art. 360-*bis*, n. 2, c.p.c. (Inammissibilità del ricorso); artt. 375, 380-*bis* c.p.c. (Pronuncia in camera di consiglio); art. 431, comma 7, c.p.c. (Esecutorietà della sentenza); art. 815, comma 4, c.p.c. (Ricusazione degli arbitri); art. 840-*ter*, comma 4, lett. a), c.p.c. (Forma e ammissibilità della domanda).

³⁵ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 10° ed., I, Torino, 2015, 206; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 3° ed., II, Bari, 2014, 239-249; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 10° ed., II, cit., 70.

offerto le ordinanze sommarie anticipatorie (artt. 186-*bis*, 186-*ter* e 186-*quater* c.p.c.) già contemplate dal codice di rito fin dalla novella degli anni novanta.

ABSTRACT

Il presente lavoro esamina la legge n. 206/2021 recante la delega al Governo per la riforma del processo civile. L'Autore concentra l'attenzione sulla fase introduttiva del processo ordinario di cognizione e sulla idoneità delle nuove norme a raggiungere gli obiettivi di riduzione della durata dei processi negoziati dal Governo italiano con le autorità dell'Unione europea.

The paper examines the law n. 206/2021 concerning the delegation to the Government for the reform of the civil procedure rules. The Autor focuses on the first (pre-trial) phase of the ordinary process of cognition and analyzes whether the new rules can achieve the goals negotiated by the Italian government with the authorities of European Union.

MARIA ALORIS PILATO
(Mediatore civile e commerciale)

LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE, IL CONCETTO DI GIUSTIZIA e la vivacità del suo divenire*

Sommario: 1. L'istituto giuridico della mediazione civile e commerciale: il concetto di Giustizia e la vivacità del suo divenire 2. La mediazione: tecnica e procedura di risoluzione dei conflitti 3. La disciplina della mediazione civile e commerciale di cui al decreto legislativo n. 28/2010: la mediazione e le sue declinazioni 3.1. *Segue.* La mediazione delegata dal Giudice ai sensi dell'art. 5, comma 2, del decreto legislativo 28/2010 3.2. *Segue.* La natura del termine di quindici giorni per l'introduzione del procedimento 4. Il tentativo di mediazione e l'obbligatoria presenza delle parti 5. Le fasi del procedimento conciliativo. Il primo incontro programmatico: funzione meramente informativa e doveri del mediatore 5.1. *Segue.* Il merito della controversia e l'effettivo inizio della procedura di mediazione 5.2. *Segue.* Soddisfacimento della condizione di procedibilità: contrasti giurisprudenziali 6. L'accordo conciliativo 7. Conclusioni

1. L'ISTITUTO GIURIDICO DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE: IL CONCETTO DI GIUSTIZIA E LA VIVACITÀ DEL SUO DIVENIRE

Una delle imprese più ardue del pensiero è sempre stata quella di anche solo tentare di conferire univocità al concetto di Giustizia.

La Giustizia non può essere definita se non focalizzando l'attenzione sulla vivacità del suo divenire, in quanto esiste un'idea di giusto che impegna il singolo e l'interprete giuridico ad osservare regole comportamentali autonomamente sviluppate dal comune sentire.

Il processo di sussunzione della norma astratta al caso concreto ha, infatti, origine dal giudizio equitativo che riconduce l'esperienza di vita ai valori della collettività.

Conseguentemente, l'intrinseco formalismo della Legge non esautora la legalità morale di un popolo e il diritto non si esaurisce nel dato legislativo, trovandosi,

¹ * Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

questo, a valle e non a monte del procedimento interpretativo, come a ragione ha osservato Zagrebelsky⁽²⁾.

L'evoluzione sociale attuale evidenzia una sempre crescente attitudine delle parti coinvolte in un conflitto a partecipare attivamente al processo volto a dare ordine alla propria esistenza e non anche a delegare a terzi decisioni che coinvolgano la propria vita privata. Prevalente è oggi lo spazio per un confronto creativo tra le parti in conflitto tendente a ricostruire le relazioni umane, più che alla tutela del rapporto giuridico formale.

Quanto detto, costituisce una spiegazione della crescita esponenziale dell'istituto della mediazione civile e commerciale, di quella che il legislatore definisce come «l'attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia anche mediante la formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa».

Il mediatore terzo ed imparziale pone in essere il processo conciliativo senza avere, in ogni caso, il potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti. Egli, libero dai rigidi formalismi del processo, adegua il proprio *agere* ad un metodo flessibile e coerente con le caratteristiche del caso concreto, oltre che fondato sull'ascolto attivo, quale valido strumento per la comprensione degli interessi delle parti del procedimento e la costruzione delle alternative possibili ed utili alla risoluzione del conflitto in essere.

Il ruolo del mediatore nell'ambito del procedimento in questione si ispira al principio comunitario del *better access to justice* e richiede competenze multidisciplinari che attribuiscono allo stesso uno specialismo professionale distintivo nel panorama degli amministratori della Giustizia⁽³⁾.

Le peculiarità proprie del mediatore, infatti, sono l'empatia, il rispetto delle opinioni altrui, l'attenzione al linguaggio non verbale dell'interlocutore, nonché la

² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.

³ M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide-Access-to-Justice Movement*, in *The Modern Law Review*, LVI, III, 1993, 282 ss.: convenzionalmente, la nascita del movimento a favore della diffusione dei metodi alternativi viene fatta coincidere con una conferenza di studi celebrativi che, a distanza di settant'anni, si tenne in onore di Roscoe Pound il quale, nel 1906, dinanzi all'*American Bar Association*, denunciò le gravi disfunzioni del sistema dell'amministrazione della giustizia americana; v., per ampi ragguagli, F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 93 ss.; E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 321 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011.

capacità di responsabilizzare le parti nella scelta finale di risoluzione del conflitto esemplificando la complessità della vicenda umana.

Il mediatore ha, pertanto, il compito di dare ordine al caotico flusso dei contrastanti interessi delle parti in conflitto e di interpretare questo stesso caos in una logica costruttiva.

L'obiettivo del conciliatore è quello di dare origine a metodologie alternative adeguate a fornire alle parti soluzioni dalle quali trarre reciproca soddisfazione.

Le parti giungeranno, per quanto detto, mediante la collaborazione del mediatore, a trovare una soluzione autodeterminata della controversia in essere. Il mediatore, a tal fine, facilita la formazione delle volontà individuali, parafrasando in modo sintetico gli elementi raccolti e riformulandoli secondo una logica di pacificazione sociale.

Detto *brainstorming* condurrà, dunque, a formulare nuove idee di risoluzione del contrasto.

Il procedimento che conduce alla conciliazione delle opposte pretese si pone come un momento di valorizzazione delle potenzialità delle parti in conflitto e di interpretazione del caos che precede l'ordine. La mediazione civile e commerciale, quindi, è conferimento di senso profondo alla capacità di autodeterminarsi e autoregolamentarsi degli individui e di non sottostare esclusivamente ad obblighi ciecamente imposti.

A conclusione delle considerazioni effettuate è possibile prendere atto che una nuova cultura giuridica si è insinuata nei Paesi di diritto codificato. La cultura storicamente fondata sull'idea che la giurisdizione pubblica dello Stato sia l'unica in grado di garantire e assolvere all'amministrazione della Giustizia appare oggi, infatti, vetusta o, comunque, riduttiva.

L'attuale formazione degli operatori del diritto è in fase di evoluzione e privilegia paradigmi dialettici innovativi basati sulle teorie della comunicazione e sui principi della negoziazione.

La mediazione civile e commerciale nasce, pertanto, dalla attuale consapevolezza della vivacità e dinamicità del concetto di Giustizia.

Detto istituto giuridico non può definirsi secondario o alternativo, bensì, parallelo alla Giustizia tradizionale. La mediazione è, pertanto, un atto di auto-normazione, seppur nel rispetto delle norme e dei principi costituzionali.

Bove sostiene, a tal proposito, che nell'ambito dei mezzi di risoluzione delle controversie attinenti ai diritti disponibili, l'accordo amichevole risultante dal proce-

dimento di mediazione civile e commerciale si pone come uno strumento a metà strada tra i mezzi eteronomi ed i mezzi autonomi⁽⁴⁾.

La procedura di risoluzione dei conflitti in questione è un processo di disvelamento delle soluzioni conflittuali assai complesso, nonché di comprensione degli equilibri relazionali sussistenti tra le parti in contrasto, comprensione che trascende il contenuto del conflitto che con essa si vorrebbe risolvere. La mediazione rappresenta, alla luce di quanto detto, il conferimento di senso al dialogo come criterio risolutivo delle conflittualità, oltre che accordata fiducia alle parti nelle capacità di queste ultime di scegliere la soluzione più consona agli episodi oppositivi che li vedono protagonisti.

Folberg e Taylor definiscono la mediazione «il processo mediante il quale i partecipanti, con l'assistenza di una o più persone neutrali, isolano sistematicamente i problemi della disputa dall'obiettivo di trovare soluzioni, di considerare alternative e raggiungere un accordo adeguato alle loro reciproche necessità»⁽⁵⁾.

L'intervento del terzo imparziale nella risoluzione del conflitto in essere è, per quanto detto, agevolativo, in quanto questo coadiuva le parti contrapposte nella gestione e risoluzione della disputa.

Grover, Grosch e Olczak sostengono, sul punto, che il mediatore utilizzi tecniche volte ad aiutare i contendenti a raggiungere un accordo consensuale, con lo scopo di risolvere il loro conflitto.

I mediatori, infatti, non forzano né impongono la soluzione, ma preparano le parti affinché queste possano raggiungere i loro accordi, favorendo la discussione aperta e sollecitando soluzioni alternative⁽⁶⁾.

2. LA MEDIAZIONE: TECNICA E PROCEDURA DI RISOLUZIONE DEI CONFLITTI

La mediazione si colloca nel nostro ordinamento quale tecnica e procedura di soluzione di conflitti originati da opposte pretese giuridicamente rilevanti.

In essa è rinvenibile, oltre che una valenza giuridica, anche un valore sociale.

Il rilievo giuridico della soluzione del conflitto oggetto della mediazione emerge

⁴ M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "decreto del fare"*, in *Judicium*, 2013.

⁵ J. FOLBERG – A. TAYLOR, *Mediation: A comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, San Francisco, 1984.

⁶ K. GROVER – J.W. GROSCH – P.V. OLCZAK, *La mediación y sus contextos de aplicación*, Barcellona, 1996.

dai «processi verbali» ai quali il nostro ordinamento conferisce, a determinate condizioni, taluni effetti giuridici che garantiscono l'executività della «soluzione conciliata».

Il prodursi di detti effetti giuridici assicura, infatti, che detta tecnica di risoluzione del conflitto non sia *inutiliter data*.

La risoluzione del conflitto in essere richiede, pertanto, che alle opposte pretese conciliate venga attribuita utilità concreta.

Il nostro ordinamento conferisce efficacia esecutiva alla soluzione conciliata, qualora tutte le parti del procedimento siano assistite dai rispettivi avvocati; in difetto di detto requisito, è richiesto un provvedimento dell'autorità giurisdizionale di omologazione dell'accordo, previo accertamento della regolarità formale dello stesso, del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico: unico limite al riconoscimento degli effetti giuridici esecutivi di atti riconducibili alla esclusiva volontà privata.

L'attribuzione di efficacia esecutiva alla soluzione di un conflitto scaturente da pretese giuridicamente rilevanti che non sia apprezzabile quale «provvedimento giurisdizionale» crea un'evidente tensione con il diritto alla tutela giurisdizionale. Detto diritto è connesso al principio costituzionale secondo il quale a tutti e sempre devono essere assicurati un giudice ed un giudizio.

La tensione sussistente tra tecnica alternativa di soluzione di conflitti tra pretese giuridicamente rilevanti e diritto ad ottenere una pronuncia giurisdizionale ha condotto alla necessità di introdurre delle modifiche alla disciplina della mediazione, dopo l'iniziale declaratoria di incostituzionalità della stessa.

La mediazione, infatti, oggi, si configura come una procedura di risoluzione della controversia mai preclusiva dell'accesso alla Giustizia, oltre che come condizione di procedibilità da assolvere in alcuni casi specificatamente previsti dalla legge prima dell'avvio del procedimento giurisdizionale o nel corso dello stesso.

Ulteriore aspetto di rilievo dell'istituto della mediazione è rinvenibile nel valore di pacificazione sociale di detto strumento, il quale mira a ridurre le conflittualità e a riattivare la comunicazione tra le parti, al fine di rendere queste ultime in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto. Detta possibilità implica, infatti, l'interazione tra le stesse, al fine di trarne utilità e reciproca soddisfazione.

La mediazione civile e commerciale di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 costituisce oggi uno dei mezzi di attuazione del sistema giustizia, il cui procedimento trova

impulso mediante il deposito di un'istanza presso un organismo che deve avere sede nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia⁽⁷⁾.

In caso di incompetenza territoriale dell'organismo adito, il giudice non potrà applicare nessun trattamento sanzionatorio in capo alla parte che, invitata a partecipare al procedimento conciliativo, sia rimasta assente.

Ai sensi dell'art. 8, comma 4-bis del d.lgs. n. 28/2010, infatti, il giudice, dalla mancata partecipazione della parte senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio, ai sensi dell'articolo 116, comma 2 del codice di procedura civile, nonché condannare la medesima parte, nei casi previsti dall'art. 5, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio⁽⁸⁾.

Le parti del procedimento possono congiuntamente derogare alla competenza per territorio⁽⁹⁾.

⁷ Cass. civ., Sez. VI-3, ord. 2 settembre 2015 n. 17480, in *Repertorio foro it.*, 2015, voce *Conciliazione in genere, mediazione, negoziazione assistita*, n. 86: «[L'art. 4 del d.lgs. 28/2010] collega la localizzazione dell'organismo di mediazione al foro della controversia, non viceversa [...] (il meccanismo legislativo postula che sia dapprima individuato il foro giudiziale, secondo le regole sottese a tale determinazione, e solo di riflesso sia individuato l'organismo cui accedere in fase conciliativa)».

⁸ Trib. Vasto, 9 marzo 2015, in *Contratti*, 2015, 687 ss., con nota di F. FERRARIS, *Partecipazione personale ed effettività del procedimento: due elementi essenziali per il corretto espletamento del tentativo "obbligatorio"*, in *Giur. it.*, 2015, 1885 ss., con nota di C. MOTTIRONI, *Mediazione delegata - Sull'onere di comparizione personale delle parti nel procedimento di mediazione "delegata"*, in *Corriere giur.*, 2016, 1083 ss., con nota di M. RUVOLO, *Mediazione: presenza ed oneri delle parti, compiti del mediatore e possibili prescrizioni imposte dal giudice a mediatore e parti: «In caso di mancato avveramento della condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 2 del decreto legislativo 28/2010, il giudice deve dichiarare l'improcedibilità della domanda attorea. [...] Non è praticabile, per converso, l'alternativa soluzione di assegnare alle parti un nuovo termine per la reiterazione della procedura di mediazione, essendo, questa, già stata definita. [...] La parte che avrà interesse contrario alla declaratoria di improcedibilità della domanda avrà l'onere di partecipare personalmente a tutti gli incontri di mediazione, chiedendo al mediatore di attivarsi al fine di procurare l'incontro personale tra i litiganti; potrà, altresì, pretendere che nel verbale d'incontro il mediatore dia atto della concreta impossibilità di procedere all'espletamento del tentativo di mediazione, a causa del rifiuto della controparte di presenziare personalmente agli incontri. Solo una volta acclarato che la procedura non si è potuta svolgere per indisponibilità della parte che ha ricevuto l'invito a presentarsi in mediazione, la condizione di procedibilità può considerarsi avverata».*

⁹ Trib. Santa Maria Capua Vetere, Sez. I, 22 febbraio 2016 n. 45, non pubblicata: «Disposta la mediazione ex art. 5, comma 2 del d.lgs. 28/2010 la domanda va depositata nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia avuto riguardo ai criteri dell'art.4, comma 1 del d.lgs. 28/2010, salva la facoltà delle parti di scegliere concordemente un organismo avente sede in un luogo diverso da quello

In assenza della congiunta iniziativa delle stesse, qualora, conseguentemente all'investitura di un organismo incompetente, faccia seguito l'accettazione dell'invito ed il regolare svolgimento del procedimento, la mediazione potrà ritenersi validamente espletata, in considerazione dell'accettazione tacita e per fatti concludenti della designazione dell'organismo.

Sul punto, si precisa che, nel caso in cui nessun accordo in merito, neanche tacito e per fatti concludenti, vi sia stato tra le parti, e la domanda sia stata presentata, quindi, unilateralmente davanti ad un organismo che non aveva competenza territoriale, appare congruo dichiarare l'improcedibilità della domanda⁽¹⁰⁾.

L'istanza di mediazione circoscrive e definisce la controversia su cui l'istante intende promuovere le trattative ed identifica le domande giudiziali che, in ipotesi di fallimento del tentativo conciliativo, diverranno liberamente proponibili in giudizio⁽¹¹⁾.

indicato nell'art. 4 citato».

¹⁰ Trib. Mantova, Sez. II, 3 novembre 2015 n. 1049, in banca dati *DeJure*: «*Ai sensi dell'art. 4, co. 1 d.lgs. 28/2010, come modificato dal d.l. 69/2013 conv.to in l. 98/2013, la domanda di mediazione va presentata davanti ad uno degli organismi che si trova nel circondario dell'ufficio giudiziario competente per la controversia. Pertanto, al fine di determinare la competenza dell'organismo di mediazione, si deve prima identificare il giudice competente secondo le norme del codice di procedura civile, e, quindi fare riferimento all'ambito di competenza territoriale previsto per gli uffici giudiziari. La domanda di mediazione presentata unilateralmente dinanzi all'organismo che non ha competenza territoriale non produce effetti e, pertanto, la stessa, va considerata come non espletata con le conseguenze previste dalla legge*»; Trib. Milano, Sez. IX, ord. 29 ottobre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, 1319 ss., con nota di P. MAZZAMUTO, *La nuova mediazione civile e commerciale delegata nella tutela della famiglia*, in *Giur. it.*, 2014, 88 ss., con nota di C. BESSO, *La novellata mediazione e due precetti con sanzione positiva: «Anche per le mediazioni attivate per ordine del giudice, la domanda deve essere presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia, salva la possibilità, per le parti, di derogarvi rivolgendosi, con domanda congiunta, ad altro organismo scelto di comune accordo».*

¹¹ Cass. civ., Sez. III, 1 agosto 2001 n. 10482, in *Repertorio foro it.*, 2002, voce *Contratti agrari*, n. 92: «*La disposizione di cui all'art. 46 l. 203/82 (secondo la quale chi intenda proporre in giudizio una domanda relativa ad una controversia in materia di contratti agrari è tenuto ad esperire il preventivo tentativo di conciliazione dinanzi agli appositi organi) va interpretata nel senso che intanto il precetto normativo in essa contenuto potrà dirsi osservato in quanto, in sede giudiziaria, sia avanzata una pretesa del tutto identica a quella fatta valere in sede di tentativo di conciliazione, per essere identici sia le persone, sia il petitum, sia la causa petendi, non essendo all'uopo, sufficiente una identità solo parziale di tali elementi*». Secondo Trib. Roma, Sez. V, 11 gennaio 2022 n. 259, in banca dati *One Legale* «*gli accadimenti narrati in fase di mediazione [...], perché si possa verificare in giudizio l'esatto adempimento della condizione di procedibilità, devono essere corrispondenti, "simmetrici" a quelli che saranno poi esposti in fase processuale, per le materie obbligatorie*».

Nel caso in cui venga protocollata una pluralità di istanze aventi ad oggetto la medesima controversia, ai fini dell'individuazione dell'organismo territorialmente competente, si farà riferimento alla data di deposito della domanda introduttiva del procedimento.

Sarà competente, infatti, l'organismo presso il quale è stata depositata per prima la domanda.

Conseguentemente al deposito della domanda di mediazione, spetta al responsabile dell'organismo designare un mediatore e fissare il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dall'avvenuto protocollo dell'istanza⁽¹²⁾.

Al fine di consentire al giudice di verificare che il procedimento di mediazione sia stato espletato con riguardo alla controversia dedotta in giudizio e che, pertanto, la domanda sia procedibile, l'istanza di mediazione deve esplicitare in maniera chiara le pretese e le contestazioni. L'art. 4, comma 2 del decreto legislativo summenzionato individua nell'indicazione dell'organismo da adire, nelle parti, nell'oggetto e nelle ragioni della pretesa gli elementi essenziali dell'istanza di mediazione.

La domanda di mediazione presenta indubbi elementi di analogia con l'atto di citazione e con la necessità di quest'ultimo di garantire il contraddittorio tra le parti. L'istanza conciliativa assolve, pertanto, *mutatis mutandis*, alle medesime finalità dell'atto di citazione, ossia *l'edito actionis* e la *vocatio* della controparte. Conseguente a quanto detto, l'indispensabile e la puntuale specificazione delle generalità delle parti, stante la funzionalità del procedimento e l'imprescindibile tutela della parte convenuta.

L'indicazione dell'oggetto e delle ragioni della pretesa è, invece, funzionale alla definizione del *thema decidendum* del procedimento di mediazione.

Il giudice del futuro giudizio dovrà verificare la procedibilità della domanda, accertando che il diritto per il quale si procede sia il medesimo già azionato dinanzi al mediatore.

L'informalità del procedimento rende possibili precisazioni e modificazioni successive dell'oggetto e delle ragioni della pretesa, sebbene queste debbano essere effettuate in modo chiaro, in quanto, diversamente, non potranno verificarsi gli effetti sostanziali della domanda di mediazione, ovvero l'interruzione della prescrizione, l'impedimento della decadenza e la prevenzione rispetto ad altri proce-

¹² Giud. pace Roma, 23 novembre 2021 n. 24928, non pubblicata: «L'istanza deve essere inviata alla parte personalmente e non al procuratore costituito».

dimenti di mediazione.

Rilevante, inoltre, è l'indicazione del valore della controversia, in quanto funzionale all'individuazione dello scaglione di riferimento, utile al calcolo delle indennità di mediazione. Qualora il valore della controversia sia indeterminato o indeterminabile, sarà stabilito *ex officio* dall'organismo e comunicato alle parti.

La mancata indicazione, nella domanda di mediazione, dell'organismo prescelto, stante l'effettivo deposito dell'istanza, non implica nessuna conseguenza sul procedimento.

Quanto alle indicazioni relative alle parti, la loro mancanza, o assoluta incertezza, impedisce che la procedura possa proficuamente avere svolgimento e compiutezza. In tali casi, l'organismo di mediazione e il mediatore, hanno facoltà di segnalare all'istante la necessità di integrare o precisare i dati forniti, con l'avvertimento, che, diversamente, la procedura non potrà proseguire.

Nella perdurante inerzia della parte istante il mediatore constaterà l'impossibilità a procedere. Analogamente dicasi in merito all'incertezza dell'oggetto e delle ragioni della pretesa.

La parte istante, invero, potrà successivamente colmare eventuali lacune della domanda introduttiva.

3. LA DISCIPLINA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE DI CUI AL DECRETO LEGISLATIVO N. 28/2010: LA MEDIAZIONE E LE SUE DECLINAZIONI

La disciplina della mediazione civile e commerciale di cui al decreto legislativo n. 28/2010 ha previsto che il procedimento di mediazione possa essere obbligatorio o facoltativo. L'istituto della mediazione integra una condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativamente alle materie di cui all'art. 5, comma 1-*bis*, (mediazione obbligatoria in senso stretto) ed in caso di mediazione delegata o demandata ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. cit. (ovvero laddove il giudice, già investito della lite, ne ordini l'esperimento).

Il giudice, infatti, anche in sede d'appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del suddetto comma 2 dell'art. 5 del decreto

legislativo n. 28/2010⁽¹³⁾.

Le materie per le quali il procedimento di mediazione è obbligatorio in senso stretto sono le seguenti: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di azienda, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, nonché contratti assicurativi, bancari e finanziari.

L'improcedibilità della domanda giudiziale derivante dal mancato esperimento della mediazione deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza.

Le disposizioni sulla mediazione obbligatoria non si applicano, invece, ai procedimenti per ingiunzione, per convalida di sfratto, possessori, di opposizione o incidentali relativi all'esecuzione forzata, ai procedimenti in camera di consiglio, nonché alle controversie per le quali sia stata attivata la «consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite», di cui all'art. 696-*bis* del codice di procedura civile e in caso di azione civile esercitata nel processo penale. Rientrano, invece, nel novero della mediazione facoltativa tutti i procedimenti che sono liberamente introdotti dalle parti per risolvere i conflitti tra gli stessi insorti e per i quali l'esperimento della mediazione non costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

In considerazione delle esigenze di semplificazione, speditezza e razionalizzazione, la recente legge 26 novembre 2021, n. 206 persegue l'obiettivo di ammodernare formalmente e sostanzialmente il processo civile. In particolar modo, in merito alla disciplina della procedura di mediazione e negoziazione assistita, la legge citata ha previsto l'incremento della misura dell'esenzione dall'imposta di registro di cui all'art. 17, comma 3 del decreto legislativo n. 28/2010, la sempli-

¹³ Trib. Palermo, Sez. I, ord. 16 luglio 2014, in banca dati *DeJure*: «è bene ricordare che, al di là dei casi di mediazione obbligatoria ex lege, la legge 98/13 ha pure stabilito che il giudice può - anche in grado di appello e valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione ed il comportamento delle parti - disporre l'esperimento del procedimento di mediazione a pena di improcedibilità della domanda. La legge 98/13 attribuisce quindi al giudice il potere di imporre alle parti di intraprendere un procedimento di mediazione nel corso del processo (in passato, invece, il giudice poteva solo invitarle a svolgere un tentativo stragiudiziale di mediazione, attendendo l'eventuale risposta positiva delle parti), in tal modo creando una nuova condizione di procedibilità (sopravvenuta) per ordine del giudice. Si tratta di una norma che rimette al giudice l'effettività di tale canale di accesso alla mediazione (che opera non quale filtro preventivo alle liti, ma successivo e non per questo meno utile ed efficace) e può operare in ogni lite, purché abbia ad oggetto diritti disponibili».

ficazione della procedura prevista per la determinazione del credito d'imposta di cui all'art. 20 del medesimo decreto, oltre che il riconoscimento di un credito di imposta commisurato al compenso dell'avvocato che assiste le parti nella procedura di mediazione, nei limiti dei parametri professionali.

A quanto detto, si aggiunge, inoltre, l'ulteriore riconoscimento di un credito d'imposta commisurato al contributo unificato versato dalla parte nel giudizio che risulti estinto a seguito della conclusione dell'accordo di mediazione, nonché l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione e di negoziazione assistita e la previsione di un credito d'imposta in favore degli organismi di mediazione, commisurato all'indennità non esigibile dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

La riforma in questione si prefigge, inoltre, di estendere il ricorso obbligatorio alla mediazione, in via preventiva, in materia di contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di *franchising*, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura.

Lo strumento di risoluzione del conflitto in questione non può essere utilizzato, invece, per le controversie aventi ad oggetto i diritti indisponibili. Il decreto legislativo n. 28/2010, tuttavia, non fornisce alcuna precisa definizione sul punto.

Ai fini di una corretta interpretazione del dato normativo, rileva, in particolare, l'art. 1966 del codice civile. Detta norma, infatti, con riguardo alla materia della transazione, ne sancisce la nullità, ove questa intervenga su diritti che, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti.

La previsione normativa in questione, stante la sua genericità, non offre criteri di selezione dei diritti indisponibili, onerando, pertanto, il giudice del relativo compito di individuare questi ultimi, sulla base di considerazioni di carattere sistematico.

Alle tipologie di mediazione summenzionate si aggiunge quella contrattuale o statutaria prevista dal comma 5 dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28/2010. Il contratto, lo statuto, ovvero l'atto costitutivo dell'ente possono, invero, prevedere una clausola di mediazione ed il giudice o l'arbitro, qualora il tentativo di conciliazione non risulti esperimento, su eccezione di parte proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione, fissando l'udienza successiva dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6 del decreto legislativo n. 28/2010.

In caso di mediazione contrattuale o statutaria, l'improcedibilità della domanda non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, bensì dal solo convenuto alla prima difesa utile.

3.1. *Segue.* LA MEDIAZIONE DELEGATA DAL GIUDICE AI SENSI DELL'ART. 5, COMMA 2, DEL DECRETO LEGISLATIVO 28/2010

Meritevole di attenzione è la materia regolata dall'art. 5, comma 2 del decreto legislativo di cui trattasi.

Detta norma prevede che «il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato d'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello».

Il provvedimento del giudice è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni, ovvero, quando tale udienza non sia prevista, prima della discussione della causa.

La particolarità di tale tipologia di mediazione deriva dal contesto da cui trae origine: la mediazione delegata, infatti, trae impulso dal soggetto chiamato a dirimere la lite secondo Giustizia.

Sulla base della considerazione che la mediazione in questione non debba essere un espediente per dilatare i tempi del processo, bensì un'opportunità per addivenire ad una risoluzione pacifica della controversia, la decisione giudiziale di onerare le parti di dare impulso alla procedura conciliativa, deve essere effettuata sulla base di un'attenta ponderazione dello stadio di evoluzione della controversia, della propensione dei litiganti alla stipulazione di un'intesa, nonché degli esiti dell'istruttoria già esperita⁽¹⁴⁾.

¹⁴ Corte App. Milano, ord. 22 marzo 2016, in *Repertorio foro it.*, 2016, voce *Conciliazione in genere, mediazione, negoziazione assistita*, n. 88: «L'esercizio della facoltà di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione anche in appello, di cui all'art. 5 d.leg. 28/2010 sulla mediazione, coordinato con le modifiche del «decreto del fare» del 2013, è demandato alla discrezionalità del giudice, anche in fase di appello, a prescindere dalla obbligatorietà o meno della mediazione ante causam o dalla vigenza o meno della norma prima dell'introduzione della controversia, ed è collegato a una preliminare considerazione della qualità delle parti e della particolarità della lite sottoposta al vaglio del giudice; nel caso in questione non appaiono sussistere ostacoli all'esercizio di detto potere giudiziale, finalizzato a promuovere una stabile composizione bonaria della controversia, inerente a una vicenda commerciale

La decisione di deferire la materia del contendere ad un mediatore postula, per quanto detto, una prognosi positiva sulle sue probabilità di successo effettuata dal giudice sulla base degli elementi processuali già in suo possesso.

In caso contrario, detto istituto si trasformerebbe, invece, in una deleteria causa di dilatazione dei tempi processuali.

La scelta del giudice di indirizzare le parti al percorso di autodeterminazione dei propri contrapposti interessi, implicante la valutazione della natura della causa, dello stato dell'istruzione e del comportamento delle parti, induce a ritenere che, alla luce dell'art. 131, comma 2 del codice di procedura civile, la forma più idonea che il provvedimento debba assumere sia quella dell'ordinanza, che deve essere sempre succintamente motivata ai sensi dell'art. 134 del codice di procedura civile.

L'accertamento in oggetto deve vertere sugli interessi dei contendenti, piuttosto che sui loro diritti soggettivi.

Le peculiarità proprie della mediazione delegata sono le seguenti: 1) la pendenza del processo; 2) la scelta del giudice di indirizzare le parti ad un tentativo stragiudiziale di risoluzione del conflitto fondata sulla valutazione della situazione concreta; 3) la gestione della conflittualità affidata ad un soggetto terzo ed imparziale non coincidente con la figura del giudice.

Il giudice della causa pendente, alla luce di una valutazione delle circostanze del caso concreto e nella consapevolezza che possano sussistere possibilità di approdare ad una soluzione concordata della controversia, giunge a concludere che non sia opportuno che le parti subiscano l'esito del giudizio. Queste, dunque, in collaborazione con tutti i protagonisti del dramma processuale, al fine di trovare la soluzione migliore della lite, sollecita le parti ad intraprendere un percorso diverso nell'interesse delle stesse.

Nella sostanza, quest'ultimo, prima di porre in essere l'operazione di sussunzione giuridica che lo indurrà a ripartire il torto e la ragione tra i contendenti, può e deve verificare se vi siano spazi per offrire ai privati l'opportunità di un auto-compimento. La soluzione concordata, infatti, potrebbe risultare più rispondente agli opposti interessi delle parti ed essere idonea a non drasticamente compromettere la relazione umana e/o commerciale, con buone possibilità di una spontanea attuazione delle obbligazioni assunte autonomamente nell'accordo.

relativa alla cessione di crediti, non apparendo sussistere significativi squilibri d'interesse tra le parti o particolari esigenze di ottenere un'interpretazione autorevole della legge o un precedente vincolante».

Assume rilievo, poi, individuare la differenza funzionale tra la mediazione obbligatoria *ope legis* e quella *ope iudicis*, oltre che far emergere l'elemento strutturale comune alle relative configurazioni giuridiche.

In entrambi i casi vengono inevitabilmente condizionati i fondamentali diritti processuali delle parti, quali il diritto di azione e quello di difesa. Imporre, infatti, a chi vuol far valere in giudizio il proprio diritto che si assume essere stato lesa di intraprendere, prima del processo ovvero a processo pendente, un percorso negoziale, al fine di tentare una conciliazione con la controparte, implica un condizionamento del diritto di azione del soggetto.

Tuttavia, come si è già ampiamente evidenziato, sono di tutta evidenza le prerogative ed i vantaggi di tale scelta, dal punto di vista normativo e culturale.

In merito alla differenza funzionale, è necessario porre l'attenzione sul fatto che la mediazione obbligatoria per legge è prevista in riferimento a controversie tipiche e, quindi, risulta scardinata a priori dal dato fattuale.

Diversamente dicasi in riferimento alla mediazione disposta dal giudice, la quale è caratterizzata da una valutazione della fattispecie concreta: nel primo caso, l'imposizione del percorso stragiudiziale sembra non avere attinenza con la "migliore Giustizia del caso singolo", obiettivo che, invece, resta centrale e imprescindibile nella valutazione del giudice di rinviare le parti ad un tentativo di mediazione.

Disposta la mediazione, il percorso stragiudiziale può avere esito positivo o meno. Nel primo caso, approdando ad una soluzione negoziale della lite, poiché risulta inutile la continuazione del processo da cui essa aveva tratto origine, le parti conciliate possono comunicare al giudice l'esito positivo della trattativa e fare una comune richiesta per una pronuncia di cessazione della materia del contendere, ovvero possono chiedere allo stesso che il loro accordo confluisca in una conciliazione giudiziale con gli effetti di cui all'art. 185 del codice di procedura civile. Le parti, in alternativa a quanto sopra indicato, possono anche semplicemente disinteressarsi del processo pendente, il quale si esaurirà naturalmente secondo quanto tracciato dagli artt. 309, 181 e 307 del codice di procedura civile.

In caso di insuccesso della mediazione delegata, invece, il giudizio pendente approderà ad una soluzione aggiudicativa della lite.

Tuttavia, potrebbe accadere che il giudice ritenga che il suo ordine non sia stato adempiuto.

Sul punto sono stati sollevati dubbi interpretativi⁽¹⁵⁾.

In ordine al soddisfacimento della condizione di procedibilità rileva, infatti, sottolineare il differente inquadramento tecnico delle condizioni oggetto della presente trattazione.

La condizione *ope legis* ha la funzione di evitare il processo dichiarativo e, condizionando il diritto di azione, impone a colui che vuol far valere in giudizio la propria pretesa l'obbligo di tentare un percorso negoziale prima dell'instaurazione del processo.

La legge, in tal caso, utilizza la categoria del presupposto processuale, che, se non soddisfatto, vizia il processo nel suo complesso, con possibilità di eventuale sanatoria dello stesso.

Questo, tuttavia, se non sanato, conduce a una pronuncia inevitabile di rigetto in rito della domanda proposta *ab origine*.

La condizione *ope iudicis* ha, invece, la finalità di trovare, a processo già pendente, la migliore soluzione possibile della lite, avendo, la stessa, solo indiretti rilievi di economia processuale. Nell'ordine rivolto alle parti non è ravvisabile alcun vizio del processo da sanare, poiché questo è espressione di una diversa aspirazione alla Giustizia che non si riduce all'attribuzione del torto e della ragione a seguito di una operazione di sussunzione giuridica.

