

IL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE ITALIANO E COMPARATO



Rivista trimestrale – open access

DIRETTORE RESPONSABILE:

Prof. Ferruccio Auletta

COMITATO EDITORIALE:

Prof. Gian Paolo Califano - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Renato Nazzini

Prof. Nicola Rascio - Prof. Fabio Santangeli

COMITATO SCIENTIFICO:

Prof. Giovanni Verde - Prof. Francesco Astone - Prof. Giampiero Balena

Prof. Paolo Biavati - Prof. Salvatore Boccagna - Prof. Ulisse Corea

Prof. Giuseppe della Pietra - Prof. Pascale Deumier - Prof. Pietro Franzina

Prof. Antonio Fuccillo - Prof. Silvia Izzo Prof. Giovanni Leone - Prof. Antonio Marzocco

Prof. Roberta Metafora - Prof. Giorgio Giuseppe Poli - Prof. Giovanni Raiti

Prof. Jean-François van Drooghenbroeck - Prof. Ignazio Zingales

COMITATO DI VALUTAZIONE:

Dottore Eduardo Campese (Consigliere presso la Prima sezione civile della Corte di cassazione)
Professore Bruno Capponi (Università Luiss “Guido Carli”)
Professore Domenico Dalfino (Università degli studi di Bari Aldo Moro)
Professore Claudio De Fiores (Università degli studi della Campania, L. Vanvitelli)
Dottore Stanislao De Matteis (Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione)
Professore Francesco De Santis (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professoressa Ludovica Decimo (Università degli studi di Sassari)
Professore Romolo Donzelli (Università di Macerata)
Professore Federico Ferraris (Università degli studi di Milano – Bicocca)
Professore Giuseppe Finocchiario (Università degli studi di Brescia)
Professoressa Maria Francesca Ghirga (Università degli studi dell’Insubria)
Professore Andrea Graziosi (Università degli studi di Ferrara)
Professore Albert Henke (Università degli studi di Milano)
Professore Luigi Iannicelli (Università degli studi di Salerno)
Professore Gianpaolo Impagnatiello (Università di Foggia)
Professoressa Rita Lombardi (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professoressa Concetta Marino (Università degli studi di Catania)
Professore Jordi Nieva-Fenoll (Universitat de Barcelona)
Professoressa Ilaria Pagni (Università degli studi di Firenze)
Professoressa Silvia Rusciano (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professore Raffaele Santoro (Università degli studi della Campania L. Vanvitelli)
Dottore Marcello Sinisi (Presidente di sezione presso il Tribunale di Napoli)
Professore Marcello Stella (Università degli studi di Napoli, Federico II)
Professore Michele Vanzetti (Università degli studi di Milano)
Professoressa (aggregata) Valeria Verde (Università degli studi della Campania L. Vanvitelli)
Professore Alberto Villa (Università degli studi di Milano Bicocca)
Professore Alberto Villata (Università degli studi di Milano – Bicocca)
Dottore Sergio Zeuli (Consigliere di Stato presso la VII sezione del Consiglio)

REDAZIONE:

Capo redazione: Dott.ssa Valentina Capasso
Dott. Francesco Capasso
Dott.Fabrizio De Vita
Dott.Luigi Rosario Luongo
Dott.Pasquale Mazza
Dott.ssa Federica Pinto
Dott.ssa Antonella Raganati
Prof.ssa Paola Chiara Ruggieri



SERGIO MENCHINI

Ancora sulla pregiudizialità logica; considerazioni a margine della ordinanza n. 27927/2024 della Corte di cassazione*

Il lavoro affronta la distinzione tra la pregiudizialità tecnica e la pregiudizialità logica nei suoi sviluppi dottrinali e giurisprudenziali.

Le riflessioni traggono spunto dall'ordinanza della III sez. della Corte di cassazione n. 27927/2024, che ha rimesso alle Sezioni Unite il compito di determinare i confini tra le due categorie, con particolare riguardo alle implicazioni delle stesse rispetto all'oggetto del giudicato.

The paper deals with the distinction between technical and logical prejudiciality in its doctrinal and jurisprudential developments.

The author's reflections are inspired by the Third Section of the Court of Cassation order no. 27927/2024, which referred to the United Sections the task of determining the boundaries between the two categories, with particular regard to their implications in relation to the scope of res judicata.

1. Le categorie della «pregiudizialità tecnica» e della «pregiudizialità logica» sono definite in modo chiaro dalla dottrina relativamente alla struttura, all'ambito di applicazione e alla disciplina (dapprima, Satta, Menchini e, successivamente, Luiso, Motto, Proto Pisani).

La «pregiudizialità in senso logico» (Satta) o «pregiudizialità logica» (Menchini) individua la relazione tra il rapporto giuridico (complesso) stipite, reale oppure obbligatorio, e la pluralità delle situazioni giuridiche elementari che lo compongono (diritti, obblighi, poteri, facoltà); si pensi alla proprietà, al rapporto di lavoro, al rapporto di locazione, al rapporto di compravendita e ai diritti ed obblighi che da tali rapporti scaturiscono. Quando è dedotto in giudizio un singolo effetto (si consideri, ad esempio, la domanda di condanna al pagamento del corrispettivo della vendita), il «regolamento giuridico» imposto dal giudicato ricomprende il rapporto madre, nella sua esistenza, validità e qualificazione giuridica; ciò dipende non dall'accertamento dello stesso, esplicito o implicito, avente autorità di giudicato, ma dall'effetto precettivo e regolamentare della pronuncia concernente la situazione giuridica fatta valere, poiché l'assetto attribuito ad essa dalla sentenza coinvolge, con forza disciplinatrice, il rapporto e, *in parte qua*, gli altri effetti che ne derivano.

Dunque, il tema è non se il rapporto giuridico fondamentale è conosciuto *incidenter tantum* ovvero è accertato *principaliter*, ma, piuttosto, il suo necessario coinvolgimento nella sfera di efficacia della sentenza, in funzione della idoneità di questa a rendere il «regolamento» del

* Relazione tenuta presso la Corte di cassazione il giorno 2 aprile 2025 nell'incontro di analisi e commento dell'ordinanza della terza sezione n. 27927 del 2024.

diritto fatto valere, il quale, dopo e in conseguenza del processo, deve costituire, sul piano sostanziale, «regola di condotta» per le parti.

La «pregiudizialità in senso tecnico» (Satta) o «pregiudizialità tecnica» (Menchini) è la relazione tra due rapporti giuridici, attributivi di distinti e autonomi beni della vita, uno dei quali è fatto costitutivo oppure impeditivo, modificativo o estintivo dell'altro. Nel primo caso (un rapporto giuridico funge da fatto costitutivo di un altro), ricorre una connessione per «pregiudizialità-dipendenza» (esempio: lo stato civile rispetto agli alimenti; la proprietà del fondo dominante rispetto alla servitù a favore di esso; la proprietà del bene danneggiato rispetto al diritto al risarcimento del danno); nel secondo caso (un rapporto giuridico è fatto modificativo o estintivo di un altro) si ha connessione per «incompatibilità» (esempio, il diritto di uso o di abitazione rispetto alla piena proprietà).

Il giudicato formatosi sul rapporto giuridico dipendente o principale ha efficacia regolamentare autonoma, che non richiede il coinvolgimento del rapporto pregiudiziale o incompatibile; l'assetto relativo al primo rapporto non ha alcun effetto condizionante o conformativo in ordine al secondo, in quanto i due rapporti hanno ad oggetto beni giuridici differenti.

Il rapporto pregiudiziale o incompatibile è colpito dalla preclusione del dedotto e del deducibile; esso può essere oggetto di un successivo accertamento, anche opposto rispetto a quello eventualmente reso, quante volte, nel secondo processo, non sia in discussione il rapporto giuridico già accertato.

Nel giudizio relativo al rapporto dipendente e principale, il rapporto pregiudiziale e quello incompatibile, dedotti in via di eccezione, sono conosciuti *incidenter tantum*; essi sono accertati con efficacia di giudicato, soltanto per volontà di legge o per domanda di parte (art. 34 c.p.c.).

1.1. Spostando l'attenzione sulla giurisprudenza, l'ordinanza interlocutoria della terza sezione (ordinanza 18 settembre 2024, n. 27927) osserva che la Corte di cassazione distingue tra due tipi di questioni pregiudiziali: a) questioni pregiudiziali in senso logico; b) questioni pregiudiziali in senso tecnico¹.

¹ Appare opportuno ricordare la vicenda processuale. Il giudizio aveva ad oggetto, nell'ambito di una più ampia lite successoria, la individuazione del titolare del diritto all'indennizzo, scaturente da più contratti di assicurazione sulla vita stipulati dal *de cuius* con una compagnia di assicurazione svizzera; la decisione della causa tra i più pretendenti (riconoscimento della spettanza del credito) dipendeva dalla interpretazione del contratto assicurativo, sì che si era posto il problema se tale questione dovesse essere risolta con efficacia di giudicato, nel qual caso: i) sarebbe stato necessario integrare il contraddittorio, ai sensi dell'art. 102 c.p.c., nei confronti della compagnia svizzera; b) avrebbe operato una clausola contrattuale che devolveva alla giurisdizione svizzera ogni giudizio relativo al contratto. Dunque, l'oggetto del processo era dato dall'accertamento dell'esatto beneficiario

L'ordinanza aggiunge che, per orientamento consolidato, avviato dalla sentenza delle Sezioni Unite del 5 luglio 1975, n. 2619: i) la «questione pregiudiziale in senso logico» (o punto pregiudiziale) consiste in circostanze che rientrano nel fatto costitutivo del diritto dedotto in causa e deve essere decisa necessariamente *incidenter tantum*; ii) la «questione pregiudiziale in senso tecnico» consiste in circostanze distinte e indipendenti dal fatto costitutivo della domanda, costituisce un presupposto giuridico del fatto costitutivo della domanda, può dare luogo ad un giudizio autonomo ed alla formazione della cosa giudicata.

Viene richiesto l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, in quanto "la disamina della giurisprudenza di legittimità rivela che, per distinguere le pregiudiziali in senso tecnico da quelle in senso logico, talvolta si privilegia, ma talaltra si svaluta, il requisito della *suscettibilità della questione pregiudiziale a dare luogo ad un giudizio autonomo*" (punto 4.3.); in particolare, in non pochi precedenti (riportati al punto 4.3.1.), sarebbe stata ravvisata la sussistenza di una «questione pregiudiziale in senso logico», benché la questione condizionante avesse ad oggetto "la titolarità di un diritto reale o di una privativa industriale", ossia una situazione giuridica "per definizione suscettibile di dar luogo a giudizi autonomi"². Occorre premettere che l'ordinanza richiama una giurisprudenza risalente (le sentenze più recenti sono del 2013 e del 2019) e non tiene conto di quella più prossima, formatasi in tema di limiti oggettivi del giudicato, che ricostruisce le due categorie negli stessi termini della dottrina.

Inoltre, i provvedimenti presi in considerazione dalla terza sezione: i) sono resi con riguardo alla risoluzione di una questione di rito (giurisdizione, competenza, sospensione); ii) richiamano sì la pregiudizialità logica, ma si tratta di un mero *obiter dictum*, posto che la *ratio decidendi* è costituita non da tale affermazione, ma, piuttosto, dal riconoscimento che, nel caso di specie, non vi fosse la necessaria domanda di parte o difettasse l'interesse ad una pronuncia con efficacia di giudicato,

In alcune ipotesi, la pregiudiziale ha ad oggetto l'accertamento della proprietà di un bene, al fine di stabilire: i) il soggetto obbligato al risarcimento dei danni per il danneggiamento della cosa (Cass., sez. III, ord. 12 luglio 2005, n. 14578)³ o ad effettuare interventi manutentivi

dell'indennizzo assicurativo dovuto dalla compagna e la (asserita) questione pregiudiziale era rappresentata dalla interpretazione ed applicazione del contratto assicurativo.

² La terza sezione osserva anche che "sul piano teorico, è arduo spiegare come una questione possa, nello stesso tempo, essere "*indipendente*" dal fatto costitutivo della domanda ma costituirne un *presupposto giuridico*".

³ L'ordinanza n. 14758 del 2005 è resa in un regolamento di competenza; la Corte di cassazione afferma che "essendo non controverso che nessuna delle parti in lite ha chiesto, con efficacia di giudicato, l'accertamento della propria qualità di proprietario (o di non proprietario) del muro dal cui crollo hanno risentito pregiudizio gli attori, è palese che il giudice di pace, cui è rimesso un accertamento *incidenter tantum*, cioè inidoneo ad acquisire efficacia di giudicato in altri giudizi, quanto alla proprietà del muro in questione, non poteva dichiararsi incompetente a conoscere della controversia *ratione materiae*".

necessari alla rimozione di parti pericolanti di un edificio (Cass., sez.un., ord., 2 novembre 2019, n. 28331)⁴; ii) il titolare del diritto al risarcimento dei danni causati a un bene mobile (Cass., sez.un., 5 luglio 2011, n. 12650)⁵.

In un altro caso, è stata negata la sospensione del giudizio (dipendente) di contraffazione del brevetto in ragione della contemporanea pendenza della causa di nullità del brevetto (pregiudiziale) pendente di fronte ad altro giudice, in quanto “la decisione della questione pregiudiziale relativa alla validità del brevetto ben può essere risolta dal giudice di fronte al quale pende la domanda di contraffazione in via incidentale, senza che sia prospettabile l’eventualità di un contrasto di giudicati, considerato che tale decisione non è idonea ad assumere autorità di giudicato”⁶.

Ancora, la Corte (Cass., sez. II, sent., 10 febbraio 2004, n. 2482), al fine di risolvere una questione di competenza, ha escluso che, nel giudizio di condanna al rilascio di un immobile oggetto di legato, la qualità di legatario dovesse essere accertata con efficacia di giudicato; la sentenza sostiene sì che la questione è pregiudiziale in senso logico, ma aggiunge che la qualità di legatario dell’attore non aveva formato “oggetto di un’esplicita domanda di parte, occorrente, ai sensi dell’art. 34 c.p.c., per la trasformazione della questione pregiudiziale in causa pregiudiziale”.

Infine, due pronunce hanno come *ratio decidendi* un principio pacificamente sostenuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina (Montesano, Menchini, Satta), ossia che, per l’ammissibilità della domanda di accertamento incidentale, al pari di ogni altra domanda, deve sussistere l’interesse⁷.

⁴ Il giudizio aveva ad oggetto l’impugnazione davanti al giudice amministrativo di un’ordinanza sindacale con la quale era stata imposta l’esecuzione di taluni interventi su parti di un edificio ed era sorta contestazione tra le parti sulla proprietà (pubblica o privata) di esso; la pronuncia è resa in sede di regolamento di giurisdizione e la Corte di cassazione esclude che sussista la giurisdizione ordinaria per il solo fatto che la decisione della domanda di annullamento dipende dall’accertamento della proprietà dell’immobile cui si riferiscono i lavori prescritti, in quanto tale questione pregiudiziale (civile) può essere risolta *incidenter tantum* dal giudice amministrativo.

⁵ Anche questa pronuncia è stata emessa con riguardo ad una questione di giurisdizione; il processo aveva ad oggetto il risarcimento dei danni derivanti dalla distruzione di un velivolo iscritto nei registri aeronautici russi; la corte ha riconosciuto esistente la giurisdizione italiana, sul presupposto che la questione pregiudiziale relativa all’individuazione dell’effettivo proprietario (e, quindi, creditore) potesse essere risolta *incidenter tantum*, “non essendo stata proposta da alcuna delle parti domanda di accertamento della proprietà” ed attesa “la assoluta carenza di prova dell’interesse delle parti a far valere l’accertamento *de quo* con efficacia autonoma anche al di fuori del processo in corso”.

⁶ La Corte afferma sì che non sussiste pregiudizialità tecnico-giuridica tra i due giudizi, ma non perché la nullità del brevetto non possa costituire oggetto di un autonomo processo, che, anzi, era già pendente, quanto, piuttosto, perché nel giudizio dipendente, relativo alla contraffazione, la nullità del brevetto non era stata dedotta con domanda riconvenzionale.

⁷ Cass., sez. III, 3 aprile 2013, n. 8093, chiamata a risolvere una questione di competenza, ha affermato che, nel processo avente ad oggetto il diritto di prelazione dell’affittuario, la questione relativa all’esistenza di un

Orbene, queste decisioni ricostruiscono la fattispecie in questi termini: a) è sorta tra le parti contestazione sull'esistenza di un diritto o di uno *status* giuridico che ha carattere pregiudiziale; la decisione di tale questione assume rilievo ai fini della giurisdizione, della competenza, della sospensione del processo; b) la questione ha ad oggetto un elemento che, avendo natura di situazione giuridica autonomamente rilevante, è suscettibile di costituire oggetto di un autonomo giudizio; c) essa è decisa con efficacia di giudicato solo se vi è una domanda di parte e se è provata l'esistenza di un interesse effettivo e concreto ad una statuizione con questi effetti, il quale deve essere allegato e provato dall'istante ed è dato dalla idoneità della questione da decidere ad influenzare liti diverse e di probabile insorgenza tra le parti; in caso contrario, la pronuncia avviene *incidenter tantum*; d) non essendo stata proposta domanda di accertamento incidentale o non essendo stato ravvisato l'interesse, la questione è risolta incidentalmente.

Ne segue che questi provvedimenti non solo riguardano fattispecie sicuramente riconducibili alla «pregiudizialità tecnica», ma danno anche atto che, nel caso di specie, la questione concerne situazioni giuridiche soggettive, che, in quanto tali, possono essere oggetto di un autonomo processo.

D'altronde, il concetto e la disciplina della «pregiudizialità tecnica» sono pacifici nella giurisprudenza di merito e di legittimità.

Mi limito a ricordare alcune pronunce recenti.

Così, Cass., sez.un., ord., 13 ottobre 2022, n. 30148, che ha deciso un regolamento di competenza avverso un provvedimento di sospensione, precisa che “integra questione pregiudiziale la sussistenza della pregiudizialità tecnica o tecnico-giuridica o in senso stretto qualora vengano in considerazione più rapporti giuridici uno dei quali (quello pregiudiziale) appartiene alla fattispecie dell'altro che da quello dipende (pregiudicato)..l'accertamento di un diritto presuppone l'accertamento dell'altro”.

Più di recente, Cass., sez. II, ord., 22 marzo 2024, n. 7846, la quale ha rimesso gli atti alla prima Presidente per la eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite allo scopo di stabilire la proponibilità, in conseguenza delle difese del convenuto, nelle prime memorie e dopo l'udienza dell'art. 183 c.p.c. (vecchio rito) della domanda di accertamento incidentale, osserva: “ciò che costituisce oggetto di questione pregiudiziale è anche un elemento della fattispecie del rapporto giuridico oggetto della domanda in quanto integra o un fatto costitutivo oppure

contratto di affitto di fondo rustico non dovesse avvenire con autorità di giudicato, posto che “affinché la questione pregiudiziale importi l'instaurazione di una causa pregiudiziale, non è sufficiente che la parte chieda un accertamento con efficacia di giudicato”, dovendo l'istante “dimostrare un suo interesse effettivo che travalichi quello relativo al giudizio in corso”, ossia che “la questione sia idonea ad influire anche su liti future e di prevedibile insorgenza tra le parti”. Lo stesso principio è affermato da Cass., sez.II, ord., 19 giugno 2007, n. 14275, per decidere una eccezione di competenza, con riguardo alla questione relativa all'esistenza di un contratto di affitto agrario avente carattere pregiudiziale rispetto ad un giudizio di divisione ereditaria.

un fatto impeditivo, modificativo ed estintivo del diritto soggettivo controverso: nella prima ipotesi, tra le due situazioni sostanziali, ricorre una connessione di pregiudizialità-dipendenza; nella seconda ipotesi ricorre, invece, una connessione di incompatibilità giuridica” (vedi, negli stessi termini, Cass., sez. II, 30 settembre 2022, n. 28478).

Allora, può essere tratta una prima conclusione: non soltanto la giurisprudenza identifica, in modo puntuale e non equivoco, le «questioni pregiudiziali in senso tecnico» e applica alle stesse la disciplina stabilita dall’art. 34 c.p.c., ma dottrina e giurisprudenza convergono circa la ricostruzione della figura della «pregiudizialità tecnica» rispetto alle caratteristiche strutturali, all’ambito di applicazione, al trattamento processuale (art. 34 c.p.c.).

1.2. Circa la «pregiudizialità logica», l’ordinanza della terza sezione dà conto dell’orientamento più risalente, per il quale “la questione pregiudiziale in senso logico (o punto pregiudiziale) consiste in circostanze che rientrano nel fatto costitutivo del diritto dedotto in causa”, è un “antecedente logico che va risolto *incidenter tantum* rispetto alla decisione della domanda principale che da esso dipende”.

Dunque, essa è data da “circostanze che rientrano nel fatto costitutivo” e “deve essere risolta *incidenter tantum*”; a ben vedere, siamo in presenza non tanto di una «questione pregiudiziale», avente ad oggetto un fatto-diritto, quanto, piuttosto, di una «questione preliminare di merito», avente ad oggetto un mero fatto, per cui, inevitabilmente, la questione va risolta *incidenter tantum*, atteso che “il giudicato non investe i fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi (inesistenza del giudicato in punto di fatto)” (Cass., sez. II, 30 settembre 2022, n. 28478).

Tuttavia, la giurisprudenza più recente, formatasi con specifico riferimento alla «efficacia del giudicato», ricorre alla «pregiudizialità logica» per individuare la relazione esistente tra il «rapporto giuridico fondamentale» e «i suoi effetti» (diritti, obblighi, poteri), allineandosi, così, alla ricostruzione dell’istituto offerta dalla dottrina (oltre a Satta e Menchini, si segnalano Luiso, Motto, Proto Pisani).

Le Sezioni Unite, nelle sentenze gemelle del 12 dicembre del 2014 (n. 26242 e n. 26243), danno conto della «pregiudizialità logica» (da tenere distinta dalla «pregiudizialità tecnica»), la cui decisione “sarebbe sempre e comunque coperta dal giudicato”, concernente “rapporti complessi e domande in cui il *petitum* è un diritto o un obbligo che è parte di un rapporto giuridico più ampio”, e sottolineano che l’istituto appartiene a pieno titolo a quello dei limiti oggettivi del giudicato (punti 5.2.4, 5.9.).

Numerose sentenze della Corte di cassazione, oltre che di giudici di merito, al fine di stabilire la portata oggettiva del giudicato, fanno leva sulla distinzione tra «pregiudizialità tecnica» e «pregiudizialità logica», descrivendola in questo modo.

Riporto quanto si legge in Cass, sez. II, 30 settembre 2022, n. 28478: “un diritto soggettivo può assumere valore, oltre che in sé, anche quale fatto costitutivo ovvero estintivo, modificativo

o impeditivo di un'altra situazione soggettiva sostanziale; le situazioni soggettive sono, in tal caso, tra loro connesse, rispettivamente, per ragioni di pregiudizialità-dipendenza (allorché un rapporto è fatto costitutivo dell'altro) e per ragioni di incompatibilità (quando un rapporto è fatto impeditivo, modificativo o estintivo dell'altro); nell'uno e nell'altro caso, si parla di pregiudizialità tecnica; in siffatte ipotesi, il giudicato non si estende, sul piano oggettivo, al diritto pregiudiziale dedotto e deducibile in giudizio come fatto costitutivo, impeditivo, modificativo o estintivo, a meno che, come prevede l'art. 34 c.p.c., sulla sua esistenza sia sorta questione e la decisione con autorità di giudicato sia richiesta da una delle parti o dalla legge. Diversamente, invece, è a dirsi per la pregiudizialità logica; in caso di rapporto sostanziale complesso (ad es. il contratto di compravendita), l'attore può far valere (come è accaduto nel caso in esame) solo uno dei molteplici diritti (o loro parti) ... (ad es. il diritto al pagamento del prezzo o di una sua parte ovvero il diritto alla consegna della cosa), così come, in caso di rapporto obbligatorio a carattere periodico o continuativo (es. rapporto di lavoro subordinato o di mutuo) può far valere un diritto maturato in conseguenza di una parte o un segmento del rapporto considerato nella sua globalità (ad es. la retribuzione maturata in una determinata mensilità o la singola rata del mutuo). In tali ipotesi, quando il rapporto obbligatorio complesso, vale a dire costituito da una pluralità di coppie pretesa-obbligo, come nei rapporti contrattuali sinallagmatici di lavoro subordinato, locazione o compravendita, sia fatto valere non nella sua globalità ma con riferimento ad una sua parte, cioè con riguardo ad uno soltanto dei più effetti che lo compongono e che in esso sono contenuti, la sentenza che accolga la domanda proposta fa stato non soltanto in ordine alla sussistenza della singola pretesa dedotta in giudizio, ma anche (a differenza di quanto previsto dall'art. 34 in tema di pregiudizialità in senso tecnico) sull'esistenza giuridica del rapporto fondamentale da cui trae origine il diritto azionato" (negli stessi termini, per tutte si vedano: Cass., sez. lav., 28 novembre 2017, n. 28415; Cass., sez. II, 9 novembre 2017, n. 26557; Cass., sez. lav., ord., 29 dicembre 2021, n. 41985).

Facendo applicazione di questi principi, ritenuta la sussistenza della pregiudizialità logica, è stato statuito che:

a) il giudicato formatosi in relazione al diritto alle retribuzioni è vincolante, rispetto al riconoscimento della sussistenza di due distinti rapporti di lavoro, sorti in successione cronologica, nel successivo giudizio concernente il diritto al risarcimento del danno che ha titolo nella (asserita) unitarietà del rapporto; il secondo giudice non può dichiarare, neppure in relazione alla diversa domanda di risarcimento del danno pensionistico, l'esistenza di un unico ed ininterrotto rapporto di lavoro, in quanto tale accertamento è in contrasto con il precedente giudicato, che, sebbene in ordine al diritto alla retribuzione, ha riconosciuto l'esistenza di due distinti rapporti di lavoro relativi a momenti temporali differenti (Cass., sez. lav., 28 novembre 2017, n. 28415);

b) il giudicato che ha accolto la domanda di pagamento del corrispettivo di una fornitura, respingendo l'eccezione di nullità del contratto fa stato, circa la non nullità del contratto, anche per motivi diversi, in un posteriore processo in cui è chiesto il pagamento di una seconda fornitura avente titolo nel medesimo contratto (Cass., sez. II, 9 novembre 2017, n. 26557);

c) la sentenza di accoglimento della domanda di adempimento, fa stato, circa l'esistenza, validità ed efficacia del contratto, in successivi processi in cui sono dedotti ulteriori diritti, inerenti al medesimo rapporto (Cass., sez. III, sent., 24 marzo 2006, n. 6628).

Allora, può essere formulata una seconda conclusione: la giurisprudenza della Corte, fermo che la questione pregiudiziale in senso tecnico è disciplinata dall'art. 34 c.p.c., accoglie i seguenti principi in ordine alla «pregiudizialità logica»: i) tale figura descrive il nesso tra un rapporto obbligatorio fondamentale, che è fonte di una pluralità di coppie di diritti ed obblighi, ed i suoi effetti; ii) l'efficacia del giudicato si estende oltre la specifica coppia pretesa/obbligo azionata ed investe l'esistenza, la validità e la qualificazione giuridica del rapporto; iii) l'accertamento proietta la sua efficacia in tutti gli ulteriori processi aventi ad oggetto altri effetti del medesimo rapporto; iv) le domande relative agli ulteriori diritti/obblighi che trovano origine dal comune rapporto potranno essere accolte o respinte per qualunque ragione, esclusa una riconsiderazione dell'esistenza, validità e qualificazione del rapporto.

Pertanto, non diversamente da quanto abbiamo visto accadere per la «pregiudizialità tecnica», la dottrina e la giurisprudenza prevalente offrono ricostruzioni convergenti circa i caratteri, l'ambito di applicazione e la disciplina della «pregiudizialità logica».

2. Data la dimostrazione, almeno si crede, che le categorie della «pregiudizialità tecnica» e della «pregiudizialità logica» sono determinate in modo puntuale dalla giurisprudenza, quanto a presupposti, ambito di applicazione ed effetti, appare utile intrattenersi in modo precipuo sulla «pregiudizialità logica».

La teoria della pregiudizialità logica si colloca nell'ambito degli orientamenti, dominanti nella giurisprudenza e oggi maggioritari nella dottrina, tradizionalmente definiti «estensivi» della portata oggettiva del giudicato: i) il principio del giudicato sui presupposti logici necessari (o antecedenti logici) della statuizione finale; ii) il principio dell'efficacia regolamentare del giudicato in presenza di situazioni giuridiche a effetti permanenti⁸; iii) la teoria dei nessi

⁸ Rientrano in questa figura più fattispecie: le obbligazioni rateali e quelle periodiche o continuative; le situazioni di durata di tipo vuoi assoluto vuoi relativo; le obbligazioni che, pur essendo distinte, in quanto relative a periodi di tempo diversi, dipendono, in tutto o in parte, da elementi che si presentano più volte in modo identico, ossia si ripropongono in maniera simile, se non uguale, con riguardo a più momenti temporali (prestazioni previdenziali, obblighi di imposta).

teleologici-funzionali in materia di contratti sinallagmatici e di diritti aventi ad oggetto prestazioni corrispettive.

Tali filoni interpretativi hanno trovato la sintesi e la consacrazione nelle sentenze delle Sezioni Unite del dicembre del 2014, le quali hanno sancito che nei giudizi di adempimento e in quelli di nullità, annullamento, rescissione e risoluzione del contratto l'oggetto del processo è il rapporto giuridico nella sua totalità e che l'autorità del giudicato, in ragione e nei limiti del motivo portante della decisione, si espande all'intero rapporto fondamentale.

Queste teoriche, e in specie quella della pregiudizialità logica, sono fondate sui principi di «strumentalità» e di «corrispettività sostanziale»: il processo, attesa la sua dimensione strumentale, deve essere fedele specchio del diritto sostanziale e non può produrre alterazioni della disciplina che questo stabilisce circa le situazioni giuridiche materiali.

Le dottrine del diritto civile e del processo civile, sin dal finire dell'ottocento, hanno enucleato la figura del «rapporto giuridico complesso» (o fondamentale): esso è l'aggregato di «situazioni giuridiche elementari» (diritti, obblighi, poteri, facoltà), che danno contenuto ad una relazione giuridica tra due o più soggetti, di tipo obbligatorio (rapporto di locazione, di società, di lavoro, di compravendita) o reale (proprietà).

Per il tramite del rapporto giuridico complesso, è attribuito un regime giuridico unitario ed omogeneo alla pluralità di effetti che da esso scaturiscono e nel quale hanno il comune fondamento; le situazioni giuridiche elementari sono tra loro coordinate, in quanto ciascuna di esse, in relazione funzionale e di interdipendenza con le altre, concorre ad assicurare il raggiungimento dell'unitario e inscindibile scopo economico-sociale (*id est*, il programma negoziale) che le parti hanno inteso realizzare.

I più effetti esprimono, nel loro insieme, un assetto di interessi unico, essi si tengono l'uno con l'altro: o tutti restano al loro posto o, se cade anche soltanto uno di essi, crolla l'intero edificio. I diritti, gli obblighi e i poteri stabiliti dagli articoli 1571 e seguenti del codice civile, nel loro insieme, danno contenuto al rapporto di locazione; le obbligazioni (principali) del locatore (art. 1575 c.c.) e le obbligazioni (principali) del conduttore (art. 1587 c.c.), al di là dei casi di sinallagmaticità, sono collegate tra loro da un nesso di reciproca funzionalità e interdipendenza, che ne determina, in modo coordinato, l'esistenza e il contenuto.

Nell'assetto di interessi voluto dal legislatore, l'obbligo del conduttore di dare nei termini convenuti il corrispettivo e di servirsi della cosa per l'uso stabilito nel contratto (art. 1587 c.c.) è inscindibilmente collegato all'obbligo del locatore di consegnare la cosa al conduttore in buon stato di manutenzione e di mantenerla in stato da servire all'uso consentito (art. 1575 c.c.).

Il principio di corrispettività impone al processo di preservare e attuare l'unità e la inscindibilità dell'«ordinamento» voluto dalle parti e garantito dal diritto sostanziale; il processo non può recidere la relazione giuridica qualificata dall'insieme dei contenuti previsti dalle norme sostanziali.

Il processo «incrinerebbe, disarticolerebbe, deformerebbe» la realtà sostanziale, se fosse consentito, in un primo giudizio, riconoscere un certo diritto sulla base di una certa qualificazione giuridica del rapporto fondamentale (dichiarato di locazione) e, in un secondo giudizio, relativo ad un altro diritto od obbligo, riconoscere o negare tale diritto, in forza di una differente e incompatibile qualificazione dello stesso rapporto (accertato essere di comodato).

Le situazioni giuridiche esistono non avulse dal rapporto giuridico del quale sono elementi, ma nell'ambito della relazione sostanziale che lega le parti: Tizio non ha un mero credito verso Caio, ma, in quanto locatore, ha il diritto al pagamento del canone; Sempronio non ha la mera pretesa alla restituzione del bene, ma, in quanto proprietario, ha il diritto alla restituzione della cosa posseduta senza titolo da altri.

La sentenza, che è regola del caso concreto e si sostituisce alla norma astratta di legge, riconosce o nega il diritto fatto valere in relazione ad una specifica qualificazione giuridica.

Il giudice, quando accoglie l'azione di rivendicazione, dichiara non l'astratto diritto alla restituzione, ma il diritto del proprietario alla restituzione; il riconoscimento dell'obbligo di consegna è, allo stesso tempo, affermazione della proprietà.

La condanna al pagamento di una somma avviene a titolo di canone di locazione, di corrispettivo della vendita o di restituzione del mutuo.

Ne segue che il giudicato, che accoglie la domanda al pagamento di una prestazione contrattuale, fa stato sulla qualificazione giuridica del rapporto, la quale non può essere disconosciuta in un successivo giudizio concernente ulteriori effetti, e sulla esistenza e validità dello stesso (Cass., sez.un, 13 luglio 2006, n. 15896, con riguardo ad una questione di giurisdizione; Cass., Sez. III, 26 giugno 2015, n. 13207, per la quale, il giudicato formatosi su un decreto ingiuntivo non opposto, ottenuto per canoni di locazione non corrisposti, fa stato circa la validità ed esistenza del rapporto e sulla misura del canone dovuto, impedendo di affermare, in un nuovo giudizio concernente i canoni per altre mensilità, la nullità della clausola di determinazione del canone in misura superiore a quella legale)⁹.

Questo principio è stato stabilito, con chiarezza estrema, dalle Sezioni unite, con le sentenze del 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, per le quali non può essere dichiarata la nullità del contratto, dopo che in un primo giudizio è stata disposta la condanna all'adempimento (punto 7.3.), ed è applicato, in modo costante e uniforme, dalla successiva giurisprudenza.

Pertanto, accolta una domanda sulla base dell'esistenza e di una determinata qualificazione giuridica del rapporto, una successiva domanda, relativa ad effetti ulteriori e diversi, non può

⁹ Cass., sez. II, 26 settembre 2023, n. 27399 ha sostenuto che il giudicato di annullamento di un preliminare di compravendita esclude che, in un posteriore processo di ripetizione delle prestazioni eseguite in attuazione del contratto, la parte convenuta possa ottenere il rigetto della domanda, deducendo che la vendita immobiliare dissimulasse un mutuo con applicazione di interessi usurari.

essere rigettata per una differente qualificazione del rapporto (fondamentale) o perché lo si ritiene inesistente o inefficace, ossia in forza di una qualificazione giuridica o di un fatto giuridico preesistente, che avrebbero impedito già l'accoglimento della prima domanda.

3. Per ragioni di completezza, debbono essere esaminati i rilievi critici che sono stati mossi da taluni autori alla teoria della «pregiudizialità logica», i quali possono essere ricondotti a due argomenti.

In primo luogo, viene obiettato che le esigenze di armonia e di coerenza tra le discipline giuridiche dei rapporti sussisterebbero rispetto tanto alla pregiudizialità tecnica quanto alla pregiudizialità logica.

Infatti, si dice, che l'aspirazione a realizzare pronunce coerenti è comune anche alle ipotesi di pregiudizialità tecnica: “mi pare difficilmente contestabile che, negato lo *status* di figlio legittimo di Caio rispetto a Mevia e Sempronio, una successiva sentenza che condanni, invece, questi ultimi genitori al mantenimento sia contraddittoria e illogica” (Recchioni).

Ed inoltre: “se l'attore chiede un risarcimento del danno causato alla cosa di sua proprietà, l'eventuale accoglimento della domanda non implica, se non vi sia stata esplicita domanda, anche l'accertamento con forza di giudicato in ordine al diritto reale, con la conseguenza che questo può essere diversamente accertato in altro e futuro processo, ferma restando l'attribuzione del bene della vita avutasi nel primo processo....è evidente come si possa provocare una disarticolazione della realtà sostanziale, un assetto complessivo di effetti diversi, ma connessi, che non è coerente col diritto sostanziale o, se si vuole, non è armonico” (Bove).

A me sembra che si confondano due fenomeni differenti, che hanno implicazioni differenti.

In caso di «pregiudizialità tecnica», si hanno due rapporti distinti e autonomi, che hanno ad oggetto beni della vita diversi; eventuali accertamenti difformi determinano un mero conflitto teorico di giudicati.

Se è attribuito all'attore il diritto al risarcimento del danno per il danneggiamento della cosa, che è stato accertato incidentalmente essere di sua proprietà, la successiva statuizione, che, ad altro fine, nega la proprietà di quel soggetto, non altera «il regolamento giuridico» stabilito dalla prima sentenza, in quanto tale regolamento non ricomprende, nella sua efficacia conformativa o implicante, la proprietà; il posteriore disconoscimento della proprietà non pone in discussione l'autonomo e autosufficiente assetto di interessi, che la prima sentenza ha impresso al diritto al risarcimento del danno.

Le cose stanno in modo del tutto diverse per la «pregiudizialità logica».

I più effetti sono funzionali rispetto ad un unitario e inscindibile programma negoziale: “è la logica interna al rapporto giuridico a qualificare come necessario il giudicato rispetto ai vari effetti che ne possono derivare, affrancandolo dall'esplicita richiesta della parte o dalla volontà di legge, sol che si consideri che la funzione del rapporto è, appunto, quella di tenere

insieme conseguenze, le quali, altrimenti, vivrebbero di vita autonoma nel mondo sostanziale contraddicendosi e privandosi reciprocamente di giustificazione” (Cass., sez. II, 14 marzo 2017, n.26557).

Al di là dei diritti legati da nessi di corrispettività, rispetto ai quali, trovando la prestazione di una parte remunerazione in quella dell'altra, il vincolo reciproco del giudicato è ammesso pacificamente dalla dottrina, compresi i critici della teoria della pregiudizialità logica (si veda lo stesso Recchioni), il rapporto giuridico fondamentale imprime comunque un qualificato legame di interdipendenza tra i diritti, che si esprime in una relazione di mutuo condizionamento.

Ogni diritto ha la sua causa nell'altro, in quanto entrambi, insieme, sono necessari per la realizzazione dello scopo del contratto; il riconoscimento dell'uno e la negazione dell'altro determinano la «crisi» del rapporto, il quale, se mutilato, perde l'equilibrio stabilito dalle norme sostanziali.

Stante il carattere e la funzione del rapporto, non è pensabile che “un soggetto, condannato a pagare la tredicesima con sentenza che ha riconosciuto l'esistenza di un rapporto di lavoro dipendente, nel successivo processo in cui egli fa valere un diritto che nasce dallo stesso rapporto (ad es. il risarcimento del danno per violazione dell'obbligo di fedeltà), si veda eccepito, dalla parte vittoriosa nel primo processo, che tra loro esiste non un rapporto di lavoro dipendente, sibbene un rapporto di lavoro autonomo (che non prevede l'obbligo di fedeltà, ma neppure l'obbligo di corrispondere la tredicesima)” (Luiso).

Dunque, accertamenti non omogenei causano non una mera carenza di armonia o di coerenza, ma, più radicalmente, un vero e proprio «squilibrio contrattuale».

3.1. A questo punto, occorre affrontare la seconda critica: posto che il rapporto giuridico complesso può essere oggetto di autonoma domanda (di accertamento, di nullità, di annullamento, di risoluzione), ogni volta che è proposta l'azione relativa ad un suo effetto (ad esempio, azione di adempimento), il processo ha un doppio oggetto, ossia il rapporto e l'effetto dedotto come *petitum*, con l'ulteriore conseguenza che, ai sensi dell'art. 112 c.p.c., non sarebbe consentito, applicando l'art. 187, comma 2, c.p.c., definire il giudizio sulla base di una ragione più liquida riguardante in modo esclusivo il diritto singolo (ad esempio, prescrizione), con assorbimento delle questioni relative al rapporto (Recchioni).

La premessa è corretta (il rapporto complesso può essere oggetto di autonoma domanda, sempre che sussista l'interesse ad agire), ma le implicazioni che se ne vogliono trarre sono errate.

Per la teoria della «pregiudizialità logica», ma identico discorso vale per le Sezioni unite del dicembre del 2014, non si ha un cumulo oggettivo, non vi sono, cioè, due domande.

Il processo, dal punto di vista oggettivo, è «semplice», ha un unico oggetto, costituito dalla situazione elementare fatta valere.

La domanda di tutela del diritto non contiene un atto di esercizio dell'azione riguardante il rapporto; il dovere decisorio del giudice, ai sensi dell'art. 112 c.p.c., è circoscritto all'effetto e non concerne il rapporto.

Di conseguenza, senza che si abbia violazione dell'art. 112 c.p.c., può accadere che, in applicazione del principio del primato della ragione più liquida, la domanda sia respinta in forza di una questione «propria» relativa all'effetto (ad esempio, prescrizione), con assorbimento delle questioni attinenti al rapporto e, in quanto tali, comuni a tutti i diritti ed obblighi che ne scaturiscono.

In questo caso, per il principio che il contenuto della decisione (e del giudicato) dipende dal motivo di rigetto (teoria del motivo portante, accolta dalle Sezioni unite con le sentenze del 2014), la sentenza non produce alcun effetto precettivo (e preclusivo) rispetto al rapporto madre e agli altri effetti.

Dunque: la sentenza di accoglimento in ogni caso e quella di rigetto quando è fondata su un «motivo» relativo al rapporto (nullità, inesistenza) ricomprendono nella loro «sfera regolatrice» il rapporto e, *in parte qua*, i suoi effetti.

Tuttavia, il coinvolgimento del rapporto madre non è collegato ad un accertamento di esso o esplicito, ove la pronuncia abbia preso posizione espressa sulla sua esistenza e validità, o implicito, ove le questioni relative alla sua esistenza e validità non siano state sollevate e decise in modo espresso.

L'implicazione del rapporto stipite ad opera del giudicato sull'effetto dipende non dal contenuto dichiarativo della sentenza e, quindi, dall'accertamento del rapporto, essendo irrilevante che esso sia stato compiuto o meno dal giudice, ma dalla «efficacia precettiva» del giudicato riguardante l'effetto.

Il nesso strutturale e funzionale tra i diritti e gli obblighi, riconducibili all'unico rapporto, fa sì che il riconoscimento o la negazione dell'uno si ripercuote sugli altri, conformandone la disciplina.

I più diritti sono reciprocamente legati: *simul stabunt, simul cadent*.

Il giudicato, che ha condannato il datore di lavoro al pagamento delle ferie non godute, non resta insensibile rispetto al successivo provvedimento che nega il diritto del datore di lavoro ad irrogare sanzioni disciplinari, sul presupposto che il rapporto non è di lavoro subordinato, in quanto tali diritti sono elementi essenziali dell'equilibrio contrattuale realizzato dalle norme sostanziali.

4. Per concludere, mi preme sottolineare come le ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza, che, allo stesso modo, nelle azioni di adempimento e in quelle di impugnativa del contratto, pongono al centro della tutela il «rapporto giuridico», concorrono alla elaborazione di un modello di giurisdizione per il quale scopo del processo è di disciplinare la

«relazione giuridica» delle parti, espressione della «vicenda esistenziale» sottoposta all'accertamento giudiziale.

Le sentenze n. 12310 del 2015, n. 22404 del 2018 e n. 26727 del 2024 (quest'ultima relativa al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo), in materia di modificazione della domanda, sono figlie degli arresti del 2014 sulla eccezione di nullità.

Questi provvedimenti sono legati da un filo unico e inscindibile, ossia la consapevolezza che la giurisdizione costituisce una risorsa limitata e che, di conseguenza, non deve "girare a vuoto", ma deve essere in grado di risolvere, in maniera efficiente, i conflitti di interessi sorti tra le parti, mediante un accertamento non parziale ma pieno della relazione sostanziale.

In questo contesto, non può non essere riconsiderato il ruolo dell'art. 34 c.p.c.

Questa norma, che riproduce il paragrafo 256 della ZPO tedesca (senza trascurare, peraltro, che, per quest'ultima disposizione, la proposizione della domanda di accertamento incidentale è proponibile fino alla chiusura della discussione orale), voluta da Chiovenda in reazione alle dottrine di Savigny e di Mortara sul giudicato esteso alla motivazione, da sempre, ha creato più problemi di quanto ne abbia risolti.

In una sorta di palingenesi dei fini, lo stesso Chiovenda è stato costretto a ridimensionarne la portata, da un lato, ritenendo escluso dal suo ambito di applicazione le ipotesi in cui la domanda abbia ad oggetto il diritto principale del rapporto complesso (il diritto al godimento della cosa rispetto alla proprietà e alla locazione) e, dall'altro lato, in caso di obbligazioni rateali o periodiche, ritenendo sufficiente la contestazione del rapporto ai fini della sua decisione con efficacia di giudicato.

In un ordine di idee simile, Allorio, Redenti e Satta hanno ritenuto che, in non poche fattispecie, la semplice contestazione sia causa sufficiente dell'accertamento con autorità di giudicato dell'esistenza e della validità del rapporto.

Oggi, divenuto recessivo il principio che l'oggetto del giudicato è circoscritto all'effetto, è forse giunto il momento di ridimensionare la portata dell'art. 34 c.p.c., considerandola, essenzialmente, una norma regolatrice della competenza, come, del resto, fa intendere la sua collocazione nella sezione dedicata alle modificazioni della competenza per ragioni di connessione.

Sergio Menchini

Ordinario dell'Università degli Studi di Pisa



ALESSANDRO FABBI

La vendita diretta, nel quadro dei moduli procedimentali concordati di cui al processo esecutivo*

Il saggio tratta del neo-introdotto istituto della vendita diretta, esaminando le due norme codicistiche che la disciplinano e proponendo un inquadramento che ne evidenzia la collocazione all'interno dei moduli procedimentali concordati già disciplinati nel processo esecutivo italiano

The essay deals with the newly introduced “direct” forced sale, examining the two provisions of the civil procedure code that regulate it. A proposal is advanced to place the new dispositive within the agreed procedural modules already regulated in the Italian enforcement process.

SOMMARIO: 1. Profili generali. Istanza e, quindi, “assenso” del debitore. – 2. Vendita diretta “concordata”; vendita diretta “competitiva”. – 2.1. L’adesione dei creditori, espressa o tacita, all’offerta. – 2.2. Eterogeneità delle ipotesi in cui l’adesione delle parti del processo esecutivo prende rilievo ai fini del rito. – 3. *Breviter* sulla collocazione della vendita diretta concordata nel quadro sopra delineato, e sui successivi snodi procedimentali, in presenza od in mancanza di assenso.

1. Profili generali. Istanza e, quindi, “assenso” del debitore.

Con l’art. 3 co. 39 lettere b) e c) d.lgs. n. 149/2022, è stata introdotta nel codice di rito la disciplina della vendita diretta, subprocedimento o, come si è scritto, variante del procedimento di vendita forzata inserita nel solco principale dell’espropriazione immobiliare, attivabile su istanza dello stesso debitore¹. Per comune opinione, il legislatore non avrebbe

* Di prossima pubblicazione quale commento agli artt. 568-bis e 569-bis c.p.c., in F. SANTANGELI (a cura di), *Commentario alla Riforma del Processo Civile*, II, *Processo esecutivo*, Roma, 2025.

¹ L. DE PROPRIIS, sub artt. 568-bis-569-bis c.p.c., in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, p. 711 ss. e note 1-5, rammenta come in origine dovesse introdursi la vendita privata, non diretta, del bene pignorato. In generale, sull’istituto, v. i contributi specifici di: P. FARINA, *La vendita*, in A. DIDONE-F. DE SANTIS (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, Padova, 2023, p. 373 ss.; M. PILLONI, *Focus su alcune novità introdotte in materia di esecuzione forzata dalla recente Riforma Cartabia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, p. 363 ss.; E. SARESINI, *Una delle novità più interessanti della c.d. riforma Cartabia nel processo esecutivo: la vendita diretta*, *Es. forz.*, 2024, p. 264 ss.; A. M. SOLDI, *La vendita diretta dell’immobile pignorato*, in *Es. forz.*, 2024, p. 797 ss., che ne evidenzia in premessa la applicabilità nella sola espropriazione immobiliare (§ 3); A. SALETTI, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte) - La “vendita diretta”*, in *Giur. It.*, 2023, p. 484 ss.; S. VINCRE, *Le nuove norme sul processo esecutivo e sull’esecuzione indiretta*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 722 ss. Nella manualistica, B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano. Tutela giurisdizionale. Cognizione. Esecuzione. Arbitrato*, Milano, 2025, p. 916 ss. e F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2024, p. 154.

esercitato puntualmente, ma solo in parte, la delega conferita², realizzando un procedimento differente da quello che si sarebbe potuto prospettare³.

L'istituto non è privo di antecedenti sul piano normativo, ad es. nel contesto della esecuzione esattoriale⁴ ma anche nella vendita delle quote pignorate e intrasferibili di s.r.l. (art. 2471 c.c., per cui v. *infra*); in qualche misura avrebbe suscitato richiami della *vente privée* di diritto francese⁵ e di vendita privata, in effetti, si discorreva inizialmente nei lavori legislativi. La vendita diretta, per come regolata, deve ricondurre a quelle coattive⁶; andrebbe tenuta distinta da quella nota alla prassi, la nostra riducibile a "privata": la qualvolta, di comune accordo, il debitore e i creditori abbandonino la procedura per aver rinvenuto il primo un acquirente che fornirà la provvista per la transazione con i secondi⁷. Vedremo che l'evenienza di prassi e il nuovo istituto debbono desiderabilmente accostarsi, allargando le maglie del secondo, per accogliervi ove del caso la prima.

Ancora circa il paragone con il sistema francese: pre-esiste a più recenti riforme l'istituto della *vente amiable* ed a questo più esattamente si deve alludere quando si fa riferimento all'odierno nostro *tertium* comparativo: ed infatti, in linea generale, da sempre "*le débiteur a toute liberté pour rechercher un acquéreur éventuel et débattre du prix avec lui*"⁸, e, se vuole, deve procedere a comunicare il nominativo dell'interessato acquirente e altri dati dell'offerta, con taluni modi predeterminati che, se in primo momento conferivano essenzialmente un diritto di voto ai creditori⁹, in seguito son stati modificati, rimettendo al giudice la valutazione/autorizzazione¹⁰. Quella vendita *amiable* dietro autorizzazione, però, resta una

² E. SARESINI, *Una delle novità*, cit., p. 4, approfondisce il d.d.l. n. 1662 ed i vari emendamenti durante i passaggi parlamentari. Rileva il carattere innovativo dell'istituto, "mai sperimentato in precedenza", A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 1; conf., prima, definendola la vera novità della riforma, M. PILLONI, *Focus*, cit., § 3.

³ A. SALETTI, *La vendita*, cit., p. 485; E. SARESINI, *Una delle novità*, cit., p. 4.

⁴ Anche S. VINCRE, *Le nuove norme*, cit., p. 727, fa notare come nel nostro ordinamento già esistessero istituti simili, menzionando quello delineato dall'art. 52 commi 2-bis, 2-ter e 2-quater d.p.r. n. 602/1973 in materia tributaria, ovvero la pratica di "saldo e stralcio" stragiudiziale impiegata nella prassi.

⁵ Conf. S. VINCRE, *Le nuove norme*, cit., p. 722; sul confronto, *amplius*, L. DURELLO, *La vendita diretta dell'immobile pignurato nella riforma del processo civile: studi comparati con la Francia*, in *Dir. Aff.*, 2023, p. 11 ss.

⁶ A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 2 ed ivi riff.: questa autrice mette in luce, tra l'altro: come il ricavato non vada al debitore ma al riparto, nonché l'ampio ruolo conferito al giudice. Sul punto anche *infra*, § 3.

⁷ M. PILLONI, *Focus*, cit., § 3.

⁸ R. PERROT-P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Paris, 2000, p. 531, ma anche *ante*, 33, ove si espone(va) come, anche una volta effettuato il pignoramento, non fossero preclusi accordi, ed anzi "*l'exécution forcée n'est jamais qu'un substitut de l'exécution volontaire et l'ordre public ne peut interdire au créancier de renoncer à l'indisponibilité des biens saisis, édictée pour sa seule protection*", esigenza esattamente soddisfatta, rilevano questi aa., con la possibilità di una "*exécution volontaire, en permettant la vente amiable ...*". All'epoca, la vendita *amiable* era regolata dagli artt. da R107 a R109 del *Code des procédures civiles d'exécution*.

⁹ V. ancora R. PERROT-P. THÉRY, *Procédures civiles*, cit., p. 531-532, tanto che "*le refus d'un seul suffit à entraver la vente amiable*".

¹⁰ Riff. ad alcune tra le innovazioni apportate al *Code des procédures civiles d'exécution* nel 2012, in L. DE PROPRIIS, *sub artt. 568-bis*, cit., p. 712 e nota 3. Cfr. ora la previsione generale di cui all'art. L322-1, per cui "*Les biens sont vendus*": a) "*soit à*

vendita assimilata ad atto volontario e fuori dal giudizio, pur con la precisazione – resa necessaria da tale assunto – della non esperibilità della rescissione per lesione¹¹.

Stando al testo dell'art. 568-bis, legittimato all'istanza è il solo debitore esecutato. A costui va aggiunto il terzo proprietario del bene pignorato¹²: peraltro – atteso che in questa espropriazione il debitore è litisconsorte necessario – non si risolve ancora il problema del necessario coinvolgimento di quest'ultimo, che a nostro avviso deve comunque esservi¹³, rinvenendosi una lacuna da colmare tra le norme regolatrici del procedimento *juxta* le quali il debitore deve essere sentito¹⁴, dovendosi ragionare anche alla stregua di una estensione della legittimazione ad opporre conferita, più avanti, ai creditori. Lo stesso debitore deve pure potersi opporre: del resto, ai sensi dell'art. 604 c.p.c., il terzo proprietario va sentito “anche”, non *ad excludendum* del primo¹⁵.

In caso di più esecutati comproprietari del bene, diversamente da quanto sostenuto¹⁶, l'istanza non proveniente da tutti deve comunque implicare il loro assenso in forma di non opposizione¹⁷: se proveniente da uno solo, analogamente a quanto sopra, andrà consentito agli altri il diritto che già compete ai creditori. Non ha granché senso ritenere non incompatibile la vendita diretta in esame con il modello della espropriazione di beni indivisi, per il caso in cui oggetto del procedimento siano beni o diritti di cui il debitore è contitolare insieme a terzi estranei al titolo. Si sa che occorre pur sempre garantire la previa applicazione degli artt. 599 ss. c.p.c. In linea con il comune intendimento per cui costoro, terzi comproprietari ma estranei,

l'amiable sur autorisation judiciaire”, oppure b) “soit par adjudication”; peraltro, precisa il secondo comma che “En cas d'accord entre le débiteur, le créancier poursuivant, les créanciers inscrits sur l'immeuble saisi à la date de la publication du commandement de payer valant saisie, les créanciers inscrits sur l'immeuble avant la publication du titre de vente et qui sont intervenus dans la procédure ainsi que le créancier mentionné au 3° de l'article 2402 du code civil, ils peuvent également être vendus de gré à gré après l'orientation en vente forcée et jusqu'à l'ouverture des enchères”.

¹¹ Cfr. Article L322-3, nella sezione dedicata a “La vente amiable sur autorisation judiciaire”, per cui “La vente amiable sur autorisation judiciaire produit les effets d'une vente volontaire. Elle ne peut pas donner lieu à rescision pour lésion”.

¹² A. SALETTI, *La “vendita diretta”*, cit., p. 486; L. DE PROPRIIS, sub artt. 568-bis, cit., p. 713; prima, M. PILLONI, *L'esecuzione forzata nell'epoca della riforma perenne: le innovazioni prospettate dalla legge delega n. 206/2021*, in *Judicium*, 2022, p. 149 ss. e poi Id., *Focus*, cit., § 3, ove argomenta richiamando l'art. 604 (al terzo proprietario si applicano, con eccezione del divieto di cui all'art. 579 co. 1, tutte le disposizioni relative al debitore). *Contra*, P. FARINA, *La vendita*, 373, la quale – considerati gli artt. 571 e 579 c.p.c. – esclude il deposito dell'istanza da parte di soggetti diversi dal debitore.

¹³ Si vuol dire che la espropriazione presso il terzo proprietario si compia nei confronti dei due soggetti (G. TARZIA, *L'espropriazione forzata per debito altrui*, Torino, 1998, spec. p. 214), talché, in sede di opposizione all'esecuzione, ma anche nella controversia di cui all'art. 512, il debitore originario o diretto è litisconsorte necessario, quale soggetto nei cui confronti l'accertamento della sussistenza e dell'entità dei crediti e dei privilegi posti a base dell'azione esecutiva contro il terzo è destinato a produrre effetti immediati e diretti: così, tra le tante, Cass. n. 8891/2015; Cass. n. 1620/2016 e, in precedenza, Cass. nn. 535/2012; 6546/2011; 3972/1976.

¹⁴ Così ad es. Trib. Padova, 30 novembre 2016, in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

¹⁵ Codesta esecuzione, difatti, non può che “stare o cadere per detti due soggetti contemporaneamente”: V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1957, III, p. 303.

¹⁶ A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 3; A. Saletti, *La “vendita diretta”*, cit., p. 486.

¹⁷ Diversamente, E. SARESINI, *Una delle novità*, cit., spec. nota 3.

sono soggetti del processo¹⁸, quale portato della loro posizione sostanziale¹⁹, è pur vero che, se si dà luogo alla vendita dopo la separazione in natura assentita, il p.e. prosegue per la vendita o l'assegnazione del lotto attribuito al debitore e, quindi, cessano gli effetti nei confronti dei contitolari estranei. La posizione dei terzi torna ad assumere rilievo quando si dà luogo alla liquidazione della quota indivisa: in caso di espropriazione immobiliare, atteso che la liquidazione avviene nelle forme ordinarie, data applicazione all'art. 600 c.p.c. (che rimette al giudice la prognosi sulle *chances* di riuscita della vendita indivisa²⁰) – così come si dice(va) che nei casi di cui agli artt. 572, 575 (quando vigente) e 590 dovessero/debbero essere sentiti anche i contitolari estranei al titolo²¹ – lo stesso deve valere per la richiesta di vendita diretta in discorso.

Per quanto concerne l'ipotesi in cui debitore sia uno solo tra i comproprietari in comunione, nell'esempio dei coniugi in comunione legale, si è ritenuto che all'istanza di vendita diretta sia legittimato solo il coniuge debitore e non anche l'altro²² e su tale assunto si può concordare purché al secondo si riconosca il diritto ad opporsi nei termini testé delineati²³.

L'esecutato, titolato a presentare l'istanza, è in tal modo messo in condizione di collaborare con il processo esecutivo²⁴, *in re sua*, per il risparmio di tempo e per una vendita utile ad un

¹⁸ Per la separazione della quota spettante al debitore appare preferibile ritenere indispensabile l'accordo, in linea coi principi della divisione, anche parziale: *ex multis*, V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 297.

¹⁹ Cfr. anche l'avviso del pignoramento ai contitolari, *ex artt.* 599 co. 2 c.p.c. e 180 disp. att. c.p.c.

²⁰ Per A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 3.1, la mancata previsione della comunicazione di istanza ed offerta ai comproprietari non eseguiti si spiegherebbe perché *“il comproprietario non eseguito ha diritto ad interloquire sulle modalità di liquidazione della quota nel corso dell'udienza fissata ai sensi degli artt. 569 e 600 c.p.c., ma non può impedire che il giudice possa disporre la vendita della quota indivisa quando sussistano le condizioni per ipotizzare che tale vendita possa perfezionarsi per un prezzo non inferiore a quello di stima”*.

²¹ Cfr. già E. GRASSO, voce *Espropriazione di beni indivisi*, *Enc. Dir.*, Milano, XV, 1966, § 8: tanto per l'espropriazione mobiliare: *“... si reputa sempre necessaria l'ulteriore audizione dei contitolari non obbligati, i quali potrebbero fra l'altro proporre ancora al giudice di seguire la diversa via della divisione totale”*; quanto per quella avente ad oggetto immobili: *“è dubbio se i contitolari non debitori, oltre che nell'udienza in cui si dispone la vendita, debbano essere sentiti nell'ulteriore fase del procedimento tutte le volte che è prevista la consultazione del debitore e dei creditori (artt. 572, 575 in relazione all'art. 175 disp. att. c.p.c. e 590); pare da ritenersi l'affermativa per la considerazione che qualsiasi provvedimento del giudice ha effetti sulla durata del procedimento e, interessa, quindi, direttamente, anche i non obbligati”*.

²² A. M. SOLDI, *La vendita*, cit., § 3, evidentemente in base all'indirizzo di cui alla nota seguente.

²³ V., peraltro, il non indiscusso ma da tempo prevalente orientamento per cui *“la natura di comunione senza quote della comunione legale dei coniugi comporta che l'espropriazione, per crediti personali di uno solo dei coniugi, di un bene (o di più beni) in comunione abbia ad oggetto il bene nella sua interezza e non per la metà o per una quota; ne consegue l'inapplicabilità della disciplina sull'espropriazione dei beni indivisi e, quindi, dell'art. 599 c.p.c.”* (tra le più recenti, Cass., 19 gennaio 2023, n. 1647); qui da temperare con quello ulteriore e in certo senso conseguente secondo cui l'altro coniuge può richiedere metà del ricavato lordo della vendita (v. ad es. Cass., 4 gennaio 2023, n. 150), trattandosi, per la sua quota, di debito della comunione (in arg., G. BALENA, *Brevi riflessioni sull'espropriazione dei beni in comunione legale*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 1 ss.; R. LOMBARDI, *L'espropriazione promossa dai creditori particolari del coniuge. L'art. 189 c.c. tra dogmatica e diritto vivente*, Torino, 2019, spec., per la sintesi dei vari orientamenti, p. 158 ss.).

²⁴ Così anche E. SARESINI, *Una delle novità*, cit., p. 5.

maggior ricavato²⁵, perciò si dice in un contesto di marcato *favor debitoris*²⁶. A maggior ragione, rimettendogli la proposizione dell'istanza, il sistema ne richiede non già la mera informazione ma propriamente il "consenso", diversamente da quanto altri ha argomentato²⁷: tesi coerente, del resto, con la collocazione dell'istituto, nel caso di non opposizione dei creditori, entro i moduli concordati non di rado accolti nel processo esecutivo (*infra*, §§ 2.1, 2.2)²⁸.

Il legislatore delegato non ha previsto, diversamente dalla l. delega, che il bene pignorato interessato dalla offerta debba essere immediatamente liberato dopo la stessa²⁹: se ne inferisce che la liberazione dovrà avvenire al momento del decreto di trasferimento³⁰.

L'istanza va presentata, in forma scritta³¹, non oltre dieci giorni prima della udienza dell'art. 569 co. 1 c.p.c., in cui il giudice dispone la vendita. Questa udienza, ove presentata l'istanza, diviene sede di audizione del debitore e dei creditori, nel senso predicato dall'art. 175 disp. att. c.p.c., per discutere anche di questa modalità procedimentale.

Si è ritenuto che il debitore possa presentare l'istanza anche personalmente, senza bisogno di un difensore, argomentando sulla base del sistema altrove adottato nel processo esecutivo, in tema di conversione del pignoramento³².

L'art. 568-*bis* non chiarisce il carattere decadenziale o meno del termine di dieci giorni³³, ma ciò non vale di per sé a stabilirne ex art. 152 c.p.c. la sicura natura ordinatoria, dovendosi aver riguardo a sue natura e funzioni³⁴; meglio di assumere, facendo svaporare la distinzione tra

²⁵ Per A. SALETTI, *La "vendita diretta"*, cit., p. 485, il debitore è assegnatario di un ruolo attivo, che determina anche una "particolare forma di accettazione della procedura esecutiva a suo carico".

²⁶ P. FARINA, *La vendita*, cit., p. 377, anche per l'assimilazione alla conversione del pignoramento.

²⁷ Secondo A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., "il debitore non deve prestare il consenso alla vendita ma ha solo un compito previsto legislativamente, quello di individuare sul libero mercato un soggetto interessato ad acquistare il bene".

²⁸ Cfr. G. DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, p. 137, per il rilievo che, dalla natura esclusivamente processuale degli atti esecutivi, "si trae che essi possono essere formati dai soggetti che, con riferimento alla norma del processo, hanno qualità di parti".

²⁹ A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 1, in fine.

³⁰ Conf. A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 6.

³¹ A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 3.1.

³² A. SALETTI, *Riforma*, cit., 484 ss.; A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 3.1.

³³ A. CRIVELLI-E. MERCURIO, *Annotazioni sulla legge di delegazione, Annotazioni sulla legge di delegazione per la riforma del codice di rito, con riferimento alle disposizioni in tema di processo esecutivo*, in *Riv. es. forz.*, 2021, p. 1015 ss., spec. 1018, relativamente alla legge delega; conf. sul d.lgs. delegato L. DE PROPRIIS, sub artt. 568-*bis*, cit., p. 713.

³⁴ Cfr. ad es., in linea con l'orientamento di Cass. n. 3216/1960, Cass. 31 marzo 2015, n. 6432: "sebbene l'articolo 152 c.p.c. disponga che i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, salvo che questa li dichiari espressamente perentori, non si può da tale norma dedurre che, ove manchi un'esplicita dichiarazione in tal senso, debba senz'altro escludersi la perentorietà del termine; nulla vieta infatti di indagare se, a prescindere dal dettato della norma, un termine, per lo scopo che persegue e la funzione che adempie, debba esser rigorosamente osservato, e sia quindi perentorio ...". Orientamento prescelto, per affermare la natura decadenziale del termine in discorso, da A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 3.1.

l'un termine, ordinatorio e l'altro, perentorio³⁵, che, talvolta, anche lo spirare del primo determina effetti assimilabili³⁶.

L'istanza può essere integrata, come previsto poco più avanti nella norma, senza ricorso all'istituto della rimessione in termini, alla lettera solo per adeguare prezzo e cauzione ai valori di stima. L'istanza, è precisato, può proporsi per una sola volta (comma 4): disposizione che si comprende nel segno della giustizia come risorsa scarsa, mutato quel che c'è da mutare in coerenza con le analoghe limitazioni di cui diremo, per il processo esecutivo, ricavabili dall'art. 624-bis c.p.c.³⁷.

La vendita diretta deve svolgersi in linea ai valori di cui alla relazione di stima dell'esperto ex art. 173-bis³⁸, dovendo contenere un'offerta per prezzo almeno pari a quello indicato nella relazione: prima della conoscenza della relazione, codesta istanza non sarebbe quindi proponibile; *i.e.* per definizione non può correre il termine iniziale³⁹.

Della relazione debitore e creditori vengono a conoscenza trenta giorni prima dell'udienza, potendo fino a quest'ultima richiedere chiarimenti all'esperto⁴⁰: è per questo che i commi 1 e 2 dell'art. 569-bis fanno riferimento, volta che siasi tenuta l'udienza, al "prezzo base determinato ai sensi dell'articolo 568", demandando al giudice di verificare quanto offerto ed adeguarlo a quest'ultimo, con termine di dieci giorni per la integrazione in aumento – a pena di inammissibilità – di offerta e cauzione⁴¹.

Dovendo offrire al prezzo base, si è scritto che il terzo offerente potrebbe aver meno convenienza alla vendita diretta al confronto coi ribassi probabili di cui godrebbe nell'ambito della vendita all'asta⁴²; il rilievo rinforza il ruolo del debitore, auspicabile parte attiva al fine che, col mezzo della vendita diretta, si ottengano anche le rinunce dei creditori e, semmai, al contempo l'accordo distributivo⁴³, del che si tornerà a dire di nuovo di seguito.

³⁵ V. N. PICARDI, *Per una sistemazione dei termini processuali*, in *Jus*, 1963, p. 209 ss.

³⁶ Per A. SALETTI, *La "vendita diretta"*, cit., p. 487, il rispetto del termine appare imprescindibile per il corretto espletamento della procedura, stante la necessità di concedere ai creditori un tempo ragionevole per valutare la proposizione dell'opposizione (l'a. richiama Cass. 2 settembre 1995, n. 9288, per l'indirizzo secondo cui la scadenza di un termine ordinatorio assume comunque effetti preclusivi qualora si verificano situazioni incompatibili).

³⁷ Od analogamente, ex art. 296 c.p.c., o, ancora, nell'abrogato comma 4 art. 320 (sulla fissazione di udienza dinanzi al g.d.p. per ulteriori produzioni e richieste di prova). Il punto è discutibile per motivi perlopiù ideologici: ma ai nostri fini se ne può intanto inferire che, se la venatura giuspubblicistica dell'organizzazione del processo esecutivo appare persistentemente visibile anche all'attualità, essa non era destinata a recedere con l'istituto ora in discorso.

³⁸ Scelta non indiscutibile in un modulo fondato sull'accordo "tra tutti" – tanto più a considerarne parte il debitore – ma che si spiega per la tradizionale idea, sottesa al p.e., sia pure nell'equilibrio degli opposti interessi, di "realizzare la "migliore" vendita: per tutti, F. MAZZARELLA, voce *Vendita Forzata*, *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 571.

³⁹ Così anche M. PILLONI, *Focus*, cit., § 3; A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 3.1; L. DE PROPRIIS, sub artt. 568-bis, cit., p. 713.

⁴⁰ Conf. L. DE PROPRIIS, sub artt. 568-bis, cit., p. 714.

⁴¹ E. SARESINI, *Una delle novità*, cit., p. 4.

⁴² A. SALETTI, *La "vendita diretta"*, cit., p. 491.

⁴³ P. FARINA, *La vendita*, cit., p. 581.

Quando proponibile, comunque (per il co. 2), l'istanza va corredata con l'offerta di acquisto, nonché di una cauzione non inferiore al decimo del prezzo offerto e così notificata⁴⁴ (a cura del debitore o del terzo *extraneus* offerente) al creditore procedente, ai "creditori iscritti" già destinatari *ex lege* di avviso ai sensi dell'art. 498 ed agli intervenuti, e ciò almeno cinque giorni prima dell'udienza. Il coordinamento con gli stretti termini che informano questa centrale fase della espropriazione è ai limiti anche per ciò che concerne gli interventi: tant'è che, il termine ultimo si colloca a prima dell'udienza di vendita, *ex artt.* 499 co. 2 e 569 c.p.c. Come nel caso di cui sopra (osservazioni e modifiche, sino all'udienza, alla relazione di stima), anche in questo (intervenuti sino all'udienza che per questo non abbiano ricevuto la notifica), i termini introdotti per la vendita diretta dovranno inevitabilmente slittare.

Il terzo offerente, ancorché la norma non lo precisi, onde assicurare compatibilità con l'istituto della assegnazione ai creditori, deve essere diverso da questi ultimi, senza ulteriori limiti personali in proposito. L'offerta resta (comma 3) *ex lege* irrevocabile, "*salvo che siano decorsi centoventi giorni dalla data del provvedimento di cui al secondo comma dell'articolo 569-bis ed essa non sia stata accolta*". Per quanto compatibile, secondo alcuni, l'offerta dovrebbe conformarsi ai requisiti dell'art. 571 c.p.c.⁴⁵, sebbene sia opportuno attribuirle disciplina autonoma, stante la tendenziale autosufficienza circa i contenuti.

2. Vendita diretta "concordata"; vendita diretta "competitiva".

Fatta l'istanza, l'art. 569-bis ne disciplina gli aspetti prettamente applicativi e procedurali. Si è sostenuto che, di qui in poi, il sub-procedimento evidenzierebbe la sua vera natura di "mera variante della vendita giudiziale competitiva"⁴⁶.

Il giudice deve verificarne la ammissibilità, da ogni punto di vista⁴⁷, anche ad es. controllando che le notifiche siano state effettuate. Per la dottrina, l'omessa notificazione dell'istanza e del suo allegato inciderebbe sulla ammissibilità della richiesta, e non parrebbe ammissibile un rinvio⁴⁸.

Sennonché, come anticipato poc'anzi, quando l'offerta non raggiunge il "prezzo base" fissato ai sensi degli artt. 568 e 569 co. 3 c.p.c., il giudice concede termine di dieci giorni per la integrazione⁴⁹ e nei cinque giorni successivi provvede sulla ammissibilità (*rectius*:

⁴⁴ Come osservato da M. PILLONI, *Focus*, cit., § 3, oggetto di notifica è, per l'appunto, l'istanza, che a sua volta contiene l'offerta.

⁴⁵ A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 3.1, che tuttavia evidenzia la diversità per vari versi dell'offerta di vendita diretta, nel contenuto e nella forma, là dove, poco più avanti, chiarisce come essa non debba presentarsi in busta chiusa, ecc.

⁴⁶ L. DE PROPRIIS, *sub artt. 568-bis*, cit., p. 714.

⁴⁷ Per L. DE PROPRIIS, *sub artt. 568-bis*, cit., p. 714, "presumibilmente in riferimento alle sue tempistiche", per il requisito della sua non reiterabilità, con riguardo al suo contenuto e al versamento della cauzione.

⁴⁸ A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 3.2, in fine, non ritiene il rinvio "compatibile con le peculiarità del procedimento ... non solo per ragioni di celerità, ma anche per scongiurare il rischio che l'offerta (procurata dal debitore) cessi di essere irrevocabile (per la scadenza dei centoventi giorni ...)".

⁴⁹ Ove reso fuori udienza il provvedimento va comunicato, al debitore ed anche al terzo: così M. PILLONI, *Focus*, cit., § 4.

procedibilità⁵⁰) dell'istanza in rinnovazione. Il potere-dovere di concedere termine per l'integrazione andrebbe limitato alla sola ipotesi espressamente contemplata, del prezzo base fissato dal giudice in misura maggiore alla stima⁵¹. Tuttavia, si è visto che il termine in questione neppure inizia a decorrere in almeno due casi (mancato invio della relazione/commenti e modifiche alla stessa; interventi successivi alla notifica dell'istanza); poi, a ritenere decadenziali i termini sopra esaminati, non dovrebbe negarsi l'impiego della rimessione ex art. 153 co. 2 c.p.c.

In caso di inammissibilità⁵², si torna al procedimento comune, sicché il giudice (co. 3, art. 569-*bis*) dispone la vendita nei modi ordinari.

