

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 Finocchiaro (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



LUCA TROIANIELLO

Tutela cautelare d'urgenza e responsabilità "sostenibile" dell'organo amministrativo

Alla luce delle novità introdotte dalla *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, il contributo si sofferma sulla possibilità di un ampliamento della tutela giurisdizionale dei c.d. *stakeholders* in campo cautelare mediante lo strumento atipico d'urgenza. L'analisi partirà dalla disamina delle componenti essenziali dell'art. 700 c.p.c. e della disciplina interna della responsabilità degli amministratori di società di capitali ai fini di una verifica della loro compatibilità, prendendo in considerazione i nuovi obblighi europei di sostenibilità.

Considering the innovations introduced by the *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, the paper will focus on the possibility of an expansion of the judicial protection of the so-called *stakeholders* in the field of precautionary measures through the atypical instrument of urgency. The analysis will start by examining the essential components of Article 700 c.p.c. and the domestic regulation of the liability of company directors for the purpose of an examination of their compatibility, taking into consideration the new European sustainability duties.

Sommario: 1. Premessa – 2. Inquadramento sistematico dell'art. 700 c.p.c. – 2.1 (*segue*) Principali applicazioni della cautela atipica al diritto societario. – 3. La responsabilità degli amministratori per l'inosservanza degli obblighi di *governance* e l'azione individuale dei singoli soci e dei terzi. – 4. Il dovere di diligenza europeo e il conseguente rimedio dell'azione di risarcimento del danno. – 5. Tutela d'urgenza e *due diligence* societaria sostenibile. – 6. Conclusioni.

1. Premessa

Il tema della *governance* societaria sostenibile è divenuto di grande attualità negli ultimi anni, ottenendo una forte accelerazione anche grazie all'iniziativa del legislatore comunitario che lo ha valorizzato all'interno della sua agenda politica, dal momento che essa incarna l'antica dicotomia tra obiettivi di sostenibilità e profitto nell'ambito del diritto societario. Nata dall'esigenza di attuare concretamente la c.d. «responsabilità sociale delle imprese», si è presto compreso che il difetto principale di tale peculiare fattispecie risiedeva proprio nella tradizionale accezione di volontarietà connotante il comportamento degli amministratori in relazione a questa tematica.

In tale quadro sistematico si innesta la *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*¹ – anche denominata *CSDDD* o *CS3D* – la quale presenta proprio lo scopo di superare tale volontarietà, deviando l’analisi dei valori della sostenibilità dal piano degli scopi e degli interessi a quello di nuovi interventi strutturali che ne consentano il passaggio da una fase *inclusiva* di diritti e principi ad una *attuativa*, mediante puntuali doveri vincolanti di condotta in tema di organizzazione e responsabilità delle società, così che le stesse contribuiscano al generale *successo sostenibile*². La strada optata è, dunque, quella dell’imposizione di doveri fiduciari di monitoraggio e di diligenza in capo all’organo amministrativo e non quella dell’intervento indiretto sui rapporti tra quest’ultimo e i soci-investitori istituzionali tramite, ad esempio, la promozione dell’attività di *stewardship* (ossia la pianificazione e gestione responsabile-etica delle risorse).

L’ipotesi che viene presa in considerazione in tale sede è quella per cui, individuati i principi dell’ordinamento italiano in ordine alla responsabilità degli amministratori di società di capitali, nonché gli innovativi diritti di matrice europea riconosciuti ai c.d. *stakeholders*, la sfera protettiva giurisdizionale dei medesimi possa essere estesa anche all’alveo “cautelare” attraverso il ricorso alla tutela atipica d’urgenza di cui all’art. 700 c.p.c.; questa proposta, qualora trovi un contesto florido di apertura nell’ordinamento italiano a seguito dell’entrata in vigore della legge di recepimento della *CSDDD*, potrebbe garantire ai portatori di interessi “altri” la capacità di difendere le proprie posizioni e istanze non soltanto con provvedimenti giurisdizionali successivi a carattere rimediabile, ma anche con provvedimenti di tipo conservativo o di natura anticipatoria con cui vengano imposte condotte conformi ai canoni comunitari o inibite condotte non *sostenibili*, ampliando – senza stravolgere – i confini dei vigenti strumenti tipici dell’ordinamento italiano.

Di conseguenza, si partirà da una ricostruzione delle componenti della cautela innominata, anche analizzando altre pacifiche ipotesi applicative della stessa al diritto societario, nonché della *due diligence* societaria sostenibile, per comprendere se le prerogative degli *stakeholders* possano soddisfare tutti i requisiti legislativi richiesti dall’istituto atipico del diritto processuale civile italiano.

2. Inquadramento sistematico dell’art. 700 c.p.c.

Oggetto della presente indagine, dunque, sarà proprio la verifica della compatibilità tra i principi cautelari interni e i nuovi obblighi europei di *sostenibilità* ricadenti sulle società di maggiori dimensioni (*rectius* sugli amministratori delle società) coinvolte dalla direttiva.

¹ Direttiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità.

² Il Codice di *Corporate Governance* italiano del 2020 definisce il *successo sostenibile* come «l’obiettivo che guida l’azione dell’organo di amministrazione e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società».

Pertanto, al fine di comprendere se sia possibile configurare un ampliamento a livello cautelare della tutela giurisdizionale degli *stakeholders*, si reputa necessaria una disamina dello strumento atipico delineato dall'ordinamento italiano: il provvedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c.³.

Il provvedimento di cui all'art. 700 c.p.c. è un peculiare istituto del sistema processuale civile italiano che funge da norma di chiusura dell'intero sistema cautelare, in quanto assume la funzione di raccoglitore di tutte quelle fattispecie giuridiche che non trovano una disciplina espressa di tutela a livello provvisorio. Difatti, a seguito dell'abrogazione degli artt. 701 e 702 c.p.c., avvenuta con la riforma del 1990⁴, l'art. 700 c.p.c. è l'unico strumento predisposto dal codice di rito per la trattazione dei «provvedimenti di urgenza».

Questo istituto, che risponde all'esigenza di garantire l'attuazione completa del principio di matrice chiovendiana⁵ – per il quale la durata del processo non deve dare danno all'attore che ha ragione – ossia dell'effettività della tutela giurisdizionale, tramite uno strumento di carattere sussidiario, residuale e atipico, ottiene, nel novero delle procedure cautelari, un ruolo polifunzionale, potendo essere concesso tutte le volte che «*chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile*» e potendo assumere i contenuti «*più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*».

Partendo dal dato letterale della disposizione possiamo ricavare i caratteri fondamentali del provvedimento d'urgenza.

La prima caratteristica che interviene, stante la strutturazione dell'art. 700 c.p.c. come potere generale di cautela, è quella della atipicità. Tale atipicità, non soltanto riguarda i *pericula in mora* da neutralizzare e i diritti che possono costituire oggetto della tutela – la norma, infatti, parla generalmente di «diritto» – ma anche il contenuto del provvedimento stesso il quale, potendo essere quello «*più idoneo ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*», può essere di tipo conservativo o di tipo anticipatorio⁶, anche se tipicamente i

³ Per un'analisi approfondita dell'istituto, senza pretesa di completezza, si vedano G. VERDE, *Diritto processuale civile. Processo di esecuzione. Procedimenti speciali*, vol. 3, 6ª ed., Bologna, 2020, p. 254-261; G. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. 2, Torino, 2023, p. 231 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 3, 6ª ed., Bari, 2023, p. 293 ss.; G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile. Le Cautele. Il processo cautelare*, II ed., XI, Padova, 2011, p. 3 ss.; A. PROTO PISANI, voce «*Procedimenti cautelari*», in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, *passim*; ID., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 367 ss.; A. G. DIANA, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Torino, 2012, *passim*; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., Torino, 1997, *passim*; ID., *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, *passim*; C. E. BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Digesto Civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 108 ss.; F. TOMMASEO, voce «*Provvedimenti di urgenza*», in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, *passim*.

⁴ Legge 26 novembre 1990, n. 353.

⁵ Il principio di G. CHIOVENDA è stato fatto proprio, poi, dalla Corte Cost., 28 giugno 1985, n. 190.

⁶ Il provvedimento cautelare conservativo mira a evitare che la durata del processo di cognizione renda praticamente infruttuosa la messa in esecuzione del titolo esecutivo successivamente ottenuto, mentre quello anticipatorio mira a evitare che il soggetto titolare del diritto permanga in uno stato di insoddisfazione, in quanto è la stessa permanenza in tale stato,

provvedimenti di urgenza assumono la seconda qualificazione⁷. Difatti, è proprio la genericità della norma che consente al giudice di adottare provvedimenti differenti tra loro, connotati da una ampia elasticità dell'oggetto dei medesimi.

Il secondo attributo fondamentale, che costituisce persino condizione indispensabile per l'operatività della norma, è la residualità. Anche tale peculiarità è ricavabile direttamente dall'*incipit* della disposizione, la quale statuisce che questo strumento è utilizzabile solamente «fuori dei casi regolati nelle sezioni di questo capo». Ciò vale a dire che il procedimento di urgenza potrà essere invocato solo qualora manchino i presupposti o le condizioni per la configurabilità delle altre misure tipiche previste dal codice di rito, come ad esempio i sequestri, rendendo la misura di urgenza sussidiaria rispetto a tutte le altre fattispecie tipiche. Inoltre, è pacifico che, seppure l'art. 700 c.p.c. faccia riferimento solo ai rimedi cautelari del codice di rito, il requisito della residualità deve essere interpretato estensivamente, andando a ricomprendere non soltanto le altre fattispecie di procedimenti sommari non cautelari⁸, ma anche tutte quelle altre misure cautelari nominate e tipizzate dalle leggi speciali o dal codice civile⁹. Pertanto, anche in queste ipotesi, non potrà trovare applicazione lo strumento della tutela innominata.