Conseguentemente, alla luce delle prospettive concettuali delineate, devono evincersi delle differenti conseguenze tecniche sul piano della definizione del proces-

¹⁵ Il riferimento è diretto, in particolare, all'ordinanza emessa da Trib. Siracusa, Sez. II, 15 maggio 2018, in banca dati *DeJure* ed alla sentenza emessa da Corte App. Milano, 10 maggio 2017, in *Quotidiano giur.*, 2017, con nota di V. AMENDOLAGINE, *Controllo del giudice sull'effettività della mediazione ed improcedibilità della domanda*.

In entrambe le pronunce viene più volte sottolineato, da parte del giudicante, che la mediazione delegata non può e non deve tradursi in un'asettica verbalizzazione della volontà negativa espressa dalle parti.

La Corte d'Appello di Milano, in particolare, nel confermare la sentenza di primo grado pronunciata dal Tribunale di Busto Arsizio, ribadisce che al primo incontro di mediazione delegata le parti non possono limitarsi a dichiarare davanti al mediatore di non voler proseguire nel merito, relegando la mediazione ad un mero adempimento burocratico, pena il mancato assolvimento della condizione di procedibilità *ex art. 5, comma 2 d.lgs. n. 28/2010* e la conseguente improcedibilità del giudizio pendente. La Corte ricorda anche al mediatore che il suo ruolo non si deve limitare ad una semplice e sbrigativa verbalizzazione del rifiuto delle parti ma che, a norma dell'art. 8 d.lgs. n. 28/2010, deve verificare se in concreto vi sia la possibilità di svolgere una mediazione effettiva.

so in caso di mancato assolvimento della condizione *ope iudicis*⁽¹⁶⁾.

In tal caso, infatti, il mancato rispetto dell'ordine del giudice appare ampliare le ipotesi di inattività di cui all'art. 307 c.p.c. e, secondo la legge processuale, l'inattività delle parti rispetto a specifici adempimenti comporta, di regola, l'estinzione del processo.

Necessita precisare, tuttavia, che detta estinzione non produce effetti sotto il profilo sostanziale, salvo che, nelle more della pendenza del giudizio, non sia maturata qualche decadenza o prescrizione di natura sostanziale, ai sensi dell'art. 310, comma 1 del codice di procedura civile. La parte che vede estinguersi il processo a seguito della relativa declaratoria ben potrà, pertanto, avviare una nuova iniziativa processuale, riproponendo la medesima domanda di merito.

Tale regola non è applicabile nel caso in cui l'estinzione riguardi il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. Infatti, in tal caso, il decreto, che non ne sia già munito, acquista efficacia esecutiva, ai sensi del disposto di cui all'art. 653, comma 1 del codice di procedura civile: non sarà, pertanto, possibile riproporre l'opposizione e resteranno coperte da giudicato tutte le questioni costituenti antecedente logico necessario alla decisione monitoria.

In sintesi, ove la condizione si presenti come un presupposto attinente all'oggetto del processo (condizione *ope legis*), così come predefinito dalla legge, essa, se non assolta, comporta l'impossibilità di una pronuncia di merito su quell'oggetto⁽¹⁷⁾.

¹⁶ Cass. civ., Sez. II, 14 dicembre 2022 n. 40035, in banca dati *One Legale*, ha affermato che il termine di quindici giorni assegnati dal giudice alla parte onerata di introdurre il procedimento non sia da considerarsi perentorio e che, pertanto, il mancato rispetto dello stesso non rileva ai fini della realizzazione della condizione di procedibilità della domanda. La Suprema Corte ha rilevato che la citata condizione di procedibilità si realizza non tanto con il mero invito al procedimento di mediazione, bensì con l'effettivo esperimento della procedura di mediazione entro l'udienza di rinvio fissata dal giudice ai sensi del combinato disposto degli artt. 5 e 6 del d.lgs. n. 28/2010. All'esito delle considerazioni complessivamente sviluppate, la Corte ha quindi elaborato il seguente principio di diritto: «*Ai fini della sussistenza della condizione di procedibilità di cui al D.Lgs. n. 28 del 2010, art. 5, commi 2 e 2 bis, ciò che rileva nei casi di mediazione obbligatoria ope iudicis è l'utile esperimento, entro l'udienza di rinvio fissata dal giudice, della procedura di mediazione, da intendersi quale primo incontro delle parti innanzi al mediatore e conclusosi senza l'accordo, e non già l'avvio di essa nel termine di quindici giorni indicato dal medesimo giudice delegante con l'ordinanza che dispone la mediazione*».

¹⁷ In tal senso, Trib. Siena, 25 giugno 2012 n. 209, in banca dati *DeJure*; Trib. Lamezia Terme, 22 giugno 2012, in banca dati *DeJure*; Trib. Roma, sez. Ostia, 26 giugno 2012, non pubblicata: «*Il mancato esperimento della procedura di mediazione determina l'improcedibilità della domanda giudiziale. Il Giudice pronuncia in tal senso sentenza di rito contenente altresì la pronuncia sulla condanna alle spese*».

La condizione *ope iudicis* emerge, invece, come una modalità di diverso tipo, che il giudice sceglie per gestire la lite, al fine di trovare la sua migliore definizione alla luce delle circostanze del caso singolo: se non assoluta, implica la non perseguibilità del processo per inattività e l'estinzione del processo.

3.2. *Segue.* LA NATURA DEL TERMINE DI QUINDICI GIORNI PER L'INTRODUZIONE DEL PROCEDIMENTO

Qualora lo svolgimento della mediazione costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale e sia pendente una causa, questa deve avere avvio entro quindici giorni dall'ordinanza che ne dispone l'espletamento.

L'art. 5, comma 1-*bis* non prevede alcuna conseguenza nell'ipotesi di mancato rispetto del predetto termine.

Secondo una prima interpretazione giurisprudenziale il termine di quindici giorni assegnato dal giudice per l'avvio della procedura conciliativa ha carattere perentorio, pur in assenza di una esplicita previsione legale in tal senso.

Detta conclusione deriva dal principio giurisprudenziale secondo cui il carattere della perentorietà del termine può essere desunto, anche in via interpretativa, tutte le volte che, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, il termine debba essere rigorosamente osservato⁽¹⁸⁾.

In considerazione di quanto detto, il tardivo esperimento della mediazione disposta dal giudice, ai sensi dell'art. 5, comma 2 del decreto legislativo n. 28/2010, inficia il soddisfacimento della condizione di procedibilità ed impone, sempre e

¹⁸ In tal senso Cass. civ., Sez. V, 10 novembre 2000 n. 14624, in banca dati *One Legale*; Cass. civ., Sez. III, 5 marzo 2004 n. 4530, in *Giur. it.*, 2004, 903 ss., con nota di E. VULLO, *Nota sulla natura del termine per impugnare il provvedimento del consiglio notarile, conclusivo del procedimento disciplinare per irrogare le sanzioni minori*.

Cfr. Trib. Firenze, 4 giugno 2015, in banca dati *DeJure*, secondo il quale l'invio delle parti in mediazione costituisce potere discrezionale dell'ufficio e se disposto costituisce «condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Ne consegue che il mancato esperimento della mediazione vicia irrimediabilmente il processo impedendo l'emanazione di una sentenza di merito. Non vi è dubbio che l'intento perseguito – deflazione del contenzioso con positivi effetti sotto il profilo della ragionevole durata del processo – giustifichi sotto il profilo razionale e costituzionale, da un lato, il potenziamento degli istituti di definizione delle controversie alternativi al processo, e, dall'altro, la sanzione prevista in caso di inottemperanza dell'ordine giudiziale. La tardiva attivazione della mediazione oltre il termine assegnato da giudice rende improcedibile la domanda trattandosi di termine perentorio».

comunque, la declaratoria di improcedibilità del giudizio⁽¹⁹⁾.

Un opposto orientamento giurisprudenziale ritiene, invece, che «in assenza di espressa previsione di perentorietà del termine assegnato dal giudice *ex art. 5, comma 2*, la presentazione della domanda di mediazione successivamente al termine di quindici giorni non consenta di ritenere operante la sanzione di improcedibilità prevista per il mancato esperimento del tentativo di mediazione, dovendosi dare prevalenza all'effetto sostanziale dello svolgimento del procedimento»⁽²⁰⁾. Quanto detto implica che l'instaurazione tardiva del procedimento di mediazione non possa essere equiparato al mancato svolgimento del procedimento medesimo. La tesi della natura ordinatoria, propria, altresì, al Tribunale di Vasto, conduce alla conclusione che il deposito dell'istanza oltre il termine suddetto non determina l'improcedibilità della domanda, a meno che il ritardo nella presentazione di questa non abbia pregiudicato l'effettivo esperimento della procedura prima della udienza di verifica fissata ai sensi del comma 2 dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28/2010⁽²¹⁾.

¹⁹ In tal senso Trib. Lecce, 3 marzo 2017 n. 928, in banca dati *DeJure*; Trib. Cagliari, 8 febbraio 2017 n. 445, in banca dati *DeJure*; Trib. Firenze, 14 settembre 2016, in banca dati *DeJure*.

²⁰ In tal senso Trib. Milano, 27 settembre 2016, in banca dati *DeJure*: «*Il tentativo di mediazione obbligatorio esperito successivamente al termine di quindici giorni assegnato dal giudice non invalida la procedura conciliativa, in quanto il termine non è da intendersi perentorio e deve darsi prevalenza all'effetto sostanziale dello svolgimento del procedimento*».

²¹ Trib. Vasto, 27 settembre 2017, in banca dati *DeJure*: «*La parte istante può ben decidere di avanzare la domanda di mediazione delegata oltre il termine ordinatorio assegnato dal giudice, senza - per ciò solo - incorrere nella declaratoria di improcedibilità della domanda giudiziale. Tuttavia, la parte che ritarda l'attivazione della procedura si accolla il rischio che il procedimento non riesca a concludersi nel termine massimo di tre mesi, che inizia comunque a decorrere, indipendentemente dalla iniziativa dell'interessato, dalla scadenza del termine assegnato dal giudice.*

Questo significa che, ove l'udienza di rinvio del processo sia stata fissata subito dopo la scadenza del termine di durata della mediazione, senza che il procedimento sia stato iniziato o comunque si sia concluso per una colpevole inerzia iniziale della parte, che ha ritardato la presentazione della istanza, quest'ultima si espone al rischio che la sua domanda giudiziale sia dichiarata improcedibile, a causa del mancato esperimento della mediazione entro il termine di durata della procedura o, in ogni caso, entro il più ampio termine di rinvio del processo all'udienza di verifica.

Diversamente, ove il procedimento di mediazione si sia concluso entro il termine di legge (o, comunque, anche successivamente ma pur sempre prima della celebrazione della udienza di rinvio), benché iniziato dopo la scadenza del termine assegnato dal giudice, giammai l'iniziale ritardo potrà determinare la declaratoria di improcedibilità della domanda giudiziale. (Nel caso di specie, osserva il giudicante, l'incontestato ritardo nella presentazione della domanda di mediazione ha avuto una ripercussione negativa, sia sui tempi di definizione della procedura, la quale non si è potuta concludere entro i tre mesi dalla scadenza del termine assegnato dal giudice, sia sui tempi di definizione del processo, posto che all'u-

Dello stesso avviso è anche la Corte d' Appello di Milano che con la sentenza n. 2515 del 07/06/2017 ha precisato che «il termine di quindici giorni non appare corrispondere a un termine processuale cui applicare il disposto di cui all'art. 154 del codice di procedura civile»⁽²²⁾.

4. IL TENTATIVO DI MEDIAZIONE E L'OBBLIGATORIA PRESENZA DELLE PARTI

Il tentativo di mediazione richiede l'obbligatoria partecipazione personale durante le trattative di tutti i soggetti coinvolti nel conflitto⁽²³⁾.

Sul punto, il Tribunale di Cosenza con sentenza del 13 gennaio 2020 ha dichiarato l'improcedibilità della domanda giudiziale essendo comparso durante il procedimento di mediazione unicamente il difensore dell'attore e ritenendo, in adesione alle argomentazioni della Suprema Corte, che siano da considerarsi illegittime tutte quelle condotte contrarie alla *ratio legis* della mediazione o poste in essere dalle parti al solo scopo di eludere il dettato normativo⁽²⁴⁾.

La *ratio* dell'istituto della mediazione deve rinvenirsi, pertanto, nella possibilità di instaurare un dialogo tra le parti che consenta la risoluzione della controversia in forma diversa da quella giurisdizionale. La mera procura processuale conferita al difensore e da questi autenticata impedisce di ritenere soddisfatta tale condizione, attribuendo allo stesso il potere di rappresentanza della parte in giudizio e non anche la facoltà di sostituirsi ad essa in un'attività esterna al processo, quale è, appunto, il procedimento di mediazione.

In considerazione di quanto detto, rileva l'aspetto dinamico del procedimento di

dienza di rinvio, fissata ad una data successiva rispetto alla scadenza del termine massimo di durata della mediazione, la parte opponente ha avanzato istanza di rinvio del processo per consentire l'esperimento della procedura di mediazione, che era stata tardivamente intrapresa. In altri termini, poiché l'istanza di mediazione è stata depositata con molto ritardo rispetto a quanto disposto dal giudice (addirittura oltre il termine di durata massima della procedura) e soprattutto a ridosso temporale dell'udienza di rinvio, deve prendersi atto che, alla data di tale udienza, il procedimento di mediazione non era stato ancora esperito e, pertanto, deve concludersi che la condizione di procedibilità della opposizione non si è verificata; ne consegue, conclude la pronuncia, la declaratoria di improcedibilità dell'opposizione, con conseguente definitiva esecutività del decreto ingiuntivo opposto)».

²² Corte App. Milano, Sez. I, 7 giugno 2017 n. 2515, in banca dati *DeJure*.

²³ Trib. Firenze, Sez. II, ord. 26 novembre 2014, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 558 ss., con nota di G. RAITI, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2° bis, d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28*.

²⁴ Trib. Cosenza, Sez. II, 13 gennaio 2020 n. 66, in banca dati *DeJure*.

mediazione, e «la miglior garanzia dell'esito positivo dello stesso è garantita dalla professionalità del mediatore, dall'offerta alle parti di un momento di incontro tra le stesse, perché queste possano liberamente discutere prima che le rispettive posizioni risultino irrigidite dalle posizioni processuali assunte e dalle linee difensive adottate, nonché dalle agevolazioni fiscali»⁽²⁵⁾.

Il buon esito della mediazione è riposto nel contatto diretto tra le parti ed il mediatore, il quale «può, grazie all'interlocuzione diretta ed informale con queste, aiutarle a ricostruire i loro rapporti pregressi e a trovare una soluzione che, al di là

²⁵ Cass. civ., Sez. III, 27 marzo 2019 n. 8473, in *Foro it.*, 2019, I, 3250 ss., con note di D. DALFINO, «Primo incontro», comparizione personale delle parti, effettività della mediazione, e di A. ZANELLO, Cass. 8473/19: conciliazione delle controversie e mediazione in cerca di identità, in *Giur. it.*, 2019, 2128 ss., con nota di F.P. LUISO, La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 434 ss., con nota di A. MELUCCO, Partecipazione personale, rappresentanza e assolvimento della condizione di procedibilità nella mediazione; Trib. Firenze, ord. 15 febbraio 2016, in *Società*, 2016, 1145 ss., con nota di G. MINELLI, *Permane il contrasto su chi sia onerato tra opponente ed opposto ad introdurre il tentativo obbligatorio di mediazione*. Tale ultima pronuncia ritiene che «il riferimento della SC alla funzione deflativa della mediazione sia fuorviante, perché attribuisce all'istituto una ragion d'essere diversa da quella sua propria. La mediazione infatti ha lo scopo di porsi come sistema di soluzione dei conflitti più adeguato, in alcuni casi, rispetto allo strumento giudiziario; è ovvio che in una situazione quale quella attuale, di concentrazione del contenzioso nel settore giudiziario, il buon esito delle mediazioni abbia anche un rilevante effetto deflativo: la deflazione è un effetto indiretto e non la causa. [...] Viene in campo la funzione della mediazione: questo sistema stimola le parti a ricercare una soluzione più adeguata al loro conflitto rispetto alla rigidità della decisione giurisdizionale; inoltre, gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Molteplici sono gli interessi che possono essere soddisfatti, se le parti riescono a riprendere le fila del proprio conflitto: lo scopo della previsione della condizione di procedibilità non può che essere quello di un richiamo alle potenzialità dell'autonomia privata, rimesse in gioco nella sede mediativa, per evitare il procedimento giudiziario quando non sia davvero necessario. Da ultimo, parte della dottrina ha tentato anche una rilettura della condizione di procedibilità (preventiva o successiva) non solo nell'ambito della giurisdizione condizionata, ma anche in una prospettiva di maggiore equilibrio tra giurisdizione e mediazione (art. 1, Dir. 2008/52/CE). In tale prospettiva, la mediazione viene considerata strumento per favorire lo sviluppo della personalità del singolo nella comunità cui appartiene, consentendogli di confrontarsi in un contesto relazionale propizio per una soluzione amichevole. Accanto al diritto alla tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost., diritto inviolabile della persona (ex art. 2 Cost.), andrebbe riconosciuto il diritto alla mediazione, non solo nell'ambito, tradizionalmente indicato, dell'accesso alla giustizia, ma anche quale espressione diretta dell'esigenza di sviluppo della persona nelle relazioni interpersonali e comunitarie, nell'attuazione del complementare principio di solidarietà. Una tale visione, che ha il pregio di porre in luce l'importanza della mediazione come strumento di pacificazione sociale condivisa e non imposta, fonda il diritto alla mediazione sull'art. 2 cost.». V. anche Trib. Taranto, ord. 17 marzo 2022, non pubblicata.

delle soluzioni in diritto dell'eventuale controversia, consenta loro di evitare l'acuirsi della conflittualità e definire amichevolmente una vicenda potenzialmente oppositiva con reciproca soddisfazione, favorendo, al contempo, la prosecuzione dei rapporti commerciali»⁽²⁶⁾.

La mancata partecipazione personale della parte durante lo svolgimento del procedimento si configura come una condotta idonea ad affievolire le possibilità di un accordo e, pertanto, a ridurre la mediazione ad un mero adempimento burocratico. La presenza della parte è, altresì, una rassicurante garanzia e tutela, in quanto può accadere che il delegante rilevi che l'accordo sottoscritto dall'avvocato non sia rispondente alla propria volontà.

L'obbligatoria partecipazione personale, non delegabile a terzi, salvo casi eccezionali di impossibilità giuridica o materiale a comparire di persona, è insita nella natura stessa delle attività nelle quali si esplica il procedimento di mediazione.

Questa, infatti, risulta essere protesa a favorire il raggiungimento di un accordo attraverso l'incontro delle parti ed il recupero di un corretto rapporto interpersonale messo in crisi dal conflitto insorto.

La previsione che la parte debba essere personalmente presente durante il procedimento non implica, tuttavia, che detta partecipazione non possa essere delegata, non trattandosi di un atto strettamente personale. Sul punto, la sentenza della Cassazione 8473/2019, ha rilevato che la parte può farsi sostituire da persona di sua fiducia ed anche dal proprio avvocato, in parziale contraddizione a quanto, invece, sostenuto precedentemente dal Tribunale di Vasto, con provvedimento del 17 dicembre 2018⁽²⁷⁾. La Corte ha rilevato, infatti, che non sussistono dubbi interpretativi in merito all'obbligatoria presenza delle parti, argomentando, tuttavia, che detta partecipazione sia attività delegabile.

La possibilità di delegare ad un terzo soggetto il potere sostanziale di partecipare

²⁶ Cass. civ., n. 8473/2019, cit.; Trib. Modena, 21 febbraio 2022 n. 323, non pubblicata: «*Il caso in esame riguarda una vertenza in materia di comodato nella quale parte attrice chiedeva il rilascio immediato dell'immobile e la condanna al risarcimento dei danni per occupazione senza titolo, mentre la parte convenuta non si costituiva in giudizio e, nonostante la regolare convocazione, non era neppure comparsa all'incontro di mediazione che, pertanto, si era concluso con un verbale negativo. Il Tribunale ha così rilevato che l'assenza in mediazione senza alcun giustificato motivo deve essere valutata ex art. 116 c.p.c. come richiamato dall'art. 8 del d.lgs. 28/2010. Per tali ragioni, il Giudice ha condannato parte convenuta al rilascio dell'immobile, nonché al risarcimento dei danni ed alla rifusione delle spese di lite.*».

²⁷ Trib. Vasto, 17 dicembre 2018, in *Contratti*, 2019, 273 ss., con nota di F. FERRARIS, *Partecipazione personale ed effettività del procedimento: verso una eterogenesi dei fini?*.

al procedimento e, quindi, di conciliare la lite, costituisce, infatti, un esito interpretativo coerente con i principi fondamentali del nostro ordinamento in tema di mandato, pacificamente ritenuti applicabili anche alla transazione e conformi alla logica del decreto legislativo n. 28/2010.

La partecipazione alla procedura conciliativa, quindi, può essere oggetto di delega che, in mancanza di espressa previsione, come ho già detto, può essere effettuata anche a favore del proprio difensore. Detta procura deve avere a specifico oggetto la partecipazione alla mediazione ed il conferimento del potere di disporre dei diritti sostanziali che ne sono oggetto.

Il citato Tribunale di Vasto con una precedente pronuncia aveva stabilito che, ai fini del corretto esperimento del procedimento di mediazione, fosse necessaria la presenza personale delle parti a tutti gli incontri e riteneva, inoltre, che fosse possibile delegare a terzi la partecipazione seppur a determinate condizioni.

La parte, infatti, avrebbe dovuto dedurre e provare le cause della propria impossibilità a presenziare all'incontro ed il delegato, a conoscenza dei fatti che hanno originato il conflitto e dotato dei poteri di assumere decisioni vincolanti per la parte rappresentata, non avrebbe dovuto indentificarsi con la figura del proprio avvocato, che, invece, rappresenta e difende la parte esclusivamente in giudizio.

La Cassazione, con la pronuncia n. 8473/2019, citata, ha precisato specificatamente, sul punto da ultimo evidenziato, che, sebbene la parte possa farsi sostituire dal difensore nel partecipare al procedimento, non può tuttavia deferire tale potere con la procura conferita al difensore ed autenticata dallo stesso.

Il rappresentante dovrà, invero, agire in nome e per conto del rappresentato a mezzo di idonea procura sostanziale, in modo tale che gli effetti dei negozi giuridici posti in essere dallo stesso ricadano direttamente nella sfera giuridica del rappresentato, con conseguente estraneità del rappresentante agli effetti del negozio.

Appare opportuno, per quanto detto, che ci si interroghi sui limiti e sulle modalità di conferimento del potere negoziale ad un terzo.

La natura informale propria dell'istituto della mediazione richiede, in particolare, la necessaria verifica della possibilità di estendere alla mediazione le norme che investono l'avvocato del potere di rappresentare in giudizio il proprio cliente, in considerazione del fatto che la mediazione implica la disposizione dei diritti controversi (cfr. art. 1321 c.c.).

Sul punto hanno rilevanza i principi generali in materia di rappresentanza di cui agli artt. 1387 e ss. del codice civile. La natura della rappresentanza è di tipo ne-

goziale e non anche processuale, sicché è necessario che il rappresentato conferisca idonea procura *ad negotia*, che autorizzi il rappresentante ad agire in nome e per conto proprio, precisandone i poteri e/o limiti⁽²⁸⁾.

La procura di cui all'art. 185 del codice di procedura civile si differenzia formalmente e sostanzialmente dalla rappresentanza in mediazione: essa, dal punto di vista sostanziale, fa riferimento al conferimento del potere di transigere e conciliare la controversia; i poteri che, invece, dovranno essere conferiti nella procura ai fini della rappresentanza in mediazione dovranno essere più ampi e inerenti prevalentemente alla valutazione delle possibilità conciliative.

La procura a partecipare al procedimento di mediazione, per quanto detto, non è inerente esclusivamente ad un *thema decidendum* definito o cristallizzato, sussistendo, infatti, la possibilità di ampliare gli ambiti negoziali dello stesso. In considerazione del fatto che gli effetti del negozio rappresentativo sono destinati a prodursi nella sfera giuridica del rappresentato, la manifestazione di volontà di quest'ultimo deve necessariamente rivestire l'identica forma prevista dalla legge per l'affare principale.

Detta forma è, pertanto, variabile e desumibile *per relationem*⁽²⁹⁾.

²⁸ Corte App. Napoli, Sez. VII, 31 gennaio 2022 n. 360, in banca dati *One Legale* non ritiene avverata la condizione di procedibilità in presenza di anomalie nel verbale di mediazione tra cui il difetto di rappresentanza del difensore senza procura sostanziale *ad hoc*. L'onere che condiziona la domanda di appello grava sulla parte che agisce, vale a dire sulla parte appellante.

²⁹ La forma della procura speciale sostanziale dovrà determinarsi *per relationem*, ai sensi dell'art. 1392 c.c., a mente del quale «*la procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere*»; orbene, supponendo che l'avvocato, all'uopo delegato, sia chiamato a sottoscrivere un verbale di mediazione qualificabile come scrittura privata non autenticata, anche la procura sostanziale dovrà essere rilasciata nella medesima forma. Qualora, invece, in sede di conciliazione emerga la necessità di sottoscrivere un accordo in forma di atto pubblico (normalmente accade nelle mediazioni aventi ad oggetto il passaggio del diritto di proprietà o di altri diritti reali), e la parte non possa (o non voglia) comparire personalmente, questa dovrà rilasciare una procura speciale a rogito notarile. Giova al riguardo rammentare che, in linea di principio, la facoltà del rappresentante di disporre di un altrui diritto non necessita di alcuna procura autenticata dal notaio, la quale viene richiesta dal legislatore ai fini della trascrizione. Allo stesso modo, l'art. 1967 c.c., recante la disciplina in tema di *prova del contratto di transazione* – quale tipo contrattuale che presenta maggiori analogie con l'accordo conciliativo raggiunto in mediazione – prescrive la forma scritta ai soli fini probatori (c.d. *ad probationem*), con la conseguenza che il rappresentante potrà dimostrare il proprio potere con la semplice esibizione della procura scritta, anche se non appositamente autenticata da un notaio.

Al riguardo, giova altresì richiamare Trib. Milano, Sez. XIII, 11 giugno 2019 n. 5605, in banca dati *DeJure*, con cui il giudice meneghino ha statuito che non si può parlare di mancato esperimento del tentativo di mediazione allorché il legale presente all'incontro sia munito di valida procura specifica e

5. LE FASI DEL PROCEDIMENTO CONCILIATIVO. IL PRIMO INCONTRO PROGRAMMATICO: FUNZIONE MERAMENTE INFORMATIVA E DOVERI DEL MEDIATORE

Conseguentemente al deposito dell'istanza di mediazione e, quindi, instauratosi il procedimento, il responsabile dell'organismo fissa il primo incontro programmatico entro trenta giorni.

In questa fase procedurale la legge stabilisce il dovere del mediatore di chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione.

Da un punto di vista prettamente logico, detto dovere informativo appare difficilmente comprensibile, in considerazione del fatto che, prima dell'instaurarsi del procedimento conciliativo, sussiste in capo all'avvocato l'obbligo di precisare ai propri assistiti le caratteristiche fondamentali dell'istituto di cui trattasi, ai sensi delle norme del codice civile e deontologiche oltre che dell'art. 4 del decreto legislativo n. 28/2010.

La fase meramente informativa riguarda esclusivamente la ritualità delle modalità di instaurazione del procedimento, la funzione del mediatore, nonché eventuali altre problematiche emerse nel corso del confronto tra le parti in contrasto.

La natura del primo incontro di mediazione è essenzialmente "bifasica". La prima ha carattere informativo ed è improntata ad un chiarimento sulle modalità e sulle funzioni della mediazione; la seconda, invece, costituisce la mediazione effettiva, in quanto si entra nel merito della controversia e si analizzano le possibili soluzioni alla conflittualità sussistente.

Ridurre l'esperienza del procedimento di mediazione ad una mera comparizione delle parti innanzi al mediatore per ricevere un'informazione preliminare sulle finalità e le modalità di svolgimento della mediazione e per dichiarare che semplicemente non sussiste la volontà di conciliare comporta, infatti, un elevato rischio che tutto il procedimento divenga un "vuoto rituale"⁽³⁰⁾.

sostanziale, anche non autenticata.

³⁰ Sul punto Trib. Firenze, Sez. II, 19 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2015, 639 ss., con nota di E. BENIGNI, *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice*, ha precisato in che modo possa ritenersi soddisfatto l'esperienza del tentativo di conciliazione. Ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si

Il mediatore, terzo ed imparziale, ha il compito di certificare l'autografia delle sottoscrizioni delle parti o la loro impossibilità a sottoscrivere.

Ulteriore compito di detto facilitatore, nel processo che conduce alla conciliazione, è quello di redigere il verbale, oltre che apporre la propria sottoscrizione allo stesso a garanzia dell'accordo che le stesse parti hanno voluto. Egli deve, inoltre, preliminarmente allo svolgimento della mediazione, accertare la legittimazione, i poteri e la capacità in capo alla parte che avvia o aderisce al procedimento.

Detto accertamento non si riduce alla mera verifica dell'identità personale delle parti o a quanto disposto a tal proposito dall'art. 83 del codice di procedura civile in capo al difensore. La certificazione dell'autografia della sottoscrizione da parte del difensore, invero, pone la necessità della verifica esclusiva dell'identità e non anche della volontà del sottoscrittore: il mediatore deve, invece, accertare che in capo alle parti esista la capacità, la volontà ma soprattutto la titolarità del potere di mediare e conciliare.

In caso di disconoscimento del contenuto del verbale e della propria sottoscrizione, infatti, sarebbe legittima la richiesta di risarcimento danni al mediatore che non avesse accertato, nei limiti dei suoi poteri, la piena capacità di agire, nonché i poteri di firma delle parti ai sensi dell'art. 214 del codice di procedura civile.

Il potere negoziale può, tuttavia, essere conferito anche successivamente tramite idonea ratifica secondo le regole generali, ovvero mediante l'atto con il quale il rappresentato attribuisce efficacia al negozio giuridico concluso dal proprio rappresentante privo di poteri o che abbia ecceduto rispetto ai poteri dei quali era investito.

5.1. *Segue.* IL MERITO DELLA CONTROVERSIA E L'EFFETTIVO INIZIO DELLA PROCEDURA DI MEDIAZIONE

Ultimata l'attività informativa, il mediatore invita le parti a pronunciarsi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione.

Conseguentemente alla dichiarazione, resa dalle parti, di voler espletare effettiva-

giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva *chance* di raggiungimento dell'accordo tra le parti. Pertanto, occorre che venga svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione. L'informazione sulle finalità della mediazione e sulle relative modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo.

mente la procedura di mediazione, potrà essere esaminato il merito della controversia.

La dichiarazione delle parti e dei difensori circa la possibilità di iniziare la procedura di mediazione deve tenere in considerazione la sussistenza o meno di elementi che, in termini assoluti, impediscano o rendano improbabile il raggiungimento di un accordo amichevole, essendo irrilevanti eventuali esigenze o aspirazioni dal tenore squisitamente soggettivo, non incidenti sulla sussistenza dei presupposti obiettivi per il raggiungimento dell'accordo amichevole.

Il procedimento di mediazione è improntato sul criterio della riservatezza, in considerazione del quale è fatto divieto di utilizzare nell'eventuale giudizio le dichiarazioni effettuate dalle parti nel corso della procedura di mediazione.

Tuttavia, è necessario definire con precisione giuridica detto principio.

A tutela della libertà di dialogo delle parti del procedimento e per coerenza logico-giuridica, questo deve essere riferito al solo contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione, ovvero al merito della lite⁽³¹⁾.

Le dichiarazioni riguardanti, invece, le modalità della partecipazione delle parti alla mediazione, nonché quelle in senso procedimentale devono essere verbalizzate in modo compiuto, affinché possa essere consentito al giudice di conoscere la condotta delle parti del procedimento. Detta conoscenza è, infatti, indispensabile in relazione alle previsioni di cui al decreto legislativo n. 28/2010 relative alla procedibilità delle domande ed all'art. 8, comma 4-bis, dello stesso decreto, nonché, in via generale, all'art. 96, comma 3, c.p.c. Potrebbe rinvenirsi assoluta aporia, infatti, tra la previsione che il giudice possa e debba sanzionare la mancata o irrituale partecipazione delle parti al procedimento di mediazione e la preclusione a che questi possa conoscere e valutare gli elementi fattuali della procedura.

Alla luce delle considerazioni effettuate, è indispensabile che venga verbalizzata la dichiarazione delle parti in merito alla possibilità o meno di iniziare la procedura, unitamente alla sintetica ragione del rifiuto a proseguire con la mediazione, sempre che la parte dichiarante la esponga e ne chiedi la relativa verbalizzazione. Una verbalizzazione da parte del mediatore, dunque, rivelatrice delle circostanze che attengono a segmenti del procedimento di mediazione che riverberano nella causa, appare doverosa e necessaria.

³¹ Trib. Roma, Sez. XIII, ord. 25 gennaio 2016, in banca dati *One Legale*, secondo cui, appunto, il principio di riservatezza delle dichiarazioni delle parti deve essere riferito al solo contenuto sostanziale dell'incontro di mediazione, vale a dire al merito della lite.

Il rifiuto ingiustificato a procedere nella mediazione deve essere cristallizzato nel verbale di mediazione, in quanto questo è sovrapponibile alla mancata partecipazione alla mediazione.

La partecipazione all'incontro meramente informativo, infatti, non può essere equiparato, neanche con i più acrobatici sforzi dialettici, all'esperienza effettiva della mediazione, la quale è confronto nel merito della controversia e non anche semplice acquisizione di informazioni procedurali che si arrestano alla sola ipotizzata impossibilità di raggiungere un accordo.

L'assenza di una parte in mediazione basata sul convincimento che il contrasto tra le parti sia insuperabile non costituisce una valida giustificazione alla non perseguibilità del tentativo conciliativo, in quanto la mediazione è finalizzata ad attenuare la litigiosità tra i contendenti e a ricomporre la lite sulla base di categorie concettuali del tutto differenti rispetto a quelle invocate in giudizio e che prescindono dall'attribuzione di torti o ragioni.

Conseguentemente a quanto detto, le parti non possono rifiutarsi, immotivatamente, di partecipare alla procedura di mediazione, la quale non costituisce un mero adempimento burocratico scevro di contenuto funzionale e sostanziale. Il tentativo effettivo di mediazione è, infatti, una utile occasione per cercare una soluzione extra giudiziale delle vertenze in tempi rapidi e, per questo, più soddisfacenti⁽³²⁾.

5.2. *Segue.* SODDISFACIMENTO DELLA CONDIZIONE DI PROCEDIBILITÀ: CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI

³² Cfr. Trib. Busto Arsizio, 10 febbraio 2021, in banca dati *DeJure*, il quale, «rilevato preliminarmente che non si condividono le conclusioni cui è giunta la Cassazione con la sentenza n. 8473/2019: [...] precisato che le parti [...] sono tenute a partecipare personalmente, assistite dal proprio difensore, all'incontro preliminare, informativo e di programmazione [...]; ritenuto che la mancata partecipazione personale delle parti senza giustificato motivo agli incontri di mediazione, come pure il rifiuto di dare seguito al procedimento di mediazione dopo il primo incontro informativo, se non supportato da un giustificato motivo, possono costituire, per la parte attrice, causa di improcedibilità della domanda e, in ogni caso, per tutte le parti costituite, presupposto per l'irrogazione – anche nel corso del giudizio – della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 8, comma 4 bis, D. Lgs. n. 28/10, oltre che fattore da cui desumere argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c. 3. [...] invita, altresì, il mediatore – in caso di effettivo svolgimento della mediazione che non si concluda con il raggiungimento di un accordo amichevole – alla formulazione di una proposta di conciliazione, anche in assenza di una concorde richiesta delle parti, valorizzando – se del caso – le eventuali risultanze peritali acquisite nel corso della procedura di mediazione».

Relativamente alle ipotesi di mediazione obbligatoria in senso stretto e delegata, si pongono innumerevoli interrogativi in merito al soddisfacimento della condizione di procedibilità.

Se per taluni, infatti, è da ritenersi bastevole la mera partecipazione al primo incontro programmatico delle parti, per altri, invece, è da considerarsi, a tal fine, obbligatorio esperire effettivamente la mediazione affrontando nel merito la controversia in essere⁽³³⁾.

Non risultano esserci, pertanto, orientamenti convergenti in merito all'esatta individuazione del momento in cui possa considerarsi soddisfatta la condizione di procedibilità.