2.1. L'adesione dei creditori, espressa o tacita, all'offerta.

Ove l'istanza sia dichiarata ammissibile: mentre nella l. delega si prevedeva una procedura competitiva, con pubblicità dell'offerta così formulata e con netto avvicinamento alla vendita competitiva ordinaria già disciplinata all'art. 569 co. 3 c.c.⁵³, ora, con intento semplificatorio e di abbreviazione dei tempi, si prevede la necessaria celebrazione dell'udienza ex art. 569⁵⁴, in quanto l'offerta ammissibile è sottoposta alla adesione⁵⁵, tacita (in forma di "non opposizione", per taluno "non contestazione"⁵⁶), ed ovviamente pure espressa, sebbene la norma non lo dica, dei creditori. Questi ultimi sono dalla norma in commento identificati, dal combinato del comma 4 ult. parte e del comma 5, in quelli titolati o, *ab verbis*, intervenuti ex art. 498 c.p.c., *i.e.* il precedente, i creditori in pignoramenti successivi, quelli intervenuti muniti di titolo ed anche quelli, sprovvisti di titolo, ma appunto intervenuti poiché rientranti nelle categorie di cui al medesimo art. 498 c.p.c.⁵⁷.

⁵⁰ M. PILLONI, *Focus*, cit., § 4.

⁵¹ M. PILLONI, *Focus*, cit., § 3.

⁵² Anche per A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 3.3, trattasi di improcedibilità, se non si integri l'istanza nel termine assegnato.

⁵³ L. De PROPRIIS, sub *artt. 568-bis*, cit., p. 716.

⁵⁴ Nel disegno della l. delega non era chiaro se l'udienza dovesse o meno svolgersi. Di necessaria celebrazione discorre ora A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 4.1, quale "occasione per permettere a tutte le parti del procedimento di interloquire sulle modalità della vendita e per rappresentare eventuali criticità relative all'appartenenza del bene al debitore ovvero all'errata identificazione fisica e catastale dell'immobile pignorato", ma anche, si aggiunga, quale termine ultimo per l'intervento, per l'attivazione del meccanismo di riconoscimento endoprocessuale di cui all'art. 499 co. 6 c.p.c., ecc.

⁵⁵ Ne derivano due modelli alternativi, per E. SARESINI, *Una delle novità*, cit., nota 8.

⁵⁶ Così M. PILLONI, *Focus*, cit., § 4, in contrapposizione con le opposizioni esecutive. L'autrice denomina vendita "direttissima" quella che giunge a buon esito sulla base del contegno assentivo.

⁵⁷ Conf. A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 4.2.

Provocando/richiedendo la non opposizione/assenso dei creditori si adotta senza dubbio un modulo procedimentale concordato⁵⁸, fondato sull'accordo⁵⁹: su tale tecnica è ora opportuno soffermarsi, allargando l'indagine alle altre ipotesi in cui la disciplina della esecuzione forzata, che tutt'affatto la misconosce, se ne avvale.

2.2. Eterogeneità delle ipotesi in cui l'adesione delle parti del processo esecutivo prende rilievo ai fini del rito.

La valorizzazione del consenso delle parti, volta per volta di rilievo, del processo esecutivo, è possibile e talvolta contemplata dalla legge in casi alquanto eterogenei e che per tale ragione hanno dato adito, non di rado, a notevoli e nondimeno ridondanti classificazioni⁶⁰. L'impiego di soluzioni concordate è a dire il vero frequentissimo, qui *et alibi*, nel caleidoscopio del p.e., come conferma una pur veloce analisi di diritto comparato, utile a porre in luce, come vedremo, rimarchevoli convergenze⁶¹.

Releghiamo pregiudizialmente ai margini del discorso l'*argumentum* generalista che vorrebbe spiegare ogni accordo nel p.e. per il carattere certamente "dispositivo" di quest'ultimo⁶².

⁵⁸ Per A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 2, si tratterebbe di una vendita forzata con natura complessa "in quanto si articola in un procedimento che prelude all'incontro di volontà negoziale di una sola parte, l'acquirente, con una disposizione coattiva emessa dall'organo giurisdizionale che la dispone e che impartisce le direttive generali per il suo espletamento".

⁵⁹ Così anche M. PILLONI, *Focus*, cit., § 4, che definisce la modalità come "una sorta di vendita giudiziale senza procedura competitiva", in cui "il vantaggio per il debitore e per il terzo offerente è che ... si perviene de plano all'aggiudicazione diretta a favore dell'offerente "non ostile" individuato dal debitore".

⁶⁰ Si richiama ancora G. DE STEFANO, *Studi*, cit., spec. p. 119 ss., al cui lavoro ampi rinvii. *infra*. De Stefano inizia infatti dall'osservazione, 119, che il c.p.c., nel libro dedicato, contempla ripetutamente accordi nella esecuzione forzata, con norme definite non sempre "perspicue", e di qui (127) distingue codesti accordi da quelli concernenti le prove, questi ultimi solo "convenzione vere e proprie", riportando in principio gli ampi dubbi sulla rispettiva natura, sin da quella – nel tempo la fattispecie più vistosamente dispositiva e per questo più discussa – degli accordi sul riparto, per cui v. il richiamo, *ibidem* e nota 1, tra le altre alle opinioni di: S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, 1935, p. 378, il quale negava agli accordi sul riparto il carattere di contratti; E. GARBAGNATI, *Il concorso dei creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, 1938, p. 325 e nota 11, il quale imputa(va) alla ricerca di V. ANDRIOLI, *Il concorso dei creditori nell'espropriazione singolare*, Roma, 1937, spec. p. 72, di qualificare gli accordi sul riparto come atti plurilaterali, ma in fin dei conti di aderire alla riconduzione carneltuttiana entro il *genus* dell'accordo; al "contratto" di riparto si riferiva E. T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, p. 260 ss., spec. p. 290 e in nota.

⁶¹ *Ex multis* A. CABRAL-F. DIDIER JR., *Procedural agreements to shape enforcement proceedings*, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 2022, 219 ss., spec. 220 e nelle note per rilievi pure storici. V. anche, da ultimo, per alcuni riferimenti, M. DEGUCHI, nel capitolo intitolato *Comparative legal perspective on the effective enforcement of creditors' rights*, nell'ambito del progetto *Comparative Procedural Law And Justice*, disponibile al link <https://www.cplj.org/publications/13-2-comparative-legal-perspective-on-the-effective-enforcement-of-creditors-rights>, es. 13.

⁶² D'importanza per molti, come ad es. G. BONGIORNO, voce *Accordo processuale*, in *Enc. Giur.*, I, 1990, spec. p. 1, richiamato in senso conforme da G. Fanelli, *Accordi processuali e processo esecutivo*, in *Riv. es. forz.*, 2013, p. 267 ss., spec. 269. È indubbio, pur non potendo incidere in modo determinante nel divenire del nostro discorso, che anche il processo esecutivo sia governato dal principio dispositivo: per tutti B. Capponi, *Diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2025, spec. p. 53 ss.; nella dottrina tedesca (per la prevalenza della prima, nel binomio *Dispositionsmaxime/ Verhandlungsgrundsatz*), per tutti R. STÜRNER, *Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung*, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1986, p. 298 ss., richiamato pure da A. CABRAL-F. DIDIER, *op. cit.*, p. 224 e nota 23.

Parallelamente trascuriamo, a fini ricostruttivi, l'aspetto del contenuto patrimoniale, e quindi di nuovo "disponibile", delle situazioni incise nella esecuzione, elemento indiscutibile e non spoglio di rilevanza (vedasi, più avanti, *passim* per il regime delle rinunce), ma non da ingigantire per i motivi più volte esposti⁶³.

Mettiamo pure qui in disparte gli accordi – di serissima importanza ma possibilmente reclamati al contempo dal diritto sostanziale e dall'ordinamento del processo e per cui serve una speculazione separata che valga a porre sotto carico la tenuta del doppio sistema/statuto degli stessi – con cui le parti del rapporto di credito riducono od aumentano l'ambito dell'esecuzione, oppure incidono pattiziamente sulla sua stessa proponibilità: dal *pactum de non exequendo*, ai patti limitativi di potenziali oggetti dell'esecuzione, ecc.⁶⁴.

Quanto a tutti gli altri "patti" su cui ci vogliamo soffermare: l'unica dottrina che da noi ne se ne è occupata, quella di De Stefano, di recente ripresa⁶⁵, teneva separati i moduli concordati incidenti sul procedimento di esecuzione in quanto tale, "dando luogo a situazioni meramente preparatorie dell'atto esecutivo vero e proprio"⁶⁶, da quelli (essenzialmente gli accordi distributivi o sul riparto) attinenti al "regime reciproco delle pretese sostanziali in atto concorrenti, nel momento della ripartizione del ricavato"⁶⁷. La prefissata e piuttosto aprioristica distinzione, *ça va sans dire*, non mancava di proiettarsi sul piano dei soggetti, parti

⁶³ G. FANELLI, *Accordi*, cit., p. 270, dove ricorda come siano pacificamente ammesse forme di estinzione non soddisfacente della obbligazione, quali la remissione. Anche A. Cabral-F. Didier, *Procedural*, cit., p. 223, rammentano il carattere privato e rinunciabile degli interessi patrimoniali, e comunque privati, rinvenibili nel processo esecutivo.

⁶⁴ Ad essi ha rivolto attenzione, con ocularità e rilevanti approdi in un recente turno di tempo, la dottrina civilistica, per la quale si richiamano, intanto: L. Follieri, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, p. 22 ss. e rife. in nota 55, che muove dall'assunto – in via di affermazione nella dottrina contemporanea (*ex multis*: G. ROJAS ELGUETA, *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milano, 2012, p. 75 ss.) della via via più ridotta portata precettiva degli artt. 2740 e 2741 c.c., oltre le tradizionali letture che prolissamente ne spiegavano la *ratio* ora per la salvaguardia dell'interesse del credito e dell'economia, ora, passando per la nota teorica carneluttiana, attraendo la responsabilità alla esecuzione forzata e quindi al processo. V. ancora L. FOLLIERI, *Esecuzione*, cit., p. 33 ss., ove fissa la distinzione tra patti accrescitivi o rinunciativi, quali modifiche o conformazioni pattizie dello statuto della obbligazione, tra cui i primi ne estendono la capacità di ricevere soddisfazione; i secondi, definiti più problematici, limitano l'aspettativa di esecuzione coattiva del vincolo obbligatorio.

⁶⁵ G. FANELLI, *Accordi*, cit., 268 e 270, assume in principio, come De Stefano, che gli accordi possano avere effetti meramente interni al processo ad effetti riflessi nella realtà sostanziale; v. anche 271: l'a., quando riprende De Stefano sugli accordi sul riparto, e pare accomunarvi anche – sebbene il primo li avesse distinti non troppo chiaramente – quelli sull'assegnazione oppure sulla nomina del custode, sull'esperimento di vendita tramite commissionario, ecc., e ciò in quanto tutti, *ibidem*, "servirebbero" al processo.

⁶⁶ G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 122, per gli accordi che denomina "preparatori" ritiene la finalità di provvedere solo "ad esigenze pratiche", mente per quelli, più importanti per questo autore, ossia i riparti concordati, deduce in premessa che essi "prescindono dalla esistenza di una lite, e rimuovono soltanto una situazione di relativa incertezza su una questione economica" (cita in nota, infatti, la distinzione che si ascrive a F. Carnelutti, tra l'altro esposta in *Arbitrato estero*, in *Id.*, *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, p. 1 ss., spec. nota 15 e 36 ss., dandola come di largo seguito in dottrina ed anche in giurisprudenza: nota 6).

⁶⁷ G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 119 ss., dove pure richiama la difformità di opinioni dottrinali, *more solito* preconcepite, intorno alla natura spec. degli accordi sul riparto, nemmeno a dirlo contese – v. rife. alla nota 1 – tra negozio, contratto, accordo, atto complesso, atto plurilaterale, ecc.

o difensori, legittimati alle varie dichiarazioni/atti, restituendone un quadro tutt'altro che univoco e rassicurante⁶⁸. Ancora: questa stessa dottrina introduce(va) l'indagine deducendo che (il più delle volte, non sempre: si comprenderà solo in seguito) gli accordi nel processo esecutivo equivarrebbero, pertanto, a "mere intese": dando luogo ad atti complessi, che nulla hanno (*recte* avrebbero: in proposito De Stefano tentenna⁶⁹) di negoziale; ma così, come si vede, non si faceva altro che incappare di nuovo in quella ossessione concettualizzante che ogni sforzo ricostruttivo di questo nostro tema, complice anche altro, ha frenato⁷⁰. All'attualità, la già cennata ampiezza di indagine riservata all'accordo viepiù con la lente comparatistica⁷¹ consente di superare obiezioni genericissime, come quella dell'*imperium*

⁶⁸ Cfr. G. DE STEFANO, *Studi*, cit., ove, p. 137, sostiene che dalla natura esclusivamente processuale degli atti esecutivi "si trae che essi possono essere formati dai soggetti che, con riferimento alla norma del processo, hanno qualità di parti". Di qui, p. 139, De Stefano deduce che "il limitato effetto anche dei riparti concordati fa ritenere che, per il rappresentante legale, nessuna speciale autorizzazione sia richiesta ...". Più avanti, p. 140, De Stefano ritiene che solo per gli accordi preparatori sia sufficiente la dichiarazione del procuratore alle liti, ma che per gli altri (di nuovo, si comprende, quelli sul riparto e forse nemmeno tutti) "l'ordinaria procura al difensore non possa bastare, e occorra una procura speciale ovvero la personale presenza degli interessati"; corroborando questa sua idea con l'art. 306 c.p.c.

⁶⁹ G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 129, dove nega all'accordo nel p.e. in generale il carattere di convenzione, riconducendolo all'atto complesso e postulando come da tale visione derivi la sua efficacia limitata al processo. *Ibidem*, nota 14, è esplicitata l'idea che gli accordi nel processo esecutivo italiano sono ridotti a "semplici intese" e quindi costituenti un "atto complesso"; idea dalla quale, per il medesimo a., scaturiscono "le conseguenze più importanti, circa i limiti dell'efficacia che deve a questi accordi riconoscersi", in quanto, p. 129-130, "fuori dal processo, e senza il successivo provvedimento giudiziale, essi non hanno efficacia propria, salvo beninteso che non integrino altre figure giuridiche". Ricorda allora De Stefano, *op. cit.*, p. 130 (indicatamente memore della dottrina del negozio processuale), che ad atti di tal fatta "un contenuto negoziale si può riconoscere solo col modesto significato e la scarsa rilevanza che un tale connotato può avere, quando sia applicato agli atti del processo" (richiami a G. MICHELI, *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padova, 1937, spec. p. 131, per l'affermazione che nel processo il negozio ha "rilevanza diversa e minore che non nel diritto sostanziale, in virtù di esigenze di ordine superiore"). Sull'atto complesso De Stefano torna oltre, *op. cit.*, 135 ss, là dove richiama consonanti opinioni in Betti, Carnelutti ed anche nella dottrina tedesca (che noi stessi confermiamo: v., infatti, G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen im Zivilprozess*, Bonn, 1935, p. 127 e note 9 e 11, per la esclusione dall'ambito degli accordi delle *Einverständniserklärungen*), menzionando anche J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des Prozessualen Denkens*, Berlin, 1925, spec. p. 458-459 e note.

⁷⁰ Anche G. FANELLI, *Accordi*, cit., p. 273, riprende (tramite De Stefano) Carnelutti e la nozione di accordo, riferita al processo esecutivo, come atto complesso unilaterale; prima, p. 271, aveva ritenuto che solo con la sospensione concordata e con la estinzione per rinuncia si realizzerebbe una "disposizione" del procedimento, ossia di "vere e proprie intese".

⁷¹ Trattando della dottrina tedesca, G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 128, isolava dagli atti unilaterali cumulativamente di rilievo quali complessi (v. la precedente nota 69) le convenzioni o contratti esecutivi veri e propri, *Vollstreckungsverträge*, non senza ricordare, già al tempo, la decisamente maggior rilevanza del dibattito in un ordinamento come quello tedesco, dove, allora e sino a oggi, l'efficacia di titolo esecutivo di atti non giudiziali non è disposta in via generale dalla legge, ma dipende da una espressa determinazione delle parti, da una "sottomissione specifica" (*Unterwerfung*) dell'obbligato, alla esecuzione forzata (*Id.*, *loc. cit.*, per i riff. in nota 13), il che aprì ben prima che da noi il discorso anche a patti miranti ad escludere dalla esecuzione forzata determinati beni o categorie di beni, a stabilire il luogo e le modalità della vendita forzata, ecc. È tutto fuorché chiaro perché G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 128, di tali figure riprese dal diritto tedesco dichiarasse di "non volersi occupare", limitandosi a ritenerle convenzioni che "stanno sulla stessa linea dei patti sulla competenza, del compromesso, dei patti sulle prove, concluse prima e fuori del processo, e composte di dichiarazioni di volontà reciprocamente espresse dalle parti, non già rivolte al giudice". Riferimenti in chiave moderna, nell'ordinamento tedesco, all'accordo nella esecuzione forzata, sono in G. WAGNER, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, 1998, p. 731 ss., ove l'a. avvia il ragionamento osservando come in questa sede l'accordo non costituisca un tipo contrattuale unitario, dovendosi differenziare in relazione

statale gravitante sulla materia dell'esecuzione forzata, senza per questo oscurare la circostanza che qui, come altrove, persistono interessi pubblici a ch  le parti del p.e. non abusino dell'apparato: per ci  che rientra nell'assetto dei poteri del giudice⁷²; per quanto funzione (non di rado lo sono proprio tali ultimi poteri) di vantaggio della generalit  dei consociati⁷³; per gli interessi di terzi, qui pi  visibili che in altri casi⁷⁴. D'altronde, sul primo punto, non   di oggi la dirittura d'arrivo che anche quello esecutivo merita di essere, come  , processo nel pi  vero senso dell'espressione: donde le garanzie – ma anche i limiti –, dell'attivit  giurisdizionale in genere, devono indistintamente informarlo⁷⁵.

A questi rilievi d'ordine iniziale se ne devono aggiungere degli altri, sempre propedeutici, prima dell'inquadramento delle singole fattispecie.

Il primo   che: ai sensi dell'art. 484 c.p.c., al giudice dell'esecuzione trovano applicazione gli artt. 174 e 175 del codice di rito. Poi, per quanto interessa di pi , ai sensi dell'art. 487 i

al suo oggetto (con distinzione, per , rileva sin da subito Wagner, spesso portata "all'eccesso" dalla dottrina). Wagner rammenta la ostilit  agli accordi coltivata da una consistente parte della dottrina e della giurisprudenza (*ibidem*, nota 105), postula la essenziale distinzione tra, da un lato, accordi che limitano l'esecuzione, riducendo i poteri del creditore, e, dall'altro, disposizioni che la ampliano (grosso modo si intravede corrispondenza con la classificazione generalmente fatta propria da W., tra *Befugnisdisposition* e *Normdisposition*), ricorda che ulteriori classificazioni, possibili, hanno comunque valenza soltanto descrittiva.

⁷² A. CABRAL-F. DIDIER, *Procedural*, cit., p. 220, e ancora p. 223 e rife. alle note 8 e 9, ricordano il modo di intendere l'esecuzione come "*the utmost manifestation of the state's power*"; assunta questa accezione, ogni segmento rimesso alla autonomia delle parti finirebbe per rappresentare un indebito ritorno al processo privato romano. Degli stessi aa. v. l'equilibrato incipit, nell'aprire agli accordi eventualmente limitativi di poteri del g.e., in *op. cit.*, p. 232-233, centrato sulla difesa delle prerogative giudiziali.

⁷³   d'ausilio, su tali punti, una lettura della *Recommendation* Rec(2003)17, del Consiglio d'Europa, relativa all'esecuzione forzata, adottata il 9 settembre 2003 e nella quale, tra l'altro, si prevede che i meccanismi di esecuzione (v. capo III dell'articolato), dovrebbero basarsi su: un "*duty to co-operate appropriately in the enforcement process*" per le parti, con poteri correttivi ad es. nelle *family matters*; dovrebbero prevedere meccanismi per prevenire il "*misuse of the enforcement process*", ed altres  (lett. f dello stesso III punto), evitare rinvii "*unless there are reasons prescribed by law*", rinvii che siano "*subject to review by the court*" pur valorizzando (*prescribe*) "*a right for parties to request the suspension of the enforcement in order to ensure the protection of their rights and interests*". Da noi va alla mente, *mutatis mutandis* in ragione del trascorrere dei tempi, E. T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale*, cit., p. 261, ove riteneva che il "componimento processuale" non potesse ammettersi nel processo esecutivo, argomentando in base al dibattito in voga presso i giuristi romani, sulla transazione avente per oggetto la *res judicata*, sicch  una non dissimile conclusione sarebbe dovuta valere per il processo civile moderno. Vedremo tra poco nel testo che, per es., significativa espressione dell'interesse pubblico si rinviene nell'istituto della sospensione concordata, contrariamente alla visione che continua a ravvisarvi una esternazione "dispositiva" del processo.

⁷⁴ Conf. A. CABRAL-F. DIDIER, *Procedural*, cit., p. 226.

⁷⁵ Sul processo di esecuzione forzata come processo giurisdizionale, B. CAPPONI, *Diritto*, cit., p. 23 ss. e prima, per tutti, G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 193 ss. L'applicazione delle garanzie ordinarie al p.e.   riconosciuta ampiamente: v. L. CADIET, *Effective Rights Protection in Civil Enforcement: Some Comments from a French Point of View*, in M. DEGUCHI (a cura di), *Effective Enforcement of Creditor's Rights*, Singapore, 2022, p. 43 ss., richiamato anche da A. CABRAL-F. DIDIER, *Procedural*, cit., p. 221, che tornano sull'aspetto del contraddittorio quando conclusivamente, p. 238-239, danno conto di istituti come la *cognovit note* del processo nordamericano (traducibile nell'accordo con cui si ammette il pignoramento senza la previa notifica al debitore: figura discutibile ed infatti discussa presso la dottrina e la giurisprudenza brasiliane: rife. in *op. cit.*, p. 239 e nota 74).

provvedimenti dello stesso g.e. si danno con ordinanza, di regola modificabile e revocabile “finché non abbia avuto esecuzione” (peculiarità propria del p.e.) e per la quale (secondo comma) “si osservano le disposizioni degli articoli 176 e seguenti in quanto applicabili”⁷⁶. Il rinvio di compatibilità mette allora in gioco la precisa misura d’applicazione alle ordinanze del g.e. del paradigma funzionale dei moduli concordati che l’art. 177 contempla, quando rende revocabili e modificabili solo col consenso delle parti le ordinanze emesse su loro accordo⁷⁷. Il richiamo deve coordinare proprio con la superiore previsione, che ammette sì la revocabilità, ma a patto che il provvedimento non abbia avuto esecuzione: tanto è vero che l’Andrioli, sin dalla edizione del 1957 del proprio Commento, codesto coordinamento qualificava difficile; ed anche se, ad interpretarne le espressioni, dalle criticità sembrava lasciar fuori proprio le ordinanze del g.e. pronunciate sull’accordo⁷⁸. Il dubbio, altrove constatato che la materia di cui le parti “possono (o meno) disporre” nell’ambito delle ordinanze concordate è proprio e solo quella del processo, può allo stato congelarsi; ci si tornerà con riguardo alla ordinanza con cui siasi disposta la vendita diretta.

Il secondo rilievo consiste in ciò, che: come si tornerà a dire tra poco, non pare revocabile in dubbio il ruolo di “*primary guideline*” nello studio dell’accordo, anche nel p.e., della disposizione/iniziativa di parte: ora all’avvio del processo stesso, in particolare con la scelta effettuata dal creditore, senza spazio per ingerenze dell’autorità e salvi limiti su cui torneremo, a mente dell’art. 483 c.p.c.⁷⁹; ora – alla fine di tutto – dall’istituto della rinuncia, diffusamente prevista e, questa sì (nel senso in prevalenza descrittivo che abbiamo accolto), espressione di disposizione del processo⁸⁰, sia che si tratti dell’intero processo, sia di rinuncia a opposizioni/eccezioni nel suo corso.

Terzo: non manca nemmeno di rilevare con portata descrittiva, anche per l’esecuzione, il diffuso moto contrappuntistico che le norme processuali mostrano in anni recenti, in quanto, se agli albori i codici in vigore ne sforzavano completezza, esaustività e tassatività, è in atto da

⁷⁶ Su tale regime, A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano, 2024, p. 378-383.

⁷⁷ S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, III, 1965, spec. p. 129, in apparenza escludeva l’applicazione al p.e. della totalità delle previsioni di cui all’art. 177 c.p.c.; in senso divergente, come si è or ora fissato nel testo, V. Andrioli, *Commento*, cit., p. 71 ss.

⁷⁸ V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 71-72.

⁷⁹ Sempre per V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 62 e 63, l’art. 483 c.p.c. va letto in congiunto all’art. 558 dello stesso c.p.c., nonché all’art. 2911 c.c., optando per la formula di improcedibilità per l’arresto per difetto di “meritevolezza” dell’esecuzione, cumulativamente ma abusivamente, avviata.

⁸⁰ Di *primary guideline* emergente dalle disposizioni sulla rinuncia nell’approccio all’accordo nel p.e., parlano A. CABRAL-F. DIDIER, *Procedural*, cit., p. 223-224, ove riportano la diffusa rinunciabilità in genere della esecuzione forzata (che guarda, di tendenza, alla autonomia del creditore: ne trattano come un rilevante esempio di “*unilateral disposition over the enforcement*”): cfr. nota 18 per la menzione dell’art. 775 del c.p.c. brasiliano; nota 20 per quello portoghese, art. 848 od anche per l’art. 775 ZPO.

più lustri una tendenza inversa: si pensi al *numerus clausus* dei titoli esecutivi⁸¹ e, tra le novità, alla introduzione della negoziazione assistita, che quella chiusura ha, nelle concorrenze di concause, a malapena relativizzato⁸²; o, ancora, alla estinzione “atipica” del p.e. (da non confondersi con la sua improcedibilità⁸³), nel tempo sanzionata positivamente (cfr. art. 164-*bis* disp. att. c.p.c.⁸⁴; in senso più stretto ma non dissimile, art. 540-*bis* c.p.c.) a pesar della insegnata tassatività/determinatezza delle ipotesi di legge⁸⁵.

Quarto e ultimo aspetto, ancora da segnare in premessa: è poco o niente fruttuoso insistere sul (reiterato) assioma che nel processo esecutivo sarebbe più rigida la distinzione tra norme dispositive e cogenti⁸⁶. All’opposto, va solo compreso e pel mezzo notato che i moduli concordati devono comunque incastrarsi nell’*iter*, rispettandone le forme⁸⁷, qui ben più

⁸¹ Cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2024, III, spec. p. 24 ss.; B. CAPPONI, *Diritto*, cit., sul titolo esecutivo, le varie tipologie di titolo e la relatività della nozione, p. 119 ss., trattando del rispettivo “catalogo”. Adde A. CABRAL-F. DIDIER, *Procedural*, cit., p. 228 ss., i quali attribuiscono importanza agli accordi, in vari sistemi ammessi o comunque concepibili, tramite i quali le parti concordano intorno alla esecutività di un atto o provvedimento, come pure sulla espropriabilità di taluni asset; prontamente rammentano, 231, come risulti controversa la ammissibilità di un accordo che preveda che un certo contratto costituisca titolo esecutivo sulla base di una scelta di autonomia privata (ipotesi contendibile in quanto tale sol perché “additiva”), ammessa con limiti in taluni ordinamenti (riff. in nota 54, anzitutto alla opinione di G. Chiovenda, che conviene qui trascrivere là dove il M., nei *Principii*, Napoli, 1923, p. 107, osservava che “noi non conosciamo la sottomissione convenzionale alla esecuzione, che si usa in Germania di aggiungere ai contratti notarili, per dispensare il creditore dallo stadio di cognizione; poiché i nostri contratti notarili, come i francesi, sono per sé stessi esecutivi”, richiamando l’art. 554 n. 3 c.p.c. 1865), negata in altri (riff. in nota 55, ad es. al c.p.c. argentino), proprio per una presunta legalità dei titoli; a tale ultimo riguardo questa autorevole dottrina brasiliana osserva come vi sia “a sort of a dogma of strict legality for court enforcement of debt instruments, normally justified by the false assumption that there could be no enforceability if there is no statute providing for such an effect”, ma eccepisce che il principio *nulla executio sine titulo* non sarebbe in alcun modo minato dal riconoscimento di titoli di genesi contrattuale, tanto è vero che, se si guarda (gli aa. lo attestano in una relevantissima chiave globale: *op. cit.*, 302-303), all’elenco normativo dei titoli esecutivi, si ricava come la stragrande maggioranza di essi sia costituita da “voluntary legal transactions resulting from the exercise of autonomy and self-regulation”.

⁸² Sulla esecutività degli accordi di composizione all’esito della negoziazione assistita, v. per tutti C. ASPRELLA, *La negoziazione assistita*, Milano, 2024, spec. p. 167, ove il riepilogo delle varie posizioni dottrinali avanzate con riferimento al non esplicito tenore testuale dell’art. 5 d.l. n. 132/2014, circa la efficacia di “titolo esecutivo” dell’accordo concluso all’esito della negoziazione, e per la preferenza espressa, in uno alla precedente dottrina rassegnata alle note 55 ss., per la lettura estensiva (accordo di composizione come titolo per l’esecuzione forzata, in forma generica e in forma specifica); cfr. anche, 170 ss., per la rilevanza a tal fine (della valenza *in executivis*), della certificazione del/degli avvocato/i.

⁸³ In ult. Cass. 23 gennaio 2023, n. 1991.

⁸⁴ Su cui, per tutti, F. S. DAMIANI, *Estinzione atipica e chiusura anticipata del processo esecutivo*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, p. 425 ss.

⁸⁵ V. ad es. S. BOCCAGNA, *Estinzione del processo esecutivo e opposizione ex art. 617 c.p.c. (con alcune considerazioni sulla distinzione atti “preparatori” – atto “finale” ai fini della proponibilità dell’opposizione agli atti esecutivi)*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1253.

⁸⁶ G. FANELLI, *Accordi*, cit., p. 284, riprendendo l’identico rilievo di G. De Stefano, *op. cit.*, p. 123.

⁸⁷ Per l’applicabilità dell’art. 486 c.p.c. (le domande o le istanze, se non diversamente disposto, sono da proporsi oralmente in udienza o con ricorso in cancelleria), v. G. FANELLI, *Accordi*, cit., p. 273. Non per caso, con precipuo riguardo alle forme degli accordi nel p.e., G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 140-141, riteneva che “data la loro qualità di atti processuali, non si addice agli accordi processuali esecutivi il principio della libertà di forma, che, non senza limitazioni, vale per le convenzioni e per le clausole extraprocessuali con effetto processuale”; così, esemplificando per gli accordi di riparto, conclude similmente doversi

ritmicamente e serratamente dettate, attesa la suddivisione per fasi ciascuna, come si insegna, tendente alla “stabilizzazione” a beneficio di quelle che seguiranno⁸⁸. Lo abbiamo visto emblematicamente nel richiamo al regime delle ordinanze del g.i., valido per il g.e. purché senza ammettere la retrocessione del procedimento quando la fase, *i.e.* l’effetto dello specifico ordine, abbia già avuto compimento.

Esaurite le non poche premesse che abbiamo voluto darci, possiamo ora riprendere il filo della dottrina esistente e proporre un nostro inquadramento.

Iniziamo col testare se vero che abbiamo sicura “efficacia limitata”⁸⁹ (al confronto con altri) gli “accordi” che concernono la nomina del debitore ora quale custode (art. 521) ora quale amministratore giudiziario (art. 592): posto che a simili moduli concordati non sono estranei elementi rinunciativi (il creditore rinuncia ad eccepire/obiettare)⁹⁰, la verità è che i francesi li collocherebbero tra le “misure amministrative giudiziarie”⁹¹, in quanto si tratta di accordi che, se implicano rinuncia, allo stato degli atti, a contestazioni da parte degli interessati, al giudice restano solo *lato sensu* opponibili, sin tanto che non venga in rilievo un elemento tale da proiettarli come produttivi di externalità negative verso la *machinery*. A questi “limitati” dispositivi, si può finanche accostare quello formantesi – sempre nell’ultimo contesto della amministrazione giudiziaria, per l’art. 595 c.p.c. – “su richiesta di tutte le parti”, per una o più proroghe della misura, difatti sempre che “il giudice” ... lo “ritenga”, ed entro il limite di durata triennale fissato dalla legge: prova ulteriore dell’attribuzione al giudice di un *last word* in proposito, ove mai ve ne fosse il bisogno, è la valutazione *ex ante* compiuta al tempo di disporla, su cui è sano ed esigibile che il giudice ascolti gli interessati, ma senza renderlo spettatore passivo della gestione di un bene privato subastato in eterno, l’istituto rappresentando una sorta di stato di “quiescenza” del p.e. e non una sua forma di cessazione⁹². Niente affatto distante da ciò che è valso per i precedenti si disvela l’inquadramento possibile dell’istituto della sospensione concordata nel processo esecutivo, che pur sottende trattative

applicare l’art. 486 c.p.c., per cui, si ripete con De Stefano, basta che l’accordo, anche se raggiunto oralmente, sia poi dichiarato e registrato nel processo verbale, quale modo normale di formazione e documentazione.

⁸⁸ *Ex professo*, B. CAPPONI, *Diritto*, cit., p. 103 ss.

⁸⁹ G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 131, per cui “la situazione giuridica che vi si fonda resta sempre nella previsione, per stare agli esempi addotti, degli articoli 65 e seguenti del codice: e così, tanto il custode che l’amministratore potranno, d’ufficio o su istanza di parte, essere in ogni parte revocati e sostituiti dal giudice”.

⁹⁰ Per l’omologa previsione di cui all’art. 840 co. 2 c.p.c. brasiliano, A. CABRAL-F. DIDIER, *Procedural*, cit., p. 240. Peraltro, quanto al secondo “accordo” sulla nomina dell’esecutato come amministratore giudiziario, in relazione diretta col primo (debitore esecutato nominato custode) la *ratio* delle differenti limitazioni è esposta in V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., 280-281, che evidenzia la ben diversa responsabilità, dato il triennio di durata, dell’amministratore.

⁹¹ Sulla nota categoria, v., per la sua collocazione sistematica giustapposta alla nozione di atti di esercizio della funzione giurisdizionale in senso proprio, L. CADIET-J. NORMAND-S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, 2020, p. 403 ss., spec. p. 405: “*Si des actes juridictionnels émanent d’une juridiction, l’activité de la juridiction repose également sur des mesures d’administration judiciaire qui sont tout aussi nécessaires à l’accomplissement de sa fonction*”.

⁹² L’uno e l’altro significato ricaviamo ancora da V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 280-281 e spec. p. 285.

e dunque una dinamica in apparenza del tutto “privata”: che però è nella esclusiva disponibilità delle parti nell’*an*, ma, volta attivato il processo, non lo è più e totalmente nel *quomodo*, nei tempi, nello svolgimento, ecc.: spiccano, a giustificare i plurimi limiti e le peculiarità fissati dal legislatore all’art. 624-*bis* c.p.c. (all’un tempo spiegando le opinioni restie ad ammettere questa sospensione prima che fosse regolata positivamente), esigenze disparate, quali l’atteggiarsi nel p.e. del rapporto creditore/debitore⁹³; la necessità che il processo esecutivo giunga al termine, comunque a stabilizzarsi; che non resti “pendente” *sine die* presso l’ufficio e nell’agenda del magistrato, ecc. Si vede insomma, e molto semplicemente, come il (qui, dunque, solo presunto ma da relativizzare) potere dispositivo sia limitato a difesa della posizione di dovere del magistrato⁹⁴; non per questo viene meno la tecnica dell’accordo, ma le suddette esigenze dell’organizzazione – discrezionalmente fissate dal legislatore e non certo immutabili nel tempo e nello spazio –, e nel caso concreto non senza controllo che difatti si ammette ex art. 617 c.p.c.⁹⁵, servono ad ispirare le limitazioni sui tempi, lo special modo di revoca, il controllo giudiziale, ecc.⁹⁶.

Differente accostamento meritano quelle previsioni dell’accordo, che qui e lì il legislatore del p.e. “suggerisce”, intorno a contestazioni variamente formali, in questo caso rimesse alla sola iniziativa di parte e che il primo (p.e.) implica e così la norma dà per rinunciate. Vuoi quando, all’art. 530⁹⁷, si ammette espressamente e in via generale l’“accordo” intorno alle opposizioni

⁹³ Si è già vista la mutabile posizione del debitore nel p.e., che rievoca la dottrina della “unilateralità” del processo esecutivo: richiami in R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, Torino, 1983, p. 83 ss.; F. MAZZARELLA, *Vendita*, cit., p. 558, parla a ragione di “carattere pur sempre reattivo dell’esecuzione forzata rispetto all’inadempimento, che è, e continua ad essere, un atto antiggiuridico”.

⁹⁴ L’istituto, come noto, ha recepito una prassi non indiscussa (N. Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, 2025, spec. § 265; nonché G. FANELLI, *Accordi*, cit., p. 277, che richiama la vecchia pratica dei continui rinvii del p.e.); per le diverse posizioni, ante l. n. 80/2005, sulla applicabilità o meno dell’art. 296 c.p.c. al processo esecutivo, v. per tutti F. P. LUISO, voce *Sospensione del processo civile di esecuzione forzata*, *Enc. dir.*, XLIII, Roma, 1990, p. 59 ss., in part. p. 62 ss.

⁹⁵ Per un riepilogo, A. FABBÌ, sub art. 624-*bis* c.p.c., in N. PICARDI- R. VACCARELLA, *Codice di procedura civile*, Milano, 2025, spec. § 5. In generale, sull’istituto, B. CAPPONI, *Diritto*, cit., p. 431 ss.; nonché, aderendo sull’impiego dell’opposizione agli atti contro il diniego di sospensione, A. M. SOLDI, *Manuale*, cit., p. 2067 ss. e 3073.

⁹⁶ Riconosce G. FANELLI, *Accordi*, cit., p. 280, che pur ascrive agli istituti dispositivi la sospensione del p.e., che la revoca della stessa “non risponde alla logica dell’accordo processuale”, perché basta la volontà di un solo creditore affinché vi si possa dar luogo, così in deroga, sostiene, al regime dell’art. 177 co. 3 n. 1 c.p.c. È infatti in questo ed altri punti che si apprezza il limite della materia (processuale) disponibile alle parti: che nel contesto di che trattasi, oltre alle ovvie esigenze del “ruolo”, tiene in debito conto la posizione del debitore (e il suo interesse, che l’ordinamento finisce per presumere, a ché l’esecuzione ... si risolva in un nulla di fatto), attribuendo prevalenza ai creditori quando si ammette l’istanza di uno soltanto di loro, ma non mancando di garantire il primo (debitore) là dove si richiede sempre che sia “sentito”, modo particolare di prestazione del consenso, le cui sorti (per la “presunzione” non scritta di cui si è riferito) sono affidate all’organo (la stessa G. FANELLI, *Accordi*, cit., p. 279, se da un canto ritiene che si possa prescindere dal consenso del debitore, che va invece solo “sentito”, d’altro canto dà conto di prassi che ne richiedono il consenso finanche talora scritto).

⁹⁷ Recita l’art. 530, dedicato in generale al “provvedimento per l’assegnazione o per l’autorizzazione della vendita”, che all’udienza per l’audizione delle parti, le stesse possono (ult. co.) accordarsi sulle “opposizioni” (*ab verbis*: “se non vi sono opposizioni o se su di esse si raggiunge l’accordo delle parti comparse, il giudice dell’esecuzione dispone con ordinanza l’assegnazione o la vendita”).

agli atti: è questo, del resto, il momento ultimo in cui i vizi precedenti possono essere fatti valere, e l'ordinamento tende a contenerli, anche semmai – è in queste sedi è espresso apertamente dal codice – per via della “disposizione processuale” delle parti, che sarebbe stata possibile anche in mancanza di previsione, qui esplicitata per il già ricordato *trend* alla stabilizzazione, perorata anche per tacito contegno⁹⁸. Vuoi quando, all'art. 619, ugualmente si ha riguardo all'accordo tra terzo opponente all'esecuzione e creditore(i), pure prefigurando la necessità che il carattere “terzo” della opposizione svolta dal primo richieda della loro “conciliazione” (in senso latamente adoperato) una qualche forma di “omologazione” affinché il processo proceda il suo normale corso⁹⁹. *Ergo*: questo, unito a quello, ovvero la potenziale variabilità di contenuti che l'accordo sulla opposizione di terzo all'esecuzione può implicare, rende ragione della previsione adottata. In simili accordi – come in ogni altro implicante rinuncia anche – come qui è possibile – ad una sola situazione processuale, sarà soltanto da

⁹⁸ Cfr. lo stesso art. 530 co. 2 seconda parte, per cui all'udienza le parti “debbono proporre, a pena di decadenza, le opposizioni agli atti esecutivi, se non sono già decadute dal diritto di proporre”. Ne segue che, come anticipato nel testo, anche la mancata comparizione all'udienza è considerata come tacito assenso alla conclusione dell'accordo (V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 167). Contrariamente all'opinione prevalente e poi invalsa, e in dissonanza dal disposto della norma, si era espresso S. SATTA, *Commentario*, cit., p. 284, per il quale l'accordo previsto dalla disposizione in esame non sarebbe potuto intervenire per le opposizioni agli atti esecutivi “in senso proprio”, ma soltanto per quelle in senso atecnico, cioè per le “osservazioni” relative alle modalità di liquidazione dei beni pignorati.

⁹⁹ Sull'ultimo aspetto trattato, il testo dell'art. 185 disp. att. c.p.c., prima delle riforme del 2005-2006 prevedeva espressamente un tentativo di conciliazione alla prima udienza dell'opposizione ex art. 619; per altro verso, la valorizzazione espressa dell'accordo, quasi una *réclame* per intento semplificatorio, che non raramente può trovar attuazione nel campo della esecuzione mobiliare, meno facilmente in quella relativa ad immobili, è oggi completata dalla fissazione in capo al giudice del dovere di recepirlo in ordinanza che, a seconda dei casi, estinguerà il processo, disporrà per l'ulteriore corso, ecc. Circa le parti dell'accordo, convivono posizioni differenti (inclusive o non del debitore esecutato nel novero dei legittimati, *rectius* interessati: per un riepilogo, L. DURELLO, *Contributo allo studio della tutela del terzo nel processo esecutivo*, Napoli, 2016, spec. p. 295 ss.) a seconda che si intenda quale oggetto dell'opposizione di terzo all'esecuzione l'accertamento del diritto del terzo, ovvero della (sola) illegittimità dell'esecuzione intrapresa sul bene di quest'ultimo: per la prima, v. ad es. G. TOTA, sub art. 619 c.p.c., in A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007, II, p. 609 ss.; per la seconda, cfr. F. P. LUISO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2006, p. 204, questa peraltro in scia con la autorevole posizione del Proto Pisani, in dissenso da quella tradizionale (cfr. A. PROTO PISANI, *L'opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, p. 376). Se però si tiene conto, con non poche suggestioni ritraibili nell'ottica qui più ampiamente assunta, dell'autonomo rilievo delle situazioni di cui al processo, che con l'opposizione in ogni caso si decide della assoggettabilità ad esecuzione del bene, sì del terzo ma aggredito in esecuzione avviata nei confronti del debitore esecutato, si rende chiara la ragione per cui, almeno ai fini di nostro interesse quest'ultimo debba pure lui “accordarsi”, almeno sintanto che l'accordo non si limiti a costituire niente più che la rinuncia all'esecuzione (non distanti argomenti, con riguardo alla legittimazione nel processo, L. DURELLO, *Contributo*, cit., spec. 274 ss., in coerenza del resto con la costante giurisprudenza di legittimità, che ritiene, anche nel giudizio dell'art. 619 c.p.c., il debitore litisconsorte necessario: v. ad es., di recente, Cass., 18 novembre 2024, n. 29629). Non è tanto, insomma, l'oggetto dell'accertamento nella opposizione di terzo all'esecuzione di cui qui si discute, ma il generale modello costituito dalla rinuncia processuale dell'art. 306 c.p.c. (arg. finanche ex art. 629 ult. comma c.p.c., pur nel diverso contesto ivi in considerazione) a rappresentare l'ago della bilancia nell'attribuzione o meno del diritto di assentire alla sua stessa perfezione.

sincerarsi che la parte (ogni parte che ha da esprimersi a riguardo) la quale, accordandosi, ha per l'appunto rinunciato¹⁰⁰, lo abbia fatto volontariamente.

Venendo alla rinuncia (più) istituzionalmente intesa, che anche nel processo esecutivo – come anticipato – rappresenta l'“albero motore” dell'accordo, non si è mai dubitato, neppure tra i più scettici¹⁰¹, che propria quella dell'art. 629 c.p.c. comunque sottenda un elemento convenzionale, che non smette di essere tale pur se solo, come nella normalità dei casi, incidente su situazioni processuali¹⁰². Di più: si ammette, come per la (quasi)generalità delle rinunce – allontanandosi dalla restia opinione, già mostratasi non troppo confacente a come vanno “certe” cose, che *“il problema dell'interpretazione degli atti processuali non si può porre come un problema di interpretazione della volontà dell'agente, ma come un problema di individuazione degli atti medesimi, in base ad elementi puramente obiettivi”*¹⁰³ – che la

¹⁰⁰ Concorde nel rinvenire nell'accordo sull'opposizione ai sensi dell'art. 619 c.p.c. il nucleo essenziale della rinuncia A. M. SOLDI, *Manuale*, cit., p. 2965.

¹⁰¹ Già E. T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale*, cit., p. 263, vi identificava un accordo, che però aveva ad avviso del M. tipicamente l'effetto di chiudere il processo senza influire sulla controversia, rappresentando così, nelle sue parole, “l'esatto opposto della transazione”. Per G. FANELLI, *Accordi*, cit., p. 282, l'estinzione svelerebbe, per la “prevalente dottrina”, natura di vera e propria convenzione processuale; per questa stessa autrice, inoltre, il debitore non dovrebbe accettare la rinuncia non avendo alcun interesse ad opporsi alla estinzione del processo.

¹⁰² Per tutte, cfr. la importante analisi di R. VACCARELLA, voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, *Enc. Dir.*, Milano, 1989, p. 960 ss. (che pur, p. 961, contesta che la rinuncia agli atti sia espressione di potere dispositivo privato) e spec. sulla rinuncia agli atti del processo esecutivo, p. 980 ss., ove parte riprendendo S. SATTÀ, *Commentario*, cit., p. 509, quando aveva rilevato le diversità della rinuncia di cui all'art. 629 rispetto a quella dell'art. 306, per le conseguenze sostanziali definitive conseguenti solo alla prima e non alla seconda, subito dopo osservando (tutt'altro che “sattianamente”) l'evidenza *“che la rinuncia agli atti – ma alla pari di ogni altra ipotesi di estinzione del processo esecutivo – travolge quella azione esecutiva in concreto esercitata su quei certi beni, mentre la rinuncia all'azione esecutiva travolge non solo quella ma impedisce ogni altra, futura azione fondata sul medesimo titolo nei confronti del medesimo debitore; ed il fatto che l'estinzione del processo esecutivo produca conseguenze sostanziali definitive non impedisce certo di ritenere applicabile – mutatis mutandis, in considerazione dell'accennata, particolare “concretezza” dell'azione esecutiva – la regola generale (art. 310 comma 1) secondo la quale “l'estinzione del processo non estingue l'azione”*. Di rilievo (in chiave di “autonomia” della situazione processuale) è anche dove Vaccarella (*op. cit.*, p. 980) prosegue esponendo come per la particolare struttura del processo esecutivo (la cui definizione può essere segnata soltanto dal provvedimento che (totalmente o parzialmente) ne realizza lo scopo di soddisfare i creditori ovvero dalla dichiarazione della sua estinzione – non consente al giudice dell'esecuzione di formalizzare la chiusura del processo per rinuncia all'azione esecutiva, e cioè di immaginare un provvedimento finale avente forma e, soprattutto, effetti analoghi a quella dichiarazione di cessazione della materia del contendere che, si è visto “... è stata felicemente inventata dalla giurisprudenza per il processo di cognizione”. Prosegue V. spiegando come, sul piano processuale, ciò significa che per il g.e. è indifferente accertare se la rinuncia sia agli atti ovvero all'azione, *“dal momento che essa, quale che ne sia la natura, non potrà che dar luogo all'estinzione del processo esecutivo”*, mentre la *“vera natura della rinuncia non potrà che essere accertata – senza che abbia rilevanza di sorta l'eventuale qualificazione operata dal giudice dell'esecuzione nel provvedimento dichiarativo dell'estinzione – dal giudice dell'opposizione proposta (ex art. 615 c.p.c.) contro l'esecuzione ex novo intrapresa dal rinunciante”*; similmente, della vera natura della rinuncia il g.e. dovrà tener conto quando sia mancata la (volontà di: aggiungiamo) rinuncia di tutti i creditori legittimati, perché l'art. 629 non troverà la sua fattispecie costitutiva, ma di quelli rinuncianti occorrerà semmai vedere se, nell'esprimere tale volontà (sulla ricerca dell'elemento volitivo finalizzato agli effetti v. immediatamente nel testo), abbiano inteso rinunciare all'azione esecutiva.

¹⁰³ Così S. SATTÀ, *Diritto processuale civile*, Padova, 1981, agg. a cura di C. Punzi, p. 206; richiamato anche da R. VACCARELLA, *Rinuncia*, cit., p. 973, salvo poi lo stesso V. esprimersi come riportato alla nota che precede e a quella che segue.

rinuncia sia atto revocabile per vizio del consenso¹⁰⁴; ed, infatti, è dato costante in giurisprudenza, come è più in generale per atti normativi, diretti o che dir si voglia causativi, che la volontà dell'effetto vada indagata e se del caso "perlustrata" con attenzione¹⁰⁵, altro è dire che questo poi avvenga a raggio più limitato di quanto non si ricava dagli artt. 1362 ss. c.c. Oltre a ciò, è a dirsi poi che: perfino nell'arido processo esecutivo, la giurisprudenza degli ultimi lustri ha sorprendentemente inserito il prezioso *tool* aggiuntivo, atto a pungolare la rigidità e degli schemi procedurali e della stessa rinuncia al processo come atto astratto dalle ragioni che la motivano, della buona fede: precipuamente quando ha ritenuto che *"in conformità ai principi di buona fede e correttezza, per consentire la liberazione del bene immobile dagli effetti pregiudizievoli del pignoramento, il creditore che è stato soddisfatto deve rinunciare agli atti esecutivi senza necessità di alcuna sollecitazione del debitore ed entro un termine ragionevolmente contenuto"*. Per questo, il creditore che abbia omesso la attesa sollecitudine, è responsabile sul piano risarcitorio nei confronti, si legge, del debitore e financo del terzo acquirente¹⁰⁶. Insomma, l'accordo di *vente privée*, che fino a ieri sarebbe rimasto nascosto nelle trame dell'astratta rinuncia processuale, è fatto da questa giurisprudenza riaffiorare (pur se dietro *exceptio* del debitore) per regolare una condotta altrimenti priva – così si difendeva il creditore nel caso deciso e così possono riassumersi le principali critiche all'orientamento¹⁰⁷ – di tempi e modi esatti di attuazione. Se ne conferma la generale tendenza, più volte osservata, di applicazione del principio di buona fede nell'esercizio *lato sensu* dell'azione e ognun vede la portata di un simile indirizzo, anche e specialmente in relazione della possibile

¹⁰⁴ V. R. VACCARELLA, *loc. ult. cit.*, là dove afferma che, per analogia con la disciplina della confessione, la rinuncia efficace, prima della dichiarazione di estinzione, possa essere revocata *"provando che essa è stata determinata da errore di fatto o da violenza"*, liberamente se prima che pervenuta alla controparte che deve accettare; ed ancora, volta intervenuta la dichiarazione di estinzione, che l'errore di fatto e la violenza possono essere dedotti con i *"modi e nei termini accordati per impugnare la dichiarazione di estinzione; la quale, decorsi quei termini, diventa definitiva"*.

¹⁰⁵ Per la rinuncia ex art. 629 c.p.c., v. ad es. Cass. 13 agosto 1997, n. 7565 (*"la rinuncia agli atti del giudizio non deve necessariamente avere le forme di un atto processuale, ma può essere contenuta in qualsiasi atto sottoscritto dalle parti, anche stragiudiziale, che dimostri sicuramente la loro volontà di porre fine al giudizio"*).

¹⁰⁶ Così Cass. 28 aprile 2022, n. 13342, in *Giur. It.*, 2023, p. 332 ss., con nota adesiva di M. C. VANZ, *Soddisfazione del credito e rinuncia agli atti esecutivi*; in precedenza, in senso consonante, Cass. 21 novembre 2017, n. 27545, con nota adesiva di P. FARINA, *La rinuncia agli atti come obbligo del creditore conseguente al pagamento del debito*, in *ilprocessocivile.it*, 2017, fasc. 28 ed invece con rilievi critici di A. VIGLIONE, *Sulla rinuncia agli atti esecutivi in caso di pagamento del debito*, in *Foro It.*, 2018, c. 1328 ss.

¹⁰⁷ Così A. VIGLIONE, *Sulla rinuncia*, cit., p. 1329, confutato efficacemente da M. C. VANZ, *Soddisfazione*, cit., vicino alla nota 20, per la quale *"l'astrazione" rispetto alle ragioni che spingono le parti a rinunciare agli atti è una mera locuzione descrittiva, che consente di evidenziare come la norma (art. 629 c.p.c.) abbracci un'eterogeneità di cause, tipizzandone unicamente l'effetto (la mors litis), e non è certo da intendersi quale astrazione dal substrato di diritto sostanziale alla base delle singole fattispecie che possono determinare la rinuncia"*. Prosegue: *"Sarebbe illogico ritenere che l'obbligo sostanziale gravante sul creditore soddisfatto ex art. 1200 c.c. possa assumere nel processo una coloritura neutra, tanto fievole dall'essere pressoché impercettibile, sol perché la norma sulla rinuncia agli atti non prevede precisi termini entro i quali il creditore deve attivarsi per far sì che il vincolo pignoratizio venga meno"*.

vis expansiva dell'accordo nel p.e., al di fuori degli schemi della stretta determinatezza e tassatività¹⁰⁸.

Davanti ad una applicazione così ragguardevole e per alcuni inattesa della buona fede nella fase di chiusura in rito del p.e., quando essa sottenda l'accordo, tornando alla fase di avvio e quindi alla scelta dei mezzi espropriativi in concreto rimessa al creditore ex art. 483 c.p.c., non stupisce che la giurisprudenza da prima e sempre adoperi l'analoga chiave dell'abuso per censurare, sempre in rito, il contegno del creditore che, ora frazioni ingiustificatamente, ora cumuli eccessivamente, i mezzi espropriativi¹⁰⁹. Sebbene paia inesplorata da noi, anche in giurisprudenza, la dimensione pattizia (*i.e.*: il creditore concorda con il debitore di limitarsi ad alcune tipologie od a precise forme di esecuzione), è a nostro avviso proprio nell'ambito dell'art. 483 c.p.c. – che giammai lo vieta ma per noi lo ammette – che l'adempimento di obblighi pattizi di fare e non fare nel p.e., nella vasta chiave della *exceptio doli* contro l'azione per come esercitata in concreto, dovrebbe trovar spazio (perciò: limitazioni convenzionalmente pattuite della esecuzione il debitore farebbe valere esattamente coi mezzi in questa *sedes* predicati¹¹⁰).

È pure sì possibile che, in fase di avvio del p.e., siano i soli creditori ad accordarsi scegliendo di seguire la strada, in buona sostanza, della “domanda esecutiva congiunta”: contemplata espressamente dall'art. 493 c.p.c., che al primo comma ammette per l'appunto l'accordo dei creditori per un unico pignoramento intorno al medesimo bene. Ideale situazione in cui si (scinde o cumula la situazione processuale se) fonde nell'unica iniziativa esecutiva la pluralità di vicende relative al titolo di ciascun creditore: se queste rileveranno separatamente, la regolarità della prima seguirà invece, proprio per la scelta dei creditori, un unico ordine. D'altronde, si anticipa così la finalità di evitare più pignoramenti non coordinati sullo stesso

¹⁰⁸ G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 124, riteneva che, essendo il processo di esecuzione il “momento di più diretta e grave incidenza sul patrimonio dei soggetti”, la sua stessa *ratio* conduceva ad un elenco “interamente concluso” di accordi, senza possibilità di accordi atipici; preoccupato, come era, che la disciplina del p.e. riuscisse a proteggere la parte debitrice “contro la propria debolezza sociale o economica, stabile o contingente, che potrebbe indurla a determinazioni eccessivamente gravose e dannose” (p. 123). Con quanto indicato nel testo, poi, siamo agli antipodi con quanto prevaleva all'epoca (De Stefano riporta l'opinione allora dominante) quando si sosteneva – lo si è visto poc'anzi nelle parole del Liebman – che nel processo esecutivo non potessero darsi “componimenti processuali” (*op. cit.*, p. 121).

¹⁰⁹ Per una applicazione del divieto di frazionamento dell'azione esecutiva, v. ad es. Cass., 9 aprile 2013 n. 8576 e conf., più di recente, Cass. n. 6513/2023 (“il creditore non può azionare più esecuzioni se il titolo esecutivo è unitario, risultando vietato frazionare il credito in più parti, se ciò determina un aggravio ingiustificato a carico del debitore”); circa il cumulo abusivo, v. la recente Cass., 20 novembre 2024, n. 30011, secondo cui il cumulo dei mezzi espropriativi è uno strumento consentito dall'ordinamento, tranne in caso di immotivato e abusivo ricorso agli strumenti processuali con finalità vessatorie del debitore e senza alcuna ragione a giustificazione della tutela del credito, onde la limitazione del cumulo a seguito dell'opposizione del debitore ha, quindi, carattere eccezionale, potendo essere disposta nel solo caso di abuso, ravvisabile quando il sacrificio del debitore, coinvolto in plurime procedure esecutive, non sia giustificato da un ragionevole interesse del creditore.

¹¹⁰ Anche A. CABRAL-F. DIDIER, *Procedural*, cit., p. 233-234, nell'affrontare le limitazioni convenzionali dei mezzi espropriativi, le ammettono nel diritto processuale brasiliano, pur se in assenza di una specifica disposizione di legge, aggiungendo (p. 234) che, a fronte di una simile pattuizione, il giudice dovrebbe dar preferenza e, solo in mancanza, adottare altro mezzo.

bene (art. 493 co. 2 c.p.c.)¹¹¹ e, se il caso ha, preso da solo, rilevanza pratica limitata¹¹², l'esperienza comparatistica se non altro può dimostrarne l'utilità quando i creditori, oltre a convergere sull'unico pignoramento, si accordino sin da lì, *pro futuro*, sul riparto, ovvero sul futuro *concursum* tra di loro¹¹³. Là dove ciò accada, e non par certo vietato per quanto non istituzionalmente previsto: è di nuovo sotto gli occhi di tutti come il modulo concordato – non è allora conclusivo ricondurlo agli atti “meramente preparatori”¹¹⁴ – produca una serie di effetti, ed altri ancora potrà produrre quando recepito dal g.e., ai sensi del combinato disposto degli artt. 497 e 177 co. 3 n. 1 c.p.c.

Ad un grado propriamente dispositivo si colloca il *topos* degli accordi che solo De Stefano, a suo tempo, isolava dagli altri, comunque con distinguo rispetto a quello che riteniamo noi adesso. Sono, difatti, a nostro avviso, “dispositivi” anche ed anzitutto gli accordi ammessi sull'assegnazione c.d. soddisfattiva. De Stefano, in proposito, restava nel limbo del carattere “particolare” di questa figura, senza riuscire a provarne con convinzione il carattere solo preparatorio, ma senza nemmeno riuscire ad accostarla agli accordi sul riparto¹¹⁵. L'assegnazione soddisfattiva, si dice, attua la responsabilità patrimoniale dell'esecutato in modo non dissimile dalla vendita forzata¹¹⁶. Nel modulo di cui all'art. 505 ss. c.p.c.¹¹⁷, non distante

¹¹¹ In uno agli artt. relativi alla riunione: 524 (espropriazione mobiliare), 550 (espropriazione presso terzi), 561 (espropriazione immobiliare).

¹¹² B. CAPPONI, voce *Pignoramento*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, spec. p. 16; A. BONSIGNORI, voce *Pignoramento*, in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1966, p. 79 ss., 80, illustrava la *ratio* della norma nella possibilità di dare al pignoramento un'estensione maggiore in vista di un integrale soddisfacimento di tutti i creditori.

¹¹³ A. CABRAL-F. DIDIER, *Procedural*, cit., p. 237, ammettono che più creditori si accordino tra loro per un ordine di preferenza nei pignoramenti nei confronti del comune debitore, per disciplinare il futuro riparto, ecc.: v. rife. in nota 67, anche alla opinione, nel diritto tedesco vigente, di W. Hau, enunciata relativamente alla § 876 ZPO.

¹¹⁴ G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 120.

¹¹⁵ V. spec. G. DE STEFANO, *Studi*, cit., dopo la distinzione posta (p. 120) ove colloca gli accordi sull'assegnazione tra quelli meramente preparatori, mentre più avanti, p. 125, pare raddrizzare il tiro, assegnando un “posto particolare”, sull'accordo circa l'assegnazione. De Stefano ne aveva già trattato in precedenza: G. DE STEFANO, voce *Assegnazione (nella esecuzione forzata)*, *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, p. 271 ss. In *Studi*, cit., p. 125-126, De Stefano, ancora, osserva, per negarne una valenza in qualche modo maggiore, che nella esecuzione per espropriazione, fra l'istanza concorde dei creditori e il provvedimento di assegnazione, prende posto il concorso, che “*alla resa dei conti può atteggiare assai diversamente le situazioni dei singoli aventi diritto*”. Prosegue, p. 126, che “*alla istanza di assegnazione, concordata tra i vari creditori, non può quindi riconoscersi efficacia negoziale, ove questa non si voglia concedere ad ogni atto di impulso del processo, a cominciare dalla domanda introduttiva del giudizio*” (sul che, attestava De Stefano, la dottrina era al tempo assai divisa), in quanto: “*che poi l'effetto soddisfattivo possa, o non, avverarsi, è privo di importanza, per la definizione del fenomeno, non potendosi la natura di esso fissare in funzione di frequenze variabili caso per caso*”. De Stefano ne conclude, *op. cit.*, p. 125, che questo accordo sfugge ad una natura negoziale, pur non essendo esso semplicemente preparatorio, né però successivo all'atto espropriativo come i riparti amichevoli, costituendo un “*ponte di passaggio fra i due tipi*”.

¹¹⁶ A. BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962, sin dalle premesse e spec. p. 11; conf. V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 113.

¹¹⁷ Cfr. art. 505, comma 2, per cui “se sono intervenuti altri creditori, l'assegnazione può essere chiesta a vantaggio di uno solo o di più, d'accordo fra tutti”.

quello dell'art. 553 c.p.c.¹¹⁸ – non rileva qui la circostanza del loro valore solo o in parte “programmatico”¹¹⁹ –, gli effetti del trasferimento della proprietà, come pure della liberazione dei gravami, si producono direttamente¹²⁰. L'assegnazione-satisfattiva concordata è peraltro posta potenzialmente alla fine dell'*iter* procedimentale, atto conclusivo della relativa fase¹²¹ – mancando l'eventuale conguaglio degli altri creditori, là dove presente, per completare la distribuzione –, sicché il rilievo che il consenso dei vari soggetti coinvolti (assieme agli altri presupposti di legge che compete al giudice verificare: v. ad es. art. 506 c.p.c.¹²²) può produrre si mostra con chiarezza, solo a considerare che del provvedimento di assegnazione, che si dice normalmente irrevocabile e immodificabile, si ammette l'impugnazione ex art. 617 c.p.c., e talora finanche eccezionalmente la revoca dello stesso giudice, proprio per difetto di consenso¹²³.

¹¹⁸ Nella espropriazione presso terzi, v. art. 553 co. 2: “se le somme dovute dal terzo sono esigibili in termine maggiore, o si tratta di censi o di rendite perpetue o temporanee, e i creditori non ne chiedono d'accordo l'assegnazione, si applicano le regole richiamate nell'articolo precedente per la vendita di cose mobili”.

¹¹⁹ Così, S. SATTÀ, *Commentario*, cit., p. 201, ove mette in luce come l'assegnazione sia in realtà regolata nello specifico, per le varie forme di espropriazione, da separate disposizioni.

¹²⁰ *Ex multis*, ancora, A. BONSIGNORI, *Assegnazione*, cit., 59 ss., p. 71-72, 81, quest'ultimo elencando, oltre al trasferimento della titolarità, la contestuale purgazione di tutti i vincoli di garanzia esistenti sul bene, l'estinzione del diritto di credito dell'assegnatario nella misura del valore attribuito al bene assegnato. Come rileva V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 113-114, per la assegnazione come per la vendita, vale il principio dell'efficacia derivativa con ogni conseguente corollario, se oggetto dell'assegnazione è un immobile si applica l'art. 2927 c.c., ecc.

¹²¹ Per la impugnabilità con opposizione agli atti, cfr. peraltro già G. DE STEFANO, *Assegnazione*, cit., p. 275, ed ivi riff. conformi; in giurisprudenza, prevale senz'altro la corretta riconduzione dell'impugnazione *de quo* nell'alveo dell'art. 617 c.p.c. (es. Cass. nn. 5510/2003; 4491/2003; 6331/1999; 9577/1997; 7166/1997; 10626/1995).

¹²² V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 116.

¹²³ Per l'affermazione per cui l'assegnazione satisfattiva, in via di principio, presuppone il consenso di tutti i creditori e non solo di quelli muniti di titolo esecutivo v. ancora A. BONSIGNORI, *Assegnazione*, cit., p. 26-30, che richiede l'atto personale della parte o del mandatario speciale (il consenso potendo omettersi ove l'assegnazione sia parziale ed il resto dei beni espropriati basti a soddisfare integralmente i restanti creditori; ovvero quando l'istante vanti priorità rispetto agli altri, in deroga – ove ammesso ex art. 2741 c.c. – alla altrimenti applicabile regola della *par condicio*, che pure ispira a monte la legittimazione all'istanza: così ancora, diffusamente, A. BONSIGNORI, *loc. ult. cit.*; consenso da prestarsi specificatamente sul bene, sul valore, il conguaglio, ecc., ma ricavabile pure dal tacito assenso all'istanza di assegnazione (così anche G. DE STEFANO, *Assegnazione*, cit., p. 275). In giurisprudenza, come anticipato nel testo, si ammette la opposizione agli atti esecutivi, per difetto di consenso, dei creditori concorrenti (v. la da tutti citata Cass. 3 marzo 1971, n. 546, che esclude la legittimazione del debitore, non in assoluto, ma ritenendo non dedotto un interesse di cui egli fosse portatore in quanto soggetto passivo della esecuzione, argomentando poi, qui con rilievo in apparenza generale, che “la violazione dell'art. 505 c.p.c., il quale, dettato nell'interesse esclusivo dei creditori, prescrive che l'assegnazione dei beni pignorati ad uno o più creditori procedenti o intervenuti può esser fatta soltanto se vi sia l'accordo di tutti, non legittima all'opposizione il debitore esecutato, prevedendo la legge che egli possa perdere il proprio diritto sui beni oggetto dell'esecuzione a seguito di un provvedimento di assegnazione anche nell'ipotesi di unico creditore procedente”). Di recente, Trib. Brindisi, 10 dicembre 2023, in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, ha ritenuto in motivazione che “diversamente da altre opinioni espresse al riguardo, si deve ritenere che il consenso possa anche non avere un oggetto specifico e circostanziato, potendo essere espresso anche in termini di mera adesione all'attribuzione del bene allo o agli istanti. Laddove l'assegnazione sia pronunciata in mancanza di tale consenso, venendo in rilievo un vizio procedurale - peraltro, non meramente formale - l'interessato è legittimato all'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 del c.p.c.”.

“Dispositivi” del processo sono a più forte ragione tutti gli accordi di riparto amichevole/concordato (artt. 541-542¹²⁴; 598¹²⁵): atteso che, quale che la ricostruzione teorica di essi – anche qui scontatamente riecheggia il distinguo, che non ci ha appassionato, atto complesso/congiunto, c.d. *Gesamakt*, accordo o contratto¹²⁶ –, in tutti, accomunabili entro un analogo modello¹²⁷, si ha sempre risoluzione della controversia sul c.d. *Teilungsplan*¹²⁸ e il ruolo del giudice in punto di approvazione può pure, forse, ritenersi variabile a seconda dei casi¹²⁹, ma non manca di essere di controllo – semmai volto a verificare la

¹²⁴ Dal cui combinato disposto, circa la distribuzione “amichevole”, si ricava che (secondo la prima norma), “se i creditori concorrenti chiedono la distribuzione della somma ricavata secondo un piano concordato, il giudice dell’esecuzione, sentito il debitore, provvede in conformità” e che (art. 542 in apertura), solo se “i creditori non raggiungono l’accordo di cui all’articolo precedente o il giudice dell’esecuzione non l’approva”, si procede a distribuzione giudiziale.

¹²⁵ Ove è previsto che “se il progetto è approvato o si raggiunge l’accordo tra tutte le parti, se ne dà atto nel processo verbale e il professionista delegato a norma dell’articolo 591-bis o il giudice dell’esecuzione nell’ipotesi di cui all’articolo 596, quarto comma, ordina il pagamento agli aventi diritto delle singole quote entro sette giorni” e poi che “se vengono sollevate contestazioni innanzi al professionista delegato, questi ne dà conto nel processo verbale e rimette gli atti al giudice dell’esecuzione, il quale provvede ai sensi dell’articolo 512”.

¹²⁶ Cfr. G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 126 e rife. alle note (sulla cui opinione si è già detto *retro*), ove riconosce maggior rilievo a questi accordi sul riparto, ma anche per essi conclude trattarsi di “mere intese”.

¹²⁷ G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 132, puntualizza che le formule degli artt. 541 e 598, sebbene non identiche nel lessico, debbano ritenersi sostanzialmente equivalenti (rife. ad opinioni di Canelutti, in nota 17).

¹²⁸ Complici senz’altro i dubbi, all’epoca irrisolti, intorno agli effetti preclusivi e alla stabilità o meno del riparto, e complice anche un certo modo di ragionare che diremmo aprioristicamente categorizzante, G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 132 ss. si dilungava a discernere l’approvazione dei piani distributivi a seconda dell’“atteggiamento” del debitore, e così affermava che il riparto potesse essere: “amichevole giudiziale”, se il debitore ha dato il proprio consenso; “non contenzioso”, se il consenso manchi ma non ci sia un esplicito dissenso; “contenzioso”, in caso di controversia in senso tecnico. Ancora, deviando rispetto a quanto in precedenza ritenuto (rife. alla nota che precede), l’a. rinveniva una differenza tra riparto nella espropriazione mobiliare e in quella immobiliare, in ciò che, nella prima l’inerzia del debitore impone al giudice di predisporre un “suo” riparto, diverso (anche se nulla impedisce che sia uguale) a quello assentito dai creditori, nella seconda l’inerzia del debitore importa approvazione del progetto predisposto dal giudice. Di seguito, dando per dibattuto all’epoca se il debitore dovesse accettare o meno il riparto concordato fra creditori, G. DE STEFANO, *op. cit.*, p. 133, ricordava doversi distinguere tra opposizione e semplice osservazione, quest’ultima tipica del processo esecutivo e che non dà luogo ad una vera e propria controversia. Proseguendo oltre, l’a. (p. 135) si domandava se la possibilità di riparto amichevole potesse darsi (consegno tacito essenzialmente, o frutto di mere osservazioni) anche per la espropriazione immobiliare, concludendo positivamente; per l’uno e per l’altro accordo “amichevole”, negava ogni assimilazione al c.d. “componimento giudiziale”; circa la approvazione del giudice, richiamata alla lettera solo per la espropriazione mobiliare dall’art. 542, l’a. (*op. cit.*, p. 136) sosteneva doversi far applicazione anche per la immobiliare: “non vi è nessuna ragione per escludere che il giudice possa e debba anche qui esercitare un controllo almeno simile a quello che si applica ai riparti in materia mobiliare”. Dalla necessità di approvazione giudiziale, De Stefano aveva poco prima desunto (*op. cit.*, p. 131) che l’accordo di riparto in nessun caso costituisce immediatamente l’atto finale, che è l’attribuzione definitiva delle quote spettanti ai creditori concorrenti sulla somma che rappresenta il ricavato, la quale attribuzione è in potere del solo giudice. Dava comunque conto l’a. (*op. cit.*, p. 131-132 e nota 16) dello stato già allora differente della dottrina tedesca, citando in punto, come rammentato di sopra, J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., spec. p. 458, che aveva ritenuto l’accordo sul riparto una vera e propria convenzione (*Vereinbarung*) e non già semplice incontro di intese risultante in atto complesso, poiché risolutivo della lite in ordine al *Teilungsplan*.

¹²⁹ V. ancora G. DE STEFANO, *Studi*, cit., oltre ai rife. alle note che precedono, p. 146 ss., ove si addentra nella natura delle controversie distributive ex art. 512, di cui riconosce i caratteri di lite da decidersi a cognizione piena, idonea al giudicato, p. 150 (e definibile con componimento giudiziale che, in tale caso soltanto, acquisterebbe vocazione di definitività), che tiene

conformità/sufficienza ai fini delle spese “di procedura”, uno dei possibili fattori “terzi” rispetto all’accordo¹³⁰ – quando tutti i creditori e il debitore abbiano assentito. Se il più comprende il meno: è magari ozioso precisare che, come anche soltanto sulle rinunce viste di sopra, pure per questi accordi la migliore dottrina che se ne è occupata ha sempre predicato moduli eliminativi ove rilevanti vizi del volere – ch  del resto l’efficacia finale degli uni stenta a distinguersi da quella degli altri¹³¹ –, trattandosi di casi in cui la volont     sempre un requisito di validit  ¹³² e, in particolare, ancora una volta, quella degli effetti   rilevante¹³³. Questa conclusione, per gli accordi distributivi,   finanche avvalorata dalla stabilit   oramai

tuttavia distinta, con richiami pure (p. 148-149) a dottrina francese sui c.d. *ordre amiable*, *ordre judiciaire* oppure *ordre   l’audience*, dal riparto “non contenzioso”, “amichevole o giudiziale che sia”, ove non vi   (sarebbe) “alcuna situazione di incertezza, tale da giustificare lo spiegamento di una attivit   giurisdizionale, di natura cognitiva, anche se minore, ma solo un problema pratico, non giuridicamente qualificato”.