D'altro canto, la residualità non deve essere intesa in senso puramente formalistico. Infatti, l'orientamento consolidato, sia in dottrina che in giurisprudenza, sostiene l'inammissibilità dei provvedimenti cautelari atipici soltanto quando, tramite essi, si intenda proteggere un diritto da un *periculum in mora* già considerato da una misura cautelare tipica; dunque, la riserva di residualità non si applica tanto in relazione al tipo di diritto sostanziale in gioco, quanto alla natura del concreto *periculum in mora* che si vuole prevenire¹⁰.

Infine, il terzo carattere, quello della strumentalità, si riferisce alla connessione che intercorre tra la misura cautelare a cognizione sommaria e la successiva sentenza di merito a cognizione piena, secondo la quale quanto statuito nel giudizio sommario dovrebbe trovare una conferma (o anche una smentita) in quello ordinario, dal momento che solo quest'ultimo è in grado di attribuire al diritto la definitività della cosa giudicata¹¹.

che produce un danno successivamente non riparabile. V., *ex multis*, R. CONTE, *sub art. 700*, in AA. VV. (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, vol. VII, tomo II, Milano, 2014, p. 555 ss.

⁷ A. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., p. 393, sostiene ciò poiché «le misure cautelari tipiche previste dal nostro ordinamento riescono ad assicurare una tutela quasi completa contro il c.d. pericolo da infruttuosità pratica della decisione di merito».

⁸ Ad esempio, quando il diritto soggettivo sia tutelabile mediante proposizione di decreto ingiuntivo.

⁹ Si veda l'ipotesi specificamente dettata dall'art. 2409 c.c.

¹⁰ Ciò significa che, ad esempio, anche la proprietà o i diritti di credito possono essere cautelati con la tutela innominata dell'art. 700 c.p.c. ove si tratti di scongiurare minacce cui le altre misure tipiche, come il sequestro, non porrebbero rimedio. Ciò proietta la riserva di residualità sul piano della relatività e non della assolutezza.

¹¹ Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27187 secondo cui i provvedimenti d'urgenza emessi *ante causam* sono «privi di stabilità e inidonei al giudicato, ancorché nessuna delle parti del procedimento cautelare abbia interesse ad iniziare l'azione di merito».

Tuttavia, a seguito delle novità apportate all'art. 669 *octies* c.p.c. dalla riforma del 2005¹², che prevedono che le disposizioni concernenti l'inefficacia della misura sommaria cautelare per il mancato inizio o l'estinzione del giudizio di merito non si applicano ai provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c., l'attributo della strumentalità è stato drasticamente ridimensionato, in quanto il beneficiario di tale provvedimento potrà continuare a godere degli effetti del medesimo anche senza l'instaurazione, o a seguito dell'estinzione, del correlato procedimento a cognizione piena¹³.

Questo ha portato la dottrina a riqualificare la struttura del provvedimento d'urgenza, da atto dotato di provvisorietà ad atto dotato di *ultrattività*¹⁴, per distinguerlo dal giudicato connotato, invece, dalla definitività. Ciò ha anche comportato la rivalutazione stessa del concetto della strumentalità dei provvedimenti cautelari atipici e di quelli anticipatori, a causa della differenza con la strumentalità tipica dei provvedimenti conservativi, determinando l'elaborazione dottrinale delle categorie della «strumentalità attenuata»¹⁵, propria dei primi, e della «strumentalità forte o rigida», attribuita ai secondi e caratterizzata dalla dipendenza dell'efficacia della cautela alla sorte del giudizio di merito.

Congiuntamente alle condizioni di procedibilità discendenti dalle caratteristiche di tale strumento, l'art. 700 c.p.c. delinea i due requisiti fondamentali per l'accoglimento della domanda del provvedimento d'urgenza: il *fumus bonis iuris* e il *periculum in mora*. Il primo si configura come una valutazione preliminare del diritto che si vuole cautelare, basata sulla apparenza e sulla probabile esistenza del medesimo, mentre il secondo consiste nel riscontro di una situazione dannosa manifestantesi con i caratteri dell'imminenza e prossimità che, se non venga tempestivamente interrotta, sarebbe tale da rendere impossibile la completa reintegrazione del diritto cautelando attraverso gli altri rimedi previsti dalla legge.

Segnatamente, quanto al *fumus bonis iuris*, è necessario che il diritto fatto valere dal ricorrente sia probabilmente sussistente, così da rendere probabile anche l'accoglimento della domanda cautelare. Sul punto, però, la dottrina e la giurisprudenza non hanno fornito un'interpretazione univoca sul concetto di «diritto», ossia sulla situazione giuridica soggettiva che sia idonea ad ottenere una tutela d'urgenza.

¹² Legge 14 maggio 2005, n. 80.

¹³ D. MICALI, *Provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e giudizio di ottemperanza*, in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1562.

¹⁴ G. ARIETA, *op. cit.*, p. 27, il quale chiarisce che «ultrattività, dunque, non significa stabilizzazione e comporta che il regolamento anticipato introdotto dalla cautela ante causam continuerà a produrre i suoi effetti fino a quando una delle parti non riterrà o di instaurare il giudizio di merito ovvero di proporre istanze di modifica o di revoca della misura cautelare». Analogamente, C. CONSOLO, *op. cit.*, 2012, p. 279 ss.; A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in G. TARZIA e A. SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2015, p. 284 ss.

¹⁵ Così, ad esempio, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Napoli, 2012, p. 599 ss.; G. ARIETA, *op. cit.*, 25 ss.; A. SALETTI, *op. cit.*, p. 283 ss.; G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 3, p. 656.

Alcuni autori hanno avallato una lettura più stringente della norma in base alla quale la pretesa deve essere di “*fondatezza evidente*” e, in ogni caso, deve avere ad oggetto un diritto soggettivo e non un mero interesse di fatto o una mera aspettativa¹⁶. Questa visione, però, risulta leggermente sfavorevole per i diritti non tipici, ossia quelli non positivizzati dal legislatore o, addirittura, privi di un riscontro consolidato nella giurisprudenza, in quanto essi richiederebbero un accertamento più approfondito che il giudice cautelare, in un contesto di istruzione sommaria, difficilmente è propenso ad effettuare¹⁷. Al contrario, secondo un’altra impostazione meno rigorosa, la fondatezza non dovrebbe essere necessariamente evidente, ma anche solo “*verosimile*”, dal momento che sarebbe sufficiente anche la semplice configurazione, in termini di probabile sussistenza, della situazione giuridica sostanziale azionata alla luce degli elementi di prova esistenti *prima facie*¹⁸.

In relazione al *periculum in mora*, invece, bisogna analizzare i due attributi del pregiudizio che potrebbe incidere sul diritto cautelando nelle more del giudizio ordinario; difatti, l’art. 700 c.p.c. richiede che sussista un fondato timore che tale pretesa giuridica subisca un danno «*imminente e irreparabile*».

L’imminenza deve essere intesa sia come una modificazione in tempi rapidi dello stato di fatto attuale sia come reiterazione di una situazione dannosa già preesistente, derivanti da un pericolo oggettivo, involontario e reale, che deve essere prevenuto o represso prima del lungo esito del giudizio di merito.

Di più complicata qualificazione è la caratteristica dell’irreparabilità. Letteralmente, essa corrisponde all’assenza di qualsiasi rimedio, sia in forma specifica sia per equivalente in denaro, che consenta l’integrale reintegrazione del danno prospettato, a causa dell’elevata durata del processo ordinario che non consentirebbe la soddisfazione totale del diritto dedotto nella controversia¹⁹.

Tuttavia, parte della dottrina più recente rifugge da tale interpretazione strettamente letterale dell’irreparabilità del pregiudizio, basata esclusivamente sulla natura assoluta del diritto tutelato. Si è sostenuto, infatti, che tale carattere dovrebbe essere letto anche, e preliminarmente, alla luce della persona titolare della pretesa e, dunque, in virtù dell’effettiva funzione che il diritto dovrebbe svolgere nel caso concreto in relazione agli interessi meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento²⁰; ciò, non equivarrebbe a prospettare una forma di

¹⁶ Così A. SCARPA, *I provvedimenti d’urgenza. Art. 700 Cod. proc. civ. (Magis imperii quam iurisdictionis)*, 2^a ed., Milano, 2011, *passim*; R. CONTE, *op. cit.*, p. 511.

¹⁷ A. MORELLO, *Lineamenti di una teoria e commenti su un caso di “negata due diligence”*, in *Società*, 12, 2018, p. 1392.

¹⁸ A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela cautelare*, in ID. (diretto da), *I procedimenti cautelari*, Torino, 2017, p. 49.

¹⁹ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Roma, 1923, p. 529; F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. IV, Padova, 1936, p. 340-342; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 1943, p. 102. In giurisprudenza si veda, *ex multis*, Trib. Nola, 11 febbraio 2014.

²⁰ A. PROTO PISANI, *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c., cit.*, p. 380, nonché P. FRISINA, *La tutela cautelare d’urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 4, p. 985. Sulla necessità di considerare in senso dinamico la situazione

soggettivizzazione del danno, ma solo a far risaltare la soddisfazione complessiva dell'interesse del titolare del diritto minacciato.

Quindi, evitando di limitare l'accertamento giudiziale a mere valutazioni presuntive, l'irreparabilità necessiterebbe di tre corollari: l'irreversibilità delle conseguenze negative del *periculum in mora*, l'impossibilità – o almeno la grave difficoltà – di ripristinare lo *status quo ante* e la mancata realizzazione della funzione che il diritto riceve dall'ordinamento o nel caso concreto.