Secondo l'attuale orientamento della Cassazione, l'onere della parte che intende agire in giudizio di dar corso alla mediazione obbligatoria può ritenersi adempiuto con l'avvio della procedura di mediazione e la comparizione al primo incontro davanti al mediatore⁽³⁴⁾.

La parte istante, alla luce della predetta considerazione, ricevute le necessarie informazioni in merito alla funzione e alle modalità di svolgimento dell'istituto oggetto della presente disamina, potrà, infatti, liberamente manifestare il proprio parere negativo sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione non inficiando il soddisfacimento della condizione di procedibilità.

³³ Trib. Pavia, Sez. III, ord. 9 marzo 2015, in *Repertorio foro it.*, 2015, voce *Conciliazione in genere, mediazione, negoziazione assistita*, n. 92: «Il tentativo di mediazione non può considerarsi una mera formalità da assolversi con la partecipazione dei soli difensori all'incontro preliminare informativo, essendo evidente che i legali sono già a conoscenza del contenuto e delle finalità della procedura di mediazione ed essendo al contrario necessaria la partecipazione delle parti personalmente - o dei rispettivi procuratori speciali a conoscenza dei fatti e muniti del potere di conciliare - che all'interpello del mediatore esprimano la loro volontà di proseguire nella procedura di mediazione oltre l'incontro preliminare».

³⁴ Sul punto Cass. civ., n. 8473/2019, cit., nonché Trib. Taranto, ord. 17 marzo 2022, cit., secondo il quale «La condizione di procedibilità non si realizza con il mero deposito della domanda di mediazione, ma con la comparizione della parte istante all'incontro di mediazione. Il caso de quo riguarda un'opposizione a decreto ingiuntivo in materia locatizia nella quale il giudice aveva posto a carico della parte opponente l'onere di promuovere il procedimento di mediazione. Parte opponente presentava l'istanza di mediazione, ma non compariva al primo incontro e per tale ragione la mediazione si concludeva con esito negativo. In merito il Tribunale ha rilevato quanto segue: - l'onere di dar corso alla mediazione obbligatoria poteva ritenersi adempiuto con la comparizione della parte istante all'incontro di mediazione; - parte istante si è limitata a depositare l'istanza di mediazione, ma non ha partecipato al primo incontro e, pertanto, non ha soddisfatto la condizione di procedibilità. Il Tribunale ha disposto la rinnovazione del procedimento di mediazione obbligatoria».

Non costituisce idonea modalità di svolgimento della mediazione, di contro, la mera comunicazione di non poter addivenire ad un accordo senza alcuna partecipazione delle parti dinanzi al mediatore al primo incontro.

La Cassazione con la sentenza n. 8473/2019 ha enucleato, infatti, il principio secondo il quale la condizione di procedibilità può essere ritenuta realizzata al termine del primo incontro davanti al mediatore, qualora una o entrambe le parti comunichino la propria indisponibilità a procedere oltre, dopo essere state adeguatamente informate dal mediatore. Il giudice rilevava, inoltre, che pur potendo le parti farsi rappresentare dal difensore, non fosse sufficiente, a tal fine, la procura speciale alle liti rilasciata ai sensi dell'art. 185 del codice di procedura civile, contenente i poteri di transigere e conciliare la lite.

Questa, invero, è una procura con valenza processuale e non sostanziale. Precedentemente il Tribunale di Roma con ordinanza del 26 maggio 2016 e la Corte d'Appello di Firenze con ordinanza del 2015⁽³⁵⁾ avevano sottolineato l'irrelevanza, ai fini del soddisfacimento della condizione di procedibilità, degli obblighi informativi del mediatore, attesa la sussistenza dei medesimi obblighi in capo agli avvocati delle parti e, pertanto, dando seguito ad una interpretazione letterale e sistematica del dettato normativo dell'art. 8 novellato, avevano affermato il principio dell'effettività della procedura di mediazione, la cui portata viene oggi ignorata dalla Cassazione.

A conferma degli orientamenti ondivaghi che sussistono in giurisprudenza in merito alla portata dell'obbligo sancito dall'art. 5 del decreto legislativo n. 28/2010 ed alle conseguenze della sua inottemperanza, il Tribunale di Firenze⁽³⁶⁾, successivamente alla pronuncia della Suprema Corte n. 8473/2019, ha ritenuto errata l'interpretazione che quest'ultima ha effettuato dell'art. 8 del decreto legislativo n. 28/2010, considerandola non coerente con i principi costituzionali e con la normativa comunitaria. La Cassazione avrebbe, infatti, frainteso la norma e la sua *ratio*, finendo per rendere l'obbligo della procedura di mediazione una mera formalità.

Il Tribunale di Firenze sostiene, infatti, che, ove non sussistano preclusioni tecniche alla prosecuzione del procedimento, ma le parti si limitino a dichiarare che

³⁵ Trib. Roma, Sez. XIII, 26 maggio 2016, in banca dati *DeJure*; Corte App. Firenze, ord. 2 ottobre 2015, non pubblicata. La Corte precisava che, affinché l'ordine del giudice possa ritenersi correttamente eseguito, deve trattarsi di un tentativo di mediazione effettivamente avviato dalle parti e dai loro difensori.

³⁶ Trib. Firenze, Sez. III, 8 maggio 2019, in banca dati *DeJure*.

«non sussistono i presupposti» o si rifiutino di proseguire la procedura e di entrare in mediazione, questa non può dirsi effettivamente svolta, con conseguente non soddisfacimento della condizione di procedibilità.

Tuttavia, anche questa soluzione lascia perplessi, in quanto far discendere l'improcedibilità del giudizio dal rifiuto di tentare la conciliazione sembra violare i principi stessi del nostro ordinamento ed in particolare quello della libertà, dell'autonomia negoziale delle parti, nonché quello stesso della tutela giudiziale del diritto, costituzionalmente garantito.

Questo aspetto è stato rilevato dal Tribunale di Milano⁽³⁷⁾, che ha ritenuto di individuare la sanzione dell'indisponibilità preconcepita nell'art. 116, comma 2 del codice di procedura civile, oltre che nella condanna al versamento di una somma di importo corrispondente al contributo unificato e non anche in quella dell'improcedibilità.

Secondo questa pronuncia la mancata effettiva partecipazione alla mediazione non ha, infatti, riflessi sulla procedibilità; tuttavia, assume il rilievo processuale delineato dall'art. 8, comma 4-bis e precisamente: «Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di

³⁷ Sul punto, Trib. Milano, 3 maggio 2019 n. 4275, in banca dati *DeJure*: «se la mancata partecipazione effettiva alla mediazione comportasse l'improcedibilità, il legislatore non avrebbe previsto la disciplina [di cui all'art. 8 comma 4-bis (aggiunto dal d.l. n. 69/2013), secondo cui «dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art.116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio»]» .

^{ln} relazione alla condanna al pagamento della sanzione di cui all'art. 8, comma 4-bis, cit., Corte App. Genova, 13 luglio 2020 n. 652, in banca dati *DeJure*, ha ritenuto che non sia giustificabile la mancata partecipazione alla procedura di mediazione per asserita inutilità della procedura conciliativa: la prognosi di impossibilità di una conciliazione è irrilevante «in quanto l'introduzione di tale istituto è stata determinata dalla necessità di consentire alle parti di trovare un accordo amichevole, proprio laddove questo non sia raggiungibile con i soli mezzi di cui i contendenti ed i loro procuratori dispongono [...] la partecipazione delle parti, sia al primo incontro che agli incontri successivi, rappresenta una condotta assolutamente doverosa, che le stesse non possono omettere, se non in presenza di un giustificato motivo impeditivo che abbia i caratteri della assolutezza e della non temporaneità».

importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio».

Qualora fosse l'improcedibilità la conseguenza prevista per la mancata partecipazione effettiva alla mediazione, invero, il legislatore non avrebbe previsto la disciplina summenzionata, che presuppone, invece, la prosecuzione del processo e la condanna della parte non presentatasi innanzi al mediatore al pagamento di una somma pari al contributo unificato dovuto per il processo.

Una soluzione può individuarsi nel fatto che il comportamento della parte non obbligata *ex art. 5* del decreto legislativo n. 28/2010 che rifiuti di iniziare la mediazione non possa inficiare in alcun modo la procedibilità della domanda dell'obbligato ai sensi del predetto medesimo articolo.

In considerazione del principio secondo cui nessuno può essere costretto a conciliare, del principio di effettività e di quello che evidenzia la necessità di sanzionare i comportamenti preconcepi ed ostativi che causino o protraggano un processo altrimenti evitabile, sussistono fondate ragioni per concludere come segue e, precisamente:

- a) se la parte obbligata *ex art. 5* del decreto legislativo 28/2010 non esperisce effettivamente la mediazione la condizione non può ritenersi assolta;
- b) ove il citato comportamento sia posto in essere dalla controparte, la condizione di procedibilità dovrebbe ritenersi assolta ed il giudice potrebbe valutare il comportamento riottoso ai sensi dell'art. 116, comma 2 del codice di procedura civile, oltre che sanzionarla per una somma corrispondente al contributo unificato;
- c) ove le parti entrino in mediazione, ma le trattative falliscano, il giudice deve valutare il comportamento delle parti in mediazione, soprattutto in presenza di una proposta, ai fini della condanna alle spese di lite, ai sensi dell'art. 13 del decreto legislativo n. 28/2010;
- d) ove la mediazione abbia esito negativo perché una delle parti non si presenti in mediazione, varrebbe quanto previsto alle lettere a) e b) a seconda che si tratti dell'obbligato o della controparte⁽³⁸⁾.

Si conviene, tuttavia, come l'intervento della Cassazione in merito al soddisfaci-

³⁸ Trib. Pordenone, 10 marzo 2017, non pubblicata: «L'assenza personale della parte rende inesistente la mediazione. L'assenza personale di una delle parti comporta l'inesistenza della procedura di mediazione così come prevista dal d.lgs. 28/2010 e, quindi, l'improcedibilità della domanda. Grava sul mediatore, sul quale incombe l'onere di verificare e garantire la puntuale osservanza della procedura, adottare ogni opportuno provvedimento, ad esempio disponendo un rinvio del primo incontro e sollecitando la comparizione personale della parte eventualmente assente».

mento della condizione di procedibilità rischi di essere un inutile freno in un momento ancora così delicato della nostra evoluzione culturale in cui la mediazione deve, invece, continuare ad essere un metodo strutturato per arginare la diffusa conflittualità.

Merita attenzione, per quanto detto, il potenziale deflattivo dell'istituto giuridico in questione e la diffusa esigenza di una Giustizia che valorizzi l'autonomia e la responsabilità delle parti nella risoluzione delle controversie.

L'informativa di cui all'art. 8 del decreto legislativo n. 28/2010, fornita nell'ambito del primo incontro programmatico, sebbene possa essere considerata qualificata, in quanto proveniente dal mediatore e facilmente applicabile al caso concreto, vista la presenza personale delle parti del procedimento, non può ritenersi soddisfacente della condizione di procedibilità, in quanto ridurrebbe la mediazione ad un mero formalismo. L'art. 5, comma 2-*bis* del decreto in esame stabilisce che «quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro innanzi al mediatore si conclude senza l'accordo».

Dall'interpretazione letterale del disposto legislativo in questione, taluni potrebbero facilmente intendere che la condizione di procedibilità possa essere considerata assoluta mediante la mera partecipazione al primo incontro programmatico; altri, invero, sostengono che la procedibilità della domanda giudiziale è da ritenersi soddisfatta esclusivamente con il mancato accordo che è nella forma, oltre che nella sostanza, cosa diversa rispetto alla partecipazione al primo incontro programmatico, nel quale le parti dichiarano che non è possibile iniziare il procedimento di mediazione e di non voler entrare, pertanto, nel merito della controversia in essere.

La pronuncia del Tribunale di Roma del 5 ottobre 2017⁽³⁹⁾, ai fini di rafforzare il valore giuridico di detto istituto, ha stabilito che, nel caso di mediazione delegata dal giudice, le parti debbano partecipare personalmente e proseguire oltre la prima sessione informativa, così evidenziando il principio di effettività di cui all'art. 5 del decreto legislativo n. 28/2010. Il principio in questione implica che le parti non si fermano alla sessione informativa e che, oltre agli avvocati difensori, siano presenti le parti personalmente.

Detta pronuncia ha trasformato quello che era un invito del giudice ad intrapren-

³⁹ Trib. Roma, 5 ottobre 2017, non pubblicata.

dere il procedimento di mediazione in un ordine, configurando, per quanto detto, la mediazione delegata quale condizione di procedibilità.

La giurisprudenza di cui sopra, quindi, propende per l'effettività della mediazione e delinea questa non solo come obbligatoria, bensì anche "forzata", pretendendo non solo che le parti compaiano personalmente al relativo procedimento, ma che ne esperiscano "effettivamente" il tentativo.

Contrariamente a quanto sostenuto dai primi commentatori della sentenza della Cassazione 8473/2019,⁽⁴⁰⁾ si evidenzia che con la pronuncia in esame non si precisa la forma della procura sostanziale utile ai fini della rappresentanza della parte in mediazione, in quanto, ai sensi dell'art. 1392 del codice civile, la forma della procura speciale sostanziale deve essere determinata *per relationem*.

Il verbale di mediazione cui è collegata la procura è una scrittura privata non autenticata e, pertanto, in considerazione di quanto detto, potrebbe essere ritenuta non obbligatoria la procura sostanziale notarile per la partecipazione a tutti i pro-

⁴⁰ Cass. civ., Sez. III, n. 8473/2019: avviata la procedura di mediazione avente ad oggetto la risoluzione di un contratto di locazione, al primo incontro programmatico hanno presenziato esclusivamente i procuratori delle parti, i quali chiedevano un breve rinvio. Successivamente, questi ultimi comunicarono telefonicamente al mediatore la impossibilità di raggiungere un accordo stragiudiziale, così che, pertanto, non si è mai tenuto il secondo incontro. Non sussisteva, per quanto detto, alcun verbale di mancata conciliazione. Il Tribunale, conseguentemente, dichiarò l'improcedibilità della domanda per mancato previo esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione di cui al decreto legislativo n. 28/2010. Avverso detta sentenza si proponeva Appello, sulla base dell'assunto che la mediazione si fosse effettivamente svolta, avendo le parti legittimamente partecipato al procedimento di mediazione a mezzo dei rispettivi difensori. Il giudice d'appello, rigettando le predette deduzioni, rigettava l'appello affermando che l'art. 8 del decreto legislativo n. 28/2010 prevede la presenza personale delle parti, assistite dal proprio difensore, in considerazione del fatto che durante il primo incontro programmatico, incontro meramente informativo, il mediatore necessita di un contatto diretto con le parti sostanziali, al fine di verificare la fattibilità di un inizio della procedura di mediazione vera e propria. Il giudice rilevava, altresì, che pur potendo le parti farsi rappresentare dal proprio difensore, non fosse sufficiente a tal fine la procura speciale alle liti rilasciata ai sensi dell'art. 185 del codice di procedura civile, contenente i poteri di transigere e conciliare la lite. La procura alle liti, invero, è una procura con valenza processuale e non sostanziale. Il giudice ha ritenuto, sul punto, che fosse necessaria una procura speciale che conferisse al difensore la rappresentanza sostanziale della parte e che, nel caso di specie, a prescindere dalla partecipazione personale delle parti, dovesse ritenersi che la mediazione non fosse mai iniziata, non essendovi stato un primo incontro programmatico e preliminare con discussione del merito della controversia. All'incontro successivamente fissato per lo svolgimento della mediazione nessuna delle parti, infatti, si era presentata.

Avverso detta pronuncia veniva proposto ricorso per Cassazione, la quale ha dovuto pronunciarsi sull'obbligatoria partecipazione personale della parte davanti al mediatore, affinché il tentativo di mediazione possa ritenersi adempiuto, e sulla possibilità della stessa di farsi sostituire da un delegato.

cedimenti di mediazione.

Rilevante è, dunque, individuare l'esatto oggetto dell'accordo sostanziale raggiunto. In particolare, in caso di trasferimento di un bene immobile, necessitandosi, ai fini della trascrizione, l'autentica notarile, è obbligatoria la forma della procura notarile sostanziale.

L'obbligatorietà indiscriminata della procura notarile potrebbe comportare, infatti, un aggravio di tempo e spese per le parti del procedimento.

Sul punto, il Tribunale di Monza, con sentenza del 23 dicembre 2019⁽⁴¹⁾, ha accolto l'eccezione di improcedibilità del giudizio, in quanto al procedimento di mediazione l'opponente non aveva partecipato personalmente e l'avvocato non era munito di procura speciale sostanziale.

A fondamento di tale conclusione, il giudice pone la sentenza della Cassazione n. 8473 del 2019, favorevole alla comparizione personale delle parti. L'esito di tale pronuncia è stata, pertanto, l'improcedibilità dell'opposizione a decreto ingiuntivo per assenza della procura sostanziale del rappresentante dell'opponente in mediazione.

La mediazione costituisce oggi una delle riforme legislative di maggiore importanza nella crescita e nell'evoluzione del sistema giuridico italiano e, pertanto, non può e non deve essere ricondotta a un mero orpello o ad una lungaggine priva di senso incastonata nel procedimento di soddisfazione del proprio diritto.

Detto istituto giuridico non è un ostacolo da valicare, bensì un'opportunità per risolvere le conflittualità celermente e con innumerevoli vantaggi anche fiscali.

Necessita, pertanto, un'opera di sostegno e promozione della cultura dell'accordo, piuttosto che dell'antagonismo ad oltranza⁽⁴²⁾.

6. L'ACCORDO CONCILIATIVO

L'accordo conciliativo è il contratto con il quale le parti regolamentano le rispettive pretese ponendo fine alla controversia insorta. Trattasi di un atto di autonomia privata avente forza di legge tra le parti ai sensi dell'art. 1372 del codice civile.

⁴¹ Trib. Monza, 23 dicembre 2019, non pubblicata.

⁴² V., infatti, la l. n. 206/2021 recante *“Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata”*.

«Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato»⁽⁴³⁾.

Detto accordo può essere raggiunto spontaneamente o, a richiesta di tutte le parti del procedimento, mediante proposta del mediatore comunicata per iscritto alle parti, le quali hanno termine di giorni sette per l'accettazione della soluzione conciliativa prospettata.

Sul punto è valevole la regola del silenzio-rifiuto.

L'art. 13 del decreto legislativo n. 28/2010 prevede che nel caso in cui il provvedimento che definisce il giudizio corrisponda interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente, alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e all'eventuale esperto, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Il giudice è obbligato a comminare dette sanzioni senza alcuna discrezionalità.

Se, invece, il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, solo se ricorrono gravi motivi ed eccezionali ragioni, può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta.

Il verbale conciliativo è l'atto conclusivo di un procedimento di bilanciamento

⁴³ Trib. Como, sez. dist. Cantù, ord. 2 febbraio 2012, in *Giur. merito*, 2012, 1077 (m), con nota di R. MASONI, *Mediazione e processo: rassegna della prima giurisprudenza edita*: secondo il Tribunale, seppure sia da escludere che l'usucapione costituisca un diritto reale, essendo invece un modo di acquisto della proprietà a titolo originario mediante possesso continuato nel tempo, tuttavia la domanda di usucapione rientra senza dubbio nell'ambito della mediazione obbligatoria, costituendo una domanda relativa a «controversie in materia di diritti reali» assoggettate al tentativo obbligatorio di mediazione di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 28/2010. Ciò posto, la principale questione che si pone è quella relativa alla compatibilità o meno tra l'istituto della mediazione e l'usucapione; detta questione è stata già risolta in modo contrastante dalla giurisprudenza di merito. Mentre Trib. Roma, Sez. V, decr. 22 luglio 2011 in *Giur. merito*, 2012, 1081 (m), con nota di R. MASONI, cit., seguito da Trib. Varese, ord. 20 dicembre 2011, in *Giur. merito*, 2012, 1079 (m), cit., ha affermato che il negozio di accertamento, a seguito di mediaconciliazione, non può essere trascritto in quanto non è riconducibile a nessuna delle ipotesi previste dall'art. 2643 c.c., dall'altro, di opinione opposta, Trib. Palermo, Sez. Bagheria, ord. 30 dicembre 2011, in *Giur. merito*, 2012, 1078 (m), cit., ha ritenuto che il verbale di mediazione, al pari della sentenza, sia pienamente trascrivibile.

degli opposti interessi delle parti in conflitto, nonché la consacrazione della procedura di mediazione.

Le parti, infatti, autodeterminandosi, provvedono a delineare i termini dell'accordo, che costituisce titolo esecutivo, con l'ausilio di un soggetto terzo ed imparziale che ha il solo compito di facilitare la comunicazione tra queste e di disvelare, pertanto, le possibili soluzioni alla vicenda oppositiva.

L'art. 11 del decreto legislativo n. 28/2010 prevede che «Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo».

In caso di mediazione obbligatoria, l'accordo sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale⁽⁴⁴⁾.

Gli avvocati intervenuti nel procedimento attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Ai sensi dell'articolo 480, comma 2, c.p.c., l'accordo deve essere trascritto integralmente nel precetto.

Nei casi in cui, invece, la mediazione non sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale e non vi sia, pertanto, l'obbligo di assistenza da parte degli avvocati, ai fini dell'esecutività l'accordo allegato al verbale deve essere omologato, su istanza di parte, con decreto del Presidente del Tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e di ordine pubblico⁽⁴⁵⁾.

Il verbale di mediazione, per espressa disposizione normativa, costituisce titolo esecutivo *ex lege* rientrando nel novero dei titoli esecutivi richiamati dall'art. 474,

⁴⁴ Trib. Ascoli Piceno, ord. 11 ottobre 2017, in *Repertorio foro it.*, 2018, voce *Conciliazione in genere, mediazione, negoziazione assistita*, n. 40: «Il verbale sottoscritto ai sensi dell'art. 12 d.lgs. n. 28/2010 ed omologato dal tribunale costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca ai sensi dell'art. 2818 c.c., senza che vi sia possibilità di sindacato sul contenuto dell'atto da parte del conservatore dei registri immobiliari; l'idoneità del titolo all'iscrizione deriva ope legis dalle modalità attraverso le quali è raggiunto l'accordo, senza che residuino margini per la valutazione della ricevibilità dell'atto ai fini dell'iscrizione d'ipoteca».

⁴⁵ Cfr. Trib. Lamezia Terme, decr. 17 febbraio 2012, in banca dati *Foroplus*, secondo il quale il verbale di accordo raggiunto nel procedimento di mediazione civile, può essere omologato quando non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative (art. 12 d.lgs. 28/2010). A tal fine, la verifica di ordine pubblico non può prescindere da una deliberazione sulla corretta instaurazione del contraddittorio tra tutti i soggetti giuridicamente interessati alla situazione sostanziale dedotta in lite.

n. 1, c.p.c., nonché tra «gli altri atti ai quali la legge attribuisce efficacia esecutiva». Esso non necessita di formula esecutiva, in quanto l'art. 475 del codice di procedura civile non menziona tra i titoli che necessitano dell'apposizione della formula esecutiva «gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva». Non è, pertanto, necessario apporre la formula esecutiva sul verbale di accordo per poter agire in *executivis*.

Per dare esecuzione all'accordo, analogamente a quanto avviene per l'assegno e la cambiale, sarà, quindi, sufficiente riportare il tenore letterale dell'accordo nel corpo del precetto, unitamente alla dichiarazione di conformità da parte dell'Ufficiale Giudiziario.

Nei casi in cui sia necessaria, invece, l'omologa del Presidente del Tribunale, si ritiene si debba apporre la formula esecutiva sul decreto di omologa emanato da quest'ultimo.

Prima di iniziare l'esecuzione forzata è necessario notificare il precetto nel quale verrà integralmente trascritto l'accordo di conciliazione e, in ogni caso, sarà possibile agire in *executivis* non prima che siano trascorsi dieci giorni dalla notifica del titolo stesso, ai sensi dell'art. 482 c.p.c.

Nel precetto vi sarà la dichiarazione da parte dell'Ufficiale Giudiziario che attesta che il tenore letterale del contenuto dell'accordo di conciliazione trascritto nel corpo dell'atto è conforme all'accordo originale che gli è stato esibito.

7. CONCLUSIONI

Le relazioni umane costituiscono un coacervo di incertezze in cui fondamentali sono le parole e il significato a queste conferito. È necessaria una sapiente selezione delle parole proferite all'interno delle nostre quotidiane relazioni umane, al fine di dare ordine alle stesse.

Governare il conflitto nelle relazioni comporta un'adeguata capacità di comprensione dei processi generativi e degenerativi che possono far esitare i contrasti in senso costruttivo o distruttivo. La mediazione si pone, quindi, come soluzione volta a ristabilire il dialogo fiduciario e responsabile tra le parti.

La terzietà del mediatore necessita di essere meglio specificata in termini non di emotivo e freddo distacco, ma di equ vicinanza. Quest'ultima, infatti, si realizza nel sentimento di fiducia che il mediatore stabilisce con le parti e nella capacità di saper accogliere e integrare in sé la dualità delle posizioni e dei valori esistenti

nel conflitto in essere.

Quanto detto, pone l'attenzione sulla capacità empatica del mediatore, nonché su quella di comprendere i sentimenti e i bisogni delle parti in contrasto.

L'idoneità trasformativa del processo di cui trattasi implica il rispetto del principio dell'autodeterminazione, nonché la promozione da parte del mediatore dell'impegno volontario delle parti nell'addivenire a soluzioni che eliminino o riducano le conflittualità.

Il mediatore riconosce la capacità delle persone di fronteggiare autonomamente i problemi e valorizza detta capacità focalizzandosi sul processo dialogico della mediazione che ben dispone le parti in una posizione di apertura, allontanandole da reciproche rivendicazioni connesse alle asimmetrie proprie dello scenario conflittuale.

Egli è, pertanto, esperto in relazioni umane, nonché abile conoscitore di regole che attraversano il diritto nella sua più autentica duttilità.

La risoluzione dei conflitti non può ignorare la conoscenza del senso più profondo di umanità e dell'ascolto, né può ridursi a mera applicazione delle norme. L'ascolto attivo implica una connessione con l'altrui modo di osservare il mondo e con l'universo di significati che l'interlocutore conferisce alla realtà.

L'attenzione piena e di sostanza nell'ascolto dell'altro sospende i giudizi personali, lascia spazio alla consapevolezza della relazione e all'assunzione di responsabilità nella comprensione dei contenuti, che sono altro rispetto alle semplici parole proferite.

L'ascoltatore avvia un procedimento di comprensione del mondo dell'altro con un atteggiamento da osservatore/ricercatore dell'altrui verità. Esiste un modo diverso di ascoltare gli altri e di guardare dettagli che potrebbero essere il preludio di possibili diversificate valutazioni, nonché di diverse attribuzioni di significato che è possibile conferire alla medesima parola, quindi, causative del conflitto.

Esiste una prospettiva olistica che spinge a considerare la relazione e la comunicazione come un sistema dinamico in cui rilevano aspetti verbali, non verbali e paraverbali. L'ascolto delle varie sensibilità è l'unico modo per ridurre le conflittualità ed è per questo motivo che il mediatore si pone sulla scena del conflitto come poliedrica figura dotata di competenze multiple e di innata costruttiva curiosità per le diverse interpretazioni della realtà.

L'urgenza di ridurre le conflittualità si pone in stretta connessione con una concezione dinamica e vivace della Giustizia, che non esautora i codici né l'autorevole

passato giuridico, ma ne amplifica il senso più profondo in una logica valorizzante i protagonisti del dramma conflittuale e la libertà di questi di scegliere l'ordine da conferire al proprio personale caos.

ABSTRACT

Il presente lavoro analizza criticamente l'istituto giuridico della mediazione civile e commerciale in considerazione dei recenti orientamenti giurisprudenziali e ha la finalità di agevolare la cultura conciliativa, promuovendo una considerazione dinamica del concetto di Giustizia.

Taking into account recent case-law, this paper analyzes the legal institution of civil and commercial mediation and aims to facilitate a conciliatory culture by promoting a dynamic consideration of the concept of Justice.

NOTE A SENTENZA

Corte cost.
sentenza 20 gennaio 2022, n. 10

PRESIDENTE CORAGGIO – RELATORE
ANTONINI

Diritti di azione e di difesa – ADR – mediazione obbligatoria – patrocinio a spese dello Stato – necessità di un punto di equilibrio con il principio del contenimento della spesa pubblica in materia di giustizia – prevalenza del diritto all’accesso alla giustizia per i non abbienti su quello dell’equilibrio di bilancio

MASSIMA

L’art. 24, terzo comma, Cost., mira a garantire a coloro che non sono in grado di sopportare il costo di un processo l’effettività del diritto ad agire e a difendersi in giudizio, che il secondo comma del medesimo art. 24 Cost. espressamente qualifica come diritto inviolabile. Tali diritti, che rientrano tra i diritti civili, inviolabili e caratterizzanti lo Stato di diritto, richiamano il compito assegnato alla Repubblica dall’art. 3, secondo comma, Cost. affinché siano predisposti i mezzi necessari per garantire ai non abbienti le giuste *chances* di successo nelle liti, rimediando a un problema di

asimmetrie – derivante dagli ostacoli di ordine economico che impediscono di fatto di compensare il difensore – che non può trovare soluzione nell’ambito dell’eguaglianza solo formale. In tema di patrocinio a spese dello Stato si pone la questione dell’individuazione di un punto di equilibrio tra garanzia del diritto di difesa per i non abbienti e necessità di contenimento della spesa pubblica in materia di giustizia. Quando una determinata scelta legislativa giunga a impedire a chi versa in una condizione di non abbienza l’effettività dell’accesso alla giustizia, con conseguente sacrificio del nucleo intangibile del diritto alla tutela giurisdizionale, è naturalmente ridotto il margine di discrezionalità del legislatore - particolarmente ampio nella conformazione degli istituti processuali -, poiché si tratta comunque di spese costituzionalmente necessarie, anch’esse inerenti, in senso lato, all’erogazione di prestazioni sociali incompressibili. In siffatte ipotesi l’argomento dell’equilibrio di bilancio recede, essendo la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione. Sono costituzionalmente illegittimi, per violazione degli artt. 3, primo e secondo comma, e 24, terzo comma, Cost., gli artt. 74, comma 2, e 75, comma 1, t.u. spese di giustizia, nella parte in cui

non prevedono che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche all'attività difensiva svolta nell'ambito dei procedimenti di mediazione obbligatoria, quando nel corso degli stessi è stato raggiunto un accordo, nonché l'art. 83, comma 2, del medesimo t.u., nella parte in cui non prevede che, in tali fattispecie, alla liquidazione in favore del difensore provveda l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a decidere la controversia

DALLA MOTIVAZIONE

[omissis]

L'art. 74, comma 2, t.u. spese di giustizia, invero, assicura ai non abbienti il beneficio in discussione facendo esclusivo riferimento al «processo». Nella medesima direzione, l'art. 75, comma 1, del citato testo unico delimita poi l'ambito di validità dell'ammissione al patrocinio a ogni grado e fase «del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse» al processo stesso, di cui, pertanto, presuppone l'introduzione. Il successivo art. 83, comma 2, infine, nel suo primo periodo attribuisce la competenza a provvedere in ordine alla liquidazione del compenso all'autorità giudiziaria «che ha proceduto», in tal

modo ribadendo, senza possibilità di equivoco, l'esigenza dell'instaurazione di un giudizio di cui l'autorità giudiziaria sia stata, per l'appunto, investita.

[omissis]

Il patrocinio a spese dello Stato è stato quindi contemplato dalle norme censurate in chiave eminentemente processuale: ciò che trova ulteriore conferma nella circostanza che lo stesso legislatore, con la legge delega innanzi citata, ha avvertito l'esigenza di introdurre specifiche disposizioni volte espressamente a estenderlo, a prescindere dal loro esito, anche alle procedure di mediazione. 8.1.- È dunque alla stregua del presupposto ermeneutico da cui muovono i giudici *a quibus* che le questioni sollevate dai rimettenti devono essere vagliate, innanzitutto considerando, quanto al tessuto normativo sul quale esse si innestano, che la mediazione civile obbligatoria è stata introdotta dall'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010 con un evidente intento deflattivo del contenzioso (sentenza n. 97 del 2019) ed è strutturata quale condizione di procedibilità delle domande giudiziali.

La parte che intende esercitare in giudizio un'azione relativa alle controversie nelle materie ivi specificamente individuate è, infatti, «tenut[a], assistit[a] dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione», al fine di tentarne la composizione stra-

l'improcedibilità della domanda, prima questioni di costituzionalità sollevate dell'instaurazione di una lite giudiziaria dai rimettenti sugli artt. 74, comma 2, 75, comma 1, e 83, comma 2, t.u. spesa in determinate materie, l'esercizio del diritto di azione. di giustizia.

È, in definitiva, sull'esclusione del patrocinio a carico dello Stato in ordine a tale procedimento, qualora questo si concluda con esito positivo, precludendo quindi l'introduzione del processo, che si sviluppano le

9.- Esse sono fondate in riferimento agli artt. 3, primo e secondo comma, in relazione, rispettivamente, al principio di ragionevolezza e a quello di eguaglianza sostanziale, e 24, terzo comma, Cost.

GIUDITTA RUSSO

(Praticante avvocato e tirocinante presso il Tribunale ordinario di Roma)

PATROCINIO A SPESE DELLO STATO E MEDIAZIONE OBBLIGATORIA: AGGRAVIO O RISPARMIO DI SPESA?*

Con sentenza del 20 gennaio 2022, n. 10, la Corte Costituzionale, facendo luce su un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, ha (finalmente) dichiarato incostituzionali le norme che non consentivano ai difensori dei non abbienti di ricevere il compenso nei casi di tentativo obbligatorio di mediazione terminato con l'accordo. La decisione, che indubbiamente si colloca nel movimento di respiro europeo di profondo mutamento del modo di gestione delle liti, teso a valorizzare l'aiuto economico legale e non solo giudiziario per assicurare l'effettività delle tu-

¹ * Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

tele dei diritti e degli interessi delle persone⁽²⁾, prende le mosse da due ordinanze di rimessione dell'8 luglio 2020 e del 17 marzo 2017 – rispettivamente emesse dal Tribunale ordinario di Oristano e dal Tribunale ordinario di Palermo –, in cui i giudici *a quibus* sono stati chiamati a pronunciarsi entrambi su un'istanza di liquidazione del compenso avanzata, in relazione alle prestazioni rese nell'ambito di un procedimento di mediazione obbligatoria concluso con un accordo conciliativo, da due difensori ammessi al patrocinio a spese dello Stato dal Consiglio dell'ordine degli avvocati. In particolare, i giudici rimettenti hanno sollevato questione di legittimità costituzionale di alcuni artt. del Testo Unico sulle spese di giustizia (d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), ritenendo di non poter procedere – come invece in entrambi i casi sostenuto dall'Avvocatura Generale dello Stato – ad un'interpretazione costituzionalmente orientata delle medesime disposizioni censurate. Prima di entrare nel vivo della vicenda, appare tuttavia opportuno premettere che la questione attinente alla possibilità di porre a carico dello Stato il compenso professionale dell'avvocato che ha assistito una parte nella procedura di mediazione, specie laddove questa sia prevista come condizione di procedibilità della domanda giudiziale⁽³⁾, non è espressamente affrontata nella disciplina in materia di mediazione. L'art. 17, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28⁽⁴⁾, co. 5-*bis*, infatti, prevede che quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi

² Cfr. in tal senso L. BREGGIA, *Mediazione e patrocinio a spese dello Stato: la sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2022 nell'evoluzione di gestione dei conflitti*, in *Leggi e istituzioni*, 2022.

³ Per un'attenta ricostruzione della vicenda che ha riguardato l'introduzione nell'ordinamento italiano di ipotesi di mediazione obbligatoria cfr. M.A. LUPOI, *Le novità processuali dell'estate 2013*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, I, 325; E. MINERVINI, *La "storia infinita" della mediazione obbligatoria*, in *Contratti*, XII, 2013, 1153 ss. Sulla legittimità della previsione di ipotesi di mediazione obbligatoria da parte del legislatore nazionale rispetto al diritto comunitario, cfr. CGUE, 14 giugno 2017, n. 457, disponibile su www.dejure.it, dove si afferma che la previsione della condizione di procedibilità per la mediazione si può rivelare compatibile con il principio della tutela giurisdizionale effettiva qualora non conduca ad una decisione vincolante per le parti, sospenda i termini di prescrizione e decadenza e non generi costi ingenti per le parti a patto che la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso alla procedura e che sia possibile disporre di provvedimenti provvisori nei casi in cui l'urgenza della situazione lo impone. In linea con quanto affermato dalla CGUE, vi sarebbe poi, a detta di M. SCARSI, *L'obbligatorietà della presenza dell'avvocato in mediazione*, in *Diritto.it*, 2019, proprio la previsione di cui all'art. 17, co. 5-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, che consente ai non abbienti di radicare la procedura di mediazione senza alcun costo nelle ipotesi in cui la mediazione sia condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'art. 5, co. 1-*bis*, ovvero sia disposta dal giudice ai sensi dell'art. 5 co. 2.