¹³⁰ Per G. DE STEFANO, *Studi*, p. 136-137, il controllo, di “pura legittimit  ”, doveva riferirsi (meglio che “limitarsi”), “all’esame dei requisiti formali dell’atto, della capacit   delle parti, del riguardo alle varie cause di prelazione, della compresenza di tutti gli interessati ...”. Si cfr. G. WAGNER, *Proze vertr ge*, cit., p. 755, ove prende gli accordi sul riparto come emblematici del ruolo che l’autonomia privata gioca nel processo esecutivo, utili a confutare la posizione storicamente espressa in un arresto giurisprudenziale ostile alla autonomia dei privati nell’esecuzione, dello *Reichtsggericht* (riff. in nota 230), l  dove aveva dato per assunto “da  die Zwangsvollstreckung, wie sie in der Zivilproze ordnung geregelt ist, Staatst tigkeit ist, und deshalb in allen ihren Teilen ausschlie lich dem  ffentlichen Recht angeh rt” gefolgert hat: „Durch Parteivereinbarung in diese Regelung einzugreifen, ist unstatthaft; denn die Voraussetzungen und die Grenzen der Zwangsvollstreckung sind begrifflich den Abmachungen der Parteien entzogen” (in nostra informale traduzione: “l’esecuzione forzata, cos  come   disciplinata nel c.p.c.,   un’attivit   statale e appartiene in tutte le sue parti esclusivamente al diritto pubblico”, sicch : “intervenire in tale disciplina mediante accordo tra le parti non   lecito; infatti, le condizioni e i limiti dell’esecuzione forzata sono, per loro stessa natura, sottratti alle intese tra le parti”).

¹³¹ Osserva giustamente G. FANELLI, *Accordi*, cit., p. 273, che i provvedimenti che omologano i riparti hanno la stessa efficacia sia se basati sull’accordo, sia se il progetto l’abbia definito il giudice (o suo delegato).

¹³² Cos  sostanzialmente opinava anche G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 156-157, quando ammetteva il ritiro delle “dichiarazioni” prima della emissione del provvedimento ma soprattutto quando affermava, per un verso, che “il problema della loro impugnabilit   si trasferisce sul provvedimento di cui esse rappresentano il presupposto” e, per altro verso, che l’approvazione del giudice, p. 157, per quanto “ristretta alla mera legittimit   dell’atto, resta pur sempre condizionata a un valido consenso”, valorizzando a tale ultimo proposito il caso che vi fossero errore o addirittura dolo, mentre dichiarava “improbabile” che l’accordo fosse viziato da violenza (“e comunque il trattamento di questo caso non dovrebbe essere diverso”).

¹³³ In tempi “moderni”, sono tradizionali i riferimenti alle autorevoli voci, *inter alia*, di R. ORIANI, voce *Nullit   degli atti processuali*, in *Enc. giur.*, XXI, 1990, spec. 6, ove l’enfasi posta sul modulo eliminativo degli effetti dell’atto nella serie procedimentale, riproponibile “ogniquale volta la volont   degli effetti sia rilevante, sia nel processo di cognizione che nel processo di esecuzione, dove anzi il rimedio   costituito dall’opposizione agli atti esecutivi”, facendo l’esempio della opposizione proposta avverso la offerta di acquisto di un quadro, non trattandosi di un’opere del Raffaello come creduto e come derivante dalla perizia (l’es. di Oriani trae da Cass. 19 gennaio 1965, n. 102, in *Foro It.*, 1965, c. 810); nonch  in passato, esattamente nell’ambito che a noi interessa, A. BONSIGNORI, *Assegnazione*, cit., p. 55 in generale e 310 nello specifico, ove rammenta come il rilievo in casi dati di vizi del consenso   conforme alla generale impugnativa riconoscibile ogni qualvolta manchi la volontariet  , per poi esaminare il caso di vizio della volont   nell’accordo di riparto, ammettendone in via derogativa – ancorch  atto processuale e perci  in linea di massima sottratto ad una simile indagine – la impugnabilit   tramite opposizione agli atti. In senso generale, poi, si richiama per l’ennesima volta quanto riportato da G. Bongiorno, voce *Accordo*, spec. 3, ove alla lettera, tolti i riferimenti alle specifiche pronunce, l’avvertimento che l’accordo, “perch  possa spiegare gli effetti voluti dalle parti, deve risultare in maniera chiara ed esplicita, in modo che il giudice possa prendere atto che su quel determinato aspetto processuale della lite le parti hanno raggiunto un’intesa ...”.

prevalentemente attribuita alla fase di distribuzione del ricavato¹³⁴ e ciò anche, avvalendosi dei risultati della migliore speculazione teorica, per il debitore, *pars* peculiare e mutevole, tirando le fila di quanto si è visto, di questi nostri accordi esecutivi¹³⁵. L'elemento, come si sa, è stato negli anni non indiscusso. De Stefano¹³⁶ ne scriveva in un tempo in cui, tolto il destro offerto da Redenti, Cernelutti e pochi altri che erano (ma non del tutto) per la negativa di azioni di ripetizione dopo il riparto, essenzialmente per il concetto di preclusione *pro iudicato*¹³⁷, correvano più dubbi che certezze e queste, in un modo o nell'altro, rimpallando sugli eccessi qualificatori del tempo – con le dovute eccezioni da tenere presenti ancora oggi¹³⁸ – si risolsero

¹³⁴ In dottrina, v. per un attento riepilogo e la spiegazione della tesi oggi prevalente, M. P. FUJANO, *La stabilità del riparto esecutivo. Contributo allo studio della distribuzione del ricavato nella espropriazione singolare e concorsuale*, Bari, 2020, *passim* e spec. – dopo il riepilogo in chiave storica – p. 329 ss.; incline alla “stabilità”, anche E. MERLIN, *Le controversie distributive*, in Aa.Vv., in *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, II, p. 149; cfr. poi pure S. VINCRE, *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato*, Padova, 2010, p. 224 ss. e, nella manualistica, v. B. CAPPONI, *Diritto*, cit., p. 325 ss. In giurisprudenza, v. ad es., tra le tante, in punto di intangibilità della concreta ed effettiva attribuzione delle somme ricavate, Cass. 8 giugno 2021, n. 15963; Cass. 24 ottobre 2018, n. 26927; Cass. 31 ottobre 2014, n. 23182; Cass. 30 novembre 2005, n. 26078; Cass. 8 maggio 2003, n. 7036, ecc.

¹³⁵ Cfr. per tutti B. CAPPONI, *Diritto*, cit., p. 305, là dove, circa la distribuzione concordata, rileva la potenziale presenza di un residuo, il che denota l'interesse del debitore all'accordo; dello stesso a. v. prima B. CAPPONI, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 1990, spec. p. 195 ss. Diversamente, per G. FANELLI, *Accordi*, cit., p. 275, il debitore non è parte dell'accordo sulla distribuzione amichevole, ma – dovendo essere sentito – ha diritto di esprimere le proprie considerazioni.

¹³⁶ Cfr. G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 141 ss. (“*gli effetti processuali degli accordi di ripartizione amichevole si risolvono, assai semplicemente, per il tramite del provvedimento che li approva, nella preclusione di ulteriori intese e nel conferimento della stabilità alla conseguita attribuzione delle rispettive quote-parti*”), interrogandosi poi circa il vincolo in altri processi e citando al riguardo, p. 142, l'insegnamento di Redenti (cui De Stefano infine aderisce: v. *op. cit.*, p. 156) per cui il riparto è assistito da una preclusione *pro iudicato*, “*per la stabilità degli effetti della esecuzione*”, pur non estendendo la sua efficacia fuori dall'ambito del procedimento in corso, “*salvo a far sorgere de facto contro il debitore una semplice presunzione hominis*”. L'a. analizza sul punto le opinioni dell'Andrioli e del Garbagnati, si domanda se l'accordo amichevole non possa comunque costituire un accertamento negoziale come aveva suggerito il primo, negandolo per la non necessità, se non altro non sempre, dell'assenso del debitore. De Stefano concludeva allora ribadendo, *op. cit.*, p. 154, che “*la funzione dell'accordo genuino di ripartizione consiste nella soluzione d'un mero problema pratico e di calcolo*”.

¹³⁷ Tra le decisioni riportate alla precedente nota 134, impiega ad es. il concetto di preclusione *pro iudicato* Cass. 24 ottobre 2018, n. 26927. In seguito, v. anche Cass. 13 febbraio 2019, n. 4263: “*deve ritenersi che anche dopo la riforma del 2009 (in conseguenza della quale le controversie distributive, ex art. 512 c.p.c., anche quando assunte con sentenza ai sensi dell'art. 618 c.p.c., hanno valenza endoprocedimentale), possa riconoscersi al progetto di distribuzione una stabilità rispetto ai soggetti che hanno preso parte alla procedura esecutiva per cui è precluso loro agire in giudizio, al di fuori dell'opposizione distributiva, per ottenere una pronuncia che faccia venir meno la validità, o l'efficacia, del progetto stesso. Ciò non perché la stabilità del progetto esecutivo e del provvedimento definitivo di distribuzione del ricavato siano da assimilare ad un accertamento definitivo, quanto piuttosto perché essi scaturiscono dal concetto di preclusione, più ampio di quello del giudicato, ovvero dal non essersi attivato il debitore (e neppure il creditore, e lo stesso aggiudicatario) durante l'esecuzione e con gli strumenti consentiti dalla procedura per arrivare ad una diversa definizione del suo debito, ovvero con le opposizioni esecutive o con la controversia distributiva ex art. 512 c.p.c.*”.

¹³⁸ Per la limitazione ai soli casi di esecuzioni fondate su titoli giudiziali definitivi, con distinguo per quelli stragiudiziali, Cass. 18 agosto 2011, n. 17371; per altre differenze in ordine alla interrelazione con le opposizioni, sospesa o meno l'esecuzione e quindi il riparto, la stessa già citata Cass. 26927/2018.

in irrimediabili qualificazioni scontistiche “al ribasso” anche, per quanto ci serve, della valenza dei nostri accordi.

Proseguendo nella rassegna, per avviarla alla fine: anche nella sede esecutiva accade che accordi in tutto e per tutto sostanziali prendano rilievo, dovendo però incastonarsi nell’*iter* e nelle esigenze che lo stesso mette in gioco (altrimenti detto, il processo finisce per “contaminarli”): è il caso dell’accollo del debito da parte dell’aggiudicatario-assegnatario, in virtù di accordo col creditore assistito da causa legittima di prelazione, pegno od ipoteca, regolato dall’art. 508 c.p.c.¹³⁹ e, per la sede in cui si versa, e gli effetti processuali che ne discendono¹⁴⁰, da autorizzare e ove del caso parzialmente eseguire ad iniziativa del giudice. Analogamente, come in ogni altro giudizio intorno al bene comune, è a dirsi per l’accordo di divisione c.d. endo-esecutiva che può aver luogo nel contesto della espropriazione di beni indivisi (art. 601 c.p.c.).

In ultimo (*but not least*: anzi, di altissima efficacia proprio con riguardo all’istituto della vendita diretta su cui torneremo poco dopo): risponde ad esigenze e logiche di diritto sostanziale la previsione di “contemperamento” dell’art. 2741 c.c.¹⁴¹, che al comma 3 si riferisce al caso della “partecipazione non trasferibile”, per il quale “compulsa” l’accordo trilatero (o almeno il tentativo di) tra società, debitore e creditore in ordine alla vendita della quota di s.r.l. pignorata (che altrimenti andrà all’incanto); finanche aggiungendo che, tuttavia, la vendita resterà priva di effetto “se, entro dieci giorni dall’aggiudicazione, la società presenta un altro acquirente che offra lo stesso prezzo”. È quest’ultimo un istituto, antecedente pur settoriale di vendita diretta, che l’autorevole penna del Bonsignori, a dispetto delle ragioni che lo ispirano, tutte come detto ricavabili dal diritto delle società (non sempre ma neppure di rado l’*intuitus personae* che la limitazione alla trasferibilità ispira), motivatamente e convincentemente

¹³⁹ In coordinamento con l’art. 585 c.p.c.; conf. nell’escludere dal novero degli accordi nell’esecuzione quello, sostanziale, dell’art. 508, G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 121, che lo definisce come una convenzione tipicamente privatistica, un accollo *ex art.* 1273 c.c., come rilevato già da S. SATTA, *L’esecuzione forzata*, Torino, 1951, p. 131 e dopo *Id.*, in *Commentario*, cit., 205. Di tale accordo, non si considera parte il debitore, atteso che la sua liberazione consegue sempre e necessariamente dallo stesso (così anche, da ultimo, Cass. n. 24885/2023, che vi affianca il corrispondente effetto di soddisfazione del creditore garantito), trattandosi dunque di rinuncia unilaterale in suo favore: V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 118 e, negandosi la derogabilità di tale effetto, ossia la facoltà di stipulare un accordo che sia non liberatorio del debitore, per A. BONSIGNORI, *Assegnazione*, cit., p. 66.

¹⁴⁰ L’accordo costituisce un limite al potere-dovere del giudice di ordinare, come dispone l’art. 586, la cancellazione delle iscrizioni ipotecarie (G. DE STEFANO, *Studi*, cit., p. 121); inoltre, da esso discende, oltre alla già citata liberazione del debitore esecutato, la conseguenza che l’aggiudicatario-assegnatario non pagherà in tutto od in parte il prezzo offerto, ma lo farà in sede privata secondo gli accordi presi con il creditore garantito.

¹⁴¹ Sull’istituto, senza pretese di completezza, A. BONSIGNORI, *Espropriazione della quota della società a responsabilità limitata*, Milano, 1961, spec. p. 134 ss. nonché E. GRASSO, *L’espropriazione della quota*, Milano, 1957, p. 165 ss., spec. 254 ss.; entrambi gli studi relativi al testo dell’art. 2480 c.c. previgente, immutata peraltro la formulazione rispetto all’attuale art. 2471 co. 3 c.c.

riconduceva entro l'alveo della vendita forzata, del trasferimento coattivo¹⁴². Bonsignori, poi, metteva in luce come: *in primis*, dell'accordo è parte anche il debitore, interessato difatti in quel caso alla determinazione del prezzo "per la precisazione del quale ammontare egli nutre rilevanti interessi"¹⁴³; *in secundis*, che la volontà espressa dai vari soggetti che ne sono parti deve rilevare, volta integrata nell'accordo, assoggettandolo a controllo per eventuali vizi del c.d. "in idem placitum consensus" tramite opposizione agli atti ex art. 617 c.p.c., ma questo pur sempre prima che fosse (sia) fatta la vendita¹⁴⁴.

3. Breviter sulla collocazione della vendita diretta concordata nel quadro sopra delineato, e sui successivi snodi procedurali, in presenza od in mancanza di assenso.

Tutto quanto sopra precisato, occorre ora chiedersi, tornando alla vendita diretta concordata, dove si collochi l'accordo che si forma per il perfezionarsi della successione di atti i) offerta del terzo ammissibile-ii) istanza del debitore che la contiene-iii) assenso tacito od espresso dei creditori interessati (comunque documentato e verificato, come normalmente accade, dinanzi all'ufficio del g.e.¹⁴⁵): difatti, stando alle due norme regolatrici della vendita diretta, si è già anticipato che, se i creditori omettono di opporsi entro l'udienza ex art. 569, danno luogo alla formazione di un accordo, di cui il giudice prende atto, talché "aggiudica l'immobile all'offerente" (comma 4; e di qui "si applicano il sesto, settimo, ottavo, nono e decimo comma", su cui *amplius* anche *infra*, tra i quali il n. 8, in caso di tempestivo deposito del prezzo, demanda al giudice di disporre la vendita con decreto, ex art. 569 co. 3, di "trasferimento").

Richiedendosi il consenso unanime dei soggetti interessati, al singolo creditore titolato od intervenuto¹⁴⁶, come nella logica generale dell'accordo e nello schema difatti ricorrente nel p.e. ora in illustrazione¹⁴⁷, è attribuito un vero e proprio diritto di veto alla aggiudicazione

¹⁴² A. BONSIGNORI, *Espropriazione*, cit., p. 138 ss. e ancora spec. p. 142-146 dove confuta(va) con efficacia l'idea, avanzata, che la vendita di che trattasi potesse(possa) ritenersi privatistica.

¹⁴³ *Recte*, del secondo negozio costituente l'accordo: atteso che A. Bonsignori, *Espropriazione*, cit., p. 148, aderì alla tesi del Bigiavi, per cui al primo accordo, riguardante la scelta del soggetto a favore del quale dovrà operarsi il trasferimento, non partecipa il debitore, non avendo "interesse alcuno a che la sua quota sia venduta a Tizio piuttosto che a Caio".

¹⁴⁴ A. BONSIGNORI, *Espropriazione*, cit., spec. p. 156 per la conclusione di cui al testo: "non mi pare azzardato concludere che l'accordo sulla vendita amichevole può essere sottoposto ad impugnazione per eventuali vizi del in idem placitum consensus manifestato dalle parti quando addivennero ad esso", soffermandosi poi sul limite dell'art. 2929 c.c.: "se l'accordo ex art. 2480 c.c. è affetto da vizi del consenso, qualsiasi parte del processo, purché, ben s'intende, non vi abbia dato causa, potrà agire con l'opposizione agli atti esecutivi nei cinque giorni di cui all'art. 617 c.p.c.", ma "una volta sopravvenuta la vendita o l'assegnazione, opererà la preclusione dell'art. 2929 c.c. ... e si potrà soltanto agire o nelle ipotesi di inesistenza del negozio oppure nel caso di collusione dell'aggiudicatario con il creditore procedente".

¹⁴⁵ V. anche A. BONSIGNORI, *Espropriazione*, cit., p. 152, per l'affermazione per cui l'accordo "deve avvenire davanti all'ufficio esecutivo".

¹⁴⁶ Così pure A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 4.2.

¹⁴⁷ Nell'ambito da lui indagato, A. BONSIGNORI, *Espropriazione*, cit., p. 151, nel silenzio della legge riteneva parti dell'accordo i creditori, precedente ed intervenuti purché muniti di titolo (avendo il creditore sprovvisto soltanto diritto di concorrere alla

all'offerente¹⁴⁸. L'opposizione di uno solo (quinto comma: anche come ovvio non motivata trattandosi di assenso, e da proporsi senza formalità, anche oralmente all'udienza, purché sia esplicita¹⁴⁹, e, (discutibilmente) si direbbe, senza che serva atto personale del creditore bastando la procura al difensore¹⁵⁰) fa sì che il giudice debba attivare la vendita competitiva disciplinata dal medesimo quarto comma, e dai successivi¹⁵¹, che fa luogo di quella ordinaria¹⁵²: disponendo pubblicità dell'offerta, termine per le altre offerte, udienza per la deliberazione, il tutto con eventuali modalità, di preferenza e rimesse al giudice nella determinazione, telematiche (comma 5 nn. 1-4; con riferimento a queste tecniche, da scegliersi quale regola, "salvo che sia pregiudizievole per gli interessi dei creditori o per il sollecito svolgimento della procedura").

Ora, svolgendo l'obiettivo: si è osservato genericamente che all'assenso farebbe seguito l'applicazione di una modalità procedimentale "semplificata"¹⁵³. Non è revocabile in dubbio, ad una osservazione tuttora superficiale, l'effetto semplificatorio e al contempo acceleratorio dello strumento: l'accordo sulla vendita elimina la fase della vendita competitiva ed ovviamente preclude (come lo avrebbe fatto però la partecipazione silente all'udienza di vendita ex art. 569 c.p.c.) opposizioni concernenti la fase precedente.

Procedendo oltre, con qualche tecnicismo in più: l'accordo di che trattasi nella disciplina data è atto processuale, o se si vuole accordo processuale che vive nel regime e nel mondo del processo¹⁵⁴ – quantunque costituisca il presupposto per la successiva vendita, di lì a poco, e

distribuzione del ricavato), corroborando la necessità di consenso unanime dei titolari con richiamo delle fattispecie espresse di cui agli artt. 505, 541 e 598.

¹⁴⁸ E. SARESINI, *Una delle novità*, cit., p. 2, dove ricorda che, se i creditori sono in numero maggiore di uno, l'opposizione di uno di loro sarà sufficiente ad impedire la vendita diretta. Di potere di veto discorre A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 4.2.

¹⁴⁹ A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 4.2, che rinforza l'idea che il silenzio non ha valenza di rifiuto.

¹⁵⁰ Conf. E. SARESINI, *Una delle novità*, cit., p. 2, dove definisce l'opposizione un atto di manifestazione di volontà facoltativo e potestativo dei creditori.

¹⁵¹ Modalità procedimentale "articolata", in contrapposizione a quella "semplificata" discendente dal contegno assentivo, per A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 4.2.

¹⁵² Ricorda A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 5.2, che il provvedimento così emesso dal giudice "apre la fase di liquidazione giudiziale" sostituendo "a tutti gli effetti la comune ordinanza di vendita o di delega al professionista".

¹⁵³ A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 4.2.

¹⁵⁴ Cfr. ancora A. BONSIGNORI, *Espropriazione*, cit., p. 153, ove l'a. richiamava le diverse nozioni di atto processuale, tra cui quella, che si doveva a Carnelutti – di cui B. cita tanto le Lezioni tanto il Sistema tanto le Istituzioni (riff. in nota 294) di atto che ha per "effetto il mutamento di una situazione processuale", che aveva il pregio per B. "di non essere legata al concetto di rapporto processuale, già criticato a sufficienza di per sé". Aderisce poi alla visione che qualifica atto processuale quella, riferita in quella sede a Satta, di atto regolato da una norma processuale, perciò a prescindere dalla sede di compimento. Prosegue A. BONSIGNORI, *op. cit.*, p. 154-155, osservando l'esattezza della opinione che l'accordo sulla vendita forzata sia un atto processuale, non un negozio (richiami a conferma, tra gli altri, in nota 298, a V. DENTI, *Note sui vizi della volontà*, Pavia, 1959, p. 78-83), poiché idoneo a produrre il successivo trasferimento coattivo, senza necessità di combinarsi con altri fatti nella fattispecie alla cui perfezione consegue il verificarsi dell'effetto processuale, come, invece, dovrebbe accadere "se si trattasse di negozio sostanziale con mera rilevanza processuale, come il compromesso o l'acquiescenza".

quindi preluda alla fattispecie complessa, o come preferiamo dire di natura “doppia”¹⁵⁵, della vendita forzata –; dimensioni intersecantesi l’una con l’altra avrebbe detto Cerino Canova¹⁵⁶. Costituendo una circostanza impeditiva dell’incanto forzato, l’accordo imprime *ex lege*, se al ricorrere delle condizioni di ammissibilità, “normativamente” con Allorio, un corso speciale al processo di espropriazione, che si impone al giudice¹⁵⁷, stabilendo una vendita diretta diversa da quella all’incanto, tuttavia integrante, come la seconda, comunque un trasferimento coattivo. A fronte di esso, non vi è spazio valutativo per il giudice (che deve solo presiedere alla verifica delle condizioni di ammissibilità in tal modo esauendo il rispettivo dovere di verifica officiosa), per negare altrimenti le conseguenze (“dispone l’aggiudicazione ...”) così ricollegate all’incontro dei consensi, che pure però andranno verificati. Codesto atto/accordo, però, diretto e normativo, non già mera tecnica incidente su una “misura di amministrazione giudiziaria”, è posto alla fine della fase o serie di rilievo: talché, essenzialmente per questo, e solo in parte concordando nelle ragioni con la migliore dottrina che se ne è occupata¹⁵⁸, l’eventuale vizio del consenso dell’aderente – come è più evidente in caso di sua mancanza – dovrebbe poter essere fatto valere mediante opposizione. Non manca, come abbondantemente visto finora, l’avallo pratico, anche se non sempre contraddistinto da piena *awareness*, della giurisprudenza applicata per, ad es., gli accordi di assegnazione o sui riparti. Il mezzo non potrà che essere, lì come qui, quello ammesso nella serie procedimentale in cui si versa: *id est*, l’ordinanza di aggiudicazione basata sull’accordo sarà impugnabile *ex art.*

¹⁵⁵ Per l’espressione, v. F. MAZZARELLA, *Vendita*, cit., p. 552 ss., anche per richiami alle tesi privatistica e pubblicistica, ed alla storia della loro evoluzione (per l’esito che “alla vendita forzata si applica, a volte, la disciplina della vendita, a volte, quella del processo ... L’elettismo, o, se si vuole, la doppia natura, è quindi la connotazione più appariscente di un istituto che, se si richiama alla vendita, per quanto concerne gli effetti (scambio di una cosa contro prezzo), si realizza, tuttavia, nell’ambito di un procedimento giurisdizionale, dal quale ne è segnato, non meno di quanto contribuisce a conformare”).

¹⁵⁶ A. CERINO CANOVA, *Offerte dopo l’incanto*, Padova, 1975, p. 105 ss.

¹⁵⁷ Così anche A. BONSIGNORI, *Espropriazione*, cit., p. 141 per la vendita diretta ed assentita della quota pignorata di s.r.l.

¹⁵⁸ Per A. BONSIGNORI, *Espropriazione*, cit., p. 155, del pari doveva ritenersi assoggettabile l’accordo “ad un’indagine sui vizi della volontà, nelle forme dell’opposizione agli atti esecutivi”, dichiaratamente discostandosi dalla “dottrina che accomuna atti del processo esecutivo e atti del giudizio di cognizione nella valutazione della nullità come potere di eccepire la nullità medesima, affinché si faccia luogo alla absolutio ab instantia”, con principale richiamo agli studi di Denti, cui Bonsignori ascrive il rilievo della generale irrilevanza della volontarietà negli atti processuali di parte perché l’atto a cui mancasse non cesserebbe di produrre l’effetto che gli è proprio nella serie, ossia la costituzione del “dovere dell’organo giurisdizionale di decidere la controversia” (così aveva opinato V. DENTI, in *Note*, cit., 65 ss. e spec. 72, salvo comunque ammettere l’eccezione della parte interessata e salvo completare la sua visione, tutt’altro che restia ad ammettere il controllo dei vizi del consenso, ammesso seppur meditatamente marginalizzato per cui v. pure V. DENTI, *Volontarietà e volontà nel trattamento degli atti processuali*, in *Id.*, *Dall’azione al giudicato*, Padova 1983, p. 181 ss., non ignota la nota teorica goldschmidtiana come si sa ben presente all’illustre processualista, sebbene da questo sviluppata ulteriormente, degli atti c.d. “causativi” o, che dir si voglia con lo stesso Denti, “propulsivi”). Da par suo, BONSIGNORI (*op. cit.*, p. 155-156) completava l’argomentazione elaborata ritenendo che essa dovesse valere a maggior ragione nel processo esecutivo, esistendo qui “potere di impugnativa del singolo atto viziato, già nel corso del procedimento”, ossia la opposizione agli atti. Denti, a tal proposito, distingueva peraltro il caso in cui vi fosse o non vi fosse il dovere decisorio del giudice, isolando, in *Volontarietà*, cit., p. 204 e nota 80, le rinunce, ove codesto dovere verrebbe meno, dovendosi con ciò ammettere il controllo di cui stiamo discutendo.

617¹⁵⁹, come pure gli atti successivi cui tale vizio si sia propagato, se la opposizione fosse stata oggettivamente/incolpevolmente impossibile prima¹⁶⁰, ma il tutto purché non oltre la vendita forzata, che scaturisce – salva l’ulteriore stabilizzazione possibile *ex post ex art. 187-bis* disp. att. c.p.c. – dal decreto di trasferimento, al quale fa capo il regime dell’art. 2929 c.c. (che non esclude la nullità che concerne direttamente la vendita e, per il resto), che solo fa salva la collusione che trova applicazione per le “nullità degli atti concernenti il segmento procedurale che va dall’udienza di autorizzazione a vendere al momento che la norma stessa indica come “vendita”¹⁶¹.

Tornando al procedimento: disposta l’aggiudicazione, in prima approssimazione possiamo dire che sui modi di farvi seguito il giudice “torna” titolare del dovere di farli rispettare, in punto di tempi e quant’altro, allo stesso modo in cui accade nel modello ordinario. Così, è il giudice a verificare il rispetto di tempi e modi fissati nei commi dal sesto al nono. A seguito dell’accordo e dunque dell’aggiudicazione al primo ed unico offerente “diretto”, vanno stabilite le modalità di versamento del prezzo, il termine che il comma quinto (richiamato per ambedue i casi sopra previsti), nonostante il riferimento all’art. 585 (e così all’art. 576), indica in novanta giorni dalla aggiudicazione¹⁶², al cui spirare – se non versato il prezzo – si dispone la vendita nei modi ordinari.

Sempre circa il termine: occorre ricordare che, per comune opinione, la stragrande maggioranza, pur se non tutti, dei termini risultanti dall’art. 576 sono considerati perentori;

¹⁵⁹ F. MAZZARELLA, *Vendita*, cit., p. 583 e ancora 584 per il rilievo che “Le nullità non impediscono dall’art. 2929 possono e devono essere fatte valere con l’opposizione agli atti esecutivi; che è rimedio esperibile anche da parte dei terzi offerenti, a riprova della loro sostanziale partecipazione al procedimento”.

¹⁶⁰ Per un riepilogo di tali regole di massima, v. ad es. Cass., 10 dicembre 2019, n. 32136: “dato un atto esecutivo nullo, chi intenda dolersene ha da impugnarlo a pena di decadenza nel termine previsto dall’art. 617 c.p.c., ed ove ciò non faccia, sarà vana l’impugnazione di eventuali atti susseguenti, che dal primo abbiano mutuato la nullità”; fa eccezione la “ignoranza incolpevole da parte dell’istante dell’esistenza dell’atto presupposto nullo”, e in tale unica ipotesi gli sarà consentito impugnare “beninteso tempestivamente” il primo atto susseguente del quale abbia avuto notizia. In altri termini, come già in Cass. n. 1141/1975, la nullità riflessa di qualsiasi atto dell’esecuzione forzata “non può essere fatta valere se non in sede di opposizione all’atto che ne è inficiato, ovvero, nel caso che tanto sia stato impossibile, in sede di opposizione all’atto immediatamente successivo”.

¹⁶¹ Per la comune opinione per cui, se l’aggiudicatario partecipa alla collusione, non può più essere considerato estraneo al procedimento, cfr. A. BARLETTA, *La stabilità della vendita forzata*, Napoli, 2002, p. 106; tra le decisioni, v. Cass., 10 febbraio 2015, n. 2472; Cass., 27 agosto 2014, n. 18312; nonché Cass. Sez. Un., n. 21110/2012). Si aggiunga che è frequente in giurisprudenza l’affermazione che l’art. 2929 presuppone che la vendita o l’assegnazione siano valide e non è quindi applicabile quando la nullità riguardi proprio la vendita stessa (v. ad es. Cass. nn. 3970/2004; 193/2003), sicché, in caso di accoglimento dell’opposizione, la revoca del decreto di trasferimento produce la retrocessione del bene e la restituzione del prezzo versato all’acquirente, perché l’art. 2929 c.c. non opera (*ex multis*, Cass., 21 ottobre 2022, n. 31255). Per un richiamo delle varie opinioni circa l’esatto momento di perfezionamento della vendita forzata, dando egli stesso enfasi – di là della sola aggiudicazione – all’attimo del pagamento del saldo prezzo che vi faccia seguito, v. ancora F. MAZZARELLA, *Vendita*, cit., p. 579 ed ivi rife. alla nota 139, circa la rilevanza del saldo, tra l’altro al Micheli e all’Allorio, quest’ultimo in *Questioni in tema di decreto di trasferimento nell’esecuzione forzata immobiliare*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 182.

¹⁶² M. PILLONI, *Focus*, cit., § 4 e nota 48, fa salvo il minor termine eventualmente indicato nella offerta del terzo.

così opina la giurisprudenza¹⁶³. L'ipotesi in cui, dunque, l'aggiudicatario ometta di versare il prezzo nel termine fissato dal giudice ridonda, qui peraltro per la espressa previsione di cui all'art. 587 c.p.c., nella "inadempienza dell'aggiudicatario", e ciò non lascerebbe adito a dubbi intorno alla decadenza che deriva dal mancato versamento.

In thesi, neppure l'accordo delle parti (debitore e creditori) potrebbe sanare l'inadempienza dell'aggiudicatario (arg., tra le altre cose, ex art. 153 comma 1 c.p.c.), sebbene – per ragionevolezza, si desume, e senza motivare – qualificata dottrina abbia da sempre ritenuto il contrario¹⁶⁴: ossia che, se in presenza di accordo, lo spirare del termine debba ritenersi superabile. Osterebbe all'accordo anche la scelta di intendere quanto versato trattenuto a titolo di "multa": non è questa l'unica soluzione possibile, ma se fosse quella corretta esprimerebbe un iperpubblicismo giustificabile sol perché il sistema, in questa fase, ammette di assistere i privati col contagocce –, allora, anche per questo, la comune volontà delle parti non vi potrebbe ovviare¹⁶⁵.

Nel nostro particolare ambito della vendita concordata, vi è tuttavia un argomento ipoteticamente da spendere, forzando il processo, una volta tanto, ad attendere un tempo in più per gli utenti (ben consci che sia incrinato dalla perentoria dizione "dispone la vendita nei modi ordinari", che le norme in commento accolgono e consci che esso implichi il necessario superamento, sul punto, dell'idea che la cauzione venga altrimenti incamerata a titolo di "multa") e, questo, a favore della soluzione che valorizza l'accordo. Infatti, il giudice ha disposto l'aggiudicazione come doverosa conseguenza della non opposizione, ossia dell'accordo, tra le parti legittimate (debitore e creditori, titolati e intervenuti). Ne consegue che – omettendo qui conferme e spiegazioni *ad abundantiam* – per generale principio ricavabile dall'art. 177 co. 3 n. 1 c.p.c., che si è visto applicabile (purché l'ordinanza non abbia avuto esecuzione) anche nel p.e. – il provvedimento di aggiudicazione ha consistenza concordata e, quindi, potrebbe non bastare a travolgerlo che il giudice, preso atto dell'evento susseguente (mancato versamento del prezzo) finisca per porlo nel nulla, il *contrarius actus* dell'accordo essendo integrato soltanto dall'assenso di coloro i quali lo avevano prestato all'origine. Più pianamente, esemplificando il caso del versamento tardivo, potrebbe rimettersi

¹⁶³ V. ad es., circa il termine per il versamento della cauzione: "Nell'ambito dell'espropriazione immobiliare, il termine che il giudice dell'esecuzione fissa nell'ordinanza di vendita con incanto, ai sensi dell'art. 576, primo comma, n. 5 c.p.c. (nel testo "ratione temporis" vigente, anteriore alle modifiche introdotte dalle leggi n. n. 80 e 263 del 2005), per il deposito della cauzione da parte degli offerenti è perentorio e, pertanto, non può essere prorogato; il deposito della cauzione rappresenta infatti la modalità attraverso la quale la parte che lo esegue manifesta la volontà di essere ammessa a partecipare al procedimento di vendita, il quale, essendo informato al canone base della parità tra quanti vengono sollecitati ad offrire, postula che le condizioni fissate dal giudice nell'avviso di vendita restino inalterate". (Cass. Sez. Un., 12 gennaio 2010, n. 262).

¹⁶⁴ S. SATTÀ, *Commentario*, cit., p. 401: "la decadenza si produce ipso iure, con la conseguenza che il compratore non può pretendere di versare il prezzo tardivamente, se il decreto non fosse ancora emanato, salvo l'accordo dei creditori"; ripreso da G. BONGIORNO, voce *Espropriazione immobiliare*, *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, spec. § 13.

¹⁶⁵ Per l'incameramento della cauzione come "multa", v. F. MAZZARELLA, *Vendita*, cit., p. 573.

all'eccezione del creditore di far valere questa tardività, e non invece al controllo officioso del giudice; od ancora, il consenso di tutti rileverebbe ad atto di revoca e superamento della preclusione prima ancora che il giudice si sia pronunciato. Così opinando l'ordinamento ammetterebbe una certa dose di controllo dell'*iter* e specialmente dei tempi del processo in capo alle parti private, ma abbiamo già visto come l'impianto del c.p.c. italiano in vari casi invii marcate onde radio negative in questo senso. Se si vuole mantenere rigore nella identificazione di un "più che giusto" spazio per l'accordo, serve senza dubbio aderenza al dettato normativo, onde non incappare in ricostruzioni puramente ideologiche. Nondimeno, se si ragiona in termini di esternalità negative, rimane incomprensibile la perdita della *chance* di vendita diretta, a beneficio del riavvio del procedimento in via ordinaria, contro la volontà di tutti gli interessati. Ad ulteriore conforto in punto di interpretazione evolutiva, che valorizzi il ruolo dell'accordo tollerante la decadenza: manca qui, come è reso lampante in una vendita diretta ad unico e ben identificato offerente, la altrimenti comune finalità che le condizioni di vendita fissate dal g.e. (incluso il termine per il saldo prezzo) vengano imperativamente rispettate *"a garanzia dell'uguaglianza e parità di condizioni tra tutti i potenziali partecipanti alla gara (qui semplicemente mancanti), nonché dell'affidamento da ciascuno di loro riposto nella trasparenza e complessiva legalità della procedura"*, il tutto a pena di illegittimità dell'aggiudicazione¹⁶⁶. Con il sommosso contributo che precede, lasciamo all'applicazione concreta la soluzione del non secondario quesito che ci siamo posti.

Riprendendo l'esame esegetico: volta versato il prezzo il giudice emette, ai sensi del comma 9 dell'art. 569-bis, il decreto di trasferimento del bene all'aggiudicatario, ma è possibile che questo – per il successivo ed ultimo comma – faccia istanza di autorizzazione al perfezionamento di un atto in sede privata, con contestuale ordine di cancellazione di trascrizioni ed iscrizioni ipotecarie (art. 586 c.p.c.). La disposizione, da spiegare con scopi puramente acceleratori¹⁶⁷, non è nemmeno essa, anche per noi, destinata ad intaccare la riconduzione entro l'alveo giuspubblicistico della vendita in discorso¹⁶⁸: che resta dunque pur sempre forzata, esecutiva, con applicazione, in quanto di rilievo, degli artt. 2919-2929 c.c.¹⁶⁹. Riprendendo tuttavia un aspetto sfiorato nelle premesse: se si è correttamente rilevato come l'istituto della vendita diretta non preveda, al confronto con l'accordo transattivo raggiunto in

¹⁶⁶ In termini, ad es., Cass. n. 9255/2015.

¹⁶⁷ Così depone la Rel. Illustrativa, richiamata in arg. anche E. SARESINI, *Una delle novità*, cit., § 2.

¹⁶⁸ Anche L. DE PROPRIIS, sub artt. 568-bis, cit., p. 717, cita a conforto la Rel. Illustrativa al d.lgs. n. 149; richiama l'analogo esempio delle vendite in sede fallimentare, oggi ex art. 213 comma 7 CCCl, di cui si è confermata nella giurisprudenza di legittimità, sebbene il fondamento privato, la natura giudiziale esecutiva. Conf. E. SARESINI, *Una delle novità*, cit., § 2, che a conferma richiama l'ordine di purgazione, comunque necessario (co. 10); A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 2, rammenta come sia ormai prevalente sia in dottrina sia in giurisprudenza la tesi che assimila anche la vendita competitiva alle vendite coattive.

¹⁶⁹ Ancora A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 2, in fondo, che ritiene incompatibile con la vendita diretta l'art. 19 d.l. n. 78/2010.

parallelo a ma al di fuori del processo, effetto esdebitatorio per il debitore, va ora precisato che essa neppure lo vieta. Se si riprende il necessario ruolo di un debitore parte attiva, prima ancora che consenziente, nella ricerca del terzo offerente, non rimane vietato ma anzi andrebbe incoraggiato che, chiesta la vendita diretta assentita dai creditori, con essi si converga al contempo anche intorno al riparto, ai loro pagamenti, con o senza estinzione del p.e. È financo plausibile che ciò accada nel più semplice caso di unico creditore e prezzo offerto per il cespite capiente a soddisfarlo integralmente¹⁷⁰; quand'anche i creditori fossero più d'uno, ed anche in caso di incapacienza, non vi è divieto di accordarsi, anche fin del futuro concorso, con stralcio e rinuncia al residuo.

La possibilità resta percorribile anche in caso di delega, come il più delle volte accade, delle operazioni di vendita ad un professionista *ad hoc* nominato: per la vendita diretta la riforma, pure nell'opzione concordata cui abbiamo dedicato la più parte delle nostre attenzioni e non solo in quella non assentita e competitiva, ha comunque assegnato un potenziale ruolo al delegato:

i) nel primo caso (vendita concordata) tale ruolo si riduce ad alcune operazioni soltanto¹⁷¹, ovvero la riscossione del prezzo e le operazioni di distribuzione del ricavato, nonché quelle dei numeri 10), 11) e 12) co. 3 dell'art. 591-*bis* (attività in tutto od in parte semplificabili tramite gli accordi sul riparto): trattasi di disciplina autonoma che a nostro avviso non ha senso chiedersi, visti i testi differenti, se implichi l'applicazione dell'invero contrastante disposto dell'art. 572 c.p.c.¹⁷²;

ii) nel secondo caso (snodo di vendita competitiva) al professionista sono altresì delegate le operazioni dello stesso art. 569-*bis* co. 5, e quanto ne consegue¹⁷³ e qui il procedimento, nel dettaglio, ove non derogato o non incompatibile, si svolgerà seguendo le comuni linee direttrici da seguirsi in via ordinaria¹⁷⁴.

Alessandro Fabbi

Associato dell'Università di Catania

¹⁷⁰ Cfr. M. PILLONI, *Focus*, cit., § 4: "... Per il debitore non v'è però la prospettiva di quel possibile risultato esdebitatorio che spesso si accompagna alla vendita a saldo e stralcio, a meno che, nella vendita diretta, il prezzo offerto dal terzo sia tale da soddisfare interamente le ragioni creditorie".

¹⁷¹ Discorre di delega parziale A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 5.1.

¹⁷² Così, invece, A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 5.1.

¹⁷³ "... nonché la deliberazione sulle offerte e lo svolgimento della gara, la riscossione del prezzo e le operazioni di distribuzione del ricavato. Al professionista sono, altresì, delegate le operazioni indicate ai numeri 2), 5), 10), 11), 12) e 13) del terzo comma. Si applicano, in quanto compatibili, i commi dal quarto all'undicesimo".

¹⁷⁴ Cfr., per l'analisi di dettaglio, con richiami alla disciplina generale, del procedimento di vendita competitiva, A. M. SOLDI, *La vendita diretta*, cit., § 5.2.



GIAN PAOLO CALIFANO

Decreto ingiuntivo, mediazione obbligatoria e procedimento semplificato di cognizione

Questo breve studio propone alcune riflessioni sul caso che, ai sensi del nuovo 3° comma dell'art. 281-*decies* c.p.c., l'opposizione al decreto ingiuntivo sia introdotta e trattata col rito semplificato di cognizione.

This short study proposes some reflections on the case that, pursuant to the new 3° paragraph of art. 281-*decies* c.p.c., the opposition to the injunction is introduced and treated with the simplified cognition procedure.

Sommario: 1. Il nuovo 3° comma dell'art. 281-*decies*, c.p.c. – 2. I casi di applicazione del rito semplificato di cognizione al giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo e relativo regime delle preclusioni. – 3. Opposizione ex art. 645 introdotta (e trattata) col rito semplificato e mediazione obbligatoria.

1. Il nuovo 3° comma dell'art. 281-*decies*, c.p.c.

Come noto, dopo *iter* travagliato¹, è stato alla fine promulgato il d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164 (c.d. “correttivo”) che, fra l'altro, ha aggiunto un ulteriore comma all'art. 281-*decies*, c.p.c. Sicché la norma oggi, nei suoi tre (non più due) commi, così recita: «Quando i fatti di causa non sono controversi, oppure quando la domanda è fondata su prova documentale, o è di pronta soluzione o richiede un'istruzione non complessa, il giudizio è introdotto nelle forme del procedimento semplificato. – Nelle sole cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica, il giudizio può essere introdotto nelle forme del procedimento semplificato anche se non ricorrono i presupposti di cui al primo comma. – Le disposizioni di cui al primo e al secondo comma si applicano anche alle opposizioni previste dagli articoli 615, primo comma, 617, primo comma e 645».

2. I casi di applicazione del rito semplificato di cognizione al giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo e relativo regime delle preclusioni.

Il nuovo 3° comma dell'art. 281-*decies* è soltanto in apparenza di facile interpretazione: complessi ne sono gli effetti “sismici” sugli istituti cui esso estende l'applicazione del rito semplificato di cognizione. Rinvio a quanto ho già scritto sulle opposizioni esecutive in altro studio². E mi limito qui di seguito all'interpretazione del nuovo sistema dell'opposizione al

¹ Sula travagliato *iter*, dal primo Schema di d.lgs., all'Atto Governo n. 137-*bis* 2024, al d.lgs. “correttivo” del 2024 v. G. P. CALIFANO, *Il procedimento semplificato di cognizione tra il primo schema di decreto legislativo (Atto Governo n. 137/2024) e il d.lgs. 31 ottobre n. 164/2024*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, p. 250 s. e Id., *Il procedimento semplificato di cognizione dopo il Correttivo Cartabia*, Torino, 2025, p. 18 ss.

² Quanto all'estensione del rito semplificato alla trattazione dell'opposizione all'esecuzione e dell'opposizione agli atti esecutivi (e al giudizio “divisorio” nell'ambito del procedimento di espropriazione di beni indivisi) ho già avuto modo di cimentarmi in interpretazione “ortopedica” nel *Commentario* al d.lgs. “correttivo” a cura di F. SANTANGELI, in corso di

decreto ingiuntivo da trattare col rito semplificato ai sensi del 3° comma della norma appena ricordata.

Orbene, un primo necessario chiarimento mi sembra opportuno: il 3° comma dell'art. 281-*decies* stabilisce che all'opposizione al decreto ingiuntivo si applicano "le disposizioni di cui al primo e al secondo comma" (della medesima norma): disposizioni riferite al tribunale (in composizione monocratica o collegiale). Se ne deduce che nulla cambia quando il provvedimento monitorio sia stato pronunciato dal giudice di pace. Quest'ultimo tratterà l'eventuale opposizione *ex art.* 645 col rito suo proprio e di cui agli art. 311 ss. c.p.c.). Rito modellato su quello semplificato di cognizione ma non del tutto identico. E senza che tale rito, quale che sia la complessità della controversia oggetto dell'opposizione, possa essere dal giudice di pace mutato in quello della cognizione ordinaria.

La nuova norma si applica, allora, soltanto quando competente per l'opposizione al decreto ingiuntivo sia il tribunale; e sempreché ricorrano le condizioni di cui al 1° e al 2° comma dell'art. 281-*decies*, c.p.c. E, quindi, soltanto in tal caso l'opposizione dovrà o potrà essere introdotta con le forme del rito semplificato. Ciò anche perché, la norma in parola a tali due (alternative) ipotesi ne subordina l'applicazione: non stabilisce, invece, *tout court*, come altrove e per altre occasioni, che all'opposizione al decreto ingiuntivo "si applica il rito semplificato"³.

Se quanto precede è vero, due ne sono le immediate conseguenze: il rito prescelto dal debitore per l'opposizione al decreto ingiuntivo andrà identificato in relazione alla forma che egli conferirà al suo atto introduttivo: proposta l'opposizione con atto in forma di ricorso, il debitore avrà evidentemente prescelto il rito semplificato di cognizione; proposta la domanda, viceversa, con atto di citazione, egli avrà inteso adottare il rito della cognizione ordinaria. E ciò, ad esempio, col corollario che, nel primo caso, ai sensi del nuovo art. 38, 3° comma, c.p.c., il giudice adito potrà eventualmente rilevare d'ufficio la propria incompetenza (per materia, valore o territorio *ex art.* 28 c.p.c.) "non oltre la prima udienza". Quando, invece, l'opposizione sia stata introdotta con atto di citazione (e sia stato quindi adottato il rito ordinario di cognizione) tali questioni potranno essere rilevate d'ufficio col decreto previsto dall'art. 171-*bis*, c.p.c. E, in generale, salvo il mutamento del rito, sempre dalla forma prescelta dal debitore per il suo atto introduttivo si dovrà dedurre il regime di preclusioni del procedimento di opposizione.

pubblicazione. E, più superficialmente, in G. CALIFANO, *Il procedimento semplificato di cognizione dopo il Correttivo Cartabia*, cit., p. 30 s.

³ V., ad esempio, le controversie di cui agli artt. 14, 15, 16, 17, 18, 19-*bis*, 19-*ter*, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 e 30 del d.lgs. n. 150/2011, che (salve norme speciali "in varianza"), per formula adottata, «sono regolate dal rito semplificato di cognizione» a prescindere dal giudice di volta in volta individuato come competente per le stesse (giudice di pace, tribunale, corte di appello). E per le quali nemmeno è ammessa la conversione di tale rito in quello della cognizione ordinaria (art. 3, 1° comma). Ma anche il nuovo ultimo periodo aggiunto all'art. 181 disp. att. c.p.c., ove è stata adottata la formula per la quale al procedimento endoesecutivo di divisione dei beni nell'esecuzione forzata di beni indivisi (articoli 599 ss. c.p.c.) «si applicano le disposizioni di cui agli articoli 281-*undecies* e seguenti del codice».

3. Opposizione ex art. 645 introdotta (e trattata) col rito semplificato e mediazione obbligatoria.

Ciò detto, resta da chiarire, nella specie, il rapporto tra l'opposizione al decreto ingiuntivo iniziata (e condotta) col rito semplificato ed il caso in cui trattasi di materia per la quale un tentativo di mediazione ex art. 5, comma 1° d.lgs., 28/2010 sia obbligatorio a pena di improcedibilità della domanda. Problema che, viceversa non si pone ove trattasi di materia per la quale sia prevista, come condizione di procedibilità una negoziazione assistita. E ciò perché quest'ultima non vale come tale "nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione" (art. 3, comma 3°, D.L. 12 settembre 2014, n. 132⁴).

Ebbene, il richiamato art. 5, d.lgs. 28/2010, notoriamente prevede, al comma 6°, lettera a), che la mediazione obbligatoria non si applica «nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione»⁵. Sicché, per il comb. disp. di tale norma insieme col successivo art. 5-*bis*, adottato il rito semplificato di cognizione per l'opposizione al decreto ingiuntivo, in prima udienza il giudice provvede sulle eventuali istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione e, accertato il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di sei mesi di cui all'articolo 6 del medesimo d.lgs. A tale udienza, se la mediazione non è stata esperita, dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale proposta con il ricorso per decreto ingiuntivo, revoca il decreto opposto e provvede sulle spese.

Gian Paolo Califano

Ordinario dell'Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli

⁴ D.L. n. 132/2014, conv. con mod. dalla l. 10 novembre 2014, n. 162.

⁵ Art. 5, d.lgs. 28/2010, comma 6°, lettera a) oggi da leggere in comb. disp. col successivo art. 5-*bis*, ai sensi del quale: «Quando l'azione di cui all'articolo 5, comma 1, è stata introdotta con ricorso per decreto ingiuntivo, nel procedimento di opposizione l'onere di presentare la domanda di mediazione grava sulla parte che ha proposto ricorso per decreto ingiuntivo. Il giudice alla prima udienza provvede sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione se formulate e, accertato il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. A tale udienza, se la mediazione non è stata esperita, dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale proposta con il ricorso per decreto ingiuntivo, revoca il decreto opposto e provvede sulle spese».



VALERIA VERDE

**Sull'identità delle misure protettive e cautelari nel Codice della crisi:
riflettendo su una recente ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Cassazione**

L'A. esamina la distinzione tra misure protettive e misure cautelari nell'ambito della gestione della crisi d'impresa, mettendo in luce la loro stretta connessione, funzionale al buon esito delle trattative intraprese per il superamento della crisi, e sottolineando che la loro distinzione risente di un'eccessiva preoccupazione classificatoria, essendo entrambe strumenti flessibili e adattabili alle esigenze specifiche del caso, con l'obiettivo comune di tutelare il patrimonio e garantire la continuità dell'attività economica nel corso del procedimento di risanamento.

The author examines the difference between protective and precautionary measures in the context of business crisis management, highlighting their close connection, functional to the success of the negotiations undertaken to overcome the crisis, and underlining that their distinction suffers from an excessive concern for classification, both being flexible and adaptable tools to the specific needs of the case, with the common objective of protecting the assets and ensuring the continuity of the economic activity during the recovery procedure.

Sommario: 1. L'obiettivo della Direttiva comunitaria 2019/1023 (c.d. "Insolvency Directive"). – 2. Le premesse teoriche dell'analisi: un chiarimento preliminare. – 3. Effettività della tutela giurisdizionale nel codice della crisi: le misure protettive e le misure cautelari; – 3.1. Misure protettive tipiche; – 3.2. Misure protettive atipiche; – 3.3. Misure cautelari; – 3.4. Modifiche normative recenti. – 4. Il provvedimento del Tribunale di Brindisi del 3 dicembre 2024 e il rinvio pregiudiziale. – 5. La complementarità tra le misure rimediali. – 6. La posizione della giurisprudenza. – 7. Un sistema in evoluzione. – 8. La recente pronuncia di inammissibilità della Corte di cassazione.

1. L'obiettivo della Direttiva comunitaria 2019/1023 (c.d. "Insolvency Directive").

La Direttiva (UE) 2019/1023 (c.d. "Insolvency Directive") disciplina i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le misure per aumentare l'efficacia delle procedure di insolvenza. Il concetto di valore dell'impresa all'interno di questa Direttiva si riferisce alla necessità di preservare la continuità aziendale e di minimizzare la distruzione di valore derivante da situazioni di crisi.

La Direttiva Insolvency ha voluto dare rilevanza al bene-impresa, evitandone la distruzione in caso di crisi economica. Secondo la Direttiva il valore dell'impresa - che è un bene di rilievo comunitario, oltre che, in Italia, costituzionale - è strettamente legato alla sua capacità di sopravvivere alla difficoltà finanziaria, evitando la distruzione del valore aziendale, proteggendo l'occupazione e garantendo un sistema più equo, omogeneo ed efficiente per la

gestione delle difficoltà finanziarie, consentendo all'impresa di ristrutturarsi¹. La Direttiva mira, quindi, a consentire alle aziende in difficoltà di riprendersi dalla crisi, accedendo a strumenti di ristrutturazione preventiva, prima di arrivare all'insolvenza conclamata. Attraverso la promozione e il potenziamento degli strumenti di ristrutturazione preventiva si evita la liquidazione dell'impresa allorquando esistono prospettive di risanamento, incoraggiando il metodo *early warning* volto a individuare tempestivamente segnali di crisi. Questo approccio permette di evitare che l'impresa perda valore a causa di uno scioglimento disordinato, privilegiando, ove possibile, la continuità aziendale rispetto alla liquidazione di realtà imprenditoriali ancora sane, per garantire l'occupazione e il tessuto economico locale. Soltanto un sistema efficace di ristrutturazione preventiva offre la possibilità di recupero per i creditori e riduce il fenomeno della perdita di conoscenze e competenze nel tessuto produttivo.

I criteri fissati dalla Direttiva consentono di armonizzare le procedure di ristrutturazione preventiva, insolvenza ed esdebitazione tra gli Stati membri, contribuendo così a un mercato interno più efficiente e riducendo gli ostacoli alla libera circolazione dei capitali e alla libertà di stabilimento in modo che le imprese possano competere su basi eque e gli investitori possano operare con maggiore sicurezza. Non può essere sottaciuto che le attuali differenze tra le legislazioni nazionali generano costi aggiuntivi per le imprese che operano in più Paesi, poiché devono valutare il rischio finanziario in contesti normativi diversi. Questa situazione disincentiva gli investimenti transfrontalieri e ostacola la libertà di stabilimento. Inoltre, le

¹ Nei considerando 1 e 2 della Direttiva, si legge «(1) L'obiettivo della presente direttiva è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno nonché eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali, quali la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento, che derivano dalle differenze tra le legislazioni e procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, esdebitazione e interdizioni. Senza pregiudicare i diritti e le libertà fondamentali dei lavoratori, la presente direttiva mira a rimuovere tali ostacoli garantendo alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare, agli imprenditori onesti insolventi o sovraindebitati di poter beneficiare di una seconda opportunità mediante l'esdebitazione dopo un ragionevole periodo di tempo, e a conseguire una maggiore efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, in particolare attraverso una riduzione della loro durata.

Considerando 2: La ristrutturazione dovrebbe consentire ai debitori in difficoltà finanziarie di continuare a operare, in tutto o in parte, modificando la composizione, le condizioni o la struttura delle loro attività e delle loro passività o di una qualunque altra parte della loro struttura del capitale, anche mediante la vendita di attività o parti dell'impresa o, se previsto dal diritto nazionale, dell'impresa nel suo complesso, come anche apportando cambiamenti operativi. Salvo specifica disposizione contraria del diritto nazionale, i cambiamenti operativi, come la risoluzione o la modifica dei contratti o la vendita o altro atto dispositivo delle attività, dovrebbero rispettare i requisiti generali previsti dal diritto nazionale per tali misure, in particolare il diritto civile e il diritto del lavoro. Qualsiasi conversione del debito in capitale dovrebbe altresì rispettare le garanzie previste dal diritto nazionale. I quadri di ristrutturazione preventiva dovrebbero innanzitutto permettere ai debitori di ristrutturarsi efficacemente in una fase precoce e prevenire l'insolvenza e quindi evitare la liquidazione di imprese sane. Tali quadri dovrebbero impedire la perdita di posti di lavoro nonché la perdita di conoscenze e competenze e massimizzare il valore totale per i creditori, rispetto a quanto avrebbero ricevuto in caso di liquidazione degli attivi della società o nel caso del migliore scenario alternativo possibile in mancanza di un piano, così come per i proprietari e per l'economia nel suo complesso».

piccole e medie imprese - che rappresentano la maggioranza del tessuto imprenditoriale europeo - subiscono maggiormente le conseguenze di procedure lunghe e costose, poiché dispongono di minori risorse per affrontare complessi *iter* di ristrutturazione.

Al contrario, un quadro efficace di ristrutturazione preventiva impedisce che le imprese rischino di non avere la possibilità di procedere al rimborso dei debiti, riducendo, al contempo, il rischio di accumulo di crediti deteriorati nel settore finanziario. Il deterioramento del credito può infatti amplificare le difficoltà in periodi di crisi economica, con ripercussioni su tutto il sistema bancario e produttivo. Di conseguenza, l'armonizzazione delle regole in materia di insolvenza garantisce che le imprese possano affrontare le difficoltà finanziarie in modo ordinato, evitando effetti a catena che potrebbero destabilizzare l'intero mercato.

Veniamo ai criteri stabiliti dalla Direttiva.

Innanzitutto, è prevista la suddivisione del ceto dei creditori in classi e l'introduzione del *cross-class cram-down*, cioè di meccanismi che consentono di adottare piani di ristrutturazione anche contro la volontà di alcune categorie di creditori, purché vengano rispettate determinate garanzie; la finalità è quella favorire la protezione del valore aziendale, evitando che singoli creditori possano ostacolare la continuità dell'impresa.

Inoltre il piano di ristrutturazione preventiva mira a salvaguardare l'occupazione, riducendo il rischio di perdita di posti di lavoro, mantenendo l'azienda attiva. Per consentire all'impresa in difficoltà la ripresa senza subire la pressione dei creditori e delle azioni da questi intraprese per vedere soddisfatte le loro ragioni, le imprese in difficoltà possono ottenere misure di protezione temporanee².

Come si è detto, la Direttiva incoraggia l'adozione di strumenti di allerta precoce per aiutare le imprese a individuare tempestivamente le difficoltà finanziarie e ad assumere decisioni consapevoli prima che la situazione diventi irreversibile. Questo può includere segnalazioni automatiche, come il mancato pagamento di imposte o contributi previdenziali, che permettano alle aziende di intervenire prima che sia troppo tardi.

Pur promuovendo la flessibilità nelle ristrutturazioni, la Direttiva sottolinea l'importanza di tutelare i lavoratori, garantendo loro il diritto a essere informati e coinvolti nelle decisioni che li riguardano. L'impatto sociale della ristrutturazione deve essere minimizzato e gestito con un dialogo tra le parti interessate, riducendo tensioni sociali. Per favorire la probabilità di

² Viene riportato il considerando 32 «Un debitore dovrebbe poter beneficiare di una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali, sia essa concessa da un'autorità giudiziaria o amministrativa oppure per legge allo scopo di agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione, così da poter continuare a operare o almeno mantenere il valore della sua massa fallimentare durante le trattative. Ove previsto dal diritto nazionale, la sospensione dovrebbe essere possibile anche a beneficio dei terzi garanti, fra cui fideiussori e prestatori di garanzie reali. Tuttavia, gli Stati membri dovrebbero poter disporre che le autorità giudiziarie o amministrative abbiano la facoltà di rifiutare la concessione di una sospensione delle azioni esecutive individuali qualora tale sospensione non sia necessaria o non soddisfi l'obiettivo di agevolare le trattative. Tra i motivi di rifiuto potrebbero figurare la mancanza di sostegno da parte della maggioranza richiesta dei creditori o, se previsto dal diritto nazionale, l'effettiva incapacità del debitore di pagare i debiti in scadenza».

successo della procedura di ristrutturazione e di riduzione del rischio di contenziosi che potrebbero rallentare il recupero dell'impresa o provocarne il fallimento, la Direttiva promuove una soluzione inclusiva nella definizione delle misure di ristrutturazione, attraverso il coinvolgimento dei creditori, dei lavoratori e delle altre parti interessate. Un dialogo che consente di trovare soluzioni più equilibrate e di ridurre i conflitti tra le parti, arrivando a un processo di ristrutturazione condiviso e trasparente.

Inoltre, l'ottimizzazione dei processi di ristrutturazione e la garanzia della trasparenza nella scelta del piano di ristrutturazione sono assicurate dalla previsione della presenza di specialisti (come amministratori della crisi), posti a presidio delle procedure attivate per il salvataggio dell'azienda.

La Direttiva sulla ristrutturazione preventiva, insolvenza ed esdebitazione rappresenta, quindi, un passo fondamentale per garantire un mercato unico più efficiente e resiliente. Infatti, attraverso l'armonizzazione delle procedure tra gli Stati membri, la riduzione dei tempi di esdebitazione e il miglioramento degli strumenti d'allerta si riducono le incertezze giuridiche, si favoriscono gli investimenti e si consente alle imprese di affrontare le difficoltà finanziarie in modo più efficace, incentivando l'imprenditorialità e la crescita economica.

2. Le premesse teoriche dell'analisi: un chiarimento preliminare.

La Direttiva e le leggi italiane (d. lgs. 12 gen. 2019, n.14: cd. Codice della crisi)³ che l'hanno recepita influiscono inevitabilmente sui presupposti a base del nostro modo di intendere la tutela cautelare. La dottrina classica ha storicamente qualificato il processo cautelare come pura azione, conformemente alla definizione proposta da Chiovenda⁴. Egli evidenziava che, nel concedere una misura cautelare, il giudice ignora se il beneficiario sia effettivamente titolare della pretesa oggetto di tutela provvisoria. Pertanto, l'azione cautelare è definita come "mera azione", in quanto il diritto al provvedimento cautelare non appartiene direttamente alla parte, bensì allo Stato, che lo esercita sulla base delle generali esigenze di tutela del diritto; alla parte spetta solo il potere di sollecitarne l'attivazione nel caso concreto. Così, la misura cautelare esprime una concreta volontà legislativa, diretta però non a se stessa, bensì alla

³ Tra i primi commentatori che si sono occupati dei rapporti tra il decreto legislativo e la normativa delegata, M. FABIANI, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 162 ss.; G. LO CASCIO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Il fallimento*, 2019, p. 263 ss.

⁴ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, IV ed., Napoli, 1928, p. 224 ss.: «il potere giuridico d'ottenere uno di questi provvedimenti è una forma di per sé stante d'azione (azione assicurativa), che non può considerarsi come accessorio del diritto cautelato...è un diritto dello Stato, fondato sulle necessità generali della tutela del diritto: la parte non ha che il potere di provocarne l'esercizio nel caso concreto»; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1932, I, n. 12. Sul pensiero di Chiovenda v. A. PROTO PISANI, *Chiovenda e la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 16 ss., per il quale l'enunciato secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che l'attore ha diritto di conseguire» è <precursore> degli attuali principi di effettività della tutela giurisdizionale e di strumentalità del processo al diritto sostanziale.

tutela anticipata di un'altra volontà legislativa, cioè quella destinata ad affermarsi nella futura decisione di merito.

Le misure cautelari, di conseguenza, sono strutturate come strumenti funzionali al successivo giudizio di merito, destinati ad essere integralmente assorbiti una volta pronunciata la decisione definitiva. Tale concetto ci è stato trasmesso in modo esemplare da Calamandrei, che sottolineò come l'essenza delle misure cautelari non possa essere ricercata sul piano ontologico, ma vada indagata sul piano teleologico: il loro carattere distintivo non risiede nella natura dichiarativa o esecutiva dei loro effetti, bensì nella funzione di anticipazione e preparazione degli effetti propri del provvedimento principale, effetti destinati a dissolversi con la pronuncia definitiva⁵.

Analogamente, la Corte costituzionale, con la celebre sentenza n. 190 del 3 luglio 1985, estensore Andrioli, ha precisato che dall'articolo 700 c.p.c. emerge una direttiva chiara: qualora un diritto, assistito dal requisito del *fumus boni iuris*, sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile determinato dal decorso del tempo necessario alla definizione ordinaria, compete al giudice adottare quelle misure di urgenza che appaiono più adeguate ad assicurare temporaneamente gli effetti della futura decisione di merito⁶.

Il codice di procedura civile del 1942 si ispira chiaramente a tale prospettiva e la stessa riforma introdotta con la legge 26 novembre 1990, n. 353, che ha sistematizzato nel Capo III una sezione dedicata ai "procedimenti cautelari in generale", si è mantenuta fedele al principio fondante per cui la misura cautelare è destinata a cedere definitivamente il passo alla decisione finale⁷.

Tuttavia, la purezza teorica di tale costruzione dottrinale ha subito una certa attenuazione negli anni successivi, essendosi diffusa la consapevolezza della necessità di tutelare anche l'interesse della parte ad accontentarsi della tutela cautelare ottenuta, senza procedere

⁵ P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 140.

⁶ Si legge nella motivazione della citata sentenza «Dall'art. 700 è lecito enucleare la direttiva che, le quante volte il diritto assistito da *fumus boni iuris* è minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito» (vedila commentata da A. PROTO PISANI, *Foro It.*, 1985, c. 1881 ss.). Come evidenziato da C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino, 1998, p. 4, questa sentenza e il biennio 1983-5 segnano il punto di arrivo di un'evoluzione che ha condotto all'affermazione del valore della tutela cautelare nella prospettiva segnata dalla garanzia costituzionale del diritto d'azione.

⁷ L'impostazione chiovendiana, che risentiva delle sue idee sul diritto d'azione, è così superata, in quanto la tutela cautelare diventa l'addentellato indispensabile dello stesso diritto d'azione. La riforma del 1990 sarà il precipitato di questa diversa impostazione, come attestato dalla dottrina, di cui, per mera semplificazione e senza presunzione di completezza, si ricordano: A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997; C. CECHELLA, *Il processo cautelare: commentario*, Torino, 1997; E. MERLIN, *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento mero, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella L. 353/1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 944 ss.; L. MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 309 ss., spec. p. 315; A. PROTO PISANI, *Il procedimento cautelare*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1991, p. 688 ss.; G. TARZIA (a cura di), *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993; G. VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, in *Foro It.*, V, 1992, 432 ss.

obbligatoriamente alla pronuncia sul merito⁸. Malgrado ciò, l'essenza e i presupposti classici della tutela cautelare restano immutati: il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, identificati sin dalle origini da Chiovenda.

Questi presupposti, o condizioni, restano intrinsecamente correlati alle future decisioni definitive di merito (sentenze di accertamento, di condanna o costitutive), la cui effettività è temporaneamente garantita dalle misure cautelari.

Del tutto diversa risulta, invece, la situazione relativa alle misure interinali adottate nei procedimenti volti alla gestione delle crisi d'impresa. In tale contesto, l'obiettivo delle misure adottate non è quello di anticipare gli effetti di una decisione di merito, ma di consentire la prosecuzione dell'attività economica dell'imprenditore in difficoltà, creando le condizioni favorevoli a un percorso di risanamento. Pertanto, il riferimento ai concetti tradizionali di *fumus boni iuris* o *periculum in mora* perde qualsiasi significato: la misura interinale non mira a garantire una successiva pronuncia giurisdizionale, bensì ad assicurare l'efficace gestione della crisi, valutando l'opportunità e la sostenibilità del piano aziendale.

In questa diversa realtà giuridica, il giudice svolge una funzione quasi imprenditoriale, dovendo compiere valutazioni di natura economica e sociale piuttosto che meramente giuridica, e deve quindi adottare provvedimenti atipici, variabili secondo le circostanze e finalizzati a consentire la continuità dell'attività imprenditoriale.

Di conseguenza, la terminologia classica deve essere reinterpretata: infatti, il legislatore, ben consapevole della diversità di presupposti e finalità, ha qualificato tali provvedimenti come misure "protettive", evidenziando la peculiarità della situazione rispetto alla tradizionale tutela cautelare. La protezione, qui, non è riferita alla parte in sé, bensì alla gestione giudiziale della crisi e alla salvaguardia della funzione economico-sociale dell'impresa, funzione cui l'attuale ordinamento giuridico attribuisce crescente rilievo.

Sulla base del pensiero di Chiovenda, potrebbe affermarsi che, anche in questo caso, lo Stato esercita una forma peculiare di tutela, perseguendo un interesse sociale generale piuttosto che un diritto individuale del soggetto interessato.

Le riflessioni che seguono saranno svolte assumendo come fondamentali tali premesse di metodo.

⁸ La riforma del 2006 ha inciso soprattutto nel dare stabilità al provvedimento cautelare sulla scorta delle riflessioni dottrinarie che avevano posto in evidenza che, da una parte, la cognizione in sede cautelare è tutt'altro che superficiale, e che, dall'altra parte, soprattutto nel caso di provvedimenti anticipatori, le parti possono accontentarsi della misura cautelare senza necessariamente insistere per ottenere un provvedimento di merito. V., anche qui senza presunzione di completezza, R. CAPONI, in *Foro It.*, 2006, V, 69 ss.; U. COREA, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1251 ss.; G. RUFFINI, *La riforma del processo cautelare nel disegno di legge ministeriale recante «modifiche urgenti al codice di procedura civile» e nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, p. 187 ss.; G. TARZIA-A. SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2015, *passim*.

3. Effettività della tutela giurisdizionale nel codice della crisi: le misure protettive e le misure cautelari.

In linea con l'obiettivo della Direttiva comunitaria⁹, il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (CCII) ha fissato i criteri che favoriscono il buon esito delle procedure di

⁹ Si riportano gli artt. 6 e 7 della Direttiva n. 2019/1023: «Articolo 6 Sospensione delle azioni esecutive individuali 1. Gli Stati membri provvedono affinché il debitore possa beneficiare della sospensione delle azioni esecutive individuali al fine di agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione nel contesto di un quadro di ristrutturazione preventiva. Gli Stati membri possono prevedere che le autorità giudiziarie o amministrative abbiano la facoltà di rifiutare la concessione di una sospensione delle azioni esecutive individuali qualora tale sospensione non sia necessaria o non consegua l'obiettivo di cui al primo comma. 2. Fatti salvi i paragrafi 4 e 5, gli Stati membri provvedono affinché la sospensione delle azioni esecutive individuali possa riguardare tutti i tipi di crediti, compresi quelli garantiti e privilegiati. 3. Gli Stati membri possono prevedere che una sospensione delle azioni esecutive individuali possa essere generale, ossia riguardare tutti i creditori, o limitata, ossia riguardare uno o più singoli creditori o categorie di creditori. In caso di sospensione limitata, essa si applica solamente ai creditori che sono stati informati, conformemente al diritto nazionale, delle trattative di cui al paragrafo 1 sul piano di ristrutturazione o della sospensione. 4. Gli Stati membri possono escludere determinati crediti o categorie di crediti dall'ambito di applicazione della sospensione delle azioni esecutive individuali, in circostanze ben definite, qualora tale esclusione sia debitamente giustificata e qualora:

a) un'azione esecutiva non sia suscettibile di compromettere la ristrutturazione dell'impresa; oppure

b) la sospensione comporti un ingiusto pregiudizio dei creditori che vantano tali crediti.

5. Il paragrafo 2 non si applica ai diritti dei lavoratori. In deroga al primo comma, gli Stati membri possono applicare il paragrafo 2 ai diritti dei lavoratori se, e nella misura in cui, essi assicurano che il pagamento di tali diritti sia garantito nell'ambito di un quadro di ristrutturazione preventiva con un livello di tutela analogo. 6. La durata iniziale di una sospensione delle azioni esecutive individuali è limitata a un massimo di quattro mesi. 7. In deroga al paragrafo 6, gli Stati membri possono autorizzare l'autorità giudiziaria o amministrativa a prorogare la durata di una sospensione delle azioni esecutive individuali o a concedere una nuova sospensione delle medesime su richiesta del debitore, di un creditore o, se del caso, di un professionista nel campo della ristrutturazione. La proroga o il rinnovo della sospensione delle azioni esecutive individuali sono concessi solo in circostanze ben definite da cui risulti che la proroga o il rinnovo sono debitamente giustificati, ad esempio:

a) sono stati compiuti progressi significativi nelle trattative sul piano di ristrutturazione,

b) la continuazione della sospensione delle azioni esecutive individuali non pregiudica ingiustamente i diritti o gli interessi delle parti interessate, oppure

c) nei confronti del debitore non siano ancora state aperte procedure di insolvenza che possano concludersi con la liquidazione delle attività del debitore a norma del diritto nazionale.

8. La durata totale della sospensione delle azioni esecutive individuali, inclusi le proroghe e i rinnovi, non supera i dodici mesi. Qualora gli Stati membri decidano di attuare la presente direttiva per mezzo di una o più procedure o misure che non soddisfano le condizioni per la notifica in virtù dell'allegato A del regolamento (UE) 2015/848, la durata complessiva della sospensione nell'ambito di tali procedure è limitata a un massimo di quattro mesi se il centro degli interessi principali del debitore è stato trasferito a un altro Stato membro nei tre mesi precedenti alla presentazione di una richiesta di apertura della procedura di ristrutturazione preventiva.

9. Gli Stati membri provvedono affinché l'autorità giudiziaria o amministrativa possa revocare una sospensione delle azioni esecutive individuali nei casi seguenti:

a) la sospensione non soddisfa più l'obiettivo di agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione, ad esempio se risulta evidente che una parte di creditori che ai sensi del diritto nazionale può impedire l'adozione del piano di ristrutturazione non appoggia la continuazione delle trattative;

b) su richiesta del debitore o del professionista nel campo della ristrutturazione;

c) ove previsto dal diritto nazionale, se uno o più creditori oppure una o più classi di creditori sono o sarebbero ingiustamente pregiudicati dalla sospensione delle azioni esecutive individuali; oppure

d) laddove previsto dal diritto nazionale, se la sospensione comporta l'insolvenza di un creditore.

regolazione della crisi, preservando per la loro durata il patrimonio dell'imprenditore in difficoltà. È evidente, infatti, che le trattative non si possono svolgere con la dovuta serenità se l'imprenditore rimane esposto alle azioni esecutive e cautelari dei creditori che possono disgregare il patrimonio e l'operatività aziendale e creare un'alterazione del paritario trattamento tra i creditori, finendo col pregiudicare l'iniziativa intrapresa dall'imprenditore per emergere dalla situazione di crisi.