Questo orientamento estensivo consente di ricomprendere nel novero della tutela d'urgenza i più svariati diritti, a partire da quelli soggettivi sostanziali perfetti fino a quelli di credito per prestazioni pecuniarie²¹, nonché di categorizzare l'operare dell'irreparabilità in base alla pretesa giuridica coinvolta. Pertanto, per i diritti a funzione e contenuto non patrimoniale, come i diritti della personalità e i diritti costituzionalmente rilevanti²², e per quelli a contenuto patrimoniale, ma a funzione non patrimoniale²³, l'irreparabilità esiste *in re ipsa*, considerato che trattasi di situazioni giuridiche in cui la reintegrazione risulta complicata e spesso inattuabile e che lo strumento di tutela tipico è quello preventivo della inibizione del comportamento o dell'omissione lesivi; invece, per i diritti a contenuto e funzione patrimoniale, essendosi concluso che tale irreparabilità non può essere esclusa a priori, la stessa si verificherà quando vi sia uno scarto irrimediabile tra il verificarsi del danno e il suo successivo risarcimento, discendente dal protrarsi della durata del giudizio di merito, come pure quando sussistano complessità considerevoli dell'accertamento stesso del danno²⁴.

Concludendo, l'art. 700 c.p.c. sembra essere legittimamente azionabile, per irreparabilità del pregiudizio, anche quando sussistono eventuali rimedi risarcitori o recuperatori del diritto minacciato, ma gli stessi, in relazione al rischio di tardività del giudizio di merito, appaiono sostanzialmente insoddisfacenti per la pretesa cautelanda²⁵.

sostanziale fatta valere in sede cautelare v. A. CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 1, p. 6 ss.; V. ANDRIOLI, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, Napoli, 1968, p. 251.

²¹ Sull'ammissibilità di un pregiudizio irreparabile nei diritti obbligatori pecuniari si veda, tra le altre, Trib. Firenze, 4 maggio 2005.

²² Ci si riferisce, ad esempio, ai diritti al nome, all'immagine, all'identità personale, ma anche a valori costituzionali come l'ambiente, la salute e l'istruzione.

²³ In questo caso si fa riferimento a bisogni primari, per il titolare, e libertà di rilevanza costituzionale, come nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, il quale richiede il ripristino del rapporto di lavoro per salvaguardare delle esigenze vitali del ricorrente, e non soltanto le sue aspettative retributive.

²⁴ Qui la casistica, tra le varie, ricomprende lo sviamento della clientela cagionato da atti di concorrenza sleale, la perdita di occasioni contrattuali con terzi e l'abusiva escussione di garanzie bancarie internazionali. In aggiunta vi sono delle figure, come le riparazioni nel corso della locazione, che intrinsecamente sono connotate dall'urgenza e, quindi, in questi casi il *periculum* risulta dimostrato per implicito con l'accertamento del *fumus*.

²⁵ Sul punto cfr. la proposta di A. MORELLO, *op. cit.*, p. 1391, il quale sostiene la possibilità di un ripensamento del requisito del *periculum in mora* «se non in via generale, almeno in quei casi (...) dove la violazione di un diritto pur avendo un eminente significato economico, determina un pregiudizio per interessi il cui soddisfacimento reale in quanto realizzato in via specifica non ha lo stesso valore, dall'angolazione di chi ne è portatore, al loro soddisfacimento per equivalente».

2.1 (segue) Principali applicazioni della cautela atipica al diritto societario

Dopo aver delineato i tratti salienti dell'istituto, è possibile proseguire l'analisi mediante un raffronto dei principali impieghi dell'art. 700 c.p.c. nel diritto societario con l'obiettivo di comprendere in che modo la tutela d'urgenza si manifesti nei rapporti particolari tra soci e società e se sia possibile riproporre ciò anche quando siano coinvolti gli *stakeholders*.

Uno dei principali casi di provvedimento d'urgenza in materia societaria è rappresentato dalla revoca per giusta causa degli amministratori nelle società di persone. Ai sensi dell'art. 2259 co. 3 c.c., nelle società semplici – ma, in virtù del meccanismo di analogia, anche nelle società in nome collettivo e in accomandita semplice – ciascun socio può ricorrere giudizialmente alla revoca dell'amministratore qualora sussista una giusta causa²⁶; dunque, la presente norma pone accanto alla possibilità di revocare il gestore secondo le norme proprie del contratto di mandato, la facoltà, attribuita ad ogni socio, di agire giudizialmente per ottenere tale provvedimento.

In questo caso sia la dottrina che la giurisprudenza²⁷ ritengono che sia ammissibile il ricorso alla domanda cautelare atipica, di cui all'art. 700 c.p.c., per conseguire provvisoriamente il presente *petitum*, dal momento che l'ordinamento non configura una misura cautelare tipica, accessibile al singolo socio di società di persone, per prevenire o rimuovere i danni provocati dall'amministratore, visto che qui risulta inapplicabile la disposizione dell'art. 2409 c.c. in tema di società di capitali – integrandosi, così, la condizione interna della residualità – e poiché sussistono i requisiti del *fumus bonis iuris* e del *periculum in mora*. Difatti, il primo è integrato proprio dal diritto riconosciuto a ciascun socio di agire giudizialmente per la revoca, mentre il secondo si riscontra nel compimento o nella reintegrazione delle gravi irregolarità nella gestione della società, discendenti da condotte illegittime, pregiudizievoli degli interessi dei soci.

Dunque, la tutela di urgenza è ipotizzabile in quanto è verificabile l'astratta conciliabilità tra l'assicurazione della pretesa giuridica in via cautelare e la eventuale successiva azione costitutiva, nonché l'evidente difficoltà di ripristinare lo *status quo ante* se si attendesse l'esito del processo a cognizione piena; tuttavia, ciò non conferisce all'autorità giudiziaria, in caso di

²⁶ È solo il caso di ricordare che, secondo l'interpretazione dominante, il concetto di giusta causa ricomprende sia tutti i comportamenti del gestore che minano il funzionamento e l'esistenza stessa della società sia le condotte contrarie agli obblighi di gestione che pregiudicano la corretta amministrazione della società e la tutela degli interessi privati dei soci e dei terzi. V., ad esempio, App. Salerno, 29 agosto 2013, in cui si identifica come giusta causa di revoca il compimento di atti gestori senza il consenso degli altri amministratori o dell'estromissione di questi dalla gestione del patrimonio sociale, in caso di amministrazione congiuntiva.

²⁷ In questo senso, in dottrina, v. O. CAGNASSO, *La società semplice*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, vol. 6, Torino, 1998, p. 156; D. D'AIUTO, *L'esclusione del socio amministratore di società di persone*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 3, p. 548 ss.; F. PARRELLA, *Sub art. 2259*, in E. GABRIELLI (a cura di) e D. SANTOSUOSSO (diretto da), *Commentario del codice civile. Delle società. Dell'azienda. Della concorrenza. Art. 2247-2378*, vol. I, Milano, 2015, p. 191, nt. 8. In giurisprudenza cfr. Trib. Napoli, 26 febbraio 2003.

esito sommario positivo, il potere di nominare un nuovo amministratore in sostituzione di quello revocato²⁸.

Alle stesse conclusioni si perviene per l'ipotesi della esclusione del socio nelle società di persone alla luce della consolidata funzione della tutela cautelare innominata. Soprattutto a seguito delle riforme che hanno investito il codice di rito, infatti, è ormai pacifico che la tutela d'urgenza possa assurgere a rimedio di carattere sia conservativo, tramite provvedimenti di natura negativa che assicurino la conservazione della pretesa giuridica, sia anticipatorio, mediante atti di ordine positivo che anticipino il contenuto della sentenza di merito al fine di evitare pregiudizi irreparabili, causati dalla tardività e della longevità del processo a cognizione piena.

Di conseguenza, risulta ammissibile l'anticipazione in via d'urgenza dell'esclusione del socio, ai sensi dell'art. 2287 co. 3 c.c., conseguendo effetti identici a quelli che si sarebbero ottenuti con il procedimento di merito anche in un'ipotesi di pronuncia giudiziale a carattere costitutivo. Sarà, però, necessario dimostrare la probabile fondatezza *prima facie* della pretesa vantata e che le inadempienze dei soci siano tali da costituire un ostacolo al perseguimento dei fini sociali e un'incidenza negativa sulla situazione economica dell'ente²⁹. Una posizione di rilievo nell'ambito del collegamento tra l'art. 700 c.p.c. e il diritto societario è occupata dalla c.d. «tutela cautelare pre-assembleare», la quale viene a configurarsi come l'insieme delle differenti situazioni giuridiche insorte prima dell'assunzione delle delibere assembleari³⁰.

Difatti, sebbene tale provvedimento non possa essere adottato in concomitanza di delibere assembleari già assunte, data la presenza del rimedio di sospensione cautelare ex art. 2378 c.c. che impedisce l'insorgere del requisito della residualità, si ritiene possibile agire d'urgenza quando la tutela sia indirizzata non tanto al risultato finale, quanto al procedimento di formazione dello stesso, visto che il provvedimento avrà un *petitum* diverso da quello tipico del codice civile. Sul punto la giurisprudenza si è espressa più volte favorevolmente, ammettendo la configurabilità di un rimedio provvisorio e preventivo rispetto alla celebrazione dell'assemblea³¹.

A titolo meramente esemplificativo, la dottrina richiama particolari ipotesi di tutela d'urgenza pre-assembleare come: gli ordini di sospensione di un'assemblea irregolarmente convocata;

²⁸ Così, *ex multis*, Trib. Milano, 14 febbraio 2004. *Contra* Trib. Padova, 13 luglio 2003.

²⁹ V. Trib. Torino, 7 marzo 2008.