⁴ D.lgs. che introduce l'istituto della mediazione nell'ordinamento interno, emanato in attuazione della Dir. 2008/52/CE recante disposizioni in materia di «Mediazione in materia civile e commerciale».

dell'art. 5, co. 1-*bis*, ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'art. 5, co. 2, all'organismo non sia dovuta nessuna indennità dalla parte che si trovi nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'art. 76, d.P.R. n. 115/2002⁵. L'unica previsione riguarda, dunque, l'indennità che sarebbe dovuta all'organismo; per quanto invece concerne il compenso all'avvocato, che deve obbligatoriamente assistere le parti nelle fasi di mediazione, almeno per quanto concerne le ipotesi di mediazione di cui all'art. 5, co. 1-*bis*⁶ e co. 2⁷, d.lgs. n. 28/2010⁸, nulla è previsto espressamente.

⁵ A tal fine, la parte è tenuta a depositare presso l'organismo una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, nonché a produrre la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

⁶ L'art. 5, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, come modificato dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, stabilisce infatti per le mediazioni obbligatorie, ossia le procedure in cui l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la necessaria presenza dell'avvocato che assiste la parte; ad ulteriore riprova della obbligatorietà della presenza dell'avvocato in tali procedimenti, l'art. 8 del medesimo d.lgs. che regola la materia della mediazione dispone che «...al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato». Sul punto, *cf.* M. VACCARI, *Media-conciliazione e patrocinio a spese dello Stato nell'epoca "del fare"*, in *Il Corriere del Merito*, 12/2013, 1133.

⁷ Quanto alle ipotesi di mediazione delegata, ossia quelle disposte *ex officio* dal giudice fuori dai casi ricompresi dall'art. 5, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2010, è la Circolare del Ministero della Giustizia 27 novembre 2013 a sciogliere definitivamente ogni dubbio sulla presenza dell'avvocato, ricomprendendo anche queste ultime nella categoria dei casi di mediazioni obbligatorie.

⁸ Rileva sul tema dell'obbligatorietà dell'assistenza dell'avvocato nelle ipotesi di mediazione obbligatoria l'ordinanza del Tribunale di Vasto del 9 aprile 2018 in cui viene chiarito, facendo leva sull'art. 12, d.lgs. n. 28/2010, che espressamente dispone la necessaria presenza dell'avvocato al fine di conferire valore di titolo esecutivo all'accordo raggiunto in sede di mediazione, che la presenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione è facoltativa solo nelle mediazioni volontarie; l'obbligatorietà invece della presenza dell'avvocato in tutte le altre ipotesi, a detta del Tribunale vastese, oltre ad essere funzionale alla formulazione dell'istanza di avvio della procedura di mediazione – per la quale sono comunque richieste competenze tecniche quali quelle che consentono di individuare il giudice territorialmente competente a conoscere della controversia, dovendo essere la stessa depositata presso un organismo che ha appunto sede nel luogo di tale giudice, le parti, nonché l'oggetto e delle ragioni della pretesa (*cf.* art. 4, co. 1 e 2, d.lgs. n. 28/2010) – non si porrebbe nemmeno in contrasto con gli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, perché non determinerebbe a carico delle parti costi qualificabili come ingenti ed anzi, «qualora la mediazione dovesse concludersi con l'accordo, sarebbe lapalissiano il vantaggio, anche economico, rispetto ai costi di un giudizio mentre, qualora l'accordo non dovesse raggiungersi, non vi sarebbe una duplicazione di costi per la parte poiché il giudice, nel successivo giudizio instaurato dopo l'infruttuoso esperimento della mediazione, è legittimato ad applicare la decurtazione dei parametri e lo stesso legale avrà un costo inferiore essendosi limitato ad assistere la parte solo in alcune fasi della procedura». Si consideri poi che a ciò, la Corte costituzionale, con la sentenza in commento (n. 10/2022), aggiunge anche che la difesa tecnica può risultare elemento fondamentale specie alla luce di quanto previsto in

Occorre quindi richiamare il complessivo quadro normativo di riferimento, partendo *in primis* dall'art. 24, Cost.⁽⁹⁾ che, dopo aver previsto, al primo comma, il diritto di agire a difesa dei propri diritti e interessi legittimi, dispone, al secondo comma, che «la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento»; il terzo comma prevede, inoltre, che «sono assicurati ai non abbienti con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi avanti ad ogni giurisdizione». Così disponendo, il legislatore costituente ha quindi inteso garantire a coloro che non sono in grado di sopportare il costo di un processo, l'effettività del diritto ad agire e a difendersi in giudizio, che il secondo comma del medesimo art. 24 Cost. espressamente qualifica come diritto inviolabile; tutto ciò, in attuazione con l'art. 3, co. 2, Cost.: rientrando infatti tali diritti, tra i diritti civili, inviolabili e caratterizzanti lo Stato di diritto, è compito della Repubblica – in conformità al principio di uguaglianza sostanziale – predisporre i mezzi necessari per garantire ai non abbienti le giuste *chances* di successo nelle liti, rimediando a un problema di asimmetrie derivante dagli ostacoli di ordine economico che impediscono di fatto di compensare il difensore⁽¹⁰⁾.

Quanto invece alla normativa primaria, ai fini dell'argomento che in questa sede ci occupa, gli artt. che rilevano sono il 74, 75 e 83, d.P.R. n. 115/2002, i quali disciplinano – all'interno del T.U. sulle spese di giustizia – l'istituto del patrocinio a carico dello Stato⁽¹¹⁾. Nello specifico, prima della emissione della pronuncia in

termini di regolamentazione delle spese e sanzioni dall'art. 13, co. 1, d.lgs. n. 28/2010. In dottrina, cfr. *Il ruolo dell'avvocato nelle ADR al tempo della degiurisdizionalizzazione (d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014)*, a cura dell'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale Forense (CFN), in *Contr. impr.*, I, 2015; M. SCARSI, *L'obbligatorietà della presenza dell'avvocato in mediazione*, cit., 4.

⁹ Per un'attenta analisi della norma costituzionale in relazione all'istituto del gratuito patrocinio, cfr. A. PIZZORUSSO, *L'art. 24, comma terzo della Costituzione e le vigenti disposizioni sul gratuito patrocinio*, in *Foro it.*, V, 1967; P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, prefazione a F. RUFFINI, *Diritti e libertà*, Firenze, 1946, XXVII, riportata da M. CAPPELLETTI, *I diritti sociali di libertà nella concezione di Piero Calamandrei*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 511 ss.; L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970.

¹⁰ Cfr., in questo senso, Corte cost., ord. 19 novembre 2002, n. 458; Corte cost., 16 aprile 2010, n. 139; Corte cost., 20 aprile 2012, n. 101; Corte cost., 13 luglio 2017, n. 178; Corte cost., 24 aprile 2020, n. 80; Corte Cost., 20 luglio 2021, n. 157, nonché, da ultimo, la sentenza della Consulta in commento (la n. 10/2022), tutte disponibili su www.onelegal.it.

¹¹ Durante il XX secolo, la tutela giurisdizionale per i non abbienti era garantita nel nostro ordinamento da due normative generali: il patrocinio a spese dello Stato nei giudizi penali, disciplinato dalla legge 30 luglio 1990, n. 217, e l'istituto del gratuito patrocinio disciplinato dal r.d. 30 dicembre 1923, n. 3282, per i procedimenti civili. Con la legge 29 marzo 2001, n. 134 (che ha introdotto modifiche alla l. n.

commento:

- l'art. 74, d.P.R. n. 115/2002, prevedeva l'istituzione del patrocinio per il non abbiente, «assicurato per il processo penale, nonché per il processo civile, amministrativo, contabile, tributario e per gli affari di volontaria giurisdizione quando le sue ragioni non risultino manifestamente infondate»⁽¹²⁾, così però riconoscendo tale beneficio solo in relazione al «processo».
- l'art. 75 del medesimo d.P.R., rubricato «Ambito di applicabilità», disponeva poi al primo comma, che l'ammissione al patrocinio era valida per ogni grado e per ogni fase «del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse» al processo stesso, di cui, per-

217/1990), il legislatore, nell'abrogare il r.d. n. 3282/1923, e con esso il gratuito patrocinio, ha esteso il patrocinio a spese dello Stato ai giudizi civili e amministrativi. In seguito, la legge n. 134/2001 è stata abrogata dal d.P.R. n. 115/2002, il quale, oltre a coordinare le norme sulle spese dei diversi procedimenti giurisdizionali, ha previsto il patrocinio a spese dello Stato per tutte le esigenze di giustizia: penali, civili, amministrative, contabili e tributarie. Per una concisa riesamina storica dell'evoluzione subita dall'istituto del patrocinio a carico dello Stato cfr. L. DE BARBIERI, *Ancora sull'estensione del patrocinio a spese dello Stato in Italia*, nota a Cass. civ., sez. II, n. 15175/2019, in *Riv. dir. proc.*, 2020, XI, 2154. Sul punto, si v. anche l'ordinanza della Corte cost., 18 luglio 2008, n. 287, disponibile su www.dejure.it. Per un commento approfondito sull'evoluzione storica dell'assistenza ai non abbienti nei diversi sistemi giuridici, si veda M. CAPPELLETTI, J. GORDLEY, E. JOHNSON, *Toward Equal Justice. A Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies*, Milano, 1975; V. DENTI, *L'evoluzione del legal aid nel mondo contemporaneo*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, II, 573 ss. Per alcuni rilievi relativi alle istanze di riforma dell'istituto del gratuito patrocinio alla fine del XX secolo, si veda V. DENTI, *A proposito di riforma del gratuito patrocinio*, in *Processo civile e giustizia sociale*, 1/1971, 137 ss.; N. TROCKER, *L'assistenza giudiziaria ai non abbienti: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, I, 57 ss. Quanto all'istituto, nella sua più recente conformazione, cfr. F. LAZZARO, M. DI MARZIO, *Le spese nel processo civile*, Milano, 2010, 1026 ss.; R. SEPE, *Il patrocinio a spese dello Stato*, Padova, 2017.

¹² Quanto al limite della non manifesta infondatezza e alla sua legittimità a Costituzione, cfr. Corte cost., 30 gennaio 2018, n. 16, e Corte cost., 11 marzo 2020, n. 47, disponibili su www.dejure.it secondo cui tale filtro di controllo previsto per i processi diversi da quello penale ben può trovare una sua giustificazione nel bilanciamento «tra garanzia del diritto di difesa per i non abbienti e necessità di contenimento della spesa pubblica in materia di giustizia». In senso conforme, la CGUE già con la sent. 18 marzo 2010 (C-317/08), disponibile su www.dejure.it, rilevava che «i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti». Dello stesso avviso è Corte cost. n. 10/2022 qui in commento che aggiunge però che ad analoghe conclusioni non può invece giungersi quando una determinata scelta legislativa giunge sino a impedire a chi versa in una condizione di non abbienza l'effettività dell'accesso alla giustizia, con conseguente sacrificio del nucleo intangibile del diritto alla tutela giurisdizionale, come in riferimento al caso sottoposto al suo esame.

tanto presupponeva l'introduzione.

- l'art. 83, co. 2, nel suo primo periodo, attribuiva la competenza a provvedere in ordine alla liquidazione del compenso all'autorità giudiziaria «che ha proceduto», in tal modo ribadendo, senza possibilità di equivoco, l'esigenza dell'instaurazione di un giudizio di cui l'autorità giudiziaria sia stata, per l'appunto, investita.

Nel silenzio del legislatore, è dunque la giurisprudenza di legittimità, adottando un'interpretazione estesa di attività giudiziale¹³, a ricomprendere, ai fini della liquidazione a carico dello Stato, l'attività stragiudiziale svolta dal professionista che abbia assistito una parte trovata nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato ai sensi dell'art. 76, d.P.R. n. 115/2002, nel corso del procedimento di mediazione, ed esclusivamente nel caso in cui questa sia esperita ai sensi dell'art. 5, co. 1-*bis* o co. 2, d.lgs. n. 28/2010, e, dopo la fase della mediazione, le parti abbiano instaurato il giudizio non avendo raggiunto l'accordo sulla lite. In particolare, la Suprema Corte, ribadendo sempre che il patrocinio a spese dello Stato riguarda esclusivamente la difesa in giudizio, non potendo coprire l'attività professionale di natura stragiudiziale che l'avvocato si trovi a svolgere nell'interesse del proprio assistito, in quanto esplicantesi fuori del processo¹⁴, fa salvo il caso in cui – come nelle ipotesi di mediazione obbligatoria – «tale attività venga espletata in vista di una successiva azione giudiziaria», prevenendo, in

¹³ Cfr. – *ex multis* – Cass. civ., sez. II, 23 novembre 2011, n. 24723, e Cass. civ., sez. IV, 29 aprile 2013, n. 9529, disponibili entrambe su www.onelegal.it dove, peraltro, si evidenzia come nel caso in cui l'attività stragiudiziale sia espletata in vista di una successiva azione giudiziaria, il difensore non può chiedere direttamente il compenso al proprio cliente ammesso al patrocinio gratuito, «incorrendo altrimenti in responsabilità disciplinare». In dottrina, in senso critico rispetto all'orientamento adottato dalla Suprema Corte che limita la liquidazione a carico dello Stato dell'attività svolta dal professionista al solo caso in cui, oltre che la mediazione sia prevista come condizione di procedibilità o sia stata disposta dal giudice a norma dell'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 28/2010 (e dunque sia necessario il ricorso alla difesa tecnica), le parti non abbiano raggiunto l'accordo sulla lite in tale sede e abbiano instaurato il processo, cfr. – *ex multis* – G. ALPA ed altri, *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017, in cui si auspica l'intervento del legislatore in materia. In senso di apertura verso l'applicabilità della disciplina sul patrocinio a spese dello Stato in ogni procedimento civile, anche quando l'assistenza tecnica del difensore non sia prevista dalla legge come obbligatoria, cfr. Cass. civ., sez. II, 14 dicembre 2017, n. 30069, disponibile su www.dejure.it, nonché L. DE BARBIERI, *Ancora sull'estensione del patrocinio a spese dello Stato in Italia*, nota a Cass. civ., sez. II, 4 giugno 2019, n. 15175, in *Giur. it.*, 10/2020, 2153, e A. SCALERA, *Patrocinio a spese dello Stato: si applica anche quando non è necessaria la difesa tecnica*, su Ilprocessocivile.it, 2018.

¹⁴ Per cui il relativo compenso di pone a carico del cliente.

conformità dell'art. 83, co. 2, d.P.R. n. 115/2002, che sia in questi casi il giudice «che ha proceduto» competente a provvedere in ordine alla liquidazione del compenso.

Solo dunque in quest'ultimo caso, prima della pronuncia della Consulta in commento, era pacifico che la prestazione svolta dal difensore nel corso della mediazione dovesse essere ricompresa ai fini della liquidazione a carico dello Stato, in quanto strumentale alla prestazione giudiziale e svolta in esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentanza e difesa in giudizio.

Il contrasto in giurisprudenza è invece sorto proprio in riferimento al caso risolto dalla Corte costituzionale con la sentenza in esame in cui cioè la mediazione si sia conclusa con un accordo.

Due gli orientamenti formatisi sul punto prima della sentenza della Consulta⁽¹⁵⁾. Secondo alcune decisioni, anche nell'ipotesi indicata da ultimo si sarebbe potuti pervenire alla soluzione affermativa circa l'ammissibilità della liquidazione del compenso a carico dello Stato⁽¹⁶⁾ tramite un'interpretazione sistematica e teleologica degli artt. 74, 75 e 83, d.P.R. n. 115/2002, alla luce dell'art. 47 della CDFUE secondo cui «a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti» deve essere concesso il patrocinio a spese dello Stato «qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia», e dell'art. 10, d.lgs. 27 maggio 2005, n. 116⁽¹⁷⁾, che – in materia di controversie transfrontaliere – estende il patrocinio a spese dello Stato anche ai procedimenti stragiudiziali qualora l'uso di tali mezzi sia previsto come obbligatorio dalla legge ovvero qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa⁽¹⁸⁾. In particolare, tale orientamento della giu-

¹⁵ Per un'attenta analisi delle posizioni giurisprudenziali intraprese sul punto, cfr. F. Luiso, *Orientamenti giurisprudenziali sul patrocinio a spese dello stato in materia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 623-632.

¹⁶ Cfr. – *ex multis* – Trib. Firenze 13 giugno 2015 disponibile su www.dejure.it in cui espressamente si sottolinea che aderire ad una diversa impostazione porterebbe al paradosso tale per cui «... la liquidazione a spese dello Stato non troverebbe applicazione proprio quando il difensore svolge al meglio le sue prestazioni professionali, favorendo il raggiungimento dell'accordo in mediazione (...) anche se la mediazione è obbligatoria, come obbligatoria è l'assistenza dell'avvocato»; detta circostanza induce quindi il Giudice a ritenere che l'art. 75 d.P.R. n. 115/2002 debba ricomprendere sempre (e dunque pure nel caso di raggiunto accordo tra le parti già in tale sede) anche la fase della mediazione obbligatoria pre-processuale.

¹⁷ D.lgs. emanato in attuazione della Dir. 2002/8/CE del Consiglio del 27 gennaio 2003 sul *Legal aid*, volta a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie frontaliere civili.

¹⁸ Sul punto, rileva in particolare la raccomandazione sul *Legal Aid*, adottata dal Consiglio degli Ordini

risprudenza di merito ritiene del tutto irrazionale e non conforme all'art. 3 Cost. che il cittadino possa usufruire dell'aiuto statale per una lite transfrontaliera e non per una domestica⁽¹⁹⁾. Siffatta tesi giurisprudenziale, sottolinea inoltre l'evidente connessione – già in astratto – tra fase mediativa obbligatoria e processo, talmente forte da configurare la prima una condizione di procedibilità rispetto al secondo. A ciò, va aggiunto che è proprio il raggiunto accordo tra le parti nel corso del procedimento di mediazione a rendere superfluo il successivo processo, realizzando così il miglior risultato non solo per queste ultime, ma anche per lo Stato, non più tenuto a sostenere anche le spese del giudizio.

In senso contrario, altro filone giurisprudenziale⁽²⁰⁾ sosteneva invece, negando l'esistenza di una qualche connessione tra procedimento di mediazione, anche se obbligatorio, e processo (non essendo il primo strumentale all'instaurazione di una controversia civile, ma semmai finalizzato ad evitarla), che l'onere in questione a carico dello Stato, oltre a non essere previsto da nessuna norma, colliderebbe con l'art. 97 Cost. che impone invece di assicurare l'equilibrio di bilancio.

In questi termini si è espressa anche la Corte di Cassazione, con la sentenza 31 agosto 2020, n. 18123, escludendo dalla liquidazione del patrocinio a spese dello Stato tutte quelle attività svolte per la mediazione non seguita da processo, dal momento che l'art. 74, d.P.R. n. 115/2002, «postula l'intervenuto avvio della lite giudiziale», poiché «limita l'operatività del patrocinio a spese dello Stato all'am-

Forensi d'Europa (CCBE) nel novembre 2010, finalizzata a promuovere il diritto all'accesso alla giustizia anche per le persone prive di mezzi. Tra le azioni raccomandate si specifica quella di «garantire il *legal aid* per tutte le aree legali-giurisdizionali, risoluzione alternativa delle controversie, compresa l'assistenza di un avvocato in tutte le fasi del procedimento». Il CCBE raccomanda inoltre di «impostare una linea di bilancio specifica» per garantire lo sviluppo degli aiuti europei. Il testo della raccomandazione è reperibile nel sito www.ccbe.eu.

¹⁹ Cfr. in dottrina M. MARINARO, *Il patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti nei procedimenti stragiudiziali di composizione negoziale delle liti civili, tra principi costituzionali ed esigenze di bilancio*, in *Riv. arb.*, 2020, III, 533, secondo cui la normativa di cui al d.lgs. n. 116/2005 confermerebbe l'esigenza di dover riconoscere l'aiuto legale anche nella fase pre-processuale, dovendosi ritenere del tutto irrazionale e non conforme all'art. 3 Cost. la situazione in virtù della quale il cittadino possa usufruire dell'aiuto statale per la lite transfrontaliera e non per quella interna. È significativo, sul punto, che anche il Consiglio Nazionale Forense, nella circolare n. 25 del 6 dicembre 2013, abbia espressamente richiamato la Direttiva sul *Legal Aid* che ammette al beneficio anche le spese legali sostenute nel corso delle procedure stragiudiziali per sostenere che l'assistenza dei legali, obbligatoria per la mediazione pre-processuale e quella demandata dal giudice, dovesse rientrare nel patrocinio a spese dello Stato.

²⁰ Trib. Tempio Pausania, 19 luglio 2016, e Trib. Roma, 11 gennaio 2018, entrambe disponibili su www.onelegal.it.

bito del procedimento [...] civile»; la Corte ha poi espressamente precisato che siffatto limite non poteva essere superato in via interpretativa, pena lo sconfinamento «nella produzione normativa». In tal caso, non avrebbe, infatti, svolgimento nessuna fase processuale nell'ambito della quale liquidare il compenso spettante al difensore che ha assistito la parte in mediazione a carico dello Stato.

Aderire a una siffatta conclusione porta tuttavia seco conseguenze ai limiti del paradossale, dal momento che la liquidazione a spese dello Stato non troverebbe applicazione proprio quando il difensore ha probabilmente svolto al meglio le sue prestazioni professionali, favorendo il raggiungimento dell'accordo in mediazione⁽²¹⁾. E ciò anche se la mediazione è una tappa obbligatoria, come obbligatoria è l'assistenza dell'avvocato. Ne deriverebbe un risultato irragionevole e, di fatto, una sorta di disincentivo rispetto ad un istituto che invece il legislatore sta cercando di promuovere in vario modo⁽²²⁾.

Si è rilevato⁽²³⁾ al riguardo che i legali potrebbero avvalersi della regola della solidarietà, ribadita dall'art. 13, co. 8, della Legge Forense (13 dicembre 2012, n. 247). Il problema, tuttavia, è duplice. Sicuramente vi è l'esigenza di riconoscimento e remunerazione dell'attività difensiva: coloro che accennano alla solidarietà intendono rassicurare sulla esigibilità del credito professionale, se non dalla parte non abbiente, almeno dall'altra parte grazie al vincolo della solidarietà. Tuttavia, in tal modo si finisce pur sempre per riversare sui privati (il difensore o la parte abbiente) un onere che dovrebbe essere sostenuto dallo Stato⁽²⁴⁾. Se infatti quest'ultimo mostra, con una serie di interventi, un chiaro favore verso forme non giurisdizionali di tutela nell'intento di offrire più vie di soluzione dei conflitti⁽²⁵⁾, anche la disciplina dell'aiuto economico ai non abbienti non dovrebbe più essere limitata all'aiuto nella sede giudiziaria⁽²⁶⁾.

È dunque proprio da tali premesse che muovono le ordinanze di rimessione del

²¹ Cfr., sul punto, *Il ruolo dell'avvocato nelle ADR al tempo della "degiurisdizionalizzazione"* (d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014), cit., 4.

²² Cfr., sul punto, O. DESIATO, *Le politiche dell'unione europea in favore della «degiurisdizionalizzazione» e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di adr*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, V, 1793.

²³ F. TRIFONE, *Transazione della lite e obbligo solidale delle parti per le spese di tutti i difensori*, nota a Cass. civ., sez. VI, n. 3052/2021, in *Giur. it.*, 2022, III, 627.

²⁴ Cfr., in tal senso, sempre Trib. Firenze, 13 gennaio 2015.

²⁵ Sul punto, rilevano, tra le procedure di risoluzione alternativa delle controversie, oltre alla mediazione, anche l'arbitrato e la negoziazione assistita.

²⁶ Cfr., sul punto, G. BELLUCCI, *Il patrocinio a spese dello Stato*, Torino, 2019.

Tribunale di Oristano e del Tribunale di Palermo, dubitando della legittimità a Costituzione, rispettivamente, degli artt. 74, co. 2, e 83, co. 2, d.P.R. n. 115/2002, la prima, e degli artt. 74, co. 2, e 75, co. 1, del medesimo d.P.R., la seconda.

In particolare, ambedue i giudici *a quibus* hanno ritenuto che il tenore testuale delle norme citate precluderebbe la liquidazione del compenso al difensore quando al procedimento di mediazione non segua l'instaurazione del giudizio, e che quanto previsto a livello di normativa primaria comporti una palese violazione dell'art. 3 e dell'art. 24, 3 co., Cost., escludendo la praticabilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme censurate. Secondo il giudice palermitano, inoltre, vi sarebbe anche un contrasto con l'art. 36, co. 1, Cost., che sarebbe violato in quanto i difensori presterebbero «attività lavorativa obbligatoria gratuitamente».

Nel processo costituzionale, l'Avvocatura generale dello Stato ha sostenuto che entrambi i giudici di merito non avevano compiutamente motivato sull'impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme e che anche la violazione dell'art. 36, co. 1, Cost., sarebbe stata insussistente, in quanto l'assunzione della difesa della parte ammessa al patrocinio non sarebbe obbligatoria⁽²⁷⁾ e, comunque, perché la relativa attività sarebbe svolta dall'avvocato solo occasionalmente⁽²⁸⁾.

Con la sentenza in commento, la Corte costituzionale ha innanzitutto escluso che, alla luce del tenore testuale delle disposizioni denunciate, fosse possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata delle medesime. Ha quindi dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 74, co. 2, e 75, co. 1, d.P.R. n. 115/2002, nella parte in cui non prevedono che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche all'attività difensiva svolta nell'ambito dei procedimenti di mediazione di cui all'art. 5, co. 1-*bis*, d.lgs. n. 28/2012, quando nel corso degli stessi è stato raggiunto un accordo, nonché dell'art. 83, co. 2, del medesimo d.P.R., nella parte in cui non prevede che, in tali fattispecie, alla liquidazione in favore del difensore provveda l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a decidere la controversia.

²⁷ Sul punto, v. nota 5.

²⁸ In senso critico verso la posizione assunta dall'Avvocatura dello Stato nella vicenda *de qua*, cfr. M. VACCARI, *È incostituzionale l'esclusione della mediazione obbligatoria dal patrocinio a spese dello Stato*, in *Ilprocessocivile.it*, 2022, dove invece si sottolinea che l'evoluzione normativa va al contrario nel senso di incentivare il ricorso ai metodi di risoluzione alternativa delle controversie, così da defaticare gli uffici giudiziari quando vi sono ancora gli estremi affinché le parti risolvano la lite fuori processo.

La Corte ha rilevato, quanto al canone della ragionevolezza, la palese irrazionalità dell'esclusione del patrocinio proprio quando il procedimento ha «raggiunto lo scopo deflattivo prefissato dal legislatore» con il rischio, tra l'altro, che «i non abbienti e i loro difensori potrebbero essere indotti a non raggiungere l'accordo e ad adire quindi comunque il giudice, all'unico scopo di ottenere, una volta introdotto il processo, le relative spese difensive». Questo «determinerebbe ulteriori irragionevoli ricadute di sistema per il sicuro aumento degli oneri a carico dello Stato, chiamato a sostenere anche i costi dello svolgimento del giudizio».

La Corte ha ritenuto, inoltre, fondate le questioni sollevate anche in riferimento agli artt. 3, co. 2, e 24, co. 3, Cost. Quest'ultimo, infatti, prevedendo che «sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione», mira a garantire a coloro che non sono in grado di sopportare il costo di un processo «l'effettività del diritto ad agire e a difendersi in giudizio, che il secondo comma del medesimo art. 24 Cost. espressamente qualifica come diritto inviolabile». La Repubblica, d'altronde, ai sensi dell'art. 3, co. 2, Cost. ha l'obbligo di rimuovere gli ostacoli che, con riguardo alla fattispecie qui in esame, per motivi economici, impediscono di compensare il difensore e quindi incidono sul diritto di difesa.

La Corte affronta anche il nodo problematico del punto di equilibrio tra garanzia del diritto di difesa per i non abbienti e necessità di contenimento della spesa pubblica in materia di giustizia⁽²⁹⁾, affermando, a chiare lettere che, nel caso in cui una determinata scelta legislativa giunga sino a impedire a chi versi in una condizione di non abbienza «l'effettività dell'accesso alla giustizia, con conseguente sacrificio del nucleo intangibile del diritto alla tutela giurisdizionale», entrando in gioco il «pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, co. 2, Cost.) e l'intero impianto dell'inviolabile diritto al processo di cui ai primi due commi dell'art. 24 Cost, il margine di discrezionalità del legislatore, di per sé, particolarmente ampio nella conformazione degli istituti processuali, si riduce sensibilmente⁽³⁰⁾. Di conseguenza, prosegue la Corte, trattandosi di spese, quelle volte a garantire

²⁹ Sulla necessità di trovare un punto di equilibrio fra la garanzia del diritto alla difesa e contenimento della spesa pubblica, si veda anche la recente sentenza della Corte cost., 30 gennaio 2018, n. 16, reperibile su www.dejure.it. Sul punto, cfr. anche R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, II, 389; M. MARINARO, *Il patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti nei procedimenti stragiudiziali di composizione negoziale delle liti civili, tra principi costituzionali ed esigenze di bilancio*, cit., 535 ss.

³⁰ Cfr. – *ex plurimis* – Corte cost., 20 maggio 2021, n. 102, disponibile su www.onelegal.it.

un effettivo diritto di azione e difesa, «costituzionalmente necessarie», inerenti, in senso lato, «all'erogazione di prestazioni sociali incompressibili⁽³¹⁾», l'argomento dell'equilibrio di bilancio recede di fronte alla possibilità, per il legislatore, di intervenire, se del caso, a ridurre quelle spese che non rivestono il medesimo carattere di priorità: è anche in tal senso, che la Corte ha affermato nuovamente che «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»⁽³²⁾.

La sentenza della Corte in commento si presta a diversi spunti di riflessione⁽³³⁾. In primo luogo, si rileva che essa non solo ripristina il rispetto dei parametri costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Cost., ma costituisce anche un importante tassello del mutamento in corso dei sistemi di soluzioni delle liti: ancorare l'aiuto dello Stato solo al patrocinio in giudizio è frutto di una visione superata, nella quale esclusivamente la giurisdizione statale era fonte di giustizia⁽³⁴⁾. Da molti anni le fonti europee ribadiscono invece che l'accesso alla giustizia non si riduce al diritto a un tribunale, ma include anche la possibilità di ricorrere a procedimenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie che, in una prospettiva di giustizia plurale, si pongono in rapporto di complementarità rispetto alla giustizia giurisdizionale⁽³⁵⁾.

Se oggi la tutela dei diritti non è dunque più affidata solo alle procedure giudiziarie, avendo il legislatore nazionale, non solo su impulso dell'ordinamento comunitario⁽³⁶⁾, introdotto anche metodi differenti, diviene un intervento indi-

³¹ In senso conforme, cfr. – *ex plurimis* – Corte cost., 10 aprile 2020, n. 62; Corte cost., 21 dicembre 2020, n. 275; Corte cost., 29 gennaio 2016, n. 10, tutte disponibili su www.onelegal.it.

³² In senso conforme, cfr. Corte cost., 12 luglio 2017, n. 169, disponibile su www.dejure.it.

³³ Tra i quali, sicuramente, uno dei più attuali e scottanti è quello relativo alla demarcazione del confine tra interpretazione costituzionalmente conforme e produzione di norme da parte dei giudici. A questo proposito, si rimanda alle approfondite riflessioni svolte da vari autori su *Questione Giustizia* nel fasc. IV del 2020 su *La Corte Costituzionale nel XXI secolo*.

³⁴ Cfr., sul punto, L.T. CERIZZI, *Commenti alla relazione della Commissione di studio Alpa per la riforma della mediazione*, in *Contratti*, n. 2/2017, 243; C. CONSOLO, *La giustizia civile: quale volto dei nostri processi fra giurisdizione e ADR?*, in *Corriere giur.*, n. 10/2014, 1263; L. BREGGIA, *Mediazione e patrocinio a spese dello Stato: la sentenza della Corte costituzione n. 10 del 2022 nell'evoluzione di gestione dei conflitti*, cit., 12.

³⁵ Già prima della Dir. 2008/52/CE in tema di mediazione civile e commerciale, il Consiglio europeo aveva invitato gli Stati membri a istituire procedure extragiudiziali e alternative al fine di agevolare un miglior accesso alla giustizia: nei considerando della direttiva citata, si ricordano le varie tappe del percorso, dalla riunione di Tampère dell'ottobre 1999 al Libro verde del 2000.

³⁶ Cfr., a tal proposito, l'introduzione, con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni

spensabile, sul piano della coerenza, ampliare l'aiuto economico da parte dello Stato passando dall'aiuto giudiziario all'aiuto giuridico, per chi ha bisogno di avere informazioni o consulenza legale o assistenza, in margine e al di fuori del processo, come già avviene nella maggior parte dei paesi europei⁽³⁷⁾. Da questo punto di vista è tutto il sistema del patrocinio a spese dello Stato che dovrà essere ripensato in modo sistematico dal legislatore alla luce della disciplina di origine comunitaria e dovranno essere considerati anche i casi di mediazione facoltativa o di negoziazione assistita⁽³⁸⁾.

In ultimo, va dato atto che, nella decisione in commento, la Corte rileva che, proprio il giorno della deliberazione della sentenza, era stata definitivamente approvata la legge 26 novembre 2021, n. 206 («Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata»), con la quale viene conferita al Governo una delega legislativa che indica, tra l'altro, tra i principi e criteri direttivi, quello «dell'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione e di negoziazione assistita» (art. 1, co. 4, lett. a). La previsione *de qua* non rileva nel caso esaminato dalla Corte, la quale però richiama l'attenzione del legislatore sulla possibilità «di valutare, nella sua discrezionalità, eventualmente anche in sede di attuazione della legge delega prima richiamata, l'opportunità di introdurre, nel rispetto dei suddet-

dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, del procedimento di negoziazione assistita.

³⁷ P. COMOGLIO, *Giustizia (non) a tutti i costi. Significativo update delle Civil Procedure Rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 145 ss.

³⁸ Quanto a quest'ultima, l'art. 3, d.l. n. 132/2014, si limita unicamente a stabilire che «quando il procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda, all'avvocato non è dovuto il compenso dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato». Come anche affermato da L. BREGGIA, *Mediazione e patrocinio a spese dello Stato: la sentenza della Corte costituzione n. 10 del 2022 nell'evoluzione di gestione dei conflitti*, cit., 13, è dunque di tutta evidenza la dubbia costituzionalità della predetta norma alla luce della pronuncia della Corte costituzionale in commento. Al riguardo, si sottolinea peraltro che, già nel disegno di legge presentato il 31 maggio, dal Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze in tema di spese di giustizia e patrocinio a spese dello Stato, questo veniva esteso anche nelle procedure di negoziazione assistita quando tali procedure costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale con la limitazione che il riconoscimento sarebbe valso però solo se fosse stato raggiunto l'accordo; sulla dubbia legittimità di tale limitazione, si rinvia a M. MARINARO, *Il patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti nei procedimenti stragiudiziali di composizione negoziale delle liti civili, tra principi costituzionali ed esigenze di bilancio*, cit., 535 ss.

ti principi costituzionali, una più compiuta e specifica disciplina della fattispecie oggetto dell'odierno scrutinio».

Il legislatore delegato dovrà dunque indubbiamente tener conto dei rilievi della Corte costituzionale⁽³⁹⁾ e cogliere l'occasione per ricostruire un quadro armonico, privo delle attuali irragionevolezza nel sistema del patrocinio per i non abbienti, prevedendo l'estensione del patrocinio a carico dello Stato non solo per il processo, ma per tutte le forme di gestione delle controversie basate sull'autonomia dei soggetti coinvolti che si svolgono fuori dal processo, indipendentemente da una loro connessione obbligatoria con esso⁽⁴⁰⁾ e indipendentemente dal loro risultato⁽⁴¹⁾, in considerazione anche del fatto che, in una visione a largo raggio, l'impegno economico di cui si tratta potrà tradursi in un minore aggravio per l'Erario, riducendo naturalmente l'accesso alla tutela giurisdizionale.