Gli Stati membri possono limitare, ai sensi del primo comma, la facoltà di revoca della sospensione delle azioni esecutive individuali a situazioni in cui i creditori non hanno avuto l'opportunità di essere ascoltati prima dell'entrata in vigore della sospensione o della concessione di una sua proroga da parte di un'autorità giudiziaria o amministrativa. Gli Stati membri possono prevedere un periodo minimo, che non deve eccedere il periodo di cui al paragrafo 6, durante il quale non è possibile revocare una sospensione delle azioni esecutive individuali.

Articolo 7 Conseguenze della sospensione delle azioni esecutive individuali. 1. Qualora un obbligo di un debitore, previsto dal diritto nazionale, di presentare istanza di apertura di una procedura di insolvenza che potrebbe concludersi con la liquidazione delle attività del debitore sorga durante una sospensione delle azioni esecutive individuali, esso è sospeso per la durata della sospensione. 2. La sospensione delle azioni esecutive individuali conformemente all'articolo 6 sospende, per la durata della sospensione, l'apertura, su richiesta di uno o più creditori, di una procedura di insolvenza che potrebbe concludersi con la liquidazione delle attività del debitore. 3. Gli Stati membri possono derogare ai paragrafi 1 e 2 in situazioni in cui il debitore sia incapace di pagare i suoi debiti in scadenza. In tali casi, gli Stati membri provvedono affinché l'autorità giudiziaria o amministrativa possa decidere di mantenere il beneficio della sospensione delle azioni esecutive individuali se, tenendo conto delle circostanze del caso, l'apertura di una procedura di insolvenza che potrebbe concludersi con la liquidazione delle attività del debitore non fosse nell'interesse generale dei creditori. 4. Gli Stati membri prevedono norme che impediscono ai creditori cui si applica la sospensione di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti essenziali, o di risolverli, anticiparne la scadenza o modificarli in altro modo a danno del debitore, in relazione ai debiti sorti prima della sospensione, per la sola ragione di non essere stati pagati dal debitore. I contratti pendenti essenziali devono essere intesi come i contratti pendenti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione comporterebbe la paralisi dell'attività del debitore. Il primo comma non impedisce agli Stati membri di conferire a tali creditori adeguate garanzie per evitare che subiscano un ingiusto pregiudizio in conseguenza di tale comma. Gli Stati membri possono prevedere che il presente paragrafo si applichi a contratti pendenti non essenziali. 5. Gli Stati membri assicurano che ai creditori non sia consentito di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti né di risolverli, di anticiparne la scadenza o di modificarli in altro modo a danno del debitore in forza di una clausola contrattuale che prevede tali misure, in ragione esclusivamente:

- a) di una richiesta di apertura di una procedura di ristrutturazione preventiva;*
- b) di una richiesta di sospensione delle azioni esecutive individuali;*
- c) dell'apertura di una procedura di ristrutturazione preventiva; oppure*
- d) della concessione di una sospensione delle azioni esecutive individuali in quanto tale.*

6. Gli Stati membri possono prevedere che una sospensione delle azioni esecutive individuali non si applichi ad accordi di netting, compresi accordi di netting per close-out, su mercati finanziari, mercati dell'energia e mercati dei prodotti di base anche nei casi in cui non si applica l'articolo 31, paragrafo 1, se tali accordi sono opponibili a norma delle legislazioni nazionali in materia di insolvenza. Tuttavia, la sospensione si applica, da parte del creditore all'esecuzione, di un credito da esso vantato nei confronti di un debitore in conseguenza dell'applicazione di un accordo di netting. Il primo comma non si applica ai contratti di fornitura di beni, servizi o energia necessari all'operatività dell'impresa del debitore, salvo che tali contratti costituiscano una posizione negoziata su una borsa valori o su un altro mercato, tale da poter essere sostituita in ogni momento al valore corrente di mercato. 7. Gli Stati membri provvedono affinché la scadenza del termine di sospensione di un'azione esecutiva individuale senza l'adozione di un piano di ristrutturazione non comporti di per sé l'apertura di una procedura di insolvenza che potrebbe concludersi con la liquidazione delle attività del debitore, a meno che sussistano altre condizioni per tale apertura a norma del diritto nazionale».

In tale contesto un ruolo cruciale è affidato alle misure protettive e cautelari¹⁰.

3.1. Misure protettive tipiche.

La legge distingue le misure protettive da quelle cautelari. La distinzione nasce dall'intuizione che il concetto di "cautela", elaborato dalla dottrina classica, va qui adattato. Entrambe sono misure che hanno lo stesso obiettivo: fare in modo che si possa salvare l'impresa in crisi. Di conseguenza, entrambe realizzano più che la "cautela", una "protezione" nella misura in cui è necessaria per raggiungere l'obiettivo. Lo fanno, tuttavia, in modo diverso: impedendo che l'imprenditore debitore sia aggredito e, quindi, proteggendolo; oppure salvaguardando il patrimonio aziendale e, quindi, "cautelandolo". una differenza sottile, ma non priva di rilievo pratico, perché la valutazione delle prime è di esclusiva pertinenza del Tribunale e può essere più che richiesta, sollecitata dall'imprenditore, là dove l'interesse per le seconde potrebbe anche rintracciarsi nei creditori o in alcuni di essi.

Le misure protettive, infatti, sono provvedimenti temporanei richiesti dal debitore per impedire che azioni o comportamenti dei creditori possano essere esiziali, compromettendo

¹⁰ Il nuovo approccio del legislatore ha inevitabilmente provocato l'interesse della dottrina. Senza pretesa di completezza qui si richiamano: M. M. AIELLO, *La protezione del debitore nel codice della crisi: un approccio sistematico*, in *Fall.*, 2023, p. 311 ss.; L. BACCAGLINI-L. CALCAGNO, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, in *Dirittodellacrisi.it*, 11 ottobre 2022; L. BACCAGLINI-I. PAGNI, *Misure cautelari e misure protettive nel Codice della Crisi: una chiave di lettura per l'impiego anche combinato dei diversi strumenti di tutela*, *ivi*, 4 marzo 2024; G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Ilcaso.it*, 18 luglio 2021; A. CARRATTA, *Le misure cautelari e protettive nel CCII dopo il d.lgs. n. 83/2022*, in *Dir. Fall.*, 2022, V, p. 859 ss.; L. DE GENNARO, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 3 dicembre 2024; C. DELLE DONNE, *La tutela del patrimonio e dell'impresa del debitore tra misure protettive e cautelari nel Codice della crisi*, in *Judicium*, fasc. 1/2020; F. DE SANTIS, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2021, p. 1536 ss.; *Id.*, *Le novità in materia di misure protettive e cautelari*, in *Proc. Conc.*, 2025, p. 36 ss.; *Id.*, *Il sistema dei rimedi nel cosiddetto procedimento "unitario"*, in *Fall.*, 2023, p. 310 ss.; A. DIDONE, *Le misure protettive/cautelari*, in *Fall.*, 2022, p. 1251 ss.; M. FABIANI, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi d'impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 849 ss.; *Id.*, *La tutela giurisdizionale nel codice della crisi d'impresa*, *Gli speciali del Foro italiano*, 3, 2022, p. 109 ss.; P. FARINA, *Le misure protettive richieste dopo la domanda di accesso allo strumento negoziale dall'inibitoria dell'azione di sfratto per morosità alla iscrizione nel registro delle imprese, della domanda integrativa*, in *Fallimento*, 2023, p. 687 ss.; R. GIORDANO, *Sub artt. 54-55*, in (diretto da) F. SANTANGELI, *Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2023, p. 377 ss.; M. MAGGIONE, *Interferenze tra misure cautelari, misure protettive atipiche (nel procedimento unitario) e tutela d'urgenza (nel processo civile)*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa*, 4/2025, p. 515 ss.; C. MANCUSO, *Le misure protettive e cautelari*, in *Crisi e insolvenza dopo il Correttivo ter G.U. 27 settembre 2024, n. 227*, diretto da M. IRRERA e A. CERRATO, Bologna, 2024, p. 842 ss.; M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni*, in [ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it](https://www.ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it), 24 dicembre 2021; G. N. NARDO, *La composizione della crisi di impresa tra autonomia e poteri decisorio del giudice*, in questa Rivista, p. 521 ss.; I. PAGNI, *Le misure protettive e le misure cautelari nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Società*, 2019, p. 438 ss.; *Id.*, *Il "sistema" delle misure protettive e cautelari negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza: note a margine di un provvedimento del Tribunale di Milano, nota a Trib. Milano*, in *Fall.*, 2024, p. 279 ss.; *Id.*, voce *Misure cautelari e protettive (diritto dell'insolvenza)*, in *Enc. dir.*, volume tematico *Crisi di impresa*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2024, p. 869 ss.; G. RANA, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021*, in *Fall.*, 2022, p. 282; F. ROLFI, *Il procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, Milano, 2023, p. 173 ss.; T. SENNI, *Misure protettive e misure cautelari: una "staffetta" impossibile?*, in *Dirittodellacrisi.it*, 10 settembre 2024.

le iniziative intraprese per la gestione della crisi o dell'insolvenza, anche durante la fase preliminare delle trattative. Queste misure includono la sospensione delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, nonché la sospensione dei termini di prescrizione e decadenza. L'obiettivo principale è creare un ambiente stabile che favorisca le trattative e le soluzioni negoziate, evitando che iniziative individuali dei creditori possano pregiudicare gli sforzi di risanamento dell'azienda o di ristrutturazione dei debiti.

Le misure protettive tipiche non sono una novità del Codice della crisi, essendo state mutate dalla legge fallimentare (artt. 51 e 168 L.F.), con la differenza che esse non sono rivolte a una migliore soddisfazione della massa creditoria e, quindi, non hanno di mira la tutela di quest'ultima, ma hanno come obiettivo la possibilità di mantenere intatto il valore aziendale e la capacità di iniziativa imprenditoriale nell'interesse generale e, quindi, operano inevitabilmente secondo un meccanismo di semi-automaticità su richiesta del debitore¹¹.

L'addentellato normativo si rinviene nell'art. 2, lett. p) del Codice della crisi, secondo cui tutte le misure protettive (sia tipiche che atipiche) sono misure temporanee che possono essere chieste dal debitore «*anche prima dell'accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*» per evitare che determinate «*azioni o condotte*»¹² poste in essere dai creditori vanifichino le iniziative intraprese dall'imprenditore per la ripresa dell'azienda, assicurando «*il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi e dell'insolvenza*».

Sono finalizzate a garantire la stabilità del patrimonio dell'impresa in difficoltà e a tal fine erigono una sorta di scudo protettivo principalmente rispetto alle azioni esecutive e cautelari da parte dei creditori che vengono sospese per tutta la loro durata. Le caratteristiche principali delle misure protettive tipiche consistono nell'essere previste direttamente dalla legge e di essere concesse in caso di richiesta del debitore che presenta una domanda di accesso a strumenti di regolazione della crisi. In realtà le misure protettive tipiche possono essere concesse anche successivamente alla presentazione della domanda di composizione negoziata o di risanamento dell'azienda e realizzano una protezione eccezionale per l'azienda

¹¹ La giurisprudenza ha chiarito che l'omissione di tale richiesta non preclude la possibilità di presentare un'istanza successiva; così Trib. Roma, (decr.) 4 novembre 2022 osserva che «*la durata delle misure protettive è fissata in ogni caso nella misura massiva di 12 mesi (art. 8 del CCII): una diversa interpretazione che permettesse di avanzare la richiesta di misure protettive unicamente in sede di primo atto di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi (ossia, ordinariamente, in sede di domanda prenotativa di concordato) finirebbe col costringere il debitore non solo ad anticipare la richiesta rispetto all'effettiva insorgenza dell'esigenza protettiva, ma soprattutto a consumare parte del periodo di protezione nonostante non ne abbia necessità (rischiando, in tal modo, di non avere poi sufficiente "copertura protettiva" sino all'eventuale omologazione) sol perché gli verrebbe preclusa la possibilità di avanzare tale richiesta in un momento successivo, così frustrando la ratio della normativa che è quella, all'opposto, di circoscrivere temporalmente le misure protettive al minimo ritenuto indispensabile sia dal debitore che dal Tribunale*». Per il procedimento di negoziazione assistita, non sorgono dubbi interpretativi, giacché l'art. 18 prevede che l'imprenditore possa chiedere l'applicazione di misure protettive del patrimonio «*con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza presentata con le modalità di cui all'articolo 17, comma 1*».

¹² Così a seguito della modifica apportata dal d.lgs. 13 settembre 2024, n. 136, su cui vedi *infra* § 3.4.

che, per tutta la loro durata, gode di una immunità rispetto alle iniziative di terzi volte a intaccare il patrimonio aziendale e a minare il buon esito della trattativa intrapresa. Le misure protettive hanno un'efficacia temporanea, che prevede una durata di 4 mesi, prorogabile fino a 12 mesi e cessano di avere effetto al momento della pubblicazione della sentenza di omologazione dello strumento di regolazione della crisi o di apertura della procedura di insolvenza. Con tali misure il Tribunale dispone la sospensione delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, l'impossibilità di intraprendere azioni esecutive, l'impossibilità di risolvere i contratti in corso a causa dell'apertura di una procedura di crisi, la sospensione del termine di prescrizione e di decadenza per l'esercizio dei diritti da parte dei creditori, l'inammissibilità delle revocatorie fallimentari per gli atti compiuti dal debitore in buona fede nel periodo protetto.

3.2. Misure protettive atipiche.

Le misure protettive atipiche rappresentano una vera novità del Codice della crisi, non essendovene traccia nella legge fallimentare. Non sono previste dalla legge, potendo essere concesse dal tribunale -su richiesta del debitore - in base alla specificità del caso concreto e in funzione della tutela degli interessi in gioco *«per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare il buon esito delle trattative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza»* (si riporta nuovamente l'art. 2, lett. p) Codice della crisi)¹³. È evidente che la loro adozione richiede una attenta e responsabile valutazione da parte del Tribunale, perché queste misure, a differenza di quelle tipiche, non sono generali e, quindi, non producono effetti su tutto il ceto creditorio, ma inevitabilmente finiscono con l'incidere sulla posizione di taluni e, quindi, per alterare la *par condicio*. E infatti esse non partecipano del regime della semi-automaticità, essendo oggetto di una valutazione giudiziale e sono concesse solo con un provvedimento costitutivo del tribunale, previa instaurazione del contraddittorio con le parti interessate: la loro natura personalizzata e la loro flessibilità contenutistica le rende inidonee a una generalizzata applicazione *erga omnes*, dovendo modellarsi sulla situazione di volta in volta prefigurata dalla parte istante. Ne deriva per l'imprenditore un onere di allegazione più specifico rispetto alle misure tipiche, dovendo dimostrare non solo la necessità della misura, ma anche il suo concreto impatto sulla continuità aziendale.

Tali misure possono riguardare rapporti non strettamente patrimoniali, ma anche misure di blocco di decisioni societarie che potrebbero pregiudicare la ristrutturazione. Si pensi, ad esempio, al blocco temporaneo delle azioni revocatorie non previste dal CCII, se ritenute dannose per il percorso di risanamento; alla sospensione di specifiche obbligazioni

¹³ M. FABIANI, *cit.*, osserva giustamente che *«non vi è un catalogo perché ciò che conta è l'efficacia, l'effettività e la strumentalità. Le misure protettive devono essere in grado di perseguire l'obiettivo di evitare che azioni dei creditori possano porre a rischio le iniziative per l'accesso ad un concordato o ad un accordo»*.

contrattuali che potrebbero compromettere l'equilibrio finanziario dell'impresa; alla limitazione temporanea delle facoltà di voto nelle assemblee societarie per evitare manovre ostili da parte di soci o creditori; all'inibizione di azioni di escussione delle garanzie personali rilasciate da terzi (es. fideiussioni), per non compromettere il piano di risanamento.

Ciò spiega per quale ragione secondo il d. lgs. 13 settembre 2024 n. 136, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 27 settembre 2024, meglio noto come decreto correttivo-*ter* non è possibile ottenere misure protettive atipiche nella fase di pre-concordato, durante la quale sono invece fruibili misure cautelari. Si ritiene che la possibilità di tali misure in questa fase farebbe pagare prezzi troppo alti alle esigenze del paritario trattamento.

3.3. Misure cautelari.

Le misure cautelari sono provvedimenti emessi dal giudice su istanza di parte, finalizzate a tutelare il patrimonio o l'impresa del debitore. L'obiettivo di questi provvedimenti risiede nell'assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative o l'efficacia degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. A differenza delle misure protettive, le misure cautelari possono essere richieste non solo dal debitore, ma anche dai creditori, dal pubblico ministero e dagli organi di controllo o di vigilanza. Tali misure, pur avendo una finalità affine a quella delle misure protettive, si distinguono per il loro contenuto, per il regime normativo applicabile e per la provvisorietà. In particolare, l'art. 2, lett. q) del CCII definisce le misure cautelari come strumenti che *«appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative, gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza e l'attuazione delle relative decisioni»*, attraverso provvedimenti emessi dal giudice competente. Questi provvedimenti sono caratterizzati da una durata limitata e provvisoria, nonché da un contenuto necessariamente atipico e flessibile. Infatti, le misure cautelari si applicano in via residuale rispetto alle misure protettive, condividendone l'obiettivo principale, che consiste nel preservare il patrimonio e la stabilità dell'impresa, ma differenziandosi per la disciplina e per le condizioni di applicazione. Tuttavia, a differenza delle misure protettive, che possono essere concesse con un meccanismo di semi-automaticità, l'efficacia delle misure cautelari è subordinata a una specifica istanza della parte interessata, che viene esaminata e decisa nell'ambito del procedimento previsto dagli artt. 19 e 55 del CCII. Questo procedimento richiede una valutazione attenta e discrezionale da parte del tribunale, il quale deve verificare la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, valutando se le circostanze e le esigenze rappresentate dal richiedente giustifichino l'adozione delle misure richieste.

È evidente che queste "cautele" non sono strumentali rispetto alla decisione di merito e, quindi, non sono emesse per assicurarne gli effetti. Ciò spiega la ragione per la quale gli artt. 19, comma 7, e 54, comma 1 del CCII escludono l'applicazione degli articoli 669 *octies*, commi 1°, 2° e 3°, e 669 *novies* del codice di procedura civile. In questo contesto, non avrebbe senso

prevedere un onere per il debitore o per gli altri soggetti legittimati a fare richiesta di cautela di instaurare un giudizio di merito per mantenere l'efficacia delle misure cautelari; esse sono finalizzate esclusivamente alla salvaguardia del patrimonio e alla facilitazione delle trattative. Un ulteriore aspetto rilevante delle misure cautelari è la loro flessibilità: non essendone predeterminato il contenuto, possono essere concesse in funzione delle specifiche esigenze di tutela rappresentate dal richiedente. Spetta a quest'ultimo individuare gli interventi necessari e motivare la loro utilità, mentre al tribunale compete il compito di valutarne la giustificazione e di determinarne la concreta attuazione. Tale discrezionalità consente al giudice di adattare le misure cautelari alle variabili situazioni dell'impresa, garantendo una risposta efficace e personalizzata alle necessità emergenti.

In sintesi, le misure cautelari si configurano come strumenti essenziali e flessibili, che - pur condividendo la finalità di protezione delle misure protettive - ne differiscono per modalità applicativa e presupposti di concessione e possono differirne per contenuto, dimostrando una spiccata capacità di adattamento alle peculiarità del caso concreto. Tra le misure cautelari rientrano, ad esempio, la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, il sequestro di beni o altri provvedimenti conservativi¹⁴.

Secondo l'opinione condivisa, la flessibilità e la duttilità delle misure cautelari (e di quelle protettive) non comporta che il giudice sia libero di scegliere la misura che meglio si adatta alla protezione del patrimonio o alla salvaguardia dell'attività imprenditoriale¹⁵. Anche in tali procedimenti deve essere rispettato il principio di corrispondenza tra il chiesto e il

¹⁴ In proposito, si segnala un'interessante ordinanza del Tribunale di Napoli (Est. Cacace) del 4 marzo 2024; il Tribunale, dopo avere verificato la corretta instaurazione del contraddittorio e avere valutato la sussistenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, ha accolto il ricorso cautelare volto a consentire alle amministrazioni pubbliche debentriche dell'impresa - che aveva presentato una domanda di concordato in bianco in continuità aziendale - di pagare i debiti in favore dell'azienda in crisi, pur in assenza del formale provvedimento dell'ente previdenziale attestante la regolarità contributiva; ha così dichiarato, *per la sola durata della procedura di concordato preventivo* che, in ragione della presenza dei presupposti per il rilascio in favore dell'imprenditore del c.d. Durc gli enti pubblici debitori possano corrispondere i pagamenti di quanto da loro dovuto in favore dell'impresa anche in assenza di formale rilascio del documento unico di regolarità contributiva; l'ordinanza non è pubblicata. Cfr. C. DELLE DONNE, *cit.*, nota 29.

¹⁵ Con riferimento al rispetto del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato nel procedimento cautelare uniforme, si rinvia a A. CARRATTA, *Procedimento cautelare uniforme*, in *I procedimenti cautelari*, a cura di A. CARRATTA, Bologna, 2013, p. 121; G. FRUS, *Riflessioni sul petitum cautelare, tra rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e potere discrezionale del giudice*, in *Giur. It.*, 1998, Torino, p. 197 ss.; in senso contrario E. MERLIN, voce «*Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*», in *Dig. Civ.*, Torino, 1996, XIV, p. 402 ss. secondo cui il giudice non è vincolato all'indicazione della misura cautelare richiesta, essendo sufficiente che nel ricorso sia individuata la finalità che si intende perseguire. La questione è stata affrontata dalla dottrina con riguardo al provvedimento d'urgenza: secondo parte della dottrina il provvedimento del giudice deve avere un contenuto rigorosamente conforme alla domanda proposta, F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, p. 300; A. PANZAROLA, *I provvedimenti d'urgenza dell'art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti cautelari*, *cit.*, p. 745; in senso contrario, G. ARIETA, *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 596.

pronunciato¹⁶. Il giudice resta, quindi, vincolato alla domanda proposta dalla parte ricorrente, dovendo attenersi scrupolosamente al contenuto del ricorso e alle richieste formulate dalla parte; dovrà, pertanto, emettere una decisione contenuta nel perimetro delineato dal ricorrente. Pertanto, sia nell'ambito del ricorso volto a ottenere la concessione di una misura protettiva atipica sia in quello finalizzato alla concessione di una misura cautelare, il ricorrente sarà tenuto necessariamente a specificare il tipo di provvedimento cui mira per dare la possibilità al giudice di pronunciarsi, accogliendo o denegando la richiesta. Si è, però, dell'idea che, in un settore ove il giudice svolge un ruolo regolatore più che decisorio, vi debba essere una doverosa collaborazione tra il giudice e le parti coinvolte che dovrebbe consentire a queste ultime di rimodulare le richieste sulla base dei rilievi del giudice piuttosto che ricevere un secco rigetto dell'istanza. Si ritiene, pertanto, ammissibile la *mutatio libelli* nel corso del procedimento, purché sia salvaguardato il rispetto delle formalità essenziali a garantire il contraddittorio tra le parti; conseguentemente, in caso di contumacia dei destinatari del provvedimento, la domanda modificata andrà loro notificata e, ove dovesse persistere la loro contumacia, il giudice potrà pronunciarsi sulla nuova richiesta soltanto dopo avere verificato la ritualità della notifica.

3.4. Modifiche normative recenti.

Con l'entrata in vigore del citato decreto correttivo-ter (d. lgs. 13 settembre 2024, n. 136), sono state apportate modifiche significative al CCII in materia di misure protettive e cautelari. Tra le novità principali, è stata ampliata la definizione di misure protettive per includere non solo le azioni giudiziarie dei creditori, ma anche le condotte che possano pregiudicare le trattative o la ristrutturazione. Inoltre, è stato chiarito che le misure protettive "atipiche" possono essere concesse anche dopo l'esaurimento delle misure tipiche, a condizione che sia stata presentata una domanda completa (c.d. piena) al tribunale.

In conclusione, le misure protettive e cautelari nel Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza rappresentano strumenti fondamentali per salvaguardare il patrimonio dell'imprenditore e facilitare il successo delle procedure di risanamento, garantendo un equilibrio tra le esigenze del debitore e quelle dei creditori.

¹⁶ Per la specifica questione in relazione al Codice della crisi, si rinvia a L. BACCAGLINI e S. LEUZZI, *Su natura, funzione e limiti delle misure protettive e cautelari nel sistema concorsuale (considerazioni a margine di un recente rinvio pregiudiziale e di altre ordinanze)*, in *Dirittodellacrisi.it*, 10 febbraio 2025, secondo cui «La formulazione, voluta ampia e generica dell'art. 54, comma 1, CCII, si spiega con l'obiettivo del legislatore di garantire (se fondato) qualsiasi bisogno di tutela provvisoria del debitore, nel rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale, riconosciuto dalla stessa Costituzione. Questa circostanza, unita al fatto che le misure protettive atipiche e quelle cautelari rispondono al medesimo regime, sembra rendere nominalistica la distinzione tra le due tipologie, al punto che il giudice, senza violare il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, potrebbe accogliere una misura (qualificata dal debitore come protettiva atipica) concedendo un provvedimento cautelare»; I. PAGNI, *Misure cautelari e protettive*, cit., p. 872.

4. Il provvedimento del Tribunale di Brindisi del 3 dicembre 2024 e il rinvio pregiudiziale.

Le osservazioni che precedono mirano a evidenziare che tutte queste misure devono essere esaminate senza essere pregiudicati dalla dottrina classica che aveva elaborato la categoria delle misure cautelari in funzione della decisione di merito. Ma il dibattito dottrinale è ancora alle sue battute iniziali. Lo dimostra l'ordinanza del Tribunale di Brindisi del 3 dicembre 2024¹⁷, con la quale il giudice delegato si è interrogato sulla possibilità di convertire le misure protettive in misure cautelari, una volta che le prime siano decadute¹⁸.

Il tribunale brindisino ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione¹⁹ per sollecitare un intervento chiarificatore al fine di stabilire se le misure protettive debbano

¹⁷ Trib. Brindisi, 3 dicembre 2024, in *Dirittodellacrisi.it*. L'ordinanza è commentata da L. BACCAGLINI e S. LEUZZI, *Su natura, funzione e limiti delle misure protettive e cautelari*, cit.

¹⁸ Si riportano di seguito i quesiti rimessi alla Corte di cassazione: «1. Quale natura giuridica abbiano le misure protettive (tipiche e atipiche) e, in particolare, se le stesse: a) siano ascrivibili, in alternativa, al genus delle misure cautelari a tipiche ex art. 700 cpc, o siano, comunque, accomunabili alla species delle misure d'urgenza endoconcorsuali, connotate dalla c.d. strumentalità attenuata, con conseguente necessità di accertare in relazione ad esse il duplice requisito del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*; b) abbiano natura non cautelare, con conseguente esenzione del suddetto vaglio; 2. In ogni caso, quali debbano ritenersi i presupposti applicativi per la concessione delle misure protettive (tipiche e atipiche); 3. Se la sospensione degli effetti cambiari e degli assegni postdatati debba essere qualificata quale misura protettiva atipica o quale misura cautelare, con conseguente riconducibilità del provvedimento suddetto al novero delle une o delle altre e quali siano i presupposti applicativi; 4. Se l'impresa istante possa o meno beneficiare di una misura cautelare dello stesso contenuto di quella atipica richiesta, conseguita e che sia già scaduta. Ciò, in considerazione del limite, perentorio e improrogabile, di 12 mesi cui soggiacciono le (sole) misure protettive».

¹⁹ Sull'istituto di recente conio, si vedano, senza pretesa di completezza, A. BRIGUGLIO, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Cassazione*, in *Il Processo*, 2022, p. 947 ss.; V. CAPASSO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione ed il "vincolo" di troppo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 587; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, p. 113; *Id.*, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione "soggettivamente complessa"*, in *Giur. It.*, 2023, p. 473; M. CIRULLI, *Osservazioni sull'art. 363 bis c.p.c.*, in *Judicium.it*, 8 novembre 2024; M.A. COMASTRI, *La pregiudiziale interpretativa innanzi alla corte di cassazione*, in *Il processo civile dopo la riforma d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di C. CECHELLA, Milano, 2023, p. 141 ss.; A. FABBI, *Il rinvio pregiudiziale alla "Corte"*, in *Judicium.it*, 11 aprile 2023; A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 667 ss.; A. MONDINI, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo*, in *Judicium.it*, 27 dicembre 2022; A. PANZAROLA, *Introduzione al rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione (art. 363-bis)*, Pisa, 2023, p. 1 ss.; L. PASSANANTE, *Le impugnazioni civili dopo il d.lgs 10 ottobre 2022, n. 149 § 7*, in *Quest. Giust.*, 1/2023; G. SCODITTI, *Brevi note sul nuovo istituto del rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *Quest. Giust.*, 3/2021, p. 3 ss.; C. SILVESTRI, *Il rinvio per interpretazione pregiudiziale alla Corte di cassazione a oltre un anno dalla sua entrata in vigore*, in *Judicium.it*, 3 ottobre 2024; R. TISCINI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione dell'art. 363-bis c.p.c. La disciplina. La casistica*, in *Giust. civ.*, 2023, p. 343 ss.; M. TURRINI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione e principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1609. Per G. VERDE, *Il metodo delle riforme nella giustizia civile. Passato e presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, p. 64 ss., si è «introdotto un caso di pregiudizialità artificiale, con necessaria sospensione del processo, che la parte dovrà subire addirittura senza rimedi. Paradossalmente, in una legge dettata dall'obbligo della accelerazione (e con l'obiettivo di contenere i ricorsi al giudice), si è introdotta una disposizione che allontana la decisione di merito, che, anche se di primo grado, è comunque esecutiva. Oltre i dubbi di natura tecnica, si impone un'ulteriore riflessione. La disposizione, infatti, è il prodotto della svalutazione del fatto, là dove fatto e diritto sono indissolubili come la carne e il sangue». Critiche sono state espresse anche da F. BARBIERI, *Brevi considerazioni sul rinvio pregiudiziale in Cassazione: il giudice di merito superiorem recognoscens*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, pp. 369 ss.; B. CAPPONI, *E' opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di cassazione?*, in *Giustiziainsieme.it*, 19 giugno 2021; M. FABIANI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, pp. 197 ss.; G. SCARSELLI, *Note sul rinvio pregiudiziale alla*

rientrare nella categoria delle misure cautelari e, in caso affermativo, se sia necessario il duplice vaglio del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Ha evidenziato che la scelta interpretativa ha rilevanti implicazioni pratiche, in quanto potrebbe determinare un accesso più o meno restrittivo a tali strumenti di tutela nel contesto della regolazione della crisi d'impresa.

Ciò è opportuno anche in ragione delle innovazioni introdotte. Una delle principali innovazioni la si rinviene negli artt. 19 e 55 del Codice della crisi, che prevedono ora l'obbligo di pubblicazione nel registro delle imprese del decreto di fissazione dell'udienza per la conferma delle misure protettive. Il Tribunale può inoltre disporre specifiche modalità di notificazione per garantire la partecipazione dei creditori. Questa modifica mira a colmare un vuoto normativo relativo alle forme di pubblicità della procedura di conferma, revoca o modifica delle misure protettive, rendendo più trasparente il processo.

Un'altra modifica assai rilevante del correttivo riguarda la gestione dei rapporti bancari e finanziari nel contesto delle misure protettive. Il correttivo stabilisce che l'accesso alla composizione negoziata non comporta automaticamente la sospensione dell'erogazione del credito da parte delle banche, ma lascia agli istituti finanziari la facoltà di decidere in base ai principi di vigilanza prudenziale (cfr. Trib. Milano, 7 luglio 2024²⁰; Trib. Udine, 30 aprile 2024²¹). E la previsione conferma che le scelte del sistema bancario devono essere fondate su valutazioni prudenziali autonome, in linea con la normativa comunitaria e le disposizioni della Banca Centrale Europea. Allo stesso tempo, viene imposto agli intermediari finanziari l'obbligo di riattivare immediatamente le linee di credito sospese in caso di conferma delle misure protettive, salvo che la sospensione sia giustificata da specifiche ragioni prudenziali.

Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito, in Giustiziainsieme.it, 5 luglio 2021; G. TRISORIO LIUZZI, La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale, in Judicium.it, 9 dicembre 2024, che evidenzia l'effetto negativo che avrà l'applicazione di questo istituto sul processo consistente nella sospensione che consegue automaticamente alla pronuncia dell'ordinanza di rinvio alla Corte di cassazione. L'A. afferma che «è un evidente controsenso, da un lato, affermare che la riforma del sistema giudiziario deve perseguire la riduzione dei tempi del processo e, dall'altro, contemplare un nuovo istituto che comporta la sospensione del processo che, come è noto, arresta il processo, allunga i tempi di definizione del giudizio ed impedisce sia pure momentaneamente al giudice di decidere e alla parte di avere giustizia. Sottolineava Salvatore Satta che la sospensione del processo è "un diniego di giustizia, sia pure temporaneo". Un istituto che dottrina e giurisprudenza considerano eccezionale perché contrario alla natura del processo, che è fatto per procedere e non per arrestarsi...se proprio si vogliono ridurre i tempi dei processi, bisognerebbe eliminare le ipotesi di sospensione e non introdurne di nuova»; e manifesta peraltro preoccupazione per i tempi di attesa della decisione, essendo la Cassazione già oberata di lavoro.

²⁰ La cui massima è la seguente: «Qualora nel corso della composizione negoziata si determini una esigenza cautelare per l'imminente sopraggiungere della scadenza ultima delle misure protettive del patrimonio confermate erga omnes, il presidio può essere riconosciuto se è richiesto un provvedimento specifico nei confronti di destinatari determinati, finalizzato ad assicurare provvisoriamente l'esito delle trattative. Trattasi di tutela interinale personalizzata per lo specifico debitore e per le peculiari esigenze delle trattative in corso con i creditori».

²¹ Secondo cui «Il contenuto delle misure cautelari atipiche può risultare il medesimo di quelle protettive tipiche qualora ciò risulti necessario per condurre a termine le trattative e sia però scaduto il termine massimo di 240 giorni previsto per la durata di queste ultime dall'ultimo periodo dell'art. 19, comma 5, CCI».

Il correttivo ha inoltre chiarito che le misure protettive atipiche possono avere lo stesso contenuto di quelle tipiche e possono essere concesse anche dopo la scadenza del limite massimo annuale di cui all'art. 8 CCI, purché l'imprenditore abbia presentato una proposta di accordo e un piano dettagliato. Tuttavia, il legislatore non ha fornito indicazioni sulla possibilità di ricorrere a misure cautelari dopo la scadenza di quelle protettive, lasciando aperta una questione interpretativa cruciale. Nell'articolata ordinanza il Tribunale brindisino afferma, tuttavia, che le novità procedurali introdotte dal citato decreto correttivo-*ter* non hanno risolto le incertezze interpretative relative alla qualificazione giuridica delle misure protettive e alla loro sistematizzazione. E, quindi, non è male che intervenga una pronuncia della Corte di cassazione che faccia chiarezza.

In particolare, non è possibile ottenere misure protettive atipiche nella fase di pre-concordato, durante la quale sono invece fruibili misure cautelari. Questo aspetto suggerisce una distinzione tra misure protettive e cautelari basata sul momento procedimentale della richiesta.

Quindi il Tribunale evidenzia l'attuale incertezza normativa che impone un chiarimento da parte della Suprema Corte sulla qualificazione giuridica delle misure protettive. Secondo il Tribunale se le misure fossero assimilabili alle misure cautelari atipiche ex art. 700 c.p.c., ci sarebbe l'obbligo di accertare il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* per la loro concessione. Tuttavia, secondo il Tribunale il diverso *nomen iuris* suggerisce che il legislatore abbia voluto differenziare le due categorie, attribuendo alle misure protettive un diverso ambito applicativo.

Secondo il Giudice remittente la distinzione ha un impatto significativo sull'accessibilità delle misure protettive: se fossero trattate come misure cautelari, sarebbe richiesto un onere probatorio più elevato per la loro concessione, limitando la tutela delle imprese in difficoltà. Ad avviso del Giudice remittente, siffatta conclusione priverebbe di rilevanza operativa le misure protettive e si porrebbe in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale che si rinviene, a livello nazionale, negli artt. 24 e 113 Cost, e, a livello comunitario, negli artt. 6 e 13 Cedue e 47 Cdfue. Il Tribunale propone, pertanto, la soluzione di distinguere ontologicamente le misure protettive rispetto alle misure cautelari; scelta giustificata anche in base al principio costituzionale di ragionevolezza e a quello comunitario di proporzionalità, richiamati dal Giudice delle leggi in ipotesi di fattispecie prive di specifica regolamentazione.

Si ha l'impressione che la questione sia stata mal posta, in quando condizionata dall'idea che in questo settore si possa parlare di "misure cautelari" allo stesso modo in cui se ne parla nell'ordinario processo di cognizione. Non è così. Le disposizioni sul processo cautelare contenute nel codice di rito sono richiamabili in questa sede nella misura in cui, non essendoci una normativa "ad hoc", sia necessario fare ad essa riferimento in presenza di una necessaria piattaforma comune. Ad avviso di chi scrive, è evidente che i requisiti del *fumus boni iuris* e

del *periculum in mora* sono del tutto diversi poiché le misure definite cautelari o protettive hanno uno scopo del tutto diverso, non tutelando -come direbbe Chiovenda- l'attore che ha ragione, ma l'imprenditore in difficoltà. Di conseguenza il *fumus* si concreta in una sorta di giudizio di "meritevolezza" (ossia di probabilità che il tentativo di risanamento abbia successo) e il *periculum* in una valutazione di "opportunità" (ossia di misure necessarie per rendere fattibile il tentativo)²².

Ed è anche fuorviante parlare di "onere probatorio" che ricorre quando il giudice deve accertare i fatti per derivarne le conseguenze giuridiche: qui il giudice deve "valutare" la situazione sulla base dei dati che gli sono stati offerti non per "qualificarla" giuridicamente, ma per adottare le misure "opportune"²³.

5. La complementarità tra le forme rimediali.

Convieni, anche a costo di qualche ripetizione, sintetizzare le conclusioni raggiunte. La misura cautelare, come chiarito nel precedente § 3, ha la funzione di assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e degli strumenti di regolazione della crisi e/o dell'insolvenza, nonché delle relative procedure. La valutazione in ordine alla sua concessione va fatta *ex ante* e adottata in base alle circostanze, affinché risulti la più idonea alla situazione specifica. Tale misura può essere disposta non solo per la protezione del patrimonio della società in crisi (impedendo azioni esecutive finalizzate all'espropriazione forzata di beni), ma anche per garantire la salvaguardia dell'impresa nel suo complesso e, in particolare, la continuità aziendale.

Sotto il profilo della tutela patrimoniale, la giurisprudenza ha ampiamente riconosciuto la possibilità di adottare misure cautelari volte a inibire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio della società debitrice, nonché sui beni e sui diritti con cui viene esercitata l'attività d'impresa. Il secondo profilo, relativo alla tutela della continuità aziendale, emerge chiaramente dall'interpretazione dell'art. 2, lett. q) del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) e trova conferma nella giurisprudenza di merito.

Orbene tutti gli strumenti per affrontare situazioni di crisi presuppongono sempre una valutazione preliminare circa l'idoneità del procedimento "a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio economico-finanziario" (come enunciato ad esempio nell'art. 56 del d.lgs. n. 14/2019). È inevitabile che si tratti di un

²² La dottrina, richiamata alle note 7 e 8, si è interrogata sul *fumus boni iuris*, che Chiovenda identificava con la "possibilità di diritto" e Calamandrei con "l'apparenza del diritto"; sul *periculum in mora* che riportava al danno in vista della futura cognizione o esecuzione, notando che spesso fa aggio sulla stessa verosimiglianza della pretesa (cfr. E. Merlin e G. Verde, cit.); sulla natura della cognizione, che, come notava soprattutto L. MONTESANO, cit., è incompleta, ma non superficiale. Sembra evidente che queste discussioni non abbiano senso se rapportate alle misure cautelari e protettive nei procedimenti di gestione delle imprese in crisi, come viene evidenziato nel testo.

²³ Sulla differenza tra *accertamento* e *valutazione*, si veda di recente G. VERDE, *Attualità del principio dell'onere della prova*, in *Il processo*, 2024, p. 625 ss., spec. p. 638 ss.

giudizio prognostico di "fattibilità" (si veda l'art. 70, comma 4). In questi casi il compito del giudice è di emettere provvedimenti "allo stato degli atti", suscettibili di revisione, modulazione o addirittura abbandono dinanzi ad evidenze sopravvenute o all'emersione di una situazione di irrimediabile insolvenza (art. 72), un ruolo che non ha nulla a che vedere con l'attuazione della legge, con l'accertamento dei diritti e con il giudicato.

In tale contesto i provvedimenti interinali assumono un ruolo decisivo, diventando essenziali per creare le condizioni necessarie affinché i tentativi di risanamento abbiano effettive possibilità di successo. Si è già detto che il d. lgs. n. 14/2019 prevede "misure protettive" e "misure cautelari", riferendosi con le prime a provvedimenti temporanei richiesti dal debitore per impedire azioni creditorie pregiudizievoli al buon esito delle iniziative intraprese e con le seconde a provvedimenti adottati direttamente dal giudice, su richiesta del soggetto interessato, a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore.

Queste misure non hanno alcuna correlazione con i pregiudizi derivanti dall'attesa di una decisione nel merito, bensì proteggono o assicurano la continuità operativa di attività economiche che permangono possibili nonostante le difficoltà dell'imprenditore. La stessa distinzione tra misure "protettive" e "cautelari" sembra derivare da un eccessivo scrupolo classificatorio, volto a separare artificiosamente la tutela delle iniziative economiche da quella patrimoniale, mentre nella realtà si tratta di strumenti necessariamente atipici e plasmabili sulle esigenze specifiche del caso, dotati di capacità "mimetica"²⁴, fondati, in definitiva, sui poteri di "sospensione" o di "divieto" e sugli obblighi di "manutenzione".

Lo scrupolo terminologico comporta conseguenze pratiche: l'art. 19, dopo una dettagliata disciplina procedimentale per l'adozione di tali misure, rinvia agli artt. 669-*bis* e seguenti c.p.c., escludendo alcune disposizioni specificamente correlate alla funzione cautelare tradizionale, quasi per prudente precauzione contro eventuali lacune normative. E questa prudenziale

²⁴ L'espressione è di C. DELLE DONNE, *cit.*, la quale, dopo avere osservato che le misure protettive sono caratterizzate dalla temporaneità e le misure cautelari invece dalla provvisorietà, evidenzia che «la differenza tende a sfumare sotto il profilo della funzionalizzazione a soddisfare le esigenze a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore (sia pure dai diversi punti di vista emergenti dalle differenti legittimazioni) e sotto il connesso profilo dei possibili contenuti. Proprio questa capacità mimetica rende verosimile supporre che il Codice della crisi abbia raccolto l'eredità della prassi rendendo estremamente duttili gli strumenti di tutela. Da un lato ha generalizzato un controllo penetrante del giudice sulle misure protettive, almeno alcune, presidiandole con una rigida temporaneità per evitarne l'abuso, e ne ha confermato l'accesso al solo debitore istante per la regolazione della crisi e (oggi anche per quella) dell'insolvenza. Dall'altro ha però recuperato al giudice ed alle parti, in sede cautelare, gli spazi di manovra indispensabili per soddisfare, tra le tante possibili, anche quelle esigenze di tutela rimaste eventualmente frustrate dalla rigida temporaneità delle misure protettive...Ciò che conta è tuttavia chiaro: il Codice sembra confermare che è la atipicità sia delle misure cautelari che di quelle protettive a renderle funzionali a soddisfare, ciascuna nel suo terreno di elezione e sempre sotto stretto controllo giudiziale, le più disparate esigenze di tutela. Ma è la provvisorietà che rende le misure cautelari, a differenza delle misure protettive, capaci inseguire e neutralizzare il periculum fino al sopraggiungere del provvedimento di regolazione della crisi o dell'insolvenza, ed è in esse che il Codice sembra confidare quali strumenti di chiusura del sistema». Per L. BACCAGLINI, *Protezione e cautela del patrimonio dopo il D. Lgs. N. 136/2024, anche in pendenza di una domanda di accesso con riserva allo strumento*, in *Procedure concorsuali e crisi d'impresa*, 2024, p. 1663 ss., la distinzione tra misure protettive e cautelari è puramente nominalistica; si veda anche la nota 15.

disciplina conferma l'idea che questi rimedi innominati siano assolutamente estranei alla tutela cautelare tradizionale, essendo volti non a tutelare la durata del processo, ma ad agevolare l'attuazione di iniziative economiche salvifiche per l'impresa.

Occorre, quindi, verificare se un debitore che abbia già usufruito delle misure protettive per il periodo massimo consentito possa ottenere ulteriormente il blocco delle azioni esecutive attraverso una misura cautelare. L'art. 8 CCII stabilisce un limite massimo annuale per la sospensione delle azioni esecutive e cautelari in favore dell'imprenditore che abbia avviato un procedimento di risoluzione della crisi d'impresa. Tuttavia, a giudizio di chi scrive, il ricorso a una misura cautelare che produca effetti analoghi a quelli delle misure protettive può costituire l'unica risorsa a disposizione del debitore per tutelare l'*asset* aziendale e garantire il buon esito delle trattative tutte le volte in cui il termine previsto dall'art. 8 sia scaduto per cause a lui non imputabili e le trattative negoziali versino in una fase avanzata, ma ancora lontana dalla omologazione del piano. Si pensi al caso, ed è capitato, in cui - nell'ambito di procedimento di concordato c.d. in bianco in continuità aziendale - il debitore, dopo avere presentato il piano attestato dal professionista, si veda costretto ad apportare modifiche al piano medesimo per effetto di certificazioni postume dei creditori che variano l'entità dei crediti vantati nei confronti dell'impresa, sfiorando così il termine massimo di protezione accordato dalla legge all'art. 8.

6. La posizione della giurisprudenza.

Rispetto alla questione finora trattata vi sono recenti pronunce in senso positivo. In particolare, la giurisprudenza di merito si è espressa in modo favorevole alla possibilità di presentare istanze cautelari anche in tempi non coincidenti, e in via posticipata, rispetto alle misure protettive. Si segnalano le pronunce di particolare interesse ai fini della questione che si sta esaminando. Il Tribunale di Torino²⁵ ha riconosciuto la possibilità di proporre istanze cautelari anche in fasi successive rispetto all'iniziale avvio della composizione negoziata, qualora emergano circostanze sopravvenute, non esistendo limiti normativi che impongano di presentare tali istanze esclusivamente nella fase iniziale. Il Tribunale di Gorizia²⁶ ha concesso le misure cautelari richieste, seppure formalmente separate dalle misure protettive. È stato sottolineato che, per l'adozione di misure cautelari in seno alla composizione negoziata, è necessario dimostrare un nesso funzionale tra tali misure e il buon esito delle trattative. Le misure cautelari hanno lo scopo di prevenire che la società, durante le trattative, si trovi costretta a utilizzare liquidità necessaria per saldare debiti pregressi, compromettendo così il risanamento aziendale. Il Tribunale di Milano²⁷ si è pronunciato su un caso riguardante

²⁵ Ord., 5 dicembre 2023, in *Dirittodellacrisi.it*.

²⁶ Ord., 19 marzo 2024, in *Dirittodellacrisi.it*.

²⁷ Decr., 30 marzo 2023, in *Fallimento*, 2/2024.

misure di protezione ex art. 40 CCII, affermando un principio applicabile anche alle misure cautelari. Ha stabilito che è consentito al debitore richiedere misure protettive ulteriori successivamente al deposito del ricorso, qualora emergano nuove esigenze di protezione del patrimonio o si verifichino omissioni nel ricorso iniziale. Tale flessibilità evita che il patrimonio dell'impresa resti esposto ad azioni pregiudizievoli da parte dei creditori durante la procedura. Il Tribunale di Roma²⁸ ha confermato la possibilità di richiedere misure ex art. 54, comma 2, CCII successivamente al deposito della domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi. L'interpretazione è coerente con la definizione unitaria di "misure cautelari" fornita dall'art. 2, lett. q), CCII, che non distingue il contesto procedurale in cui queste possono essere adottate.

Il Tribunale di Milano (ord. 7 luglio 2024) ha ulteriormente confermato tale orientamento, concedendo misure cautelari *inaudita altera parte* a fronte della scadenza di precedenti misure protettive. È stato ribadito che, in corso di composizione negoziata, le domande di misure cautelari possono essere riproposte con un nuovo ricorso. Il ricorso, notificato ai creditori interessati, garantisce il contraddittorio e tutela il diritto dei terzi controinteressati, secondo quanto previsto dall'art. 19, comma 7, CCII e dalle disposizioni del codice di procedura civile²⁹. In senso conforme si è espresso il Tribunale di Imperia (ord., 20 febbraio 2024)³⁰ che ha affermato che i limiti temporali delle misure protettive devono essere intesi come una tutela generale nella fase iniziale delle trattative, ma non impediscono di adottare misure specifiche contro determinati creditori quando se ne ravvisa la necessità per non pregiudicare i risultati raggiunti e la realizzazione dell'obiettivo cui è finalizzata la procedura concorsuale intrapresa.

7. Un sistema in evoluzione.

Il sistema delle misure protettive e cautelari deve essere analizzato alla luce dei principi costituzionali di ragionevolezza ed effettività della tutela giurisdizionale, nonché del principio di proporzionalità.

In particolare, il principio di proporzionalità impone un bilanciamento tra la necessità di garantire la continuità aziendale e la tutela dei creditori, evitando misure eccessivamente restrittive o pregiudizievoli per una delle parti coinvolte nel procedimento. Le misure protettive e cautelari devono essere adeguate agli obiettivi perseguiti e non comportare limitazioni sproporzionate ai diritti dei creditori, i quali devono poter confidare in un sistema

²⁸ Decr., 4 novembre 2022, in *Il caso.it*, 2022.

²⁹ In *Dirittodellacrisi.it*; nella motivazione si legge che «trattasi di tutela interinale personalizzata per lo specifico debitore e per le peculiari esigenze delle trattative in corso con i creditori».

³⁰ Con commento di I. PAGNI e L. BACCAGLINI, *Misure cautelari e misure protettive nel codice della crisi: una chiave di lettura per l'impiego anche combinato dei diversi strumenti di tutela*, in *Dirittodellacrisi.it*. In senso contrario si richiama Trib. Milano, 22 novembre 2023, in *Dirittodellacrisi.it*.

giuridico che garantisca l'effettività della loro tutela. Tale equilibrio è determinante per assicurare che le forme rimediali esaminate non diventino strumenti di abuso processuale o di indebita sottrazione di garanzie ai creditori. Il diritto processuale concorsuale deve infatti assicurare che ogni provvedimento adottato sia in grado di raggiungere il proprio scopo senza creare effetti distorsivi o pregiudizievoli per gli altri soggetti coinvolti. In tale contesto il rinvio pregiudiziale al quale si è fatto riferimento in precedenza pone questioni che si ritengono non fondate per le ragioni esposte, in quanto la disciplina delle misure protettive e cautelari del Codice della crisi è sufficientemente delineata dal legislatore e offre ai giudici gli strumenti per adottare decisioni coerenti con il sistema normativo vigente³¹.

8. La recente pronuncia di inammissibilità della Corte di cassazione.

Quando il presente lavoro era stato completato, è intervenuta la decisione della Corte di cassazione che ha dichiarato inammissibile, con decreto n. 8794 del 3 aprile 2025³², il rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Brindisi per le seguenti ragioni: *«i quesiti indicati sub 1) e sub 2), nella parte in cui riguardano le misure protettive “tipiche”, si palesano ultronei rispetto alla fattispecie concreta su cui dovrà pronunciarsi il rimettente, difettandone perciò la rilevanza; anche il quesito sub 4) si palesa non pertinente rispetto alla fattispecie in esame, giacché non risulta che si sia verificata la scadenza della misura richiesta dalla società che ha presentato istanza di ammissione alla procedura di concordato preventivo; in relazione al quesito sub 3), l'interpretazione e la qualificazione della domanda di sospensione degli effetti cambiari e degli assegni postdatati in termini di misure protettive atipiche ovvero di misure cautelari sono rimesse al “potere-dovere” del giudice di merito e la questione che pone l'ordinanza di rimessione non è – da un lato - “esclusivamente di diritto”, in quanto presuppone una indagine di fatto sugli atti processuali rilevanti che spetta allo stesso giudice del merito;*

³¹ Finora il ricorso all'istituto ha dato luogo a numerose pronunce di inammissibilità. Nei decreti di inammissibilità si ha modo di leggere che «Il dubbio ermeneutico deve assurgere a un livello di serietà idoneo a impedire un arretramento del potere-dovere decisorio del giudice»; «la grave difficoltà interpretativa non può derivare dalla scelta tra due soluzioni contrapposte e astrattamente configurabili, quando queste non dividono il campo della giurisprudenza di merito. Ed infatti, diversamente opinando, ogni questione interpretativa dovrebbe dirsi passibile di essere sottoposta, tramite l'istituto di cui all'art. 363 bis c.p.c., alla decisione della Corte di cassazione, finendo con l'inaridire il compito di interpretare la legge, che è dovere indeclinabile di ogni giudice»; la questione interpretativa deve essere caratterizzata da <realtà e concretezza> e il rinvio non può essere esplorativo o ipotetico e non può richiedere «un approfondito esame di tutte le alternative interpretative che possono porsi»; «l'istituto della nomofilachia preventiva non può trasformarsi in un mezzo rivolto a sollecitare impropriamente una riconsiderazione della giurisprudenza di legittimità»; decr. 7 ottobre 2024, n. 26140; decr. 17 maggio 2024, n. 13749; decr. 11 aprile 2024, n. 1808; decr. 14 febbraio 2024, n. 4071; decr. 3 novembre 2023, n. 30657. Sui primi provvedimenti di ammissibilità e inammissibilità, si rinvia ad A. BRIGUGLIO, *Judicium.it*, 9 giugno 2023.

³² In *Dirittodellacrisi.it*.

dall'altro lato, invece, la questione pare svolta al fine di conseguire un mero avallo rispetto ad orientamenti che in precedenza lo stesso tribunale ha seguito³³».

La decisione della Suprema Corte appare corretta e condivisibile anche perché il rinvio preventivo va contenuto nel limite massimo possibile, scontando il prezzo di una inevitabile stasi del processo. Il provvedimento, peraltro, fornisce indicazioni utili nella non facile gestione dei procedimenti volti al risanamento delle imprese in crisi. È prezioso il richiamo della Suprema Corte a tenere presente «*gli argomenti spesi dalla più recente dottrina circa la compresenza dei caratteri propri della tutela cautelare del sistema processualcivilistico di entrambe le tipologie di misure, protettive e cautelari*». Si trova conferma dell'impostazione data al presente lavoro nel quale si è sottolineato che le due misure vanno collocate nel contesto del procedimento di salvataggio delle attività imprenditoriali e, pertanto, hanno un valore sostanzialmente unitario. In altri termini, il principio di effettività della tutela giurisdizionale deve essere adattato alle finalità del procedimento e finisce con l'assumere un significato del tutto proprio e diverso da quello con il quale viene inteso in relazione al processo di cognizione. Infatti, il sistema delle misure protettive delineato dal Codice della crisi - che rappresenta un significativo passo in avanti nella tutela delle imprese in crisi - amplia le possibilità di intervento per evitare la dispersione del valore aziendale. Con la conseguenza che l'effettività della tutela richiede un'attenta interpretazione delle norme da parte dei giudici chiamati a soppesare con avvedutezza le esigenze del caso, garantendo un giusto equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco.

Valeria Verde

Aggregata dell'Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli

³³ Si legge nella motivazione che l'«indagine di fatto è stata compiuta dal Tribunale rimettente (pur - come detto - senza darne contezza), il quale è giunto ad un sicuro convincimento circa la natura della misura richiesta dalla società istante e degli effetti dalla stessa misura scaturenti, così da evidenziare, al contempo, che il prospettato dubbio ermeneutico, in realtà, non assurge "a un livello di serietà idoneo a impedire un arretramento del potere-dovere decisorio del giudice"...La "grave difficoltà interpretativa" della questione, infatti, è stata dal giudice a quo saggiata non sul piano della sua effettiva consistenza, bensì, piuttosto, al fine di conseguire un mero avallo (decreti: n. 4071 del 14 febbraio 2024 e n. 26645 del 25 novembre 2024) alla soluzione interpretativa già compiutamente prefigurata con l'adesione ad una delle opzioni che dividono il campo della giurisprudenza di merito, senza, peraltro, esplorare, sino in fondo, gli argomenti spesi dalla più recente dottrina circa la compresenza dei caratteri propri della tutela cautelare del sistema processualcivilistico in entrambe le tipologie di misure, protettive e cautelari».



FABIO SAVINO

Sul rapporto tra la pluralità dei riti e l'efficienza del processo civile: la riduzione dei modelli processuali quale possibile soluzione efficientista (*)

Il contributo esamina il fenomeno della moltiplicazione dei riti cercando di evidenziare come non sia il rito la causa dell'inefficienza del processo civile. Viene così ipotizzata l'opportunità di procedere ad una sensibile riduzione dei riti, partendo dall'idea di accorpare quelli che presentano caratteristiche comuni. Tale scelta potrebbe limitare le incertezze per gli utenti della giustizia ed evitare pregiudizi per la tutela giurisdizionale dei diritti.

The paper examines the phenomenon of the multiplication of rites, trying to highlight how the rite is not the cause of the inefficiency of the civil process. The opportunity to proceed with a significant reduction of rites is thus hypothesized, starting from the idea of merging those that present common characteristics. This choice could limit the uncertainties for users of justice and avoid prejudices for the jurisdictional protection of rights.

Sommario: 1. Introduzione: la pluralità dei riti nel processo civile, tema attuale ma non nuovo; 2. La prima tappa dell'evoluzione: dal Codice del 1865 alla Controriforma del 1950; 3. Segue: dal rito del lavoro alla Riforma del 1990; 4. Segue: il rito societario e i successivi interventi fino alla Riforma Cartabia; 5. Qualche riflessione finale (anche de *iure condendo*).

1. Introduzione: la pluralità dei riti nel processo civile, tema attuale ma non nuovo.

Già prima della riforma del 1990 e precisamente nel 1984, il prof. Giovanni Verde analizzava il tema della unicità e della pluralità di riti nel processo civile¹.

Lo Studioso muoveva da un quesito ancora oggi attuale, chiedendosi se nella prospettiva di riforma del processo fosse da seguire la via del rito unico o quella della pluralità di riti, per giungere ad una più funzionale ed efficiente amministrazione della giustizia.

Secondo l'Autore, si trattava di un interrogativo che già all'epoca andava risolto seguendo la via dell'unicità, muovendosi lungo tre direzioni volte a: a) decongestionare il processo ordinario con la previsione di riti sommari e con la creazione di sistemi alternativi per la soluzione delle liti; b) razionalizzare la distribuzione dei carichi giudiziari, sia favorendo una migliore organizzazione degli uffici ed una migliore utilizzazione dei giudici togati, sia impiegando l'apporto di giudici onorari per la c.d. giustizia minore; c) razionalizzare il diritto

(*) Dal presente contributo riveduto ed aggiornato è stata tratta la relazione "Riflessioni sui molteplici riti del codice del processo civile" svolta nel corso del convegno "La responsabilità amministrativo-contabile nel mutevole quadro normativo e nel Codice della giustizia contabile", tenutosi in data 22 gennaio 2025 presso la Corte dei Conti Sezione Giurisdizionale, Sezione controllo, Procura Regionale Campania.

¹ Il riferimento è al saggio "Unicità e pluralità di riti nel processo civile" pubblicato in, *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 659 e ss.

sostanziale che risultava spesso contorto, oscuro e contraddittorio, come se presupponesse doverosamente l'attività dei giudici per chiarirlo.

La posizione espressa si contrapponeva all'idea che la pluralità dei riti fosse invece una necessità, fungendo da tampone per recuperare una qualche efficienza all'amministrazione della giustizia, costituendo, altresì, espressione della realizzazione positiva dell'esigenza di pluralismo processuale, non in contrasto con l'idea secondo cui *"di fronte al giudice nel processo tutti hanno diritto ad ottenere un trattamento paritario"*².

L'interrogativo posto e la risposta individuata dall'illustre Studioso di seguire la via maestra del rilancio e della valorizzazione del rito ordinario, salvo il solo limite di quei settori per i quali tradizionalmente fosse necessario un trattamento processuale differenziato³, nel succedersi degli interventi di riforma ha invece trovato una soluzione differente.

Il numero dei riti all'interno dell'ampio contenitore del processo civile è oggi drasticamente aumentato rispetto agli anni in cui il prof. Verde già si occupava del tema.

Difatti, nei continui interventi di riforma il legislatore processuale ha avuto come obiettivo prioritario, se non addirittura esclusivo, quello di agire sul rito, con un risultato che, lungi dal semplificare il processo, ha determinato la crescita esponenziale dei vari modelli utilizzabili⁴.

Del resto, tale gemmazione riposa sulla convinzione secondo cui la risoluzione del problema dell'efficienza e della eccessiva durata del processo debba passare necessariamente dagli interventi sul rito, attraverso le cosiddette riforme "a costo zero", che trascurano il profilo dell'implementazione dei fattori organizzativi, per il quale naturalmente sarebbe richiesto l'impiego di ben altre risorse economiche⁵.

Invero, anche l'ultimo intervento riformatore, seppur in maniera minore⁶, ha prodotto un ulteriore incremento del numero dei riti, contribuendo ad aumentare per gli utenti quelle incertezze che possono poi determinare pregiudizi per la tutela delle posizioni soggettive.

Proprio da tali premesse è opportuno partire per esaminare il lungo percorso che attraverso il susseguirsi delle riforme processuali ha determinato il moltiplicarsi dei riti, nonostante la prassi abbia dimostrato come non solo non si siano generati i benefici sperati, ma addirittura siano aumentate le questioni processuali da risolvere prima della decisione di merito, con conseguenti spreco di risorse e dispendio temporale che finiscono per ripercuotersi negativamente sulla valutazione dell'efficienza del processo.

² Così G. VERDE, *Unicità e pluralità di riti nel processo civile*, op. cit., p. 665.

³ Il riferimento era chiaramente al rito del lavoro, ancora adeguato nella realtà socio economica dei primi anni 80'.

⁴ Molto significativo quanto osservava B. SASSANI in, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in www.judicium.it, commentando la riforma del 2009. Egli accomunava l'esigenza di riforma del processo ad un mantra nel senso che *"la formula riforma del processo ha tutte le caratteristiche del mantra: ripetitività, positività, evocatività"*.

⁵ Sul punto, si veda da ultimo anche, S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1341 e ss.

⁶ Va infatti da ora osservato come almeno la Riforma Cartabia abbia previsto una maggiore attenzione al profilo organizzativo, se non altro per quanto concerne l'impiego dell'ufficio per il processo e la completa telematizzazione ed informatizzazione.

2. La prima tappa dell'evoluzione: dal Codice del 1865 alla Controriforma del 1950.

A partire dal Codice del 1865, passando per il Codice del 1940 e poi con la controriforma del 1950, il rito ordinario si presentava come un processo introdotto mediante atto di citazione: erano tuttavia differenti le modalità di svolgimento con riguardo ai termini ed alle preclusioni. Il Codice del 1865 aveva la sua fonte principale in quello francese del 1806, per quanto ulteriori riferimenti erano rinvenibili anche nelle varie codificazioni preunitarie ed in particolare nel codice sardo del 1859 ed in quello napoletano del 1819⁷.

L'ispirazione al modello francese comportava la scelta di *favor* per l'iniziativa processuale delle parti, rispetto alla funzione del giudice, ma il processo era scritto e ricco di formalismo, oltre che caratterizzato da una certa complessità, lunghezza, nonché dall'assenza di termini e preclusioni⁸.

Erano previsti due procedimenti: quello formale che costituiva la regola e quello sommario che secondo l'art. 155 era utilizzabile in via d'eccezione.

Il procedimento formale si apriva con un atto di citazione e prevedeva un successivo scambio di comparse entro giorni 15 (così gli articoli 164 e 165) all'esito del quale, nell'ipotesi in cui le parti non avessero avuto altro da dire, si sarebbe proceduto all'iscrizione della causa a ruolo che segnava la chiusura dell'istruzione e l'impossibilità di formulare nuove richieste.

Anche l'atto introduttivo del procedimento sommario era una citazione a comparire ad udienza fissa.

Lo sviluppo del processo avveniva secondo la fissazione di ulteriori udienze in cui il convenuto aveva sempre la possibilità di replicare e di formulare nuove deduzioni.

La differenza tra i due modelli era evidente perché nel procedimento formale il giudice interveniva a "*giochi fatti*" tra le parti e, dunque, quando tutto era pronto per la decisione; diversamente, avveniva nel procedimento sommario che era pensato per le cause più semplici e nel quale il ruolo del giudice era decisamente più ampio⁹.

⁷ Il Codice del 1865 venne pubblicato con decreto reale del 25 giugno 1865 sul progetto presentato dal Guardasigilli Pisanelli nel 1863 ed entrò in vigore il primo gennaio 1866. Sulle vicende relative alla sua approvazione si vedano, A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960 p. 19 ss.; O. SECHI, *Codice di procedura civile*, in *Dig. it.*, VII, II, Torino, 1897 – 1902, p. 475 e ss.; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Bari, 1985, p. 14 ss.; M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 111. Sull'influenza del Codice francese del 1806, si vedano, S. SATTA, *Commemorazioni del codice di procedura civile del 1865, Quaderni del diritto e del processo civile*, Padova, 1969, p. 86 ss.; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923, p. 353 ss.; F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi, La procedura civile nel Regno di Italia (1866 – 1936)*, Milano, 1991, p. 20. Sull'influenza delle codificazioni preunitarie sarde e napoletane, si vedano G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, p. 108; S. SATTA, *Codice di procedura civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 280; O. SECHI, *Codice di procedura civile*, op. cit., p. 479.

⁸ Diversamente, nella relazione del Guardasigilli Pisanelli si affermava che "*gli elementi costitutivi di un buon sistema di procedura*" andavano rinvenuti "*nella sicurezza dei litiganti e nella semplicità e celerità dell'azione giudiziaria*" e l'elemento della sicurezza dei litiganti doveva "*prevalere di regola sugli altri*".

⁹ Sulle caratteristiche del rito formale e di quello sommario, si veda per tutti, F. CIPRIANI, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*. Si tratta della Relazione "*I problemi della giustizia italiana tra passato e presente*", tenutosi dal 14 al 16 novembre 2002 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma "La Sapienza" per iniziativa dell'Associazione

Già negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del Codice si registrarono critiche al modello delineato che veniva considerato la causa dei tempi lunghi del processo¹⁰. L'eccessiva durata del processo era in particolare favorita dalla possibilità di richiedere al Presidente del Tribunale l'autorizzazione per impiegare il rito sommario in luogo di quello formale. Tale autorizzazione di fatto veniva sempre concessa, determinando la trasformazione in regola del rito sommario¹¹, anche perché gli avvocati lo preferivano, stimando maggiormente opportuno attendere una nuova udienza, piuttosto che la scadenza di un termine¹². Chiaramente il procedimento sommario prevedendo la possibilità di effettuare sempre nuove deduzioni esponeva le parti ad improvvise novità, per fronteggiare le quali non restava che formulare richieste di rinvio dell'udienza che dilatavano la durata del processo¹³. Così per fronteggiare tale situazione, il legislatore con la l. 31 marzo 1901, n. 107 disciplinò i rinvii fissando nel numero di quattro il tetto massimo delle richieste a disposizione delle parti, tanto che dopo il quinto il giudice poteva cancellare d'ufficio la causa dal ruolo¹⁴. Negli anni che seguirono non furono apportate modifiche sostanziali e rilevanti, anche se vi furono numerosi progetti di riforma parziale¹⁵. In effetti, nei primi tre lustri del 900' non si segnalano innovazioni degne di rilievo, salvo la riforma del processo sommario e l'introduzione del giudice unico di primo grado. Solo a partire dal 1919, si registrò il primo rilevante progetto ad opera di Chiovenda, ispirato ai noti principi di oralità, concentrazione e immediatezza.

italiana dei costituzionalisti, dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile e dell'Associazione fra gli studiosi del processo penale.

¹⁰ Prescindendo dalle critiche pur sollevate in ordine al modo affrettato ed autoritario con cui era stato approvato e su cui si veda M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*, op. cit., p. 151, anche G. CHIOVENDA in, *Saggi di diritto processuale civile*, I, nuova ed. Milano, 1993, p. 4 ss. aveva osservato che il Codice del 1865 prevedeva un processo scritto, lento e complicato e poco adatto alla evoluzione economica e sociale, potendosi considerare all'origine della disfunzione della giustizia civile. Di diverso avviso, F. CIPRIANI, *Storie di processualisti ed oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866 – 1936)*, op. cit., p. 28 e 125 ss., secondo il quale il processo civile così come disegnato dal codice del 1865 era assolutamente rapido e comunque non era la causa dei mali della giustizia civile.

¹¹ Si vedano sul punto ancora M. TARUFFO, *La giustizia civile dal '700 ad oggi*, op. cit., p. 167 e ss. e G. TARZIA, *Procedimento sommario e procedimento formale*, in G. TARZIA-B. CAVALLONE (a cura di), *I progetti di riforma del processo civile (1866-1935)*, I, Milano, 1989, p. 415 e ss.

¹² Così, L. MORTARA, *Riforme del codice di procedura civile per migliorare il procedimento sommario ed accelerare i processi di esecuzione*, in *Il Filangieri*, 1891, p. 681.

¹³ Il rito sommario fu definito il “*procedimento delle sorprese*”. Sul punto v. ancora F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, op. cit., p. 24.

¹⁴ Da notare che prima dell'intervento del legislatore, la dottrina era divisa tra coloro che volevano impedire alle parti la possibilità di impiegare così liberamente il rito sommario (cfr. L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, III, Torino, rist. 1931, p. 417 e ss.) e chi invece spingeva per disciplinare la situazione di fatto che si era venuta a creare (cfr. L. MORTARA, *Riforme del codice di procedura civile per migliorare il procedimento sommario ed accelerare i processi di esecuzione*, op. cit., p. 678 e ss.).

¹⁵ Ad esempio la riforma del pubblico ministero, quella del conciliatore, quella dei probiviri. Sul tema, per maggior completezza si vedano L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile*, vol. III, Torino, 1903, p. 402 ss. ed E. FAZZALARI, *Cento anni di legislazione sul processo civile (1865 – 1875)*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 497.

Esso prendeva a modello il processo civile austriaco e prevedeva un sistema rigido di preclusioni e decadenze che tracciavano una contrapposizione netta rispetto al rito delineato dal Codice del 1865.

Il progetto di riforma di Chiovenda non ebbe sviluppi e ad esso seguirono ulteriori progetti comunque abbandonati¹⁶, sino al 1940 allorquando fu varato il nuovo Codice, approvato con il R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443 ed entrato in vigore il 21 aprile del 1942.

Il nuovo Codice conteneva ben poco dei principi chiovendiani di oralità, concentrazione ed immediatezza, poiché prevedeva un modello di processo scritto nel quale non era garantita l'identità tra il magistrato che istruiva la causa e quello che la decideva. Inoltre, non sussisteva alcuna concentrazione in una o poche udienze e traspariva l'accentuazione dell'influenza pubblicistica che, nell'ottica di ampliamento dei poteri del giudice, introduceva la nuova figura del giudice istruttore con compiti di direzione di tutte le fasi del processo, fino alla rimessione in decisione al collegio.

L'intento del legislatore era quello di far sì che le parti sin dagli atti introduttivi proponessero tutte le domande, eccezioni e deduzioni, evitando di conservarle fino al momento in cui alla controparte non sarebbe stato più consentito di replicare.

¹⁶ Nel 1923 venne pubblicato il progetto Mortara pubblicato con il titolo, *Per il nuovo codice di procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur. it.*, 1923, IV, p. 136 ss. e 1924, IV, p. 1 ss., che prevedeva una riforma solo parziale del processo civile, con lo scopo di mantenere inalterato l'impianto del Codice del 1865, nel tentativo di migliorarlo e semplificarlo che però non ebbe seguito. Nel 1926, Carnelutti pubblicò un proprio progetto di riforma che venne pubblicato in un supplemento alla *Riv. dir. proc.*, col titolo *Progetto del codice di procedura civile* e fu poi presentato alla sottocommissione Reale. Esso non fu accompagnato da alcuna relazione introduttiva anche se a ciò supplì uno scritto successivo, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, pubblicato sulla *Riv. dir. proc.*, 1929, I, p. 3 ss. Anche il progetto Carnelutti fu abbandonato e dopo alcuni anni fu varato il progetto Redenti che sul rifiuto del presupposto dell'ideologia fascista di prevalenza dell'impulso d'ufficio sull'iniziativa delle parti intendeva realizzare un processo rapido e teso ad evitare i comportamenti dilatori delle parti, spinte a delineare sin dall'inizio del processo le proprie difese. Il progetto fu pubblicato dal Ministero di Grazia e Giustizia, sotto il titolo *Lavori preparatori per la riforma del Codice di Procedura Civile. Schema di progetto del primo libro*, Roma, 1936, mentre il precedente scritto, *Sul nuovo progetto del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1934, IV, p. 177 ss., costituiva una sorta di relazione al progetto stesso. Anche il progetto Redenti fu ritenuto insoddisfacente e seguì nel 1937 il progetto Solmi, preceduto dalla relazione dello A. SOLMI, *La riforma del codice di procedura civile*, Roma, 1937, p. 15 ss. Il progetto Solmi era ispirato alla realizzazione di un processo civile rapido, semplice e poco costoso attraverso il riconoscimento di maggiori poteri in capo al giudice, sia relativamente al profilo di chiarificazione preliminare delle questioni controverse, sia relativamente alla conduzione dell'intero procedimento con le principali novità relative all'introduzione del giudice unico di prima istanza, all'eliminazione delle sentenze interlocutorie e all'introduzione di rigide preclusioni in base alle quali domande, eccezioni e richieste istruttorie dovevano essere formulate negli atti introduttivi, restando fissate per tutto il corso del processo, salvo che la parte fornisse la dimostrazione di non aver potuto compiere la propria attività per causa non imputabile e previa autorizzazione del giudice. Il progetto redatto da Solmi subì numerose critiche soprattutto per il sistema di preclusioni (su cui si vedano F. CARNELUTTI, *Intorno al progetto preliminare di procedura civile*, Milano 1937, p. 103 ss.; U. Rocco, *Rilievi sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, Napoli, 1938, p. 79 ss. e più in generale i pareri espressi dai docenti universitari nei tre volumi editi dal Ministero di Grazia e Giustizia, *Osservazioni e proposte sul Progetto di Codice di Procedura Civile*, Roma 1938. Così nel 1939 fu completamente rielaborato nel progetto definitivo (Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione del guardasigilli on. Solmi, Roma, 1939) che pur lasciando inalterate le linee fondamentali ed apportando modifiche a norme o istituti particolari, si caratterizzò per la previsione di un allargamento delle maglie delle preclusioni nel giudizio di primo grado.

In effetti, i diritti delle parti furono decisamente ridotti, dal momento che si prevede che esse sin dagli albori del processo proponessero tutte le domande ed eccezioni e che non potessero fissare la prima udienza, né impugnare immediatamente i provvedimenti emessi nel corso del giudizio, nemmeno le sentenze parziali su domanda, impugnabili solo alla conclusione dell'intero processo.