³⁰ Per ulteriori approfondimenti in materia, tra gli altri, si vedano S. A. VILLATA, *Note sui provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. preassembleari*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 3, p. 601 ss.; M. STELLA, *Tutela cautelare c.d. "pre-assembleare" finalizzata all'inibitoria del voto altrui*, in *Corr. giur.*, 2019, 5, p. 687 ss.; M. GABBIANI, *La tutela cautelare in materia societaria*, in *Società*, 2021, 3, p. 348 ss.; G. CASCELLA, *Presupposti per la sospensione cautelare di delibera assembleare societaria*, in *Società*, 2019, 10, p. 1140-1142.

³¹ La prima pronuncia in tal senso si è avuta con Trib. Milano, 29 marzo 2012. Tale orientamento è stato, poi, avallato da Trib. Genova, 21 marzo 2017; Trib. Genova, 19 settembre 2018; Trib. Milano, 1° agosto 2018; Trib. Milano, 31 agosto 2019.

l'ordine al presidente di ammettere al voto soci già esclusi; l'inibitoria al voto per i soci il cui diritto di voto si ritenga essere sospeso; l'ordine ad un socio di conformarsi ad una certa modalità di voto con l'obiettivo di impedire abusi di maggioranza³². In sostanza, vengono richiesti d'urgenza ordini giudiziali provvisori di accesso o inibizione all'assemblea e al voto. In tutti queste situazioni inerenti a meri comportamenti tenuti in assemblea si ritiene configurabile il procedimento sommario di cui all'art. 700 c.p.c. poiché l'assenza di una deliberazione impugnabile da cui discende la lesione concreta e attuale di un diritto non è ad esso ostativa, dal momento che l'operatività della tutela cautelare innominata non è collegata necessariamente al verificarsi di un danno, richiedendosi semplicemente la potenzialità dello stesso³³; la *ratio* di tale conclusione si ricaverebbe dal principio di effettività della tutela giurisdizionale, il quale imporrebbe la sussistenza di misure idonee ad arginare l'eventualità che, a seguito dell'assunzione di una delibera dell'assemblea, il socio patisca un pregiudizio irreparabile *ex post*³⁴.

Tuttavia, data la peculiare struttura di questi diritti cautelandi, si è evidenziato che, nei presenti casi, l'accoglimento della tutela atipica è subordinato ad una valutazione particolarmente specifica e attenta circa l'esistenza del *periculum in mora* in virtù del suo rapporto con la possibile effettività della tutela successiva offerta dall'impugnazione delle delibere assembleari, la quale potrebbe far venir meno il presupposto dell'irreparabilità.

È bene precisare, però, che sussiste anche un orientamento contrario a questa generale ammissibilità. La dottrina e gli arresti giurisprudenziali che fanno propria tale visione sostengono che, salva ogni valutazione del caso concreto, non sarebbero rinvenibili né la condizione della residualità né il carattere dell'irreparabilità, essendo previsti sia il rimedio *ad hoc* dell'impugnazione che quello cautelare della sospensione dell'esecuzione della delibera assembleare, «sicché (...) il pericolo prospettato non potrebbe dirsi giammai irreparabile»³⁵.

Infine, un'ulteriore fattispecie che può essere ricompresa nell'ambito dell'art. 700 c.p.c. è quella che riguarda i diritti di informazione e di controllo dei soci.

L'art. 2422 c.c., in tema di società per azioni, infatti, garantisce ai soci – e al rappresentante comune degli obbligazionisti per le materie di sua competenza – la facoltà di prendere visione, esaminare e ottenere, a proprie spese, l'estratto del libro dei soci e del libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'organo assembleare; mentre, in tema di società a responsabilità limitata, l'art. 2476 co. 2 c.c. contempla il diritto dei soci privi dei poteri di gestione di avere

³² L'elenco è riportato, seppure in una prospettiva negativa, da S. A. VILLATA, *op. cit.*, p. 608 ss., a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

³³ Così statuisce Trib. Milano, 29 marzo 2012, il quale, in aggiunta, precisa che la tutela d'urgenza non sarebbe qui esclusa per la presenza del rimedio tipico dell'art. 2378 c.c. perché quest'ultimo presuppone l'integrale svolgimento dell'assemblea e l'instaurazione di un giudizio di merito che potrebbe anche richiedere un tempo non trascurabile per la sua attivazione.

³⁴ Trib. Genova, 19 settembre 2018.

³⁵ Trib. Milano, 17 maggio 2019. In questo senso si veda anche, in dottrina, S. A. VILLATA, *op. cit.*, p. 611-616.

dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari della società e di consultare, anche tramite soggetti terzi di propria fiducia, i libri sociali e i documenti correlati.

Sul punto, la giurisprudenza è concorde nel ritenere tutelabili in via d'urgenza i presenti diritti³⁶. Oltre alla pacifica residualità della misura, stante l'assenza di rimedi cautelari tipici ulteriori, risultano integrati sia il *fumus bonis iuris*, il quale, differentemente dalla limitazione a soli due libri per i soci di S.p.A., si configura in maniera estremamente ampia per i soci di S.r.l., ai quali sono riconosciuti diritti di informazione, consultazione e copia, degli affari sociali e di tutti i libri sociali, sia il *periculum in mora*, sussistente in *re ipsa* ogni qual volta che il diritto potestativo di controllo individuale venga impedito dalla mancata collaborazione dell'organo amministrativo.

3. La responsabilità degli amministratori per l'inosservanza degli obblighi di *governance* e l'azione individuale dei singoli soci e dei terzi

Per comprendere se la violazione di obblighi gestori possa ricadere nel novero della tutela cautelare d'urgenza, è indispensabile delineare il concetto di amministrazione e i doveri da essa discendenti.

Il rapporto che lega amministratori e società, ormai qualificato dalla giurisprudenza di legittimità assolutamente prevalente³⁷ come rapporto «organico di tipo societario», non assimilabile ad un rapporto contrattuale di lavoro subordinato o parasubordinato, si sostanzia in una serie di obblighi sia specifici che generali a carico dei primi diretti a far conseguire alla seconda gli obiettivi stabiliti nell'atto costitutivo, primo fra tutti quello di perseguire l'oggetto sociale.

L'individuazione dei doveri gestori non è, però, immediata poiché l'ordinamento italiano non predispone un elenco della totalità degli obblighi gravanti sugli amministratori. Infatti, fatta eccezione per alcune ipotesi esplicitamente previste³⁸, la legge menziona genericamente la fonte dei doveri senza precisarli ulteriormente, anche perché una specificazione completa di tal genere sarebbe probabilmente non possibile e poco utile. Sebbene la volontà di dare una sistemazione organica alla materia, nessuna delle classificazioni dottrinali ha riscosso successo, soprattutto perché la responsabilità degli amministratori viene valutata sempre con

³⁶ *Ex multis*, si vedano Trib. Firenze, 28 gennaio 2020; Trib. Milano, 10 dicembre 2019; Trib. Roma, 1° aprile 2019; Trib. Torino, 5 marzo 2019; Trib. Napoli, 18 gennaio 2019.

³⁷ Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2017, n. 1545.

³⁸ Possono essere menzionati, a mero titolo esemplificativo: l'art. 2421 co. 2 c.c., contenente l'obbligo di curare la tenuta dei libri sociali obbligatori; l'art. 2423 co. 1 c.c., riguardante l'obbligo di redigere il bilancio; e l'art. 2364 co. 2 c.c., concernente l'obbligo di convocare almeno annualmente l'assemblea per l'approvazione del bilancio.

gli stessi criteri a prescindere dalla suddivisione a cui si intenderebbe aderire, fatta eccezione per la distinzione tra obblighi specifici e obblighi generici³⁹.

Per obblighi specifici, o a contenuto specifico, si intendono quelle obbligazioni a carico dei gestori previste espressamente dalla legge o dallo statuto sociale, i quali ne determinano preventivamente il contenuto; di conseguenza, la verifica della responsabilità per il mancato rispetto di tali obblighi è semplificata, in quanto basta constatare che l'amministratore non abbia tenuto il comportamento prescritto.

Gli obblighi generici, invece, non ordinano una precisa condotta che i gestori devono tenere, ma dettano unicamente un parametro generale a cui l'azione dei medesimi si deve conformare, considerato che coincidono pienamente con i doveri generali, previsti dalla legge⁴⁰, di amministrare con diligenza e senza conflitto di interesse, senza che la loro concreta portata sia resa nota dall'ordinamento. In queste ipotesi, pertanto, l'accertamento della responsabilità sarà più complicato dal momento che manca un contenuto preciso da poter valutare e, dunque, spetterà al giudice determinare, in via interpretativa, se tali corollari generali siano stati rispettati o violati dagli amministratori.

Il dovere di agire secondo la diligenza professionale e senza incorrere in un conflitto di interessi non esaurisce la portata degli obblighi generici poiché, secondo l'orientamento dominante in dottrina⁴¹, sarebbero rinvenibili due ulteriori obbligazioni in capo agli amministratori: quella di impegnarsi a raggiungere l'oggetto sociale e quella di perseguire l'interesse sociale.

Il primo, antecedente all'obbligo di agire con diligenza, si sostanzia nel compimento esclusivo di operazioni riconducibili a quelle contemplate dall'oggetto sociale, così da escludere qualsiasi utilizzo distorto e fraudolento dello schermo societario; la portata del secondo, invece, per la dottrina prevalente si sostanzia nella sola massimizzazione del profitto dei soci, mentre per altri autori ad essa andrebbero affiancati – o almeno considerati come componenti strumentali – i molteplici interessi “altri” che ruotano attorno alla società. Pertanto, tale obbligo assume una connotazione differente in base alla visione che si ritiene di preferire e adottare.