Evidente appare, aderendo a siffatta prospettazione, il risparmio della spesa pubblica che conseguirebbe alla previsione dell'estensione in parola da parte del legislatore delegato; tale previsione, infatti, avrebbe come effetto, non solo quello di

³⁹ Si consideri poi che l'estensione del patrocinio a carico dello Stato rispetto alla mediazione e alla negoziazione era già prevista nella relazione della Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato presieduta dal Prof. Alpa, nonché nella relazione del successivo Tavolo tecnico istituito nel dicembre 2019 coordinato dalla Prof. Lucarelli. Da ultimo, è stata chiamata a lavorare per la elaborazione di proposte e interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, la Commissione presieduta dal Prof. Luiso, istituita presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia che ha consegnato la relazione finale il 3 giugno 2021. Tutti questi materiali saranno sicuramente all'attenzione dei Gruppi di lavoro istituiti dalla Ministra della Giustizia Cartabia, con d.m. 14 gennaio 2022, per l'elaborazione degli schemi di decreto legislativo per l'attuazione della l. n. 206/2021.

⁴⁰ Cfr. sul punto M. VACCARI, *È incostituzionale l'esclusione della mediazione obbligatoria dal patrocinio a spese dello Stato*, cit., 5, secondo cui «sarebbe invece irragionevole e discriminatorio non prevedere il patrocinio a carico dello Stato per i metodi stragiudiziali di composizione delle liti anche se non sono obbligatori: è evidente la discriminazione rispetto agli abbienti o ai non abbienti coinvolti in una controversia transfrontaliera nonché la non conformità alla Direttiva europea 2008/52/CE che prevede come obiettivo fondamentale quello di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario (art. 1)».

⁴¹ Sul punto, cfr. L. BREGGIA, *Mediazione e patrocinio a spese dello Stato: la sentenza della Corte costituzione n. 10 del 2022 nell'evoluzione di gestione dei conflitti*, cit., 14 secondo cui «ancorare il patrocinio a carico dello Stato al raggiungimento dell'accordo sarebbe irragionevole perché questo risultato prescinde dalla competenza e dalla serietà della funzione di assistenza svolta dall'avvocato e d'altronde deve essere frutto di una libera scelta delle parti».

garantire un effettivo diritto all'accesso alla giustizia per i non abbienti (diritto che la stessa Consulta, nella sentenza in commento, giudica prevalente rispetto alle esigenze di equilibrio di bilancio), ma anche quello di ridurre sensibilmente i processi e, con essi, le relative spese di giustizia e il sovraccarico dei ruoli, specie nei casi in cui le procedure stragiudiziali menzionate siano previste quali condizioni di procedibilità della domanda, rendendo l'esperimento delle medesime realmente effettivo e disincentivando il contorto meccanismo generatosi del ricorso alla giustizia per il conseguimento da parte degli avvocati di quanto dovuto a titolo di onorari, anche nei casi in cui le strade per una conciliazione tra le parti risultino ampiamente percorribili, offrendo in tal modo una reale *chance* di risoluzione del loro conflitto. L'estensione dell'istituto in parola incentiverebbe altresì il ricorso a tali meccanismi, da parte di coloro che si trovino nelle condizioni economiche per poter accedere al patrocinio a carico dell'Erario, nei casi in cui le procedure menzionate siano previste come meramente facoltative, favorendo la ricerca di soluzioni di compromesso e conciliative tra le parti, spesso frutto di reciproche concessioni e dunque di gran lunga maggiormente accolte.

ABSTRACT:

Il presente lavoro si ripropone di analizzare l'istituto del patrocinio a carico dello Stato in relazione ai procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie, alla luce della recentissima sentenza della Corte costituzionale del 20 gennaio 2022, n. 10, e delle direttive di riforma intraprese dal legislatore nazionale.

The purpose of this paper is to analyse the institution of legal aid to the State in relation to out-of-court dispute resolution proceedings, in the light of the most recent judgment of the Constitutional Court of 20 January 2022, n. 10, and the reform directives undertaken by the national legislator.

**Cass. civ., Sez. un.,
8 luglio 2021, n. 19427**

PRESIDENTE CURZIO - ESTENSORE DO-
RONZO

Oneri professionali – parametri compen-
si professionali – parcella delle spe-
se e prestazioni – decreto ingiuntivo

*L'art. 636 c.p.c. (vigente e non intac-
cato né dalla legge 31 dicembre 2012,
n. 247 e relativi Decreti Ministeriali at-
tuativi, né dalla Legge n. 27 del 2017)
consente all'avvocato di agire per la
richiesta dei compensi per prestazioni
professionali con la procedura moni-
toria, ai sensi dell'art. 633 c.p.c., com-
ma 10, n. 2), sulla base della parcella
e del parere di congruità rilasciato dal
competente consiglio dell'ordine reso,
a partire dall'abolizione del sistema ta-
riffario disposto con L. n. 27 del 2012,
alla luce del sistema dei parametri per i
compensi professionali di cui alla L. 31
dicembre 2012, n. 247, e relativi Decre-
ti Ministeriali attuativi.*

[massima ufficiale]

DALLA MOTIVAZIONE

[omissis]

Questa Corte si è già interrogata sull'in-
quadramento dogmatico dell'istituto di-

sciplinato dall'art. 363 c.p.c., rubricato
“Principio di diritto nell'interesse della
legge”, e, nell'escluderne la natura di
azione di impugnazione volta all'annul-
lamento della decisione di merito vizia-
ta, ne ha delineato la fisionomia quale
procedimento autonomo, iscrivibile
nelle funzioni della Corte di cassazione,
cui è demandato il controllo nomofilat-
tico anche con riferimento a provve-
dimenti di natura non decisoria (Cass.
Sez.Un. 1 giugno 2010, n. 13332).

2.1. Si tratta di un procedimento del
tutto peculiare, in cui non è prevista la
instaurazione di un vero e proprio con-
traddittorio, con la notifica della richie-
sta del Procuratore generale alle parti
o ad eventuali controinteressati, i quali
sono privi di legittimazione a partecipa-
re al procedimento, non essendo confi-
gurabile in capo agli stessi un interesse
giuridicamente rilevante ad intervenire
in un processo destinato a concludersi
con una pronuncia che, per espresso
dettato legislativo, non spiega efficacia
nei loro confronti (art. 363 c.p.c., u.c.:
cfr. Cass. Sez. Un. 13332/2010).

2.2. Il procedimento, seguito alla ri-
chiesta del Procuratore generale e di-
sciplinato dall'art. 363 c.p.c., comma 1,
richiede la ricorrenza dei seguenti pre-
supposti processuali (v. Cass. Sez. Un.
18 novembre 2016, n. 23469):

a) la pronuncia di uno specifico provvedimento giurisdizionale non impugnato o non impugnabile né ricorribile per cassazione; b) l'illegittimità del provvedimento stesso (o, in caso di pluralità di provvedimenti divergenti, di almeno uno di essi), quale indefettibile momento di collegamento ad una controversia concreta; c) un interesse della legge, quale interesse pubblico all'affermazione di un principio di diritto per l'importanza di una sua formulazione espressa.

2.3. Queste condizioni ricorrono nel caso in esame.

Non è infatti in discussione che il provvedimento di rigetto del ricorso per decreto ingiuntivo non sia ricorribile per cassazione, neppure ai sensi dell'art. 111 Cost., in quanto non è suscettibile di passare in cosa giudicata (Cass. Sez. Un. 19 aprile 2010, n. 9216).

2.4. L'esistenza presso alcuni tribunali d'Italia, con caratteristiche e dimensioni analoghe al Tribunale di Roma (come Napoli, Palermo, Torino), di un orientamento opposto a quello seguito da quest'ultimo Ufficio rende apprezzabile la sussistenza di un interesse ad una pronuncia che, "prescindendo completamente dalla tutela dello ius litigatoris, si sostanzia nella stessa enunciazione del principio di diritto richiesta alla Corte, finalizzata alla stabilizzazione

della giurisprudenza" (Cass. Sez. Un. 13332/2010).

3. La richiesta della Procura generale è fondata.

3.1. Secondo i recenti arresti di queste Sezioni unite, gli strumenti processuali utilizzabili dagli avvocati per ottenere il pagamento del compenso per prestazioni giudiziali civili sono il procedimento per decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 633 c.p.c. e segg., e lo speciale procedimento previsto dalla L. 13 giugno 1942, n. 794, art. 28, nel testo sostituito dal D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150, art. 14 (Cass. Sez. Un. 23 febbraio 2018, n. 4485; Cass. 19 febbraio 2020, n. 4247). Si è infatti affermato che "il "procede" di cui all'art. 28, coniugato con l'alternativa previsione del solo procedimento monitorio, destinato, però, ad evolversi nell'opposizione secondo il rito sommario, giustifica l'affermazione che la controversia di cui alla L. n. 794 del 1942, art. 28, deve necessariamente introdursi con le due alternative forme da tale norma previste, restando escluso, invece, che si possa introdurre con il rito ordinario e con quello sommario codicistico" (cfr. Cass. n. 4247/2020).

3.2. Il procedimento per ingiunzione a tutela del credito relativo ad onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziale è

disciplinato dall'art. 633 c.p.c., comma 1, n. 2, e art- 636 c.p.c.

L'art. 633, comma 1, n. 2, nella parte che qui rileva, dispone che: "su domanda di chi è creditore di una somma liquida di danaro... il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento....

2) se il credito riguarda onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, procuratori, cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la sua opera in occasione di un processo".

L'art. 636, rubricato "Parcella delle spese e prestazioni" prevede che: "Nei casi previsti nei numeri 2 e 3" (il numero 3 riguarda prestazioni professionali di soggetti diversi da quelli indicati al numero 2, cioè notai o altro esercente la libera professione o arte per la quale esiste una tariffa legalmente approvata), "la domanda deve essere accompagnata dalla parcella delle spese e prestazioni, munita della sottoscrizione del ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale. Il parere non occorre se l'ammontare delle spese e delle prestazioni è determinato in base a tariffe obbligatorie".

3.3. Secondo la dottrina, seguita anche dalla giurisprudenza di questa Corte (da ultimo, Cass. 12 novembre 2019, n. 29212), per tariffe obbligatorie si intendono quelle tariffe per le quali l'am-

montare del compenso è determinato in un importo fisso, sicché il giudice non ha che da attenersi ad esse, senza alcun margine di valutazione. A tale ipotesi, la stessa dottrina affianca quella in cui, pur prevedendo le tariffe importi variabili tra un massimo ed un minimo, il compenso sia stato richiesto nella misura minima. In questi due casi, il parere non è necessario perché la tariffa, nella sua obbligatoria predeterminazione, è idonea a fornire la prova del compenso.

3.4. Le tariffe che escludono la discrezionalità del giudice nella determinazione del concreto ammontare dei compensi dovuto sono dunque solo quelle fisse (cc.dd. tariffe obbligatorie alle quali si riferisce anche l'art. 636, comma 1, ult. parte c.p.c.), dato che solo queste sono astrattamente idonee ad integrare direttamente il contratto.

Al contrario, quelle con la previsione di un massimo e di un minimo hanno solo la funzione di fissare i limiti dell'autonomia privata e di dettare i criteri di liquidazione che, in mancanza di accordo, il giudice è tenuto a rispettare, senza pregiudizio per i margini di discrezionalità che i criteri stessi consentono: esse non hanno invece la funzione di attribuire al professionista l'unilaterale ed incensurabile potestà di indicare, sia pure nei limiti segnati dalla tariffa, il compenso dovuto dal proprio clien-

te, e, in altri termini, di integrare, con la propria determinazione volitiva, il contenuto del contratto, fissando l'oggetto della obbligazione principale del cliente (Cass. 30 ottobre 1996, n. 9514; Cass. n. 29212/2019, cit.).

3.5. Al di fuori delle ipotesi di tariffe fisse e stando al tenore letterale delle due disposizioni (art. 633e636 c.p.c.), la prova del credito necessaria per la emanazione del decreto ingiuntivo è data da questi due elementi combinati: in primo luogo, la parcella sottoscritta dal ricorrente, la cui funzione è quella di fornire la prova dell'effettuazione delle prestazioni e delle spese. Essa costituisce una dichiarazione unilaterale assistita da una presunzione di veridicità, in quanto l'iscrizione all'albo del professionista è una garanzia della sua personalità; le "poste" o "voci" in essa elencate, in mancanza di specifiche contestazioni del cliente, non possono essere disconosciute dal giudice (Cass. Sez. Un. 18 giugno 2010, n. 14699; vedi Corte Cost. n. 137/1984).

3.6. In secondo luogo, è necessario il parere dell'organo professionale la cui funzione è quella di esprimere un giudizio critico sulla parcella. Si tratta di un atto amministrativo, compreso nelle attribuzioni dei consigli dell'ordine, i quali sono tenuti a rilasciarlo (arg.L. 31

dicembre 2012, n. 247, ex art. 13, comma 9; R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 14, comma 1, lett. d)).

3.7. Circa l'ampiezza di questo "opinamento", in particolare se esso assolva la sola funzione di esprimere un giudizio di congruità del compenso richiesto, ovvero se esso attesti anche l'effettività delle prestazioni professionali del cui pagamento si discute, questa Corte ha avuto modo di affermare che il parere di congruità, quale atto soggettivamente ed oggettivamente amministrativo, emesso nell'esercizio di poteri autoritativi, non si esaurisce in una mera certificazione della rispondenza del credito alla tariffa professionale ma implica la valutazione di congruità del "quantum", attraverso un motivato giudizio critico (cfr. Cass. Sez. Un. 12 marzo 2008, n. 6534; Cass. Sez. Un. 27 gennaio 2009, n. 1874; Cass. Sez. Un. 24 giugno 2009, n. 14812; Cass. Sez. Un. 29 ottobre 1992, n. 11765; Cons. St. 24 maggio 2005, n. 2630, secondo cui il giudizio di congruità, pur avendo una finalità obiettiva, non può tradursi in una determinazione che prescindendo dal considerare l'effettiva realtà delle prestazioni professionali rese).

3.8. L'art. 636 c.p.c., u.c., prescrive che il giudice, se non rigetta il ricorso a norma dell'art. 640 c.p.c., deve attenersi al

parere nei limiti della somma domandata, salva la correzione degli errori materiali. Il parere di congruità ha dunque un'efficacia vincolante in sede di emissione di decreto ingiuntivo (Cass. 7 maggio 1997, n. 3272; Cass. 27 gennaio 2009, n. 1874), ma perde questa efficacia nel giudizio di opposizione *ex art. 645 c.p.c.*, nel quale il giudice è libero di discostarsene, salvo l'obbligo di fornire congrua motivazione, spettando in ogni caso al professionista, nella sua qualità di attore, fornire gli elementi dimostrativi della pretesa, per consentire al giudice la verifica delle singole prestazioni svolte e la loro corrispondenza con le voci e gli importi indicati nella parcella (Cass. 20 agosto 2019, n. 21522; Cass. 15 gennaio 2018, n. 712; Cass. 20 aprile 2006, n. 9254; Cass. 26 settembre 2005, n. 18775).

4. La norma architrave è data dall'art. 2233 c.c., a tenore del quale il compenso dovuto per le prestazioni d'opera intellettuale, se non è convenuto dalle parti e se non può essere stabilito secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene.

4.1. La disposizione pone una gerarchia di carattere preferenziale tra i vari criteri di determinazione del compenso,

attribuendo rilevanza, in primo luogo, alla convenzione intervenuta fra le parti (la quale deve essere redatta per gli avvocati in forma scritta, a pena di nullità), e poi, esclusivamente in mancanza di quest'ultima ed in ordine successivo, alle tariffe ed agli usi (della cui sopravvivenza è peraltro legittimo dubitare, in ragione dell'eliminazione del sistema tariffario avviata con il D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella L. 4 agosto 2006, n. 248) e, infine, alla determinazione del giudice, previo parere dell'associazione professionale.

4.2. Il ricorso ai criteri sussidiari (tariffe professionali, usi, decisione giudiziale) è così precluso al giudice quando esiste uno specifico accordo tra le parti, le cui pattuizioni risultano preminenti su ogni altro criterio di liquidazione (Cass. 29 novembre 2019, n. 31311; Cass. 25 gennaio 2017, n. 1900; Cass. 29 dicembre 2011, n. 29837; Cass. 29 gennaio 2003, n. 1317; Cass. 23 maggio 2000, n. 6732).

5. In questo assetto normativo, non è dubitabile che le tariffe svolgano una funzione integrativa della norma e suppletiva per il giudice, il quale se ne avvale quale criterio di riferimento nella determinazione del compenso al professionista, se ed in quanto manchi un accordo tra professionista e cliente sul-

la sua misura, ovvero non esistano tariffe obbligatorie. Fuori da questi ultimi due casi, l'esercizio da parte del giudice del potere discrezionale di liquidazione del compenso trova limite nell'obbligo, per lo stesso giudice, di acquisire il parere della competente associazione professionale, dal quale può legittimamente discostarsi a condizione, però, di fornire adeguata motivazione (Cass. 19 maggio 2017, 12681; Cass. 5 gennaio 2011, n. 236; v. anche Cass. 22 gennaio 2000, n. 694) e di non ricorrere al criterio dell'equità (Cass. 22 maggio 1998, n. 5111).

5.1. Si è così affermato che “In tema di compenso spettante all'avvocato, l'acquisizione del parere dell'ordine professionale è obbligatoria soltanto nel procedimento d'ingiunzione, secondo quanto prescritto dall'art. 636 c.p.c., comma 1, quando l'ammontare del relativo credito non sia determinato in base a tariffe fisse. Al di fuori del predetto ambito, la necessità del parere non è in funzione del procedimento giudiziale adottato, camerale o a cognizione piena, né dipende dal fatto che il credito sia azionato dal professionista stesso o dai suoi eredi, ma è dettata dalla tipologia del corrispettivo, nel senso che è indispensabile soltanto se esso non possa essere determinato in base a tariffe, ovvero queste, pur esistenti, non siano

vincolanti” (Cass. n. 236/2011, cit.).

6. Il D.L. 24 gennaio 2012, n. 11, intitolato “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”, e convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, ha modificato in parte qua la disciplina delle professioni.

L'art. 9, rubricato “Disposizioni sulle professioni regolamentate”, ha abrogato le tariffe regolamentate nel sistema ordinistico (art. 9, comma 1). Ha tuttavia previsto che, ferma l'abrogazione, nel caso di liquidazione del compenso del professionista da parte di un organo giurisdizionale, il giudice deve far riferimento a parametri stabiliti con decreto del Ministro vigilante, da adottare in un termine prefissato (comma 2); le tariffe mantengono un'ultrattività fino all'entrata in vigore dei decreti ministeriali (e comunque, non oltre il centovesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto (comma 3).

6.1. La legge ribadisce che il compenso per le prestazioni professionali deve essere pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico professionale: “In ogni caso la misura del compenso è previamente resa nota al cliente obbligatoriamente, in forma scritta o digitale,

con un preventivo di massima, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi. Al tirocinante è riconosciuto un rimborso spese forfettariamente concordato dopo i primi sei mesi di tirocinio" (L. n. 27 del 2012, art. 9, comma 4, seconda parte, come modificato dalla L. n. 124 del 2017, art. 1, comma 150).

L'art. 9, comma 5, L. cit. dispone, infine, che "Sono abrogate le disposizioni vigenti che, per la determinazione del compenso del professionista, rinviano alle tariffe di cui al comma 1".

6.2. In attuazione di quanto disposto dall'art. 9, comma 2, L. cit. è stato emanato il D.M. 20 luglio 2012, n. 140, contenente il "Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia".

Il D.M. n. 140 del 2012, art. 1, dispone che, in difetto di accordo tra le parti in ordine al compenso, l'organo giurisdizionale che deve liquidare il compenso dei professionisti di cui al regolamento è tenuto ad applicare le disposizioni ivi contenute.

Lo stesso art. 1 aggiunge che l'organo giurisdizionale può sempre applicare

analogicamente le disposizioni del decreto ai casi non espressamente regolati dallo stesso.

Infine, il comma 3 chiarisce che "i compensi liquidati comprendono l'intero corrispettivo per la prestazione professionale, incluse le attività accessorie alla stessa".

6.3. Il capo II del D. M. reca le disposizioni concernenti gli avvocati. Si tratta di norme che ricalcano nella struttura le disposizioni già contenute nel D.M. 8 aprile 2004, n. 127, prevedendo una parte normativa, di carattere generale e relativa a più professioni, e una parte, più propriamente economica, contenente le tabelle dei compensi (tabelle A e B per gli avvocati).

6.4. Con successiva L. 31 dicembre 2012, n. 247, è stata approvata "la nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense". In linea di continuità con la L. n. 27 del 2012 (art. 9), la L. n. 247 del 2012, con l'art. 13, ha disposto l'abolizione tout court delle tariffe professionali, rinviando a successivi decreti ministeriali l'individuazione di "parametri" per la determinazione ovvero per la liquidazione in giudizio dei compensi dei professionisti.

Ha quindi ribadito la regola che i parametri si applicano quando non vi è una pattuizione tra le parti (art. 13, comma

6). Per gli avvocati i parametri sono stati introdotti con il D.M. 10 marzo 2014, n. 55. A differenza delle tariffe, i parametri non distinguono più tra diritti e onorari, ma accorpano in fasi distinte la molteplicità delle attività compiute dal professionista.

6.5. La L. n. 247 del 2012, art. 13, dopo aver previsto che l'avvocato può esercitare l'attività professionale anche in proprio favore e anche a titolo gratuito, dispone, per quel che rileva in questa sede, che "2. Il compenso spettante al professionista è pattuito di regola per iscritto all'atto del conferimento dell'incarico professionale. 3. La pattuizione dei compensi è libera (...) 5. Il professionista è tenuto, nel rispetto del principio di trasparenza, a rendere noto al cliente il livello della complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico; è altresì tenuto a comunicare in forma scritta a colui che conferisce l'incarico professionale la prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo fra oneri, spese, anche forfetarie, e compenso professionale. 6. I parametri indicati nel decreto emanato dal Ministro della giustizia, su proposta del CNF, ogni due anni, ai sensi dell'art. 1, comma 3, si applicano quando all'atto dell'incarico

o successivamente il compenso non sia stato determinato in forma scritta, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, in caso di liquidazione giudiziale dei compensi e nei casi in cui la prestazione professionale è resa nell'interesse di terzi o per prestazioni officiose previste dalla legge. 7. I parametri sono formulati in modo da favorire la trasparenza nella determinazione dei compensi dovuti per le prestazioni professionali e l'unitarietà e la semplicità nella determinazione dei compensi. (...) 9. In mancanza di accordo tra avvocato e cliente, ciascuno di essi può rivolgersi al consiglio dell'ordine affinché esperisca un tentativo di conciliazione. In mancanza di accordo il consiglio, su richiesta dell'iscritto, può rilasciare un parere sulla congruità della pretesa dell'avvocato in relazione all'opera prestata".

7. Anche nella prospettiva della legge professionale, l'accordo sul compenso tra professionista e cliente continua a mantenere la priorità su ogni altro criterio di determinazione della remunerazione del professionista.

Questa affermazione deve tuttavia essere temperata alla luce della L. n. 247 del 2012, art. 13 bis, introdotto dal D.L. 16 ottobre 2017, n. 148, art. 19 quaterdecies, comma 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 dicembre 2017,

n. 172, e rubricato “Equo compenso e clausole vessatorie”.

Si tratta di norma che, - in caso di compenso pattuito nell’ambito di convenzioni intercorse tra avvocati iscritti all’albo e alcune categorie di imprese (che per dimensioni rendono apprezzabile il rischio di uno squilibrio contrattuale tra il professionista e l’impresa) ed aventi ad oggetto l’attività di patrocinio, consulenza legale e assistenza legale stragiudiziale -, attribuisce al giudice il potere di accertare la “non equità del compenso”.

7.1. A tal fine il legislatore considera “equo” il compenso quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, e conforme ai parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia adottato ai sensi dell’art. 13, comma 6 (art. 13 bis, comma 2, come modificato dalla L. 27 dicembre 2017, n. 205, comma 487)

7.2. L’art. 13 bis, dispone che il giudice, una volta accertata la “non equità” del compenso dichiara la nullità della relativa clausola e, sostituendosi alla volontà delle parti, determina il compenso dell’avvocato “tenendo conto dei parametri previsti dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giusti-

zia adottato ai sensi dell’art. 13, comma 6” (comma 10).

7.3. Infine, il comma 11 dell’art. 13 bis, L. cit. dispone che, per quanto non previsto nello stesso art. 13 bis, “alle convenzioni di cui al comma 1 si applicano le disposizioni del codice civile” (comma 11). Il rinvio non può non contemplare anche l’art. 2233 c.c., nella parte in cui dispone che, in mancanza di accordo tra le parti, il compenso è determinato dal giudice in base alle tariffe, in tal modo attribuendo al giudice un potere discrezionale insindacabile in cassazione se congruamente motivato (sul potere discrezionale del giudice la giurisprudenza, anche risalente, è costante: v. Cass. 31 gennaio 2017, n. 2386; Cass. 18 aprile 1998, n. 3982; Cass. 30 ottobre 1996, n. 9514).

8. Per completare il quadro normativo, deve ricordarsi il D.M. n. 14 marzo 2014, n. 55 (“Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell’art. 13, comma 6, della L. 31 dicembre 2012, numero 247”), di recente novellato dal D. M. 8 marzo 2018, n. 37, con il quale sono stati aggiornati i parametri per la liquidazione dei compensi agli avvocati.

8.1. Sotto il profilo intertemporale, può dirsi ormai dato acquisito il principio secondo cui “i nuovi parametri sono da applicare ogni qual volta la liquidazione giudiziale intervenga in un momento successivo alla data di entrata in vigore del predetto decreto e si riferisca al compenso di un professionista che, a quella data, non abbia ancora completato la propria prestazione professionale, ancorché tale prestazione abbia avuto inizio e si sia in parte svolta in epoca precedente, quando ancora erano in vigore le tariffe professionali abrogate. Ne deriva che le tariffe abrogate possono trovare ancora applicazione qualora la prestazione professionale di cui si tratta si sia completamente esaurita sotto il vigore delle precedenti tariffe. Deve invece applicarsi il D.M. n. 140 del 2012, con riferimento a prestazioni professionali (iniziate prima, ma) ancora in corso quando detto decreto è entrato in vigore ed il giudice deve procedere alla liquidazione del compenso” (in tal senso con giurisprudenza ormai costante, Cass. Sez. Un. 12 ottobre 2012, n. 17405; cfr. anche Cass. Sez. Un. 18 dicembre 2012, n. 23318; Cass. 4 luglio 2018, n. 17577).

9. Possono così trarsi le seguenti conclusioni.

9.1. L'accordo con il quale le parti sta-

biliscono la misura del compenso non è elemento essenziale del contratto di patrocinio, il quale è vincolante tra le parti fin dal momento in cui il professionista accetta l'incarico. Al riguardo, è chiaro la L. n. 247 del 2012, art. 14, comma 10, nella parte in cui stabilisce che “il mandato professionale si perfeziona con l'accettazione”.

Alla chiarezza di tale disposizione devono aggiungersi le norme contenute nella L. n. 247 del 2012, art. 13, commi 2 e 9, nella parte in cui, rispettivamente, prevedono che il compenso è pattuito “di regola” all'atto del conferimento dell'incarico, che, in caso di mancanza di accordo tra avvocato e cliente, ciascuno di essi può rivolgersi al consiglio dell'ordine affinché esperisca un tentativo di conciliazione e che, in caso di mancanza di accordo, su richiesta dell'iscritto, il consiglio può rilasciare un parere sulla congruità della pretesa dell'avvocato in relazione all'opera prestata.

9.2. Può invero convenirsi con autorevole dottrina secondo cui, ferma la presunzione di onerosità del contratto di prestazione d'opera professionale, la misura del compenso può essere determinata anche successivamente alla stipulazione del contratto, o progressivamente precisata e dettagliata a seconda dell'andamento della prestazione, ca-

ratterizzata da fasi alterne di programmazione e attuazione, tipiche dei contratti aventi ad oggetto un “facere”.

9.3. Le stesse norme chiariscono che, quando all’atto dell’incarico o successivamente, il compenso non sia stato determinato in forma scritta, e, comunque, in ogni caso di mancata determinazione consensuale, il compenso è liquidato dal giudice “con riferimento ai parametri stabiliti con decreto del ministro vigilante” (L. n. 247 del 2012, art. 13, comma 6; v. pure art. 13 bis, comma 10). E la liquidazione del giudice non si riferisce solo alla liquidazione delle spese di giudizio nei confronti del soccombente ma anche a quella relativa ai compensi nei rapporti tra professionista e cliente (Cass. 10 maggio 2013, n. 11232; Cass. 7 maggio 2015, n. 9237). Questa possibilità di supplire alla mancanza di accordo attraverso la determinazione giudiziale rende difficilmente configurabile una nullità del contratto per indeterminabilità dell’oggetto.

9.4. E se la determinazione giudiziale deve tener conto dei parametri ministeriali (arg. L. n. 247 del 2012, ex artt. 13 e 13 bis), essi entrano nella struttura delle norme relative alla liquidazione dei compensi dei professionisti e le completano fornendo al giudice un criterio di riferimento nell’attività a lui

demandata, pur negli spazi di discrezionalità che le tabelle di cui al decreti ministeriali offrono, sia nella parte in cui prevedono minimi e massimi sia lì dove consentono al giudice di aumentare o ridurre i compensi.

10. Appare dunque evidente come tra le tariffe abrogate e i nuovi parametri corra una forte analogia se non una sostanziale omogeneità: come è stato osservato in dottrina, al di là delle differenze terminologiche e degli organi deputati alla loro predisposizione (ordini professionali per le tariffe, il ministero vigilante per i parametri), “i due concetti sottintendono fenomeni del tutto analoghi, poiché si tratta di strumenti entrambi volti a determinare il compenso dovuto al professionista per lo svolgimento della sua attività nei casi in cui non sia possibile far riferimento ad un accordo tra le parti”.

10.1. Tanto le tariffe quanto i parametri funzionano come criteri integrativi della remunerazione professionale; come per le tariffe, anche i decreti ministeriali, nella formulazione dei parametri, devono rispettare criteri che tengano conto dell’onore e del decoro della professione, delle caratteristiche, dell’urgenza e del pregio dell’attività prestata, nonché di tutti gli altri elementi indicati nel D.M. 10 marzo 2014, n. 55, art. 4.

10.2. Al pari delle tariffe, anche i parametri devono tener conto del valore delle singole controversie, come dispone l'art. 2233 c.c., comma 2, nella parte in cui prevede che il compenso deve essere adeguato "all'importanza dell'opera" (cfr. anche L. n. 794 del 1942, art. 3, per il quale "Gli onorari a carico della parte soccombente sono liquidati tenendo conto della natura e del valore della controversia, del numero e dell'importanza delle questioni trattate, del grado dell'autorità adita, con speciale riguardo all'attività dall'avvocato personalmente svolta davanti al giudice").

10.3. Ne' vale osservare che, attraverso questa equiparazione si finisce per reintrodurre surrettiziamente le tariffe, in violazione delle norme Euro,unitarie: al riguardo sembra sufficiente ricordare che la Corte di giustizia ha ritenuto la disciplina nazionale in tema di minimi e massimi tariffari conforme al sistema comunitario (Corte di giustizia 19 febbraio 2002, n. 35, Arduino, C-35/99), in considerazione dell'essenziale duplice rilievo, in forza del quale, in primo luogo, il progetto di predisposizione delle tariffe redatto dall'organizzazione di categoria incaricata non è di per sé vincolante, poiché il Ministro ha il potere di far modificare tale progetto;

in secondo luogo, perché in ogni caso la normativa nazionale prevede che la liquidazione degli onorari è fatta dagli organi giudiziari in base a criteri da essa stessa stabiliti, autorizzando il giudice a derogare, in talune circostanze eccezionali con decisione debitamente motivata, ai limiti massimi e minimi fissati (cfr. Corte di giustizia 5 maggio 2008, Hospital Consulting, C-386/07).

10.4. Ne' paiono decisive, nel senso di far propendere per la tesi sostenuta dal Tribunale di Roma, le differenze evidenziate dalla dottrina tra il sistema tariffario e quello parametrico, quest'ultimo indubbiamente più semplice dal momento che accorpa in specifiche fasi la molteplicità degli atti compiuti dal professionista, senza tener conto delle singole e specifiche attività compiute, ed in tal senso ritenuto meno remunerativo.

Si tratta invero di una diversa tecnica di liquidazione, senz'altro più semplice e comprensibile (v. L. n. 247 del 2012, art. 13, comma 7, a norma del quale "i parametri sono formulati in modo da favorire la trasparenza e l'unitarietà e semplicità nella determinazione dei compensi"), che non incide tuttavia sulla funzione essenziale del meccanismo.

10.5. Conclusivamente, anche i parametri, non diversamente dalle tariffe, operano come fonte sussidiaria e sup-

pletiva, alle quali è dato ricorrere, in forza delle disposizioni speciali, nonché dell'art. 2233 c.c., nella liquidazione giudiziale dei compensi al professionista nel caso in cui non risulti stipulato con il cliente un accordo sul compenso medesimo o sorga una lite tra le due parti del rapporto. Analogo potere è riconosciuto al giudice in caso di compenso pattuito nell'ambito delle speciali convenzioni disciplinate nella L. n. 247 del 2012, art. 13 bis, qualora il giudice lo ritenga "non equo".

11. Neppure l'argomento letterale tratto dalla formulazione della L. n. 27 del 2012, art. 9, comma 5, ("Sono abrogate le disposizioni vigenti che, per la determinazione del compenso del professionista, rinviano alle tariffe di cui al comma 1") conduce ad una soluzione diversa rispetto a quella prospettata dalla Procura generale.

11.1. La legge professionale di cui al R.D.L. n. 1578 del 1933, art. 14, lett. d), tuttora vigente, nella parte in cui attribuisce ai consigli dell'ordine il compito di dare il parere sulla liquidazione degli onorari di avvocato "nel caso preveduto dall'art. 59, e negli altri casi in cui è richiesto a termini delle disposizioni vigenti", non rinvia alle tariffe.

11.2. Altrettanto è a dirsi con riguardo alle norme del codice di rito (art. 633

c.p.c., comma 1, n. 2, e art. 636 c.p.c.), le quali non discorrono di tariffe, ma si limitano a richiamare la parcella dell'avvocato sottoscritta dal ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale.

11.3. Quanto al parere di congruità, esso è tuttora richiamato nella L. n. 247 del 2012, art. 29, comma 1, lett. l), il quale prevede che, tra i compiti del consiglio dell'ordine, vi è la formulazione di pareri sulla liquidazione dei compensi spettanti agli iscritti; e la norma si raccorda con la L. n. 247 del 2012, art. 13, comma 9, nella parte in cui dispone che il consiglio, su richiesta dell'iscritto, può rilasciare un parere sulla congruità della pretesa dell'avvocato.

Ne' si ravvisano disposizioni che limitano l'efficacia del suddetto parere al solo procedimento di liquidazione dei compensi L. 13 giugno 1942, n. 794, ex art. 28.

11.4. Pertanto, non solo manca nell'art. 633 c.p.c., comma 1, n. 2, e art. 636 c.p.c., ogni riferimento alle tariffe - sicché anche dal punto di vista letterale non può configurarsi alcuna abrogazione espressa L. n. 1 del 2012, ex art. 9, comma 5, -, ma neppure può ravvisarsi un'abrogazione tacita per incompatibilità, la quale ricorre solo quando tra le norme precedenti e quelle successive vi

sia una contraddizione tale da renderne impossibile la contemporanea applicazione, cosicché dalla applicazione ed osservanza della nuova legge non possono derivare la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra (Cass. Sez. Un. 16 maggio 2013, n. 11833).

Ipotesi, queste, non ricorrenti nel caso di specie, una volta che l'intero complesso normativo, come su illustrato, dà conto della possibilità di una liquidazione giudiziale del compenso professionale ancorata a parametri predeterminati.