Al giudice furono attribuiti moltissimi poteri tra cui quello di fissare la prima udienza, di consentire alle parti di sollevare nuove eccezioni e chiedere nuovi mezzi di prova, di convocare le parti per interrogarle liberamente, di disporre l'ispezione corporale delle parti e dei terzi, di tentare la conciliazione delle parti, di emettere ordinanze revocabili e modificabili ma non impugnabili, di imporre all'attore una cauzione per le spese. Fu poi introdotta una miriade di termini perentori, la cui inosservanza determinava l'estinzione del processo rilevabile d'ufficio.

Il punto centrale fu però l'introduzione del giudice istruttore dinanzi al quale si svolgeva il processo e che aveva la funzione di preparare ed istruire la causa per poi rimetterla alla decisione del collegio; il giudice istruttore con le proprie ordinanze non poteva mai pregiudicare il merito della decisione, mentre il tribunale poteva sempre riservarsi, emanando sentenze immediatamente appellabili. La previsione dell'istruttore che preparava ed istruiva la causa non vincolava il collegio che dovendo decidere la controversia poteva distaccarsi dalle decisioni dell'istruttore. In altri termini l'istruttore *"stava al posto del collegio per quasi tutto il corso del processo, ma più che alleggerire il lavoro del collegio lo esautorava, senza sostituirlo in tutte le sue funzioni, sì che la vera conseguenza era che le parti si ritrovavano in un processo senza un vero giudice. Infatti, le parti potevano adire il tribunale, ma solo per modo di dire: in realtà il collegio, che era l'organo che giudicava sul merito, poteva essere adito solo dal giudice istruttore!"*¹⁷.

Questo descritto era il rito ordinario, introdotto sempre con atto di citazione che qualche beneficio in ordine alla durata del processo riuscì ad apportare, soprattutto rispetto al rito in vigore sotto il Codice previgente.

Nonostante tale elemento positivo, il rito previsto dal Codice del 1940 da subito non riscosse consensi¹⁸, anche se l'atteggiamento di ostilità e boicottaggio manifestato soprattutto dalla classe forense non aveva prodotto critiche manifeste durante il regime fascista. Solo con la fine di esso, le critiche sfociarono in una vera e propria contestazione che vide in prima linea gli ordini professionali, i quali sostenevano l'argomentazione apparente e puramente

¹⁷ Così F. CIPRIANI, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 47 e ss.

¹⁸ Sul punto, E. ALLORIO, *Allarme per la giustizia civile*, in *Giur. it.*, 1945, IV, p. 54; F. CIPRIANI, *Storie di processualisti ed oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866 – 1936)*, op. cit., p. 61; ID., *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 39 ss.; V. ROMANELLI, *Il nuovo codice di procedura civile. Osservazioni critiche dopo un biennio di attuazione*, Roma, 1945; C. MOLINARI, *Un'esperienza fallita (il codice processuale civile 1942)*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, I, p. 165 ss.; A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 79.

ideologica secondo la quale, essendo stato emanato in epoca fascista, il codice era fascista e quindi, sol per tale motivo, da abrogare¹⁹.

In realtà, la ragione di critica reale era quella per la quale il modello di processo sviluppato andava ad incidere su vecchie abitudini, pigrizie ed interessi consolidati della professione forense che venivano pregiudicati dal rigido sistema di preclusioni introdotto²⁰.

Diversamente, la dottrina difendeva l'impianto del codice, suggerendo riforme solo in senso parziale²¹. Alla fine, le pressioni che avevano l'intento di recuperare il vecchio codice non prevalsero, tanto che si approdò all'idea di riformare, seppur in modo consistente, la disciplina del processo²².

Dal susseguirsi di vari progetti di riforma sul cui terreno continuò lo scontro tra la dottrina ed il ceto forense²³, si giunse al d. lg. 5 maggio 1948, n. 483 che, seppur inteso come provvisorio nell'attesa di una più organica riforma del codice, conteneva una serie di modifiche rilevanti tra le quali spiccava la completa soppressione delle preclusioni nel giudizio di primo grado ed anche in quello di appello²⁴.

Il tortuoso percorso del decreto oggetto di numerosi emendamenti si concluse con l'approvazione della l. 14 luglio 1950, n. 581 che formalmente lo ratificava, ma nella sostanza finiva per modificare gran parte dei suoi aspetti caratterizzanti, sebbene le scelte di fondo contenute nel decreto stesso furono tendenzialmente mantenute²⁵.

La tecnica della novellazione seguita dal legislatore del 50' determinò la sostituzione parziale o totale di singole norme. In sintesi, vennero soppresse le preclusioni e limitati i poteri discrezionali del giudice istruttore, fu introdotta la possibilità di reclamare al collegio le ordinanze istruttorie, fu prevista la possibilità di impugnare in via immediata le sentenze non definitive, fu prevista una nuova disciplina dei provvedimenti del collegio e dell'estinzione del processo e furono riammessi i *nova* in appello.

¹⁹ V. sul punto anche R. TETI, *Codice civile e regime fascista*, Milano, 1990.

²⁰ Così ancora M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*, op. cit., p. 290.

²¹ Al riguardo si vedano, C. MOLINARI, *Un'esperienza fallita (il codice processuale civile 1942)*, op. cit., p. 165 ss. e la replica di E. ALLORIO, *La scienza, la pratica, il buonsenso e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, I, p. 190 ss. In particolare, sulla possibilità di procedere attraverso riforme solo parziali, si vedano V. ANDRIOLI, *Abrogazione del codice di procedura civile?*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, I, p. 150 ss.; F. CARNELUTTI, *Polemica sulla riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, I, p. 149 ss.; S. SATTA, *In difesa del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1947, IV, p. 49 ss. In senso differente, la posizione di E. T. LIEBMAN in, *Note sulla riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 1947, IV, p. 53, il quale, comunque contrario all'abrogazione, si poneva in senso più critico rispetto alle posizioni degli studiosi sopra citati.

²² Sul punto, V. ANDRIOLI, *Il progetto per la revisione del Codice di procedura civile*, in *Dir. e giur.*, 1946, p. 242.

²³ Si segnalano il Progetto Curcio presentato nel 1946 ed il Progetto Pellegrini dell'anno successivo peraltro definito da E. ALLORIO, *Sul secondo disegno ministeriale di revisione del codice di procedura civile*, in *Giur. it.*, 1947, IV, p. 25 "il peggior progetto che sia mai stato elaborato nel nostro secolo".

²⁴ Per una più esaustiva disamina, si rinvia alla Relazione Grassi al decreto, in *Le Leggi*, 1948, p. 534 ss.

²⁵ Si vedano, S. SATTA, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1951; V. ANDRIOLI, *La riforma del codice processuale civile*, Napoli, 1951; A. TEDESCHI, *Le aggiunte e le modificazioni alle modificazioni ed aggiunte al codice di procedura civile*, in *Giur.it.*, 1950, IV, p. 145 ss.

La riforma dall'impatto non propriamente minimo registrò la sopravvivenza della figura del giudice istruttore, nonostante voci autorevoli ne avessero evidenziato la superfluità, soprattutto per le controversie in cui non fosse necessario assumere prove²⁶.

3. Segue: dal rito del lavoro alla Riforma del 1990.

Negli anni successivi all'entrata in vigore della Novella del 50', si iniziò a comprendere come la giustizia civile si stesse incamminando inesorabilmente verso lo stato di declino in cui versa oggi.

Tra il 1950 e il 1970 vi furono comunque alcuni tentativi di riforma che però non apportarono concrete modifiche²⁷. Si trattava di proposte ispirate al tentativo di realizzare una accelerazione dei tempi del processo a tutti i livelli, sia della cosiddetta giustizia minore, sia della Corte di Cassazione, col fine ultimo di rendere più efficiente l'amministrazione della giustizia.

La lentezza e la lunghezza del processo continuarono ad essere oggetto di critiche²⁸, anche perché a fronte di una netta diminuzione globale del contenzioso civile, indice dell'aumentata difficoltà di accedere alla tutela giurisdizionale da parte di molte categorie di cittadini per l'aumento dei costi, se ne registrò un ulteriore aumento della durata²⁹.

Nonostante tale situazione, gli ulteriori tentativi di riforma restarono isolati ed insufficienti³⁰ con un legislatore inerte rispetto alla prospettiva di adeguamento effettivo della normativa

²⁶ Così A. SEGNI, *Relazione*, in *Il giudice istruttore nel processo civile*, Milano, 1955, p. 18 e ss. e N. JAEGER, *Dati di esperienza e proposta, nella medesima raccolta di Atti dell'incontro fra magistrati, professori universitari e avvocati*, tenutosi a Milano in data 11 e 12 giugno 1955, p. 102 e ss.

²⁷ Il riferimento principale è al progetto Gonnella del 1958. Esso fu pubblicato in *Giust. civ.*, 1960, IV, p. 109 e ss. p. e 253 ss. Per i rilievi critici v., S. SATTA, *Il nuovo progetto di revisione del codice di procedura civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, p. 1302 ss. In realtà, si contrapponevano distinti orientamenti poiché, da un lato, erano poche le voci che chiedevano una riforma globale del processo nel senso di un'accentuazione dei poteri del giudice e di semplificazione (in tal senso, S. ASSANTI, *Proposte eretiche per la riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 1955, IV, p. 113 ss.) e, dall'altro, parte della dottrina criticava la riforma del cinquanta preferendo un ritorno al codice del 1940 nella sua forma originaria (in tal senso gli interventi di A. SEGNI, V. ANDRIOLI, F. CARNELUTTI, P. CALAMANDREI, negli Atti dell'incontro su *"Il giudice istruttore nel processo civile"*, Milano, 1955, p. 13 ss., 75 ss., 187, 240 ss.). Infine, altra parte della dottrina condivideva però il punto chiave della novella, ossia l'abolizione delle preclusioni (in tal senso, V. DENTI, E. GARBAGNATI, E. MINOLI, E. ALLORIO, sempre negli Atti dell'incontro su *"Il giudice istruttore nel processo civile"*, op. cit., p. 81 ss., 87 ss., 121 ss., 215 ss.).

²⁸ In particolare v., M. CAPPELLETTI, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, in *Giur. it.*, 1969, IV, p. 81 e ss. e in ID., *Giustizia e società*, Milano, 1972, p. 111 e ss.

²⁹ Sul punto, C. CECCHI, *Analisi statistica dei procedimenti civili di cognizione in Italia*, Bari, 1975, p. 13 ss. e 77 e ss.

³⁰ Venne riproposto il progetto Gonnella del 1960 con piccolissime ed irrilevanti modifiche che non gli evitarono una nuova bocciatura (v. in tal senso ancora M. CAPPELLETTI, *Parere iconoclastico sulla riforma del processo civile italiano*, op. cit., p. 81 e ss.) e nemmeno le ulteriori modifiche apportate in seguito ad alcune pronunce di incostituzionalità evitarono altri commenti negativi (in tal senso V. DENTI, *Riforma o controriforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 285 ss.; V. COLESANTI, *Intorno a un progetto di riforma del cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 442 ss.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, p. 21). Sulle proposte di riforma di questo periodo, si vedano ancora G. PAVANINI, *Riforma del processo civile (Brevi note introduttive)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 609; G. A. MICHELI, *Problemi attuali del processo civile in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 291; E. FAZZALARI, *Relazione*, in *Gli attuali problemi del processo civile italiano*, Roma, 1968, p. 52 ss.

processuale ai principi costituzionali e la presa di coscienza del fatto che il modello di codice vigente non fosse ormai in grado di risolvere i problemi della giustizia civile, anche perché la prassi applicativa aveva interamente svuotato il modello delineato³¹.

Nondimeno, i mali della giustizia civile risultavano addirittura amplificati nelle controversie di lavoro.

Qui la lentezza del processo comprometteva l'attuazione dei diritti dei lavoratori, ovvero di soggetti già gravati da una posizione di soggezione sul piano economico, sociale e culturale rispetto al proprio antagonista, con la conseguenza che tale squilibrio sostanziale andava quantomeno ridotto all'interno del processo³².

Per i lavoratori la lunghezza del processo determinava un sostanziale diniego della tutela giurisdizionale, atteso che occorrevano molti anni per ottenere una sentenza di primo grado e ad altri ancora per una definitiva³³.

In tale contesto, si innestò la riforma del processo del lavoro attuata con la l. 11 agosto 1973, n. 533, risultato di un ampio dibattito³⁴ e preceduta nel 1970 dall'entrata dello Statuto dei lavoratori.

La legge 11.8.1973, n. 533 attraverso la tecnica della novellazione mescolata alla tecnica della disciplina diretta, sostituì l'intero titolo quarto del libro secondo del codice, intitolato "Norme per le controversie in materia di lavoro", riducendolo da quattro a due capi: quello dedicato alle "controversie individuali di lavoro" e quello dedicato alle "controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria", ovvero i titoli degli attuali capo primo e capo secondo³⁵.

Il modello configurato era quello di un procedimento speciale, ma pur sempre a cognizione piena ed esauriente per le controversie individuali di lavoro e in materia di previdenza ed assistenza obbligatoria, autonomo e diverso rispetto alla normativa del procedimento ordinario di cognizione, ispirato più chiaramente ai principi chiovendiani di oralità,

³¹ Così, v. M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*, op. cit., p. 327.

³² Per una sintesi dello stato delle controversie di lavoro anteriormente all'entrata in vigore della l. 11 agosto 1973, n. 533, si rinvia a V. ANDRIOLI, in A. PROTO PISANI, G. PEZZANO, C.M. BARONE, V. ANDRIOLI, *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, 1974, p. 1 e ss.

³³ Sul punto, si vedano ancora V. ANDRIOLI, *Intervento, in Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro*, Milano, 1971, p. 199 ss. e G. PERA, *Sulla risoluzione delle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 194.

³⁴ Su cui, N. JAEGER, *Per una riforma urgente del processo del lavoro. Osservazioni e proposte*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, p. 1 ss.; G. PETRACCONE, *Per una riforma urgente del processo del lavoro. Conclusioni e proposte*, in *Riv. giur. lav.*, 1957, I, p. 205; L. VENTURA, *Per una riforma urgente del processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 161 ss.; ID., *Giudice del lavoro, processo del lavoro e crisi della giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, I, p. 223 ss.; ID., *Problemi attuali del giudice del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, p. 401 ss.; G. PERA, *La riforma del processo del lavoro nello scorcio della quarta legislatura*, in *Foro it.*, 1968, V, p. 81.

³⁵ Osservava V. DENTI in, *Il nuovo processo del lavoro: significato della riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, p. 371 ss. che la legge, sebbene la tensione politica che aveva prodotto le innovazioni più importanti dello statuto dei lavoratori fosse venuta meno, conteneva soluzioni politicamente moderate che tuttavia rappresentavano un rilevante salto di qualità rispetto alla precedente normativa. Si veda anche per una visione più ampia anche V. DENTI-G. SIMONESCHI, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974.

concentrazione ed immediatezza che almeno nell'immaginario del legislatore avrebbe consentito ai lavoratori di avvalersi di un rito differenziato caratterizzato da una maggiore rapidità.

Si trattava di una scelta la cui *ratio* risiedeva nella constatazione che i lavoratori fossero dotati di minori risorse economiche e, dunque, pressoché impossibilitati a sopportare la durata pluriennale del processo³⁶.

Almeno apparentemente i principi di oralità, concentrazione ed immediatezza presero il sopravvento sulle robuste resistenze incontrate nella prassi e tutte le difficoltà del processo civile vennero per lo più attribuite alla carenza di strutture giudiziarie e alla "controriforma" del 1950³⁷. Il rito del lavoro così congegnato segnò una fortissima rottura con il processo civile ordinario, poiché il valore della celerità veniva garantito dalle rigide preclusioni per le allegazioni e le richieste istruttorie³⁸.

I tratti salienti del nuovo rito laburistico potevano essere così individuati: competenza affidata al giudice unico; tutte le attività del processo da quelle preparatorie a quelle istruttorie, dalla discussione orale alla pronuncia del dispositivo dovevano avvenire nell'unica udienza di discussione ex art. 420 c.p.c.; giudizio caratterizzato da una struttura inquisitoria, essendo previsti in capo al giudice ampi poteri di direzione e di istruzione e soprattutto un sistema di preclusioni molto rigido in base al quale le parti dovevano svolgere tutte le proprie difese negli atti introduttivi (ricorso e memoria difensiva, salvo quanto disposto dall'art. 420 c.p.c.) e sempre negli atti introduttivi dovevano essere effettuate a pena di decadenza tutte le richieste istruttorie.

Il "vuotare subito il sacco" era finalizzato a permettere al giudice di giungere preparato all'udienza di discussione, al punto di poter anche decidere immediatamente la controversia³⁹. La distanza dal rito ordinario dell'epoca era dunque siderale poiché, in quest'ultimo, le deduzioni e le prove si affastellavano udienza dopo udienza, secondo un inevitabile tatticismo

³⁶ Valutazione diversa è svolta da G. MONTELEONE in, *Diritto processuale civile*, Padova, 2002, p. 335 secondo il quale "dietro l'oralità, concentrazione, immediatezza si cela un processo autoritaristico, scritto, inquisitorio, e denso di preclusioni e decadenze a carico solo delle parti e degli avvocati. Naturalmente anche nelle controversie di lavoro alla prova dei fatti si è potuto constatare, a parte un'iniziale accelerazione dei tempi dovuta ad alcune misure organizzative di accompagnamento alla nuova legge, l'insoddisfacente funzionamento del processo, con in più i pericoli di prevaricazioni ed ingiustizie insite in un sistema inquisitorio a giudice unico".

³⁷ V. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1984, I, p. 42 e II, p. 7.

³⁸ Sul punto, A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in ID., *Studio di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976. V. anche AAVV, *Il diritto processuale del lavoro*, a cura di A. Vallebona, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, IX, Padova, 2011, XXI.

³⁹ Per tutti gli approfondimenti, si rinvia alla manualistica di riferimento ed in particolare a: C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto Processuale civile*, III, 2024, p. 7 ss.; F. P. LUISO, *Diritto Processuale civile*, IV, Milano, 2024, p. 3 e ss.; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, II, Bologna, 2023, p. 333 e ss.; G. DELLA PIETRA, *Il processo civile spiegato ai ragazzi*, Bologna, 2023, p. 290 e ss.; F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, Bologna, 2023, p. 228 e ss.; ; G. RUFFINI (a cura di), *Diritto processuale civile*, II, Bologna, 2024, p. 157 e ss.

per non avvantaggiare l'avversario e di conseguenza, il giudice era indotto a non studiare una causa in continuo divenire, fino a quando con la precisazione delle conclusioni la giostra non si fosse fermata.

Il rigido sistema di preclusioni del rito laburistico in discontinuità con il rito ordinario si percepiva anche in appello, ove l'art. 437 c.p.c. introdusse il divieto dei *nova*⁴⁰.

L'accelerazione del rito per garantire alla parte economicamente e socialmente più debole l'effettività della tutela dei diritti sino a quel momento una vera e propria chimera veniva in sostanza affermata attraverso il richiamo ai canoni chiovendiani ed al rigido sistema di preclusioni, al punto che si iniziò a pensare che tali principi potessero costituire anche un modello "bussola" da estendere al rito ordinario⁴¹.

Nei primi tempi, il nuovo rito fornì risposte positive in termini di riduzione della durata dei processi, soprattutto in ragione del fatto che le cause erano relativamente poche; poi con l'aumento del numero dei processi la *ratio* del rito del lavoro è stata via via frustrata, in quanto le cause non si chiudevano più in unica udienza: i processi hanno iniziato a prevedere rinvii sempre più lunghi e numerosi, accompagnati anche da uno sfumato impiego dei poteri istruttori officiosi, finendo così per replicare in pieno i consolidati difetti del rito ordinario.

Nel periodo compreso tra gli anni 70' e la riforma del 1990, si registrarono solo alcuni tentativi di riforma non andati a buon fine: tra questi il progetto Reale del 1975, i tre progetti Bonifacio nel biennio successivo, il progetto Liebman nel 1977, il progetto Fabbrini nell'ottobre del 1985, nonché i progetti di Fabbrini e Proto Pisani e da ultimo l'idea di riforma parziale portata avanti da Tarzia⁴².

⁴⁰ Con le uniche eccezioni date dal giuramento estimatorio e dai mezzi di prova che il collegio poteva ammettere ove ritenuti indispensabili ai fini della decisione.

⁴¹ Sul punto, F. CIPRIANI, *Giuseppe Chiovenda tra Salvatore Satta e Virgilio Andrioli*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 133 e ss. In generale, la dottrina aveva complessivamente accolto con favore le novità del rito laburistico, V. anche E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, p. 167; L. MONTESANO-R. VACCARELLA, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, p. 6; G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1975, p. 33. Di diverso avviso, G. MONTELEONE in *Diritto processuale civile*, op. cit., p. 730 ss., per il quale i principi chiovendiani non si rinvergono nel riformato processo del lavoro per essere lo stesso rigidamente scritto e non orale, non concentrato e nel quale la causa non viene discussa neppure al momento della decisione, svolgendosi, peraltro, in più udienze spesso di tipo istruttorio e G. FABBRINI in, *Diritto vigente, precedenti e progetti di riforma intorno al processo individuale del lavoro*, in *Incontro sul progetto di riforma sul processo del lavoro* (Bologna, 12-13 giugno 1971), p. 1 e ss. secondo cui si trattava di un rito non neutrale.

⁴² Il progetto Reale era ispirato alla volontà di determinare una riforma completa e generale del processo civile che anzitutto si poneva l'obiettivo di risolvere problemi interpretativi e di adeguare alcune delle norme del codice di rito alle pronunce della Corte Costituzionale, e poi con particolare riguardo al rito prospettava quali rilevanti modifiche l'introduzione di una serie di preclusioni in primo grado ed in appello agendo sugli articoli 183, 184 e 345. Su tale progetto, si vedano G. VERDE, *Il disegno di legge 2246 presentato al Senato dal Ministro Reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 636 e ss. e F. CARPI, *Brevi note sui provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 656 e ss. I tre progetti Bonifacio prevedevano la modifica del rito ordinario sul modello di quello laburistico e del sistema di preclusioni ivi delineato. Il progetto Liebman pubblicato con il titolo *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 452 e ss., prospettava una modifica radicale al processo di cognizione ispirato ai principi chiovendiani e soprattutto al rito del lavoro da cui aveva mutuato l'idea che il processo dovesse svolgersi in unica

L'idea di riformare il rito ordinario ispirandosi a quello laburistico, oltre a fondarsi sui sempre vivi principi chiovendiani, si basava anche sulla valutazione dei nuovi cambiamenti politici e sociali di quel periodo. In particolare, gli effetti generati dallo sviluppo industriale degli anni 70' erano ormai svaniti ed il rapporto tra datore di lavoro ed il lavoratore aveva iniziato a cambiar pelle.

Sotto tale ultimo profilo, l'aumento delle tutele sostanziali e processuali del lavoratore grazie all'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori ed il crescente supporto delle organizzazioni sindacali avevano in qualche misura favorito una metamorfosi della figura del lavoratore subordinato. Si assisteva ad una diminuzione di quelli stabili e garantiti dalla sussistenza di un contratto a tempo indeterminato ed al correlativo aumento di lavoratori operanti sulla base di rapporti precari, rispetto ai quali la tutela differenziata creata dal rito del lavoro appariva non più adeguata⁴³.

Così, del tutto sfumata la tensione socio-culturale che aveva ispirato la tutela differenziata del rito del lavoro, restava sempre irrisolto il problema della crescente durata del processo e della sua inefficienza, sicchè si imponeva la ricerca di un modello processuale che offrisse una tutela più celere ed effettiva, anche considerando che l'ultima modifica che aveva interessato il rito ordinario era ormai risalente a circa quarant'anni prima.

Il prodotto di tale scelta fu la legge di riforma del 26 novembre 1990, n. 353 che costituì l'approdo di vari progetti⁴⁴ ed introdusse un nuovo e radicale cambiamento nel processo civile, fortemente evocativo dell'indirizzo originario del Codice del 1940⁴⁵.

udienza di trattazione in cui assumere le prove e svolgere la discussione orale. Nell'ottobre del 1985 il progetto di Fabbrini e Proto Pisani che originariamente comprendeva anche Giovanni Verde fu sviluppato su invito dell'Associazione Italiana tra gli studiosi del processo civile ed intendeva perseguire l'intento acceleratorio, attraverso la previsione di un sistema di preclusioni forti. Infine, sul progetto Tarzia si veda appunto, G. TARZIA, *Quali riforme per la giustizia civile?*, in *Giur.it.*, 1987, IV, p. 289 e ss.

⁴³ In tal senso, G. DELLA PIETRA, *Il processo civile è morto, viva il processo civile*, in *questa Rivista*, 2024, p. 888.

⁴⁴ Tra questi vanno ricordati: il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile su cui v. E. F. RICCI, *Il progetto Rognoni di riforma urgente del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 626 e ss.; il progetto Vassalli in cui si ritrovano molte delle scelte poi confluite nella legge approvata e su cui si veda G. TARZIA, *Il progetto Vassalli per il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 120 ss. e per una critica allo stesso, C. CONSOLO, *Le proposte Vassalli di riforma del c.p.c.: note sulla disciplina della sentenza e delle sue fasi gravame*, in *Giust. civ.*, 1989, II, p. 189 ss.; l'iniziativa di riforma parziale e urgente dell'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile volta a modificare il processo di cognizione e quello cautelare senza agire sul processo esecutivo; infine e per tutto il decennio che precedette l'entrata in vigore della legge si ebbero numerose proposte tra le quali il progetto di Magistratura democratica del 1986, d.d.l. governativo n. 2214 della IX legislatura ("Provvedimenti urgenti per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile", approvato il 6 febbraio 1987), il disegno di legge Pazzaglia presentato alla Camera con il numero 142/1987, nonché i disegni di legge numeri 164, 165, 241, 427 e 732 del 1987 presentati in Senato, nonché i disegni di legge numeri 845 e 1418 sempre del 1987 presentati alla Camera.

⁴⁵ Nella relazione alla legge è testualmente consacrato il cambio di rotta, ove si afferma che "*le preclusioni servono non soltanto a fare presto, ma a far bene...*".

Il legislatore pur intervenendo su molte norme del codice di rito si dedicò alla riforma del processo ordinario di cognizione⁴⁶.

La nuova struttura prevedeva un processo rigidamente articolato in fasi ed attività scandite da un rigoroso rispetto dei termini.

Vennero così (re)introdotte rigide preclusioni che, unite alla massima valorizzazione del giudizio di primo grado, determinarono, altresì, la trasformazione del giudizio di appello da *novum iudicium* e a *revisio prioris instantiae* con l'introduzione del divieto dei *nova*.

In particolare e solo con alcune esclusioni, fu soppressa la decisione collegiale e furono introdotte preclusioni che riecheggiano quelle del rito del lavoro. La *ratio* era quella di permettere che il giudice sin dalla prima udienza fosse a conoscenza della controversia, anche se il temperamento rispetto al rito laburistico era dato dalla possibilità di formulare le richieste istruttorie non oltre la seconda udienza.

Il faro del legislatore era stato acceso sulla fase iniziale del processo con la previsione delle prime due udienze dedicate rispettivamente alla trattazione e alle richieste istruttorie, in modo tale da far sì che all'esito di queste il processo proseguisse spedito, sotto la direzione del giudice verso la decisione⁴⁷.

La chiave acceleratoria della riforma poteva essere colta anche nell'abrogazione del reclamo avverso le ordinanze istruttorie e nel divieto di *nova* in appello, con esclusione delle sole prove indispensabili, in un'ottica funzionale a spingere le parti a dire tutto e subito nel primo grado del giudizio⁴⁸.

Eppure, il rigido sistema di preclusioni imposto dalla riforma non venne compiutamente attuato dal momento che già nel 1995 si assistette ad una nuova "controriforma" introdotta con il d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, confluito nella l. 20 dicembre 1995, n. 534⁴⁹ che provvide a sdoppiare la prima udienza, aggiungendo l'udienza di prima comparizione regolata dall'art. 180 c.p.c. che però era sostanzialmente priva di contenuto.

La riforma del rito ordinario non ebbe fortuna, né fu risolutiva dei noti problemi di lentezza del processo; anzi la nuova struttura degli articoli 180, 183, 184 probabilmente li favorì ulteriormente, dal momento che risultava sempre crescente il lasso di tempo intercorrente

⁴⁶ In estrema sintesi, gli interventi riguardarono la *perpetuatio iurisdictionis*, il rilievo dell'incompetenza, il regime della nullità dell'atto di citazione, l'introduzione del libero interrogatorio delle parti all'udienza di trattazione, l'introduzione delle ordinanze anticipatorie di condanna degli articoli 186-bis e 186-ter, la previsione dell'impugnabilità mediante regolamento di competenza dei provvedimenti di sospensione ex art. 295 c.p.c., la modifica del regime della sospensione conseguente alla proposizione del regolamento di giurisdizione, la possibilità per Cassazione di pronunciarsi nel merito, oltre alla riscrittura del procedimento cautelare.

⁴⁷ V. su tale aspetto A PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 174 e ss.

⁴⁸ Sul punto, v. anche V. DENTI, *Appunti sulla riforma delle impugnazioni civili*, in ID., *Sistemi e riforme*, Bologna, 1999, p. 283 e ss.

⁴⁹ Tale riforma venne varata anche per placare la classe forense assai preoccupata delle preclusioni introdotte e fu preceduta dalla l. 21 novembre 1991, n. 374 che sostituì il conciliatore con il giudice di pace e dall'entrata in vigore nel 1993 delle disposizioni sul procedimento cautelare.

tra l'udienza di prima comparizione e quella di trattazione e poi quello necessario per passare all'udienza di cui all'art. 184 per l'articolazione delle prove.

Negli anni ancora successivi, si registrarono cambiamenti con incidenza non propriamente diretta sul rito⁵⁰: essi comunque non sopirono l'idea che gli interventi proprio sul rito fossero la soluzione ai problemi del processo, tanto che si ebbero ulteriori progetti di riforma, rimasti però senza seguito⁵¹.

4. Segue: il rito societario e i successivi interventi fino alla Riforma Cartabia.

I problemi relativi all'eccessiva durata del processo ed alla sostanziale inefficacia della tutela giurisdizionale non accennavano a placarsi e gli ulteriori cambiamenti economici e sociali avevano fatto registrare la crescente difficoltà delle imprese, dovuta sia alla crisi interna, che all'aumento della concorrenza estera anche in virtù della spinta della globalizzazione.

Il nuovo contesto soprattutto economico costituì la ragione probabilmente decisiva alla base della scelta di introdurre una nuova tutela differenziata, naturalmente regolata da un nuovo rito processuale, speculare nell'idea ispiratrice del rito del lavoro, ma differente nei destinatari.

Siamo agli albori del ventunesimo secolo e con il d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5 viene introdotto il rito societario⁵² che aveva l'obiettivo di fornire alle imprese uno strumento processuale di tutela più agile e veloce in cui peraltro si rinvenivano evidenti assonanze operative con quella che è l'attuale fase preparatoria del rito ordinario di cognizione, all'esito della riscrittura operata con la riforma Cartabia.

Il nuovo rito societario prevedeva una modalità di parziale esternalizzazione del processo, dal momento che la lite giungeva alla cognizione del giudice solo quando era pronta per essere trattata e decisa.

Sino a quel momento, le parti davano vita ad uno scambio delle difese, sia degli atti introduttivi, che delle successive memorie direttamente tra i propri difensori, sino a quando

⁵⁰ Si ricordano la l. 22 luglio 1997, n. 276 istitutiva delle sezioni stralcio, il d.lg. 19 febbraio 1998, n. 51 che sopprime le preture istituendo il giudice unico di primo grado, la l. 24 novembre 1999, n. 468 di aggiornamento della l. 21 novembre 1991, n. 374 istitutiva del giudice di pace, il d.lg. 31 marzo 1998, n. 80 e la sentenza delle Sezioni Unite del 22 luglio 1999, n. 500 in tema di redistribuzione della giurisdizione, e prima ancora la riforma del diritto internazionale privato con la l. del 31 maggio 1995, n. 218.

⁵¹ Il primo è il Progetto Tarzia dedicato alla parte generale, al processo esecutivo e gli altri procedimenti speciali. Poi vi fu il progetto Vaccarella che presentava novità in particolare in relazione alla fase introduttiva e che fu di ispirazione per il rito societario e per le riforme del 2005 e del 2006, nonché per il d.lg. 2 febbraio 2006, n. 40 sul giudizio di cassazione e sull'arbitrato.

⁵² Sul rito societario tra i tanti, si vedano F.P. LUIO (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Torino, 2006; S. CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, II, Bologna, 2008; B. SASSANI, *La riforma delle società: il processo*, Torino, 2003; G. ARIETA-F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004; E. D'ALESSANDRO-M. C. GIORGETTI-F. SANTAGADA-M. A. ZUMPARO, *Il nuovo processo societario*, Milano, 2006; D. BUONCRISTIANI, *Profili sistematici e problemi pratici del nuovo rito speciale societario*, in www.judicium.it.

la catena delle repliche non si fosse interrotta per il deposito ad opera di una delle parti dell'istanza di fissazione dell'udienza.

L'udienza era collegiale e veniva fissata mediante un decreto riepilogativo dello svolgimento della causa, mentre la decisione veniva assunta in forma semplificata.

Da subito, furono evidenti gli ostacoli che avrebbero impedito il successo del nuovo rito: dalla riluttanza del ceto forense verso un modello di processo che si svolgeva per la gran parte al di fuori dell'ufficio giudiziario, all'assenza di protocolli di collaborazione tra avvocati e giudici; dalla difficoltà di regolamentare lo scambio (e le notificazioni) degli atti difensivi ed il successivo deposito nelle (frequentissime) ipotesi di pluralità di parti, alla ardua metabolizzazione di un modello ibrido in cui la fase introduttiva era totalmente lasciata alle parti e lo svolgimento del processo privava il giudice di un vero e proprio ruolo attivo, quantomeno sino al decreto di fissazione della udienza⁵³.

Dopo una breve esperienza, il rito societario fu abrogato senza grossi rimpianti⁵⁴, non prima di aver registrato *medio tempore* la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 13 del d.lg. 5 del 2003 che aveva conferito alla contumacia il valore della *ficta confessio*⁵⁵ e della previsione in tema di connessione che stabiliva la prevalenza del rito societario rispetto a tutti gli altri riti⁵⁶. Tra l'entrata in vigore del rito societario e la sua abrogazione, si innestarono ulteriori riforme collocate negli anni 2005 e 2006: si tratta del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito nella l. 14 maggio 2005, n. 80 e del d.lg. 2 febbraio 2006, n. 40 che modifica il giudizio di cassazione e l'arbitrato⁵⁷.

L'obiettivo dell'intervento del 2005 era sempre il medesimo: intervenire sul rito per accelerare il processo e ridurre la durata.

Questa volta la valorizzazione delle preclusioni già concepite con la riforma del 1990 fu più incisiva e messa in correlazione diretta con la fase di trattazione della causa.

Tale impostazione portò all'abrogazione dell'(inutile) udienza di cui all'art. 180 c.p.c., prevedendo l'accorpamento dell'udienza di prima comparizione e di quella di trattazione.

Il nuovo intervento non apportò, però, i benefici sperati, anche perché la nuova udienza di cui all'art. 183 era sempre più spesso dedicata ai soli controlli formali, e non alla vera e propria

⁵³ Sul punto si vedano le considerazioni di B. SASSANI in, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in www.judicium.it; ID., *Serio e faceto nella giurisprudenza: considerazioni della notifica tra avvocati nel rito societario*, in www.judicium.it e di G. DELLA PIETRA, in *Il processo civile è morto, viva il processo civile*, op. cit., p. 889.

⁵⁴ Probabilmente il solo rimpianto può essere rinvenuto in riferimento alla disposizione di cui all'art. 19 che conteneva uno strumento simile al *référé provision*, ovvero un provvedimento veloce avente efficacia esecutiva, senza la forza del giudicato la cui introduzione anche nel rito ordinario avrebbe potuto apportare notevoli benefici.

⁵⁵ V. B. SASSANI-F. AULETTA, *L'illegittimità costituzionale per contrasto con la tradizione: in morte di una (buona) regola del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 519 e ss.

⁵⁶ Sul punto, ancora B. SASSANI-F. AULETTA, *Ansia da incostituzionalità e processo societario: ancora una discutibile applicazione di giustizia costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 203 e ss.

⁵⁷ Oltre alle leggi 28 dicembre 2005, n. 263 e 24 febbraio 2006, n. 52 che integrano le modifiche al processo esecutivo già introdotte dalla legge 80 del 2005.

trattazione nel merito. Quest'ultima veniva di fatto posticipata ad una nuova udienza, spesso fissata a distanza di mesi e per lo più dedicata all'ammissione delle istanze istruttorie, formulate anche in seguito all'appendice scritta prevista dal comma 6 dell'art. 183 c.p.c.⁵⁸

Trascorrono intanto soli pochi anni e nel 2009, il legislatore sempre nella speranza di razionalizzare e rendere il processo più efficiente vara una nuova riforma.

L'ulteriore intervento conferma la sensazione che le esperienze passate non avevano insegnato nulla, anche perché a fronte del moltiplicarsi degli interventi legislativi sul rito, il dato empirico continuava ad attestare l'inefficienza del processo e la sua crescente durata.

Evidentemente non restava che prendere atto che per tale via i benefici apportati non potevano che essere esigui se non addirittura nulli, ed invece, il legislatore ha continuato a remare nella direzione opposta, confidando che i miglioramenti potessero conseguire agendo solo sui modelli processuali senza incidere su altri fattori (più) rilevanti come quelli organizzativi.

Ecco allora la l. 18 giugno 2009, n. 69 per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività che presenta un'importante innovazione (ancora una volta) relativa al rito⁵⁹.

Viene introdotto agli articoli 702-*bis* e ss. c.p.c. il procedimento sommario di cognizione⁶⁰.

Tale procedimento si differenziava da quello che conduceva al provvedimento dell'art. 19 dell'abrogato d.lg. 5 del 2003, in quanto si concludeva con un provvedimento finale avente la forma dell'ordinanza idonea a divenire stabile tra le parti⁶¹.

⁵⁸ Sul punto, v. anche B. SASSANI, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in www.judicium.it, p. 16.

⁵⁹ Sulla riforma del 2009, si vedano per tutti F. AULETTA-S. BOCCAGNA-G. CALIFANO-G. DELLA PIETRA-G. OLIVIERI-N. RASCIO, *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Napoli, 2009. V. anche B. SASSANI, A. D. 2009: *ennesima riforma di salvataggio del rito civile*, in www.judicium.it.

⁶⁰ Su cui tra i tanti si vedano: G. OLIVIERI, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività, legge 18 giugno 2009 n. 69*, Napoli, 2009, p. 81 ss.; ID., *Al debutto il rito sommario di cognizione*, in *Guida al Dir.*, 2009, p. 28 e ss.; M. BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Il giusto processo civile*, 2010, p. 431, 432 ss.; M. BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 118 e ss.; C. FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 92 ss.; S. MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1025 ss. 483; P. BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 188; A. CARRATTA, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell'"istruzione sommaria": prime applicazioni*, in *Giur. it.*, 2010, p. 905; L. DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1582; D. VOLPINO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 54; F.P. LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in www.judicium.it, p. 1; B. CAPPONI, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c. p. c.)*, in www.judicium.it.

⁶¹ Il Nel procedimento previsto dall'abrogato art. 5 d. lg. 5 del 2003 i presupposti della tutela erano tipici e le condizioni per la decisione predeterminati ricorrendo "ove il giudice ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto"; inoltre, differenza questa ben più importante, all'ordinanza conclusiva non impugnata, non conseguivano gli effetti di cui all'art. 2909 c.c. possibili, viceversa, solo in caso di proposizione dell'appello soggetto al rito ordinario. Lo scopo dell'istituto contemplato nell'abrogato processo societario era quello di dar vita a misure sommarie per fornire al creditore un titolo esecutivo di formazione giudiziale.

In estrema sintesi, si trattava di un rito di cognizione speciale che si affiancava a quello ordinario a cognizione piena in tutte le ipotesi in cui il Tribunale giudicava in composizione monocratica, divenendo concorrente con quest'ultimo. Era, dunque, uno strumento a disposizione dell'istante che poteva scegliere di agire con le forme di cui agli articoli 702-*bis* c.p.c., ovvero di fare uso di quelle ordinarie.

Tale innovazione risulta oggi abrogata, o meglio trasfusa in seguito alla Riforma Cartabia nel nuovo rito semplificato che nelle intenzioni del legislatore dovrebbe concorrere maggiormente con quello ordinario, sino a sostituirlo il più possibile.

Tuttavia e come acutamente osservato⁶², l'ultima riforma è sempre la penultima e proprio con la l. n. 69 del 2009 se ne ha la conferma, posto che l'art. 54 prevedeva la delega al governo per la semplificazione dei riti civili extra codice che da 33 dovevano ridursi a soli 3⁶³.

La delega fu attuata con in d. lg. 1.9.2011, n. 150 che ha introdotto nell'ordinamento disposizioni complementari al codice di rito in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, prevedendo che essi sarebbero dovuti confluire in uno dei seguenti modelli: a) rito del lavoro regolato dalle norme della sezione II del capo I del titolo IV del libro secondo del codice di procedura civile, ove siano prevalenti caratteri di concentrazione processuale, ovvero di ufficiosità dell'istruzione; b) rito sommario di cognizione regolato dalle norme della sezione II del capo I del titolo IV del libro secondo del codice di procedura civile, ove risultino prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa; c) rito ordinario di cognizione regolato dalle norme del titolo I e del titolo III del libro secondo del codice di procedura civile, tutti gli altri procedimenti⁶⁴.

Dall'anno 2011, segue poi un decennio di modifiche piuttosto marginali sino alla Riforma Cartabia che probabilmente segna una certa discontinuità, rispetto ai precedenti interventi.

La ricerca dell'efficienza del processo civile la cui durata restava e resta il dato più preoccupante ed una delle concause ostative alla crescita del Paese ha spinto il legislatore,

⁶² Così B. SASSANI, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, op. cit., p. 16

⁶³ Restavano invariati e così espressamente esclusi dall'applicazione del d.lg. 150 del 2011 in virtù della previsione dell'art. 54 lett. d della l. 69/2009 i procedimenti previsti per il fallimento e le altre procedure concorsuali, quelli speciali previsti per il settore dei minori e della famiglia (es. modifica delle condizioni di separazione e divorzio), le procedure regolate dal regio decreto 14 dicembre 1933, n. 1669 e dal regio decreto 21 dicembre 1933, n. 1736, in tema di cambiale, vaglia cambiario e assegni, i procedimenti previsti dallo Statuto dei lavoratori, quelli previsti dal d. lg. 10 febbraio 2005, n. 30 in materia di proprietà industriale e infine di quelli previsti dal d. lg. 6 settembre 2005, n. 206 aventi ad oggetto la tutela dei consumatori.

⁶⁴ Sul punto, si vedano B. SASSANI, R. TISCINI (a cura di), *La semplificazione dei riti civili*, Roma, 2011; A. CARRATTA, *La "semplificazione" dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, 2012; ID., *La semplificazione dei riti civili: i limiti dello schema di decreto legislativo presentato dal Governo*, in <http://www.treccani.it/magazine>; G. BALENA, *La delega per la riduzione e semplificazione dei riti*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 351 ss.; C. CONSOLO, *Prime osservazioni introduttive sul d.lgs. n. 150/2011 di riordino (e relativa "semplificazione") dei riti settoriali*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1485; A. PROTO PISANI, *La riduzione e la semplificazione dei riti (d.leg. 1° settembre 2011 n. 150): note introduttive*, in *Foro it.*, 2012, V, c. 73 ss.; B. SASSANI, *Sfoltiti i riti, i procedimenti restano 28*, in *Il Sole 24 Ore*, 2 settembre 2011.

impegnato anche a rispondere alla necessità di fornire una risposta alla crisi economica derivata dalla pandemia del 2020, a dar vita ad un nuovo moto riformatore⁶⁵.

L'Europa aveva varato il *Next Generation EU*. e conseguentemente l'Italia il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.), sulla cui spinta il legislatore ha dato corso al corposo intervento di modifica del processo civile.

L'*iter* è partito dalla legge delega 26 novembre 2021, n. 206 e ha visto la successiva approvazione del d. lg. 10 ottobre 2022, n. 149⁶⁶, e da ultimo del decreto correttivo entrato in vigore con il d.lg. 26 novembre 2024, n. 164⁶⁷.

Volendo sintetizzare le direttrici degli interventi di riforma che hanno interessato il processo di cognizione, può rilevarsi come esse tendano, per un verso, alla semplificazione dell'attività processuale nell'ottica della razionalizzazione e speditezza e, per altro verso, all'aumento della possibilità di adattare il processo alla complessità della causa, in funzione del principio di proporzionalità.

Vengono così introdotte importanti modifiche all'intero processo civile che riguardano anzitutto la struttura del processo ordinario di cognizione, sia nel giudizio di primo grado che in quello di impugnazione⁶⁸.

Viene poi introdotto un rito contenzioso unico in materia di persone, minorenni e famiglia⁶⁹ e vengono apportate innovazioni anche al processo esecutivo⁷⁰.

Infine, vengono previste significative novità in tema di digitalizzazione⁷¹ ed organizzazione del processo⁷², in tema di procedure alternative di risoluzione delle controversie, in particolare

⁶⁵ Si pensi che in Italia la durata media di una controversia civile è stimata in 850 giorni, ovvero quasi il triplo di quanto avviene in Francia e Spagna, ove si riduce rispettivamente in 347 e 330 giorni, e più del doppio rispetto alla Germania, ove aumenta di poco a 409 giorni.

⁶⁶ Si vedano per un inquadramento generale sulla riforma A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206, Torino, 2023 e F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023.

⁶⁷ Su cui si rinvia per una più generale disamina a L. SALVANESCHI, *Luci e ombre nello Schema di decreto legislativo correttivo e integrativo delle disposizioni processuali introdotte con la riforma Cartabia*, in www.judicium.it e a F. DE ANGELIS-M. TERESI, *Il correttivo alla riforma Cartabia del processo civile*, Bologna, 2024.

⁶⁸ Così si prevede la figura del consigliere istruttore, la modifica della disciplina dei filtri di ammissibilità, la modifica della definizione dei ricorsi per cassazione inammissibili, improcedibili o manifestamente fondati o infondati e, ancora, l'introduzione del rinvio pregiudiziale da parte del giudice di merito.

⁶⁹ Con l'introduzione del Tribunale delle persone, dei minorenni e delle famiglie.

⁷⁰ E' stata abolita la formula esecutiva, è stato introdotto il nuovo istituto della vendita diretta ad istanza del debitore e potenziata la delega al professionista nella vendita forzata.

⁷¹ E' stato generalizzato l'obbligo di deposito telematico degli atti processuali ed è stata introdotta la possibilità di tenere le udienze da remoto, o mediante trattazione scritta con lo scambio di note.

⁷² Il riferimento è all'ufficio per il processo per il quale sono state ordinate le funzioni con l'autonomo d. lg. n. 151/2022 per affinare l'attività ed il lavoro preparatorio della decisione.

per quelle di mediazione e negoziazione assistita⁷³, oltre ad alcuni interventi anche sul giudizio arbitrale⁷⁴.

Le innovazioni che qui interessano sono quelle apportate al processo di cognizione di primo grado. Esse attengono principalmente alla fase preparatoria del rito ordinario ed all'introduzione del rito semplificato di cognizione previsto per la risoluzione delle cause più semplici⁷⁵.

Quanto alla fase preparatoria, essa risulta completamente riscritta, dal momento che la trattazione della causa è sostanzialmente anticipata rispetto al primo contatto tra le parti e il giudice⁷⁶.

Ed infatti, all'esito della costituzione delle parti che ora deve avvenire a pena di decadenza almeno 70 giorni prima dell'udienza fissata in citazione, il giudice compie nei 15 giorni successivi le verifiche preliminari di cui all'art. 171-*bis* c.p.c., al fine di appurare la regolarità del contraddittorio. Quindi, si passa in maniera serrata alla trattazione scritta che avviene mediante il deposito delle memorie integrative di cui all'art. 171-*ter* c.p.c., sempre anteriormente alla prima udienza di comparizione e trattazione, in netta discontinuità con quanto avveniva prima dell'ultima riforma, quando (all'udienza di prima di comparizione e trattazione) ove richiesto dalle le parti, il giudice autorizzava il deposito delle tre memorie dell'appendice scritta di cui al comma 6 dell'art. 183 c.p.c.

L'obiettivo del riformatore è quello di far sì che all'udienza di trattazione il materiale della causa sia già stato completamente esposto dalle parti e soprattutto (si spera) esaminato dal giudice per indirizzare il prosieguo del giudizio verso l'ammissione delle istanze istruttorie, ove formulate dalle parti (ed ammissibili e rilevanti), ovvero verso la fase decisoria, quando la causa sia matura per essere decisa, o sia di natura documentale, o necessiti la risoluzione di

⁷³ Quanto alla mediazione, sono stati introdotti specifici incentivi fiscali a sostegno della procedura, ne è stato esteso l'obbligo come condizione di procedibilità della domanda alla controversie con oggetto i rapporti di durata ed è stata rafforzata quella demandata dal giudice. Quanto alla negoziazione assistita, essa è stata estesa anche alle controversie di lavoro ed è stata prevista la possibilità di esperire attività istruttoria nel corso della procedura con l'acquisizione di dichiarazioni di testi, nonché di dichiarazioni confessorie.

⁷⁴ Si è provveduto al rafforzamento dell'imparzialità ed indipendenza degli arbitri e si è eliminato il divieto di pronunciare misure cautelari nei casi in cui le parti abbiano espresso una volontà in tal senso.

⁷⁵ Altre modifiche che riguardano il processo di cognizione di primo grado sono l'obbligo di fissare il calendario del processo alla prima udienza, la sostituzione dell'udienza di precisazione delle conclusioni con le memorie scritte, nonché l'introduzione della ordinanze provvisorie di accoglimento e di rigetto agli articoli 183-*ter* e 183-*quater* c.p.c.

⁷⁶ Come osservato da S. BOCCAGNA in, *La nuova organizzazione del processo*, op. cit., p. 1356 e 1357, la modifica "incide su due aspetti fondamentali, che da sempre rappresentano dei tratti distintivi dei vari modelli processuali, vale a dire, da un lato, il rapporto tra oralità e scrittura, dall'altro l'individuazione del momento dell'«entrata in scena» del giudice". Si vedano anche, A. NASCOSI, *Qualche appunto sulla nuova fase preparatoria del processo dopo il correttivo alla riforma Cartabia*, in *Riv. dir. proc.*, 2025 p. 264 e ss.; S. MENCHINI-E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al Tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 578 e ss.; M. BOVE, *La trattazione nel processo ordinario di primo grado tra riforma Cartabia, intervento della Corte Costituzionale e annunciato correttivo*, in www.judicium.it; G. TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva del giudizio civile*, in *Giust. Proc. civ.*, 2023, p. 41 e ss.

sole questioni di diritto, ovvero, ancora, nel caso in cui le istanze istruttorie non abbiano superato il vaglio di ammissibilità e rilevanza.

Quanto all'introduzione del rito semplificato, essa costituisce l'altra corposa novità del processo di cognizione di primo grado a cui corrisponde l'abrogazione del procedimento sommario di cognizione, già previsto dagli artt. 702-*bis* e ss. c.p.c.⁷⁷

Il rito semplificato viene impiantato nel nuovo capo III-*ter* del libro II, titolo I del codice, ove vengono introdotti gli articoli da 281-*decies* a 281-*terdecies*. Tale collocazione come specifica la Relazione Illustrativa del d.lg. 149/2022 risulta coerente sia con l'alternatività di tale rito rispetto a quello ordinario, sia con la natura della cognizione piena, anche se con una struttura semplificata. Ne deriva che il rito ordinario e quello semplificato *“costituiscono gli unici due riti generalisti a cognizione piena previsti dal codice, ossia utilizzabili per tutte le controversie civili a seconda della loro natura più o meno complessa (ad esclusione, ovviamente, delle controversie per le quali sia già previsto un rito speciale a cognizione piena...)”*⁷⁸.

Il rito semplificato è con evidenza ispirato al principio di proporzionalità che da anni costituisce una delle linee guida degli interventi riformatori dei principali ordinamenti processuali stranieri e che tende a differenziare il rito da seguire in ragione della complessità della controversia⁷⁹.

Tuttavia, l'applicazione di tale principio si manifesta nel nostro ordinamento in una modalità *prima facie* parzialmente differente da quella attuata in altri ordinamenti.

In questi ultimi, la scelta del rito è più direttamente rimessa al giudice che nell'esercizio dei suoi poteri di direzione del processo, la informa ai criteri fissati a monte dal legislatore⁸⁰.

⁷⁷ Sul processo semplificato di cognizione, si vedano per i rilievi generali A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206, op. cit.*, p. 76 e ss.; F. P. LUISO, *Il nuovo processo civile, op. cit.*, p. 132 e ss. Per un approfondimento, si rinvia a G.P. CALIFANO, *Il “rito semplificato” di cognizione*, Torino, 2023; G. BALENA, *Il (seminuovo) procedimento semplificato di cognizione*, in *Giust. Proc. Civ.*, 2023, p. 1 e ss.; A. CARRATTA, *Due modelli processuali a confronto: il rito ordinario e quello semplificato*, in *Giur. it.*, 2023, p. 701 e ss.; R. TISCINI, *Le novità del decreto correttivo alla riforma Cartabia sul procedimento semplificato di cognizione*, in *www.judicium.it*; A. MOTTO, *Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*, in *www.judicium.it*; A. GIUSSANI, *Le nuove norme sul rito semplificato di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 632 e ss.; F. CASCIARO, *Dal procedimento sommario al nuovo procedimento semplificato di cognizione*, in *www.judicium.it*.

⁷⁸ In tal senso, A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206, op. cit.*, p. 77.

⁷⁹ Sul punto di vedano anche A. PROTO PISANI, *La crisi dei processi a cognizione piena e una proposta*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 102 e ss.; ID., *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro It.*, 2009, V, p. 1 e ss.; R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. Trim. Dir. e proc. civ.*, 2011, p. 389 ss.; ora anche in ID., *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, Milano 2022, II, p. 1273 ss.; A. CARRATTA, *L'evoluzione dei processi civili di cognizione nella prospettiva comparata: un recente libro*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1215 e ss. e da ultimo ancora S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo, op.cit.*, p. 1341 e ss.

⁸⁰ In tal senso, R. CAPONI, *Processo civile e complessità*, in ID., *Dogmatica giuridica e vita, op. cit.*, II, p. 1294 e ss. Guardando agli altri ordinamenti, si pensi al Regno Unito ove il giudice dopo aver sentito le parti può orientare lo sviluppo del rito secondo tre diverse vie (*small claims track*, *fast track*, *multi-track*) o anche alla Germania dove vi è la previsione del § 272 ZPO. Diversamente, avviene in Francia ove il sistema è ibrido e caratterizzato dal distinguo tra *procédure écrite*, di generale

Viceversa, nel nostro ordinamento, la scelta sul rito si può scindere in due diversi momenti, di cui solo il secondo è incentrato sul giudice.

Il primo ha come fulcro la scelta dell'attore tra i due modelli processuali previsti e si fonda su una valutazione prognostica, in base alla quale egli individua il rito più adeguato alla controversia da proporre.

Il secondo contempla l'intervento del giudice che definisce la scelta del rito, partendo però dalla scelta compiuta dall'attore.

Sostengono questa ricostruzione due distinti argomenti.

Il primo valorizza le previsioni degli articoli 171-*bis* c.p.c., come modificato dal decreto correttivo in seguito all'abrogazione dell'art. 183-*bis* c.p.c.⁸¹, e 281-*duodecies* c.p.c. Queste disposizioni regolano rispettivamente il passaggio dal rito ordinario a quello sommario e viceversa, senza che si determinino conseguenze pregiudizievoli sul processo, diversamente da quanto avveniva col vecchio processo sommario di cognizione, ed in modo da rendere quasi neutra la scelta prognostica sul rito effettuata dall'attore che sarà poi assoggettata alla verifica del giudice.

Il secondo comunque collegato al primo trova la sua fonte esclusivamente nell'art. 281-*decies* c.p.c. La norma individua l'ambito applicativo del rito semplificato e da essa si può desumere che anche la prosecuzione nella forma semplificata sia assoggettata al ricorrere dei presupposti in essa elencati. Si tratta di presupposti la cui esistenza si cristallizza solo dopo la costituzione del convenuto, all'esito della quale il giudice potrà valutare la compatibilità della controversia proposta con uno dei due modelli processuali a cognizione piena utilizzabili.

E' allora possibile affermare come il processo di cognizione ridisegnato dalla riforma Cartabia presenti una dicotomia dei riti a cognizione piena⁸².

Ora, valutando il rapporto tra i due riti generalisti a cognizione piena⁸³ e soprattutto l'architettura della nuova fase preparatoria del rito ordinario, parte della dottrina ha ritenuto

applicazione e la *procédure orale*. Nell'ambito della prima viene individuata dal presidente di sezione la modalità più adeguata tra le tre previste (*circuit court, circuit moyen e circuit long*).

⁸¹ In particolare, l'art. 171-*bis* c.p.c. al quarto comma prevede che quando in relazione a tutte le domande proposte ricorrono i presupposti di cui all'art. 281-*decies*, il giudice dispone la prosecuzione del processo nelle forme del rito semplificato di cognizione, fissa l'udienza di cui all'art. 281-*duodecies*, nonché il termine perentorio entro il quale le parti possono integrare gli atti introduttivi mediante il deposito di memorie e documenti.

⁸² Sul punto, ancora S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, op. cit., p. 1346 parla di "scelta del legislatore di introdurre un sistema «a doppio binario», che prevede percorsi processuali differenziati per le cause più semplici e per quelle più complesse". L'A. sottolinea come si tratti "sotto certi aspetti, di un ritorno all'antico, essendo noto che un'analoga struttura «binaria» caratterizzava il sistema del c.p.c. del 1865, basato sulla dicotomia (a sua volta ereditata dai codici sardi) procedimento formale/procedimento sommario" e su cui si veda anche il § 2.

⁸³ Sulle criticità dei rapporti tra rito ordinario e rito semplificato si rinvia sempre a S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, op. cit., p. 1348 e ss., che analizza nello specifico il momento del passaggio previsto dall'art. 183-*bis* c.p.c., il rapporto di tale norma con l'art. 281-*decies*, nonché l'importanza della valorizzazione dell'art. 175 c.p.c. e dell'art. 171-*bis* c.p.c.

che proprio tale ultima complessità possa essere il fattore decisivo a sancire la prevalenza del rito semplificato su quello ordinario⁸⁴.

Tuttavia, l'impressione che sembra cogliersi invece è quella di una preferenza verso la direzione opposta, dal momento che anche per le radicate abitudini del ceto forense, l'idea di poter, seppur in minima parte, modulare e correggere il tiro rispetto agli atti introduttivi resta sempre viva e, pertanto, anche nella e compressa e serrata articolazione della attuale fase preparatoria un ridotto adeguamento risulta ancora possibile.

Non pare allora azzardato sostenere che la scelta del rito di cognizione di primo grado potrà vedere ancora una prevalenza di quello ordinario nel quale resiste una gradualità ed una concatenazione seppur incalzante delle attività delle parti che possono ancora dedurre e replicare, diversamente dalla scansione del rito semplificato nel quale occorre tirar fuori tutto e subito e dove la possibilità di integrazione resta subordinata al consenso del giudice⁸⁵.

Ciò che però appare più certo è che per attestare la prevalenza nella scelta del rito tra quello ordinario e quello semplificato, occorrerà attendere i prossimi anni per un riscontro diretto dell'esperienza concreta, essendo ancora piuttosto recente la novità introdotta.

5. Qualche riflessione finale (anche *de iure condendo*).

Dopo l'ultima riforma ed il recente correttivo, il quadro attuale del processo civile prevede due modelli generalisti a cognizione piena, accanto ai quali continua a gravitare una molteplicità di riti.

Dall'analisi condotta sulle modifiche che hanno interessato il processo civile a partire dal primo Codice successivo all'unità d'Italia, sembrano emergere due dati.

Il primo riguarda la costante crescita del numero dei riti: ad ogni riforma, il legislatore è sempre intervenuto sul rito aggiungendo nuovi modelli, sul presupposto che con essi sarebbe migliorata l'efficienza del processo.

E' ben possibile che tale idea fosse indotta anche (o soprattutto) dall'insufficienza delle risorse da destinare alla giustizia civile, ma resta l'evidenza che per il giudizio di primo grado, si contano ormai svariati modelli processuali⁸⁶: il rito ordinario, quello semplificato, il nuovo rito di famiglia regolato agli articoli 473-*bis* e ss. c.p.c., il rito del lavoro, il rito per le controversie in tema di licenziamenti, tutti quei giudizi che in seguito all'entrata in vigore del d.lg. 150/2011 sulla semplificazione dei riti dovevano confluire nelle tre categorie delineate da testo normativo, il nuovo rito dinanzi al giudice di pace. Senza poi dimenticare, per quanto differenti

⁸⁴ In tal senso, v. A. CARRATTA, *Due modelli processuali a confronto: il rito ordinario e quello semplificato*, in *Giur.it.*, 2023, p. 697 e ss.

⁸⁵ Così, G. DELLA PIETRA, *Il processo civile è morto, viva il processo civile*, op. cit., pp. 889 e 890.

⁸⁶ Osservava sul punto G. VERDE in, *Unicità e pluralità di riti nel processo civile*, op. cit., p. 669 che "questa varietà... rappresenta più il frutto di un procedere discontinuo e provvisorio teso alla ricerca di soluzioni – tampone per recuperare qualche efficienza all'amministrazione della giustizia che non la realizzazione di un pluralismo processuale".

nella funzione e nella struttura, i procedimenti speciali disciplinati dal libro IV del Codice di rito.

Ora, al di là del numero probabilmente troppo elevato, la moltiplicazione dei riti finisce anche per complicare il rapporto tra le regole processuali che si succedono, facendo sorgere continui dubbi in ordine all'individuazione di quelle *ratione temporis* applicabili.

Il secondo è una diretta conseguenza del primo e si manifesta nel disorientamento degli operatori chiamati a scegliere il rito con cui proporre la domanda giudiziale.

L'importanza di tale profilo si coglie considerando che l'erronea scelta del rito potrebbe essere di ostacolo alla tutela giurisdizionale dei diritti, determinando un evidente pregiudizio per i consociati⁸⁷ e soprattutto potrebbe generare una serie di questioni processuali per la cui risoluzione si produrrà una inevitabile dilatazione dei tempi del processo⁸⁸.

Nondimeno, il tema della proliferazione dei riti nel processo civile può essere osservato anche dalla diversa angolazione della integrale digitalizzazione e telematizzazione del processo.

Vengono qui in rilievo gli articoli 127-*bis* e 127-*ter* c.p.c. che regolano la modalità di svolgimento della udienza, disciplinando rispettivamente quella mediante collegamenti audiovisivi e quella mediante lo scambio di note scritte.

Oggi, la modalità di svolgimento dell'udienza senza accedere fisicamente all'ufficio giudiziario è ormai prevalente e rende il processo quasi asettico, in quanto svuotato del contatto tra il giudice e le parti.

In tale prospettiva è pur vero che al momento della proposizione della domanda continua ad essere necessaria l'individuazione del giudice competente in applicazione dei criteri di cui agli articoli 7 e ss. c.p.c., tuttavia la digitalizzazione e la telematizzazione del processo unitamente alla residualità dell'udienza in presenza hanno determinato una sorta di anonimizzazione dell'ufficio giudiziario, la cui ubicazione territoriale diviene pressoché irrilevante.

Ed infatti, il processo si svolge ormai in una *virtual room* dalla quale resta fuori solo l'attività di raccolta della prova costituenda che, peraltro, non è da escludersi in un futuro (forse

⁸⁷ Di tale aspetto fornisce un efficace esempio G. DELLA PIETRA in, *Il processo civile è morto, viva il processo civile*, op. cit., p. 889 che fa riferimento alla pronuncia delle Sezioni Unite del 13 gennaio 2022, n. 927, in tema di opposizione a decreto ingiuntivo in materia di locazione. L'art. 4 del d.lg. 150/2011 aveva previsto la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda stabilendo che essi seguono il rito concretamente prescelto e non quello effettivamente previsto. La portata del principio che avrebbe dovuto avere valenza generale è stata invece circoscritta dalla Sezioni Unite che hanno affermato che la regola opera solo rispetto ai riti delineati dal d.lg. 150/2011, poiché al di fuori di essi il parametro di validità è quello del rito correttamente previsto.

⁸⁸ Sovviene ad esempio la questione emersa in ordine all'individuazione del soggetto onerato a proporre l'istanza di mediazione obbligatoria in caso di decreto ingiuntivo opposto. Il quesito su cui era insorto un serrato dibattito in dottrina e giurisprudenza è stato risolto dalle Sezioni Unite con la pronuncia del 18 settembre 2020, n. 19596, che ha individuato definitivamente nel creditore opposto il soggetto onerato. La soluzione delle Sezioni Unite è stata poi recepita dalla Riforma Cartabia che ha inserito l'art. 5-*bis* nel d.lg. 28 del 2010 che fissa per l'appunto in capo al creditore nel caso di opposizione l'onere di avviare il procedimento di mediazione.

nemmeno troppo lontano) possa essere assunta nella modalità da remoto, con ulteriore valorizzazione dell'art. 127-*bis* c.p.c.

Queste riflessioni hanno portato ad ipotizzare l'abolizione dei criteri di competenza territoriale⁸⁹, quale punto di partenza per la creazione di un nuovo modello processuale, fondato sull'istituzione di un ufficio giudiziario unico, centralizzato e naturalmente solo telematico per tribunale e giudice di pace, ove, pertanto, sarebbe trascurabile il criterio di collegamento territoriale⁹⁰.

Siffatta idea sarebbe probabilmente risolutiva per bloccare la moltiplicazione dei modelli processuali e favorire la via della semplificazione, in prima battuta attraverso un'opera di riduzione del numero di riti, poi anche mediante una totale unificazione degli stessi.

L'approdo immaginato sarebbe quello di un processo regolato da un unico rito applicabile a tutte le controversie. Tale rito dovrà essere necessariamente a cognizione piena e prevedere la rigida predeterminazione delle forme e delle regole che governano le attività delle parti e i poteri del giudice, escludendosi così la possibile sommarizzazione⁹¹.

Per sigillare il nuovo modello unico, le regole processuali dovranno essere positivizzate, mediante una valorizzazione della centralità della telematizzazione e delle risorse offerte da un processo interamente telematico.

Probabilmente, un tale intervento non potrà essere più limitato alla sola introduzione di nuove regole da coordinarsi con i principi generali esistenti ormai costantemente oggetto di un'interpretazione di adeguamento all'evoluzione telematica, ma richiederà l'integrale rielaborazione del Codice di rito⁹².

La posizione descritta propone certamente una soluzione rivoluzionaria e verosimilmente risolutiva della gran parte dei problemi relativi all'efficienza ed ai tempi del processo.

Essa apporterebbe un vantaggio concreto in termini di durata del processo e di velocità delle decisioni.

Inoltre, la semplificazione delle forme in rapporto alla riduzione della durata del processo si gioverebbe anche della drastica riduzione delle questioni processuali da risolvere, prima di giungere alla decisione di merito.

⁸⁹ Così J. NIEVA FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino, 2019, p. 23 e ss., il quale ne immagina la sostituzione con regole di distribuzione del lavoro giurisdizionale fondate su criteri oggettivi, stante la garanzia di cui all'art. 25 Cost., che potrebbero addirittura determinare l'automatizzazione di molte decisioni di eccezioni processuali nella prima udienza come ad esempio quelle relative alla mancanza di capacità di agire del minore di età, al difetto di rappresentanza, alla sussistenza di un precedente giudicato, alla litispendenza.

⁹⁰ Dà conto di tale possibilità, G. DELLA PIETRA in, *Il processo civile è morto, viva il processo civile*, op. cit., p. 891.

⁹¹ Dovrà essere solo una semplificazione del modello, intesa quale alleggerimento delle forme di un processo che resterà a cognizione piena. Su tale idea di semplificazione processuale, si veda per tutti A. CARRATTA, *Cognizione sommaria e semplificazione processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, p. 449 e ss.

⁹² Sul punto, si veda G. DELLA PIETRA, *Per un processo civile davvero telematico*, in questa *Rivista*, 2020, p. 21 e ss.

Peraltro, è chiaro che la realizzazione di un simile cambiamento imporrebbe un nuovo e radicale intervento riformatore che dovrebbe condurre *in primis* alla gestazione delle nuove regole che dovrebbero disciplinarlo, senza peraltro trascurare l'impatto di una tale rivoluzione sulle abitudini dei protagonisti del processo che, per quanto già mutate nell'ultimo decennio sotto la spinta della telematizzazione, dovrebbero mostrare una capacità di adeguamento ulteriore, al fine di superare quello scetticismo radicato che notoriamente accompagna indistintamente tutti gli interventi riformatori.

E' poi altrettanto evidente, nonostante la bulimia del legislatore processuale, che si tratterebbe di un'opera imponente e difficilmente realizzabile nell'immediato, anche tenendo conto che l'ultima riforma ed il suo correttivo sono recenti.

Ed allora, sempre guardando alla semplificazione come linea guida da seguire, possono prefigurarsi interventi per così dire minori, ma orientati in senso opposto a quello della proliferazione dei riti, con la sola eccezione ammessa e data dalla considerazione che una tale varietà di riti potrà essere mantenuta nei soli limiti in cui serva effettivamente ad assicurare la funzione del processo di essere servente alla tutela dei diritti.

Un adeguato punto di partenza potrebbe essere quello teso ad individuare quei modelli processuali che presentino caratteristiche comuni che li rendano assimilabili e oggetto di possibile unificazione.

Possono prestarsi a tale impostazione il rito del lavoro e a quello semplificato di cognizione⁹³. Tenendo in disparte la funzione di tutela differenziata del rito del lavoro e la vera differenza tra i due modelli data dalla particolare ampiezza dei poteri istruttori del giudice del lavoro tracciata dall'art. 421 c.p.c. che non si rinviene nel rito semplificato, oltre ad alcuni elementi di differenziazione di secondo piano, pare potersi sostenere che il rito semplificato di cognizione sia modellato sulla struttura di quello laburistico.

In effetti, entrambi i riti si introducono con un ricorso la cui unica differenza del tutto marginale (e scontata) è data dalla necessità di indicare in quello introduttivo del rito semplificato di aver assolto gli oneri per il superamento della condizione di procedibilità, allorquando la domanda ne sia assoggettata.

Il regime delle preclusioni operante nei riti in esame è poi tendenzialmente sovrapponibile.

Sul versante del ricorrente, egli in entrambi i riti deve indicare i mezzi di prova a pena di decadenza nell'atto introduttivo. Tuttavia, mentre nel rito semplificato l'art. 281-*undecies* richiama espressamente il requisito contenutistico dell'art. 163 comma 2 n. 6 c.p.c., l'art. 414 c.p.c. non contempla una regolamentazione espressa che però è desumibile dal comma 5° dell'art. 420 c.p.c. e dalla necessità di parificare sul piano processuale le parti, sebbene la gran

⁹³ Sul tema, da ultimo si veda anche L. D'ARCANGELO, *Rito del lavoro e rito semplificato di cognizione*, in questa Rivista, 2025, p. 118. e ss. Osserva R. DONZELLI in, *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile: disposizioni generali, processo di cognizione, appello e cassazione*, in *Giust. civ.*, 2023, p. 415 che il rito semplificato è a metà strada tra il processo del lavoro il rito ordinario di cognizione.

parte delle volte sia il lavoratore, parte sostanziale (più) debole a vestire i panni del ricorrente⁹⁴.

Quanto alle preclusioni in capo al resistente/convenuto, il regime tracciato dagli articoli 416 c.p.c. e 281-*undecies* c.p.c. è pressochè lo stesso con la differenza (forse, non di poco conto) derivante dal 3° comma dell'art. 281-*undecies* che, diversamente dall'art. 416 c.p.c., non esige l'indicazione a pena di decadenza dei mezzi prova nella memoria difensiva.

Sia nella memoria difensiva che nella comparsa di risposta, i resistenti/convenuti devono a pena di decadenza sollevare le eccezioni processuali e di merito non rilevabili di ufficio, proporre le eventuali domande riconvenzionali, chiedere l'autorizzazione a chiamare in causa un terzo⁹⁵.

Anche la struttura dell'udienza di discussione del rito del lavoro ai sensi dell'art. 420 c.p.c. e quella del rito semplificato ai sensi dell'art. 281-*undecies* commi 3° e 4° c.p.c. si presenta tutto sommato simile⁹⁶.

Pertanto anche se vi sono alcune differenze che non sembrano però ostative, le simmetrie tra il rito del lavoro e quello semplificato possono essere illustrative dell'idea che la semplificazione possa essere sviluppata proprio attraverso un'opera di accorpamento di quei riti che presentino evidenti similitudini.

Ancora, la semplificazione potrebbe essere più agevolmente conseguita sviluppando l'idea avanzata già nel lontano 1984 dal prof. Giovanni Verde che ragionando in chiave riformatrice sulla scelta tra unicità e pluralità di riti aveva optato per la prima.

A tal fine, per decongestionare il rito ordinario aveva individuato quale possibile soluzione la previsione e lo sviluppo di riti sommari, oltre alla individuazione di sistemi alternativi per la definizione della lite.

Sotto tale ultimo profilo, andrebbero considerati nuovi ed efficaci modelli definitivi, rispetto ai quali la scelta operata con la Riforma Cartabia di introdurre le ordinanze provvisorie di accoglimento e di rigetto agli articoli 183-*ter* e 183-*quater* c.p.c. non pare essere stata particolarmente proficua.

Ed infatti, non è difficile ipotizzare, sebbene si tratti di strumenti di recente introduzione, che date le caratteristiche essi saranno di rado utilizzati nella prassi.

⁹⁴ V. sul punto anche E. VULLO, *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, 2015, p. 169 e ss. e quanto al tema delle preclusioni per il ricorrente D. LONGO, *Preclusioni e accettazione del contraddittorio nel processo del lavoro* in, *Arg. dir. lav.*, 2020, p. 565 e ss.

⁹⁵ La disciplina della chiamata in causa del terzo contenuta nell'art. 418 c.p.c. comma 4° e nell'art. 281-*undecies* c.p.c. prevede la necessità di accompagnare la richiesta di chiamata con un'istanza di differimento dell'udienza. Quanto all'intervento volontario, nella disciplina del rito semplificato non è contemplata una disposizione simile a quella del rito del lavoro prevista all'art. 419 c.p.c.

⁹⁶ All'attore del rito semplificato è consentito chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto, mentre il ricorrente nel rito del lavoro ai sensi dell'art. 420 comma 1° può essere autorizzato in presenza di gravi motivi a modificare domande, eccezioni e conclusioni formulate.