Sul punto, l'art. 2380 *bis* c.c. detta il principio fondamentale della gestione esclusiva della società da parte dell'organo amministrativo in virtù di cui unicamente i componenti dello stesso hanno il potere di gestione dell'intera società, il quale deve essere indirizzato in

³⁹ Questa suddivisione viene adottata, senza pretesa di esaustività, da F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 4; C. MARCHETTI, *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, II ed., Torino, 2021, p. 2; A. DE NICOLA, *Responsabilità verso la società*, in P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI, F. GHEZZI e M. NOTARI (a cura di), *Commentario alla riforma delle società. Amministratori. Art. 2380 – 2396*, vol. 3, Milano, p. 550.

⁴⁰ I presenti doveri sono previsti, rispettivamente, dagli artt. 2392 co. 1 e 2 e 2391 co. 1 e 2 del codice civile.

⁴¹ Senza pretesa di esaustività, cfr. C. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 10 e 13, nonché E. BERTACCHINI, *Oggetto sociale, atti estranei e responsabilità degli amministratori*, in *Società*, 1996, 12, p. 1376.

operazioni necessarie all'attuazione dell'oggetto sociale. Di conseguenza, l'assunto centrale in tema di responsabilità discendente da tale disposizione è quello per cui solo tali individui possono essere tenuti a rispondere della *mala gestio* societaria, coincidente con la negligente disattesa o con l'inadempimento dei doveri di gestione della società⁴².

I soggetti affidatari dell'amministrazione della società governano la medesima sulla base di ampie valutazioni di opportunità, ossia secondo il connotato essenziale della discrezionalità, avendo il potere di selezionare tutti gli strumenti considerati più idonei per perseguire l'oggetto sociale. Tuttavia, sebbene tale discrezionalità sia insindacabile nel merito dall'autorità giudiziaria⁴³, le scelte dell'organo amministrativo devono essere prese, ai sensi dell'art. 2392 co. 1 c.c., «con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze»; ciò significa che il potere di gestione, se da un lato è discrezionale, dall'altro incontra il limite della diligenza professionale.

Questo confine si esplica, ad oggi, nel cosiddetto *dovere di agire in modo informato*, previsto dall'art. 2381 co. 6 c.c., per il quale gli amministratori risultano essere professionalmente diligenti nell'adempimento delle scelte di *governance* se i medesimi abbiano preventivamente acquisito tutte le informazioni necessarie al compimento delle operazioni stesse. Difatti, in base alle notizie apprese, il compito dei gestori, al fine di evitare di incorrere nella responsabilità sociale, sarà quello, per i consiglieri non delegati, di valutare e, per quelli delegati, di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, anche in relazione alla natura e alle dimensioni dell'impresa societaria stessa.

Pertanto, il principio di adeguatezza assurge a canone indispensabile non soltanto della corretta gestione societaria, ma anche della valutazione della eventuale responsabilità degli amministratori⁴⁴, dal momento che solo tramite una verifica dell'adeguatezza è possibile stabilire se la predisposizione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia conforme alla diligenza professionale richiesta dalla legge.

Spostandoci dal versante degli obblighi al versante della loro violazione, la responsabilità degli amministratori per la gestione sociale può esplicarsi in tre direzioni differenti: nei confronti della società, dei creditori sociali e dei singoli soci/terzi; le varie azioni da essa discendenti,

⁴² Tuttavia, nelle società a responsabilità limitata, considerata la flessibilità e l'elasticità di tale struttura societaria, non sussiste un principio di esclusività della gestione sociale da parte degli amministratori dal momento che è possibile assegnare direttamente dall'atto costitutivo ai soci singole competenze gestorie, come statuito dall'art. 2479 co. 1 c.c., anche attribuibili in qualità di diritti particolari del socio *ex art.* 2468 co. 3 c.c.; ciò si riflette necessariamente sul regime di responsabilità, la quale è stata, infatti, denominata da autorevoli autori sia come "responsabilità per l'amministrazione" sia come "responsabilità da gestione", dal momento che qualunque soggetto, ivi compreso il socio non amministratore "cogestore", è tenuto a rispondere delle lesioni del patrimonio sociale a seguito della violazione dei doveri generali di gestione.

⁴³ Questo principio è, da tempo, pacifico in giurisprudenza. *Ex multis v.* Cass., sez. I, 28 aprile 1997, n. 3147.

⁴⁴ Cfr. V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, 1, p. 5. Secondo l'autore l'adeguatezza rappresenta «la novità più nuova della recente riforma delle società di capitali» e la sua introduzione costituisce il punto di sutura tra il diritto e le scienze aziendalistiche.

disciplinate rispettivamente dagli artt. 2393, 2394 e 2395 c.c., in materia di società per azioni, e dall'art. 2476 co. 3, 6 e 7 c.c., in tema di società a responsabilità limitata, sebbene condividano alcune caratteristiche comuni, sono soggette a principi legislativi diversi⁴⁵.

Tuttavia, ai fini della presente indagine, dal momento che gli *stakeholders* non possono essere considerati parte dell'organismo corporativo societario né assumono obbligatoriamente la qualifica di creditori sociali⁴⁶, ci si soffermerà esclusivamente sul rimedio riconosciuto ai soggetti estranei alla società.

L'ipotesi di responsabilità degli amministratori, delineata dagli artt. 2395 e 2476 co. 7 c.c., rispettivamente in materia di S.p.A. e di S.r.l., riguarda, infatti, l'azione individuale del singolo socio e del terzo.

Questa azione, a differenza delle altre due positivizzate nel codice civile, prende in considerazione una peculiare tipologia di evento dannoso in quanto non viene contemplato il danno al patrimonio sociale che subiscono la società e, di riflesso, i creditori sociali, ma assume rilevanza il danno che incide direttamente su quello del singolo socio o di un terzo, garantendo a questi ultimi la possibilità di essere integralmente risarciti per gli atti illeciti colposi o dolosi degli amministratori⁴⁷. Dunque, trattasi di un rimedio individuale non indirizzato a reintegrare economicamente il patrimonio sociale, ma volto a ripristinare economicamente i pregiudizi subiti da uno specifico soggetto leso.

La prima caratteristica fondamentale della presente azione riguarda l'utilizzo dell'avverbio *direttamente* con riferimento al danno arrecato al socio o ad un terzo. Tale avverbio delimita l'ambito di operatività degli artt. 2395 e 2476 co. 7 c.c., rispetto alle fattispecie sopra analizzate, dal momento che per «danno diretto» deve intendersi il pregiudizio inflitto, mediante un comportamento colposo o doloso degli amministratori, che abbia un'incidenza immediata sul patrimonio del socio o del terzo, indipendentemente dal fatto che la società abbia patito un danno suo proprio⁴⁸; quindi, è fondamentale che il pregiudizio individuale abbia una sua autonoma genesi e fisionomia e non costituisca un mero riflesso di quello sociale⁴⁹.

Di conseguenza, l'inquadramento di una fattispecie all'interno di una delle ipotesi di responsabilità non dipende dai presupposti legali in virtù dei quali sorgono le medesime,

⁴⁵ A sostegno del carattere distinto e autonomo delle azioni di responsabilità, in particolare dell'azione verso la società e quella a tutela dei creditori sociali, cfr. M. FRATINI e G. BASCHETTI, *La società di capitali, percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010, p. 393 ss.; M. FABIANI, *Le azioni di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, Milano, 2015, p. 9 ss.; A. AUDINO, *Commento sub. art. 2394 cod. civ.*, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2017, p. 793. In giurisprudenza v. Cass. 21 giugno 2012, n. 10378; Cass. 4 dicembre 2015, n. 24715. *Contra* Cass. 9 gennaio 2013, n. 319, in tema di legittimità dell'unicità dell'azione promuovibile dalla curatela.

⁴⁶ Inoltre, è opportuno evidenziare che l'azione dei creditori sociali non ha una funzione di ristoro del loro patrimonio personale, ma solo di ricostituzione di quello sociale, e, quindi, divergerebbe dagli obiettivi della analisi in oggetto.

⁴⁷ Cfr. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 198-199.

⁴⁸ Cfr. A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, p. 160-170.

⁴⁹ F. SUDIERO, *La tutela risarcitoria del socio tra danno diretto e danno riflesso*, Torino, 2020, p. 17 ss.

considerato che il comportamento illecito concerne sempre i doveri di gestione imposti dalla legge o dall'atto costitutivo, ma dalle conseguenze che da tale comportamento amministrativo derivano sul patrimonio del socio o del terzo⁵⁰.

Tuttavia, sebbene teoricamente il criterio discrezionale sembra essere evidente, sul piano concreto il confine tra le azioni non è di facile identificazione considerata la difficoltà nell'accertare empiricamente se l'illecito abbia colpito direttamente o indirettamente il socio o il terzo. La soluzione è stata prospettata da autorevole dottrina⁵¹ la quale, ricavando in via ricostruttiva elementi chiarificatori della materia da un'ampia rassegna giurisprudenziale, ha elevato il concetto di «depauperamento» a strumento risolutivo della differenziazione tra danno diretto e indiretto: se il depauperamento incide in *primis* sul patrimonio sociale, allora si avrà un danno *indiretto* per il socio o il terzo; se, invece, il depauperamento viene subito prioritariamente da tali soggetti, anche indipendentemente da una successiva perdita economica della società, il danno dovrà considerarsi *diretto*⁵².