11.5. In definitiva, la tesi secondo cui lo smantellamento del sistema tariffario ha comportato l'abrogazione tout court delle norme che lo richiamano, e in particolare delle norme del codice di rito, non è sorretta da alcun indice normativo e neppure da validi criteri ermeneutici: valga a riguardo la semplice considerazione, già evidenziata dalla Procura richiedente, che, a voler seguire la tesi avversata, si dovrebbero ritenere abrogate una serie di disposizioni (della cui attuale vigenza non è dubitabile: v., ad es. art. 75 disp. att. c.p.c., in tema di deposito della nota spese, D.P.R. n. 115 del 2002, art. 82, in tema di liquidazione dell'onorario in favore del difensore della parte ammessa al gratuito patrocinio; art. 1709 c.c., relativa compenso del mandatario e, soprattutto, gli artt. 2225e2233 c.c.), con il conseguente ef-

fetto paradossoso di privare il giudice del ruolo che l'ordinamento espressamente gli attribuisce nella determinazione del compenso, in funzione di garanzia per entrambe le parti del contratto di prestazione d'opera intellettuale.

11.6. In altri termini, l'effetto abrogativo deve ritenersi limitato solo alla parte in cui la norma rinvia alla fonte di rango inferiore ormai soppressa, lasciando per il resto in tutto e per tutto inalterata la relativa struttura: la previsione del diverso criterio di liquidazione dei compensi, costituito dai parametri, comporta l'effetto sostitutivo dell'elemento abrogato con il nuovo sistema, ritenuto dal legislatore più congruo e agevole rispetto al precedente.

11.7. La previsione, inoltre, del potere-dovere del consiglio dell'ordine degli avvocati di rilasciare il parere di congruità sulla pretesa dell'avvocato, in relazione all'opera prestata, come contenuta nello stesso art. 13, comma 9, ricompona la norma di cui all'art. 633 c.c., comma 1, n. 2, e art. 636 c.c., nei suoi elementi essenziali e ricostruisce il procedimento monitorio puro nei termini di equipollenza prova scritta-parcella, ferma restando la necessità del parere, surrogabile solo da tariffe obbligatorie (nei limiti su indicati:v.p.3.3.).

12. In definitiva, va accolta la richiesta del Procuratore generale presso la Corte di cassazione e così affermati i seguenti principi di diritto: “In tema di liquidazione del compenso all’avvocato, l’abrogazione del sistema delle tariffe professionali per gli avvocati, disposta dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla L. 27 marzo 2012, n. 27, non ha determinato, in base all’art. 9 D.L. n. cit., l’abrogazione dell’art. 636 c.p.c. Anche a seguito dell’entrata in vigore del D.L. n. 1 del 2012, convertito dalla L. n. 27 del 2012, l’avvocato che inten-

per prestazioni professionali può avvalersi del procedimento per ingiunzione regolato dagli artt. 633 e 636 c.p.c., ponendo a base del ricorso la parcella delle spese e prestazioni, munita della sottoscrizione del ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale, il quale sarà rilasciato sulla base dei parametri per compensi professionali di cui alla L. 31 dicembre 2012, n. 247, e di cui ai relativi decreti ministeriali attuativi”.

[omissis]

FRANCESCO PIZZUTO

(Consigliere presso il Consiglio Nazionale Forense)

LA RISCOSSIONE DEGLI ONORARI PROFESSIONALI DELL’AVVOCATO*

Sommario: 1. Premessa: il compenso dell’avvocato. 2. Origini storiche del procedimento di recupero degli onorari. 3. Il procedimento di liquidazione nel d.lgs. n. 150/2011. 4. Abrogazione delle tariffe: conseguenze sul procedimento di recupero del compenso. 5. *Excursus* sugli strumenti a tutela del compenso dell’avvocato. 6. Analogia tra tariffe abrogate e nuovi parametri.

¹ * Il contributo ha superato la *double blind peer review*.

1. PREMESSA: IL COMPENSO DELL'AVVOCATO

La sentenza intende fare chiarezza in relazione alla procedura relativa alla richiesta di emissione di ingiunzione *ante causam* da parte dell'avvocato avente ad oggetto onorari non riscossi, corredata da parcella e da idoneo parere del Consiglio dell'Ordine di appartenenza.

Le Sezioni Unite, in particolare – a seguito di abrogazione delle tariffe professionali *ex* Decreto legge 24 gennaio 2012, n.1 convertito in Legge 24 marzo 2012, n.27- chiamate a pronunciarsi sulla conseguente abrogazione tacita degli articoli 633 c.p.c. e 636 c.p.c. hanno stabilito il seguente principio di diritto: «in tema di liquidazione del compenso all'avvocato, l'abrogazione del sistema delle tariffe professionali per gli avvocati, disposta dal D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito dalla L. 27 marzo 2012, n. 27, non ha determinato, in base all'art. 9 D.L. citato, l'abrogazione dell'art. 636c.p.c. e, pertanto, anche a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 1 del 2012, convertito dalla L. n. 27 del 2012, l'avvocato che intende agire per la richiesta dei compensi per prestazioni professionali può avvalersi del procedimento per ingiunzione regolato dagli artt. 633 e 636 c.p.c., ponendo a base del ricorso la parcella delle spese e prestazioni, munita della sottoscrizione del ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale, il quale parere sarà rilasciato sulla base dei parametri per compensi professionali di cui alla L. 31 dicembre 2012, n. 247, e di cui ai relativi decreti ministeriali attuativi».

Il principio è scaturito da un ricorso proposto ai dell'art. 363 c.p.c. ed in vigore dell'art. 374, co. 3, c.p.c., gli verrà sicuramente attribuita una efficacia interpretativa assai rilevante⁽¹⁾.

2. ORIGINI STORICHE DEL PROCEDIMENTO DI RECUPERO DEGLI ONORARI

Il R.D. 23 dicembre 1865, n. 2700, all'art. 379 attribuiva agli avvocati, che intendessero agire per il recupero del compenso a loro dovuto, il potere di avvalersi di una speciale e veloce procedura, sia per gli onorari in materia sia civile che

¹ Sulle “potenzialità” dell'art. 363, co. 3, c.p.c. v. M. FORNACIARI, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 32 ss. e in *Judicium*, 4 giugno 2013.

penale⁽²⁾. La disposizione dell'art. 379 aveva determinato il sorgere di un'infinità di questioni; così, a partire dal 1918, in occasione della revisione delle tariffe dei procuratori, l'art. 379 fu sostanzialmente e tacitamente abrogato: l'art. 3 del Decreto Luogotenenziale del 27 ottobre 1918, n. 1774, infatti, concesse la procedura monitoria agli avvocati e procuratori; richiese all'avvocato la presentazione del parere del consiglio dell'ordine che successivamente, giusta elaborazione giurisprudenziale, divenne vincolante per il giudice il quale, volendosene discostare, "avrebbe dovuto darne ragione nella motivazione"⁽³⁾.

Nel 1919 Mortara, divenuto Ministro di Grazia e Giustizia, presentò un disegno di legge sul procedimento per ingiunzione e sulla procedura relativa alla convalida degli sfratti. L'art. 1, co. 4, stabiliva che «il procedimento monitorio può essere usato per i crediti a titolo di spese o compensi professionali giudiziali e stragiudiziali delle persone indicate nell'art. 379 codice di procedura civile». La frase comprensiva "crediti a titolo di spese o compensi professionali, giudiziali e stragiudiziali" era emblematica della maggiore e vasta applicazione che si intendeva dare nel campo professionale al procedimento monitorio⁽⁴⁾.

Da tale iniziale progetto scaturì il R.D. 24 luglio 1922, n. 1036 contenente le norme sul procedimento monitorio⁽⁵⁾; l'art. 1, co. 4, conteneva la appena menzionata formula del procedimento per come immaginato nell'originario progetto dal Mortara, con la aggiunta relativa ai crediti dipendenti da prestazioni di cause, affari o procedimenti diversi, anche presso diverse giurisdizioni; in tali casi l'istanza poteva essere proposta con un unico ricorso al presidente del tribunale competente a norma dell'art. 3 del decreto. La facilità di determinazione del quantum dei crediti professionali giustificò così l'ingresso del procedimento monitorio che per un certo periodo costituì appannaggio quasi esclusivo degli avvocati e dei procuratori⁽⁶⁾.

Con il r.d. 7 agosto 1936, n. 1531 furono pubblicate le nuove norme regolative della materia: veniva esplicitamente abrogato il famigerato art. 379, permettendo agli avvocati l'accesso ad un istituto di portata più ampia.

² A. JANNITTI PIROMALLO, *Il procedimento in camera di consiglio per la liquidazione dei compensi del difensore nei confronti del cliente*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, 563.

³ Cass. Civ. 15 giugno 1935 n. 2295, *Mass. giur. it.*, 1935

⁴ R. METAFORA, *Il procedimento per la liquidazione de compensi degli avvocati*, Napoli, 2020, 50.

⁵ G. LUCARINI, *La ingiunzione Italiana secondo il decreto del 24 luglio 1922 n. 1036*, Torino, 1926.

⁶ R. METAFORA, *Il procedimento per la liquidazione dei compensi degli avvocati*, cit., 50.

Non veniva richiesta alcuna prova scritta del credito vantato (come già previsto nella legge del 1922); il parere non era ritenuto necessario se l'ammontare delle prestazioni era stato determinato in base a tariffe obbligatorie, come accadeva per le parcelle dei procuratori. Di fonte a ciò l'autorità giudiziaria poteva emettere o meno il decreto ingiuntivo, senza possibilità di modifica e/o correzione delle somme. La discussione sul quantum poteva avvenire solo in sede di opposizione⁽⁷⁾.

La nuova legge, unitamente alla nuova concezione del ruolo dell'avvocato all'interno di un processo anch'esso nuovo poiché incentrato sull'oralità, imponeva una rivisitazione urgente delle voci che componevano le tariffe.

Fu perciò presentato un disegno di legge per l'emanazione di un diverso procedimento, uguale per procuratori ed avvocati e su tutto il territorio nazionale, che potesse difendere la dignità della professione e fosse di assoluta rapidità e semplicità, per le liquidazioni degli onorari e per dirimere le eventuali opposizioni dei clienti. La nuova legge 13 giugno 1942, n. 794 entrava in vigore il 21 aprile 1942. Si scelse dunque di far disciplinare la materia in oggetto da una legge speciale⁽⁸⁾. Tale legge offriva dunque al legale, creditore insoddisfatto, un ulteriore strumento processuale: oltre al comune procedimento di ingiunzione adattato ai crediti dei professionisti (art. 636 c.p.c.), era stata aperta la via ad una procedura particolare, fatta su misura per il soddisfacimento delle loro pretese. I due procedimenti presentavano struttura e caratteri differenti: l'art. 28 attribuiva al capo dell'ufficio giudiziario il compito di ricevere l'istanza; inoltre detto procedimento si presentava a contraddittorio pieno. I due procedimenti venivano dunque disciplinati come alternativi⁽⁹⁾.

Tale rito speciale subì numerosi interventi giurisprudenziali, uno dei quali, importante, ha riguardato l'art. 29, co. 6, che aveva dichiarato non impugnabile l'ordinanza che definiva il procedimento; detta norma, tuttavia, risultava poco congruente con il neo approvato art. 111, (allora) co. 2, Cost.

Così, le Sezioni Unite con la storica sentenza 30 luglio 1953 n.2593 affermarono che la disposizione, pur avendo adoperato l'espressione "sentenze" si era riferita

⁷ G. MAGRONE, *I crediti professionali e le nuove norme nel procedimento per ingiunzione*, in *Giur. it.*, 1936, IV, 211.

⁸ G. BALENA, *Il procedimento per la liquidazione degli onorari di avvocato: istruzioni per il non uso*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, I, 2 ss.; R. METAFORA, *Il procedimento per la liquidazione dei compensi degli avvocati*, cit., 57; A. CARRATA, *Il rito sugli onorari dell'avvocato e un revirement delle Sezioni unite che non convince*, in *Giur. it.* 2018, VII, 1625.

⁹ Trib. Napoli, 9 maggio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, 115, in motivazione.

in realtà a tutti i procedimenti, così spianando la strada all'impugnabilità dell'ordinanza di cui alla legge speciale con ricorso straordinario *ex art.* 111 Costituzione⁽¹⁰⁾.

Le Sezioni Unite, allora presiedute da Vincenzo Galizia, realizzarono un intervento che può essere considerato una pietra miliare nella storia del ricorso straordinario non soltanto per aver consacrato la portata precettiva della norma, ma soprattutto, andando contro corrente rispetto all'orientamento giurisprudenziale allora dominante, per aver dato riconoscimento ufficiale alla teoria della «sentenza in senso sostanziale». Nell'ammettere il ricorso avverso l'ordinanza con cui il giudice provvede alla liquidazione degli onorari di avvocato, non impugnabile ai sensi dell'art. 29 della legge 13 giugno 1942, n. 294, la Cassazione afferma che «a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 111 della Costituzione, tutti i provvedimenti, anche se siano dichiarati sentenze non impugnabili o siano definiti ordinanze dalle leggi anteriori, sono impugnabili in Cassazione per violazione di legge». Dunque il ricorso in Cassazione per violazione di legge non va limitato alle sentenze, ma esteso a tutti i provvedimenti per i quali «la legge esclude ogni impugnazione o esclude il ricorso per Cassazione o lo limita non consentendolo per violazione di legge».

Per la prima volta la Corte ha ammesso, dunque, proprio in relazione al tema in argomento, il ricorso contro l'ordinanza con cui il giudice provvede alla liquidazione degli onorari di avvocato, così introducendo la ricorribilità in cassazione di tutti i provvedimenti aventi contenuto decisorio, a prescindere dalla qualificazione degli stessi; un'interpretazione restrittiva del precetto costituzionale avrebbe rimesso ad un elemento secondario ed accidentale, ovvero l'attribuzione, da parte del legislatore, della forma del provvedimento definitivo (ordinanza o decreto piuttosto che sentenza), la scelta di rendere o meno impugnabile un provvedimento avente natura decisoria⁽¹¹⁾.

3. IL PROCEDIMENTO DI LIQUIDAZIONE NEL D.LGS. N. 150/2011

Anche il procedimento di cui all'art. 14 d.lgs. 1 settembre 2011, n.150 fu approvato di fretta e si presentò subito intriso di contraddizioni. Le voci dell'autorevole dottrina consultata nei lavori preparatori, come troppo spesso ancora oggi accade,

¹⁰ In *Foro it.*, 1953, I, 1249.

¹¹ R. METAFORA, *Il procedimento per la liquidazione dei compensi degli avvocati*, cit., 66.

rimasero lettera morta⁽¹²⁾; e così l'iniziale impianto innovativo dalla stessa prospettato, cadeva. Il nuovo procedimento sarebbe stato regolato dal rito sommario *ex artt. 702-bis e ss. c.p.c.* e non più da quello in camera di consiglio di cui agli artt. 28 e ss. legge n. 794/1942; il resto rimaneva sostanzialmente invariato⁽¹³⁾.

4. ABROGAZIONE DELLE TARIFFE: CONSEGUENZE SUL PROCEDIMENTO DI RECUPERO DEL COMPENSO

L'art. 9 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, abrogando le tariffe professionali obbligatorie, ha provocato una vera e propria rivoluzione nella regolamentazione della materia *de qua* generando dubbi interpretativi, soprattutto in relazione alle norme regolatrici che ad esse rinviavano, ciò perché, unitamente alle tariffe, la norma ha espressamente abrogato altresì "tutte le disposizioni che a tali tariffe fanno riferimento".

In particolare la legge n. 247 ha voluto introdurre innanzitutto il principio secondo il quale il compenso spettante al professionista-avvocato debba di regola essere determinato preventivamente con il cliente in forma scritta (artt. 9, co. 4 e 13, co. 1, 2 e 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247)⁽¹⁴⁾; qualora tra le parti non sia intervenuto l'accordo, tuttavia, detto compenso è determinato (non più secondo

¹² B. SASSANI, *Sfoltiti i riti, i procedimenti restano 28*, in *Il Sole 24 Ore* Sezione Norme e Tributi, 2 settembre 2011, 33.

¹³ Sul Decreto Legislativo "semplificazioni", più approfonditamente A. CARRATTA, *La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012; R. TISCINI, *Commento all'art. 14*, in B. SASSANI- R. TISCINI, *La semplificazione dei riti civili*, Roma, 2011.

¹⁴ La norma è sostanzialmente analoga a quella dell'art. 9, co. 5, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27 del seguente tenore: «(...) Il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale. In ogni caso la misura del compenso, previamente resa nota al cliente anche in forma scritta se da questi richiesta, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi. L'inottemperanza di quanto disposto nel presente comma costituisce illecito disciplinare del professionista». Questa normativa, in vigore per tutte le altre professioni, non si applica - come si è detto nel testo - agli avvocati, poiché la legge 31 dicembre 2012, n. 247 è *lex specialis*. Ciò non vuol dire che l'eventuale comportamento divergente dal modello disegnato dall'art. 13, comma 5 della Legge n. 247/2012 non possa integrare illecito disciplinare, da valutare caso per caso e ravvisabile nella fattispecie concreta; significa esclusivamente che scompare la valutazione legale tipica di illiceità deontologica della condotta omissiva.

le tariffe ma) in forza dei parametri fissati con decreto ministeriale (art. 13, co. 6, legge n. 247/2012); in mancanza di accordo con il cliente il Consiglio dell'ordine rilascia, su richiesta dell'interessato, un parere di congruità (art. 13, co. 9, legge 247/2012).

Come appare *ictu oculi*, la legge n. 27/2012 non ha voluto incidere sugli strumenti processuali che l'ordinamento appresta per la tutela dell'avvocato,⁽¹⁵⁾ né ha comportato l'eliminazione della possibilità di avvalersi del parere del consiglio dell'ordine al fine di ottenere un decreto ingiuntivo⁽¹⁶⁾ e, difatti, contrariamente a quanto talune corti di merito hanno voluto sostenere⁽¹⁷⁾, l'abrogazione delle tariffe non ha comportato l'eliminazione di tutte le norme che, in modo diretto o indiretto, richiamano il sistema tariffario, ma ha solo determinato la sostituzione di un criterio per la determinazione dei compensi, quello appunto tariffario, con un altro, fondato sui parametri determinati con decreto ministeriale.

Dalla lettura della motivazione integrale della sentenza 8 luglio 2021 n. 19427, si evince che la Corte intende chiarire, dunque, definitivamente i numerosi problemi interpretativi sorti sia in dottrina quanto tra le corti di merito e tra gli Ordini territoriali a seguito dell'abrogazione delle tariffe professionali avvenuta con la legge n. 27/2012 citata.

Segnatamente, il Supremo Consesso ha inteso, con la pronuncia, superare un indirizzo intrapreso da taluni tribunali di merito, consistente nel rigetto della richiesta di emissione di ingiunzione *ante causam* artt. 633 e 636 c.p.c. supportata da

¹⁵ Cfr. Trib. Treviso, ord. 13 dicembre 2012, in *Altalex*, 17 dicembre 2012: dopo avere premesso che prima della entrata in vigore del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, vi erano quattro strumenti a disposizione dell'avvocato per ottenere il pagamento dei compensi (cognizione ordinaria, decreto ingiuntivo, procedimento *ex art. 28* della legge 13 giugno 1942, n. 794, procedimento *ex art. 702-bis* c.p.c.), conferma che, anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 150/2011, rimangono in vigore tutti gli altri procedimenti.

¹⁶ Da ultimo Trib. Pavia, 24 febbraio 2022 n. 242, *Redazione Giuffrè*, 2022 secondo cui «la parcella dell'avvocato, corredata dalla sottoscrizione del professionista e con il parere del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati competente, è prova scritta idonea a fondare il procedimento monitorio». Da una parte, infatti, la parcella è prova idonea per dimostrare l'avvenuto adempimento delle prestazioni, proveniente, peraltro, da soggetto iscritto ad un albo professionale, che garantisce circa la personalità dello stesso; dall'altro, l'atto amministrativo con cui si conclude la valutazione del Consiglio dell'Ordine è tale da investire anche la congruità del compenso richiesto con le prestazioni eseguite. Solo in sede di opposizione al decreto potranno essere contestate le voci di debito nonché la congruità del compenso, essendo il giudice dell'opposizione libero di riesaminare la vicenda nel merito.

¹⁷ Tra le quali rilevante appare Trib. Varese, Sez. I, 11 ottobre 2012, in *Giur. merito*, 2013, IV, 855, con nota di M. VACCARI, *Le modifiche alla disciplina del procedimento di ingiunzione derivanti dalla c.d. riforma parametri*.

parcella approvata dall'ordine di appartenenza in assenza di "prova scritta", ossia di preventivo, sottoscritto dal cliente, di ratifica dell'operato del professionista.

Il Tribunale di Roma, con la decisione che di fatto ha dato impulso al Supremo Consesso per emettere il pronunciamento di cui alla presente nota, aveva ritenuto preclusa al professionista la possibilità di agire con il procedimento monitorio puro, ossia di ottenere un decreto ingiuntivo in assenza di puntuale prova scritta per ciascuna delle prestazioni e delle spese ovvero dell'accordo scritto sul compenso⁽¹⁸⁾.

Ha ritenuto, segnatamente, il Tribunale che il principio della libera contrattazione, unito all'obbligo della predisposizione di un preventivo dei costi da parte del professionista, come prescritto dalla legge 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, co. 141, che ha modificato la legge n. 247/2012, art. 13, co. 1, ha imposto che il decreto ingiuntivo potesse essere richiesto dal professionista solo se corredato da tale documento, comprovante la pattuizione del compenso; in mancanza di tale pattuizione, il professionista avrebbe potuto solo avvalersi del procedimento di cui all'art. 28 legge n. 794/1942, come modificato dal d.lgs. n. 150/2011.

La Corte ha dunque inteso affermare che la sopra delineata tesi secondo cui lo smantellamento del sistema tariffario ha comportato l'abrogazione *tout court* delle norme che lo richiamano, e in particolare delle norme del codice di rito, non è sorretta da alcun indice normativo e neppure da validi criteri ermeneutici e deve, dunque, essere definitivamente abbandonata.

Valga a riguardo la semplice considerazione, già evidenziata dalla Procura richiedente, che, a voler seguire la tesi avversata, si dovrebbero ritenere abrogate talune specifiche disposizioni (della cui attuale vigenza non è dubitabile: v., ad es. art. 75 disp. att. c.p.c., in tema di deposito della nota spese, art. 82 del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, in tema di liquidazione dell'onorario in favore del difensore della parte ammessa al gratuito patrocinio; art. 1709 c.c. relativa compenso del mandatario e, soprattutto, gli artt. 2225 e 2233 c.c.), con il conseguente effetto paradossale di privare il giudice del ruolo che l'ordinamento espressamente gli attribuisce nella determinazione del compenso, in funzione di garanzia per entrambe le parti del contratto di prestazione d'opera intellettuale.

In altri termini, l'effetto abrogativo deve ritenersi limitato solo alla parte in cui la norma rinvia alla fonte di rango inferiore ormai soppressa, lasciando per il resto in

¹⁸ Decreto di rigetto di richiesta di decreto ingiuntivo Trib. Roma, 2-3 ottobre 2019, citato in Cass S.U. 8 luglio 2021 n. 19427.

tutto e per tutto inalterata la relativa struttura: la previsione del diverso criterio di liquidazione dei compensi, costituito dai parametri, comporta l'effetto sostitutivo dell'elemento abrogato con il nuovo sistema, ritenuto dal legislatore più congruo e agevole rispetto al precedente.

5. *EXCURSUS* SUGLI STRUMENTI A TUTELA DEL COMPENSO DELL'AVVOCATO

A conclusione delle considerazioni appena svolte, non appare inopportuno approntare una breve sintesi degli strumenti giuridici oggi a tutela del compenso del professionista, senza prescindere dal generale parametro di riferimento, rappresentato dalla norma dell'art. 2233 c.c., che stabilisce il principio a tenore del quale il compenso dovuto per le prestazioni d'opera intellettuale, se non è convenuto dalle parti e se non può essere stabilito secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene.

Gli strumenti processuali utilizzabili dagli avvocati per ottenere il pagamento del compenso per prestazioni giudiziali civili sono, attualmente, due: il procedimento per decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 633 c.p.c. e ss., e lo speciale procedimento previsto dall'art. 28 legge n. 794/1942, nel testo sostituito dall'art. 14 d.lgs. n. 150/2011⁽¹⁹⁾.

Il procedimento per ingiunzione a tutela del credito relativo ad onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali è disciplinato dagli artt. 633 c.p.c., co. 1, n. 2, e 636 c.p.c. L'art. 633, co. 1, n. 2, dispone che: «su domanda di chi è creditore di una somma liquida di danaro... il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento.... 2) se il credito riguarda onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, procuratori, cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la sua opera in occasione di un processo». L'art. 636, rubricato «Parcella delle spese e prestazioni» prevede che: «Nei casi previsti nei numeri 2 e 3» (il n. 3 riguarda prestazioni professionali di soggetti diversi da quelli indicati al n. 2, cioè notai o altro esercente la libera professione o arte per la quale esiste una tariffa legalmente approvata), «la domanda deve essere accompagnata dalla parcella delle spese e prestazioni, munita della sottoscrizione

¹⁹ Cass. civ., Sez. un., 23 febbraio 2018 n. 4485; Cass. civ., Sez. un., 19 febbraio 2020 n. 4247.

del ricorrente e corredata dal parere della competente associazione professionale. Il parere non occorre se l'ammontare delle spese e delle prestazioni è determinato in base a tariffe obbligatorie».

Per tariffe obbligatorie si intendono quelle tariffe per le quali l'ammontare del compenso è determinato in un importo fisso, sicché il giudice non ha che da attenersi ad esse, senza alcun margine di valutazione. A tale ipotesi, la stessa dottrina affianca quella in cui, pur prevedendo le tariffe importi variabili tra un massimo ed un minimo, il compenso sia stato richiesto nella misura minima⁽²⁰⁾.

Il parere di congruità, quale atto soggettivamente ed oggettivamente amministrativo, emesso nell'esercizio di poteri autoritativi, non si esaurisce in una mera certificazione della rispondenza del credito alla tariffa professionale ma implica la valutazione di congruità del "quantum", attraverso un motivato giudizio critico⁽²¹⁾.

La disposizione della legge n.124/2017 intervenuta a novellare la materia ed introduttiva dell'obbligo di preventivo, pone una gerarchia di carattere preferenziale tra i vari criteri di determinazione del compenso, attribuendo rilevanza, in primo luogo, alla convenzione intervenuta fra le parti (la quale deve essere redatta per gli avvocati in forma scritta, a pena di nullità), e poi, esclusivamente in mancanza di quest'ultima ed in ordine successivo, alle tariffe ed agli usi. Ciò perché le tariffe – mai citate nelle norme di cui agli artt. 633 e 636 c.p.c. - svolgono una funzione integrativa della norma e suppletiva per il giudice, il quale se ne avvale quale criterio di riferimento nella determinazione del compenso al professionista, se ed in quanto manchi un accordo tra professionista e cliente sulla sua misura, ovvero non esistano tariffe obbligatorie.

²⁰ In questi due casi, il parere dell'ordine professionale non è necessario perché la tariffa, nella sua obbligatoria predeterminazione, è idonea a fornire la prova del compenso.

Le tariffe che escludono la discrezionalità del giudice nella determinazione del concreto ammontare dei compensi dovuti sono dunque solo quelle fisse (cc.dd. tariffe obbligatorie alle quali si riferisce anche l'art. 636, co. 1, ult. parte, c.p.c.), atteso che solo quelle fisse sono astrattamente idonee ad integrare direttamente il contratto.

Per le parcelle ove invece vengono adoperate tariffe con la previsione di un massimo e di un minimo la prova del credito necessaria per la emanazione del decreto ingiuntivo è data da questi due elementi combinati: in primo luogo, la parcella sottoscritta dal ricorrente, la cui funzione è quella di fornire la prova dell'effettuazione delle prestazioni e delle spese; in secondo luogo, è necessario il parere dell'organo professionale, la cui funzione è quella di esprimere un giudizio critico sulla parcella.

²¹ Cfr. Cass. civ., Sez. un., 12 marzo 2008 n. 6534; Cass. civ., Sez. un., 27 gennaio 2009 n. 1874; Cass. civ., Sez. un., 24 giugno 2009 n. 14812.

Fuori da questi ultimi due casi, l'esercizio da parte del giudice del potere discrezionale di liquidazione del compenso trova limite nell'obbligo, per lo stesso giudice, di acquisire il parere della competente associazione professionale, dal quale può legittimamente discostarsi a condizione, però, di fornire adeguata motivazione. Si è così affermato che «In tema di compenso spettante all'avvocato, l'acquisizione del parere dell'ordine professionale è obbligatoria soltanto nel procedimento d'ingiunzione, secondo quanto prescritto dall'art. 636 c.p.c., co. 1, quando l'ammontare del relativo credito non sia determinato in base a tariffe fisse. Al di fuori del predetto ambito, la necessità del parere non è in funzione del procedimento giudiziale adottato, camerale o a cognizione piena, né dipende dal fatto che il credito sia azionato dal professionista stesso o dai suoi eredi, ma è dettata dalla tipologia del corrispettivo, nel senso che è indispensabile soltanto se esso non possa essere determinato in base a tariffe, ovvero queste, pur esistenti, non siano vincolanti»⁽²²⁾.

La legge n. 247/2012 ha quindi ribadito la regola secondo la quale i parametri si applicano quando non vi è una pattuizione tra le parti (art. 13, co. 6). Per gli avvocati i parametri sono stati introdotti con il d.m. 10 marzo 2014, n. 55. A differenza delle tariffe, i parametri non distinguono più tra diritti e onorari, ma accorpano in fasi distinte la molteplicità delle attività compiute dal professionista.

6. ANALOGIA TRA TARIFFE ABROGATE E NUOVI PARAMETRI

Appare piuttosto evidente come tra le tariffe abrogate e i nuovi parametri corra una forte analogia se non una sostanziale omogeneità: come è stato osservato in dottrina⁽²³⁾, al di là delle differenze terminologiche e degli organi deputati alla loro predisposizione (ordini professionali per le tariffe, il ministero vigilante per i parametri), «i due concetti sottintendono fenomeni del tutto analoghi, poiché si tratta di strumenti entrambi volti a determinare il compenso dovuto al professionista per lo svolgimento della sua attività nei casi in cui non sia possibile far riferimento ad un accordo tra le parti».

Tariffe e parametri funzionano come criteri integrativi della remunerazione professionale; come per le tariffe, anche i decreti ministeriali, nella formulazione dei parametri, devono rispettare criteri che tengano conto dell'onore e del decoro

²² Cass. civ., Sez. II, 5 gennaio 2011 n. 236.

²³ *Inter aliis*, in commento *Giurdanella.it*, rivista giuridica online, 27 aprile 2018.

della professione, delle caratteristiche dell'urgenza e del pregio dell'attività prestata⁽²⁴⁾, nonché di tutti gli altri elementi indicati nell'art. 4d.m. n. 55/2014. Al pari delle tariffe, anche i parametri devono tener conto del valore delle singole controversie, come dispone l'art. 2233, co.2, c.c. nella parte in cui prevede che il compenso deve essere adeguato "all'importanza dell'opera"⁽²⁵⁾.

La Corte di cassazione, pertanto ha inteso ribadire e chiarire che l'effetto abrogativo delle tariffe professionali e delle norme che le citavano deve ritenersi limitato solo alla parte in cui la norma rinvia alla fonte di rango inferiore ormai soppressa, lasciando per il resto in tutto e per tutto inalterata la relativa struttura: la previsione del diverso criterio di liquidazione dei compensi, costituito dai parametri, comporta l'effetto sostitutivo dell'elemento abrogato con il nuovo sistema, ritenuto dal legislatore più congruo e agevole rispetto al precedente.

La previsione, inoltre, del potere-dovere del consiglio dell'ordine degli avvocati di rilasciare il parere di congruità sulla pretesa dell'avvocato, in relazione all'opera prestata, come contenuta nello stesso art. 13, comma 9, ricompono la norma di cui agli artt. 633, co. 1, n. 2, c.p.c. e 636 c.p.c., nei suoi elementi essenziali e ricostruisce il procedimento monitorio *tradizionale* nei termini di equipollenza prova scritta/parcella, ferma restando la necessità del parere, surrogabile solo dall'utilizzo, da parte del professionista, delle tariffe obbligatorie nella formazione della parcella.

ABSTRACT:

La sentenza della Suprema Corte, emessa in forza di ricorso proposto ex art. 363 cpc dal Procuratore Generale, conferma il diritto dell'avvocato di richiedere l'e-

²⁴ Circa la necessità del rispetto del principio di proporzionalità, v. ad es. C.N.F., 28 dicembre 2012 n. 203; C.N.F., 13 luglio 2009 n. 73; C.N.F., 3 luglio 2008 n. 66. Sull'irrisorietà del compenso e sulla possibilità di un controllo dell'accordo tra avvocato e cliente anche alla luce di questo parametro v. il parere Commissione Consultiva del Consiglio Nazionale Forense del 25 giugno 2009, n. 21 (in www.consigionazionaleforense.it).

²⁵ Cfr. anche l'art. 3 legge n. 794/1942, per il quale «Gli onorari a carico della parte soccombente sono liquidati tenendo conto della natura e del valore della controversia, del numero e dell'importanza delle questioni trattate, del grado dell'autorità adita, con speciale riguardo all'attività dall'avvocato personalmente svolta davanti al giudice».

missione di ingiunzione *ante causam* avente ad oggetto onorari non riscossi, corredata da parcella e da idoneo parere del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di appartenenza e, quindi, la piena vigenza dell'art. 636 c.p.c. che non risulta abrogato né dalla legge 31 dicembre 2012, n. 247 e relativi Decreti Ministeriali attuativi, né dalla legge n. 27 del 2012

The judgment of the Italian Supreme Court, held on a claim submitted by the General Prosecutor, as it is provided for by Article 363 of the Code of Civil Procedure, confirms the right of lawyers to seek an injunction before the full trial (ante causam) to order the payment of uncollected fees. The request for the provisional measure must be accompanied by a note of fees approved by the Council of the Local Bar Association. Therefore, Article 636 of the Code of Civil Procedure is still fully in force, because it has been abolished neither by Law no. 247 of 31 December 2012 and related ministerial decrees nor by Law no. 27 of 24 March 2012.

**Trib. Lucca,
22 novembre 2021**

Controversie in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria – Termine per introdurre il giudizio di merito ai sensi dell’art. 8, comma 3, l. n. 24/2017 – Mancato rispetto del termine – Effetti sostanziali e processuali della domanda – Procedibilità della domanda *ex art. 702-bis c.p.c.* – Utilizzabilità della c.t.u.

Nelle controversie in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria, il mancato rispetto del termine di novanta giorni per il deposito del ricorso ex art. 702-bis c.p.c. non determina l'improcedibilità della domanda di merito né l'inutilizzabilità della consulenza tecnica esperita nel procedimento ex art. 696-bis c.p.c., ma impedisce esclusivamente la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introdotta con il ricorso ex art. 696-bis c.p.c.