Invero, si ricorderà come l'idea originaria della Commissione ministeriale presieduta dal prof. Luiso⁹⁷ non avesse pensato alle ordinanze provvisorie di accoglimento o di rigetto, avendo indicato tra le novità funzionali alla semplificazione e accelerazione del processo la possibile introduzione di un (nuovo) procedimento sommario non cautelare, utilizzabile al di là dei casi del procedimento per ingiunzione, regolato secondo il modello dell'art. 669-sexies c.p.c. e volto ad ottenere un provvedimento esecutivo, reclamabile, ma inidoneo al giudicato, denominato "Ordinanza di condanna con riserva"⁹⁸.

Tale provvedimento anticipatorio sarebbe stato affrancato dal requisito dell'urgenza, plasmato tendenzialmente sul modello del *référé provision* francese e sarebbe stato ottenibile tanto in via principale, ovvero autonomamente e prima dell'inizio del processo, quanto nel corso del giudizio di primo grado, offrendo alle parti una tutela alternativa a quella dichiarativa⁹⁹.

In altri termini, il proposito originario appariva più rispondente alle esigenze di semplificazione e di accelerazione, ma già l'emendamento del governo Draghi al d.d.l. n. 1662/S/XVIII se ne era discostato, al punto che il legislatore delegante all'art. 1 comma 5 lettere o), p) e q) aveva previsto le due ordinanze provvisorie di accoglimento e di rigetto poi effettivamente introdotte agli articoli 183-ter e 183-quater c.p.c.

In conclusione, qualora per il futuro si dovesse continuare a battere la via della proliferazione dei modelli processuali, ove almeno astrattamente volta ad assicurare la funzione del processo di essere servente alla tutela dei diritti, occorrerà, proprio per far sì che tale funzione si rafforzi, anche recuperare l'idea avanzata già molti anni fa di predisporre un rito speciale di

⁹⁷ E' la commissione istituita con il d.m. 12 marzo 2021 per provvedere a "«a. alla stesura di un documento nel quale siano delineate, anche mediante la prospettazione di alternative, le misure più idonee ad assicurare maggiore efficienza al processo civile e agli strumenti ad esso alternativi; b. alla formulazione di proposte di possibili emendamenti al disegno di legge delega AS 1662, anche tenendo conto di quanto già elaborato dagli uffici tecnici del Ministero della giustizia»".

⁹⁸ Si era immaginato che: "1) prima dell'inizio del processo di cognizione e nel corso del giudizio di primo grado, con riferimento alle controversie di competenza del tribunale in materia di diritti disponibili, il giudice possa, su istanza di parte, pronunciare ordinanza provvisoria di accoglimento, in tutto o in parte, della domanda proposta, nel caso i cui i fatti costitutivi siano provati e le difese del convenuto appaiano manifestamente infondate; 2) l'ordinanza di accoglimento sia reclamabile ai sensi dell'art. 669 terdecies del codice di procedura civile e non acquisti mai efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c., né possa avere autorità in altri processi; 3) per la pronuncia prima dell'inizio del processo, si utilizzi il procedimento di cui all'art. 669 sexies, primo comma, c.p.c. e sia prevista anche la liquidazione delle spese giudiziali".

⁹⁹ Il precedente del modello individuato dalla Commissione Luiso già rintracciabile nel nostro ordinamento era quello già citato dell'abrogato rito sommario di cognizione per le controversie societarie di cui all'art. 19 d.lg. n. 5 del 2003. Oltre confine poteva rilevarsi una certa assonanza oltre che con il citato modello del *référé provision* francese, anche con il *summary judgment* inglese. Su tale profilo, si veda M. STELLA, *Interest rei publicae ut sit finis litium. Le nuove ordinanze di accoglimento e di rigetto della domanda nel corso del giudizio di primo grado (artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.)*, in questa Rivista, 2023 p. 244. Per uno specifico approfondimento sulla procedura per *référé* si veda per tutti, J.V. D'AMICO, *Autonomia ed effetti del provvedimento cautelare anticipatorio. Profili di comparazione italo – francese*, Napoli, 2018, p. 1 ss. e specificamente per il *référé provision*, p. 170 ss.

tipo sommario per tutelare i diritti soggettivi non patrimoniali la cui matrice è contenuta nella Costituzione¹⁰⁰.

Ecco questa potrebbe (forse dovrebbe) essere l'unica deroga possibile alla necessità di procedere ad una seria riduzione dei riti che affollano il processo civile, nella speranza che ulteriori modelli processuali non si impongano per fronteggiare l'esigenza di disciplinare l'applicazione dell'intelligenza artificiale al fenomeno processuale, non solo quale strumento per agevolare l'organizzazione del processo, ma in una configurazione tale da incidere sul potere decisionale dell'uomo¹⁰¹.

Ma la speranza è che ciò non avvenga.

Fabio Savino

Ricercatore dell'Università degli studi di Napoli - Parthenope

¹⁰⁰ Era questa l'idea espressa da A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 421 e ss.

¹⁰¹ Per qualche riferimento sul tema, si vis, F. SAVINO, *Riflessioni sul rapporto tra intelligenza artificiale e giustizia predittiva*, in questa *Rivista*, 2025, pp. 220 e ss.



GUIDOMARIA DE CESARE

Profili di diritto processuale nella sentenza *SFFA v. Harvard*: dalla legittimazione ad agire alla sindacabilità degli atti politici

Secondo la Corte Suprema Americana, i programmi di ammissione universitari che tengono positivamente conto dell'appartenenza etnica dei candidati sono contrari alla equal protection clause dal momento che l'interesse degli atenei a diversificare il corpo studentesco, sostanzialmente sottratto al sindacato giurisdizionale, è insufficiente per giustificare una discriminazione positiva. La decisione in commento offre l'occasione di tornare a discutere di alcuni problemi fondamentali del diritto processuale: le condizioni dell'azione, la giustizia procedimentale, la sindacabilità degli atti politici e la possibilità per i giudici costituzionali di modulare nel tempo gli effetti delle proprie decisioni. Si dipana però sullo sfondo un triste affresco, nel quale si raffigura la questione razziale come un fossile del passato, ormai superato da anni di politiche integrazioniste.

According to the U.S. Supreme Court, university admissions programs that positively take into account applicants' ethnicity are contrary to the equal protection clause since universities' interest in diversifying their student body, which is essentially non justiciable, is insufficient to justify "positive discrimination", in the form of affirmative actions. This decision provides an opportunity to to discussion some fundamental problems in procedural law: the doctrine of standing, procedural justice, the justiciability of political acts and the ability of constitutional judges to modulate the effects of their decisions over time. Unfolding in the background, however, there is a grievous picture in which the race issue is portrayed as a fossil of the past, outmoded by years of integrationist policies.

Sommario: 1. I fatti di causa: la legittimazione ad agire di SFFA. – 1.1. La tutela dell'interesse collettivo e la legittimazione ad agire degli enti rappresentativi nell'ordinamento italiano: soluzioni giurisprudenziali a confronto. – 2. I programmi di ammissione universitari olistici violano il quattordicesimo emendamento: l'overruling di Grutter. – 3. La diversificazione etnica del corpo studentesco non assurge a *compelling state interest*: critica. – 4. Le ammissioni universitarie non sono un gioco a somma zero. – 5. Libertà accademica ed *equal protection clause*: un difficile (ma necessario) bilanciamento nell'interesse generale alla *diversity*.

1. I fatti di causa: la legittimazione ad agire di SFFA

Non è passata inosservata¹ la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti che, riformando la sentenza resa dalla Corte federale d'appello per il primo circuito², ha dichiarato incostituzionali i programmi di ammissioni olistici³ dell'università di Harvard e del Nord Carolina (UNC), per contrasto con la *equal protection clause* contenuta nel quattordicesimo emendamento, nella misura in cui attribuiscono rilevanza all'origine etnica dei candidati. Trattasi di un vero e proprio *overruling* se si considera che la Corte, nel caso *Grutter* (2003)⁴, in applicazione del principio precedentemente enunciato in *Bakke*⁵, aveva fondato l'ammissibilità di siffatti programmi proprio sul quattordicesimo emendamento, mentre nel più risalente caso *Brown*⁶ (1954) la *equal protection clause* aveva consentito di aprire una breccia nel regime di *apartheid* nelle scuole pubbliche. L'interesse degli atenei a diversificare il corpo studentesco è stato ritenuto sufficiente per giustificare una discriminazione positiva (o *affirmative action*). L'esatta intelligenza della sentenza presuppone un inquadramento delle *personae dramatis* e del delicato problema di ordine sociale e politico ad essa sotteso. La ricorrente, Students for fair admission (SFFA), è un'associazione no-profit il cui fine statutario consiste nel difendere «*human and civil rights secured by law, including the right of individuals to equal protection under the law*». La SFFA ha agito in rappresentanza di un gruppo di studenti di origine asiatica, i quali asserivano di essere stati discriminati dai programmi di ammissione olistici; infatti, malgrado l'ottimo punteggio totalizzato, il comitato di ammissione ha preferito loro altri

¹ Per un primo commento alla decisione, cfr. A. HOWE, *Supreme Court strikes down affirmative action programs in college admissions* disponibile all'indirizzo: <https://www.scotusblog.com/2023/06/supreme-court-strikes-down-affirmative-action-programs-in-college-admissions/>; v. anche C. MCCLELLAN, *When Claims Collide: Students for Fair Admissions v. Harvard and When Claims Collide: Students for Fair Admissions v. Harvard and the Meaning of Discrimination*, in 54 *Loyola University Chicago Law Journal*, 2, 2023, p. 2 ss.; K. YEIN, *Beyond SFFA v. Harvard: Addressing Wealth Disparity and Strategies for Equity in Higher Education Administration Policies*, in *Guilford College*, 2024, p. 10 ss., spec. 50 ss.; v. anche J. MOORE, *Race and College Admissions*, Jefferson, North Carolina, 2024.

² Cfr. *Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, 980, 157 (1st Cir. 2020), disponibile all'indirizzo: <https://casetext.com/case/students-for-fair-admissions-v-president-of-harvard-coll-1>.

³ Su cui si veda G. H. BLUME-M. C. LONG, *Changes in Levels of Affirmative Action in College Admissions in Response to Statewide Bans and Judicial Rulings*, in *Educational Evaluation and Policy Analysis*, 2, 2014, p. 228 ss., spec. 234, secondo cui «*Holistic admissions policies lack formal scoring of applicant characteristics, academic and otherwise, which leave race as only one applicant factor considered alongside a host of other applicant characteristics*».

⁴ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), in *Foro it.*, con nota di P. PASSAGLIA, *Discriminazione razziale ed autonomia universitaria: la «rivincita» degli «Affirmative Action Programs» nel settore dell'istruzione*, 1, 2004, p. 47 ss.

⁵ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Per un'esauriente trattazione delle varie *opinions* sostenute in *Bakke* si rinvia a A. ANCHETA, *Bakke, antidiscrimination jurisprudence, and the trajectory of affirmative action law*, in P. MARIN & C. L. HORN (Eds.), *Realizing Bakke's legacy: Affirmative action, equal opportunity, and access to higher education*, 2008, p. 15 ss.

⁶ Per una ricognizione dell'eredità del caso *Brown* cfr. D. A. BELL, *Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma*, in *Harv. L. Rev.*, 3, 1980, p. 518 ss.; in generale, sugli effetti della «*separate but equal doctrine*» nel campo della parità di accesso all'istruzione si veda il classico studio di G. MYRDAL, *An American Dilemma*, Londra 1944, p. 879 ss., spec. 893.

applicants appartenenti alle etnie sottorappresentate. L'UNC ha, dunque, contestato la legittimazione ad agire della SFFA sul presupposto per cui «[It] lacks standing to bring its claims because it is not a “genuine” membership organization». Senza indulgere a complesse costruzioni teoriche, peraltro estranee alla logica della Corte Suprema, è sufficiente in questa sede evidenziare che il concetto di *standing* non coincide con quello di legittimazione ad agire accolto dalla nostra dottrina⁷, bensì incorpora «l'insieme dei criteri di legittimazione ed interesse ad agire che debbono sussistere, affinché il giudice federale possa rendere una decisione sul merito, sino alla conclusione del giudizio⁸». La giurisprudenza della Corte Suprema, in assenza di precise disposizioni di legge, ha assunto un ruolo centrale nell'elaborazione della nozione di *standing*. La *standing doctrine*⁹ muove dall'art. III, par. 2, della Costituzione americana, il quale riconosce la giurisdizione delle corti federali sui soli *cases* in cui le parti si confrontano al fine di risolvere una disputa concreta attraverso l'applicazione della legge. Dalla norma costituzionale la Corte suprema stilla, in via generale, i tre presupposti dello *standing*: il patimento di una lesione concreta e attuale di una posizione giuridica soggettiva di cui è titolare il ricorrente (c.d. *injury in fact*), l'esistenza di un nesso causale tra la

⁷ Sulla nozione di legittimazione ad agire la letteratura è vastissima. Sia sufficiente in questa sede un rinvio ai classici e, in particolare, a E. BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, p. 158 ss.; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano 1942, p. 131; E. ALLORIO, *Per la chiarezza di idee in tema di legittimazione ad agire*, in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, p. 195 ss.; A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Dig. civ.*, X, Torino, 1994, p. 524; più di recente, per una ricostruzione delle varie impostazioni dottrinali sul tema, v. D. BUONCRISTIANI, *Legittimazione ad agire*, in (a cura di) L. DITTRICH, *Diritto processuale civile*, Torino, 2019, p. 893 ss.; per la manualistica si veda C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino 2019, p. 563; MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2017²⁶, p. 54; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2023, p. 57. La dottrina maggioritaria, alla luce del dettato degli artt. 24 Cost., 81 e 310 c.p.c., accoglie una concezione astratta (o “semi-astratta”) dell'azione rispetto al diritto soggettivo sostanziale fatto valere, da intendersi come diritto ad una pronuncia sul merito (a prescindere dal suo contenuto favorevole o meno), il *common law*, invece, in linea di continuità con l'*actio* romanistica, conosce azioni tipiche che esprimono una saldatura tra il profilo statico-sostanziale e quello dinamico-processuale, in un'ottica monistica che ignora la contrapposizione tra la norma sostanziale e quella processuale. Pertanto, la verifica dello *standing* anticipa profili che, nell'impostazione domestica, secondo cui le condizioni dell'azione vanno valutate in chiave di mera affermazione del diritto fatto valere, atterrebbero al merito, quale la titolarità in capo all'attore della posizione giuridica sostanziale azionata. La concezione c.d. monistica dell'azione, la quale tende a negare la novità più rilevante della riflessione giuridica moderna ovvero la duplicazione dell'esperienza giuridica tra il piano sostanziale e quello processuale (R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960; *Id*, *Azione (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, p. 786 ss., spec. 788.), non è estranea alla nostra dottrina e si rinviene già in A. PEKELIS, *Azione (teoria moderna)*, in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, 1937, p. 96 ss., poi riprodotta in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 29 ss., benché la sua diffusione si debba a S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 272 ss.; *Id*, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, p. 169 ss., spec. 178, secondo cui le ipotesi di chi agisca in giudizio per un rapporto dichiaratamente altrui, formulate per dare autonomia concettuale alla legittimazione ad agire, sono «*risibili*»; al contrario, chi agisce in giudizio deduce un interesse concreto: la legittimazione ad agire si identifica con quest'ultimo e il giudice «*a seconda che accolta o respinga la domanda, riconoscerà o negherà l'interesse. Al di fuori di questo, non vi è, non vi può essere altro*».

⁸ Definizione mutuata da A. GIUSSANI, *Studi sulle “class actions”*, Padova, 1996, p. 175.

⁹ Sulla cui doppia funzione (razionalizzazione di una risorsa scarsa quale la giustizia e di determinazione del «*policy-making role*» del potere giudiziario) si veda il classico studio di K. E. SCOTT, *Standing in the Supreme Court: A Functional Analysis*, in *Harv. L. Review*, Feb., 4, 1973, p. 645 ss.

lesione e la condotta o l'atto censurato (c.d. *causation*) e la capacità verosimile (*likely e non speculative*) di riparare la lesione con una decisione favorevole (c.d. *redressability*)¹⁰. I presupposti dello *standing* assumono connotati particolari quando l'attore è un'associazione; in particolare, l'associazione può affermare di aver subito un pregiudizio in proprio¹¹ o, in alternativa, può far valere la legittimazione ad agire come rappresentante dei suoi membri¹², secondo lo schema del «*representational or organizational standing*». Per agire in rappresentanza dei propri membri un'associazione deve superare il c.d. test di *Hunt*¹³ in base al quale è tenuta a dimostrare che: a) i rappresentati sarebbero comunque legittimati ad agire in giudizio individualmente; b) vi è corrispondenza tra l'interesse tutelato attraverso l'iniziativa giudiziaria e lo scopo statutario del *representative*; c) non è richiesta la partecipazione al giudizio dei singoli associati¹⁴. I resistenti hanno sostenuto che la SFFA non fosse una vera e propria organizzazione al momento della proposizione della domanda, talché non avrebbe potuto invocare la «*doctrine of organizational standing*» a suffragio della propria legittimazione ad agire. Senonché, la Corte ha ritenuto sussistente la legittimazione della SFFA dal momento che essa rappresentava, fin dal momento della proposizione della domanda, quattro associati a cui era stata negata l'ammissione alla UNC, i quali avrebbero potuto impugnare autonomamente il provvedimento di esclusione.

¹⁰ Cfr. *ADP Association of Data Processors v. Camp*, 397 U.S. 150 (1970). Per un'analisi dei singoli requisiti dello *standing* si rinvia al capillare lavoro di A. D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013, p. 146 ss.

¹¹ Trattasi, dunque, di giurisdizione in senso soggettivo e non oggettivo (su tale distinzione, v. C. CONSOLO, *op. cit.*, Torino, 2019, p. 582). Pertanto, deve escludersi che l'associazione agisca nell'interesse della legge al ripristino della legalità violata. Si avverte un'eco della dottrina dello *standing* in C. Stato., Ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, in *Foro it.*, 2020, 3, 5, 289 secondo cui in caso di compresenza di interessi collettivi in capo all'ente associativo (non iscritto nell'apposito albo ministeriale) e di interessi individuali concorrenti, autonomamente azionabili da parte dei singoli consumatori, la legittimazione a ricorrere dell'ente associativo va riconosciuta solo ove quest'ultimo faccia valere un interesse proprio, di natura collettiva. Nel senso che l'ente sia portatore di un interesse collettivo autonomo e differenziato rispetto a quello dei singoli rappresentati, talché deve escludersi che ricorra un'ipotesi di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*, v. S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori tra "generalità" e "specialità"*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2020, p. 520 ss., spec. 526.

¹² Cfr. *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490, 511 (1975).

¹³ Il riferimento è a *Hunt v. Washington State Apple Advertising Comm'n*, 432 U.S. 333, 343 (1977).

¹⁴ Logica conseguenza dei requisiti di legittimazione individuati in *Hunt* è l'inidoneità della sentenza passata in giudicato, resa nel giudizio tra il *representative* e l'autore della lesione, a produrre effetti nei confronti dei singoli membri estranei al giudizio (v. ancora A. GIUSSANI, *op. cit.*, p. 180, nota 34). Secondo K. M. HEILMAN, *The Rights of Others: Protection and Advocacy Organizations' Associational Standing to Sue*, in *Pennsylvania L. Rev.*, 1, 2008, p. 237 ss., spec. 276, il test di *Hunt* «*should be viewed as part of an analysis designed to get at the twin underlying goals of standing: first, that disputes before the federal courts will be between parties with real interests at stake and so will be genuine Article III cases or controversies, and second, that associational standing is granted where the application of typical prudential limitations runs the risk that true rights violations will go unaddressed*».

1.1. La tutela dell'interesse collettivo e la legittimazione ad agire degli enti rappresentativi nell'ordinamento italiano: soluzioni giurisprudenziali a confronto

Può essere utile domandarsi come la questione della legittimazione ad agire di un'associazione che impugni il provvedimento di ammissione all'università sarebbe stata decisa dalla nostra giurisprudenza, dal momento che i programmi di ammissione universitari olistici se, per un verso, attribuiscono un vantaggio a taluni studenti, per un altro, pregiudicano quelli delle altre etnie a cui non è attribuito alcun punteggio extra in ragione dell'appartenenza etnica.

Invero, la giurisprudenza amministrativa ha già affrontato la questione, distinguendo il conflitto endogeno, idoneo ad escludere la legittimazione ad agire in giudizio dall'ente rappresentativo, attesa l'assenza di una classe di soggetti cui è riferibile l'interesse diffuso asseritamente azionato, da quello esogeno, il quale, invece, non esclude l'omogeneità dell'interesse tutelato, siccome i rappresentati avvantaggiati dal provvedimento impugnato sono da considerarsi *uti singuli*, mentre l'interesse olistico della classe risulta comunque pregiudicato¹⁵. Infatti, quando vi è compresenza di interessi collettivi in capo all'ente associativo e di interessi individuali concorrenti, autonomamente azionabili, è necessario provare che l'ente non si stia affiancando alle posizioni individuali di più soggetti nella difesa di un interesse che resta individuale pur se azionato come plurisoggettivo, ma che stia facendo valere un interesse proprio, di natura collettiva, che può coesistere con più posizioni individuali. Secondo la giurisprudenza amministrativa, tale accertamento deve verificare la sussistenza della seguenti condizioni: a) l'interesse collettivo, in quanto derivazione dell'interesse diffuso, per sua natura adespotata, non è una superfetazione o una posizione parallela di interesse legittimo ascrivibile anche in capo ai singoli componenti della collettività; b) esso può considerarsi sussistente purché riferito a beni materiali o immateriali a fruizione collettiva e non esclusiva, tenendo comunque

¹⁵ La tematica è stata affrontata da Cons. Stato, ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9; nonché, più di recente, da Cons. Stato, ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, ove si legge che «[O]ccorre dunque chiedersi se sia ravvisabile, *a latere* dell'interesse plurisoggettivo dei singoli risparmiatori [...], anche un più ampio interesse collettivo proprio dell'associazione nei termini sino ad ora indicati, ossia una posizione giuridica derivante dalla diffusione nella comunità di meri interessi omogenei non individualmente protetti. Ovvero occorre, detto altrimenti, chiedersi se la sussistenza di interessi individualmente protetti, e quindi azionabili dagli interessati *uti singuli*, escluda di per sé la possibilità di una "personalizzazione" in capo all'ente di un interesse diffuso e la sua conseguente azionabilità quale interesse proprio di natura collettiva. Il tema si pone in relazione alle deduzioni – contenute anche negli scritti di parte – concernenti il profilo dell'omogeneità degli interessi tutelati rispetto alla generalità dei consumatori rappresentati, interessi di cui l'ente esponenziale assume di farsi portatore, in modo da poter escludere qualsiasi contrasto "interno" tra i potenziali interessati». In dottrina la pronuncia è stata annotata criticamente da G. MANUCCI, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?* In *Giorn. dir. amm.*, 4, 2020, p. 529 ss.; nonché da S. MIRANTE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori tra "generalità" e "specialità"*, *ivi*, p. 520 ss. Più in generale, sul tema v. A. CASSATELLA, *L'interesse collettivo: nuove distinzioni, vecchie perplessità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 592 ss., il quale ha commentato in maniera assai critica la decisione presa da Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451, con la quale si è riconosciuta la legittimazione ad agire in giudizio di un sindacato rappresentativo di diverse categorie di dipendenti pubblici anche rispetto ad un ricorso, proposto avverso un regolamento sul conferimento di incarichi dirigenziali, a tutela di una sola categoria di iscritti (i dirigenti) e in contrasto con gli interessi delle altre categorie rappresentate.

presente, in linea generale, che è pur possibile che un provvedimento amministrativo incida al contempo su interessi sia collettivi che individuali, ma che l'associazione è legittimata ad agire solo quando l'interesse collettivo possa dirsi effettivamente sussistente; c) la diversità ontologica dell'interesse collettivo, rispetto all'interesse legittimo individuale, porta ad escludere, in radice, la necessità di un'indagine in termini di identità degli interessi legittimi individuali eventualmente lesi dall'esercizio del potere contestato. In questa prospettiva l'interesse collettivo è una posizione di vantaggio riferibile all'ente e quindi diventa non pertinente in radice porsi anche il tema dell'omogeneità degli interessi legittimi individuali dei singoli, a differenza di quanto richiesto dalla «*doctrine of organizational standing*»¹⁶.

Quest'ultima affermazione deve essere rettamente intesa per evitare equivoci. La sufficiente rappresentatività dell'ente, ovvero l'astratta idoneità a tutelare l'interesse diffuso, produce un effetto di entificazione di quest'ultimo, il quale si coagula nella dimensione collettiva in capo all'associazione stessa. Pertanto, l'omogeneità dell'interesse diffuso nella comunità o categoria rappresentata è requisito consustanziale all'interesse collettivo tutelato, inteso quale aggregazione di interessi diffusi oggettivamente assonanti; per converso, l'omogeneità non è requisito che debba riferirsi agli interessi legittimi individuali, i quali rimangono estranei al processo introdotto dall'ente rappresentativo.

Pertanto, un'eventuale mera difesa di difetto di legittimazione ad agire in capo all'associazione¹⁷, atteso che non tutti gli studenti sono svantaggiati dai programmi di ammissione universitari olistici, sarebbe destinata alla reiezione anche se si applicassero le coordinate ritraibili dalla nostra giurisprudenza. Infatti, l'interesse collettivo azionato è altra cosa rispetto alle posizioni di vantaggio dei singoli studenti, con l'implicazione per cui la circostanza che non tutti gli *applicants* non subiscano un pregiudizio non rileva ai fini dell'esclusione del vaglio circa la sussistenza delle condizioni dell'azione.

2. I programmi di ammissione universitari olistici violano il quattordicesimo emendamento: l'*overruling* di Grutter

In disparte il problema della legittimazione ad agire della SFFA, la corretta intelligenza della pronuncia della Corte Suprema passa per un'analisi del particolare contesto storico-sociale americano in cui sono progressivamente emersi gli *affirmative action programs*. L'Università di Harvard e quella del Nord Carolina, invece, sono istituti di eccellenza che ogni anno ricevono

¹⁶ Cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451.

¹⁷ È noto infatti che Cass., sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2951 ha affermato il principio per cui la contestazione, da parte del convenuto, della titolarità del rapporto controverso dedotto dall'attore ha natura di mera difesa, proponibile in ogni fase del giudizio, senza che l'eventuale contumacia o tardiva costituzione assuma valore di non contestazione o alteri la ripartizione degli oneri probatori, ferme le eventuali preclusioni maturate per l'allegazione e la prova di fatti impeditivi, modificativi od estintivi della titolarità del diritto non rilevabili dagli atti. La sentenza è stata annotata da M. F. GHIRGA, *Sulla titolarità attiva e passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2017, p. 238 ss.

migliaia di domande di iscrizione da parte di *applicants* provenienti da tutto il mondo. Il fattore etnico gioca un ruolo importante nelle procedure di ammissione; infatti, allo scopo di diversificare il corpo studentesco, viene attribuito un punteggio *extra* ai candidati appartenenti all'etnia afro e ispano-americana. Una lettura integrata dei precedenti della Corte Suprema in materia, in particolare dei casi *Bakke* e *Grutter*¹⁸, consente di affermare che gli *affirmative action programs* rappresentano una deroga alla *equal protection clause*; talché, la loro ammissibilità è subordinata al ricorrere di tre requisiti, secondo la logica dello *strict scrutiny test*¹⁹: a) l'impiego del fattore etnico-razziale deve essere "rigorosamente sagomato" nelle sue concrete modalità operative (*narrowly tailored requirement*); b) tali programmi devono essere finalizzati al conseguimento di un indefettibile interesse statale quale quello alla diversificazione del corpo studentesco (*compelling state interest requirement*); c) gli *affirmative action programs* devono avere un termine finale che la Corte, nel caso *Grutter*, secondo un (ottimistico) ragionamento prognostico, aveva individuato nel 2028, anno in cui presumibilmente l'uso dell'*affirmative action* sarebbe stato superfluo per conseguire l'obiettivo della *diversity* (*termination date requirement*)²⁰. Infatti – si legge in *Grutter* – la deroga alla clausola di uguale protezione «*must have reasonable durational limits*», per cui non è ammessa «*a permanent justification for racial preferences*».

I programmi di ammissione olistici di Harvard e dell'UNC non hanno superato lo *strict scrutiny test*, donde l'incompatibilità con il quattordicesimo emendamento. La Corte ha addotto a fondamento della propria decisione tre diversi ordini di ragioni: 1) l'interesse ad un corpo studentesco etnicamente differenziato non assurge a dignità di «*compelling state interest*» siccome esso è troppo vago e, sostanzialmente, sottratto al controllo giurisdizionale. Per giunta, le categorie etnico-razziali adoperate dalle resistenti appaiono troppo vaghe ed imprecise per apprezzare adeguatamente la reale composizione etnica del corpo studentesco; 2) i programmi di ammissione delle resistenti non soddisfano il *termination date requirement* siccome non indicano un *dies ad quem*²¹; 3) l'ultimo argomento speso a favore

¹⁸ Sulla continuità tra i due casi cfr. R.P. GEORGE, *Gratz and Grutter: Some Hard Questions*, in *Col. L. Rev.*, 6, 2003, p. 1634 ss., spec. 1638.

¹⁹ Per un approfondimento sul rapporto tra *affirmative action programs* e *strict scrutiny test* si veda il saggio di J. RUBENFELD, *Affirmative Action*, in *Yale L. J.*, 2, 1997, p. 427 ss.

²⁰ Quest'ultimo requisito già ai commentatori del caso *Grutter* parve essere la classica pistola di Cechov appositamente collocata dalla Corte per sparare al momento giusto. Sull'ambiguità del *termination date requirement* e sulla difficile conciliabilità con la *ratio* dello *strict scrutiny test*, secondo cui l'impiego del fatto etnico deve essere consentito per tutto il tempo in cui l'interesse alla promozione della diversità lo richieda, cfr. P. PASSAGLIA, *op. cit.*, p. 52.

²¹ Secondo le resistenti, benché i programmi di ammissione olistici non indichino un termine finale delle politiche di *affirmative action*, l'attribuzione di un *plus* ai candidati in ragione dell'origine etnica dovrebbe poter operare almeno fino al 2028, anno indicato in *Grutter* come *dies ad quem*. Tale censura è stata rigettata dalla Corte, la quale ha chiarito che il termine indicato in *Grutter* rifletteva solo l'opinione secondo cui, entro quella data, le preferenze razziali non sarebbero state più necessarie per conseguire l'obiettivo della *diversity* nei campus universitari. Justice Kavanaugh, nella sua *concurring opinion*, ha suggerito di modulare nel tempo gli effetti della declaratoria di incostituzionalità dei programmi di ammissione olistici con

dell'incostituzionalità dei programmi di *affirmative action* è di carattere logico-matematico: le ammissioni all'università sono accostabili ai giochi a somma zero nei quali l'attribuzione di un *plus* nelle procedure di valutazione ad uno studente appartenente ad un certo gruppo etnico va a scapito di tutti gli altri partecipanti, donde la contrarietà alla *equal protection clause*.

Il rigore della soluzione adottata dalla Corte è, almeno in apparenza, temperato dalla considerazione che nulla impedisce alle università di prendere in considerazione l'etnia caso per caso: ciò che contrasta con la Costituzione è la valutazione dell'appartenenza etnica ai fini del superamento della procedura di ammissione come valore in sé ovvero in senso ontologico. *Per converso*, la considerazione dell'appartenenza etnica in senso, per così dire, eziologico non viola il quattordicesimo emendamento siccome consente un giudizio personalizzato su *quel singolo studente* e su come l'appartenenza etnica abbia influito positivamente sul suo percorso di vita²².

Nel prosieguo si dirà perché tale decisione non convinca affatto.

3. La diversificazione etnica del corpo studentesco non assurge a *compelling state interest*: critica

Ognuno degli argomenti spesi a suffragio dell'incostituzionalità degli *affirmative action programs* appare claudicante. In primo luogo, l'idea per cui l'*affirmative action* sia una deroga al principio di uguaglianza, giustificabile solo in presenza di un «*compelling state interest*», il cui conseguimento sia concretamente sindacabile da parte del potere giurisdizionale, appare contraddittoria. È stato osservato che invocare il principio di uguaglianza quale limite agli *affirmative action programs* suona come «*an ironic twist to the goal of the Fourteenth Amendment and the Civil Right Act*²³». Più corretto è affermare che l'*affirmative action* se, da un lato, deroga al principio di uguaglianza in senso formale, dall'altro, consente di raggiungere l'uguaglianza in senso sostanziale, rimuovendo ostacoli di ordine storico, sociale ed economico che impediscono la realizzazione di una società realmente egualitaria²⁴. Ma anche a voler ammettere che l'*affirmative action* sia una deroga occasionalmente ammessa alla *equal protection clause* (e non una sua modalità di inveroamento) non è chiaro perché l'interesse ad un corpo studentesco differenziato non sia sufficiente a giustificarlo. Invero, gli studi di settore confermano che l'*affirmative action* non può che apportare benefici sul piano sociale siccome:

decorrenza dal 2028, conformemente alla sentenza *Grutter*. Sul tema della modulazione degli effetti nel tempo delle declaratorie di incostituzionalità si rinvia all'approfondito lavoro di V. CAPASSO, *Giudici consequenzialisti: la modulazione temporale degli effetti delle pronunce tra efficacia ultra-partes ed effettività della tutela*, Napoli 2020, 25 ss.

²² Sulla discutibilità di questa soluzione, A. RICCIOLI, *L'incostituzionalità dei programmi di ammissione di Harvard e della University of North Carolina a causa della "razza": una ricostruzione giurisprudenziale delle affirmative actions nell'ordinamento statunitense*, in *Quad. Cost.*, 3, 2023, p. 21 ss., spec. 59 ss.

²³ N. WARIKOO, *Is Affirmative Action fair?* Cambridge, 2023, p. 56.

²⁴ Sul tema si veda A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio "sconfinato"*, in *Riv. AIC*, 4, 2021, p. 46.

a) consente di comporre classi miste, espressione di diverse prospettive²⁵; b) promuove l'uguaglianza di opportunità²⁶; c) consente di riparare agli errori del passato a danno delle minoranze pregiudicate secondo un meccanismo di compensazione storico-sociale²⁷. Quest'ultimo motivo appare di particolare pregio, tant'è che Justice Jackson lo ha addotto a fondamento della propria *dissenting opinion*²⁸: «*History speaks. [...] The race-based gaps that first developed centuries ago are echoes from the past that still exist today. By all accounts, they are still stark*».

Se si muove dal presupposto secondo cui le disuguaglianze sociali sono il risultato delle politiche discriminatorie del passato, non si tarderà a concludere che l'uguaglianza formale non è sufficiente a garantire una società realmente ugualitaria²⁹. Pertanto, le procedure di valutazione e di definizione del merito, come quelle di ammissione all'università, rischiano di far emergere (e finanche prevalere) le condizioni di partenza e di contesto delle classi agiate ovvero il patrimonio, materiale e culturale, ereditato dalla famiglia e dall'ambiente sociale. Invero, per una sorta di eterogenesi dei fini, le società meritocratiche, in assenza di forme di riequilibrio delle disuguaglianze sociali, finiscono per «*perpetuare se stesse*³⁰», degradando l'uguaglianza da principio precettivo a mera promessa; infatti, non può essere

²⁵ V. L. HUTCHINGS-N.A. VALENTINO, *The Centrality of Race in American Politics*, in *Annual Review of Political Science*, 2004, p. 383 ss.; N. A. BOWMAN, *College Diversity Experience and Cognitive Development*, in *Review of Educational Research*, 1, 2010, p. 4 ss.; S. ISSACHAROFF, *Can Affirmative Action be Defended?* In *Ohio State L. J.*, 1998, p. 669 ss.; v. anche il lavoro monografico di W. BOWEN-D. BOK, *The Shape of River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admission*, Princeton University Press, 1998.

²⁶ Cfr. M. BARBERA, *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate dal caso nordamericano*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1984, p. 274, secondo cui «il concetto di discriminazione indiretta è (...) quello che maggiormente si approssima all'idea di eguaglianza di opportunità».

²⁷ N. WARIKOO, *op. cit.*, p. 41 ss.; A. MOSLEY, *Affirmative Action as a Form of Reparations*, in *Mem. L. Rev.*, 2003, p. 353 ss.; J.T. TIerno, *On the Justification of Affirmative Action*, in *Public Affairs Quarterly*, 3, 2007, p. 295 ss., spec. 302; A. M. DICKERSON, *Designing Slavery Reparations: Lessons from Complex Litigation*, in *Tex. L. Rev.*, 98, 2020, p. 1255 ss., spec. 1279. Peraltro, l'idea che l'*affirmative action* sia una forma di compensazione per le politiche razziali e segregazioniste del passato non è estranea al sentimento sociale americano; infatti, la Georgetown University dal 2016 ha implementato le politiche di *affirmative action* a favore dei discendenti degli schiavi che lavorarono alla costruzione della stessa (cfr. R. SWARNS, *Georgetown University Plans Steps to Atone for Slave Past*, disponibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2016/09/02/us/slaves-georgetown-university.html>).

²⁸ J. JACKSON, *dissenting opinion*, 600 U. S. (2023), p. 11 ss.

²⁹ Uno spunto in tal senso si rinviene anche in J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. MAFFETTONE, Milano, 1997, p. 110, il quale, teorizzato il principio di riparazione, secondo cui le disuguaglianze di nascita sono immeritate e richiedono di essere compensate, afferma che se si vuole assicurare a tutti un'effettiva uguaglianza di opportunità, la società deve predisporre maggiori strumenti a supporto di coloro che sono nati in posizioni sociali meno favorevoli: «l'idea è quella di riparare torti dovuti al caso, in direzione dell'eguaglianza». Nel senso della compatibilità degli *affirmative action programs* con le idee di Rawls, T. NAGEL, *John Rawls and Affirmative Action*, in *J. of Blacks in Higher Education*, 2003, p. 82 ss.

³⁰ A. POGGI, *Per un diverso Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019, p. 191; v. F. GRANDI, *L'accesso ai più alti gradi dell'istruzione (il diritto allo studio attraverso la lente del principio personalista)*, in *La disuguaglianza nello Stato costituzionale*, Atti del Convegno di Campobasso 19-20 giugno 2015, Napoli, 2016, p. 59, secondo cui la meritocrazia "pura" è inconciliabile con la democrazia, siccome crea le condizioni per una modalità classista della trasmissione del potere determinata dal quoziente intellettuale e dalla capacità di lavorare.

ragionevolmente recato in dubbio che le abilità richieste dalle procedure di valutazione e di definizione nel merito sono in larga misura influenzate dal contesto sociale di appartenenza³¹. Talché, strumenti di attuazione o di rimozione delle disuguaglianze sociali operano in guisa di meccanismi compensativi e, a più forte ragione, appaiono necessari «*to break the cycle of enduring inequalities that is degrading the condition of successive generations of human beings*»³². Da tutto quanto s'è detto si trae il convincimento per cui le politiche di *affirmative action*, in un settore sensibile quale quello della *higher education*, lungi dal porsi in contrasto con la *equal protection clause* rappresentano una concreta modalità di attuazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale, donde la piena legittimità (e forse doverosità) costituzionale in un Paese quale gli Stati Uniti in cui la questione razziale è sempre attuale. Inoltre, è fortemente contraddittorio quanto affermato dalla Corte a proposito della non controllabilità da parte del potere giurisdizionale degli obiettivi sociali perseguiti dalle resistenti attraverso gli *affirmative actions programs*. A ben vedere, trattasi di un requisito di nuovo conio – verrebbe da dire il classico *straw man argument* – estraneo alla logica della Corte che, in più di un'occasione, non ha esitato a qualificare come «*compelling state interest*» interessi oggettivamente imponderabili da parte di un Tribunale³³. Peraltro, la valutazione della razza nei programmi di ammissione universitari rientra dalla finestra in una versione “depotenziata” siccome, a parere della Corte, nulla impedisce ai comitati di valutazione di considerare l'appartenenza etnica in senso eziologico, attraverso la concreta incidenza di essa sul percorso di vita del singolo *applicant*. Ma non è forse imponderabile anche l'incidenza dell'appartenenza etnica sullo sviluppo della persona? Pare, dunque, come sottolineato da J. Sotomayor nella propria *dissenting opinion*, che la Corte abbia espresso un chiaro giudizio di valore: l'integrazione razziale nell'istruzione superiore non è sufficientemente importante³⁴.

³¹ N. WARIKOO, *op. cit.*, p. 77. Nel senso che le ammissioni universitarie siano accostabili ad una lotteria, si veda la farsesca lettera di ammissione immaginata da M. SANDEL, *Justice and the Good*, in *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1998, p. 142 ove si legge: «[...] *You are lucky to have come along with the right traits at the rights moment [...]. You may be tempted to celebrate in the further sense that you take this admission to reflect favorably, if not on your native endowments, at least on the conscientious effort you have made to cultivate your abilities and overcome the obstacles to your achievements. But the assumption that you deserve even the superior character necessary to your effort is equally problematic, for your character also depends on the fortunate circumstances of various kinds for which you claim no credit*».

³² J.T. TIerno, *op. cit.*, p. 323.

³³ Si veda, ad esempio, il caso *Williams-Yulee v. Florida Bar*, 575 U. S. (2015), in cui la Corte ha affermato che il primo emendamento non vieta agli Stati di impedire ai giudici di fare personalmente *crowdfunding* per le loro campagne elettorali, poiché tale specifica restrizione mira ad assicurare l'imparzialità del potere giudiziario nonché l'interesse, invero intangibile e imponderabile, a preservare la fiducia dei cittadini nell'integrità giudiziaria, il quale, secondo la Corte, «*does not easily reduce to precise definition*»; oppure il più recente caso *Ramirez v. Collier*, 595 U. S. (2022), in cui la Corte ha ritenuto che fosse un «*compelling state interest*» quello di «*[M]aintaining solemnity and decorum in the execution chamber*», oggettivamente imponderabile attesa la relatività dei concetti di solennità e decoro.

³⁴ La stessa dottrina nordamericana non nega che talune decisioni della Corte Suprema siano influenzate dalla visione politica della maggioranza, sul tema si veda il classico studio di R. A. DAHL, *Decision-Making in Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker*, in *J. Pub. L.*, 1957, p. 279 ss.; B. FRIEDMAN, *Dialogue and Judicial Review*, in *Mich. L. Rev.*, 1993, p. 577

È appena il caso di osservare che la nostra giurisprudenza tende ad interpretare restrittivamente le ipotesi di atto politico, ai sensi dell'art. 7, comma 1, c.p.a., dal momento che la sottrazione del modo di esercizio del potere pubblico al sindacato giurisdizionale entra in conflitto con la garanzia di giustiziabilità di quest'ultimo con l'art. 113 c.p.a.³⁵. In particolare, l'atto politico, a differenza di quello amministrativo: a) non implica la cura concreta dell'interesse pubblico, bensì si limita ad individuare le linee di indirizzo politico che la pubblica amministrazione dovrà seguire, in virtù del rapporto di dipendenza dal potere esecutivo ritraibile dall'art. 95 Cost.; b) non è in alcun modo sindacabile dal giudice, dal momento che non è estrinsecazione del potere amministrativo, bensì di quello politico che per definizione è impermeabile alle ingerenze della magistratura, in virtù del principio della separazione dei poteri³⁶; c) non risponde ai principi di legalità, tipicità e nominatività degli atti amministrativi e si risolve in una nozione aperta, non individuabile sulla base di alcun parametro normativo; d) coincide con l'attività costituzionale e di Governo espressiva dell'indirizzo politico; e) si manifesta come atto per sua natura non lesivo di alcuna posizione giuridica soggettiva; talché non recando alcun pregiudizio diretto ai consociati non differenzia e non qualifica la posizione di quest'ultimi, i quali possono vantare rispetto all'atto politico un interesse di mero fatto, per definizione non giustiziabile.

Anche l'ordinamento nordamericano conosce la dottrina dell'atto politico. In *Baker v. Carr* la Corte Suprema ha individuato sei "indici di politicità" della questione devoluta al giudice: 1) un espresso affidamento, desumibile dal testo costituzionale, della materia a un altro potere dello Stato dotato di competenza politica; oppure 2) l'assenza di parametri giuridici chiari e

ss.; più di recente, N. DEVINS, *Explaining Grutter v. Bollinger*, in *Pen. L. R.*, 1, 2003, p. 347 ss., secondo cui le decisioni della Corte Suprema in materia di *affirmative action programs* risentono fortemente delle pressioni sociali e sono espressione della visione politica dominante.

³⁵ Sulla non giustiziabilità dell'atto politico si vedano i fondamentali contributi di E. SICA, *Del potere e degli atti politici*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 3, 1948, p. 455 ss.; M. S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 289 ss.; G. B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubb.*, Torino, 1987, p. 548 ss.; V. FANTI, *L'atto politico nel governo degli enti locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2, p. 433 ss.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009; A. ROMANO TASSONE, *Atto politico e interesse pubblico*, in A. CONTIERI – F. FRANCIOSI – M. IMMORDINO – A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, p. 312, secondo cui l'atto politico andrebbe identificato con «privilegio dell'istituzione che se ne avvale rispetto alla naturale prerogativa di essere connesso alla funzione che in esso si esplica»; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.* 2012, 329 e ss.; C. CUDIA, *Considerazioni sull'atto politico* in *Dir. amm.*, 2021, p. 621 ss.; G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2017. Sulla tendenza alla "depoliticizzazione" per allargare il sindacato giurisdizionale, v. le considerazioni adesive di G. MONTEDORO, *L'atto politico e l'atto di alta amministrazione, Costituzione e ruolo del GA*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2023.

³⁶ Cfr. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), su cui v. le considerazioni di L.H. POLLAK, *Judicial Power and "The Politics of the People"*, in 72 *Yale L. J.*, 1, 1962, p. 81 ss.; S. H. FRIEDELBAUM, *Baker v. Carr: The New Doctrine of Judicial Intervention and Its Implications for American Federalism*, in 29 *Univ. Chicago L. Rev.*, 4, 1962, p. 673 ss. Per un'analisi del problema dell'atto politico e della sua ingiustiziabilità nell'ordinamento nordamericano, cfr. R. BAKKER-A. W. HERINGA F. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen-Apeldoorn, 1995, p. 47 ss.

applicabili che consentano al giudice di pronunciarsi in modo coerente e gestibile; oppure 3) l'impossibilità di decidere la questione senza compiere, in via preliminare, una valutazione di natura politica, riservata alla discrezionalità di organi non giurisdizionali; oppure 4) l'impossibilità per il giudice di affrontare la questione senza ledere il principio di rispetto istituzionale dovuto agli altri poteri dello Stato; oppure

5) l'esistenza di un'esigenza eccezionale di aderire senza riserve a una decisione politica già assunta; oppure 6) il rischio di generare disorientamento e imbarazzo istituzionale a causa di pronunce divergenti provenienti da più organi su un'unica questione³⁷.

In *SFFA v. Harvard*, i giudici di Washington hanno valorizzato l'indice *sub 2*), dal momento che il diritto positivo, secondo la *opinion of Court*, non offrirebbe alcun parametro per valutare l'opportunità delle *affirmative actions* nel settore dell'istruzione superiore. Senonché, l'espansione dell'area dell'atto politico in ragione dell'insussistenza nell'ordinamento di una norma che orienti i poteri discrezionali del giudice è figlia di una concezione farisaica della soggezione del giudice alla legge, di cui agli artt. 101 della Costituzione italiana e VI, par. 2, di quella americana, la quale andrebbe però intesa quale forma di controllo sui criteri utilizzati dal giudice per giungere a quella specifica decisione. Con l'implicazione che la decisione è tanto più socialmente condivisibile quanto più i criteri seguiti dal giudice per giungervi siano passibili di universalizzazione e razionalmente condivisibili, ma non certo che la soggezione del giudice alla legge implichi che questi, in assenza di una specifica disposizione di legge, debba di regola declinare la propria giurisdizione.

4. Le ammissioni universitarie non sono un gioco a somma zero

Tornando al ragionamento condotto dalla Corte Suprema, non convince l'idea, sostenuta dalla Corte, secondo cui gli *affirmative action programs* violano la *equal protection clause* nella misura in cui, riservando un regime di particolare favore per talune categorie, discriminano i soggetti appartenenti alle altre (le c.d. vittime innocenti³⁸), in ragione della scarsità delle risorse disponibili e, segnatamente, dei posti messi a disposizione dalle università. L'argomento prova troppo. Invero, le politiche di *affirmative action* non sono una forma di discriminazione (la quale presupporrebbe altresì uno stigma sociale), bensì una tecnica di

³⁷ Cfr. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), p. 32: 1) *a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department*; or 2) *a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it*; or 3) *the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non-judicial discretion*; or 4) *the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government*; or 5) *an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made*; or 6) *the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question*.

³⁸ In argomento, si rinvia al lavoro monografico di A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, p. 179 ss..

redistribuzione delle opportunità offerte³⁹. Pertanto, la discriminatorietà degli *affirmative action programs* è più apparente che reale, atteso che l'obiettivo perseguito da quest'ultimi è «rimuovere ostacoli di fatto che pregiudicano l'eguaglianza di possibilità⁴⁰»: in quest'ottica, il pregiudizio patito da alcuni individui del gruppo maggioritario diviene «un costo che deve essere pagato per un maggior vantaggio collettivo⁴¹». Non convince, dunque, l'accostamento delle procedure di ammissione universitarie ai giochi a somma zero. Semplificando al massimo, si definisce a somma zero quel particolare gioco non cooperativo in cui l'utilità tratta da un partecipante è uguale alla perdita di un altro. In apparenza le ammissioni alle università possono sembrare un gioco a somma zero, purché si limiti lo scopo di queste ultime alla semplice assegnazione di un numero prefissato di posti. Tuttavia, questa prospettiva non tiene conto che di gioco a somma zero può parlarsi a condizione che tutte le distribuzioni della risorsa abbiano lo stesso valore ovvero non ve ne siano alcune preferibili rispetto alle altre. In altri termini, nei giochi a somma zero non c'è un valore aggiunto nel distribuire la risorsa in un modo piuttosto che in un altro. Qualora una certa distribuzione sia preferibile rispetto alle altre, in ragione dei vantaggi collettivi che apporta, il gioco si definirà a somma diversa da zero. Sostenere che le ammissioni universitarie sono giochi a somma zero significa che la composizione multietnica o meno del corpo studentesco è del tutto indifferente⁴²; ciò, tuttavia, come detto in precedenza⁴³, è smentito dagli studi di settore, i quali dimostrano che gli studenti, insieme all'università stessa, traggono benefici da un ambiente etnicamente e culturalmente differenziato. In altri termini, la Corte Suprema ha affermato che nel caso di specie la prova statistica non è idonea a veicolare un sufficiente grado di persuasività⁴⁴. Vale la

³⁹ M. BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in *Nuove leggi civ.*, 1994, p. 46 ss., secondo cui «le azioni positive [...] non sono qualificabili come discriminazioni perché l'impatto sfavorevole che esse possono avere su individui appartenenti al genere tradizionalmente «vincente» non è sintomo né effetto di uno stigma sociale [...], ma è il risultato (in qualche caso eventuale, in qualche altro inevitabile) di una politica di redistribuzione delle opportunità offerte».

⁴⁰ T. TREU, *Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Una importante sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Lav. dir.*, 1988, p. 67.

⁴¹ R. DWORKIN, *Discriminazione alla rovescia*, in *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 300; ID, *Affirmative Action: Is It Fair?* in *J. of Blacks in Higher Education*, 2000, p. 79 ss. Secondo K. MESHELSKI, *Procedural Justice and Affirmative Action*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 2, 2016, p. 425 ss., la *fairness* degli *affirmative action programs* è confermata dal fatto che essi sono compatibili con la giustizia procedurale teorizzata da J. RAWLS, *op. cit.*, p. 99, nella quale i risultati ottenuti sono giudicati giusti o ingiusti a seconda che sia stata seguita o meno la procedura prestabilita per l'assegnazione dell'utilità, mentre le procedure possono essere definite giuste e ingiuste solo alla luce dei risultati, e ciò perché la confutazione della *fairness* delle procedure di valutazione che tengono conto dell'origine etnica dei candidati presuppone l'ingiustizia del risultato ovvero la *diversity* all'interno del corpo studentesco, il quale è comunemente ritenuto desiderabile in una società democratica e multietnica.

⁴² L'idea secondo cui le ammissioni universitarie non siano pienamente accostabile ai giochi a somma zero è tratta dalle considerazioni di D. DOMINGUEZ, *Beyond Zero-Sum Games: Multiculturalism as Enriched Law Training for All Students*, in *J. Legal Education*, 2, 1994, p. 175 ss..

⁴³ V. *supra* nota 25.

⁴⁴ Sul punto, v. in particolare la concurring opinion di Justice Thomas, ove si legge che «Nor do JUSTICE JACKSON's statistics regarding a correlation between levels of health, wealth, and well-being between selected racial groups prove anything. Of

pena osservare che in taluni settori del contenzioso il legislatore italiano ammette eccezionalmente l'assolvimento dell'onere della prova attraverso la *"naked statistic"* (o statistica quantitativa), accontentandosi della credibilità della relazione statistica tra fatto ed evento, senza esigere l'individualizzazione di tale relazione⁴⁵. Si allude alle varie forme di tutela che l'ordinamento appresta contro la tutela discriminatoria, la cui rilevanza sociale, confermata dall'art. 21 della Carta di Nizza, giustifica attenuazioni o riallocazioni del riparto degli oneri probatori. Le norme nazionali che riguardano l'onere della prova dei comportamenti discriminatori sono l'art. 40 del Codice delle Pari Opportunità (d.lgs n. 198 del 2006), in materia di repressione delle discriminazioni di genere, e l'art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011, che si applica agli altri casi di discriminazione. Tali disposizioni prevedono che spetti all'autore della condotta discriminatoria provare l'insussistenza della stessa qualora il discriminato fornisca elementi, «desunti anche da dati di carattere statistico», idonei a presumerla. In proposito va rilevato che l'oggetto della prova della discriminazione indiretta, pur potendosi qualificare come fatto collettivo, non consiste solo nell'evento in quanto tale, senz'altro passibile di prova statistica meramente descrittiva, non diversamente da un fatto collettivo come l'aspettativa di vita, ma nella sua causazione, ossia nella dipendenza dell'evento da un comportamento che potrebbe essere senz'altro provato in via indiretta da una statistica, purché questa sia non meramente descrittiva, ma propriamente inferenziale. Si è quindi autorevolmente sostenuto che la disciplina prevede in realtà un'ipotesi di presunzione legale⁴⁶, il cui effetto è quello di invertire l'onere della prova, riallocando sul convenuto il rischio dell'incertezza dell'insussistenza della condotta discriminatoria. In giurisprudenza si precisa che la norma allevia l'onere attoreo rispetto alla regola di cui all'art. 2729 c.c., dal momento che l'art. 40 del Codice delle pari opportunità, non richiede il requisito

course, none of those statistics are capable of drawing a direct causal link between race—rather than socioeconomic status or any other factor—and individual outcomes. So JUSTICE JACKSON supplies the link herself: the legacy of slavery and the nature of inherited wealth. This, she claims, locks blacks into a seemingly perpetual inferior caste. Such a view is irrational; it is an insult to individual achievement and cancerous to young minds seeking to push through barriers, rather than consign themselves to permanent victimhood».

⁴⁵ Sull'assolvimento dell'onere della prova attraverso il ricorso alla statistica quantitativa, inidonea ad informare una presunzione nei termini di cui all'art. 2729 c.c., cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici, Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 196 ss.; ID, *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, p. 965 ss., spec. 972; B. V. FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano, 2002, p. 65.

⁴⁶ Cfr. M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, cit., p. 1106; v. anche A. VALLEBONA, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 777 ss., spec. 794; ID, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 812 ss.; O. BONARDI – C. MERAVIGLIA, *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017, p. 351 ss., spec. 357. Per un'analisi delle diverse tesi sostenute in dottrina, v. B. SASSANI, *L'onere della prova*, in *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 735 ss., spec. 738.; I. MAGGIO, *La «prova statistica» nel processo contro le discriminazioni*, in *Resp. civ.*, 2021, p. 1826 ss.; da ultimo, nello stesso senso, E. M. MASTINU, *Iura et leges nella disciplina della prova della discriminazione nel processo civile*, in *Rivista di diritto antidiscriminatorio*, 1, 2025, p. 6.

della “gravità” della presunzione, ma solo che quest’ultima soddisfi i requisiti di precisione e concordanza circa il carattere discriminatorio della condotta tenuta dalla controparte, qualificando perciò la statistica, anche se meramente descrittiva, come attendibile elemento di prova, almeno in astratto, quando siano esplicitate le modalità di rilevazione dei dati e chiare le modalità di presentazione delle informazioni⁴⁷. La circostanza che le ammissioni universitarie non siano un gioco a somma zero trova avallo nei dati di carattere statistico, i quali attestano che un ambiente multietnico e multiculturale produce delle esternalità positive sull’intero gruppo studentesco. Ne consegue che nelle ammissioni universitarie esiste un’allocazione migliore dei posti disponibili rispetto alle altre ovvero quella che mira alla composizione di un corpo studentesco differenziato. Talché, non pare che di gioco a somma zero possa parlarsi. Ancora una volta, il pensiero della Corte, benché mascherato dietro un argomento di carattere logico-matematico, è chiaro: la diversità etnica nei *campus* studenteschi non è (più) un interesse primario da tutelare.

5. Libertà accademica ed *equal protection clause*: un difficile (ma necessario) bilanciamento nell’interesse generale alla diversity

Non trova miglior sorte l’argomento speso dalla Corte a favore dell’incostituzionalità degli *affirmative action programs* basato sul mancato rispetto del «*termination date requirement*» indicato in *Grutter*. Come avvertito dal giudice dissenziente Sotomayor, la sentenza della Corte si basa sull’idea che la disuguaglianza razziale abbia una data di scadenza prevedibile, benché «*equality is an ongoing project in a society where racial inequality persists*⁴⁸». Peraltro, un’attenta lettura di *Grutter*, conferma che la Corte, in quell’occasione ha semplicemente auspicato che la considerazione dell’appartenenza etnica nelle procedure di ammissione universitarie non sarebbe stata più necessaria per conseguire l’obiettivo della *diversity*. Va da sé che in *Grutter* la Corte non ha imposto una data di scadenza, bensì ha affidato alle università il compito di valutare periodicamente la necessità dei programmi di ammissioni olistici rispetto all’obiettivo del multiculturalismo nel corpo studentesco⁴⁹. Peraltro, la soluzione di rimettere alle università la valutazione della necessità degli *affirmative action programs*, attraverso un continuo lavoro di monitoraggio della composizione etnica del corpo studentesco, ha il merito di bilanciare il rispetto della *equal protection clause* con la libertà accademica – che

⁴⁷ Salvo poi riscontrare facilmente carenze di precisione del dato statistico: v. per es. Cass. 5 giugno 2013, n. 14206, con nota di AMOROSO, *La giurisprudenza di legittimità in tema di discriminazione di genere e pari opportunità*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 1360 ss, spec. 1363, e più di recente cfr. Cass. 15 giugno 2020, n. 11530, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 1170 ss., con nota di PASQUALETTO, *Dati statistici e prova della discriminazione*.

⁴⁸ S. Sotomayor, *dissenting opinion*, 600 U. S. (2023), 54.

⁴⁹ Cfr. la decisione presa dalla Corte Suprema nel caso *Fisher II*, 579 U. S., (2016) 388, secondo cui le università sono chiamate ad utilizzare «*[their] data to scrutinize the fairness of [their] admissions program[s]; to assess whether changing demographics have undermined the need for a race-conscious policy; and to identify the effects, both positive and negative, of the affirmative-action measures [they] deem necessary*».

ricomprende anche le politiche di ammissione – implicitamente tutelata, secondo i precedenti della Corte, dal primo emendamento⁵⁰. Dunque, la legittimità costituzionale delle politiche di *affirmative action* nel settore dell'istruzione va vagliata non solo rispetto alla *equal protection clause*, bensì anche con riguardo al diritto all'autonomia universitaria, ricompreso nel primo emendamento⁵¹. Tuttavia, non pare che la Corte si sia avveduta di questo delicato bilanciamento e, imponendo un *termination date requirement*, ha esautorato l'autonomia universitaria. L'idea secondo cui tali programmi debbano ad un certo punto cessare, nell'illusione che non siano più necessari per realizzare una società realmente egualitaria, è *colorblind* ovvero volutamente ignora il problema della diversità etnica nel campo dell'istruzione.

A tal proposito, le argomentazioni della maggioranza sono state screditate da Justice Jackson, la quale, con una memorabile metafora dal gusto eufuista, ha osservato nella sua *dissenting opinion* che «*Justice Thomas ignites too many more straw men to list, or fully extinguish, here*». La cecità della maggioranza dinanzi alla questione razziale non ne implicherà il superamento⁵²: al pari dell'elefante rosa nella stanza, non pensare alla questione razziale nel contesto universitario la renderà ancora più importante, finanche ad ostacolare l'adempimento della promessa di uguaglianza contenuta nel Quattordicesimo Emendamento, ritardando il giorno in cui ogni cittadino americano avrà le stesse opportunità di prosperare indipendentemente dall'appartenenza etnica. La Corte Suprema, sconfessando l'attualità della questione razziale nel campo dell'istruzione, ha spazzato via con un colpo di ramazza anni di giurisprudenza e politica integrazionista.

Da tutto quanto s'è detto si trae l'idea per cui la faticosa motivazione addotta nella *opinion of the Court* a sostegno dell'incostituzionalità degli *affirmative action programs* sia il tentativo di mascherare, attraverso l'apparente logicità di un ragionamento giuridico, l'obiettivo politico ad essa sotteso: espiato il peccato originale dell'*apartheid*, le politiche integrazioniste non hanno più ragion d'essere. Pertanto, devono essere rimosse. Inoltre, preoccupa che il ragionamento battuto dalla Corte a favore dell'incostituzionalità degli *affirmative action programs* presenti una certa *vis expansiva*; non è escluso che possa essere esteso ad altri settori, diversi rispetto alla *higher education*, caratterizzati da esigenze di giustizia distributiva. Questa sorta di *hard reset* propugnato dalla Corte continuerà a far parlare di sé e non è escluso che nel dibattito politico americano sarà invocata a fondamento di manipolazioni delle

⁵⁰ Cfr. *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183, 195 (1952); *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234, 250 (1957); *Board of Curators of University of Mo. v. Horowitz*, 435 U.S. 78, 96 (1978); *Regents of University of Michigan v. Ewing* 474 U.S. 214, 225 (1985). In dottrina: C. McCLELLAN, *When Claims Collide: Students for Fair Admissions v. Harvard and When Claims Collide: Students for Fair Admissions v. Harvard and the Meaning of Discrimination*, in 54 *Loyola Univ. Chicago Law. Journal*, p. 1 ss., spec. 34.

⁵¹ Come emerge dalla *opinion* di Justice Powell resa in *Bakke*, cit. p. 311 ss.; che l'ammissibilità degli *affirmative action programs* poggia sul diritto costituzionale all'*academic freedom* è avvertito da D. BELL nella sua brillante (e al limite del farsesco) analisi della *racial justice* negli Stati Uniti, *And We Are Not Save*, 1987, 155; v. anche P. PASSAGLIA, *op. cit.*, p. 50.

⁵² J. Jackson, *dissenting opinion*, 600 U. S. (2023), 26.

politiche sociali adottate nel passato. Non c'è dubbio che le lancette dell'orologio sono state drammaticamente spostate all'indietro.

Guidomaria De Cesare
Dottorando



GIUSEPPE MANCINO

L'opponibilità del lodo arbitrale rituale alla procedura fallimentare: la definitiva consacrazione della sua equivalenza alla sentenza giurisdizionale.

Cass. Civ., Sez. I, 5 febbraio 2025, n. 2840

In tema di opposizione allo stato passivo, il lodo arbitrale rituale, in quanto pienamente assimilabile ad una sentenza giurisdizionale dal momento dell'ultima sottoscrizione, a norma dell'art. 824 bis c.p.c., è come tale opponibile alla procedura fallimentare da tale data, nella quale il provvedimento viene ad esistenza e comincia a produrre i suoi effetti.

La sentenza in commento segna un punto fermo nella complessa ricostruzione della natura giuridica del lodo arbitrale rituale, chiarendo definitivamente la sua efficacia e opponibilità alle procedure concorsuali già prima della concessione dell'*exequatur*. La Corte di cassazione, con la decisione n. 2840/2025, affronta una questione di non poco momento: il valore del lodo arbitrale in sede fallimentare in assenza di esecutività ex art. 825 c.p.c. e la riconducibilità della sua efficacia alla data dell'ultima sottoscrizione, ex art. 824-bis c.p.c.

The judgment under comment marks a milestone in the complex reconstruction of the legal nature of the ritual arbitration award, definitively clarifying its effectiveness and enforceability in bankruptcy proceedings even before the granting of the *exequatur*. The Supreme Court, in Judgment No. 2840/2025, addresses an issue of no small importance: the value of the arbitration award in bankruptcy proceedings in the absence of enforceability under article 825 of the Code of Civil Procedure and the traceability of its effectiveness to the date of the last signature, pursuant to article 824 *bis* of the Code of Civil Procedure.

Sommario: 1. Premessa: il caso e le questioni giuridiche – 2. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'arbitrato rituale – 3. L'efficacia del lodo, la data certa e la sua opponibilità alla procedura fallimentare – 4. Segue: l'equiparazione tra lodo arbitrale rituale e sentenza: fondamento sistematico, valenza giurisdizionale e opponibilità nella crisi d'impresa – 5. Considerazioni finali: gli effetti sistemici della natura giurisdizionale del lodo.

1. Premessa: il caso e le questioni giuridiche

La pronuncia in esame chiarisce (ulteriormente) la natura del lodo arbitrale rituale e il suo rapporto con la giurisdizione statale, concentrandosi in particolare sulla sua opponibilità alla procedura fallimentare anche in assenza del decreto di esecutività ex art. 825 c.p.c., in forza dell'art. 824-bis c.p.c. e dei principi di diritto ormai consolidati dalla giurisprudenza.

La questione origina dalla mancata ammissione al passivo fallimentare di un credito fondato su un lodo arbitrale, ritenuto inopponibile per difetto di data certa. Il ricorrente ha impugnato in Cassazione il decreto di rigetto, articolando vari motivi di ricorso; nel presente studio l'attenzione si concentrerà, in via prioritaria e unitaria, sui motivi (accolti) attinenti alla piena parificazione del lodo alla sentenza giurisdizionale sin dalla sua ultima sottoscrizione.

In primis, la decisione di merito impugnata, nel ritenere che il lodo arbitrale rituale non fosse opponibile al fallimento, in quanto atto di natura meramente privatistica, si poneva in contrasto con il dettato dell'art. 824-bis c.p.c., secondo cui "[...] il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria".

Inoltre, il Tribunale aveva escluso la certezza della data del lodo, fondando la propria tesi su un orientamento ormai superato¹ e ritenendo che la sola sottoscrizione degli arbitri non fosse sufficiente a conferirle efficacia probatoria, poiché gli arbitri non rivestono la qualità né di pubblici ufficiali né di incaricati di pubblico servizio. Conseguentemente, affermava che l'unica modalità idonea a conferire data certa al lodo fosse il deposito in Tribunale per l'ottenimento dell'*exequatur*.

Ancora, sotto tale profilo, la Suprema Corte ha ritenuto la decisione di merito anacronistica e noncurante del disposto di cui all'art. 823, n. 7 e n. 8, c.p.c., che individua nella sottoscrizione e nella data apposta nel lodo i soli elementi necessari ai fini della certezza della data, senza subordinare tale effetto al successivo deposito per il rilascio del decreto di esecutività.

La prima sezione della Corte di cassazione, con la pronuncia in esame, ha accolto il ricorso per le ragioni sopra evidenziate.

Questa decisione pone in luce profili di particolare rilevanza sistematica. In primo luogo, essa ribadisce e corrobora la piena equiparazione del lodo arbitrale alla sentenza giurisdizionale, consolidandone ulteriormente la natura e l'efficacia giuridica. Si rafforza così l'idea che gli arbitri, nell'ambito del procedimento rituale, svolgano una funzione propriamente giurisdizionale, emettendo provvedimenti dotati di autorità e stabilità analoghe a quelle delle decisioni statali.

Tale principio è fondamentale per garantire la fiducia delle parti nell'effettività e nell'esecutività delle decisioni arbitrali, favorendo la diffusione dell'arbitrato quale strumento alternativo e complementare rispetto alla giurisdizione ordinaria².

Tuttavia, non bisogna cadere nell'eccesso opposto ed equiparare in toto ad una sentenza, un provvedimento, il lodo, privo delle minime necessarie formalità.

¹ A.F. DI GIROLAMO, *Il curatore, il procedimento arbitrale pendente ed il lodo* in *L'Arbitrato* a cura di L. Salvaneschi e A. Graziosi, Milano, 2020, p. 583 s.

² In argomento, va sottolineato che tale visione dell'istituto si inserisce nel solco tracciato dalla riforma del processo civile attuata con il D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della delega conferita con la L. 27 settembre 2021, n. 134, contribuendo a consolidare la funzione di sgravio dei ruoli della magistratura ordinaria affidata, tra gli altri strumenti, all'istituto dell'arbitrato.

In argomento, rileva la decisione della Corte ove argomenta in ordine alla mancanza di necessità del decreto di esecutività: la possibilità di opporre alla procedura fallimentare un lodo non impugnabile anche in assenza di *exequatur* consente, da un lato, di accelerare i tempi e di ridurre i costi e le incertezze connesse ai procedimenti di riconoscimento ed esecuzione³; dall'altro lato, impone una riflessione attenta sull'incidenza di tale semplificazione sulle garanzie processuali, specialmente nei contesti più complessi o controversi.

Infine, la questione della "data certa" del lodo assume rilievo specifico nei procedimenti fallimentari. La pronuncia in esame tende a ridimensionare il formalismo relativo a tale requisito, valorizzando la sostanza del diritto riconosciuto nel lodo arbitrale⁴. Questo orientamento, pur improntato a criteri di efficienza, solleva delicate implicazioni in tema di tutela dei creditori e di prevenzione di eventuali abusi nell'ambito delle procedure concorsuali.

È chiaro, dunque, che la decisione offre spunti di riflessione di grande interesse per gli operatori del diritto dell'arbitrato e delle procedure concorsuali, promuovendo una visione moderna e pragmatica del ruolo dell'arbitrato, attenta a coniugare l'efficienza processuale con il rispetto delle garanzie giuridiche delle parti coinvolte.

2. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'arbitrato rituale

La pronuncia in commento, come anticipato, si inserisce all'interno di un percorso normativo e giurisprudenziale complesso che ha progressivamente ridefinito la natura dell'arbitrato rituale e il regime giuridico del lodo. In particolare, nel criticare la pronuncia di merito impugnata, essa - la riconduce e - si confronta con l'originario orientamento delle Sezioni Unite, cristallizzato nella sentenza n. 527 del 3 agosto 2000 secondo cui il lodo arbitrale, espressione di un procedimento "ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale", aveva natura di atto privatistico, fondato esclusivamente sull'autonomia delle parti, e privo di effetti propri delle pronunce giurisdizionali senza l'intermediazione dell'*exequatur*.

Questa impostazione si fondava sulla separazione concettuale tra l'attività arbitrale e l'esercizio della funzione giurisdizionale statale, ritenendo che gli arbitri, in quanto privi di *imperium*, non potessero emettere provvedimenti dotati di immediata autorità. Il lodo, pertanto, era visto come un atto negoziale che solo attraverso il decreto di esecutorietà ex art. 825 c.p.c. acquistava valore di sentenza.

Tale concezione è stata tuttavia radicalmente superata.

Già la legge n. 25/1994 aveva segnato una prima svolta, consentendo l'impugnazione del lodo indipendentemente dal suo deposito, e parificando sotto il profilo degli effetti sostanziali l'introduzione del procedimento arbitrale alla proposizione della domanda giudiziale (artt.

³ G. CAGGIANO, *L'esecutività del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 442.

⁴ R. CARUSO, *L'autorevolezza del lodo arbitrale: tra sentenza e contratto*, in *Dir. Fall.*, 2015, p. 68.

2652-2653 c.c.). Il compimento definitivo di questa evoluzione è avvenuto con il d.lgs. 40/2006, che, mediante l'introduzione dell'art. 824-bis c.p.c., ha attribuito al lodo "*gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*" dalla data della sua ultima sottoscrizione. Le Sezioni Unite, con la decisione n. 24153 del 25 ottobre 2013 hanno dato atto di questa trasformazione, affermando che l'attività degli arbitri rituali, pur non qualificandosi come esercizio della giurisdizione statale, integra comunque una funzione giurisdizionale privata, esercitata in piena conformità ai principi fondamentali del giusto processo. Questo orientamento è stato consolidato dalla sentenza delle S.U. n. 8776 del 30 marzo 2021 nella quale si è ribadito che il lodo esiste ed è efficace tra le parti sin dalla sua sottoscrizione, producendo effetti pienamente parificati alla sentenza giudiziale.

Le motivazioni di questo superamento si radicano, da un lato, nel principio di autonomia negoziale che legittima la risoluzione privata delle controversie (nel pieno rispetto dell'art. 102 Cost.⁵) relative a diritti disponibili, dall'altro, nell'esigenza di efficienza e certezza del diritto. In questa chiave, l'arbitrato rituale si configura come una vera «giurisdizione privata»⁶, distinta dalla funzione pubblicistica dei giudici ordinari, ma egualmente orientata alla tutela dei diritti.

Non era mancato chi⁷ già prima delle intervenute riforme, aveva ritenuto che l'arbitrato rituale, pur traendo origine dalla volontà delle parti, si era progressivamente allontanato da una mera logica negoziale per assumere un ruolo istituzionale nell'ambito dell'ordinamento, costituendo un *tertium genus* tra contratto e provvedimento giurisdizionale⁸.

In tale contesto si è inserita la riflessione di un'autorevole dottrina, che ha criticato ogni tentativo di ridurre l'arbitrato rituale a un fenomeno meramente negoziale, insistendo invece sulla sua natura giurisdizionale in senso funzionale. Tale tesi ha evidenziato come il lodo, pur privo di investitura pubblica, produca effetti autoritativi e vincolanti, propri dell'attività di accertamento della legge, in quanto scelto dalle parti e disciplinato dalla legge processuale. La distinzione tra arbitrato rituale e irrituale si fonda, in questa visione, sulla diversa struttura e funzione: mentre il secondo si esaurisce in una determinazione contrattuale, il primo

⁵ Corte Cost., 14 luglio 1977, n. 127; Corte Cost., 27 febbraio 1996, n. 54. Come chiarito dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza 14 luglio 1977, n. 127, la disciplina dell'arbitrato obbligatorio si pone in contrasto con gli artt. 24 e 102 Cost. laddove impedisce alle parti – nel caso di specie, all'inventore e al datore di lavoro – di adire la giurisdizione ordinaria. La Consulta, pur partendo da una prospettiva fortemente critica nei confronti dell'imposizione eteronoma del giudizio arbitrale, ha allo stesso tempo riconosciuto con nettezza che l'arbitrato volontario, fondato sull'autonomia negoziale, costituisce una modalità pienamente legittima di risoluzione delle controversie. Tale principio è stato ribadito nella sentenza 24 luglio 1998, n. 325, nella quale si è dichiarata l'illegittimità di una normativa che imponeva l'arbitrato senza prevedere alcuna possibilità per le parti di derogare a tale vincolo, anche unilateralmente. L'arbitrato, ha affermato la Corte, è compatibile con i principi costituzionali solo quando è espressione di una scelta libera e consapevole delle parti stesse, in quanto forma alternativa e non surrogatoria della giurisdizione statale. In questo senso P. PERLINGIERI, *Arbitrato e Costituzione*, Napoli, 2002, p. 36 ss.