Il secondo presupposto da considerare concerne il rapporto tra il comportamento illecito tenuto dall'amministratore e l'ambito delle funzioni dallo stesso svolte poiché si è dibattuto, sia in giurisprudenza che in dottrina, se la responsabilità dei gestori sorga per gli atti di adempimento delle proprie funzioni gestorie o per atti estranei ad esse e, dunque, personali. Secondo una prima opinione, più antiquata e tutt'oggi minoritaria, sarebbe proponibile l'azione individuale solo contro gli atti personali dei gestori, quindi realizzati al di fuori dell'attività amministrativa⁵³. Questa tesi si basa soprattutto sull'avverbio «direttamente», il quale viene utilizzato per restringere l'ambito applicativo della legge ai soli danni provocati direttamente dagli amministratori e non a quelli per il tramite della società, escludendosi in tal modo tutti gli atti illeciti discendenti dall'attività di gestione.

L'impostazione più recente e maggioritaria, invece, basandosi sulla ricostruzione dell'avverbio direttamente come danno diretto al patrimonio personale del soggetto agente, sostiene che la responsabilità individuale sorgerebbe solamente in caso di illeciti compiuti dall'organo amministrativo nell'esercizio delle funzioni affidategli, mentre per tutti gli atti esterni ad esse

⁵⁰ V. Cass. civ. sez. I 3 aprile 2007, n. 8359, la quale ribadisce che «se il danno allegato costituisce solo il riflesso di quello cagionato al patrimonio sociale», si è al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 2395 c.c., in quanto tale norma richiede che il danno sia diretto sul patrimonio del socio o del terzo.

⁵¹ Per un'analisi completa della casistica giurisprudenziale si vedano F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 215 ss.; C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012, p. 1103 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, in ID. (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, I, 2^a ed., Milano, 2010, p. 1106-1113.

⁵² *Ibidem*, p. 1097.

⁵³ Così, in dottrina, C. STOLFI, *Le società multinazionali nel diritto comunitario*, Milano, 1984, p. 295 ss.; G. FERRI, *Le società*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. X, tomo III, Torino, 1987, p. 725-726. Nella giurisprudenza di merito v. App. Messina 9 marzo 1951; Trib. Napoli 12 febbraio 1954. Inoltre, cfr. G. RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, Milano, 1969, p. 2-4 per un'analisi dell'interpretazione dell'art. 2395 c.c. nella legislazione previgente.

si ricadrebbe nel novero dell'art. 2043 c.c., relativo alla generale responsabilità aquiliana⁵⁴. Alla base di questa teoria è stato posto sia un argomento letterale che un argomento logico: il primo riguarda il richiamo dell'art. 2395 c.c. agli artt. 2393 e 2394 c.c. da cui si può dedurre che la responsabilità nelle differenti ipotesi legislative deve essere sempre la stessa; il secondo, invece, prevede che, se l'azione individuale si dovesse riferire agli atti illeciti compiuti fuori dall'alveo dell'incarico gestorio, la disposizione di cui sopra risulterebbe inutile e ripetitiva perché l'amministratore riceverebbe lo stesso trattamento, già previsto dall'art. 2043 c.c., di una qualsiasi persona fisica che, agendo in proprio, pone in essere un atto illecito dannoso⁵⁵.

Infine, ancora dibattuta risulta essere la natura giuridica della responsabilità individuale degli amministratori.

Sia in dottrina che in giurisprudenza è prevalente l'opinione per cui la responsabilità dell'organo amministrativo, di cui agli artt. 2395 e 2476 co. 7 c.c., è di tipo extracontrattuale perché non sussiste alcun vincolo contrattuale tra i gestori e il socio o il terzo e poiché la medesima, come stabilito dalla legge, discende esclusivamente dal compimento di atti dolosi o colposi provocatori di un danno ingiusto⁵⁶. Difatti, sebbene tale strumento venga accomunato alle altre azioni di responsabilità di natura contrattuale, già sotto il profilo letterale, la legge sembra indirizzare la responsabilità individuale nell'alveo del principio generale del *neminem laedere*, soprattutto considerato il richiamo al diritto al risarcimento di un danno ingiusto doloso o colposo, portando molti autori a qualificare la stessa come una specificazione dell'art. 2043 c.c.⁵⁷.

Nonostante ciò, altra parte della dottrina⁵⁸ propende per la natura contrattuale della medesima dal momento che sarebbe l'inadempimento di obblighi preesistenti, stabiliti dalla legge o dall'atto costitutivo, ricadenti sugli amministratori nell'esercizio corretto della propria attività, a far sorgere la medesima responsabilità; di conseguenza, la natura contrattuale

⁵⁴ Sostengono tale visione B. QUARTARO, *L'azione di responsabilità ex art. 2395 c.c.*, in *Società*, 1986, 11, p. 1180 ss.; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 366; F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 206; V. PINTO, *La responsabilità degli amministratori per «danno diretto» agli azionisti*, in AA. VV., *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, Torino, 2007, p. 920. In giurisprudenza v. Cass. 6 gennaio 1982, n. 14 e Cass. 13 gennaio 2004, n. 269.

⁵⁵ C. GIANNATTASIO, *Sull'azione individuale del terzo per fatto illecito di un amministratore di una società di capitali*, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 889.

⁵⁶ *Ex multis* si vedano V. PINTO, op. cit., p. 900 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. Diritto delle società*, a cura di M. CAMPOBASSO, 11ª ed., Milano, 2024, p. 392; G. RAGUSA MAGGIORE, op. cit., p. 93 ss.; C. CONFORTI, op. cit., p. 1040. Nonché in giurisprudenza, tra le altre, Cass. 26 marzo 1993, n. 9385 e Cass. 23 giugno 2010, n. 15220.

⁵⁷ In quest'ottica, tra gli altri, v. U. DE CRESCENZO, *La responsabilità*, in O. CAGNASSO e L. PANZANI (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, Bologna, 2010, p. 853; F. FERRARA jr e F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, XV ed., Milano, 2011, p. 570-571; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, cit., p. 366-367.

⁵⁸ G. FRÈ, *Società per azioni*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA, *Commentario del codice civile*, 5ª ed., Bologna - Roma, 1982, p. 530; A. R. ADIUTORI, *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Milano, 2000, *passim*.

potrebbe desumersi dal peculiare rapporto che lega i gestori alla società, fonte dei doveri di gestione in questione. Sul punto, alcuni autori hanno ipotizzato che, qualora la natura contrattuale non possa essere assolutamente accolta a causa della assenza di un vincolo contrattuale tra i soggetti coinvolti, alla luce della valenza degli elementi sopra richiamati, la responsabilità individuale potrebbe intendersi come «*responsabilità per violazione dei doveri di protezione che incombono agli amministratori*»⁵⁹.

Vi sono, poi, alcuni autori che sostengono che tale questione non possa essere risolta in astratto, ma solo in concreto, in quanto la natura giuridica della responsabilità dipenderebbe di volta in volta dal tipo di norma violato dall'atto illecito amministrativo⁶⁰.

In ogni caso, seguendo l'orientamento dominante in materia, l'effettivo esercizio dell'azione comporta per il socio o terzo attore l'onere di provare tutti gli elementi costitutivi del fatto, ossia l'atto, il danno ingiusto, il nesso di causalità e l'elemento soggettivo, il quale potrebbe risultare eccessivamente gravoso per determinate categorie di soggetti più deboli.

4. Il dovere di diligenza europeo e il conseguente rimedio dell'azione di risarcimento del danno

Per connettere la tematica della responsabilità degli amministratori di società di capitali a quella degli inediti obblighi di sostenibilità europei è necessario fare affidamento al nuovo concetto di “*dovere di diligenza*” (in inglese riportato come *due diligence*).

La principale questione che aleggiava intorno al dovere di diligenza ai fini della sostenibilità, come era stato formulato dalla originaria proposta di direttiva di febbraio 2022, riguardava la natura degli obblighi concretamente discendenti dallo stesso. È, pertanto, altamente opportuno richiamare brevemente il dibattito dottrinale anteriore all'entrata in vigore della CSDDD, vertente sulla possibilità di configurare o meno tali istanze *sostenibili* come doveri degli amministratori già ricompresi, *de iure condito*, nell'obbligo generico di agire diligentemente e correttamente nella gestione societaria e, come tali, foriere di una responsabilità della società o degli amministratori in caso di loro violazione⁶¹, per verificare se le perplessità espresse *ab origine* sono ancora attuali o se gli emendamenti susseguitisi nel tempo abbiano portato un senso di chiarezza che prima mancava.

⁵⁹ Così F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 209, il quale ritiene che se fosse extracontrattuale rientrerebbe nel novero dell'art. 2043 c.c. e non in quello dell'art. 2395 c.c.; V. PINTO, *op. cit.*, p. 893 e 900.

⁶⁰ In questo senso, ad esempio, si veda A. BORGIOI, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto ex art. 2395*, in *Giur. comm.*, 1981, 2, p. 699 ss.

⁶¹ Per una disamina circa il dibattito in questione v. M. LIBERTINI, *Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contr. Impr.*, 2023, 1, p. 80 ss. Inoltre, più in generale, sulla compatibilità dei valori della sostenibilità con la gestione societaria cfr. G. FERRARINI, *Lo scopo delle società tra valore dell'impresa e valore sociale*, in *Riv. soc.*, 2023, 2/3, p. 335 ss.; G. FERRARINI, M. SIRI e S. ZHU, *The EU proposed reform of director duties and the missing link to soft law*, in *European Business Organization Law Review*, 2023, 25, p. 359 ss.

Secondo un orientamento dottrinale autorevole, ma minoritario⁶², l'inserimento dei fattori ESG nelle politiche aziendali sarebbe già riconducibile ai doveri degli amministratori e, precisamente, all'attività di monitoraggio dei rischi attinente alla predisposizione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati, di cui all'art. 2086 co. 2 c.c.; questo risultato sarebbe frutto di un'interpretazione sistematica dei *neo* principi costituzionali degli artt. 9 e 41 co. 2 Cost. alla luce di un progressivo rafforzamento delle disposizioni interne e sovranazionali in tema di *sostenibilità*.