Il Giudice, sciogliendo la riserva di cui al verbale che precede, letti gli atti e i documenti prodotti; rilevato che le eccezioni preliminari di rito formulate dalla resistente Congregazione delle Suore [omissis] — di improcedibilità della domanda *ex art. 702-bis c.p.c.*, avanzata dalla ricorrente [omissis]

Maria e di inutilizzabilità della C.T.U. espletata nel procedimento di consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.* promosso dalla stessa [omissis] Maria — non appaiono idonee a definire il giudizio, atteso che il rispetto del termine stabilito dall’art. 8 legge 24/2017 (90 giorni dal deposito della relazione peritale o dalla scadenza del termine di 6 mesi dal deposito del ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*) è da ritenersi funzionale esclusivamente a preservare gli effetti sostanziali e processuali della domanda introdotta con il ricorso da ultimo menzionato e non già per rendere procedibile la domanda di merito, per cui il ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* depositato oltre la scadenza del termine predetto di 90 giorni — come nel caso di specie — è procedibile ma può produrre solo *ex novo* i suoi effetti sostanziali e processuali, quali l’effetto interruttivo della prescrizione, l’impedimento della decadenza, la determinazione della giurisdizione e della competenza *ex art. 5 c.p.c.*;

che, quindi, secondo questa preferibile prospettiva interpretativa, il mancato rispetto del termine previsto dall’art. 8, comma 3, legge 24/2017 non può rendere inutilizzabile la C.T.U. espletata nel procedimento di cui all’art. 696-bis c.p.c., come sostenuto dalla Congregazione resistente; che neppure è idonea a definire il giudi-

zio l'eccezione preliminare di merito di carenza di legittimazione passiva formulata dalla Congregazione resistente, poiché dalla relazione dei C.T.U. depositata nel procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.* si evidenzia una quota di responsabilità attribuita alla struttura di degenza Casa di Cura [omissis] (di cui è proprietaria la Congregazione delle Suore [omissis]);

che, poi, quanto alla richiesta di mutamento del rito *ex art. 702-ter*, comma 3, c.p.c, avanzata in via preliminare dal resistente F. [omissis], non si ritiene — contrariamente a quanto dedotto da quest'ultimo — che la presente controversia necessiti di “approfondita attività istruttoria incompatibile con la ratio del procedimento sommario di cognizione” (v. pag. 2 della comparsa di costituzione e risposta del dott. F.), posto che le risultanze istruttorie costituite dalla relazione depositata dai C.T.U. nel procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.* rubricato al [omissis] R.G. ed acquisito agli atti del presente procedimento) appaiono esaurienti e non bisognevoli di ulteriori incombeni di natura istruttoria incompatibili con il rito sommario di cognizione;

che, a questo riguardo, la richiesta di rinnovazione della C.T.U. avanzata dalla Congregazione resistente non pare sorretta dai necessari presupposti giustificativi (di cui all'art. 196 c.p.c.),

dato che la relazione peritale depositata nel procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.* sembra esente da vizi logici o giuridici, rispondente ai quesiti e coerentemente motivata;

che, infine, l'eccezione in rito di inesistenza o nullità della notifica del ricorso introduttivo del presente procedimento sollevata dalla resistente UnipolSai Assicurazioni S.p.A. pare *prima facie* destituita di fondamento, alla luce dell'obiettivo collegamento tra l'odierno procedimento *ex art. 702-bis c.p.c.* ed il precedente procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.* (v. art. 8; commi 1, 2 e 3, legge 24/2017);

che, pertanto, disattese le eccezioni e richieste preliminari sopra specificate, nonché la richiesta istruttoria di rinnovazione della C.T.U., la presente controversia appare adeguatamente istruita e matura per la decisione;

P. Q. M.

Disattese le eccezioni e richieste preliminari specificate in motivazione, nonché la richiesta istruttoria di rinnovazione della C.T.U., fissa per la precisazione delle conclusioni l'udienza del 17.12.2021, ore 11.00.

GIULIANO GIAQUINTO

(Avvocato)

QUALI CONSEGUENZE PER L'INOSSERVANZA DEL TERMINE PER INTRODURRE IL GIUDIZIO DI MERITO NELLE CAUSE DI *MEDMAL*?

Sommario: 1. Il caso. 2. Inquadramento della c.t. preventiva in materia di responsabilità sanitaria. 3. Il termine per introdurre il giudizio di merito ex art. 8, comma 3, l. n. 24/2017: la salvezza degli effetti della domanda. 4. *Segue.* La procedibilità della domanda e l'utilizzabilità della c.t.u. tra giusto processo e ragionevole durata. 5. Conclusioni.

1. IL CASO

Come noto, l'art. 8 della legge 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli-Bianco⁽¹⁾) ha subordinato le controversie civili in materia di risarcimento del danno derivante da cd. *medical malpractice* ad una duplice ed alternativa condizione di procedibilità. Chi intenda agire per il risarcimento dei danni nei confronti della struttura sanitaria o dell'esercente la professione sanitaria ovvero esperire azione diretta nei confronti delle rispettive imprese di assicurazione⁽²⁾, è infatti tenuto, a pena di

¹ La l. n. 24/2017 è nota come legge "Gelli-Bianco" dal nome dei Parlamentari proponenti. Come è stato rilevato, tuttavia, essa è in realtà frutto di un elaborato *iter* parlamentare, che ha portato alla fusione di numerosi progetti di legge presentati nel corso della XVII legislatura (sul punto, cfr. P. SANDULLI, *Le A.D.R. in tema di responsabilità medica*, in *Judicium*, 2021, al richiamo della nota 1). Per un ampio commento, cfr., per tutti, G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, III, 649 ss.

² In tema di operatività dell'art. 8 l. n. 24/2017 anche nell'ipotesi di azione diretta nei confronti della compagnia di assicurazione, cfr., *ex multis*, V. AMIRANTE, *La legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in C. CUPELLI e C. FRANCHINI (a cura di), *Le nuove responsabilità in ambito sanitario dopo la legge Gelli-Bianco*, Napoli, 2017, 69; R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, IV-V, § 4; G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, cit., 668 s. e § 8; ancora, V. AMIRANTE, *Le condizioni di procedibilità ex art. 8 della legge 24/2017 nella prospettiva del tribunale di Roma. Note a margine delle Linee Guida in materia di Accertamento Tecnico Preventivo ai sensi dell'articolo 8 Legge 24/2017 pubblicate il 13.2.2020*, in *Judicium*, 2021.

improcedibilità della domanda, ad attivare preventivamente un tentativo di conciliazione, in sede di consulenza tecnica preventiva con finalità conciliative, ex artt. 696-bis ss. c.p.c.⁽³⁾ ovvero ricorrendo al più generale strumento deflattivo della mediazione di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28⁽⁴⁾.

³ Per un quadro della relativa disciplina, cfr., *ex multis*, M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/17*, in *Riv. arb.*, 2018, I, 97 ss.; M. ADORNO, *Il nuovo 'filtro' dell'art. 696-bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in A.D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, Roma, 2017, 105 ss.

^{in generale}, sulla "consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite" cfr., invece, V. ANSANELLI, *Esperti e risoluzione anticipata delle controversie civili nei nuovi artt. 696 e 696-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, IV, 1245 ss.; A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, in *Corr. giur.*, 2006, III, 405 ss.; R. BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll: la consulenza tecnica conciliativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, I, 247 ss.; R. CONTE, *Sui limiti di ammissibilità della consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2007, X, 2268 ss.; F. CUOMO ULLOA, voce *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Dig. civ.*, Torino, 2007, Agg. III, 273 ss.; A. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, IV, 805 ss.

⁴ Su cui cfr. G. RICCI, *La mediazione*, in A.D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, cit., 131 ss. Come rileva M.A. ZUMPARO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, III, § 2, dai lavori parlamentari può desumersi che l'introduzione della mediazione come condizione di procedibilità alternativa alla consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c. «si debba alla considerazione che non tutte le controversie in materia di responsabilità sanitaria sono utilmente affidabili a una consulenza tecnica, come nel caso di violazione dei doveri di informativa e raccolta del consenso dei pazienti (cfr. la Relazione di minoranza del deputato A. Colletti)». Sull'esigenza di risolvere le «numerose incongruenze normative» che sono emerse dall'approvazione dell'emendamento con cui, durante l'iter di approvazione della legge, è stata prevista la possibilità di esperire, in alternativa alla consulenza tecnica preventiva conciliativa, anche il procedimento di mediazione ex d.lg. n. 28/2010, cfr. R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, cit., § 4, il quale evidenzia come l'emendamento *de quo* appaia «del tutto slegato dalle restanti previsioni di cui si compone l'art. 8 della legge». Nello stesso senso, *ex multis*, V. AMIRANTE, *La legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 69; M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., 102. Per un notevole tentativo di soluzione di tali incongruenze, cfr. M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, in *La nuova responsabilità civile medica: aspetti sostanziali e processuali*, Scuola Superiore della Magistratura, 2018, *passim*. In generale, per un inquadramento della mediazione ex d.lgs. n. 28/2010 cfr. L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, III, 575 ss.; R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.lg. 4 marzo 2010, n. 28)*, I, *Quadro generale*, in *Foro it.*, 2010, V, 89 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, II, 653 ss.; R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in *Judicium*, 2011; G. IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in *Judicium*, 2011.

Il provvedimento in epigrafe offre interessanti spunti ricostruttivi nel dibattito sul regime delle condizioni di procedibilità previste dalla l. n. 24/2017, chiarendo aspetti tutt'altro che secondari della disciplina applicabile alla consulenza tecnica conciliativa, azionata nella fattispecie.

Nel caso di specie, la ricorrente instaurava procedimento di consulenza tecnica preventiva, ai sensi degli artt. 8 l. n. 24/2017 e 696-*bis* c.p.c., nei confronti di una Congregazione, proprietaria della struttura di degenza Casa di Cura [omissis], e del Dott. F.⁽⁵⁾, ai fini dell'accertamento e della determinazione della responsabilità sanitaria che attribuiva a questi ultimi.

Esperita la consulenza d'ufficio, la ricorrente avanzava domanda di merito *ex art. 702-bis* c.p.c. nei confronti dei resistenti, depositando, tuttavia, il relativo ricorso oltre il termine di 90 giorni (dalla scadenza del termine perentorio di sei mesi per la conclusione del procedimento *ex art. 696-bis* c.p.c. o dal deposito della relazione del C.T.U.), previsto dall'art. 8, comma 3, l. n. 24/2017⁽⁶⁾.

⁵ Dal testo del provvedimento non è, in realtà, dato conoscere con certezza se il contraddittorio nei confronti del Dott. F. sia stato instaurato, *ab origine*, con la notifica del ricorso *ex artt. 696-bis* e 693 c.p.c. e del pedissequo decreto *ex art. 694* c.p.c. da parte della stessa ricorrente (come prospettato nel testo), se il sanitario sia intervenuto volontariamente *ex art. 105* c.p.c., o se la partecipazione di quest'ultimo al giudizio instaurato dalla danneggiata sia seguita alla sua chiamata in causa ad opera della struttura sanitaria, chiamata in causa ritenuta non solo ammissibile, ma anche opportuna da parte della dottrina considerato che, in sede di rivalsa, l'«ultimo comma dell'art. 9, [...] riconosce al giudice la facoltà di desumere «argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o dell'impresa di assicurazione» se il [sanitario] è stato parte del giudizio stesso» (così, M. VACCARI, *Le condizioni dell'azione di rivalsa nella legge Gelli-Bianco*, in *Ri.da.re*, 2018, § 2; favorevoli all'ammissibilità della chiamata dell' esercente da parte della struttura privata già nel giudizio promosso dal danneggiato, anche G. RICCI, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria*, in A.D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, cit., 66; M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/17*, cit., 98, nota 5; *contra*, A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, VI, 775). Per un approfondimento dei profili soggettivi dei procedimenti di responsabilità sanitaria, cfr., comunque, V. AMIRANTE, *Le condizioni di procedibilità ex art. 8 della legge 24/2017 nella prospettiva del tribunale di Roma, Note a margine delle Linee Guida in materia di Accertamento Tecnico Preventivo ai sensi dell'articolo 8 Legge 24/2017 pubblicate il 13.2.2020*, cit., § 4, ove ulteriori richiami.

⁶ Art. 8, comma 3, l. n. 24/2017: «Ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 702-bis del codice di procedura civile. In tal caso il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti; si applicano gli articoli 702-bis e seguenti del codice di procedura civile».

La Congregazione formulava eccezione preliminare di rito di improcedibilità della domanda promossa con il ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.*, deducendo che il mancato rispetto del menzionato termine sarebbe idoneo ad impedire l'avveramento della condizione di procedibilità della domanda di merito in materia di responsabilità sanitaria.

Per la medesima ragione, la resistente opinava l'inutilizzabilità, nel giudizio di merito così instaurato, della C.T.U. espletata nel procedimento di consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.*

Il Tribunale di Lucca, con il provvedimento in commento, ha disatteso le eccezioni e le deduzioni di parte convenuta, ritenendo che il rispetto del termine di novanta giorni per l'introduzione del giudizio di merito, stabilito dall'art. 8, comma 3, l. n. 24/2017 «è da ritenersi funzionale esclusivamente a preservare gli effetti sostanziali e processuali della domanda introdotta con il ricorso [*ex art. 696-bis c.p.c.*] e non già a rendere procedibile la domanda di merito».

Secondo il Giudice, che si allinea così all'opinione maggioritaria sul punto, il mancato rispetto del termine di novanta giorni determina esclusivamente la conseguenza che il ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* potrà produrre «solo *ex novo* i suoi effetti sostanziali e processuali», escludendo la salvezza degli effetti della domanda di consulenza tecnica preventiva con finalità conciliative.

2. INQUADRAMENTO DELLA C.T. PREVENTIVA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ SANITARIA

Come detto, la legge n. 24/2017, «in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», ha assoggettato il danno da responsabilità sanitaria ad un preliminare, e solo parzialmente inedito⁽⁷⁾, “filtro” all'azione, operante come

⁷ La consulenza tecnica preventiva, a sensi dell'art. 696-bis c.p.c., introdotta dalla l. n. 24/2017, riprende infatti il modello dell'art. 445-bis del codice di rito, introdotto dall'art. 38, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con l. n. 15 luglio 2011, n. 111, modificato dalla l. 12 novembre 2011, n. 183, che in materia di invalidità civile, cecità civile, sordità civile, handicap e disabilità, nonché di pensione di inabilità e di assegno di invalidità, condiziona la procedibilità della domanda all'espletamento, su iniziativa del ricorrente, di un accertamento tecnico obbligatorio «*per la verifica preventiva delle condizioni sanitarie legittimanti la pretesa fatta valere*» (v. G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, cit., 662). Come è stato rilevato (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, IV, I processi speciali*, Milano, 2021, 282) nonostante la rubrica e il testo della disposizione da ultimo

condizione di procedibilità della domanda: il ricorso alla consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, disciplinata dagli artt. 8 e 15 della l. n. 24/2017, dall'art. 696-bis c.p.c., e, nei limiti dell'applicabilità, dall'art. 696 c.p.c., dalle altre disposizioni in materia di istruzione preventiva e da quelle in tema di consulenza tecnica d'ufficio⁽⁸⁾.

L'introduzione del filtro di procedibilità, volto a garantire una maggiore celerità ed economicità dei giudizi, nonché un potenziale deflazionamento del contenzioso in materia sanitaria per il tramite della soluzione conciliativa, è stata accolta favorevolmente da parte della dottrina, tenuto conto che, nella materia che ci occupa, le questioni tecniche rappresentano spesso un elemento centrale ai fini della risoluzione della lite⁽⁹⁾.

citata discorrono di «*accertamento tecnico preventivo*», la relativa norma prevede «*che si proceda a norma dell'art. 696-bis c.p.c., e quindi anche qui non di accertamento tecnico preventivo si tratta, sibbene di c.t. preventiva*». Sull'istituto di cui all'art. 445-bis c.p.c., cfr. S.L. GENTILE, *In attesa dell'art. 445 bis c.p.c.: una cognizione trifasica per sfoltire il contenzioso previdenziale in materia di invalidità?*, in *Foro it.*, 2012, V, 17 ss.; S.L. GENTILE, *La giurisdizione imbrigliata nell'accertamento tecnico preventivo dell'invalidità previdenziale*, in *Foro it.*, 2013, V, 136 ss.; F. COSSIGNANI, *L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex art. 445 bis c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, III, 629 ss.; in giurisprudenza, Cass. civ., Sez. lav., 14 marzo 2014, n. 6010, Cass. civ., Sez. lav., 17 marzo 2014, n. 6084, Cass. civ., Sez. lav., 17 marzo 2014, n. 6085, in *Lavoro giur.*, 2014, XI, 974 ss., con nota parzialmente adesiva di D. MESITI, *L'accertamento tecnico preventivo in materia previdenziale ed assistenziale*, nonché in *Foro it.*, 2014, V, I, 1499 ss., con note critiche di S.L. GENTILE, *Accertamento tecnico preventivo previdenziale, consulenze mediche inutili, spese superflue a carico dell'erario: è compito del giudice impedire l'abuso del procedimento*, e P. MORABITO, *La Cassazione e l'accertamento tecnico preventivo in materia previdenziale: un arresto criticabile*; Corte Cost., 28 ottobre 2014, n. 243, in *Foro it.*, 2015, II, I, 358 ss., con nota di S.L. GENTILE, *La gestione dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) previdenziale tra principi costituzionali e riproposizioni infrannuali*; Cass. civ., Sez. lav., 4 maggio 2015, n. 8878, in *Foro it.*, 2015, VII, I, 2342 ss.; Cass. civ., Sez. lav., 5 maggio 2015, n. 8932 e Cass. civ., Sez. lav., 27 aprile 2015, n. 8533, in *Foro it.*, 2015, VII, I, 2342 ss., con nota di S.L. GENTILE, *Altri tasselli e punti fermi nel mosaico dell'accertamento tecnico preventivo (Atp) previdenziale*. Sui rapporti tra i due istituti, cfr. M. VACCARI, *L'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in *Ri.da.re*, 2017; R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, cit., § 6; M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/17*, cit., 100, al richiamo della nota 10, e relativi riferimenti bibliografici; M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 3 ss.; P. SANDULLI, *Le A.D.R. in tema di responsabilità medica*, cit., *passim*.

⁸ Sulle deroghe in punto di nomina dei consulenti, cfr., G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, cit., 670 s. nonché B. GUIDI e E. OCCHIPINTI, *La legge Gelli-Bianco sul tema della Consulenza Tecnica d'Ufficio: necessità della riforma?*, in *Danno resp.*, 2019, II, § 3.

⁹ M.A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, cit., § 2, rileva come «*l'obiet-*

La disciplina pone, al contempo, seri dubbi interpretativi, come dimostra anche la diffusione di protocolli e linee guida adottati in materia da taluni Uffici giudiziari⁽¹⁰⁾.

A norma dell'art. 8, cit., l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza⁽¹¹⁾ (comma 2, quarto periodo).

Il giudice, ove rilevi che il procedimento di consulenza tecnica preventiva *ex art.* 696-bis c.p.c. non è stato espletato ovvero è iniziato ma non si è concluso, assegna

*tivo della prescrizione è palesemente quello di incentivare una soluzione compositiva della lite, sfruttando la circostanza che in questa particolare materia la definizione degli aspetti tecnici è quasi sempre determinante»; l'istituto serve, inoltre, ad anticipare l'apporto di un consulente d'ufficio per le questioni tecnico-scientifiche ad una fase che precede il processo di merito per «velocizzare i risarcimenti e [...] scoraggiare o ridurre eventuali pretese temerarie» (cfr. anche § 4). Evidenziano la potenziale utilità dell'istituto, anche M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/17*, cit., 101; G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, cit., 663 ss.; B. GUIDI e E. OCCHIPINTI, *La legge Gelli-Bianco sul tema della Consulenza Tecnica d'Ufficio: necessità della riforma?*, cit., § 12; G. BUFFONE, *Un ruolo centrale per la consulenza tecnica preventiva*, in *Guida dir.*, 2017, XV; P. SANDULLI, *Le A.D.R. in tema di responsabilità medica*, cit.; I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, in *Quest. giust.*, 2018, I, 176 (la quale, in particolare, ne rileva le «ricadute deflattive sul contenzioso») e 178 ss. I medesimi Studiosi non hanno tuttavia mancato di evidenziare come non tutte le liti sanitarie involgano questioni tecniche (come già detto, si pensi alle controversie in materia di omessa acquisizione del consenso informato del paziente: cfr., ad esempio, M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/17*, cit., 101, nota 11; I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, cit., 180 – che ne desume come «in questi casi, probabilmente, sarà più utile il ricorso alla mediazione presso l'organismo, vista la maggiore esperienza al momento maturata nel settore e nonostante l'istituto non abbia avuto dappertutto, nelle liti mediche, il successo che nel 2010 si auspicava potesse avere»), e che rimane comunque dubbia la stessa «opportunità di ricorrere ai sistemi impositivi per promuovere la soluzione stragiudiziale delle controversie» (cfr., in conformità a un rilievo comune in dottrina, M.A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, cit., § 2).*

¹⁰ Cfr. le «Linee guida in materia di accertamento tecnico preventivo ai sensi dell'articolo 8 legge 24/2017» adottate dal Tribunale di Roma (XIII Sezione Civile) (pubblicate in https://www.tribunale.roma.it/allegatinews/A_29439.pdf) ed il Protocollo siglato il 30 luglio 2018 dalla Presidente del Tribunale e dal Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Verona (disponibile al seguente link: <https://www.ordineavvocati.vr.it/node/7744>). Il rilievo è comune in dottrina: cfr., per tutti, le icastiche parole di M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 2018.

¹¹ Il difetto della condizione di procedibilità è dunque sanato nel caso di mancato rilievo del difetto ad opera del convenuto o del giudice entro il termine previsto dalla legge (cfr., *ex multis*, I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, cit., 181).

alle parti termine di quindici giorni per la presentazione del ricorso ovvero idoneo termine per completare la procedura⁽¹²⁾ (comma 2, quinto periodo).

La condizione di procedibilità è soddisfatta tanto nel caso di esito negativo della conciliazione, quanto nell'ipotesi in cui il relativo procedimento non si sia concluso entro sei mesi dal deposito del ricorso (termine dichiarato espressamente «perentorio» dalla legge) e gli effetti della domanda di c.t. preventiva *ex art. 696-bis* sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del suddetto termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento, ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* In tal caso «si applicano gli articoli 702-bis e seguenti del codice di procedura civile»⁽¹³⁾ (comma 3).

La norma, infine, dispone che la partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva è obbligatoria per tutte «le parti», rimettendo dunque al paziente, secondo l'interpretazione maggioritaria, la scelta se convenire la struttura, il sanitario o entrambi⁽¹⁴⁾, e prevede sanzioni (che sono state correttamente definite

¹² Secondo M.A. ZUMPARO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, cit., § 2 «A differenza che in mediazione, in questo caso non viene fissata un'udienza successiva ma spetta alla parte attrice, una volta che la domanda sia divenuta procedibile, manifestare interesse alla prosecuzione mediante il deposito del ricorso *ex art. 702 bis c.p.c.*». Diversamente, G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, cit., 675 s., ritiene che debba essere fissata un'udienza successiva, tenendo conto che l'interessato potrebbe optare per la c.t. preventiva, e, quindi, del termine di 6 mesi previsto per il relativo espletamento.

¹³ Cfr. art. 8, comma 3, l. n. 24/2017. Sui gravi problemi posti dalla previsione in commento, cfr., però, M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 11 s., con note di richiami.

¹⁴ G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, cit., 668; R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, cit., § 11; U. COREA, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica, note a prima lettura*, in *Judicium*, 2017, § 2.4; V. AMIRANTE, *Le condizioni di procedibilità ex art. 8 della legge 24/2017 nella prospettiva del tribunale di Roma. Note a margine delle Linee Guida in materia di Accertamento Tecnico Preventivo ai sensi dell'articolo 8 Legge 24/2017 pubblicate il 13.2.2020*, cit., § 4; nello stesso senso, le citate *Linee guida in materia di accertamento tecnico preventivo ai sensi dell'articolo 8 legge 24/2017* del Tribunale di Roma. Il Protocollo del Tribunale di Verona, invece, è orientato nel senso che «il procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.* deve svolgersi nei confronti della struttura sanitaria, del personale sanitario la cui responsabilità sia individuata» oltre che, come subito nel testo, «delle eventuali rispettive compagnie». In ogni caso, invece, se il paziente agisce (ove lo si ritenga possibile, prima dell'emanazione dei relativi decreti attuativi) con azione diretta nei confronti delle compagnie di assicurazione, sussiste litisconsorzio unilaterale necessario del rispettivo assicurato, ai sensi dell'art. 12 l. n. 24/2017. Nel solco dell'interpretazione maggioritaria, deve poi rilevarsi che «l'obbligo della presenza personale, e non solo di quella di un procuratore a conoscenza dei fatti di causa come nell'art. 185 cpc, può essere ricavato solo da un'interpretazione delle norme molto spinta» (I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica. I*

draconiane⁽¹⁵⁾) per l'ipotesi di «mancata partecipazione» alla procedura (comma 4).

La condizione di procedibilità si pone, dunque, in un complesso rapporto con il giudizio di merito e risultano opinabili, ad esempio: le condizioni di ammissibilità del procedimento⁽¹⁶⁾; la natura ordinatoria ovvero perentoria del termine assegnato alle parti per il suo esperimento o completamento, ove il giudice ne rilevi il difetto⁽¹⁷⁾; la possibilità, per il danneggiato, di convenire nel giudizio di c.t. preventiva le compagnie di assicurazione, prima e indipendentemente dall'entrata in vigore dei decreti ministeriali di attuazione⁽¹⁸⁾; il significato da attribuirsi alla

profili processuali, cit., 176, che, tuttavia, sembra optare, in conformità alla *ratio* della previsione, per una tale interpretazione). Su tali basi, V. AMIRANTE, *La legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 70, nota 26 e M.A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, cit., 440, escludono, infatti, che la parte debba partecipare personalmente, ma è stata autorevolmente sostenuta anche l'opinione contraria: cfr. C. CONSOLO, P. BERTOLLINI, A. BUONAFEDE, *Il 'tentativo obbligatorio di conciliazione' nelle forme di cui all' art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Corr. giur.*, 2017, VI, 763; nello stesso senso, M. VACCARI, *L'ATP obbligatorio nelle controversie di risarcimento dei danni derivanti da responsabilità sanitaria*, cit.).

¹⁵ Cfr. R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, cit., § 12, il quale, inoltre, manifesta seri dubbi sulla legittimità costituzionale del sistema sanzionatorio *de quo* (dubbi condivisi da C. CONSOLO, P. BERTOLLINI, A. BUONAFEDE, *Il 'tentativo obbligatorio di conciliazione' nelle forme di cui all' art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato*, cit., 768, e, almeno ove la norma non sia interpretata in senso correttivo dalla prassi, da M.A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, cit., 440). Nello stesso senso, si vedano anche gli incisivi rilievi di G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, cit., 670.

¹⁶ In particolare, si dubita dell'applicabilità della c.t. preventiva con finalità conciliative laddove il resistente contesti l'an della pretesa risarcitoria (cfr. V. AMIRANTE, *La legge di riforma della responsabilità sanitaria*, cit., 69 s.; B. GUIDI e E. OCCHIPINTI, *La legge Gelli-Bianco sul tema della Consulenza Tecnica d'Ufficio: necessità della riforma?*, cit., § 4), anche se la tesi positiva appare preferibile (R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, cit., §§ 7 – 8; M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 7).

¹⁷ Ritengono il termine ordinatorio R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, cit., § 6; M.A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, cit., § 2, al richiamo della nota 13, ove ulteriori richiami; G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, cit., 675, ove richiami. Come rileva M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 14, «anche il termine ordinatorio va rispettato sotto pena della perdita del potere processuale» ove non prorogato «prima della sua scadenza».

¹⁸ Secondo un orientamento, poiché le disposizioni in materia di azione diretta nei confronti dell'assicurazione si applicano, ai sensi dell'art. 12, comma 6, a decorrere dall'entrata in vigore del decreto ministeriale di attuazione, il danneggiato potrà convenire la compagnia nel procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.* solo dopo l'entrata in vigore del citato decreto attuativo (F. MARTINI, *La legittimazione processuale dell'assicuratore nell'ATP ex art. 8 Legge Gelli*, in *Ri.da.re.*, 2018; F. MARTINI, *L'azione diretta del*

«perentorietà» del termine di sei mesi dal deposito del ricorso per la conclusione della consulenza tecnica *ex art. 696-bis c.p.c.*⁽¹⁹⁾.

paziente contro l'assicuratore della struttura e del sanitario. Condizioni e criticità, in *Ri.da.re.*, 2017; P. MARIOTTI e R. CAMINITI, *ATP ex art. 8 l. n. 24 del 2017 e legittimazione processuale dell'assicuratore della struttura sanitaria e del professionista*, in *Giust. Civ.*, 2018; in giurisprudenza, Trib. Padova, 27 novembre 2017, inedita; Trib. Venezia, 11 settembre 2017, inedita). Un diverso indirizzo, invece, ammette la partecipazione delle imprese di assicurazione al procedimento di istruzione preventiva, oltre che per le ovvie finalità conciliative alle quali è rivolto lo strumento *ex art. 696-bis c.p.c.*, anche in virtù della lettera dell'art. 12 cit. (che fa salve «*le disposizioni dell'articolo 8*»), nonché delle finalità deflattive del contenzioso e di riduzione dei tempi giudiziari legati all'esperienza della condizione di procedibilità (cfr. Trib. Pavia, 19 febbraio 2022, in Banca dati *Onelegale*; Trib. Venezia, ord., 16 luglio 2018, in *Foro it.*, 2019, XII, I, 3761 ss., con nota di D. LONGO; Trib. Verona, ord., 17 maggio 2018, in *Foro it.*, 2018, VI, I, 2183, con nota di richiami; Trib. Venezia, 18 gennaio 2018, in *Ilprocessocivile*, con nota adesiva di M. VACCARI, *Primi contrasti giurisprudenziali in merito all'ATP introdotto dalla legge Gelli-Bianco*; Trib. Verona, 31 gennaio 2018, inedita; e Trib. Venezia, 18 gennaio 2018, in <http://www.studiomiotto.com>).

¹⁹ «*Nel caso in cui [...] il procedimento ex art. 696 bis c.p.c. sia stato introdotto, ma non sia ancora giunto a definizione, il giudice dovrà assegnare un termine per il «completamento» dello stesso. Ma anche sotto tale profilo, non è agevole comprendere come tale previsione si coordini con quella che segue, ovvero con la prima parte dell'art. 8, comma 3°, stando al quale la domanda deve comunque ritenersi procedibile dopo sessanta giorni [n.d.r. sei mesi] dal deposito del ricorso ex art. 696 bis c.p.c.*» (R. DONZELLI, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, cit., § 5). Sul punto, M.A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, cit., § 2, nota 14, rileva, condivisibilmente, che «*a procedimento avviato, completare le operazioni peritali depositando la relazione è un dovere che al consulente si impone per legge, una volta che il giudice gli abbia affidato l'incarico*» e che, dunque, tale perentorietà va semplicemente intesa come un «*impedimento [...] temporaneo*» durante il quale alla parte è inibito procedere con l'instaurazione del giudizio di merito (nello stesso senso, le *Linee guida in materia di accertamento tecnico preventivo ai sensi dell'articolo 8 legge 24/2017* del Tribunale di Roma; *contra*, mi sembra, I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, cit., 180). Ulteriori dubbi, cui qui si può solo accennare, concernono le modalità di svolgimento del procedimento di c.t. preventiva: la norma, ad esempio, «*non dice se il consulente può svolgere il tentativo anche prima di aver terminato le indagini tecniche*» (M.A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, cit., § 2): deve condividersi il rilievo per cui «*un tentativo di conciliazione troppo anticipato rispetto allo svolgimento dei lavori peritali [potrebbe avere] scarsa utilità e che lo si debba fare poco prima che sia "esaurita l'istruzione," come nell'art. 185-bis cpc, e perciò subito prima del deposito della relazione*», pur senza escludere la piena legittimità di soluzioni alternative (I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, cit., 180). Complessi sono anche i problemi di coordinamento tra le due condizioni di procedibilità previste dalla l. n. 24/2017: si discute, ad esempio, se il giudice, che abbia constatato il difetto di procedibilità, possa rimandare le parti, alternativamente, all'esperienza della c.t. e della mediazione o se sia tenuto, viceversa, a disporre l'esperienza della consulenza tecnica preventiva (nel primo senso, G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, cit., 675; M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art.*

Da ultimo, si sono concretizzati dubbi sulla stessa legittimità costituzionale dell'imposizione di un procedimento le cui spese sono necessariamente anticipate dal ricorrente come condizione preliminare per l'accesso alla giustizia⁽²⁰⁾.

3. IL TERMINE PER INTRODURRE IL GIUDIZIO DI MERITO EX ART. 8, COMMA 3, L. N. 24/2017: LA SALVEZZA DEGLI EFFETTI DELLA DOMANDA

Fin dalla discussione del progetto di legge in sede parlamentare⁽²¹⁾, sono emerse, inoltre, alcune criticità relative alla formulazione dell'art. 8, comma 3, e sono stati evidenziati i dubbi interpretativi che ne potevano derivare⁽²²⁾.

È dibattuto, ad esempio, se il danneggiato possa instaurare il giudizio di merito con rito ordinario, nonostante il richiamo al procedimento sommario di cognizione ex art. 702-bis ss. c.p.c., o se, al contrario, tale richiamo imponga sempre di utilizzare la relativa forma procedimentale per introdurre il giudizio⁽²³⁾.

8 della l. n. 24/17, cit., 105 s.; nel secondo, M.A. ZUMPARO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, cit., § 2, al richiamo della nota 9; M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 11 s.).

²⁰ Trib. Firenze 21 maggio 2020, in *Danno resp.*, 2021, III, 375 ss. con nota di E. OCCHIPINTI, *L'addebito delle spese della CTU nel procedimento di accertamento tecnico preventivo ex art. 669-bis c.p.c. nelle controversie da responsabilità sanitaria*. La questione era già evidenziata da I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, cit., 180.

²¹ Cfr. la Relazione di minoranza dell'On. Colletti, disponibile in http://documenti.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0038020.pdf.

²² A monte, si è dubitato addirittura dell'ambito applicativo del comma in commento, e, in particolare, se lo stesso sia applicabile nell'ipotesi di c.t. preventiva esperita prima dell'introduzione del giudizio di merito (cfr. M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 10, il quale poi pare concludere nel senso della sua applicabilità). Come rileva G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, cit., 676, in tale ipotesi «il giudizio di merito è già stato avviato e pende – a tutti gli effetti – dinanzi al giudice inizialmente adito, sicché, una volta concluso il procedimento deflattivo senza conciliazione, all'udienza fissata il giudizio proseguirà il suo corso secondo il rito adottato fin dall'inizio: giudizio ordinario di cognizione ex art. 163 e segg. c.p.c. o procedimento sommario di cognizione ex art. 702-bis c.p.c. D'altra parte, non vi è l'esigenza di “conservare” gli effetti della domanda, dal momento che gli effetti si sono prodotti già con la domanda iniziale».

²³ Con formulazione ellittica e tutt'altro che chiara, l'art. 8, comma 3, si limita a disporre, infatti, che «Ove la conciliazione non riesca o il procedimento non si concluda entro il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso, la domanda diviene procedibile e gli effetti della domanda sono salvi se, entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'articolo 702-bis del codice di procedura civile. In tal caso il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti; si ap-

Ad ogni modo, nel caso in cui la domanda venga proposta con atto di citazione, gli effetti che l'art. 8, comma 3, l. 24/2017 ricollega al deposito del ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.* dovrebbero nondimeno prodursi⁽²⁴⁾.

Più complessa è la questione relativa alla compatibilità della disciplina in commento con le cause di competenza del giudice di pace, e l'individuazione del rito applicabile nell'ipotesi in cui il danneggiato attivi la mediazione, in luogo della c.t. preventiva⁽²⁵⁾.

Tra i numerosi nodi critici derivanti dall'(oltremodo) ambigua formulazione legislativa c'è anche il problema relativo all'individuazione delle conseguenze derivanti dalla natura «perentoria» del termine per introdurre il giudizio di merito, che, come detto, è di novanta giorni decorrenti, alternativamente, dal deposito della relazione peritale o dalla scadenza del termine perentorio di sei mesi stabilito per il procedimento di c.t.

In particolare, si discute se l'inutile decorso del termine perentorio comporti solo

*plicano gli articoli 702-bis e seguenti del codice di procedura civile». Nel senso dell'obbligatorietà del ricorso alle forme dell'art. 702-bis c.p.c., se ben intendo, M.A. ZUMPANO, *Profili processuali della nuova legge sul rischio clinico*, cit., § 2 che parla di «rito sommario di cognizione [...] *ex lege*, anziché a scelta dell'attore», nonché, problematicamente, M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 10. *Contra*, come mi pare preferibile, I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, cit., 182, sul rilievo che il legislatore non esclude espressamente l'introduzione del giudizio con citazione, né la possibilità di una conversione del rito, a differenza di quanto previsto per le controversie disciplinate dal capo III del d.lgs 1° settembre 2011 n. 150, dall'art. 3, comma 1, del medesimo d.lgs. Il mutamento del rito è comunque ritenuto ammissibile anche dai sostenitori dell'opposta opinione, ove residuino questioni di fatto controverse o complesse questioni giuridiche, ovvero (in mancanza di soluzioni alternative, probabilmente preferibili, cfr. nota 19) se il termine di sei mesi è scaduto senza che il consulente abbia depositato la relazione.*

²⁴ In tal senso, v. D. DALFINO, *Il processo civile per responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell'onere della prova*, in *Quest. Giust.*, 2018, che si richiama al «noto orientamento giurisprudenziale che afferma l'equivalenza della citazione al ricorso e viceversa, tutte le volte in cui siano comunque rispettati i termini che la legge pone per lo svolgimento delle attività che, in base al rito di volta in volta previsto, sono necessarie ai fini dell'instaurazione del processo» (su cui v., anche per riferimenti, R. POLI, *Le sezioni unite sul regime del ricorso proposto erroneamente al posto della citazione e viceversa*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, IV-V, 1199 ss., nonché, da ultimo, R. METAFORA, *Errore nella forma dell'atto introduttivo e salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda*, in *Dir. proc. civ. it. comp.*, 2022, I, 105 ss.). Conf. G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, cit., 673. Secondo M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 11, invece, è applicabile, in via analogica, l'art. 4, comma 5, d.lgs. n. 150/2011, con la conseguenza che il termine può dirsi rispettato se nei 90 giorni è notificato l'atto di citazione.