⁶ E. FAZZALARI, *La giustizia alternativa*, Milano, 1990, p. 38.

⁷ A. PROTO PISANI, *Arbitrato e processo*, Torino, 1997, p. 44; C. Punzi, *Diritto processuale civile*, Torino, 2010, vol. II, p. 799.

⁸ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2025, p. 4 s.

configura un vero e proprio procedimento di giustizia, concluso da un provvedimento che, sebbene privato nella fonte, assume valore decisorio e sostitutivo rispetto alla sentenza statale⁹.

Il lodo rituale, dunque, è oggi un atto di diritto pubblico, in quanto espressione di un'attività di decisione autorizzata e regolata dall'ordinamento, pur mancando agli arbitri un'investitura pubblicistica; tra l'altro, questa impostazione rappresenta lo sviluppo coerente delle tesi sostenute, già oltre due decenni or sono, da chi aveva individuato nel lodo una manifestazione di funzione giurisdizionale privata¹⁰.

La sentenza in esame, confermando la piena opponibilità del lodo alla procedura fallimentare sin dall'ultima sottoscrizione, senza necessità del deposito, rappresenta l'approdo coerente di questa evoluzione.

L'accento posto sull'efficacia "*ex tunc*" del lodo risponde non solo all'esigenza di effettività della tutela arbitrale, ma anche a quella di garantire la parità tra creditori nel concorso fallimentare, senza sacrificare la certezza dei rapporti giuridici.

In effetti, la tematica della data certa del lodo, rilevante ai fini dell'opponibilità *ex art. 45 l. fall.*¹¹, aveva tradizionalmente imposto un rigido formalismo, volto a proteggere la *par condicio creditorum*. La valorizzazione della sottoscrizione come momento genetico di piena efficacia del lodo consente oggi di conciliare la certezza dei diritti con l'efficienza del sistema, in linea con il *favor* per l'arbitrato riconosciuto, come approfondiremo meglio al successivo paragrafo, sia dal legislatore sia dalla giurisprudenza più recente¹².

Infine, è importante notare che la parabola evolutiva qui tratteggiata non elimina la distinzione tra giurisdizione statale e giurisdizione arbitrale: la fonte del potere decisionale degli arbitri resta privata e convenzionale. Tuttavia, una volta costituito il vincolo arbitrale, il procedimento che ne deriva si avvicina per disciplina, struttura e finalità a quello giurisdizionale, in un'ottica di effettività e fungibilità della tutela.

In conclusione, la decisione in commento contribuisce a rafforzare la configurazione dell'arbitrato rituale come - quella che potremmo definire - "attività assimilata a quella giurisdizionale" pienamente idonea a garantire una tutela dei diritti equivalente a quella offerta dalla giustizia statale, consolidando l'idea - ormai centrale nella dottrina

⁹ C. CAVALLINI, *Giovanni Verde e l'arbitrato*, in *Sull'Arbitrato: studi offerti a Giovanni Verde* a cura di F. Auletta, G.P. Califano, G. della Pietra, N. Rascio, Napoli, 2010, p. 180 ss.; G. Verde, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 634 ss.; Id., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. arb. proc.*, 2003, p. 371 ss.

¹⁰ S. CHIARLONI, *Arbitrato e giurisdizione*, Torino, 2003, p. 56; R. VACCARELLA, *Arbitrato e funzione giurisdizionale*, Napoli, 2001, p. 83.

¹¹ Il contenuto della disposizione in oggetto è stato integralmente recepito nell'art. 145 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, senza subire modifiche.

¹² E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 4 s.

processualistica contemporanea - che l'arbitrato rappresenti una modalità non eccezionale, ma ordinaria di amministrazione della giustizia nei rapporti tra privati¹³.

3. L'efficacia del lodo, la data certa e la sua opponibilità alla procedura fallimentare

La definizione del momento in cui il lodo arbitrale rituale acquista "data certa" e diventa opponibile nella procedura fallimentare costituisce un tema centrale per la tutela della *par condicio creditorum*.

Tale tesi poneva (e forse pone) le basi su un unico assunto per cui dovrebbero considerarsi opponibili alla procedura concorsuale solo quelle obbligazioni che siano dotate di data certa anteriore all'apertura della procedura concorsuale medesima; al riguardo, il lodo arbitrale meramente datato e sottoscritto, ma privo di *exequatur*, non poteva essere ritenuto "certamente" antecedente al fallimento in quanto gli arbitri sono privi del potere di conferire al lodo "pubblica fede"¹⁴.

Nonostante l'evoluzione giurisprudenziale di cui si è dato atto al precedente paragrafo, fino a pochi anni fa vi era ancora chi sosteneva l'inopponibilità del lodo privo del decreto di cui all'art. 825 c.p.c. alla procedura concorsuale, ovvero non portato a conoscenza delle controparti con qualsiasi altro mezzo in grado di conferirgli data certa¹⁵ (es. PEC, posta raccomandata ecc.).

Tali questioni, tuttavia, possono considerarsi assorbite già con l'introduzione dell'art. 824-bis c.p.c., operata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, con cui il legislatore ha stabilito che "*il lodo rituale ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*"¹⁶.

¹³ Sul punto si vedano: M. FARINA, *L'arbitrato*, in *La riforma del processo civile* a cura di R. Giordano e A. Panzarola, Milano, 2024, p. 99; A. A. ROMANO, *Diritto dell'Arbitrato Rituale*, Torino, 2023, p. 214 ss.; A. HENKE, *I conflitti di potestas iudicandi*, Torino 2022, p. 196 ss.; ove si evince chiaramente che l'intervento del legislatore nel 2006 si è caratterizzato per essere volto a contrastare l'orientamento allora seguito dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'arbitrato era privo di natura giurisdizionale e configurabile unicamente come strumento negoziale di risoluzione delle controversie.

¹⁴ In quanto né pubblici ufficiali né incaricati di pubblico servizio. Pur non essendo strettamente necessario, alla luce di quanto sin qui esposto, pare legittimo porsi un interrogativo: considerato che la nomina di un arbitro privo dei requisiti tecnico-professionali minimi è, nella prassi, ipotesi pressoché inesistente, e che la scelta ricade normalmente su professionisti operanti nel settore oggetto della controversia: è ancora giustificabile il mancato riconoscimento, in capo agli arbitri, di un potere di attestazione che viene invece attribuito a figure professionali analoghe in altri ambiti? Basti pensare, a titolo esemplificativo, al potere degli avvocati di autenticare la sottoscrizione della procura alle liti, o a quello riconosciuto a ingegneri e architetti di asseverare atti tecnici.

In una prospettiva *de iure condendo*, e tenuto conto che si tratterebbe di un intervento di mero coordinamento normativo, si potrebbe ragionevolmente sostenere l'opportunità di prevedere che almeno una parte del collegio arbitrale sia composta da soggetti in possesso di qualifiche professionali e morali adeguate, ai quali attribuire la facoltà di certificare, anche mediante strumenti tecnologici, in modo certo e inequivoco la data e la sottoscrizione del lodo arbitrale.

¹⁵ A. F. DI GIROLAMO, *Il curatore, il procedimento arbitrale pendente ed il lodo* in *L'Arbitrato* a cura di L. Salvaneschi e A. Graziosi, cit., p. 583 s.; A. CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 233 ss.

¹⁶ G. LUDOVICI, *L'acquiescenza anticipata alla sentenza: l'accettazione della sentenza anteriormente alla sua pronuncia (con conseguente rinuncia preventiva all'impugnazione della stessa) può configurare un negozio giuridico processuale plurilaterale a carattere aleatorio*, in www.laprevidenza.it.

Tale previsione ha definitivamente sancito il superamento della concezione del lodo come atto meramente negoziale, riconoscendogli, a partire dall'ultima sottoscrizione, una natura sostanzialmente giurisdizionale.

La sottoscrizione finale del lodo non si configura più come un adempimento meramente formale, ma rappresenta il momento genetico in cui il provvedimento arbitrale acquista la sua piena efficacia giuridica. Essa costituisce, simultaneamente, sia la manifestazione della concorde adesione degli arbitri al contenuto della decisione, sia la fissazione di una data certa opponibile ai terzi, con tutte le implicazioni che ne derivano in ambito concorsuale. Sul piano dogmatico, la data certa del lodo deve essere letta alla luce dell'art. 2704 c.c., come elemento idoneo a fornire piena prova della formazione del documento in un dato momento, salvo querela di falso¹⁷.

In sede concorsuale, questa certezza assolve una funzione di filtro: consente di delimitare con precisione il novero dei creditori che possono concorrere al riparto della massa attiva, includendo esclusivamente i crediti già esistenti e formati anteriormente alla dichiarazione di fallimento¹⁸ (*rectius* liquidazione giudiziale). Non sarebbe compatibile con le esigenze di certezza e stabilità del concorso fallimentare l'ammissione di crediti fondati su lodi privi di data certa o formatisi successivamente alla dichiarazione di insolvenza.

Nella disciplina attuale, è stata dunque esclusa ogni rilevanza del deposito del lodo presso la cancelleria ai fini della sua efficacia sostanziale: il deposito ex art. 825 c.p.c. è atto finalizzato esclusivamente a conferire efficacia esecutiva al lodo, e non incide né sulla sua validità né sulla sua opponibilità. La funzione esecutiva resta, dunque, separata dalla funzione dichiarativa e probatoria, che si consuma al momento della sottoscrizione.

La giurisprudenza di legittimità ha recepito pienamente questa impostazione. In particolare, con la sentenza in esame la prima sezione della Corte di cassazione ha ribadito che il momento dell'ultima sottoscrizione è quello genetico dell'efficacia giurisdizionale del lodo. Nessun ulteriore adempimento di pubblicità o deposito è richiesto affinché il lodo possa essere validamente opposto alla massa dei creditori. In caso contrario, si rischierebbe di sovvertire il principio di certezza dei rapporti giuridici e di introdurre elementi di aleatorietà nella disciplina del concorso.

Tale assetto si inserisce in un più ampio quadro evolutivo volto a riconoscere al lodo arbitrale un'efficacia pienamente assimilabile a quella della sentenza, come sostenuto anche nella più recente dottrina¹⁹. L'arbitrato, pur fondandosi sull'autonomia privata delle parti, viene a

¹⁷ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 304.

¹⁸ In questo senso A. CASTAGNOLA, *Procedimento arbitrale, lodo e fallimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 233 ss.; S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova, 1996, p. 115 ss.; A. CARATTA, *Lodo di condanna generica, arbitrato sul quantum e successivo fallimento*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 120 s.

¹⁹ W. RUOSI, in L.P. COMOGGIO E R. VACCARELLA, *Codice di procedura civile commentato*, sub art. 824-bis c.p.c., in www.onelegale.wolterskluwer.it, 2025.

configurarsi come modalità alternativa e legittima di esercizio della funzione giurisdizionale, soggetta a garanzie di imparzialità, contraddittorio ed effettività della tutela.

Non va tuttavia ignorato che nella prassi arbitrale si sono sviluppate soluzioni operative che, pur rispettando la struttura formale della sottoscrizione, cercano di conciliare esigenze di tempestività con quelle di completezza documentale. È ormai frequente, in prossimità della scadenza del termine per il deposito del lodo, la prassi di procedere dapprima alla sottoscrizione del solo dispositivo, rinviando la redazione della motivazione ad un momento successivo. Tale tecnica è stata ritenuta ammissibile dalla giurisprudenza di legittimità²⁰, purché il contenuto dispositivo sia idoneamente individuato e sottoscritto.

Questa evoluzione testimonia la necessità di trovare un equilibrio tra due opposte esigenze: da un lato, quella di garantire la certezza e l'affidabilità del lodo come titolo probatorio e di credito; dall'altro, quella di preservare la snellezza e la rapidità che costituiscono il tratto distintivo dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione statale. In questa prospettiva, l'uso di strumenti tecnologici avanzati, quali la firma digitale e la marcatura temporale, può rappresentare un importante fattore di innovazione, offrendo mezzi sicuri per certificare la data di formazione del lodo e riducendo il rischio di contestazioni documentali.

Non può infine escludersi che, per garantire una maggiore certezza e trasparenza nei rapporti tra arbitri, parti e terzi, sia auspicabile una riforma che introduca un meccanismo di verifica accelerata della data del lodo, ad esempio prevedendo un termine breve per sollevare contestazioni, prima della dichiarazione di fallimento. Una tale innovazione consentirebbe di rafforzare la tutela della massa dei creditori, senza sacrificare l'immediatezza degli effetti della sottoscrizione.

In conclusione, l'ultima sottoscrizione del lodo arbitrale rituale si conferma il perno attorno a cui ruota la sua efficacia sostanziale e la sua opponibilità in sede concorsuale. Il sistema attuale, pur ispirato a principi di snellezza e rapidità, deve essere applicato con rigore, per evitare che l'autonomia privata degeneri in una lesione dei principi di parità e certezza che presidiano il concorso fallimentare.

4. Segue: l'equiparazione tra lodo arbitrale rituale e sentenza: fondamento sistematico, valenza giurisdizionale e opponibilità nella crisi d'impresa

Giunti a questo punto della trattazione dovrebbe essere evidente che la sentenza in esame rappresenta un momento di consolidamento interpretativo nel lungo percorso che ha portato all'assimilazione degli effetti del lodo arbitrale rituale a quelli della sentenza statale.

In particolare, come già anticipato, in virtù dell'art. 824-*bis* c.p.c., il lodo arbitrale rituale, una volta sottoscritto, produce effetti del tutto identici a quelli della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, ivi inclusa la sua piena opponibilità nei confronti della massa

²⁰ Cass., 24 ottobre 2017, n. 25189.

fallimentare. Questo approdo, ormai consolidato, si fonda su una duplice direttrice: da un lato, il riconoscimento normativo dell'efficacia giurisdizionale del lodo; dall'altro, il suo inquadramento funzionale come espressione dell'attività decisoria propria di un organo giurisdizionale, seppure di natura privatistica.

Sul piano normativo, l'art. 824-bis c.p.c. ha avuto una funzione dirimente nel sancire che il lodo, «dalla data della sua ultima sottoscrizione, ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria». La norma, introdotta con la riforma del 2006, è l'esito di un lungo processo di evoluzione legislativa che ha preso le mosse dalla legge n. 28/1983 e ha avuto una tappa decisiva nella novella del 1994. Questi interventi hanno progressivamente eliminato l'intermediazione giudiziale, segnatamente all'*exequatur*, quale condizione per la produzione degli effetti del lodo, affermando invece la sua immediata efficacia giuridica a partire dalla sottoscrizione²¹. In questo modo, è stato compiuto un vero e proprio "salto di sistema": il lodo, da mero prodotto negoziale suscettibile di controllo giudiziale, si è trasformato in un atto giurisdizionale autonomo, capace di produrre effetti vincolanti e di giudicato in via diretta²². Tale approccio ha trovato pieno conforto nella dottrina maggioritaria, la quale sottolinea che l'attitudine al giudicato è intrinsecamente legata alla funzione giurisdizionale, e non può essere ricondotta a un'attività meramente contrattuale o negoziale²³. Il giudicato, infatti, presuppone un accertamento autoritativo, compiuto da un soggetto terzo e imparziale, titolare di un potere pubblico conferito dall'ordinamento. In questo senso, l'arbitrato rituale si colloca nella dimensione della "giurisdizione convenzionale", dove la fonte del potere è sì pattizia, ma la natura della funzione è pubblica. Gli arbitri (peraltro non pubblici ufficiali) sono dunque "giudici privati" a tutti gli effetti, come già da tempo riconosciuto²⁴. Proprio per tutte queste ragioni: la deliberazione del lodo rappresenta l'esercizio tipico della funzione decisoria,

²¹ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, aggiornato da A. Carratta, III, Torino, 2011, p. 391 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, p. 451 ss.; M. TARUFFO, in L. P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, Bologna 2012, p. 126; C. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, p. 61; In senso contrario, G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale: studio di diritto italiano e comparato*, Napoli, 2012, p. 226 ss., secondo cui l'art. 824-bis c.p.c., nel limitarsi ad attribuire al lodo gli "effetti della sentenza" dalla data della sua ultima sottoscrizione, non autorizza a riconoscergli anche la forza del giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c. In assenza di un espresso richiamo a tale norma, sarebbe arduo sostenere che un atto emanato da soggetti privati, quali sono gli arbitri (art. 813, comma 2, c.p.c.), possa produrre effetti autoritativi e incontrovertibili propri della giurisdizione pubblica. Si aggiunga che neppure in ambito statale vi è unanimità sul fatto che il giudicato costituisca un effetto autonomo della sentenza, e che analoghi dubbi sono emersi anche in altri ordinamenti, come quello brasiliano, dove il lodo è sì riconosciuto come vincolante tra le parti, ma non idoneo a formare un vero e proprio giudicato. In questa prospettiva, l'art. 824-bis confermerebbe la natura privatistica e vincolante *inter partes* del lodo, senza elevarlo, sul piano sistematico, al rango della decisione statale.

²² E. MARINUCCI, *sub art. 824-bis c.p.c.*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Torino, 2014, p. 644 ss.

²³ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 308 ss.; F.P. LUISO, *Diritto Processuale Civile*, Vol. V: *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, XIV ed., Milano, 2024, p. 245.

²⁴ S.U., 25 ottobre 2013, n. 24153.

e si configura come l'atto conclusivo del processo arbitrale, con la stessa portata di una sentenza giudiziaria²⁵.

Anche dal punto di vista strutturale e contenutistico, il lodo presenta caratteristiche del tutto assimilabili alla sentenza. Esso deve essere motivato, deve rispettare il principio del contraddittorio e può contenere statuizioni costitutive, di condanna o meramente dichiarative. Gli arbitri, a meno di diversa pattuizione, sono tenuti a giudicare secondo diritto, applicando le norme giuridiche rilevanti, in forza dell'art. 822 c.p.c.²⁶.

Il principio del *iura novit curia* trova piena applicazione anche in sede arbitrale, a conferma della funzione giurisdizionale esercitata. Di fatto, l'unica vera differenza rispetto al giudizio statale consiste nell'origine convenzionale del potere giudicante.

In questo contesto, come meglio evidenziato nel precedente paragrafo, la piena opponibilità del lodo alla procedura fallimentare si spiega come corollario logico e sistematico della sua natura giurisdizionale. La giurisprudenza ha da tempo riconosciuto che, per essere opponibile al fallimento, un accertamento deve possedere data certa anteriore alla dichiarazione di apertura della procedura concorsuale (artt. 45 e 52 l. fall.). Il lodo arbitrale rituale, che ha efficacia di giudicato fin dalla sua sottoscrizione, soddisfa tale requisito se munito di data certa. È, dunque, del tutto coerente che, come una sentenza, esso possa essere fatto valere ai fini dell'insinuazione al passivo, senza necessità di conversione o omologazione.

Il principio è stato ribadito anche dalla Cassazione nella sentenza qui annotata, che ha espressamente affermato che *«la valenza del lodo arbitrale rituale non è inferiore a quella della sentenza, in quanto entrambi costituiscono accertamenti autoritativi e vincolanti»*.

Non sono mancate, in dottrina, voci critiche che hanno evidenziato i rischi di una eccessiva statalizzazione dell'arbitrato, che potrebbe snaturarne le caratteristiche di flessibilità, snellezza e informalità²⁷.

Tuttavia, si deve rilevare come tali preoccupazioni siano superabili alla luce della distinzione tra piano strutturale e piano funzionale: se è vero che l'arbitrato nasce da una convenzione, è altrettanto vero che l'attività degli arbitri si svolge secondo moduli tipici della giurisdizione.

La giurisdizione privata, dunque, non è un ossimoro, ma una realtà giuridica pienamente riconosciuta e normativamente disciplinata.

In conclusione, la tesi secondo cui il lodo arbitrale rituale ha la stessa efficacia, forza vincolante e opponibilità della sentenza statale appare oggi non solo condivisa dalla maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, ma anche fondata su un impianto sistematico e normativo solido e coerente. Si tratta di un risultato che rafforza la certezza del diritto, valorizza l'autonomia delle parti nella scelta del giudicante e amplia l'effettività della tutela

²⁵ A. A. ROMANO, *Diritto dell'Arbitrato Rituale*, cit., p. 215 ss.

²⁶ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, appendice di V. Verde, VI ed., Milano, 2021, p. 187 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 212 ss.; A. A. ROMANO, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit. p. 217 s.;

²⁷ P. ORTOLANI, *Giustizia privata e arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1139 ss.

giurisdizionale anche fuori dai canali tradizionali. L'arbitrato rituale si conferma così una vera e propria forma di giustizia privata, fondata sulla volontà negoziale, ma capace di produrre effetti pubblici, in linea con le esigenze della modernità giuridica e della razionalizzazione del contenzioso civile.

5. Considerazioni finali: gli effetti sistemici della natura giurisdizionale del lodo

In conclusione, abbiamo visto che la sentenza in esame si inserisce in una fase matura del dibattito sul ruolo sistemico dell'arbitrato rituale e offre lo spunto per una riflessione più profonda sull'identità giuridica del lodo. L'affermazione dell'equiparazione tra lodo e sentenza non deve essere letta solo sul piano degli effetti pratici — opponibilità al fallimento, esecutività, giudicato — ma come il compimento di una trasformazione concettuale: il lodo non è più espressione della sola autonomia privata, ma forma alternativa di esercizio della giurisdizione, dotata di riconoscimento pubblico.

In tale prospettiva, l'art. 824-*bis* c.p.c., che attribuisce al lodo gli effetti della sentenza «dalla data della sua ultima sottoscrizione», rappresenta una norma strutturale, non meramente operativa. Essa ha segnato la definitiva fuoriuscita del lodo dalla sfera negoziale, sancendo l'autosufficienza dell'attività arbitrale nella produzione di effetti autoritativi. Come è stato osservato, tale previsione va ben oltre la sola efficacia esecutiva: riconosce al lodo la capacità di formare un giudicato formale e sostanziale, assimilabile a quello della sentenza²⁸.

Questa capacità non si radica nella volontà delle parti, bensì in un potere riconosciuto agli arbitri dall'ordinamento. È proprio la legge processuale a conferire agli arbitri il potere di decidere con autorità, al pari di un giudice statale, sebbene con modalità e regole diversamente modellabili. Si è rilevato che l'arbitrato rituale si conclude con un provvedimento motivato, adottato da terzi imparziali, dotato di stabilità e idoneo a produrre effetti vincolanti²⁹.

In tal senso, esso può dirsi espressione di una giurisdizione “funzionale” e “privata”, ma - nondimeno - riconosciuta come parte del sistema giurisdizionale complessivo³⁰.

La piena riconducibilità del lodo alla giurisdizione trova conferma nell'ambito concorsuale. La Corte ha chiarito che, in presenza di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, il lodo è titolo idoneo all'insinuazione al passivo, in forza della sua capacità accertativa e attitudine al giudicato che lo contraddistingue; tuttavia, se ciò è stato senza dubbio acclarato nel corso della precedente narrativa, ora necessariamente bisogna guardare alle potenziali criticità.

²⁸ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., p. 307 ss.; E. MARINUCCI, *sub* art. 824-*bis* c.p.c., in *Commentario del Codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, cit., p. 644 ss.

²⁹ A.A. ROMANO, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., p. 215; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, appendice di V. Verde, VI ed., cit., p. 197.

³⁰ G. VERDE, *Arbitrato rituale e giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 973 ss.

Se da un lato questo approdo, oltre ad essere coerente con il dettato normativo, risponde a esigenze di efficienza e certezza del diritto: evitare duplicazioni processuali e contrasto di giudicati è interesse sia del creditore sia della procedura, dall'altro questa assimilazione non è priva di rischi.

Il punto critico, oggi, non è più la legittimità della parificazione lodo-sentenza, bensì la possibilità che essa porti a una "statalizzazione di ritorno" dell'arbitrato. In argomento, non è affatto remota l'eventualità che l'adozione acritica di logiche proprie della giurisdizione statale possa snaturare l'arbitrato, svuotandolo della sua specificità, che risiede nella flessibilità procedurale, nella snellezza e nella capacità di adeguarsi alle esigenze del caso concreto. Il rischio è che, cercando di rafforzare l'arbitrato attraverso la sua assimilazione al processo statale, si finisca per indebolirlo, trasformandolo in una sua mera variante meno trasparente e più costosa.

A ben vedere, la forza dell'arbitrato rituale sta proprio nella sua ambivalenza strutturale: pubblico quanto agli effetti, privato quanto alla fonte. La sua legittimazione è convenzionale, ma gli effetti sono pubblicistici. Questa tensione non è patologica, ma fisiologica e rappresenta una delle caratteristiche più moderne dell'istituto. È qui che si colloca la vera sfida per il futuro: non nell'affermare una volta di più che il lodo equivale alla sentenza, ma nel garantire che tale equivalenza non comporti una omologazione delle funzioni e dei procedimenti.

In sintesi, la sentenza n. 2840/2025 rafforza il ruolo dell'arbitrato rituale come forma autentica di giustizia privata, capace di produrre effetti pubblici senza perdere la propria autonomia. La giurisprudenza conferma che il lodo è titolo opponibile in ogni sede, inclusa quella concorsuale, e che l'arbitrato può assolvere una funzione decisiva nel sistema di tutela giurisdizionale. Tuttavia, questo riconoscimento impone una vigilanza costante: il lodo non deve diventare uno strumento statuale mascherato, né essere trattato alla stregua di una sentenza *tout court*.

Il cuore della problematica attuale consiste nel preservare l'identità dell'arbitrato rituale: rafforzarne l'efficacia, senza intaccarne l'autonomia. Garantire stabilità e vincolatività del lodo, senza sacrificare la flessibilità e la snellezza del procedimento.

È in questa duplice tensione — tra pubblicizzazione degli effetti e privatizzazione della fonte — che si gioca l'evoluzione futura dell'arbitrato rituale, chiamato a restare giustizia privata con effetti pubblici, e non giurisdizione parallela con regole statali.

Giuseppe Mancino
Dottorando



FEDERICA PINTO

Orientamenti della giurisprudenza di legittimità in merito alla domanda di sostituzione ex art. 511 c.p.c.

Lo scritto esamina criticamente le prese di posizione della giurisprudenza di legittimità in merito ai problemi relativi all'istituto della sostituzione esecutiva o subcollocazione.

The paper critically examines the jurisprudence of legitimacy on the problems relating to the "executive substitution".

Sommario: 1. Premessa. Delimitazione del tema dell'indagine; – 2. I presupposti per la proposizione della domanda; – 2.1. Il contesto normativo maturato a seguito delle riforme del 2005; – 2.2. (segue) le implicazioni in merito alla domanda di sostituzione; – 3. La natura della domanda di sostituzione; – 4. Gli effetti sostanziali...; – 5. (segue) ... e processuali; – 6. Le contestazioni.

1. Premessa. Delimitazione del tema dell'indagine.

Come è noto, nella fase distributiva gli eventuali creditori di un creditore avente diritto alla distribuzione possono chiedere di essere a lui sostituiti in virtù del disposto dell'art. 511 c.p.c. (c.d. sostituzione esecutiva o subcollocazione). Si tratta di un istituto rispetto al quale persistono diversi dubbi legati non solo alla natura della domanda, ma soprattutto alle implicazioni derivanti dalla sua proposizione; ancor oggi, infatti, non si è in grado di definire con chiarezza quali siano le condizioni per la sua ammissibilità, né vi è concordia in merito agli effetti ad essa riconducibili. Ciononostante, ben pochi – e piuttosto risaltanti – sono i contributi sul tema.

Le pronunce della giurisprudenza di legittimità rappresentano la cartina di tornasole delle ambiguità che caratterizzano l'istituto in esame. Scorrendo i repertori, si ha l'impressione che la S.C. si sia, in più occasioni, limitata a risolvere singole questioni, spesso ricorrendo a massime tratte riprese da precedenti risaltanti, senza mai procedere ad un inquadramento generale e sistematico dell'istituto; il che ha generato, come si dirà, non poche contraddizioni. Rispecchia pienamente tale atteggiamento una recente decisione, nella quale si afferma apoditticamente che il *creditor creditoris*, che propone la domanda di sostituzione, non è parte del processo esecutivo¹. Il fine ultimo, pare evidente, era quello di risolvere in senso negativo la questione relativa all'applicazione dell'art. 111 c.p.c. nell'ipotesi di cessione del credito da parte del subcollocatario. Tuttavia, nel fare ciò la Corte si avvale di un argomento – ossia quello della totale estraneità del creditore istante al processo esecutivo – che, nonostante il variegato

¹ Cass., 20 dicembre 2023, n. 35657.

panorama di opinioni avanzate in dottrina, nessun autore (e nemmeno la giurisprudenza di legittimità, a quanto consta), ha mai sostenuto.

Tali considerazioni giustificano il rinnovato interesse per il tema e la necessità di compiere un'indagine che non ha, prendendo in prestito le parole di Ricci, la pretesa di individuare la disciplina migliore², ma solo quella di esaminare le soluzioni che, nel tempo, sono state elaborate da dottrina e giurisprudenza in risposta ai problemi legati all'istituto in esame. Pertanto, nel prosieguo, ci si concentrerà sull'individuazione dei presupposti per la proposizione della domanda e sulle conseguenze da essa derivanti. Queste ultime sono declinabili su tre diversi piani, si avrà infatti riguardo agli effetti della domanda (in termini di indisponibilità del credito), ai poteri del sostituto e alle contestazioni successive alla proposizione della stessa.

Tuttavia, prima di procedere a una disamina di tali profili, è bene svolgere due premesse.

1) I diversi contributi in merito alla domanda di sostituzione muovono dalla nota contrapposizione fra le due teorie: quella consolidatasi sotto la vigenza del codice del 1865, e riproposta anche successivamente³, secondo cui la domanda in esame assolve una funzione complessa, al contempo satisfattiva e conservativa⁴; e quella, sicuramente prevalente, che le riconosce una funzione esclusivamente satisfattiva⁵.

Nonostante il dibattito dottrinale abbia profondamente influenzato le prime pronunce sul tema⁶, si ritiene che dallo stesso si possa oramai prescindere, potendosi dire ampiamente superata la posizione che attribuiva alla domanda di sostituzione una funzione complessa. Inoltre, come si dirà in seguito, allo stato attuale sembra altresì inutile accorpare le teorie c.d. satisfattive in un'unica categoria; dato che, nonostante esse muovano da una comune premessa, le implicazioni che se ne ricavano sono radicalmente contrapposte⁷.

² E.F. RICCI, *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1087.

³ L'art. 715 c.p.c. del codice del 1865 prevedeva due ipotesi distinte: il creditore del creditore poteva agire per «far valere e conservare le ragioni del suo debitore», ovvero per «essere collocato sulla somma» spettante al suo debitore in sede di distribuzione del ricavato. Nel passaggio dal vecchio al nuovo codice la norma esce depurata di qualsiasi riferimento alla funzione conservativa dell'istituto, dal momento che l'art. 511 c.p.c. si limita a stabilire che «i creditori di un creditore avente diritto alla distribuzione possono chiedere di essere a lui sostituiti, proponendo domanda a norma dell'articolo 499 secondo comma». Per un'analisi approfondita dell'evoluzione storica della norma, nonché per un confronto con l'omologo istituto francese, v. N. PICARDI, *La domanda di sostituzione nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 574 ss.

⁴ S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1965, p. 120 s. per il quale l'art. 511 c.p.c. è frutto di una modifica solo formale del previgente art. 715 c.p.c.

⁵ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957, p. 122.

⁶ Dall'esame delle prime pronunce sul tema si vede come la S.C. abbia, in un primo momento, scelto di aderire alla tesi che riconosce alla domanda *de qua* una finalità oltre che satisfattiva, anche surrogatoria (eventuale e secondaria); e in ragione di ciò abbia attribuito al subcollocatario i medesimi poteri che sorgono in capo al sostituto, compreso quello di provocare i singoli atti dell'espropriazione forzata. Sul punto, v. *infra* § 3.2.

⁷ Un tentativo di ricostruire unitariamente le diverse implicazioni derivanti dall'adesione all'idea secondo cui l'istituto in esame assolve una funzione meramente satisfattiva è stato compiuto da M. ACONE, *La domanda di sostituzione del creditore*,

2) Benché l'art. 511 c.p.c. sia rimasto immutato nonostante il susseguirsi di riforme che hanno interessato il libro III del codice di rito, è pur vero che esse hanno avuto un notevole impatto sul tema di indagine, giacché la disposizione in esame interagisce con altre (ci si riferisce in particolare agli artt. 499 e 512 c.p.c.) che hanno subito invece profonde innovazioni⁸. Tale dato, che in prima battuta sarebbe scontato, merita di essere approfondito dal momento che la giurisprudenza non sembra aver risentito in alcun modo del cambiamento, rimanendo anzi costante nelle sue affermazioni. Il che spiega alcune delle contraddizioni che caratterizzano le decisioni del Giudice di legittimità e che verranno messe in evidenza nel prosieguo.

2. I presupposti per la proposizione della domanda

Fatte queste generali premesse, è possibile passare all'esame delle condizioni di proponibilità della domanda di sostituzione: per procedere in tal senso, non si può che prendere le mosse dal dato normativo.

L'art. 511 c.p.c., al comma 1°, nel prevedere che «i creditori di un creditore avente diritto alla distribuzione possono chiedere di essere a lui sostituiti, proponendo domanda a norma dell'articolo 499, secondo comma», presuppone la sussistenza di due requisiti: uno, di carattere sostanziale, che attiene al rapporto creditorio fra l'istante e colui al quale questi chiede di sostituirsi; e l'altro, che assume rilievo sul piano strettamente processuale, che riguarda lo *status* di avente diritto alla distribuzione del quale il sostituito deve essere titolare. Per quanto concerne quest'ultimo presupposto, ci si deve riferire, anzitutto, all'art. 500 c.p.c. ai sensi del quale il diritto a partecipare alla distribuzione spetta a coloro che sono intervenuti nel processo esecutivo. Se ne desume che, affinché la domanda possa essere proposta, non è sufficiente che il processo esecutivo sia in svolgimento, ma è altresì necessario che il sostituito abbia dato impulso allo stesso o sia intervenuto⁹. Ciò determina il superamento dell'idea – radicata nel solco delle teorie che ravvisavano nell'istituto in discorso una peculiare forma di azione surrogatoria riadattata al processo esecutivo – che il *creditor creditoris* possa proporre

in *Riv. dir. proc.*, 1981, p. 235 ss. il quale, muovendo dalla contrapposizione fra le tesi che riconoscono all'azione *de qua* una funzione meramente satisfattiva e quelle che le attribuiscono anche una finalità conservativa, analizza le conseguenze derivanti dall'una e dall'altra, senza operare distinzioni fra le diverse tesi che si muovono nel solco del primo orientamento. Tuttavia, nell'arco temporale successivo allo scritto dell'a., si sono sviluppate ulteriori teorie che pur riconoscendo all'istituto natura satisfattiva, ne traggono diverse implicazioni.

⁸ Ci si riferisce, in particolare, alle riforme introdotte con L. 14 maggio 2005, n. 80 e L. 28 dicembre 2005, n. 263.

⁹ B. CAPPONI, *Distribuzione della somma ricavata*, in Aa. Vv., *L'espropriazione forzata*, Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile, Torino, 1988, p. 226.

la domanda a prescindere dal fatto che il sostituito sia o meno intervenuto nel processo esecutivo da altri intentato¹⁰.

Se tale assunto può dirsi ad oggi pacifico, più problematica è invece l'individuazione delle modalità tramite cui il creditore-debitore assume lo *status* di avente diritto alla distribuzione. Mentre nell'idea dei *conditores* del codice del 1940 tale stato veniva acquisito dal creditore per effetto del mero intervento nel processo esecutivo (tant'è vero che il diritto al concorso maturava, di regola, successivamente al deposito del ricorso, senza che fosse necessario un accertamento del credito)¹¹, a seguito delle riforme del 2005 ci si deve domandare se, ai fini della sua acquisizione, e quindi anche della proposizione della domanda ex art. 511 c.p.c., è necessario che il creditore (al quale il subcollocatario chiede di sostituirsi) sia munito di titolo esecutivo o, quanto meno, di quel surrogato d'accertamento rappresentato dal riconoscimento endoesecutivo del credito da parte del debitore.

Altresì complessa è la verifica in merito all'esistenza del rapporto creditorio. Con riguardo a tale condizione, sorge spontaneo il dubbio se sia sufficiente – ai fini della proposizione e dell'accoglimento della domanda – la mera affermazione dell'esistenza del credito, da accertarsi successivamente e solo in caso di contestazioni (art. 511, comma 2°, c.p.c.), o se il creditore debba, già al momento del deposito dell'istanza, fornire una prova documentale del credito o, ancora, se lo stesso debba essere munito di un titolo esecutivo.

Se con riguardo al requisito in precedenza definito come processuale non vi è una posizione univoca, dal momento che – come si dirà – non è chiaro se, ai fini della domanda, è necessario il possesso del titolo da parte del sostituito; in merito a quello di carattere sostanziale, l'orientamento consolidato della giurisprudenza, condiviso dalla dottrina prevalente, è nel senso di negare, quale condizione per la proposizione della domanda, che il subcreditore, che agisce in sostituzione, debba essere munito di titolo esecutivo ovvero che debbano sussistere le condizioni richieste dall'art. 499 c.p.c. per l'intervento¹². Secondo la Corte, infatti, «presupposto per la presentazione della domanda di sostituzione esecutiva è l'affermazione

¹⁰ S. SATTÀ, *Commentario*, III, cit., p. 209. In un analogo ordine di idee, pur senza un esplicito richiamo all'azione surrogatoria, v. E. GARBAGNATI, voce *Concorso dei creditori*, in *Enc. dir.*, 1961, VIII, p. 537, per il quale il subcollocatario può «intervenire» nel processo esecutivo anche in caso di inerzia del debitore diretto.

¹¹ In senso contrario, B. CAPPONI, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 1990, p. 84 ss. Sul punto v. *amplius* nota 22.

¹² In tal senso già, ad esempio, Cass., 13 marzo 1987, n. 2608, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 1739. Di recente tale posizione è stata ribadita da Cass., 20 aprile 2015, n. 8001. Sulla base di tale consolidata opinione la dottrina prevalente non solo nega che l'istituto in esame possa avere natura esecutiva, ma critica anche la tesi che qualifica la domanda in esame come un pignoramento presso terzi. Sul punto, v. l'ampia disamina di N. PICARDI, *op. cit.*, p. 586. Per le stesse ragioni viene respinta anche la tesi di A. BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962, p. 276 s., il quale ritiene che l'azione in questione sia volta ad attuare il trasferimento della somma di denaro dal sostituito al subcollocatario e, di conseguenza, la qualifica come un'espropriazione del potere meramente processuale del sostituito di soddisfarsi sul ricavato. Anche tale inquadramento, tuttavia, presuppone che il creditore debba essere munito di titolo esecutivo, ai fini della proposizione della domanda.

di un diritto di credito nei confronti del creditore presente nel processo esecutivo (come pignorante o come intervenuto), a prescindere dal fatto che il credito del *creditor creditoris* sia o meno fondato su un titolo esecutivo»¹³.

Volendo indagare sulle ragioni poste a sostegno di tale assunto, mai chiarite, a quanto consta, dalla giurisprudenza di legittimità, è necessario ricordare che tale idea si è sviluppata nel contesto normativo antecedente alle riforme del 2005, nel quale – come è noto – la legge riconosceva ai creditori non titolati (il cui credito avesse ad oggetto somme di denaro) la possibilità di intervenire nel processo esecutivo da altri intentato.

L'intervento di questi ultimi era soggetto però al rispetto di alcune condizioni: in particolare, con riguardo all'espropriazione mobiliare, l'art. 525 c.p.c. prevedeva che il credito dovesse essere certo, liquido ed esigibile; mentre, per quella immobiliare, l'art. 563 c.p.c. ammetteva l'intervento di tutti coloro che vantassero un credito nei confronti del debitore, anche se sottoposto a termine o a condizione.

Ciò premesso, risultano agevolmente comprensibili le ragioni per le quali parte della dottrina, assimilando – almeno a determinati fini – la domanda di subcollocazione all'intervento, riteneva che, per poterla proporre, non fosse necessario il titolo ma il rispetto delle condizioni di cui all'art. 525 e 563 c.p.c.¹⁴.

L'equiparazione fra la domanda e l'intervento, ai fini dell'individuazione dei requisiti, si giustificava, per certi versi, per il richiamo contenuto nell'art. 511 c.p.c. al 499, comma 2° c.p.c., che secondo alcuni era da intendersi come un richiamo integrale e non meramente formale¹⁵; per altri versi, per ragioni di opportunità: si diceva, infatti, che non sarebbe stato logico subordinare la domanda di subcollocazione a condizioni più favorevoli rispetto a quelle previste per l'intervento.

La giurisprudenza, dal canto suo, non ha mai aderito all'opinione appena riportata, come si evince dall'esame delle pronunce nelle quali si afferma che il rinvio all'art. 499 c.p.c. è da intendersi come limitato all'individuazione dei «modi» e alle «forme» per la proposizione della domanda, e quindi non anche ai requisiti previsti dal 1° comma della norma citata. La ragione sta nel fatto che, ad avviso della S.C., il subcollocatario non fa valere le proprie pretese nei

¹³ Cass., 20 aprile 2015, n. 8001, cit.

¹⁴ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, cit., p. 122; M. ACONE, *La domanda di sostituzione del creditore*, cit., p. 260; V. DENTI, voce *Distribuzione della somma ricavata*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 331. In senso contrario, N. PICARDI, *La domanda di sostituzione nel processo esecutivo*, cit., p. 602, il quale con riguardo all'ipotesi in cui il creditore che propone la domanda sia titolare di un credito soggetto a condizione afferma che, a norma dell'art. 1356 c.c., tale soggetto non potrà presentare l'istanza dal momento che essa non persegue finalità conservative. Sicché in tali casi l'unica tutela della quale si può avvalere è quella offerta dallo stesso 1356 c.c. che gli consentirebbe di chiedere un sequestro conservativo delle somme dovute al suo debitore.

¹⁵ M. ACONE, *La domanda di sostituzione del creditore*, cit., p. 260.

confronti del debitore esecutato, e dunque non può configurarsi alla stregua di un interventore¹⁶.

Inoltre, se la Corte avesse voluto giustificare l'orientamento contrario alla necessità del titolo esecutivo in capo al subcollocatario ricorrendo all'equiparazione fra la domanda di sostituzione e l'intervento, avrebbe allora dovuto, come acutamente suggerito da parte della dottrina¹⁷, mutare opinione a seguito delle riforme del 2005.

Poiché, quindi, non è possibile riferirsi all'intervento per giustificare la soluzione avallata dalla giurisprudenza, bisogna interrogarsi sulle ragioni che ancor oggi la spingono a negare la necessità del titolo esecutivo, ai fini della proponibilità della domanda di sostituzione.

La motivazione probabilmente risiede, come è stato correttamente osservato e come si ricava implicitamente da alcune pronunce, nel fatto che la domanda di sostituzione si colloca temporalmente in una fase (quella della distribuzione del ricavato) nella quale l'esistenza del titolo esecutivo perde rilevanza¹⁸.

Tale assunto riprende la tesi, radicata a seguito dell'emanazione del codice del 1940, della contrapposizione, nell'ambito dell'esecuzione forzata per obbligazioni pecuniarie, tra un'azione espropriativa e una satisfattiva¹⁹. Mentre la prima presupporrebbe la sussistenza del titolo esecutivo; nell'ambito della seconda assumerebbe rilievo l'esistenza del credito, tant'è

¹⁶ Cass., 13 marzo 1987, n. 2608, cit.; Cass., 20 settembre 2012, n. 15932. Nel medesimo ordine di idee, v. B. CAPPONI, *Distribuzione della somma ricavata*, cit., p. 226.

¹⁷ A. BRIGUGLIO, *La necessità del titolo esecutivo per la domanda di sostituzione del creditor creditoris ex art. 511 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 885.

¹⁸ L'osservazione è stata recentemente ribadita da V. BARONCINI, *La cognizione sul credito vantato dal creditor creditoris nella sostituzione esecutiva ex art. 511 c.p.c.*, in *Judicium online*, 18 gennaio 2021, § 2, secondo la quale tale dato trova ancor oggi conferma nell'art. 629, comma 2°, c.p.c., che, per la fase successiva alla vendita, condiziona l'estinzione del processo esecutivo alla rinuncia agli atti da parte di tutti i creditori concorrenti (e non solo di quelli muniti di titolo esecutivo).

¹⁹ La distinzione fu elaborata, sotto la vigenza del codice del 1865, da V. ANDRIOLI, *Il concorso dei creditori nella esecuzione singolare*, Roma, 1937, p. 21 ss., per il quale l'azione esecutiva sarebbe da considerarsi frazionata in due momenti distinti (se non addirittura

limitata al primo di questi momenti): azione espropriativa e azione satisfattiva, che costituirebbero due autonome fasi del processo esecutivo, cui corrispondono distinti poteri. Nella prospettiva di A., mentre l'azione espropriativa si sostanzia in un potere processuale volto alla meta dell'espropriazione; l'azione satisfattiva, al contrario, implica un potere che non presuppone, per il suo esercizio, il possesso del titolo, ma che si riallaccia direttamente ai rapporti di diritto sostanziale esistenti fra le parti. Egli non nega inoltre che sussiste un nesso fra le due fasi, ma ritiene che esso non può, tuttavia, esprimersi in termini di necessaria condizionalità, dal momento che l'espropriazione non è condizione necessaria e sufficiente per la soddisfazione (V. ANDRIOLI, *op. cit.*, p. 12). In senso parzialmente diverso, E. GARBAGNATI, *Il concorso dei creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, 1938, p. 184 ss., il quale, pur riconoscendo una connessione fra l'azione espropriativa e quella satisfattiva, ne rimarca le differenze, ritenendo che quest'ultima sorga *ex lege* in capo a ciascun creditore in seguito alla vendita del bene pignorato. Dopo l'emanazione del codice del 1940, tale distinzione è stata mantenuta da alcuni autori. Sul punto, v. S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, III, Torino, 1952, p. 101, per il quale solo l'espropriazione forzata si sostanzia in un'esecuzione vera e propria, mentre la soddisfazione – che segue l'espropriazione – costituirebbe esercizio di un diritto sostanziale. In chiave critica rispetto alla ricostruzione che muove dalla contrapposizione fra le due azioni, v. C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva: contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano, 1955, p. 541 ss.; N. PICARDI, *op. cit.*, p. 594 s.

che il diritto a partecipare alla distribuzione del ricavato – inteso quale diritto ad essere soddisfatti mediante il pagamento della somma ricavata – era riconosciuto a tutti i creditori, compresi quelli sprovvisti di titolo²⁰.

2.1. Il contesto normativo maturato a seguito delle riforme del 2005

La tenuta di tale ricostruzione (e quindi anche della soluzione elaborata in merito ai presupposti per la domanda di sostituzione che da essa discende) deve però essere rapportata al mutato quadro normativo delineatosi a seguito delle riforme più volte citate, in forza delle quali oggi il titolo è divenuto il perno che guida l'azione esecutiva in tutte le sue fasi²¹.

Dal momento che l'interpretazione sistematica dinanzi riferita trovava un addentellato normativo esplicito negli artt. 500 e 629 c.p.c., ci si deve interrogare sull'impatto che le modifiche apportate agli artt. 499 e 510 c.p.c. abbiano prodotto sulla lettura complessiva delle scansioni del processo esecutivo. Solo rispondendo a tale interrogativo si potrà comprendere se la distinzione fra le due fasi è ancora attuale o se essa debba dirsi ormai superata.

Per fare ciò è necessario, anzitutto, tracciare sia pur sommariamente e con alcune semplificazioni, il quadro sistematico delineatosi successivamente alle ultime riforme legislative.

Muovendo dall'art. 499 c.p.c., è bene dire che il legislatore, per ovviare ai problemi sorti in merito all'intervento dei creditori sprovvisti di titolo esecutivo²², non solo ha limitato in linea

²⁰ Ciò spiega le iniziali resistenze di parte della dottrina ad attribuire all'azione proposta da tali creditori natura esecutiva. A tale risultato si è infatti pervenuti all'esito di un nutrito dibattito dottrinale, i cui termini sono efficacemente riportati da V. DENTI, voce *Distribuzione della somma ricavata*, cit., p. 322 s. In senso contrario alla ricostruzione in chiave esecutiva dell'azione spettante ai creditori intervenuti, L. MONTESANO, *La cognizione sul concorso dei creditori nell'esecuzione ordinaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 561 ss.

²¹ Emblematiche a tal proposito sono le parole di A. TEDOLDI, *L'oggetto della domanda di intervento e delle controversie sul riparto nella nuova disciplina dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1303, il quale afferma che il titolo esecutivo «fonda l'azione esecutiva in tutte le sue fasi, espropriativa e satisfattiva a un tempo, serbandola "pura" da contaminazioni cognitive per tutta la sua esistenza e durata, inclusa la fase distributiva che definitivamente attua l'espropriazione del debitore» (cors. nostro). Già prima delle riforme del 2005, N. PICARDI, *op. cit.*, p. 594 s., allo scopo di negare la contrapposizione fra le due azioni, espropriativa, da un lato, satisfattiva, dell'altro, l'una fondata sul titolo, l'altra sull'esistenza del credito, afferma: «il titolo non esaurisce la sua funzione negli atti espropriativi *stricto sensu*, ma è diretto ad esigere la consegna del ricavato, anch'esso atto espropriativo poiché la somma appartiene sempre al debitore. [...] L'esistenza del diritto, cristallizzata nel titolo, costituisce il presupposto, non soltanto della domanda di soddisfazione, ma di tutto l'arco procedurale, dal pignoramento in poi».

²² L'intento originario dei *conditores* del codice di rito era, come si evince dalla Relazione al Re, quello di attribuire all'esecuzione forzata una natura attuativa e operativa, piuttosto che giurisdizionale. Doveva, quindi, trattarsi di un procedimento volto esclusivamente a dare attuazione alla pretesa inserita nel titolo, libero quindi dalle sovrastrutture proprie del procedimento contenzioso (A. TEDOLDI, *op. cit.*, p. 1304). A tale fine, si cercò quindi di limitare nell'ambito di tale procedura l'esercizio da parte del giudice dell'esecuzione di poteri di accertamento, ponendo quale contraltare di tale limitazione le parentesi cognitive al di fuori del processo esecutivo (ci si riferisce non solo alle opposizioni ex artt. 615, 617 e 619 c.p.c. ma anche alle controversie distributive ex art. 512 c.p.c.).

Ben presto, tuttavia, iniziarono a nutrirsi alcune perplessità in merito alla tenuta di un sistema così concepito; i dubbi maturarono e si svilupparono soprattutto nell'ambito del dibattito che ha avuto ad oggetto l'art. 499 c.p.c. il quale, come si

di principio l'intervento ai soli creditori che ne sono muniti²³ ma, per quelli che ne sono sprovvisti (i.e. gli appartenenti alle categorie elencate nel 1° comma dell'art. 499 c.p.c.), ha previsto l'apertura di un procedimento incidentale esecutivo²⁴.

Cosicché il giudice dell'esecuzione, con l'ordinanza con la quale è disposta la vendita, è tenuto a fissare un'apposita udienza nella quale il debitore è chiamato a riconoscere o a disconoscere i crediti degli intervenuti non muniti di titolo esecutivo.

Mentre non sorgono particolari problemi in merito all'individuazione dell'oggetto della dichiarazione che, come si desume agevolmente dalla *littera legis*, è l'esistenza o meno del credito, del quale il creditore afferma di essere titolare, più controversi sono invece gli effetti che si producono nel caso in cui il debitore abbia provveduto a riconoscere il credito ovvero (il che è lo stesso) non sia comparso all'udienza. Il dato comune alle diverse ricostruzioni, seppur con alcune ma sporadiche eccezioni, è che, valendo il riconoscimento «ai soli effetti

è già ricordato, nella sua originaria formulazione ammetteva l'intervento anche dei creditori non titolati, a determinate condizioni indicate agli artt. 525 e 563 c.p.c., rispettivamente per l'espropriazione mobiliare e immobiliare. A differenza della disciplina oggi in vigore, l'originario testo dell'art. 499 cit. non prevedeva, una volta proposta l'istanza di intervento da parte di un creditore sprovvisto di titolo, l'apertura di un subprocedimento funzionale all'accertamento dei presupposti; cosicché eventuali contestazioni circa l'esistenza del credito erano demandate alla fase successiva della distribuzione, nella quale si apriva per effetto delle stesse un vero e proprio procedimento a cognizione piena. Ben presto, tuttavia, si osservò che rinviare le contestazioni relative ai crediti vantati dai creditori intervenuti sprovvisti di titolo alla fase della distribuzione del ricavato avrebbe potuto determinare un serio pregiudizio alle ragioni del debitore; di talché si giunse a ritenere che – già nella fase espropriativa – il g.e. avrebbe dovuto compiere un controllo in ordine alla sussistenza delle condizioni affinché l'intervento potesse essere spiegato (sul punto, v. le osservazioni di R. ORIANI, *Opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, p. 51 ss. e 190 ss.). Si trattava, secondo alcuni, di un controllo limitato a verificare la regolarità e la validità processuale dell'intervento, tant'è vero che si discorreva di un accertamento endoesecutivo limitato alla verifica della legittimazione all'intervento (R. ORIANI, *op. cit.*, p. 51 ss.); mentre, per altri, di un controllo avente ad oggetto il merito sostanziale e, quindi, la sussistenza del credito, seppure per il tramite di una cognizione sommaria (B. CAPPONI, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, cit., p. 84 ss.).

Contro il provvedimento reso dal g.e., dottrina e giurisprudenza maggioritarie ritenevano esperibile il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. Tuttavia, non vi era invece concordia di opinioni in merito all'oggetto di tale giudizio, dal momento che chi riteneva che il controllo del g.e. fosse limitato all'accertamento della legittimazione all'intervento, ne circoscriveva conseguentemente l'ambito oggettivo ((R. ORIANI, *op. loc. cit.*); mentre altri lo estendevano al merito, riconoscendo così al provvedimento conclusivo di tale giudizio l'idoneità al giudicato sostanziale e finendo col determinare una sovrapposizione con il rimedio di cui all'art. 512 c.p.c. (B. CAPPONI, *La verifica dei crediti*, cit., p. 136 ss.).

²³ Tale soluzione era stata già proposta, in occasione del convegno nazionale dell'Associazione italiana studiosi del processo civile tenutosi a Torino il 4 e 5 ottobre 1991, da R. ORIANI, *La determinazione dei crediti*, in *L'effettività della tutela del creditore nell'espropriazione forzata*, Atti del XVIII convegno nazionale, Milano, 1992, p. 133 ss., anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 172 ss.

²⁴ R. ORIANI, *L'intervento dei creditori nell'esecuzione forzata*, in Aa.Vv., *Studi in onore di M. Acone*, II, Napoli, 2010, p. 1424. *Contra* B. CAPPONI, *L'intervento dei creditori dopo le tre riforme della XIV Legislatura (dalla competitività alla Kessler, passando per gli interventi correttivi: leggi 14-5-2005, n. 80; 28-12-2005, n. 263; 24-2-2006, n. 52)*, in *Riv. esec. forz.*, 2006, p. 26, per il quale si tratterebbe, invece, di un procedimento di cognizione, sia pure sommaria e vincolata nelle forme.

dell'esecuzione», giammai la dichiarazione potrà assumere la valenza di una ricognizione del debito spendibile al di fuori del processo espropriativo²⁵.

In merito agli altri profili, invece, la dottrina risulta allo stato divisa. Secondo alcuni, per effetto della dichiarazione, il creditore acquisterebbe semplicemente il diritto a prendere parte alla distribuzione del ricavato²⁶. In questa prospettiva la dichiarazione positiva serve esclusivamente a stabilire se il credito vantato dal creditore non titolato possa o meno essere soddisfatto, senza che si debba attendere la formazione del titolo esecutivo e, quindi, a prescindere dall'esistenza di quest'ultimo²⁷.

Secondo altri, invece, al riconoscimento seguirebbe la formazione di un titolo esecutivo endoprocessuale, che legittimerebbe altresì il creditore a compiere atti di impulso anche nella fase espropriativa²⁸.

La contrapposizione fra le due tesi assume rilevanza centrale ai fini del discorso che si conduce, dal momento che, come si dirà a breve, l'adesione all'una o all'altra ha un notevole impatto sull'interpretazione degli artt. 500 e 629 c.p.c.

Qualora poi si sia avuto il disconoscimento, dall'art. 499, comma 6°, c.p.c. si ricava che, in tali casi, il creditore acquista il diritto all'accantonamento delle somme per il tempo ritenuto necessario per munirsi di titolo esecutivo, a condizione che abbia però instaurato, entro trenta giorni dall'udienza nella quale è stata resa la dichiarazione, il giudizio volto a procurarselo²⁹.

²⁵ A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano 2019, p. 656. V. peraltro, A. A. ROMANO, *Espropriazione forzata e contestazione del credito*, I, Napoli, 2008, p. 266, per il quale il verbale d'udienza nel quale è riportata la dichiarazione assumerebbe valenza di prova legale a norma dell'art. 2733, comma 2°, c.c.

²⁶ A. TEDOLDI, *op. cit.*, p. 1312; A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Milano, 2019, p. 656.

²⁷ Alcuni qualificano il riconoscimento come un *quid minus* rispetto al titolo, dal momento che il primo – a differenza del secondo – produce il solo effetto endoesecutivo di attribuire al creditore *sine titulo* la legittimazione a partecipare al concorso. In questo senso, v. A. CARRATTA, *Le controversie in sede distributiva fra «diritto al concorso» e «sostanza» delle ragioni creditorie*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 572.

²⁸ In questo ordine di idee, M. BOVE, in *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di G. Balena, M. Bove, Bari, 2006, p. 185; A. A. ROMANO, *Espropriazione forzata e contestazione del credito*, cit., p. 767; R. ORIANI, *L'intervento dei creditori*, cit., p. 1425; E. MERLIN, *Le controversie distributive*, in Aa. Vv., *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, p. 138; M. ACONE, *L'intervento dei creditori*, in Aa. Vv., *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, p. 74, il quale afferma che il riconoscimento comporta la creazione di un *quid equipollente* al titolo esecutivo e agli effetti che ad esso sono ricollegati.

Tra gli autori che equiparano il riconoscimento da parte del debitore al titolo esecutivo, alcuni – coerentemente con la premessa dalla quale muovono – ritengono che il creditore, il cui credito sia stato riconosciuto, non solo può compiere atti di impulso ma può anche rinunciare agli atti ex art. 629, comma 1°, c.p.c. In questo ordine di idee, *ex plurimis* R. ORIANI, *L'intervento dei creditori*, cit., p. 1425. Altri, invece, pur ammettendo l'equiparazione finiscono per limitarne gli effetti ai soli fini dell'attribuzione del diritto al concorso, escludendo quindi la titolarità in capo ai creditori, il cui credito è stato riconosciuto, di poteri di impulso. In questo senso, M. ACONE, *L'intervento dei creditori*, cit., p. 81.

²⁹ Prevale l'opinione secondo cui, ai fini dell'acquisizione di tale diritto, il creditore, oltre a dover instaurare un giudizio a cognizione piena, deve altresì, proporre apposita istanza. Sul punto, R. ORIANI, *L'intervento dei creditori*, cit., p. 1427. In senso contrario, E. OCCHIPINTI, *Le contestazioni in sede di riparto e la distribuzione del ricavato*, in *Il nuovo processo di esecuzione*, a cura di C. Cecchella, Milano, 2006, p. 89.

Non è facile ricostruire gli effetti della dichiarazione negativa del debitore; diversi sono, infatti, gli orientamenti formati in merito al contenuto della domanda di intervento e alla posizione processuale assunta dai creditori in caso di disconoscimento.

Alcuni autori, valorizzando l'art. 510 c.p.c., ritengono che per il tramite della domanda il creditore, il cui credito sia stato disconosciuto, non acquisterebbe il diritto a partecipare alla distribuzione del ricavato (che sarebbe condizionato all'esistenza del titolo o del riconoscimento) ma diverrebbe titolare esclusivamente del diritto all'accantonamento delle somme³⁰. Con ciò affermano che, poiché l'accantonamento assolve a una funzione meramente conservativa, l'azione proposta dal creditore, il cui credito è stato disconosciuto, dovrebbe essere qualificata alla stregua di un'azione conservativa o cautelare³¹.

In questa prospettiva sarebbe quindi possibile distinguere nell'ambito del processo esecutivo due tipi di azioni: una, propriamente esecutiva, fondata sul titolo e preordinata alla soddisfazione; e l'altra conservativa, di natura per così dire cautelare, finalizzata ad ottenere l'accantonamento delle somme e riservata a quei creditori il cui credito è stato disconosciuto dal debitore³².

Altri, muovendosi sulla medesima linea interpretativa, qualificano l'azione promossa dai creditori il cui credito sia stato disconosciuto come un'azione di cognizione sommaria e specializzata, in contrapposizione con quella esecutiva che spetterebbe ai soli creditori titolati³³.

Escludere che l'azione proposta dal creditore disconosciuto assuma natura esecutiva implica però che, in caso di dichiarazione negativa, egli perda non solo il diritto a partecipare alla distribuzione, ma anche la qualifica di «parte» del processo esecutivo³⁴. Per escludere siffatta conseguenza, altri aa. tendono in netta contrapposizione con le tesi appena esposte, ad attribuire all'azione *de qua* natura esecutiva, muovendo dal presupposto che la domanda proposta dai creditori non è diretta all'accertamento del credito, bensì ad ottenere la

³⁰ M. ACONE, *L'intervento dei creditori*, cit., p. 70 e 74 s., il quale ritiene che l'azione satisfattiva promossa dal creditore non titolata «è condizionata, quanto al suo accoglimento: a) al conseguimento nello stesso processo esecutivo, di quel *quid* (che la legge considera) equipollente al titolo esecutivo, rappresentato dal riconoscimento [...] o, in mancanza, b) all'ottenimento, in un separato processo di cognizione, di un provvedimento di condanna esecutivo». In un analogo ordine di idee, G. VERDE, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2023, p. 88, per il quale «la mera domanda di intervento [...] è sufficiente perché il giudice disponga l'accantonamento della somma necessaria per soddisfarlo».

³¹ A. TEDOLDI, *op. cit.*, p. 1312; M. ACONE, *L'intervento dei creditori*, cit., p. 75.

³² M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., p. 185, il quale – con riguardo ai creditori il cui credito è stato disconosciuto – afferma che il loro intervento «può finire per rappresentare, *in itinere*, l'esercizio di una vera e propria azione esecutiva, ove si formi quel particolare titolo esecutivo endoprocessuale fondato sul riconoscimento ovvero sulla mancata comparizione del debitore. Ma se ciò non accade, allora l'azione dei creditori non titolati, lungi dal rappresentare l'esercizio di una vera e propria azione esecutiva, che richiederebbe il possesso di un titolo esecutivo, ha essenzialmente una finalità conservativa, se si vuole cautelare, in attesa che essi possano munirsi di un titolo esecutivo».

³³ B. CAPPONI, *L'intervento dei creditori*, cit., p. 22.

³⁴ In quest'ordine di idee, v. A. A. ROMANO, voce *Intervento dei creditori*, in *Dig. disc. priv.*, Agg., III, Torino, 2007, § 7, nota 158.

soddisfazione, attraverso la partecipazione alla distribuzione del ricavato; il concorso alla distribuzione sarebbe allora da intendersi come subordinato al realizzarsi di una fattispecie a formazione successiva, tra i cui elementi si pone la circostanza che il creditore si sia munito *medio tempore* di un titolo esecutivo³⁵.

Anche in questo caso accogliere l'una o l'altra tesi ha delle importanti ricadute non solo sull'interpretazione degli artt. 500 e 629 c.p.c., ma anche sul tema qui indagato, dal momento che, come si dirà, il subcollocatario subentra nella medesima azione, nonché posizione processuale spettante al suo creditore (sul punto v. *infra* § 2.2.).

Ebbene, per rispondere al quesito posto in apertura, con riguardo alla possibilità di tenere ferma la distinzione fra le due azioni, espropriativa da un lato, e satisfattiva dall'altro lato, e con essa l'idea che il possesso del titolo rilevi solo nella prima e non anche per la seconda, bisogna verificare quale effetto che le modifiche ora illustrate hanno avuto sull'art. 500 c.p.c., anch'esso riformato nel 2005, e sull'art. 629, comma 2°, c.p.c.

In sostanza, si tratta di chiarire, da un lato, se il riferimento contenuto nell'art. 629, comma 2°, c.p.c., a «tutti creditori concorrenti», possa essere esteso a quelli il cui credito è stato disconosciuto dal debitore; dall'altro lato se, dalla generica formulazione dell'art. 500 c.p.c., che apparentemente non opera distinzioni di sorta, si possa desumere un'equiparazione fra creditori muniti e non muniti di titolo ai fini dell'acquisizione dello *status* di avente diritto alla distribuzione.

Per poter dipanare questi dubbi occorre prendere le mosse dall'art. 500 c.p.c., il quale, nel regolare gli effetti dell'intervento, riconosce ai creditori intervenuti, oltre al diritto a partecipare alla distribuzione della somma ricavata, non più la mera «possibilità» di prendere parte all'espropriazione del bene pignorato e di provocarne i singoli atti (secondo la lettera del testo ante vigente le modifiche apportate dalle L. 14 maggio 2005, n. 80), ma, più incisivamente, il diritto a partecipare sia alla distribuzione, sia all'espropriazione del bene con l'annesso potere di provocare i singoli atti espropriativi.

Dalle disposizioni di dettaglio (artt. 526 e 564, che regolano gli effetti dell'intervento per ciascuna forma di espropriazione) alle quali, peraltro, l'art. 500 c.p.c. implicitamente rinvia, si

³⁵ R. ORIANI, *op. ult. cit.*, p. 1428. Riconosce natura esecutiva all'azione esperita dai creditori *sine titulo* anche A. CARRATTA, *Le controversie in sede distributiva fra «diritto al concorso» e «sostanza» delle ragioni creditorie*, cit., p. 566, per il quale «l'azione del creditore procedente (così come quella dell'intervenuto titolato) si differenzia dall'azione del creditore intervenuto *sine titulo* per il fatto che la prima legittima – per la presenza del titolo esecutivo – ad iniziare e proseguire un processo “formale” ed “astratto” come quello espropriativo; mentre la seconda legittima a chiedere soltanto la partecipazione alla distribuzione del ricavato ma sul presupposto o del “riconoscimento” o “non contestazione” da parte del debitore o della formazione di un valido titolo esecutivo o dell'avvenuto accertamento del proprio diritto in sede distributiva. Ed allora, si può anche convenire nel qualificare come “esecutiva” l'azione esercitata dall'intervenuto *sine titulo*, in quanto anch'essa è diretta effettivamente al soddisfacimento di ragioni creditorie, adeguatamente valorizzando all'uopo l'attuale formulazione proprio dell'art. 499 e l'implicita differenziazione fra la “domanda per partecipare alla distribuzione della somma ricavata” dei creditori intervenienti (anche di quelli *sine titulo*) e “l'azione necessaria affinché essi [i creditori *sine titulo* non riconosciuti dall'esecutato] possano munirsi del titolo esecutivo».

ricava inoltre che, mentre il diritto a partecipare alla distribuzione appartiene anche a coloro che non sono muniti di titolo esecutivo, gli altri diritti cui la norma si riferisce spetterebbero esclusivamente ai creditori intervenuti che ne siano muniti³⁶.

Si tratta, dunque, di comprendere se la categoria dei «creditori non titolati» cui l'ordinamento riconosce il diritto a partecipare alla distribuzione del ricavato, includa o meno anche i creditori il cui credito sia stato disconosciuto.

La risposta a tale interrogativo dipende dalla tesi che si intende accogliere in merito agli effetti che si producono nell'ipotesi in cui il debitore abbia, all'udienza preposta allo scopo, provveduto a riconoscere il credito ovvero a disconoscerlo.

Prestando adesione all'opinione secondo cui in caso di dichiarazione positiva si formerebbe un titolo esecutivo endoprocessuale, si dovrebbe – per ragioni di coerenza interna – ritenere che la posizione processuale dei creditori, il cui credito sia stato riconosciuto dal debitore, sia analoga a quella dei creditori che sono intervenuti sulla scorta del titolo esecutivo³⁷. Sicché anche ai primi, al pari dei secondi, andrebbe riconosciuto il potere di compiere i singoli atti della procedura espropriativa³⁸.

In questa prospettiva, si potrebbe ragionevolmente affermare che i creditori «titolati» cui l'art. 500 c.p.c., unitamente alle disposizioni di dettaglio, si riferisce, sono sia quelli muniti di titolo sia quelli il cui credito è stato riconosciuto dal debitore, i quali partecipano all'espropriazione, potendo anche provocarne i singoli atti; sicché, il diritto a partecipare alla distribuzione che la norma attribuirebbe ai creditori *sine titulo*, spetterebbe a quelli il cui credito è stato disconosciuto dal debitore.

Tale lettura, però, sembra contrastare con la previsione contenuta nell'art. 510 c.p.c., che attribuisce ai creditori disconosciuti il diritto all'accantonamento delle somme. Come si è anticipato dinanzi, buona parte della dottrina da tale disposizione desume che – a seguito delle modifiche – l'acquisto del diritto a partecipare alla distribuzione sia subordinato al possesso

³⁶ È questa la ragione per cui, prima delle riforme del 2005, gli autori attribuivano alla norma in esame una notevole importanza sistematica, dal momento che da essa si ricavava una netta distinzione, nel processo di espropriazione forzata, tra la fase espropriativa propriamente detta, ove il legislatore prevede(va) che taluni creditori intervenuti possano avere poteri d'impulso inferiori a quelli del creditore procedente; e la fase distributiva o satisfattiva, ove tutti hanno invece un ugual diritto a partecipare alla distribuzione della somma ricavata. Prima della riforma è stato quindi affermato che l'intervento attribuisce il diritto fondamentale di partecipare alla distribuzione della somma ricavata, che spetta a tutti i creditori intervenuti, titolati o meno; mentre gli ulteriori diritti connessi all'intervento sono, invece, solo eventuali, e legati ad ulteriori evenienze: essenzialmente si tratta del potere di provocare gli atti della procedura, connesso al possesso del titolo esecutivo. V. sul punto, G. VERDE, B. CAPPONI, *Profili del processo civile*, III, in *Processo di esecuzione e procedimenti speciali*, Napoli, 1998, p. 136.

³⁷ Sul punto, v. gli autori citati in nota 27.

³⁸ Condivisibili appaiono i rilievi di G. SANTAGATA, *L'intervento dei creditori*, in *La nuova espropriazione forzata dopo la l. 30 giugno 2016, n. 119*, diretto da C. Delle Donne, Torino, 2017, p. 327 ed *ivi* nota 208, per il quale non è possibile affermare una «equiparazione» tra riconoscimento e titolo esecutivo e, poi, limitare tale equiparazione ai soli fini distributivi. Non condividendo tale ultima constatazione, l'a. giunge dunque a negare che il riconoscimento possa essere un equipollente del titolo esecutivo.

del titolo esecutivo o almeno a quel surrogato d'accertamento rappresentato dal riconoscimento endoesecutivo del credito da parte del debitore³⁹, in palese contrasto quindi con quanto ora riferito.

Tuttavia, allo scopo di conciliare le due previsioni, apparentemente confliggenti, si può tentare una diversa ricostruzione che, muovendo dall'assunto che il diritto a partecipare alla distribuzione (cui si riferisce l'art. 500 c.p.c.) e il diritto a soddisfarsi sulla somma ricavata (al quale è rivolto l'art. 510 c.p.c.) si muovano su due piani distinti, tende a salvaguardare la lettera dell'art. 500 cit.

Il diritto a partecipare alla distribuzione, di matrice eminentemente processuale, si acquista in forza del mero intervento nel processo esecutivo, sicché ne sono titolari tanto i creditori muniti di titolo, quanto quelli che ne sono sprovvisti (in linea con quanto previsto dall'art. 500 c.p.c.). Con il che, come si è detto in precedenza, la dichiarazione del debitore, resa a seguito dell'intervento del creditore, non ha ad oggetto il diritto di quest'ultimo di partecipare alla distribuzione, che esiste a prescindere dalla dichiarazione, bensì l'esistenza del diritto di credito.

Pertanto, in caso di dichiarazione negativa, il creditore non perde il diritto alla distribuzione, acquisito per effetto dell'intervento, ma solamente il diritto alla soddisfazione immediata del suo credito (cui si riferisce l'art. 510 c.p.c.), che è subordinato al previo accertamento di quest'ultimo. In questa prospettiva, non si può dunque ritenere valida l'affermazione per cui i creditori, il cui credito sia stato disconosciuto, non avrebbero un diritto al concorso ma solo all'accantonamento, giacché l'accantonamento costituisce il mezzo tramite il quale essi partecipano alla distribuzione del ricavato.

L'adesione all'opinione di quanti ritengono che, per effetto del riconoscimento, il creditore acquisirebbe i medesimi poteri del creditore titolato, incluso quello di compiere atti di impulso nel processo espropriativo, ha delle importanti implicazioni anche sull'interpretazione dell'art. 629 c.p.c. In particolare, dall'equiparazione – in punto di poteri – fra i creditori muniti di titolo e quelli il cui credito è stato riconosciuto, dovrebbe discendere che il primo comma della disposizione in esame andrebbe riferito ad entrambe le categorie. Con la conseguenza che il secondo comma, nel riferirsi a tutti i creditori concorrenti, finirebbe con il ricomprendere anche quelli il cui credito è stato disconosciuto dal debitore.

L'adesione a tale ricostruzione presuppone che i creditori disconosciuti non siano titolari di una mera aspettativa qualificata, ma – alla stessa stregua degli altri – del diritto a partecipare alla distribuzione del ricavato.

Prima di tirare le somme circa i risultati cui questa impostazione conduce, è opportuno avvertire che a diverse conclusioni conduce la tesi secondo cui, in caso di riconoscimento, il

³⁹ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, I, Torino, 2023, p. 329.

creditore acquisterebbe il solo diritto a partecipare alla distribuzione del ricavato, sicché la sua posizione non sarebbe equiparabile a quella dei creditori titolati⁴⁰.

Alla luce di questa seconda rappresentazione, l'art. 500 c.p.c. dovrebbe essere inteso nel senso che lo *status* di avente diritto alla distribuzione non si acquisirebbe per effetto dell'intervento, ma in forza del titolo esecutivo o del riconoscimento da parte del debitore⁴¹, sicché il creditore il cui credito sia stato disconosciuto, sarebbe titolare di una mera aspettativa qualificata, più che di un vero e proprio diritto soggettivo⁴².