Gran parte della dottrina⁶³, invece, sosteneva che la previsione del dovere di *due diligence* nell'ambito della sostenibilità, come ricostruito prima dell'entrata in vigore della versione definitiva della CSDDD, non aveva alcuna portata innovativa, dal momento che lo stesso si sarebbe limitato a ribadire che le società devono prevenire e non compiere una serie di atti che sono già considerati illeciti ai sensi delle norme imperative già vigenti, riproponendo un generico obbligo di conformarsi alla legge – la c.d. «*compliance with laws*». Infatti, era stato rilevato che la diligenza, la quale generalmente si configura come modalità di assolvimento di un dovere, nel caso di specie veniva elevata ad oggetto stesso del dovere, di fatto lasciando svuotata la disposizione dalla previsione di un qualsivoglia obbligo autonomo e diverso dalla stessa, il cui *vulnus* sarebbe riempito semplicemente dall'obbligo di rispettare le norme imperative a tutela dell'ambiente, dei diritti umani, dei diritti dei lavoratori etc., già esistenti.

⁶² Promotori di questa interpretazione, seppure non in maniera identica tra loro, senza pretesa di esaustività, sono: S. BRUNO, *Dichiarazione «non finanziaria» e obblighi degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2018, 4, p. 1012 ss.; ID., *Cambiamento climatico e organizzazione delle società di capitali a seguito del nuovo testo dell'art. 2086 c.c.*, in *Banca impr. soc.*, 2020, 1, p. 47; A. GENOVESE, *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria. Fra regole e contesto*, Bologna, 2023, p. 135 ss., la quale afferma la possibilità dell'esercizio di un'azione di responsabilità verso gli amministratori che non abbiano improntato la gestione ai fattori ESG (p. 176 ss.); P. M. SANFILIPPO, *Tutela dell'ambiente e «asseti adeguati» dell'impresa: compliance, autonomia ed enforcement*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1, p. 993, che interpreta in via estensiva il dovere di adeguatezza amministrativa (art. 2086 c.c.), per ricomprendere pure l'adozione delle misure adeguate a prevenire i danni ambientali che possono essere causati dall'attività d'impresa; U. TOMBARI, *Corporate Social Responsibility (CSR), Environmental Social Governance (ESG) e «scopo della società»*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, 2, p. 228; M. COSSU, *Sostenibilità e mercati: la sostenibilità ambientale dell'impresa dai mercati reali ai mercati finanziari*, in *Banca borsa*, 2023, 1, p. 563, che sostiene che «la trasparenza dell'informazione in materia di sostenibilità si riflette in maniera diretta sui compiti degli amministratori in quanto attiene sia alla gestione dei rischi che alla pianificazione strategica».

⁶³ Si vedano, *ex multis*, E. BARCELLONA, *Shareholderism versus stakeholderism. La società per azioni contemporanea dinanzi al «profitto»*, Milano, 2022, p. 184 ss.; ID., *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, in *Riv. soc.*, 2022, 1, p. 14 ss.; F. FIMMANÒ, *Art. 41 della Costituzione e valori ESG: esiste davvero una responsabilità sociale dell'impresa?*, *Giur. comm.*, 2023, 5, p. 803, il quale parla di «caso singolare di obbligo senza precetto»; R. LEINER e P. LUCANTONI, *Sostenibilità ESG e attività bancaria*, in *Banca borsa*, 2023, 1, p. 11 ss.; M. STELLA RICHTER jr, *Corporate Sustainability Due Diligence: noterelle semiserie su problemi serissimi*, in *Riv. soc.*, 2022, 4, p. 720; C. ANGELICI, *A proposito di shareholders, stakeholders e statuti*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, 2, p. 213 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Il mantello di San Martino, la benevolenza del birraio e la Ford modello T, senza dimenticare Robin Hood (Divagazioni semi-serie sulla c.d. responsabilità sociale dell'impresa e dintorni)*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 3, p. 409 ss.; G. PALMIERI, *La crisi del diritto societario e la riscoperta del valore della «nuda» impresa nell'economia post covid-19 (con uno sguardo all'art. 41 della costituzione)*, in *Banca borsa*, 2021, 1, p. 18 ss.; M. MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2019, 5/6, p. 1003.

Secondo tale interpretazione il dovere di diligenza *sostenibile* non inciderebbe in alcun modo sulla *corporate governance*, essendo un mero rafforzamento di un obbligo preesistente per gli amministratori di adeguamento del loro operato alle prescrizioni di legge; al contrario, se la *due diligence* consistesse in un dovere di tenere un comportamento ancora più rigido di quello prescritto dalla legge si arriverebbe alla distorsione per cui le società dovrebbero svolgere le funzioni tipiche dello Stato, dal momento che spetterebbe alle prime il compito di risolvere il problema degli impatti negativi⁶⁴. L'unica alternativa legittima sarebbe l'assunzione volontaria di un sistema di tal genere la quale, però, vanificherebbe tutti gli sforzi innovativi della CSDDD. Questa impostazione, per quanto autorevole, potrebbe essere superata, soprattutto alla luce del nuovo testo della direttiva, poiché il dovere di diligenza *sostenibile* può essere ricostruito come un recipiente di norme determinate di condotta o di organizzazione dell'attività d'impresa le quali, nel novero della direttiva europea, non sono connotate dall'indeterminatezza sopra contestata, alla luce della predisposizione e della specificazione dei procedimenti e dei processi che devono essere seguiti⁶⁵. Così interpretata, la CSDDD non ripresenterebbe un generico obbligo di *compliance with laws* attinenti al campo della sostenibilità, ma neanche imporrebbe alle società un obbligo di risultato coincidente con la prevenzione o l'arresto delle esternalità negative.

La normativa europea, infatti, impone una vera e propria obbligazione di mezzi concernente la prevenzione degli impatti negativi potenziali o l'arresto di quelli effettivi, individuati tramite l'attività di mappatura e valutazione dell'art. 8 – o, comunque, che si sarebbero dovuti individuare se la società avesse adempiuto diligentemente tali obblighi – a prescindere dal rispetto delle norme imperative preesistenti relative all'ambiente e ai diritti umani. In questo caso, quindi, si richiede alle società un comportamento cooperativo che va oltre la *compliance with laws*⁶⁶, anche se non vi è l'introduzione di nuove regole imperative precise di fare o non fare, il quale vincola dall'esterno la discrezionalità gestoria degli amministratori.

Pertanto, sebbene le società siano libere di determinare in quale *misura* perseguire gli obiettivi di sostenibilità, senza che venga imposto ad esse uno scopo equivalente a quello della massimizzazione del profitto – che rimane l'unica e principale finalità sociale – al contempo, l'adeguatezza delle decisioni gestorie *sostenibili* sarà ancorata ai limiti stabiliti dalla direttiva, la cui ampiezza e cogenza verrà valutata, per ogni ipotesi concreta, dall'autorità giudiziaria e da quella di controllo sulla base dei reclami, delle segnalazioni e delle azioni di responsabilità promossi dagli *stakeholders*.

⁶⁴ V. E. BARCELLONA, *La sustainable corporate governance nelle proposte di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism*, cit., p. 15 ss. e p. 41.

⁶⁵ Così G. RACUGNO e D. SCANO, *Il dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità: verso un Green Deal europeo*, in *Riv. soc.*, 2022, 4, p. 733.

⁶⁶ M. COSSU, *Stakeholders Theory, obiettivi ESG e interesse sociale*, in *Rivista ODC*, 2023, 3, p. 789.

Dunque, le innovative prescrizioni procedurali e di condotta, senza riqualificare l'interesse sociale e senza ripartire alla società funzioni dello Stato, visto che obbligano l'impresa ad organizzare la propria attività per evitare gli impatti negativi, non ampliano, bensì limitano ed orientano la discrezionalità degli organi gestori affinché le società stesse contribuiscano a fronteggiare le sfide globali contemporanee⁶⁷.

A seguito delle modifiche approvate dal Parlamento Europeo nell'aprile 2024, i rimedi riconosciuti dalla *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* alla violazione degli obblighi di «sostenibilità» sono incardinati in un doppio binario sanzionatorio “forte”, sulla scorta del modello antitrust. Non potendosi soffermare in questa sede sull'*enforcement* pubblicitario affidato all'autorità pubblica di controllo, si analizzerà esclusivamente lo strumento privatistico.

La versione definitiva della direttiva, stante la rimozione degli originali articoli 25 e 26 concernenti doveri specifici di predisposizione di misure organizzative adeguate e di adempimento degli obblighi della direttiva, da cui discendeva la responsabilità anche degli amministratori per la mancata strutturazione e vigilanza dell'obbligo di diligenza⁶⁸, stabilisce unicamente un obbligo, a carico esclusivo della società, di natura organizzativa, a contenuto positivo, di individuazione, prevenzione, minimizzazione e arresto degli impatti negativi potenziali ed effettivi, di cui agli artt. 10 e 11 del testo europeo.

Pertanto, il rimedio principale predisposto dalla direttiva all'art. 29 è quello del diritto al pieno risarcimento. Difatti, le società rispondono civilmente di tutti i danni causati dall'intenzionale o negligente inadempimento degli obblighi suddetti, il cui diligente adempimento dei medesimi presuppone, a sua volta, quello degli obblighi di mappatura, individuazione e valutazione degli impatti negativi, sia potenziali che effettivi, stabiliti dal precedente art. 8⁶⁹. Dunque, in entrambi i casi, il diritto al pieno risarcimento del danno sorge, in capo ai soggetti pregiudicati, in virtù di condotte contrarie all'ampia integrazione del dovere diligenza come richiesta dalla direttiva.