²⁵ Su tali tematiche non si può che rimandare alle plurime soluzioni prospettate nelle opere citate *passim*.

la mancata salvezza degli effetti sostanziali e processuali del ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*, ovvero anche l'improcedibilità della domanda di merito e/o l'inutilizzabilità della relazione peritale.

Nel prosieguo, ci si concentrerà sulla questione da ultimo richiamata, evidenziando come la soluzione accolta dal Tribunale di Lucca sia fondata su solide basi sistematiche e risulti (salvo alcune precisazioni) assolutamente condivisibile.

Secondo l'interpretazione maggioritaria in dottrina, infatti, la perentorietà del termine di 90 giorni deve essere intesa «*nel senso che il rispetto del termine sia funzionale esclusivamente a preservare gli effetti sostanziali e processuali della domanda introdotta con il ricorso per ATP e non per rendere procedibile la domanda di merito*»⁽²⁶⁾.

Dunque, l'introduzione tempestiva del giudizio di merito è idonea a conservare gli effetti della domanda di c.t. preventiva, la quale, a differenza dell'istanza di mediazione, introduce un procedimento giurisdizionale⁽²⁷⁾.

Il ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.* produce, pertanto, effetti più ampi rispetto a quelli assicurati dall'istanza *ex art. 4 d.lgs. n. 28/2010*, non avendo, quest'ultima, natura giudiziale.

Così, mentre la domanda di mediazione è idonea a determinare la cosiddetta «litispendenza mediativa» (dal momento del deposito dell'istanza, *ex art. 4, comma 1, d.lgs. n. 28/2010*)⁽²⁸⁾, nonché a produrre sulla prescrizione «gli effetti della

²⁶ V. AMIRANTE, *Le condizioni di procedibilità ex art. 8 della legge 24/2017 nella prospettiva del tribunale di Roma, Note a margine delle Linee Guida in materia di Accertamento Tecnico Preventivo ai sensi dell'articolo 8 Legge 24/2017 pubblicate il 13.2.2020*, cit., 2021. Nello stesso senso, D. DALFINO, *Il processo civile per responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell'onere della prova*, cit.; G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, cit., 671 s.; M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 10

²⁷ Sulla natura giurisdizionale del procedimento *ex art. 696-bis c.p.c.*, cfr. F. CUOMO ULLOA, voce *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., 273 ss., spec. 276 e nota 19; A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, cit., § 2; C. BESSO, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in S. CHIARLONI, *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna 2007, Tomo II, 1304 ss., spec. 1331.

²⁸ Su cui cfr. M. MARINELLI, *Forma, tempi ed effetti della domanda di mediazione*, in *Corr. trib.*, 2011, 773.

doma da giudiziale»⁽²⁹⁾ e ad impedire la decadenza, per una sola volta⁽³⁰⁾ (a far data dalla «comunicazione alle altre parti», ai sensi art. 5, comma 6, d.lgs. cit.)⁽³¹⁾, viceversa, il ricorso introduttivo della consulenza tecnica con finalità conciliative:

- a) è idoneo a fissare la litispendenza, ai sensi dell'art. 39 c.p.c., sia pur limitatamente all'«ipotesi in cui vengano instaurati davanti a due giudici diversi due procedimenti per c.t. preventiva ai fini conciliativi con identico oggetto»⁽³²⁾ e non anche nei rapporti con il successivo eventuale giudizio di

²⁹ Secondo G. ARIETA, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *Corr. giur.*, 2011, IV, § 5, la domanda di mediazione produce anche l'effetto interruttivo-sospensivo di cui all'art. 2945, comma 2, c.c. «sia in relazione alla intentio legislatoris di collegare allo svolgimento del procedimento di mediazione gli effetti della volontà del soggetto di far valere il diritto (con la conseguente necessità di impedire il decorso del nuovo periodo di prescrizione fino all'eventuale esito negativo della conciliazione), sia per logica simmetria con l'effetto impeditivo della decadenza, che riprende a decorrere, come detto, dal momento del deposito del verbale di mancata conciliazione» (in questo senso, già R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010, n. 28)*, I, *Quadro generale*, cit., 93; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, cit., 663, nonché R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit.; la tesi è stata poi condivisa da T.M. PEZZANI, *Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, I, § 6; M. G. CIVININI, *Questioni controverse in materia di mediazione*, in *Quest. giust.*, 2014; *contra*, G. IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, cit., 8).

³⁰ Con onere, in capo all'istante, di proporre la domanda giudiziale entro il medesimo termine di decadenza, se il tentativo fallisce. Per la decadenza, dunque «non si tratta di vero impedimento», ma «solo di un differimento dello stesso termine di decadenza, la cui ratio è quella di consentire che la decadenza non produca i suoi effetti nella pendenza del procedimento di mediazione» (G. ARIETA, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, cit., § 5). G. IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, cit., precisa che «la disposizione dell'art. 5, 6° comma, d.lgs. è riferibile alle sole decadenze sostanziali di cui all'art. 2964 c.c. e non anche alle decadenze processuali, le quali possono essere impedito solo attraverso la proposizione dell'atto tipico prescritto dalla legge».

³¹ Sui rapporti tra mediazione e trascrizione della domanda giudiziale, cfr., invece, G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, § 7.

³² T.M. PEZZANI, *Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., § 2 (*contra*, però, A. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, cit., § 6). L'Autrice cit. esclude che avverso l'ordinanza che dichiara la litispendenza nel procedimento di accertamento tecnico preventivo di cui all'art. 696 c.p.c. sia ammesso il regolamento di competenza «trattandosi di provvedimento connotato dal carattere della provvisorietà e strumentalità» (sulla scorta, tra le altre, di Cass. civ., Sez. un., 20 giugno 2007, n. 14301, in *Giur. it.*, 2007, XI, 2525 ss., con nota sostanzialmente adesiva di R. MASONI, *La consulenza tecnica d'ufficio e l'accertamento tecnico preventivo dopo le riforme processuali del 2005*, richiamata *ivi*, alla nota 21). *Adde*, in termini, Cass. civ., Sez. III, ord. 29 maggio 2008, n. 14187, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Istruzione preventiva*, n.° 14. T.M. PEZZANI propende, dunque, per la reclamabilità ex art. 669-terdecies

- merito;
- b) determina l'irrelevanza dei mutamenti della legge o dello stato di fatto sopravvenuti nel corso del procedimento ai fini della giurisdizione e della competenza, ai sensi dell'art. 5 c.p.c. (cd. *perpetuatio jurisdictionis*), sia pure limitatamente alla durata del procedimento per consulenza tecnica preventiva ai fini conciliativi e non anche in ordine al successivo giudizio di merito⁽³³⁾;
 - c) rende applicabile la disciplina della successione nel processo, ex art. 110 c.p.c., nel caso di «venir meno della parte»⁽³⁴⁾;
 - d) comporta l'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. al relativo procedimento, ove si verifichi una successione a titolo particolare nel diritto controverso, tenuto conto che il ricorso ex art. 696-bis c.p.c. «deve contenere, a pena di inammissibilità, l'indicazione della domanda che in caso di mancata conciliazione verrà proposta davanti al giudice»⁽³⁵⁾;

dell'ordinanza *de quo*, conformemente ad una tesi sostenuta in dottrina (cfr., tra gli altri, G. FRUS, *Brevi osservazioni sulla reclamabilità del provvedimento di rigetto di un'istanza di ammissione di una consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2009, VI) e da parte della giurisprudenza (cfr., in particolare, Cass. civ., Sez. III, 26 settembre 2019, n. 23976 in *Giur. it.*, 2020, V, 1111 ss., con nota favorevole di G. M. SACCHETTO, *Consulenza tecnica preventiva - La reclamabilità del diniego di consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*), ma avversata dalla maggioritaria giurisprudenza di merito: Trib. Reggio Emilia, ord., 20 febbraio 2020, in *Giur. it.*, 2020, V, 1111 ss., anch'essa annotata da G. M. SACCHETTO, *Consulenza tecnica preventiva - La reclamabilità del diniego di consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*; Trib. Roma, 29 maggio 2015, in *Il Caso.it*; Trib. Taranto, 4 dicembre 2013, in *Gazz. for.*, 2013, VI, 25 ss.; Trib. Siracusa, ord. 14 giugno 2012, in *Foro It.*, 2012, I, 2863 ss.; Trib. Reggio Emilia, 19 gennaio 2012, in *Giur. mer.*, 2013, V, 1011 ss., con nota di C. COSTABILE, *L'irreclamabilità dei provvedimenti in tema di consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*; Trib. Mantova, 3 luglio 2008, in *Giur. it.*, 2009, 929 ss., con la citata nota di G. FRUS, *Brevi osservazioni sulla reclamabilità del provvedimento di rigetto di un'istanza di ammissione di una consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*

³³ T.M. PEZZANI, *Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., § 3 precisa come «il momento determinante l'effetto della *perpetuatio jurisdictionis* dovrebbe corrispondere al momento del deposito del ricorso, come avviene per altri procedimenti speciali» (conf. A. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, cit., § 6).

³⁴ I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, cit., 182.

³⁵ T.M. PEZZANI, *Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., § 4.

L'accordo tra le parti non potrà, però, produrre i suoi effetti nei confronti del successore, attesa la sua natura negoziale (almeno secondo l'opinione prevalente: cfr. F. CUOMO ULLOA, voce *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., al richiamo nota 71, e relativi richiami; *contra*, T.M.

- e) in quanto atto costituente esercizio giudiziale del diritto, interrompe la prescrizione fino alla conclusione del procedimento, che coincide con il deposito dell'accordo conciliativo o, in mancanza, della relazione peritale⁽³⁶⁾;
- f) secondo parte della dottrina, è idoneo ad impedire la decadenza, almeno «nei casi in cui l'atto richiesto per l'impedimento della decadenza è l'esercizio dell'azione», in virtù dell'esigenza di incentivare l'utilizzo del procedimento e le sue finalità deflattive, nonché per evitare una irragionevole disparità di trattamento rispetto alla disciplina posta dall'art. 5, comma 6, d.lgs. n. 28/2010, con riferimento alla domanda di mediazione⁽³⁷⁾.

PEZZANI, *Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., § 4); se invece la procedura si conclude con il deposito della consulenza da parte del c.t.u., ritengo che essa sarà utilizzabile nel successivo processo di merito, in quanto l'accertamento effettuato costituisce comunque un antecedente rispetto alla soluzione della lite in atto tra le parti (ciò ove si aderisca alla tesi per cui il successore non è terzo estraneo al processo, ma parte dello stesso –v. C.M. DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, 209). Sull'inapplicabilità dell'art. 111 c.p.c. nell'ambito della mediazione, cfr., invece, R. TISCINI, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 489 ss., spec. 490; R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., 12 ss.

³⁶ Insomma, la domanda ex art. 696-bis c.p.c. è idonea a produrre, senz'altro, l'interruzione della prescrizione, ai sensi dell'art. 2943, comma 1, c.c., nonché, secondo l'opinione assolutamente maggioritaria in dottrina, la sospensione della stessa ai sensi dell'art. 2945, comma 2, c.c. In questo senso, F. COCOMILIE, *I procedimenti di istruzione preventiva*, in *Quest. Giust.*, 2014, che precisa che l'effetto interruttivo, ai sensi del citato art. 2943, comma 1, c.c., si produce dal momento della notificazione del ricorso; conf. M. SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, II, 978 s. (cui si rimanda per gli interessanti rilievi in ordine al diritto azionato con il ricorso ex art. 696-bis c.p.c.); T.M. PEZZANI, *Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., § 5; A. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, cit., § 6; G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali*, cit., 672; D. DALFINO, *Il processo civile per responsabilità medica: condizioni di procedibilità e riparto dell'onere della prova*, cit. Sull'effetto sospensivo del ricorso ex art. 696-bis c.p.c. si esprime invece in senso maggiormente dubitativo F. CUOMO ULLOA, voce *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., 283, nota 50.

³⁷ T.M. PEZZANI, *Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., § 7. A sostegno di tale ultima tesi si può rilevare che l'oggetto della domanda di c.t. ex art. 696-bis c.p.c. si pone in un rapporto di «pregiudizialità» rispetto al futuro eventuale giudizio di merito, in quanto volta all'accertamento, in fatto, di un segmento della fattispecie del diritto controverso tra le parti, e, dunque, può essere considerata «domanda giudiziale» volta a far valere quel diritto: cfr. M. SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, cit., 978 s.

Il rispetto del termine stabilito dall'art. 8 legge 24/2017 (90 giorni dal deposito della relazione peritale o dalla scadenza del termine di 6 mesi dal deposito del ricorso per c.t. preventiva con finalità conciliative) è da ritenersi funzionale, come rileva il Tribunale di Lucca, a preservare i suddetti effetti sostanziali e processuali della domanda, quali, in particolare, l'effetto interruttivo-sospensivo della prescrizione di cui all'art. 2945 c.c.⁽³⁸⁾

La condivisibile affermazione necessita, però, di alcune precisazioni.

Quanto alla litispendenza *ex art. 39 c.p.c.*, deve infatti rilevarsi che il procedimento di consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.* ed il giudizio di merito non sono la “medesima lite” (attesa la diversità di *petitum* immediato⁽³⁹⁾): dunque, la prevenzione sarà determinata in riferimento alla domanda di merito e non in base al deposito del ricorso per consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi.

Con riferimento alla *perpetuatio jurisdictionis*, la possibile «salvezza» dell'effetto della domanda introduttiva della c.t. conciliativa dovrebbe essere negata alla luce della tesi secondo la quale il ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.* non è idoneo a determinare il consolidamento della legge vigente e dello stato di fatto esistente anche per il giudizio di cognizione⁽⁴⁰⁾, in quanto si tratta di due processi distinti.

Tale conclusione, tuttavia, appare altamente problematica, in quanto il processo di cognizione deve essere introdotto dinanzi al giudice dell'istruzione preventiva, ai fini della salvezza degli effetti della domanda, ai sensi dell'art. 8, comma 3, l. n. 24/2017.

Per evitare una irragionevole disparità di trattamento tra l'attore che, introducendo presso il medesimo giudice il giudizio di merito, vedrà salvi gli effetti già prodotti con il deposito del ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*, e l'ipotesi in cui, essendo intervenuti mutamenti rilevanti della giurisdizione o della competenza, il giudice titolare del potere di decidere il merito non è il medesimo giudice dinanzi al quale

³⁸ La decadenza non sembra invece venire in rilievo nella materia in discorso (M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 8, nota 29).

³⁹ T.M. PEZZANI, *Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., § 2.

⁴⁰ T.M. PEZZANI, *Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., § 2. Il ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.* non sarebbe, inoltre, idoneo a determinare il consolidamento della competenza anche per il giudizio di cognizione, né nel caso di incompetenza del giudice adito in sede di ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.* (come confermato da Cass. civ., Sez. VI, ord. 1 febbraio 2011, n. 2317, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Competenza civile*, n.° 19), né nel caso in cui, in relazione alla fattispecie concreta, sussistano criteri di competenza concorrenti.

è stato presentato il ricorso per c.t. preventiva, due appaiono le strade percorribili. O ritenere che la salvezza degli effetti della domanda prescinda dall'identità del giudice, in quanto circostanze indipendenti dalla volontà dell'attore non possono determinare una irragionevole disparità di trattamento in punto di salvezza degli effetti del ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*

O, quantomeno in materia di responsabilità medico-sanitaria, affermare che la *perpetuatio jurisdictionis* si applica anche nei rapporti tra consulenza tecnica preventiva e successivo giudizio di merito, in ragione della unità funzionale dell'azione, volta al conseguimento di un unitario bene della vita (*petitum* mediato) anche ove strutturata in distinti e strutturalmente autonomi segmenti processuali⁽⁴¹⁾.

4. *SEGUE*. LA PROCEDIBILITÀ DELLA DOMANDA E L'UTILIZZABILITÀ DELLA C.T.U. TRA GIUSTO PROCESSO E RAGIONEVOLE DURATA

L'osservanza del termine non è invece funzionale alla procedibilità della domanda introduttiva del giudizio sommario di cognizione, né condiziona l'utilizzabilità, in tale sede, della C.T.U. preventivamente esperita.

La conclusione del Tribunale di Lucca, sotto il primo profilo, è altamente apprezzabile, in quanto risponde all'esigenza di tutelare il diritto alla sicurezza delle cure nonché lo stesso diritto di azione; appare inoltre ispirata al principio del giusto processo ed al suo corollario, il principio di ragionevole durata⁽⁴²⁾.

Giova ricordare che la legge Gelli-Bianco è volta ad assicurare la sicurezza delle cure, espressamente definita quale «parte costitutiva del diritto alla salute» (art. 1 l. n. 24/2017), e, dunque, integrante un diritto fondamentale coercibile in sede giurisdizionale⁽⁴³⁾.

⁴¹ Cfr., *mutatis mutandis*, gli ancora attuali rilievi di C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano, 1955, *passim*, con riferimento all'unità funzionale di cognizione ed esecuzione forzata.

⁴² Per un'analisi dei profili di frizione tra le garanzie costituzionali e i metodi di *alternative dispute resolution*, cfr. G. ZAMPETTI, *Problemi di costituzionalità (e di conformità al diritto dell'unione) della "nuova" mediazione civile obbligatoria: diritto alla tutela giurisdizionale e principio di proporzionalità*, in *Rivista AIC*, 2014, IV, ove ampi richiami.

⁴³ Cfr. D. FARACE, *Sicurezza delle cure e responsabilità delle strutture sanitarie*, in C. CUPELLI e C. FRANCHINI (a cura di), *Le nuove responsabilità in ambito sanitario dopo la legge Gelli-Bianco*, cit., 129 ss., secondo il quale la sicurezza delle cure è una situazione giuridica soggettiva cui corrisponde l'obbligo, in capo a chi presta l'assistenza sanitaria, «di porre in essere tutte le opportune attività per la prevenzione e la gestione del rischio» di eventi avversi non necessari o, comunque, evitabili, legati

L'art. 8 della l. Gelli-Bianco, nella parte in cui subordina l'accesso alla tutela giurisdizionale al previo assolvimento di una condizione di procedibilità, introducendo un'ipotesi di cd. «*giurisdizione condizionata*», deve, dunque, essere assoggettato ad un'interpretazione fortemente restrittiva, che limiti quanto meno possibile l'accesso alla tutela di un diritto fondamentale dell'individuo.

In linea generale, del resto, già il solo diritto di azione («*inviolabile*» ai sensi dell'art. 24 Cost.) consentirebbe di desumere, quale canone interpretativo, che la disposizione di cui all'art. 8 l. n. 24/2017 deve essere intesa restrittivamente, poiché pone limiti all'accesso alla giustizia⁽⁴⁴⁾.

Indicazioni in tal senso possono essere utilmente desunte dall'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale⁽⁴⁵⁾, quando ha avuto modo di occuparsi della questione di legittimità costituzionale dell'art. 445-bis c.p.c., che introduce una condizione di procedibilità analoga, per certi versi, a quella che si sta analizzando⁽⁴⁶⁾.

all'assistenza sanitaria. «*Per quanto riguarda i soggetti destinatari dell'obbligo, l'art. 1, comma 1, legge n. 24/2017 collega inscindibilmente la sicurezza delle cure col diritto alla salute spettante ad ogni individuo (art. 32 Cost.)*» (D. FARACE, *Sicurezza delle cure e responsabilità delle strutture sanitarie*, cit., 133 s.), con la conseguenza che, almeno aderendo ad una certa tesi dottrinale (L. FERRAJOLI, *Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, 2007, 727) il diritto alla sicurezza delle cure, spettante ad ogni individuo, è un diritto fondamentale.

⁴⁴ Cfr. le interessanti considerazioni di Trib. Palermo, sez. dist. di Bagheria, 11 luglio 2011, in *Osservatorioaic.it*. Nella giurisprudenza di legittimità, è affermazione comune che le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio, garantito dall'art. 24 Cost., non possono essere interpretate in senso estensivo (Cass. civ. Sez. II, 8 settembre 2017, n. 20975, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Subfornitura*, n. 5; Cass. civ., Sez. I, 21 settembre 2012, n. 16092, in *Foro it.*, 2012, XII, I, 3339 ss., con nota di A. PALMIERI; Cass. civ., Sez. lav., 21 gennaio 2004, n. 967, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro e previdenza (controversie in materia di)*, n. 61).

⁴⁵ Corte Cost., 28 ottobre 2014, n. 243, cit. Nella specie, il Tribunale di Roma aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 445-bis c.p.c., in quanto integrante «*un'ipotesi di "giurisdizione condizionata", nella quale l'accesso alla tutela giurisdizionale è subordinato al previo adempimento di oneri procedurali a carico delle parti*», tale da limitare, per quanto qui interessa, «*il diritto costituzionale di azione e di difesa, previsto dall'art. 24 Cost.*» creando «*condizioni di accesso alla tutela giurisdizionale più difficili rispetto al passato*».

⁴⁶ Autorevole dottrina (M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 5 ss.) accentua la diversità tra i due istituti. L'art. 445-bis c.p.c. rappresenterebbe, nell'ambito delle controversie previdenziali, un «*peculiare percorso processuale*» volto all'accertamento vincolante tra le parti del requisito sanitario (per omologa della relazione peritale o a seguito della prosecuzione del giudizio nelle forme speciali dichiarative disciplinate dai commi 6 e 7 dell'art. cit.). La c.t. preventiva ex art. 8, l. n. 24/2017, viceversa, oltre a non essere idonea a tale accertamento definitivo (cfr. *infra*), non disciplinerebbe una peculiare forma di esercizio dell'azione, quanto un tentativo obbligatorio di definizio-

In particolare, il Giudice delle leggi ha ritenuto che l'accesso alla giurisdizione può essere legittimamente subordinato all'adempimento di oneri finalizzati al perseguimento di interessi generali, quali la deflazione del contenzioso e la speditezza dei giudizi, ma solo a condizione che «il legislatore non renda la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa», «contenga l'onere nella misura meno gravosa possibile e operi un congruo bilanciamento tra l'esigenza di assicurare la tutela dei diritti e le altre esigenze che il differimento dell'accesso alla stessa intende perseguire»⁽⁴⁷⁾.

Ritenere che il mancato rispetto del termine di 90 giorni per l'introduzione del giudizio di merito comporti l'improcedibilità della domanda comporterebbe, viceversa, non solo una violazione dei precitati canoni ermeneutici (di interpretazione conforme agli artt. 32 e 24 Cost.), ma, addirittura, una lesione dello stesso principio di ragionevole durata, che giustifica costituzionalmente la giurisdizione

ne conciliativa dell'intero rapporto giuridico controverso. La Corte Cost., 28 ottobre 2014, n. 243, cit., ragiona, difatti, in termini di «giurisdizione condizionata atipica» con riferimento alla procedura ex art. 445-bis c.p.c. Senza voler entrare nel merito della complessa questione, il parallelismo tra i due istituti può ritenersi ammissibile, all'assai limitato fine di trarne «utili indicazioni interpretative»: come rilevato da I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, cit., 181, infatti, entrambe le norme condizionano la giurisdizione sul merito al soddisfacimento di un preventivo (per quanto diverso) onere procedurale (e, in tal senso, si muove anche l'argomentazione della Corte Cost., 28 ottobre 2014, n. 243, cit.). Lo stesso M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 11, nota 38, d'altronde, impiega cautamente alcune soluzioni prospettate con riguardo all'art. 445-bis c.p.c., in funzione interpretativa della normativa in oggetto.

⁴⁷ «Com'è noto, la giurisdizione condizionata è considerata tradizionalmente legittima quando gli oneri e le modalità che condizionano l'esercizio dell'azione non compromettano l'esperimento dell'azione giudiziaria imponendo oneri troppo gravosi alle parti. In questo senso, si considera ragionevole la mera improcedibilità per un tempo limitato, che possa risultare utile alla stessa soddisfazione della situazione sostanziale che si assume violata (oltre che alla deflazione del carico giudiziario)» (cfr. I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, cit., 181). Per l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul tema, cfr. Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82, in *Foro it.*, 1992, IV, I, 1023 ss., con nota di G. COSTANTINO; Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Foro it.*, 2000, X, I, 2752 ss.; Corte cost., 24 marzo 2006, n. 125, in *Giur. cost.*, 2006, II, 1186 ss.; Corte cost., 18 febbraio 2009, n. 51, in *Giur. cost.*, 2009, I, 273 ss.; Corte Cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in *Corr. giur.*, 2013, II, 257 ss., con nota di I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*. Anche la CGUE, 18 marzo 2010, C317/08, C-318/08, C 319/08 e C-320/08, *Allassini*, in *Foro it.*, 2010, IV, 361 ss., nonché in *Corr. giur.*, 2010, X, 1289 ss., con nota di G. RIZZO, *L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione extragiudiziale in ambito di servizi di comunicazioni elettroniche tra operatori di telecomunicazione e utenti finali*, ha ritenuto legittime le ipotesi di giurisdizione condizionata, ma esclusivamente nei limiti della proporzionalità rispetto all'«effettivo scopo di interesse generale» perseguito dal legislatore.

condizionata.

L'improcedibilità della domanda di primo grado per il mancato rispetto di un termine processuale, in assenza di un meccanismo automatico di sanatoria⁽⁴⁸⁾, finirebbe infatti per allungare notevolmente i tempi di definizione del processo, onerando di regola⁽⁴⁹⁾ l'attore di adempiere *ex novo* una delle condizioni di procedibilità stabilite dall'art. 8 l. Gelli-Bianco prima di poter riproporre, questa volta nei termini, la medesima domanda di merito già formulata.

Si tratterebbe, in buona sostanza, di una sorta di "percorso a ostacoli" tra improcedibilità e termini perentori, tale da rendere eccessivamente difficile l'esercizio, in primo grado, del diritto di azione e il conseguente accesso alla tutela di merito del diritto alla salute, in assenza di ogni «effettivo scopo di interesse generale» che possa giustificare tale limitazione⁽⁵⁰⁾.

L'improcedibilità, quale conseguenza insanabile di un comportamento procedurale omissivo, può infatti giustificarsi solo in grado di impugnazione, «mentre l'improcedibilità che si ergesse alle soglie del primo grado del processo di merito sarebbe troppo punitiva, ed in ultima analisi praticamente lesiva del diritto di agire in giudizio, se fosse con ugual rigore sanzionata»⁽⁵¹⁾.

Per quanto attiene all'utilizzabilità della C.T.U. nel giudizio di merito introdotto "tardivamente", anche a tale riguardo la conclusione della pronuncia in commento appare pienamente condivisibile.

La *ratio* dell'art. 8 l. n. 24/2017, come è stato da più parti rilevato, «è senz'altro ascrivibile alla logica deflattiva e dell'economia processuale»⁽⁵²⁾: in mancanza

⁴⁸ Quale quello previsto nell'ipotesi di mancato previo esperimento della condizione di procedibilità, dall'art. 8, comma 2, l. n. 24/2017, dall'art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28/2010 e dall'art. 3, comma 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132.

⁴⁹ E ferma la possibilità di rimessione in termini, *ex art.* 153 c.p.c., attesa la portata generale che viene comunemente riconosciuta a tale istituto (cfr., *ex multis*, L.P. COMOGLIO, *Ideologie consolidate e riforme contingenti del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, III, 536 s.; N. RASCIO, *La non contestazione come principio e la rimessione nel termine per impugnare: due innesti nel processo, benvenuti quanto scarni e perciò da rinfoltire*, in *Corr. giur.*, 2010, IX, 1248 ss.).

⁵⁰ Parafrasando CGUE, 18 marzo 2010, C317/08, C-318/08, C 319/08 e C-320/08, *Alassini*, cit.

^{Con} le parole di M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 10, nota 34, ben si può affermare che sarebbe «una costruzione barocca ed eccessiva»!

⁵¹ LA CHINA, *Procedibilità (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 803; adesivo R. POLI, *Inammissibilità e improcedibilità [dir. proc. civ.]*, *Diritto online Treccani*, cit.

⁵² Cfr., *ex multis*, B. GUIDI e E. OCCHIPINTI, *La legge Gelli-Bianco sul tema della Consulenza Tecnica d'Ufficio: necessità della riforma?*, cit., § 4

della soluzione conciliativa, dunque, appare del tutto irragionevole porre automaticamente nel nulla il risultato della consulenza tecnica preventiva, tenuto conto che sarà comunque il giudice di merito a valutarne l'ammissibilità e la rilevanza⁽⁵³⁾ e che resta impregiudicata anche la possibilità di una sua rinnovazione⁽⁵⁴⁾.

Si ritiene, dunque, che il giudice del merito rimanga titolare non solo del potere di accertare l'opportunità dell'ingresso del sapere tecnico nel processo, ma anche di verificare l'esistenza della competenza in capo al giudice che ha ammesso la prova, l'avvenuto rispetto del contraddittorio e la sussistenza delle condizioni di legittimazione e di capacità delle parti nel procedimento di istruzione preventiva, a condizione che il vizio sia ritualmente eccepito dalla parte interessata⁽⁵⁵⁾.

La consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.* ha, infatti, una duplice anima: mira al raggiungimento di un accordo che consenta la risoluzione della lite al di fuori del giudizio di cognizione (finalità conciliativa), ma «ove tale accordo non venga raggiunto, la valutazione resa in via preventiva non perde la sua utilità», residuandone la funzione probatoria, «nei limiti in cui venga acquisita nel successivo giudizio di merito ed utilizzata dal giudice al fine di integrare la propria conoscenza sui fatti della causa» (finalità istruttoria)⁽⁵⁶⁾.

⁵³ La relazione definitiva non potrebbe esse prodotta, né richiamata, né riprodotta in copia nel giudizio di merito, prima che se ne sia dichiarata l'ammissibilità nel giudizio in corso, ai sensi dell'art. 698, comma 3, c.p.c. Deve però rilevarsi che, secondo la giurisprudenza prevalente, il provvedimento di ammissione può anche essere implicito, fermo il diritto delle parti di contestare la irritalità dell'acquisizione e l'impossibilità di esame delle risultanze dell'indagine peritale (cfr., Cass. civ., Sez. II, 5 aprile 2016, n. 6591, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Procedimento civile*, n. 285; Cass. civ., Sez. II, 9 novembre 2009, n. 23693, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Istruzione preventiva*, n. 13; *contra*, su quest'ultimo punto, G. TRISORIO LIUZZI, voce *Istruzione preventiva*, in *Dig. civ.*, X, Torino, 1993, 263).

⁵⁴ Ferma la questione relativa alla corretta qualificazione - come prova o giudizio - dell'elaborato tecnico.

⁵⁵ G. TRISORIO LIUZZI, voce *Istruzione preventiva*, cit., 263. In tema, cfr. Cass. civ., Sez. III, 1 aprile 2004, n. 6390, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Istruzione preventiva*, n. 2.

⁵⁶ In questo senso, F. CUOMO ULLOA, voce *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, cit., 273 ss. (cfr. anche R. BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll: la consulenza tecnica conciliativa*, cit.). L'opportunità di utilizzare la consulenza esperita nel successivo procedimento di merito è confermata dall'elaborazione giurisprudenziale che, in materia di mediazione *ex d.lgs. n. 28/2010*, ha ritenuto l'ammissibilità della produzione in giudizio della relazione dell'esperto che può assistere il mediatore (cd. C.T.M.), nonostante la riservatezza ed i limiti di utilizzabilità che connotano le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso della procedura di *adr* (cfr., anche per riferimenti, I. PAGNI, *La riforma della responsabilità medica. I profili processuali*, cit., 178; sulla questione, v. M. BOVE, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nella responsabilità medica*, cit., 7 s.). Per un'analisi della C.T.M., si v., invece, O. ARIANNA, *La consulenza tecnica in mediazione*, in *Contratti*, II, 2016, 193 ss.

La soluzione contraria a quella fatta propria dal provvedimento in epigrafe sarebbe, dunque, ancora una volta contraria al principio di economia processuale che ispira e giustifica la disciplina della condizione di procedibilità⁽⁵⁷⁾, atteso che rimane fermo il diritto delle parti di contraddire e difendersi in ordine alla legittimità ed al merito⁽⁵⁸⁾ della consulenza preventivamente esperita.

5. CONCLUSIONI

Come anticipato, la ricostruzione fornita dalla pronuncia in commento concorre a chiarire la disciplina della condizione di procedibilità in materia di responsabilità sanitaria ed appare ispirata ai principi costituzionali, come interpretati dalla giurisprudenza nell'ambito del sindacato di legittimità delle forme di giurisdizione condizionata.

È stato brillantemente rilevato che il principio della ragionevole durata può entrare in collisione con il diritto di azione, imponendo all'interprete un bilanciamento che tenga conto del primato assiologico delle garanzie sulla mera "rapidità" della giustizia (che, in assenza di tali garanzie, non sarebbe "giusta")⁽⁵⁹⁾.

Nel caso di specie, le ragioni dell'efficienza concorrono, invece, con le esigenze del diritto di azione (e del diritto alla salute⁽⁶⁰⁾), giustificando, a mio parere, la tesi per cui dal mancato rispetto del termine di 90 giorni previsto dal terzo comma dell'art. 8 l. Gelli-Bianco non può conseguire l'improcedibilità della domanda di merito e/o l'inutilizzabilità della C.T.U. preventivamente espletata, ma, esclusivamente, la mancata salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda di c.t. preventiva.

Non può dunque che auspicarsi che la soluzione fatta propria dal Tribunale di Lucca si consolidi nell'interpretazione giurisprudenziale, onerata dell'arduo compito di chiarire una normativa a tratti davvero «barocca», nell'ambito di un con-

⁵⁷ Cfr. nota 9 e testo richiamato, nonché *supra* in questo §.

⁵⁸ Sulla deliberazione di rilevanza cfr., però, per una diversa possibile soluzione, le «*Linee guida in materia di accertamento tecnico preventivo ai sensi dell'articolo 8 legge 24/2017*» adottate dal Tribunale di Roma, secondo le quali (dubitativamente) «*tale valutazione dovrebbe considerarsi operata direttamente dall'art. 8, attraverso l'esaminata condizione di procedibilità*».

⁵⁹ In tal senso, P. FERRUA, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione Europea*, in *Quest. Giust.*, 2017, 1, 109 ss.

⁶⁰ O del principio di autodeterminazione e della libertà morale, nel caso di controversie in materia di consenso informato.

tenzioso ampio e caratterizzato da forte conflittualità.

ABSTRACT

L'art. 8 della legge 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli-Bianco) ha introdotto la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite *ex art. 696-bis c.p.c.* come condizione di procedibilità delle domande in materia di risarcimento del danno derivante responsabilità sanitaria. Dopo un breve inquadramento della relativa disciplina, l'Autore commenta la pronuncia del Tribunale di Lucca, 22 novembre 2021 che, allineandosi alla dottrina maggioritaria, chiarisce come il mancato rispetto del termine di novanta giorni per l'introduzione del giudizio di merito a seguito dell'assolvimento della condizione di procedibilità non determina l'improcedibilità della domanda di merito né l'inutilizzabilità della consulenza tecnica previamente esperita, ma impedisce esclusivamente la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introdotta con il ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.* Tale soluzione viene ritenuta coerente con i principi costituzionali, come interpretati dal Giudice delle Leggi nell'ambito del sindacato di legittimità delle forme di giurisdizione condizionata.

Art. 8 of Law No. 24 of March 8, 2017 (Gelli-Bianco Law) introduced the «consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite» pursuant to Art. 696-bis c.p.c. as a condition of entertainability of claims for damages arising from healthcare liability. After a brief description of the relevant discipline, the author comments on the ruling of the Court of Lucca, November 22, 2021, which clarifies, in accordance with the main legal literature, how the failure to comply with the ninety-day deadline for the introduction of the judgment on the merits following the fulfillment of the condition of entertainability does not determine that the claim on the merits cannot be entertained nor that the previous technical advice cannot be used, but only prevents the salvation of the substantive and procedural effects of the claim introduced under Article 696-bis c.p.c. This solution is considered consistent with constitutional principles, as interpreted by the Judge of Laws in the context of the review of constitutionality of forms of “conditional access to jurisdiction”.