In questa prospettiva, si dovrebbe ritenere che il diritto alla distribuzione, cui si riferiscono le disposizioni di dettaglio sugli effetti dell'intervento nelle singole espropriazioni, spetterebbe (oltre che, chiaramente, ai creditori muniti di titolo) solo ai creditori *sine titolo*, il cui credito sia stato però riconosciuto dal debitore e ai quali soltanto l'art. 500 c.p.c. si riferirebbe. Mentre il potere di provocare gli atti dell'espropriazione forzata sorgerebbe in capo ai soli interventori muniti di titolo esecutivo.

Più dubbio è invece l'ambito applicativo dell'art. 629 c.p.c. Seguendo questa seconda opzione interpretativa, si dovrebbe ritenere che, mentre il primo comma della disposizione in esame si rivolgerebbe ai soli creditori muniti di titolo esecutivo; il secondo comma si riferirebbe senz'altro ai creditori il cui credito sia stato riconosciuto dal debitore.

Resta da comprendere se a questi ultimi debbano essere equiparati i creditori il cui credito è stato disconosciuto. La scelta dipende dalla ricostruzione della natura dell'azione esperita da tali soggetti e, di conseguenza, dalla posizione processuale che si riconosce loro. Solo se si ritiene che questi siano in ogni caso «parti» del processo esecutivo, e che non perdano quindi tale qualifica per effetto del disconoscimento, si potrà riferire il comma 2° dell'art. 629 cit. anche a tali creditori.

Sulla scorta dei rilievi formulati è possibile ora trarre qualche prima conclusione. Occorre innanzitutto precisare che, nonostante siano diverse le implicazioni derivanti dall'adesione all'una o all'altra tesi, entrambe consentono, seppur *cum grano salis*, di conservare la distinzione fra la fase espropriativa e quella satisfattiva.

Tuttavia, mentre nella prima delle prospettive indicate l'azione satisfattiva ha come obiettivo quello di prendere parte alla distribuzione del ricavato; nella seconda, essa mira alla soddisfazione immediata. Le differenze sono evidenti: seguendo la prima, si giunge alla conclusione che l'azione *de qua* non postula l'esistenza del titolo, giacché il diritto a partecipare alla distribuzione si acquisisce per effetto del mero intervento; diversamente,

⁴⁰ Sul punto, v. gli autori citati in nota 25.

⁴¹ F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2021, p. 131.

⁴² Sul punto, v. M. PILLONI, *Accertamento e attuazione del credito nell'esecuzione forzata*, Torino, 2011, p. 131 s. Peculiare è l'opinione di B. CAPPONI, *L'intervento dei creditori*, cit., p. 25 ss., il quale distingue a seconda che si tratti di creditori sequestranti, pignorati e privilegiati, i quali da subito proporrebbero una domanda volta all'accantonamento delle somme, o di creditori contabili, la cui posizione degraderebbe, in caso di disconoscimento, a mera aspettativa.

aderendo alla seconda opzione, si dovrebbe ritenere che l'accoglimento dell'azione è in ogni caso subordinato all'esistenza del titolo, o almeno di quel surrogato d'accertamento rappresentato dal riconoscimento endoesecutivo del credito da parte del debitore⁴³.

2.2. (segue) le implicazioni in merito alla domanda di sostituzione

Quanto finora detto produce delle inevitabili ricadute su entrambi i presupposti per la proposizione della domanda di sostituzione.

Per quanto concerne il presupposto c.d. sostanziale, relativo all'esistenza del rapporto creditorio, si è detto innanzi che l'idea giurisprudenziale, per la quale il titolo non sarebbe necessario per la proposizione della domanda, si fonderebbe sulla constatazione secondo cui nella fase della distribuzione del ricavato rileva non l'esistenza del titolo, bensì del credito. Tuttavia, per giustificare detta soluzione in merito alla domanda di subcollocazione non è sufficiente affermare che il titolo assuma rilievo solo nella fase espropriativa, dal momento che, specie a seguito delle riforme del 2005-2006, la giustificazione di tale assunto – come si è cercato di chiarire – richiede lo sviluppo di un ragionamento che, a quanto consta, la giurisprudenza non ha mai effettuato.

Inoltre, per poter considerare valido l'argomento speso a supporto della tesi per cui al creditore subcollocatario non sarebbe richiesto il possesso del titolo, bisogna chiarire qual è la natura dell'azione esperita da tale creditore, giacché, se si tratta di un'azione satisfattiva, il possesso del titolo sarà richiesto o meno a seconda della posizione assunta in merito al contenuto della domanda satisfattiva (*retro* § 2.1.); diversamente, se la si qualifica come un'azione non esecutiva, che si «affianca» a quella proposta dal creditore-debitore, allora la soluzione indicata andrebbe diversamente motivata, dal momento che non sarebbe neppure necessario, per sostenerla, ricorrere alla distinzione fra le due fasi (*v. infra* § 3).

Poiché, quindi, la questione involge quella relativa alla natura della domanda di subcollocazione, su questa è necessario soffermarsi.

Sennonché, prima di procedere in questa direzione, corre l'obbligo di precisare quali risvolti il ragionamento condotto nei paragrafi che precedono produce sulla determinazione dell'altro presupposto per la proposizione della domanda, in precedenza definito come processuale. È chiaro, infatti, che l'adesione all'una o all'altra tesi incide sulla determinazione dello *status* di «avente diritto alla distribuzione».

Tale qualifica – che va senz'altro riconosciuta ai creditori muniti di titolo esecutivo, che intervengono nel processo da altri intentato, e a quelli il cui credito sia stato riconosciuto – potrebbe essere attribuita o meno anche ai creditori il cui credito sia stato disconosciuto a seconda che si ritenga, valorizzando la disposizione di cui all'art. 500 c.p.c., che gli stessi

⁴³ In questo senso, E. MERLIN, *Le controversie distributive*, cit., p. 139, secondo la quale, a seguito della riforma, il titolo rileva non solo ai fini dell'esercizio dell'azione espropriativa ma anche ai fini della partecipazione alla distribuzione del ricavato.

partecipino comunque alla distribuzione, concorrendo al riparto seppur tramite l'accantonamento, ovvero si aderisca all'opinione che, ponendo in risalto la previsione contenuta nell'art. 510 c.p.c., giunge a riconoscere in capo a tali soggetti la titolarità di una mera aspettativa. Le implicazioni sul tema di indagine sono ben chiare, se si considera che solo aderendo alla prima delle interpretazioni suggerite si potrebbe ritenere che non sia necessario, ai fini della proposizione della domanda di sostituzione, il possesso del titolo da parte del creditore al quale il subcollocatario sceglie di sostituirsi⁴⁴.

3. La natura della domanda di sostituzione

Quella relativa alla natura della domanda è una questione di notevole complessità, trattandosi di un istituto «indubbiamente non facile ad essere inquadrato negli schemi processuali noti»⁴⁵. I dubbi sono alimentati dal fatto che la giurisprudenza afferma costantemente che – ai fini della sua proposizione – non sia necessario il possesso del titolo esecutivo, né la prova documentale dell'esistenza del credito⁴⁶, senza specificare se si tratti di un'azione esecutiva o meno; limitandosi a tal proposito a ribadire che, nonostante la domanda di sostituzione non possa essere assimilata né ad un pignoramento (del quale non ha la forma, giacché manca l'ingiunzione) né ad un intervento (perché – come si è detto – non è rivolta nei confronti del debitore esecutato), essa è pur sempre uno strumento esecutivo tramite il quale il creditore mira alla soddisfazione del proprio credito. Non si comprende, dunque, se con ciò si intenda che il creditore promuove un'azione esecutiva (autonoma o concorrente) o meno⁴⁷.

Inoltre, in caso di risposta positiva, tale modo di ragionare genera delle inevitabili contraddizioni qualora si aderisca all'opinione innanzi riportata (*retro* § 2.1.), per la quale l'accoglimento dell'azione satisfattiva (quale sarebbe quella proposta dal subcollocatario) sarebbe subordinato al possesso del titolo (che però non è richiesto ai fini della domanda). Sennonché, la giurisprudenza di legittimità non assume una netta presa di posizione in merito

⁴⁴ Non è un caso se, prima delle riforme del 2005, è stato affermato che «il richiamo al diritto alla distribuzione ha la funzione, oltre che di fissare il termine finale dell'intervento, di escludere che la sostituzione del *creditor creditoris* sia limitata ai casi nei quali il proprio debitore-creditore sia munito di titolo esecutivo che legittima all'espropriazione» (A. CECCHERINI, *Problemi in materia di sostituzione del creditore nell'esecuzione forzata*, in *Fall.*, 1989, p. 57). Sull'ammissibilità della domanda anche con riferimento alle somme accantonate v., successivamente alle riforme, G. ARIETA, F. DE SANTIS, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto processuale*, a cura di L. Montesano, G. Arieta, III, 2, Padova, 2007, p. 792. Per quanto concerne la posizione della giurisprudenza di legittimità, essa non è scevra da ambiguità. Se, da un lato, in alcune pronunce emerge, seppur implicitamente, la necessità che il sostituito possieda il titolo, affinché la domanda possa essere accolta; dall'altro lato, tale presupposto non è mai esplicitamente menzionato quale condizione di ammissibilità della domanda. Cfr., sul punto, Cass., 20 aprile 2015, n. 8001, cit.

⁴⁵ V. DENTI, voce *Distribuzione della somma ricavata*, cit., p. 332.

⁴⁶ Con la sola eccezione, a questo secondo riguardo, di Cass., 20 novembre 2023, n. 32143 e Cass., 20 dicembre 2023, n. 35657, cit., nelle quali si afferma, in maniera apodittica, che la domanda di sostituzione «non costituisce esercizio di azione esecutiva nei confronti del sostituito (non occorrendo il possesso di un titolo esecutivo nei suoi confronti), dovendo il sostituito (o subcollocatario) solo documentalmente dimostrare la certezza, liquidità ed esigibilità del proprio credito».

⁴⁷ Ma v. nota precedente.

all'oggetto dell'azione satisfattiva e ai presupposti per il suo esercizio, che sarebbe invece necessaria per risolvere i problemi legati all'istituto in esame.

Prima di tentare una ricostruzione coerente con i rilievi della giurisprudenza di legittimità, è necessario descrivere il panorama dottrinale, passando in rassegna le diverse opinioni maturate e le criticità ad esse connesse, tentandone una schematizzazione. Ancora in via preliminare occorre sgomberare il campo dall'idea che la domanda in esame possa essere iscritta nello schema dell'azione surrogatoria⁴⁸.

Tale impostazione può dirsi oramai superata in ragione di diversi argomenti – unitamente alla circostanza che la domanda di sostituzione, a differenza dell'azione citata, persegue una finalità satisfattiva e non anche conservativa⁴⁹ – che inducono ad escludere l'assimilazione fra i due istituti. Innanzitutto, sono diversi i presupposti della domanda di sostituzione rispetto a quelli della surrogatoria: basti pensare al fatto che la prima non presuppone l'inerzia del debitore, requisito sul quale si fonda invece la seconda, ai sensi dell'art. 2900 c.c., ed anzi è necessario che il debitore(-creditore) si sia attivato⁵⁰. Inoltre, si osserva che nel caso della sostituzione il subcollocatario non agisce per far valere un diritto altrui in nome proprio, bensì per far valere nel processo altrui un diritto proprio; non vi è quindi una sostituzione processuale, a differenza di quanto si ritiene con riguardo alla surrogatoria né, in caso di contestazioni, vi è litisconsorzio necessario (ma sul punto v. anche *infra* in questo paragrafo). Fatta tale precisazione, è possibile passare all'esame delle diverse tesi che muovono dal presupposto che l'istituto in esame assolve una funzione eminentemente satisfattiva. Tuttavia, come si è detto, nonostante tutte condividano la medesima premessa, nondimeno non è possibile svolgere un discorso unitario, data la varietà delle ricostruzioni suggerite dalla dottrina circa l'inquadramento dell'azione in discorso.

Innanzitutto, non vi è unanimità di vedute in ordine all'individuazione del diritto fatto valere dal creditore che agisce in sostituzione. Al riguardo è molto diffusa l'opinione secondo cui oggetto della domanda è il diritto di credito di cui il subcollocatario afferma di essere titolare, unitamente, secondo alcuni, al credito che il debitore sostituito vanta nei confronti dell'esecutato.

Nel solco di questa idea, si è sviluppata la tesi secondo la quale il creditore, nel proporre la domanda sostitutiva, esercita un'azione cognitiva sommaria, del tutto autonoma dalla

⁴⁸ Si tratta dell'opinione sostenuta da coloro che attribuivano all'istituto in esame una funzione complessa, allo stesso tempo conservativa e satisfattiva, S. SATTA, *Commentario*, III, cit., p. 208 s.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, p. 418 ss.

⁴⁹ Invero che mentre l'azione surrogatoria ha, com'è noto, una finalità eminentemente conservativa, la domanda di sostituzione tutela il creditore garantendogli l'immediato soddisfacimento della sua pretesa. Sul punto, v., *amplius*, N. PICARDI, *op. cit.*, p. 583.

⁵⁰ Queste probabilmente sono le ragioni che spingono S. SATTA, *Commentario*, III, cit., p. 209 ad affermare che, pur trattandosi di una surrogatoria riadattata al processo esecutivo, non troverebbe comunque applicazione l'art. 2900 c.c. in quanto disposizione incompatibile con la struttura del processo esecutivo.

procedura esecutiva cui accede, inquadrabile nello schema del procedimento monitorio documentale; laddove sorgano poi contestazioni, detta cognizione sommaria si convertirebbe in una cognizione piena⁵¹.

In questa prospettiva, la peculiarità della domanda di sostituzione, inquadrata nello schema del modello monitorio, è che essa tende alla formazione di un titolo (ovvero il provvedimento con il quale il g.e. la accoglie) posto immediatamente in esecuzione nel processo espropriativo al quale la domanda accede.

A tale tesi si è replicato, ma l'argomento non pare decisivo, che in nessun caso si ha un accertamento (positivo) in merito all'esistenza del credito dell'istante: né in caso di mancata contestazione da parte del debitore-sostituito, dal momento che non è possibile attribuire alla non contestazione il valore di un accertamento⁵²; né nell'ipotesi inversa. È stato osservato, infatti, che nonostante le contestazioni aprano le porte ad un accertamento, quest'ultimo è funzionale ad ottenere un risultato del tutto opposto rispetto a quello perseguito dal subcollocatario, e cioè che il credito non esiste (e non il contrario), il che ostacolerebbe la soluzione secondo cui la domanda tenderebbe al conseguimento di un titolo⁵³.

Più incisivo pare invece il rilievo per cui, a seguito delle modifiche che hanno interessato l'art. 512 c.p.c., non è più così pacifico che l'oggetto dell'accertamento compiuto dal g.e. sia il diritto di credito vantato dal subcollocatario, né che sullo stesso si formi un accertamento «pieno» (v. *infra* § 4). Il che porterebbe, a nostro avviso, ad escludere l'esattezza della tesi ora riferita.

Si discosta parzialmente dall'opinione ora riportata la tesi propugnata da Balena, che inquadra la domanda di sostituzione nel novero delle azioni dirette c.d. pure⁵⁴. Tuttavia, è proprio la ricostruzione che l'autore offre di siffatte azioni a contrastare con la soluzione per cui la domanda di sostituzione costituirebbe un'ipotesi di azione diretta. Secondo Balena, infatti, il creditore che promuove l'azione diretta richiede due distinti provvedimenti: uno costitutivo, che mira a espropriare il debitore del credito vantato nei confronti del terzo, e uno di condanna

⁵¹ B. CAPPONI, *La cognizione sulla domanda di sostituzione del creditore nella distribuzione della somma ricavata*, in *Riv. dir. civ.*, 1987; *Id.*, *Distribuzione della somma ricavata*, cit., p. 229; *Id.*, *La «sostituzione esecutiva» tra vecchio e nuovo codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 110 ss. Inquadra invece la vicenda, seppur solo a fini meramente descrittivi, nello schema del procedimento monitorio c.d. puro, V. BARONCINI, *La cognizione sul credito vantato dal creditor creditoris nella sostituzione esecutiva ex art. 511 c.p.c.*, cit., § 3.

⁵² Sul punto, v. F. BUCOLO, *Il processo esecutivo ordinario*, Padova, 1994, p. 421, che attribuisce alla mancata contestazione valore negoziale, piuttosto che processuale. In senso contrario, v. M. CIRULLI, *Art. 511*, in *Codice commentato delle esecuzioni civili*, a cura di G. Arieta, F. De Santis, A. Didone, Milano, 2025, p. 728, il quale correttamente osserva che si tratta pur sempre di un comportamento processuale.

⁵³ F. BUCOLO, *op. loc. cit.*

⁵⁴ G. BALENA, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, Bari, 1990, p. 145 ss.; *Id.*, *Brevissime note sulla sostituzione di un creditore nella distribuzione del ricavato dell'espropriazione*, in *Foro it.*, 1992, c. 2836 ss. L'inquadramento nello schema delle azioni dirette si giustifica in ragione del fatto che, nella prospettiva dell'a. si tratta di «ipotesi caratterizzate da ciò che si consente ad un creditore, in mancanza di titolo esecutivo e comunque di un qualsivoglia preventivo accertamento del proprio diritto, di aggredire senz'altro il credito che il suo debitore vanta nei confronti di un terzo, al fine di ottenere da quest'ultimo (nei limiti della somma spettante al creditore diretto) ciò ch'egli dovrebbe pagare al debitore principale».

nei confronti di quest'ultimo. Il giudice, per poter concedere il provvedimento costitutivo, deve previamente accertare l'esistenza del rapporto obbligatorio che lega il debitore principale all'attore; successivamente, ai fini della condanna, deve accertare l'esistenza del rapporto tra debitore e terzo⁵⁵.

È chiaro che uno schema così concepito necessita di alcuni adattamenti, se rapportato al contesto del processo esecutivo, nel quale la domanda di sostituzione si inserisce. Ecco perché l'a., da un lato, precisa che, in tali casi – a differenza di quelli in cui l'azione è spiegata nell'ambito del processo a cognizione piena – l'accertamento del diritto di credito vantato rispettivamente dal subcollocatario nei confronti del debitore-creditore, o da quest'ultimo nei confronti dell'esecutato, è subordinato alla circostanza che intorno a tali diritti sorga una contestazione. E, dall'altro lato, specifica che non vi è bisogno di un provvedimento di condanna nei confronti del *debitor debitoris*, poiché la domanda si inserisce nell'ambito di un processo esecutivo già in atto.

Anche questa tesi si presta ad alcune osservazioni critiche, in parte comuni a quelle esposte in precedenza. Si osserva, infatti, che il presupposto di tale costruzione è il doppio accertamento del credito: tuttavia, per le ragioni già esposte, tale accertamento non ricorre né nel caso in cui sorgano contestazioni, né in assenza di queste.

Ancora, non è sostenibile che nel caso di specie vi sia un trasferimento del credito, dal momento che in nessun caso il subcollocatario subentra nella titolarità del diritto di credito del sostituito, ma esclusivamente nel diritto al riparto⁵⁶.

Infine, l'adesione alla tesi in esame implica che, in caso di accoglimento della domanda, si verrebbe a creare un rapporto diretto fra il subcollocatario e l'esecutato, poiché il primo – per effetto del trasferimento – diverrebbe creditore del secondo. Sennonché, si può obiettare che nell'ipotesi della subcollocazione, il creditore diviene titolare di un diritto di credito nei confronti dell'ufficio esecutivo, giammai del debitore esecutato⁵⁷.

Alla medesima conclusione, ossia all'inquadramento della domanda di sostituzione nello schema delle azioni dirette, giunge anche Acone⁵⁸. Il quale però concepisce tali azioni, già nell'ambito del processo di cognizione, in termini diversi da quelli ora riferiti; nella sua

⁵⁵ G. BALENA, *Contributo*, cit., p. 103, per il quale, inoltre, il creditore fa valere non solo un diritto proprio ma anche un diritto altrui, e dunque in relazione a quest'ultimo agisce in forza di una legittimazione straordinaria, il che comporta che il debitore principale dovrà partecipare al processo in quanto litisconsorte necessario.

⁵⁶ Il primo a prendere in esame l'ipotesi di configurare l'azione *de qua* nello schema dell'azione diretta è F. BENATTI, *Appunti in tema di azione diretta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 631 s., il quale però, dopo aver attentamente vagliato siffatta possibilità, giunge poi ad escluderla proprio in ragione del differente «mezzo tecnico» tramite il quale si attua l'interesse del soggetto agente, poiché mentre l'azione diretta dà luogo ad un processo di cognizione e ha come scopo quello di ottenere la condanna del debitore a pagare, la domanda di sostituzione mira a far partecipare chi la esercita alla distribuzione del ricavato.

⁵⁷ M. CIRULLI, *op. cit.*, p. 729.

⁵⁸ M. ACONE, *La domanda di sostituzione del creditore*, cit., p. 257 ss.

prospettiva, infatti, l'azione diretta andrebbe intesa come attribuzione al creditore di un mero *ius exigendi*⁵⁹. Quest'ultimo sarebbe quindi dotato esclusivamente di una legittimazione a «pretendere» dal terzo il pagamento che questi deve al debitore principale⁶⁰. Di conseguenza, a differenza della tesi passata in rassegna in precedenza, non è necessario il trasferimento del diritto di credito, giacché il creditore, piuttosto che far valere il credito del proprio debitore, fa valere la sua legittimazione a ricevere la somma.

Anche nella prospettiva di tale ultimo a., la proposizione della domanda di sostituzione comporta una doppia indagine in merito all'esistenza di entrambi i crediti, che deve essere svolta nei «soliti modi della cognizione del giudice dell'esecuzione», con la particolarità che colui che agisce in sostituzione dovrà fornire anche la dimostrazione della esistenza e dell'ammontare del credito verso il proprio debitore, se vuole ottenere l'attribuzione diretta del ricavato⁶¹. Il credito, inoltre, dovrà possedere i requisiti previsti per l'intervento dei creditori, giacché la posizione del subcollocatario è analoga a quella dei creditori intervenuti *sine titulo*.

Muovendo da tale premessa l'a. ritiene che anche la domanda di subcollocazione, al pari del ricorso presentato dai creditori non titolati⁶², dà luogo, dunque, ad un procedimento sommario, nel quale il giudice è chiamato ad accertare in via incidentale la sussistenza del diritto di credito; tuttavia, siffatto procedimento assume i caratteri della cognizione piena non appena sorgano contestazioni⁶³. In tale evenienza, si ha litisconsorzio necessario, a prescindere da se le contestazioni riguardino l'uno o l'altro rapporto⁶⁴.

Se, per un verso, questa ricostruzione si presta ai medesimi rilievi critici già esposti in precedenza, e ai quali si rinvia, per altro verso presenta un ulteriore profilo problematico, là dove induce ad assimilare l'azione esperita dal creditore a quella surrogatoria, dato che al creditore si attribuisce il solo potere di esercitare, in luogo del debitore, le azioni spettanti a quest'ultimo.

⁵⁹ In questa prospettiva, F. BENATTI, *Appunti in tema di azione diretta*, cit., p. 647 s.; M. ACONE, *La tutela dei crediti di mantenimento*, Napoli, 1985, p. 112.

⁶⁰ Per una critica rispetto a tale ricostruzione dell'azione diretta, si consenta di rinviare a F. PINTO, *Profili processuali del contratto di leasing finanziario*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1300.

⁶¹ M. ACONE, *La domanda di sostituzione*, cit., p. 261.

⁶² A tal riguardo, va ricordato che le considerazioni dell'a. sono state sviluppate nel contesto normativo antecedente alle riforme del 2005. In merito alla necessità di un accertamento in ordine alla sussistenza del credito da parte del g.e. nell'eventualità in cui siano intervenuti creditori sprovvisti di titolo, v. l'ampio dibattito sviluppatosi prima del 2005, sintetizzato in nota 22.

⁶³ M. ACONE, *op. cit.*, p. 263.

⁶⁴ M. ACONE, *op. cit.*, p. 267 ss., il quale distingue il rimedio previsto dall'art. 511, comma 2°, c.p.c. e quello contemplato dal 512 c.p.c., dovendosi il primo riferire alle contestazioni che riguardano il rapporto fra subcollocato e sostituito (e quindi aventi ad oggetto la collocazione nel riparto dell'uno o dell'altro soggetto), mentre il secondo alle controversie inerenti al rapporto fra creditore (sostituito) e debitore esecutato.

Per tutte le ragioni sinora illustrate, pare più ragionevole affermare che la domanda di sostituzione non sia volta a far valere il credito del subcollocatario, o quello del debitore, bensì il mero diritto del primo a partecipare alla distribuzione, in luogo del secondo⁶⁵; dato che il *creditor creditoris* propone una domanda diretta ad ottenere la soddisfazione (e non l'accertamento) del credito, attraverso la partecipazione alla distribuzione del ricavato⁶⁶.

Ciò ci induce ad escludere che oggetto della domanda, nonché della cognizione del giudice dell'esecuzione in caso di contestazioni, possa essere il diritto di credito di cui il creditore afferma di essere titolare, che rappresenta esclusivamente un elemento della fattispecie costitutiva del diritto alla distribuzione. Muovendo da tale assunto, si giunge agevolmente alla conclusione per cui in nessun caso – e quindi a prescindere dal fatto che sorgano o meno contestazioni – si avrà un accertamento in ordine all'esistenza del credito (sul punto, v. anche *infra* § 4).

A questo punto, l'inquadramento dell'azione *de qua* nel novero delle azioni esecutive ovvero di cognizione dipende dalla natura attribuita al diritto alla distribuzione del ricavato⁶⁷, se cognitiva ovvero esecutiva. A tal proposito, sembra che le riforme del biennio 2005-2006 abbiano senz'altro contribuito all'affermazione della tesi esecutiva, che ad oggi può dirsi prevalente⁶⁸. Se si condivide tale opinione, non si può dunque che riconoscere all'azione soddisfatta esperita dal subcollocatario la medesima natura. Tuttavia, è facile obiettare che la

⁶⁵ Per effetto della sostituzione, infatti, il creditore non subentra nella posizione sostanziale del debitore (*id est* nel diritto di credito) ma in quella processuale (*id est* lo *status* di avente diritto alla distribuzione). Sulle differenze fra la sostituzione e la cessione convenzionale del credito, v. N. PICARDI, *op. cit.*, p. 596 s., per il quale la prima non può che avere effetti nell'ambito del processo nel quale opera, mentre la seconda ha un'efficacia sostanziale che si estrinseca indipendentemente dal risultato del processo.

⁶⁶ Analogamente a quanto alcuni ritengono con riguardo all'azione promossa dai creditori *sine titulo*. V. *supra* § 2.1. e nota 35.

⁶⁷ Il tema è strettamente connesso a quello della stabilità della distribuzione del ricavato, dal momento che chi inquadra la distribuzione del ricavato come una cognizione ordinaria, attribuisce una stabilità anche extraprocessuale al piano di riparto. In questo ordine di idee, L. MONTESANO, *La cognizione sul concorso dei creditori nell'esecuzione ordinaria*, cit., p. 597 ss. e 607 ss. Diversamente, chi ritiene che la distribuzione sia un fenomeno che appartiene al processo esecutivo, giunge di conseguenza ad affermare che in nessun caso da tale fase può derivare un accertamento dell'obbligo del debitore sul piano del diritto sostanziale, con conseguente esperibilità a chiusura del processo esecutivo dell'azione di ripetizione dell'indebito. In questo ordine di idee, fra i tanti, E. GARBAGNATI, *Il concorso dei creditori nell'espropriazione singolare*, cit., p. 78 ss.; V. DENTI, voce *Distribuzione della somma ricavata*, cit., p. 322 ss.

⁶⁸ Sul punto, seppur con riguardo all'azione promossa dai creditori intervenuti *sine titulo*, R. ORIANI, *L'intervento dei creditori*, cit., p. 1428; A. A. ROMANO, voce *Intervento dei creditori*, cit., p. 761, nota 70. In questi termini, ma nel contesto antecedente alle riforme, V. DENTI, voce *Distribuzione della somma ricavata*, cit., p. 322 ss. A favore di tale conclusione rileva anche la modifica dell'art. 512 c.p.c., sulla quale v. *infra* § 4.

stessa presuppone allora il possesso del titolo esecutivo da parte di colui che la promuova⁶⁹⁻⁷⁰.

Uno spunto per superare tale rilievo si può ricavare dalle riflessioni sviluppate in precedenza in merito alla qualificazione dell'azione satisfattiva proposta dai creditori intervenuti. Si è infatti detto che la ricostruzione in merito ai caratteri di detta azione varia a seconda della tesi che si intende prediligere in merito al suo oggetto.

Si può, infatti, ritenere che per suo tramite il creditore faccia valere il diritto alla soddisfazione immediata del proprio credito, e allora è chiaro che ai fini della sua proposizione è necessario il possesso del titolo (con la conseguenza che l'azione proposta sia dai creditori intervenuti *sine titolo*, sia dal subcollocatario, non potrebbe essere considerata come un'azione esecutiva). Ovvero, si può affermare che, come pare più condivisibile, tramite l'azione satisfattiva egli faccia valere il (solo) diritto a partecipare alla distribuzione del ricavato, che si acquista sulla base della mera affermazione dell'esistenza del diritto. Condividendo tale modo di ragionare, si giunge agevolmente ad escludere che, ai fini del suo esperimento, sia necessario il possesso del titolo, essendo peraltro proponibile anche dai creditori che ne sono sprovvisti (e il cui credito non sia stato riconosciuto dal debitore)⁷¹.

Applicando tale ragionamento alla domanda di sostituzione, si può quindi ritenere che essa sia null'altro che un'azione esecutiva, tramite la quale il creditore mira a partecipare alla distribuzione del ricavato in luogo del proprio debitore e in questo modo, finiscono inevitabilmente con l'assottigliarsi le differenze esistenti fra tale azione e quella proposta dai creditori sprovvisti di titolo.

Quella ora proposta pare la ricostruzione più coerente con le affermazioni della S.C. in merito alla natura della domanda di subcollocazione, dal momento che in questo modo si è in grado di comprendere perché non sia richiesto il possesso del titolo, da un lato, e perché venga allo stesso tempo qualificata come uno strumento esecutivo, dall'altro. Sennonché, se questa fosse l'idea condivisa dalla giurisprudenza di legittimità, sarebbe auspicabile un chiarimento non solo su alcuni aspetti messi in evidenza in precedenza (come, ad esempio, sulla natura dell'azione proposta dai creditori *sine titolo*); ma anche, e soprattutto, in merito

⁶⁹ Questo è il motivo per cui gli autori in passato hanno criticato la tesi, a lungo dominante, secondo cui l'azione in esame costituirebbe un'autonoma azione esecutiva. Il primo sostenitore dell'opinione che individua nella figura in esame un'autonoma azione esecutiva innestata in un procedimento già esistente è stato R. NICOLÒ, *Art. 2900*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1957, p. 170 s. Escludono che si tratti di un'azione esecutiva, proprio sulla scorta del principio *nulla executio sine titulo*, anche gli autori che sono stati esaminati in precedenza. Tant'è vero che M. ACONE, *op. cit.*, p. 257 s., per superare l'obiezione mossa da F. BENATTI, *op. cit.*, p. 631 secondo la quale l'azione diretta dà luogo ad un processo di cognizione, replica «che quella esercitata ex art. 511 non è un'azione esecutiva».

⁷⁰ Si tratta dello stesso motivo per cui, prima delle riforme del 2005, si criticava l'idea che l'azione promossa dai creditori sprovvisti di titolo fosse configurabile quale azione esecutiva. Sul punto, v. la critica che L. MONTESANO, *op. cit.*, p. 565 rivolge alla tesi del Garbagnati.

⁷¹ Sul punto, v. *retro* § 2.1. e nota 35.

all'affermazione contenuta nella sentenza citata in premessa, per la quale al subcollocatario non potrebbe riconoscersi la qualifica di parte del processo esecutivo⁷².

4. Gli effetti sostanziali...

Nel tentativo di superare alcuni dei problemi legati alla natura e ai presupposti della domanda di sostituzione, si è cercato di offrire una soluzione in merito alla sua qualificazione che fosse coerente con i presupposti individuati dalla giurisprudenza per la sua proposizione. A questo punto, non resta che verificare le implicazioni che da essa derivano: per fare ciò si avrà in primo luogo riguardo ai suoi effetti.

La domanda di subcollocazione produce effetti sia sostanziali che processuali: quanto ai primi, è lecito chiedersi se la domanda di sostituzione sia idonea a rendere inefficaci, nei confronti del subcollocatario, gli atti di disposizione (in senso lato) eventualmente compiuti, successivamente ad essa, dal creditore sostituito; per quanto concerne i secondi, occorre individuare i poteri che spettano al *creditor creditoris* per effetto della proposizione della domanda.

In via di premessa, è bene chiarire che l'individuazione degli effetti tanto sostanziali quanto processuali risente fortemente delle teorie maturate sulla natura della domanda di sostituzione. E quindi, così come si è detto circa le altre questioni sorte sull'istituto in esame, anche su questo profilo vi è poca chiarezza.

Esaminando dapprima quelli che abbiamo definito quali effetti sostanziali della domanda, è bene chiarire che per atti c.d. dispositivi si intendono, a titolo esemplificativo, la cessione del credito ovvero la rinuncia ad esso o, ancora, l'adempimento spontaneo del debitore nelle mani del sostituito, e così via. Quando tali atti sono compiuti successivamente alla proposizione della domanda di sostituzione, occorre stabilire se essi siano opponibili nei confronti del creditore che l'ha formulata.

Di primo acchito, si dovrebbe rispondere in senso negativo, dal momento che, in caso contrario, si finirebbe col rimettere al creditore sostituito il potere di incidere arbitrariamente sulle sorti della domanda di sostituzione, egli potrebbe, infatti, cedere il proprio credito a terzi al solo scopo di vanificare l'iniziativa del subcollocatario⁷³.

La questione che, più di altre, ha costituito oggetto delle pronunce della S.C. riguarda proprio l'ipotesi di cessione del credito da parte del sostituito, nel corso del processo esecutivo.

La prima pronuncia sul tema risale agli anni ottanta⁷⁴: in quella occasione la Corte ebbe modo di sottolineare le differenze fra la domanda di sostituzione e l'espropriazione presso terzi, allo scopo di escludere che anche dalla prima derivassero gli effetti di cui all'art. 2914 n. 2 c.c.

⁷² Cass., 20 dicembre 2023, n. 35657, cit.

⁷³ G. Miccolis, *Sugli effetti della domanda di sostituzione promossa ai sensi dell'art. 511 c.p.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2000, p. 142.

⁷⁴ Si tratta di Cass., 13 marzo 1987, n. 2608, cit.

Secondo la Corte, oltre che per la mancanza dell'elemento dell'ingiunzione, la domanda di sostituzione si discosterebbe dal pignoramento presso terzi poiché, al momento della sua proposizione, le somme si trovano presso l'autorità giudiziaria e anche perché essa non ha lo scopo di creare un vincolo, posto che persegue una finalità satisfattiva e non anche conservativa. Con ciò, ha affermato allora la Corte, solo una volta che il subingresso si sia realizzato, in forza di una rituale domanda di sostituzione, si determina un vincolo di indisponibilità, che impedisce al creditore sostituito di cedere a terzi il proprio credito⁷⁵.

A seguito di tale precedente si è sviluppato – a quanto ci consta – un orientamento univoco in giurisprudenza⁷⁶. Tuttavia, ancora una volta non sono chiare le ragioni poste a sostegno di tale soluzione⁷⁷.

⁷⁵ Non pare pertinente il richiamo contenuto nella motivazione di Cass., 13 marzo 1987, n. 2608, cit. al principio generale per cui la domanda di sostituzione ha finalità sia satisfattiva che surrogatoria, potendo la soluzione della questione prescindere dalla finalità che si intende riconoscere alla domanda *de qua*.

⁷⁶ Più variegato, come si è detto dinanzi, è il panorama delle opinioni dottrinali. Secondo l'opinione prevalente la domanda di sostituzione produce gli effetti sostanziali del pignoramento del credito azionato dal debitore principale. I primi a ritenere che la domanda in esame producesse gli effetti di cui all'art. 2914 n. 2 c.c., furono gli assertori della tesi per cui la stessa sarebbe inquadrabile alla stregua di un'azione surrogatoria, riadattata al processo esecutivo, v. S. SATTÀ, *Commentario*, III, p. 209 s. Tuttavia, come è stato acutamente osservato da M. ACONE, *La domanda di sostituzione del creditore*, cit., p. 238, posto che l'esercizio della legittimazione surrogatoria non comporta la creazione di un vincolo di indisponibilità, non è coerente con la premessa l'affermazione per la quale la domanda di sostituzione produce i medesimi effetti sostanziali del pignoramento presso terzi.

Giungono alla medesima conclusione, ossia che dalla proposizione della domanda derivi una situazione di indisponibilità del credito, anche coloro che equiparano quest'ultima all'intervento: cfr. M. ACONE, *op. cit.*, p. 255 ss. e 270. Peculiare è, invece, l'opinione di G. BALENA, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, cit., p. 145 ss., il quale come si è detto qualifica l'azione *de qua* nello schema dell'azione diretta c.d. pura. Per B., il subcollocatario si oppone al pagamento in favore del sostituito, per gli effetti di cui all'art. 2906, comma 2°, c.c., pertanto, la domanda ha l'effetto di «arrestare» il credito e il diritto alla distribuzione del sostituito.

In senso contrario, B. CAPPONI, *La cognizione sulla domanda di sostituzione del creditore nella distribuzione della somma ricavata*, cit., p. 740; ID., *Distribuzione della somma ricavata*, cit., p. 226 s.; ID., *La «sostituzione esecutiva» tra vecchio e nuovo codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 110 ss. L'a. – coerentemente con la premessa dalla quale muove, ossia che la domanda di sostituzione costituisca un'azione del tutto autonoma rispetto alla procedura esecutiva cui accede – non ritiene possibile far discendere dalla sua proposizione gli effetti sostanziali del pignoramento. Nel medesimo ordine di idee, C. DELLE DONNE, *La rinuncia dei creditori titolati ex art. 629, 1° co., c.p.c. non estingue il processo esecutivo senza il consenso del subcreditore ex art. 511: un'implausibile presa di posizione della giurisprudenza di merito*, in *Riv. esec. forz.*, 2010, p. 349 ss.

⁷⁷ In un analogo ordine di idee, Cass. 2023, n. 15987, nella quale si afferma che «la sostituzione esecutiva ai sensi dell'art. 511 c.p.c., realizza il subingresso di uno o più creditori del creditore dell'esecutato nella sua posizione processuale nel diritto al riparto della somma ricavata dall'esecuzione e non integra pertanto una forma di pignoramento del credito presso terzi, cosicché non trova applicazione la norma dell'art. 2914 c.c., n. 2, che opera solo nei confronti del creditore pignorante. Ne consegue che nell'ambito del processo esecutivo la cessione del credito, effettuata dal creditore procedente (o intervenuto) con atto di data certa anteriore alla domanda di sostituzione di cui all'art. 511 citato, impedisce a quest'ultima di produrre i relativi effetti per il venir meno di quella posizione attiva nella quale il *creditor creditoris* intende subentrare, dal momento che tale cessione si perfeziona, nei rapporti fra cedente e cessionario, in virtù del solo consenso da essi espresso e che l'art. 1265 c.c., richiede la notifica della cessione o l'accettazione da parte del debitore esclusivamente per risolvere il conflitto tra più cessionari del medesimo credito».

Quest'ultima, in realtà, contraddice le premesse dalle quali la stessa giurisprudenza di legittimità sembra muovere. Una volta escluso, infatti, che la domanda *de qua* sia assimilabile all'intervento – nel qual caso il subcollocatario si gioverebbe del vincolo di indisponibilità derivante dal pignoramento – ovvero al pignoramento presso terzi – il che comporterebbe l'applicabilità dell'art. 2914, n. 2, c.p.c. – e ritenuto che l'azione sia uno strumento esecutivo tramite il quale il creditore subentra (non nel diritto di credito ma) nel diritto alla distribuzione del ricavato, non si comprendono le ragioni per le quali il sostituto non possa cedere il proprio credito a terzi⁷⁸.

A favore di tale soluzione militano senz'altro ragioni di opportunità; tuttavia, le stesse non possono di per sé costituire un valido argomento per affermare che la domanda generi un vincolo di indisponibilità⁷⁹. Nessuna disposizione di legge autorizza, infatti, l'interprete a ritenere che la domanda possa produrre gli effetti del pignoramento del credito azionato contro il debitore finale⁸⁰. Alla luce di ciò si deve necessariamente concludere che se il subcollocatario ha timore di vedere vanificata la propria iniziativa, egli ha l'onere di procedere, contestualmente o in alternativa, al pignoramento della somma, nelle forme di cui agli artt. 543 ss. c.p.c.⁸¹.

5. (segue) ...e processuali

In merito ai poteri riconosciuti al subcollocatario, in dottrina è affermazione costantemente ripetuta che questi agisce nel processo esecutivo *iure proprio*, e non *utendo iuribus* del proprio

⁷⁸ Sul punto, v. le osservazioni di M. ACONE, *op. ult. cit.*, p. 238, nota 24, per il quale affermare (come fa la giurisprudenza) che oggetto della sostituzione sia il diritto alla distribuzione comporta l'impossibilità di giustificare l'indisponibilità del credito, così come anche il trasferimento dei poteri processuali (su quest'ultimo punto, v. *infra* § 3.2.).

⁷⁹ In questo senso, v. invece G. MICCOLIS, *op. cit.*, p. 147.

⁸⁰ M. CIRULLI, *op. cit.*, p. 746.

⁸¹ Sul punto, v. Cass., 9 marzo 2017, n. 6019, in quell'occasione il creditore aveva, inizialmente, provveduto a pignorare il credito del suo debitore, tramite l'espropriazione presso terzi; successivamente, preso atto della pendenza di un processo esecutivo avente ad oggetto quello stesso credito, aveva altresì proposto domanda di sostituzione. Il creditore, al quale il subcollocatario aveva chiesto di sostituirsi, proponeva allora ricorso per cassazione denunciando il cumulo abusivo dei mezzi di espropriazione, dal momento che l'art. 483 c.p.c. consente la pluralità di azioni esecutive solo nei confronti del medesimo debitore. La S.C. ha dichiarato infondato il motivo, ritenendo che le due procedure fossero compatibili, perché entrambe rivolte nei confronti del medesimo soggetto (il creditore-debitore) ed aventi a oggetto il medesimo bene (il credito che quest'ultimo vanta nei confronti del *debitor debitoris*). Il che conferma la possibilità che il creditore che agisca in sostituzione, possa – al solo fine di conseguire gli effetti di cui all'art. 2914, n. 2, c.c. – scegliere di intraprendere anche la procedura espropriativa.

debitore(-creditore)⁸², poiché non interviene allo scopo di sopperire all'inerzia di quest'ultimo⁸³.

Quanti ritengono che il creditore spieghi, per il tramite della domanda, un intervento in senso proprio nel processo esecutivo, affermano che lo stesso sarebbe munito dei medesimi poteri che la legge attribuisce ai creditori non titolati⁸⁴; alla medesima conclusione giungono, seppur argomentando diversamente, anche coloro secondo i quali il creditore promuove nell'ambito del processo esecutivo un'autonoma azione di cognizione (sia pure sommaria)⁸⁵.

Vi è un dato che, seppur con qualche sporadica eccezione⁸⁶, accomuna le diverse tesi dottrinali che attribuiscono all'azione *de qua* una finalità satisfattiva, ovvero che il *creditor creditoris* – pur potendo proporre la domanda prima dell'istanza di vendita o assegnazione – non godrebbe di alcun potere nell'ambito della fase espropriativa.

Su questa idea si è assestata anche la giurisprudenza di legittimità, seppur dopo qualche esitazione. Questa infatti, mentre in un primo momento – facendo leva sulla funzione anche conservativa dell'istituto – ha ammesso la possibilità, per il creditore, di porre in essere atti dell'espropriazione forzata, in vece del suo debitore⁸⁷; successivamente ha ribadito la natura eminentemente satisfattiva della domanda di sostituzione, e ha ritenuto che le facoltà surrogatorie del subcollocatario sono circoscritte al mero potere di promuovere in sede di

⁸² La tesi per cui il creditore agirebbe *utendo iuribus* del proprio debitore è stata in passato sostenuta da coloro che attribuivano all'azione *de qua* natura surrogatoria. Sul punto, v. S. SATTÀ, *Commentario*, III, cit., p. 209 s., per il quale il subcollocatario ha tutti i poteri dell'interventore ma nei limiti di quanto concesso al suo debitore. Nel medesimo ordine di idee, anche E. REDENTI, *op. cit.*, p. 419. Attualmente, in questo ordine di idee, C. DELLE DONNE, *All'istante ex art. 511 c.p.c. non si applica l'art. 111 c.p.c.: (ancora) intorno ad una giusta decisione e ad una inconsistente motivazione*, in *Judicium online*, 28 marzo 2024, § 3.1., secondo la quale il subcollocatario assume lo *status* di parte del processo esecutivo, in quanto sarebbe dotato di tutti i poteri surrogatori funzionali a perseguire e mantenere l'utile collocazione del proprio debitore nel piano di riparto, non solo in fase distributiva ma all'occorrenza anche in fase espropriativa. Con la precisazione però che tali poteri si arrestano al cospetto degli atti dispositivi, sostanziali o processuali, compiuti dal creditore.

⁸³ G. VERDE, *Diritto processuale civile*, III, cit., p. 121.

⁸⁴ M. ACONE, *La domanda di sostituzione*, cit., p. 252 ss., per il quale dunque al creditore, che agisce in sostituzione, possono essere attribuiti ampi poteri sostitutivi ma solo nella fase distributiva. In un analogo ordine di idee, A. BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, cit., p. 278; Non è, tuttavia, superfluo rimarcare che tali tesi si sono sviluppate nel contesto antecedente alle riforme del 2005, con tutte le implicazioni di cui si è detto in precedenza in merito alla totale equiparazione fra i creditori intervenuti nella fase distributiva (*retro* § 2 s.).

⁸⁵ In questo senso, B. CAPPONI, *La cognizione sulla domanda di sostituzione*, cit., p. 730, per il quale «una possibilità di “sostituzione” del *creditor creditoris* nei poteri di iniziativa processuale propri del creditore-debitore può legittimamente essere configurata [...] al solo interno della fase di distribuzione della somma ricavata».

⁸⁶ G. BALENA, *Contributo allo studio delle azioni dirette*, cit., p. 324 s., l'a. – coerentemente con le premesse dalle quali muove – riconosce al subcollocatario «una legittimazione sostitutiva e concorrente (se non addirittura ad intervenire in vece del suo debitore, quanto meno) al compimento di atti di impulso del processo esecutivo, nei limiti dei poteri che potrebbero esercitarsi dal debitore intermedio».

⁸⁷ Cass., 6 marzo 1969, n. 735, in *Foro it.*, 1969, c. 2671. Sul punto, in chiave dubitativa, Cass., 13 marzo 1987, n. 2608, cit.

distribuzione alcune contestazioni e di resistere a quelle da altri proposte ovvero di promuovere l'opposizione agli atti esecutivi⁸⁸.

La giurisprudenza di legittimità non riconosce poi – ed è questo il profilo più dibattuto – al creditore che agisce in sostituzione il potere di impedire l'estinzione del processo esecutivo in caso di rinuncia agli atti da parte del creditore-debitore. La ragione di ciò sta, ad avviso della S.C., nel fatto che «la posizione processuale del subcollocato è subordinata alla persistenza della qualità di creditore in capo al suo debitore (o creditore sostituito) e da quella dipende; e, poiché quella legittimamente viene meno per la potestativa determinazione di quest'ultimo di rinunciare al processo esecutivo da lui intentato, il subcollocato non ha facoltà di mantenere in vita il processo contro l'originario debitore a dispetto della rinuncia del sostituito, perché quegli non ha alcun titolo esecutivo nei confronti dell'unico soggetto passivo dell'espropriazione»⁸⁹.

Su tale ultimo aspetto sorgono, invero, delle perplessità. Se, da un lato, pare corretto affermare che nella fase espropriativa il subcollocato non goda di alcun potere, ivi compreso quello di impedire l'estinzione del processo esecutivo; dall'altro, non è coerente, né con la premessa dalla quale si muove, ritenere che tale facoltà non possa essere attribuita al creditore nemmeno quando si è verificato un subingresso nel diritto alla distribuzione del ricavato.

Con la domanda di sostituzione, il creditore chiede di subentrare nel diritto alla distribuzione del ricavato del proprio debitore, nonché nella posizione processuale assunta da quest'ultimo. L'accoglimento della domanda determina l'impossibilità per il creditore-sostituito di disporre del diritto nel quale è subentrato il subcollocatario⁹⁰.

Se ciò è vero, si può ritenere che egli non possa rinunciare agli atti a norma dell'art. 629 c.p.c., dal momento che la rinuncia costituisce senz'altro un atto di disposizione, non del diritto di azione⁹¹, ma del diritto alla distribuzione del ricavato, poiché ha l'effetto sostanziale di impedire il soddisfacimento, in quella sede, del credito⁹²; e, che, non potrà opporsi all'eventuale rinuncia proveniente da altri creditori. Con la conseguenza che il subcollocatario

⁸⁸ Cass., 17 novembre 2020, n. 26054, nella quale si giustifica la soluzione indicata nel testo in ragione del fatto che tali «situazioni [...] no un subingresso del creditore di cui all'art. 511 c.p.c., nel diritto soggettivo sostanziale del creditore sostituito, ma attengono all'esercizio della c.d. azione distributiva, ovvero riguardano un rimedio – l'opposizione ex art. 617 c.p.c., – che attiene alla regolarità formale del procedimento».

⁸⁹ Cass., 17 novembre 2020, n. 26054, cit. Con particolare riguardo all'ipotesi della rinuncia, in senso contrario, Trib. Roma, 4 agosto 2008, in *Riv. esec. forz.*, 2010, p. 3, con nota di C. DELLE DONNE, *La rinuncia dei creditori titolati ex art. 629, 1° co., c.p.c. non estingue il processo esecutivo senza il consenso del subcreditore ex art. 511: un'implausibile presa di posizione della giurisprudenza di merito*.

⁹⁰ N. PICARDI, *La domanda di sostituzione nel processo esecutivo*, cit., p. 583.

⁹¹ Tant'è che l'azione esecutiva sarà riproponibile. Sul punto, v. A. SALETTI, voce *Estinzione del processo civile (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1994, p. 17; R. VACCARELLA, voce *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 980.

⁹² F. BUCOLO, *Il processo esecutivo ordinario*, Padova, 1994, p. 1188 s.

conserva la facoltà di opporsi all'eventuale rinuncia agli atti proveniente da altri o dal proprio debitore, a condizione che questa avvenga nella fase successiva alla vendita⁹³.

Tale assunto si presta a una facile obiezione se si aderisce all'idea – da noi in precedenza rifiutata – per cui lo *status* di avente diritto alla distribuzione non si acquisirebbe per effetto dell'intervento, ma in forza del titolo esecutivo o del riconoscimento da parte del debitore. Muovendo, infatti, da questa prospettiva e riconoscendo al subcollocatario una simile facoltà, si finirebbe con l'ammettere che l'espropriazione forzata possa proseguire, nella fase soddisfattiva, anche senza che vi sia un titolo esecutivo, dal momento che quest'ultimo non è necessario ai fini della proposizione della domanda⁹⁴. Tuttavia, a ciò si può replicare affermando, da un lato, che se si estende anche ai creditori *sine titulo* la previsione contenuta nell'art. 629, comma 2°, c.p.c. allora si deve riconoscere altresì la possibilità che il processo esecutivo possa proseguire senza che sia necessario il titolo; dall'altro lato, se si respinge la contrapposizione fra le due fasi, viene meno l'argomento posto a fondamento della tesi da sempre sostenuta dalla giurisprudenza in merito alla superfluità del titolo ai fini della proposizione della domanda ex art. 511 c.p.c.

Infine, ancora con riguardo agli ulteriori poteri riconosciuti in capo al subcollocatario, che può sollevare contestazioni nei confronti di creditori diversi dal sostituito oppure resistere a quelle da altri proposte avverso il suo debitore, o promuovere opposizione agli atti, si rendono necessarie alcune precisazioni in merito alle possibili contestazioni che possono sorgere a seguito della proposizione della domanda.

⁹³ Giunge alla medesima conclusione indicata nel testo, muovendo da una ricostruzione in parte diversa, N. PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964, p. 168 ss., per il quale con la sostituzione il subcollocatario subentra, oltre che nel processo, anche nel diritto alla distribuzione da intendersi come diritto ad ottenere un provvedimento di merito. Secondo l'a. tale diritto può infatti costituire oggetto di trasferimento a prescindere dalla successione nel diritto sostanziale. In questa prospettiva, dunque, il subcollocatario può rinunciare all'esecuzione o opporsi alla stessa.

⁹⁴ Una siffatta obiezione potrebbe fondarsi sul principio della c.d. oggettivizzazione degli atti esecutivi, affermato dalle Sezioni Unite nella celebre sentenza del 7 gennaio 2014, n. 61, nella quale si legge: «nel processo di esecuzione, la regola secondo cui il titolo esecutivo deve esistere dall'inizio alla fine della procedura deve essere intesa nel senso che essa presuppone non necessariamente la costante sopravvivenza del titolo del creditore procedente, bensì la costante presenza di almeno un valido titolo esecutivo, sia pure dell'interventore, che giustifichi la perdurante efficacia dell'originario pignoramento. Di talché, qualora, a seguito dell'intervento di un creditore munito di titolo esecutivo, sopravviene la caducazione del titolo esecutivo comportante l'illegittimità dell'azione esecutiva dal pignorante esercitata, il pignoramento, se originariamente valido, non è caducato, bensì resta quale primo atto dell'*iter* espropriativo riferibile anche al creditore titolato intervenuto, che prima ne era partecipe accanto al creditore pignorante». Tale principio, come è stato osservato, non implica un superamento del principio *nulla executio sine titulo*, ma solo una sua rimodulazione, sicché esso va inteso nel senso che non è necessaria – ai fini della prosecuzione del processo esecutivo – la sussistenza del titolo del creditore procedente, bensì la costante presenza di almeno un titolo valido, sia pure dell'interventore, per tutta la durata del processo. In questo ordine di idee, B. CAPPONI, *Le Sezioni Unite e l'«oggettivizzazione» degli atti dell'esecuzione forzata*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, p. 503.

6. Le contestazioni

Come si è detto finora, la domanda di sostituzione viene accolta per effetto della sua proposizione, a meno che non sorgono contestazioni. È ciò che si evince dal 2° comma dell'art. 511 c.p.c., laddove l'impiego dell'indicativo «il giudice dell'esecuzione *provvede* alla distribuzione anche nei loro confronti» lascia intendere che, ai fini dell'accoglimento della domanda, non sia necessario alcun accertamento, a meno che non sorgano contestazioni, nel qual caso si precisa che la decisione sulle stesse non può «ritardare la distribuzione tra gli altri creditori concorrenti».

Per procedere ad un corretto inquadramento delle contestazioni sulla domanda di subcollocazione è necessario svolgere una breve premessa in ordine all'oggetto delle controversie distributive ex art. 512 c.p.c., tenuto conto del fatto che, come si dirà, l'inquadramento delle contestazioni richiamate nel 2° comma dell'art. 511 c.p.c. nel novero di tali controversie, è condivisa dalla giurisprudenza, seppur non senza qualche contraddizione, nonché da buona parte della dottrina (sul punto, v. *infra*).

In merito all'oggetto delle contestazioni, nonché dell'ordinanza emanata dal giudice dell'esecuzione, assumono notevole rilievo le riforme del 2005 che hanno contribuito a un radicale cambiamento della fisionomia dell'istituto delle controversie distributive, sovvertendo i termini del dibattito in merito al loro oggetto.

Prima di allora, l'art. 512 c.p.c. affidava l'accertamento della «sussistenza o [del]l'ammontare di uno o più crediti o [del]la sussistenza di diritti di prelazione» a un giudizio a cognizione piena, destinato a concludersi con una sentenza idonea, secondo alcuni, al giudicato sostanziale⁹⁵, secondo altri, a una *preclusio pro iudicato*⁹⁶.

Con la riforma dell'art. 512 c.p.c., si supera l'idea che la contestazione dei crediti in fase distributiva debba intendersi come un'autonoma parentesi cognitiva, caratterizzata da un doppio grado di giudizio; essa si trasforma, infatti, in un mero incidente esecutivo, che, come tale, deve essere risolto dal giudice dell'esecuzione⁹⁷.

Ciononostante, la formulazione della norma resta invariata con riguardo all'oggetto delle contestazioni che, almeno apparentemente, continuano a riguardare la sussistenza del credito. In questo modo, si finisce con l'attribuire al g.e. – contrariamente a quanto si è sempre ritenuto – il potere di decidere sulla sostanza del rapporto, e l'opposizione agli atti esecutivi si trasforma in un giudizio avente ad oggetto il merito, ossia la relazione sostanziale fra le parti⁹⁸. Il che

⁹⁵ C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva: contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, cit., p. 551.

⁹⁶ E. REDENTI, M. VILLANI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1999, p. 284. In senso contrario, rispetto a entrambe le opinioni riportate nel testo E.F. RICCI, *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, cit., p. 1073 ss.

⁹⁷ G. VERDE, *Diritto processuale civile*, III, p. 91, il quale discorre di una cognizione incidentale, sommaria e con efficacia endoprocessuale.

⁹⁸ R. ORIANI, *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005. IV. Titolo esecutivo, opposizioni, sospensione dell'esecuzione*, in *Foro it.*, 2005, V, p. 104 ss.; B. CAPPONI, *L'opposizione distributiva dopo la riforma*

contrasta, da un lato, con l'idea che al giudice dell'esecuzione non può essere rimessa la decisione di controversie aventi ad oggetto diritti, giacché la decisione delle stesse esula dai suoi poteri; dall'altro, con la concezione secondo la quale l'opposizione agli atti esecutivi non può avere ad oggetto il merito, in quanto l'art. 617 c.p.c. sarebbe istituzionalmente inidoneo all'introduzione di deduzioni inerenti alla fattispecie sostanziale del diritto di credito⁹⁹.

Per tali ragioni, secondo l'interpretazione prevalente, nonostante persista il riferimento all'esistenza del credito, nonché al suo ammontare, l'oggetto delle controversie, come pure dell'ordinanza del giudice dell'esecuzione resa in tale sede, sarebbe esclusivamente il diritto del creditore a concorrere alla distribuzione del ricavato (si tratterebbe cioè di una situazione di carattere endoprocessuale)¹⁰⁰; di talché, la questione relativa alla sussistenza ovvero all'ammontare del credito, la cui risoluzione è pregiudiziale rispetto alla decisione della controversia, è risolta con efficacia *incidenter tantum*¹⁰¹.

Il fatto poi che avverso l'ordinanza è ammessa l'opposizione agli atti esecutivi, non sovverte tale conclusione, dal momento che oggetto dell'opposizione è pur sempre il diritto processuale a concorrere¹⁰².

In linea con tali affermazioni, si riconosce efficacia meramente endoesecutiva alla sentenza resa all'esito dell'opposizione proposta avverso l'ordinanza emessa dal giudice dell'esecuzione¹⁰³.

dell'espropriazione forzata, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1761 ss.; A. CARRATTA, *Le controversie in sede distributiva fra «diritto al concorso» e «sostanza» delle ragioni creditorie*, cit., p. 567.

⁹⁹ R. ORIANI, *Opposizione agli atti esecutivi*, cit., p. 51 ss. e 202 ss.

¹⁰⁰ G. VERDE, *Diritto processuale civile*, III, cit., p. 90 s., per il quale l'oggetto della contestazione, e quindi dell'accertamento, non può che essere la legittimazione del creditore interveniente a partecipare alla distribuzione, dal momento che solo in questo modo si spiegherebbe una decisione sulla contestazione con ordinanza, non suscettibile di passare in giudicato, e un'eventuale opposizione che dovrebbe avere ad oggetto la verifica dei requisiti di ammissibilità dell'intervento e non l'esistenza del credito. In un analogo ordine di idee, v., tra i tanti, A. TEDOLDI, *op. cit.*, p. 1314; M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., p. 253 ss.; 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.*, 2006, p. 895; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, I, cit., p. 383.

¹⁰¹ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 896.

¹⁰² A. TEDOLDI, *op. cit.*, p. 1317 ss. In senso contrario, B. CAPPONI, *L'opposizione distributiva dopo la riforma dell'espropriazione forzata*, cit., p. 1762, il quale, come si è detto, già prima delle modifiche introdotte con le riforme del 2005, era propenso ad estendere il *thema decidendum* del giudizio di opposizione agli atti esecutivi ad accertamenti sul merito del credito dell'interveniente *sine titulo*, conferendo alla pronuncia attitudine al giudicato sostanziale (sul punto, v. anche nota 22). Peculiare è l'opinione di A. CARRATTA, *op. cit.*, p. 567, per il quale l'art. 512, comma 1°, c.p.c., lungi dal richiamare l'art. 617 c.p.c. nella sua integralità si preoccupa di «predisporre, avverso l'ordinanza con la quale è stata risolta in via sommaria la controversia distributiva, un rimedio *ad hoc*, da esperire «nelle forme e nei termini dell'art. 617, comma 2°»».

¹⁰³ S. MENCHINI, *op. cit.*, p. 898. In senso contrario, B. CAPPONI, *L'opposizione distributiva*, cit., p. 1762; A. CARRATTA, *Le controversie in sede distributiva*, cit., p. 570, il quale precisa che la medesima attitudine al giudicato spetta anche all'ordinanza pronunciata dal g.e., nell'ipotesi in cui la parte non abbia proposto opposizione ex art. 617 c.p.c. Peculiare è la posizione di E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino, 1987, p. 21, il quale già prima delle riforme del 2005 riteneva che la sentenza resa a valle delle controversie distributive, avesse attitudine al giudicato limitatamente al diritto

Per quanto concerne la posizione della giurisprudenza di legittimità, essa si pone solo apparentemente in contrasto con l'opinione ora indicata poiché, se da un lato si afferma che la modifica dell'art. 512 c.p.c. non ha inciso sulla natura e sull'oggetto dell'opposizione distributiva, avendo comportato solo una rimodulazione e uno snellimento del procedimento, tramite l'attribuzione di poteri *lato sensu* cognitori al giudice dell'esecuzione¹⁰⁴, dall'altro si precisa che – a differenza dell'opposizione all'esecuzione – quella distributiva ha ad oggetto il diritto di partecipare alla distribuzione del ricavato, non anche l'esistenza del credito¹⁰⁵.

In questa prospettiva, dunque, i termini del dibattito restano i medesimi, posto che in nessun caso si dovrebbe riconoscere all'ordinanza del giudice dell'esecuzione, ovvero alla sentenza che decide l'opposizione agli atti esecutivi proposta avverso la prima, l'attitudine al giudicato sostanziale in merito all'esistenza del diritto di credito; effetto che, invece, consegue in caso di opposizione all'esecuzione, proposta dal debitore per contestare il diritto del creditore ad agire *in executivis*¹⁰⁶.

Quanto detto ha delle notevoli implicazioni in merito alla domanda di sostituzione ex art. 511 c.p.c. Sul punto, è bene notare che, anche rispetto a questo profilo, la posizione della giurisprudenza di legittimità non è scevra di contraddizioni.

Nel contesto anteriore alle riforme del 2005, la S.C. ebbe modo di affermare che le contestazioni, alle quali si riferisce il 2° comma della norma citata, sono quelle che sorgono fra il sostituto ed il sostituito e che conducono ad una pronuncia del giudice dell'esecuzione, la cui efficacia è circoscritta al processo esecutivo, trattandosi di un'ordinanza che decide in merito alla partecipazione delle parti alla distribuzione del ricavato. È chiaro, dunque, che in questa prospettiva le contestazioni in parola non sarebbero annoverabili tra le controversie distributive, dovendo le stesse essere risolte con ordinanza avverso la quale si ammetteva l'opposizione agli atti esecutivi¹⁰⁷.

processuale al concorso, e non anche con riguardo al diritto sostanziale di credito. Dopo la riforma tale tesi è stata ripresa da M. CIRULLI, Art. 512, in *Codice commentato delle esecuzioni civili*, cit., p. 758.

¹⁰⁴ V., da ultimo, Cass., 31 maggio 2023, n. 15439.

¹⁰⁵ Cass., 31 maggio 2023, n. 15439.

¹⁰⁶ Cass., 31 maggio 2023, n. 15439.

¹⁰⁷ Cass., 19 ottobre 2006, n. 22409, cit., nel caso di specie avverso l'ordinanza con la quale il g.e. aveva rigettato l'istanza di sostituzione era stata proposta opposizione agli atti esecutivi. Tuttavia, il tribunale adito dichiarava inammissibile l'opposizione ex art. 617 c.p.c., ritenendo che l'ordinanza opposta, avendo inciso in maniera definitiva sul diritto del *creditor creditoris*, dovesse essere configurata come sentenza, contro la quale doveva proporsi appello. Contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di merito, la S.C., invece, accoglieva il ricorso, reputando corretta la scelta del rimedio effettuata dalle parti, dal momento che l'ordinanza del giudice dell'esecuzione non può essere configurata come sentenza, posto che a quest'ultimo non spetta il potere di emanare provvedimenti di tal fatta.

In merito alla questione relativa all'individuazione del rimedio esperibile avverso un provvedimento del g.e., nell'ipotesi in cui quest'ultimo incorra in un errore nella determinazione del contenuto capace di disorientare la parte nella scelta, v. R. ORIANI, *'Essere' e 'dover essere' nell'impugnazione dei provvedimenti del giudice civile*, Napoli, 2023, p. 627 ss. e 745 s.

Nel mutato contesto normativo, sebbene la S.C. apparentemente confermi l'attualità della soluzione¹⁰⁸, sembrerebbe tuttavia implicitamente ritenere che le contestazioni debbano essere decise, in prima battuta, dal giudice dell'esecuzione in sede di controversie distributive¹⁰⁹.

Ancora una volta, dunque, non si fa cenno alle modifiche che hanno riguardato la disposizione in esame e all'impatto che queste hanno avuto sulla correlazione fra l'art. 512 c.p.c. e l'art. 617 c.p.c. Ammettere, in un primo tempo, che le contestazioni rientrino nell'ambito dell'opposizione agli atti esecutivi, per poi successivamente ritenere che a tale opposizione si perviene a seguito di un provvedimento del g.e. reso in sede di controversie distributive, non chiarisce i termini del problema né contribuisce ad un corretto inquadramento delle contestazioni in discorso.

L'opinione invece da sempre prevalente in dottrina è, come si è accennato, nel senso di ricondurre tale tipologia di controversia all'interno dello schema di cui all'art. 512 c.p.c.¹¹⁰. Trattandosi di tesi sviluppatesi perlopiù in relazione alla formulazione previgente della disposizione appena citata, era opinione comune che le contestazioni avessero ad oggetto il diritto di credito dell'istante, la cui sussistenza doveva essere accertata in sede di cognizione piena¹¹¹. Nel mutato contesto normativo l'individuazione di tale oggetto non può che risentire delle diverse ricostruzioni in merito al nuovo art. 512 c.p.c.

A nostro avviso, la lettura più coerente con le premesse dalle quali muove la giurisprudenza circa la natura della domanda di sostituzione è quella secondo cui le contestazioni menzionate nell'art. 511, comma 2°, c.p.c. hanno ad oggetto il diritto del *creditor creditoris* a partecipare alla distribuzione del ricavato e, pertanto, sono inquadrabili nello schema delle controversie

¹⁰⁸ Si afferma, infatti, che «le contestazioni sulla domanda di sostituzione, alle quali fa riferimento il comma 2° della norma, sono anche quelle che insorgono tra sostituto e sostituito e conducono ad una pronuncia del giudice dell'esecuzione, la cui efficacia è circoscritta al processo esecutivo, perché relativa ad atti che decidono della partecipazione di parti alla distribuzione del ricavato dall'espropriazione. In altri termini, si tratta di opposizione ad atti esecutivi (art. 617 c.p.c., comma 2°), decisa con sentenza impugnabile soltanto con il ricorso straordinario per cassazione, come si ricava dall'art. 618 c.p.c.» (Cass., 20 settembre 2012, n. 15932, cit.).

¹⁰⁹ Cass., 20 settembre 2012, n. 15932, cit., nella quale si conferma la correttezza dei rimedi scelti dalla parte, che nella specie aveva introdotto le contestazioni a norma dell'art. 512 c.p.c. Tale soluzione risulta implicitamente confermata anche da Cass., 20 novembre 2023, n. 32143, cit.; Cass., 20 dicembre 2023, n. 35657, cit.

¹¹⁰ V. DENTI, voce *Distribuzione della somma ricavata*, cit., p. 332; G. BALENA, *Brevissime note sulla sostituzione di un creditore nella distribuzione del ricavato dell'espropriazione*, cit., c. 2836 ss. In senso contrario, ancorché sulla base di percorsi argomentativi differenti, M. ACONE, *La domanda di sostituzione del creditore*, cit., p. 267 ss., il quale differenzia l'ambito di applicazione dell'art. 511, comma 2°, c.p.c. da quello dell'art. 512 c.p.c.; N. PICARDI, *La domanda di sostituzione*, cit., p. 607; A. BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, cit., p. 277. Più ambigua è la posizione di S. SATTA, *Commentario*, III, cit., p. 211, che ha mutato l'opinione espressa in *Id.*, *L'esecuzione forzata*, III, cit., p. 190, circa l'estraneità delle controversie in esame all'esecuzione, ricavandone la conseguenza che le stesse debbano essere risolte separatamente rispetto a quelle dell'art. 512 c.p.c.

¹¹¹ Sul punto, B. CAPPONI, *Diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2023, p. 315, il quale configura l'opposizione in sede distributiva del sostituito come fase cognitoria consecutiva alla domanda sommaria del subcollocato.

distributive. Il sostituito non mira, infatti, ad ottenere un accertamento negativo del diritto, ma ad escludere il creditore dalla distribuzione del ricavato.

Con la conseguenza che avverso l'ordinanza con la quale il giudice risolve dette contestazioni, sarà esperibile l'opposizione agli atti esecutivi che si concluderà con una sentenza che avrà esclusivamente ad oggetto il diritto al concorso del sostituito.

È chiaro che, nell'ambito di tale procedimento, ben potrebbe sorgere una questione in merito all'esistenza del credito, che rappresenta un elemento della fattispecie costitutiva del diritto dedotto in giudizio. Tuttavia, tale questione non potrà che essere risolta dal g.e. *incidenter tantum*, a meno che una delle parti non abbia – contestualmente – provveduto a instaurare un giudizio a cognizione piena avente ad oggetto l'esistenza (ovvero l'inesistenza) del credito vantato dal subcollocatario.

In tali casi, alcuni ritengono – a nostro avviso correttamente – che tra le due cause intercorra un nesso di pregiudizialità tecnica¹¹²; il che può comportare o la sospensione ex art. 295 c.p.c. del giudizio di opposizione agli atti promosso avverso l'ordinanza ovvero, se l'ordinanza non è stata ancora emanata, la sospensione della distribuzione nel rapporto fra sostituto e sostituito a norma dell'art. 512, comma 2°, c.p.c. (non potendo il giudice dell'esecuzione sospendere la risoluzione della controversia distributiva a norma dell'art. 295 c.p.c.)¹¹³.

Non pare, invece, contrariamente a quanto da altri ritenuto, che sia necessaria la partecipazione del debitore esecutato all'eventuale giudizio di opposizione agli atti esecutivi promosso avverso l'ordinanza del giudice dell'esecuzione, posto che egli non ha alcun interesse alla risoluzione della controversia fra sostituto e sostituito, essendogli completamente indifferente a chi verrà attribuita la somma.

Infine, per quanto concerne la partecipazione del subcollocatario all'eventuale giudizio relativo alle contestazioni da altri promosse nei riguardi del sostituito (ci si riferisce all'ipotesi in cui avverso il provvedimento del g.e. venga proposta opposizione agli atti esecutivi), si ritiene che questi sia parte necessaria, poiché il provvedimento conclusivo potrebbe comportare l'estromissione del sostituito dalla distribuzione del ricavato, e deve dunque necessariamente produrre effetti anche nei suoi confronti.

Federica Pinto

Ricercatrice dell'Università degli studi di Napoli Federico II

¹¹² V. BARONCINI, *La cognizione sul credito vantato dal creditor creditoris nella sostituzione esecutiva ex art. 511 c.p.c.*, cit., § 5. In senso analogo, seppur in forma dubitativa, M. CIRULLI, *Art. 511*, cit., p. 739.

¹¹³ Si tratta dunque di una sospensione parziale e limitata alla somma spettante al creditore in favore del quale è stata disposta la somma, dal momento che l'art. 511 c.p.c. prevede *expressis verbis* che in nessun caso le contestazioni relative alla domanda di sostituzione possa ritardare la distribuzione fra gli altri creditori concorrenti.

INDICE

Speciale Riforma

ALESSANDRO FABBI

*LA VENDITA DIRETTA, NEL QUADRO DEI MODULI PROCEDIMENTALI CONCORDATI DI CUI AL PROCESSO ESECUTIVO.....*277

GIAN PAOLO CALIFANO

*DECRETO INGIUNTIVO, MEDIAZIONE OBBLIGATORIA E PROCEDIMENTO SEMPLIFICATO DI COGNIZIONE.....*310

Saggi

SERGIO MENCHINI

*ANCORA SULLA PREGIUDIZIALITÀ LOGICA; CONSIDERAZIONI A MARGINE DELLA ORDINANZA N. 27927/2024 DELLA CORTE DI CASSAZIONE.....*263

VALERIA VERDE

*SULL'IDENTITÀ DELLE MISURE PROTETTIVE E CAUTELARI NEL CODICE DELLA CRISI: RIFLETENDO SU UNA RECENTE ORDINANZA DI RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CASSAZIONE.....*313

FABIO SAVINO

*SUL RAPPORTO TRA LA PLURALITÀ DEI RITI E L'EFFICIENZA DEL PROCESSO CIVILE: LA RIDUZIONE DEI MODELLI PROCESSUALI QUALE POSSIBILE SOLUZIONE EFFICIENTISTA.....*336

GUIDOMARIA DE CESARE

PROFILI DI DIRITTO PROCESSUALE NELLA SENTENZA SFFA V. HARVARD: DALLA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE ALLA SINDACABILITÀ DEGLI ATTI POLITICI 364

FEDERICA PINTO

ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ IN MERITO ALLA DOMANDA DI SOSTITUZIONE EX ART. 511 C.P.C. 393

Note a sentenza

GIUSEPPE MANCINO

L'OPPONIBILITÀ DEL LODO ARBITRALE RITUALE ALLA PROCEDURA FALLIMENTARE: LA DEFINITIVA CONSACRAZIONE DELLA SUA EQUIVALENZA ALLA SENTENZA GIURISDIZIONALE 381

Tutti i contributi pubblicati nel presente fascicolo, salvo diversamente specificato, sono stati sottoposti a blind peer review, secondo il procedimento descritto nella Rivista, sub Referaggio.