Mentre i destinatari del diritto al risarcimento del danno sono certi, poiché identificabili concretamente negli individui che subiscono il danno, più fumosa è l'individuazione del soggetto su cui concretamente gravano gli obblighi della direttiva e, dunque, che sarà ritenuto, eventualmente, responsabile nel caso di comportamenti contrari ai medesimi.

⁶⁷ In questo senso M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 63.

⁶⁸ Si poteva distinguere dalla responsabilità civile della società, sussistente al ricorrere delle condizioni del precedente testo dell'art. 22 (oggi riportato nell'art. 29, seppure con alcune differenze, già richiamate *supra* nel Capitolo II), la responsabilità degli amministratori di «agire al meglio». In tema cfr. C. G. CORVESE, *La proposta di direttiva sulla Corporate Sustainability Due Diligence e i suoi (presumibili) effetti sul diritto societario italiano*, in XIV Convegno annuale ODC “Imprese, mercati e sostenibilità: nuove sfide per il diritto commerciale” – 26 e 27 maggio 2023 – Università degli Studi Roma Tre - Atti del Convegno, 2023, p. 14-21.

⁶⁹ Per un'analisi più approfondita v. E. BARCELLONA, *Shareholderism versus stakeholderism. La società per azioni contemporanea dinanzi al “profitto”*, *cit.*, p. 171 ss.

Ad una prima lettura, dal momento che la versione definitiva del testo ha eliminato qualsiasi riferimento agli amministratori sia in tema di obblighi che in quello di responsabilità⁷⁰, potrebbe sostenersi che la società stessa sia l'unico soggetto su cui far ricadere esclusivamente i doveri e le sanzioni previsti dalla CSDDD; quindi, almeno astrattamente, sarà la società a dover adempiere diligentemente agli obblighi *sostenibili* per evitare di incorrere nella responsabilità civile verso i terzi danneggiati.

Tuttavia, sebbene la società sia, dal punto di vista letterale, la destinataria delle prescrizioni normative della direttiva, è necessario prendere in considerazione anche i principi che regolano il diritto societario italiano, anche considerato che l'attuazione della direttiva è demandata ai singoli Stati membri, i quali dovranno recepire la medesima in leggi conformi ai propri ordinamenti. Nel sistema italiano, infatti, vige il principio di esclusività della gestione sociale in capo agli amministratori, ai quali viene anche attribuito il dovere, a livello di impresa e societario, di adottare gli assetti organizzativi e amministrativi adeguati alla *natura* e alle dimensioni dell'impresa, ai sensi degli artt. 2086 co. 2 e 2381 co. 5 c.c.⁷¹.

Pertanto, seppure a livello europeo tali prerogative siano assegnate direttamente alla società, sembra potersi sostenere che, concretamente, la competenza e il dovere di attuare gli obblighi della direttiva gravino sugli amministratori in quanto, sia gli obblighi preventivi di mappatura, valutazione ed individuazione, che quelli successivi di arresto, impedimento e ridimensionamento, degli impatti negativi potenziali ed effettivi, possono essere ricompresi nell'ambito generale dei doveri di gestione della società.

Inoltre, la rimozione dell'obbligo per gli amministratori di considerare nelle loro decisioni, prese nell'interesse superiore della società, le conseguenze sui fattori ESG potrebbe portare a interpretare gli obiettivi di sostenibilità della direttiva più come restrizioni all'attività imprenditoriale che come finalità da perseguire. Tuttavia, questo problema sembra essere più teorico che pratico; infatti, laddove si impone all'impresa di delineare la propria attività in modo tale da evitare impatti negativi, si riconosce indirettamente la rilevanza di tale fenomeno, rendendolo un fattore da considerare nelle decisioni gestionali il che, anziché ampliare, limita la discrezionalità degli amministratori⁷². In altri termini, sebbene le disposizioni europee siano formalmente norme di organizzazione, sostanzialmente parrebbero idonee a orientare le azioni degli amministratori, qualificandosi, quindi, come

⁷⁰ La precedente versione della direttiva, con l'art. 25, sembrava aver validato a livello europeo una visione simile a quella dello *enlightened shareholder value*, basato sulla sec. 172 del *Companies Act* inglese del 2006.

⁷¹ È opportuno precisare, ai fini del presente ragionamento, la circostanza che l'esclusività della gestione si rinviene solo in caso di s.p.a. e non di s.r.l., nelle quali i singoli poteri di gestione, ex art. 2479 c.c., possono essere attribuiti anche ai singoli soci.

⁷² Parla di limitazione alla discrezionalità gestoria F. DENOZZA, *Due concetti di stakeholderism*, in *Rivista ODC*, 2022, 1, p. 58.

norme di gestione e obiettivi di cui tener conto nell'assunzione delle decisioni, di nuovo confermando il loro rientro nella competenza esclusiva dell'organo gestorio della società⁷³.

Sulla base di questa interpretazione, per cui gli attori principali delle nuove prerogative in ordine alla sostenibilità risultano ancora essere gli amministratori, dovrebbe essere adeguato anche l'assetto della responsabilità. Difatti, se gli obblighi preventivi e successivi inerenti agli impatti negativi gravano sui gestori, allora sembrerebbe potersi sostenere che questi ultimi dovrebbero risponderne sia nei confronti dei terzi, ma anche nei confronti della società stessa, secondo le disposizioni interne di ciascuno Stato membro, nel caso in cui dalla loro *mala gestio* negligente sia derivato un pregiudizio. Saranno proprio i singoli Stati membri, come interpretabile dalla CSDDD, a dovere adeguare le prescrizioni sovranazionali in leggi di recepimento conformi ai principi propri di ciascun ordinamento interno.

È opportuno chiarire che l'ossatura della responsabilità civile "europea", di cui all'art. 29 della CSDDD, non ha subito particolari mutazioni a seguito degli emendamenti susseguitisi nel tempo dal momento che si richiede sia la violazione degli obblighi principali della direttiva stessa – per tali intendendosi quelli degli artt. 10 e 11, nonché i diritti, divieti ed obblighi relativi ai diritti umani e all'ambiente stabiliti nell'allegato alla medesima⁷⁴ – sia il pregiudizio verso una persona fisica o giuridica.

Tale fattispecie, quindi, sarebbe incardinata al mancato rispetto di doveri di matrice organizzativa e di condotta per cui non si contesterebbe all'amministratore di non essere stato sostenibile, ma l'assenza della diligenza procedurale richiesta dalla normativa che doveva essere tenuta nell'assunzione della decisione, mediante la quale è stata predisposta l'attività o è stata condotta la valutazione. In questo modo non viene sindacato il merito della scelta gestoria, salvaguardandosi integralmente il principio della *business judgment rule*, ma solamente le modalità e il contesto organizzativo con cui è stata assunta⁷⁵.

La responsabilità degli amministratori, così come costruita, dunque, potrà essere azionata secondo i meccanismi tipici previsti dall'ordinamento italiano, dal momento che non viene disposta, a livello europeo, un mutamento degli strumenti interni ordinari e che l'eliminazione del precedente procedimento di estensione, previsto dal vecchio art. 25, non ne impedisce l'applicazione, dato che esso si riferiva esclusivamente all'ipotesi abrogata della direttiva

⁷³ Per una disamina circa il ruolo degli amministratori nelle politiche c.d. "ESG compliant" v. L. BOGGIO e M. PINTO, *Sostenibilità e responsabilità degli amministratori*, in *Giur. it.*, 2024, 5, p. 1242 ss.

⁷⁴ Queste fattispecie, per il tramite della direttiva stessa, divengono normativa cogente per le società. Si veda in particolare l'art. 3 par. 1 lett. b) e c) dell'allegato che fornisce le definizioni di impatto negativo ambientale e sui diritti umani.

⁷⁵ Così si evita una possibile esclusione della responsabilità degli amministratori (o della società) mediante il ricorso alla c.d. "Sustainability Judgment Rule", termine utilizzato da alcuni autori per definire la discrezionalità dei gestori nella scelta delle politiche ESG da perseguire. In merito a quest'ultima, però solo con riguardo alle società *benefit*, v. M. STELLA RICHTER jr, *Le società benefit e non benefit*, in *ODC*, 2017, 2, p. 7; D. SICLARI, *Profili giuridici della società benefit*, Milano, 2022, p. 153.

stessa⁷⁶. Di conseguenza, l'azione di risarcimento che potrà essere concretamente esercitata, in caso di danni derivanti dalla violazione degli obblighi di *governance* sostenibile da parte degli amministratori, sarà proprio quella dettata dall'art. 2395 c.c. (o quella dell'art. 2476 co. 7 c.c. in caso di S.r.l.), stante l'impossibilità per soggetti estranei alla società, non creditori della stessa, di potersi avvalere delle altre azioni di responsabilità delineate dal codice civile⁷⁷. Da ultimo, bisogna considerare che la versione definitiva della normativa unionale ha introdotto un'ulteriore disposizione a sostegno della protezione degli *stakeholders*, l'art. 12, la quale garantisce una tutela reale per la «riparazione» degli impatti negativi effettivi. Tale riparazione, definita come il «*ripristino, a beneficio della persona e delle persone, delle comunità o dell'ambiente colpiti, di una situazione equivalente il più vicino possibile a quella in cui si troverebbero se l'impatto negativo non si fosse verificato*»⁷⁸, tuttavia, non è allo stato perfettamente funzionante perché, nonostante il suo intento preciso di ripristino dello stato *ex ante*, risulta essere scritta in modo troppo generico ed indeterminato per renderla concretamente effettiva nelle realtà dell'Unione.

5. Tutela d'urgenza e *due diligence* societaria sostenibile.

Il nodo problematico della presente indagine riguarda il rapporto tra la tutela cautelare innominata, gli *stakeholders* e la nuova *due diligence* societaria sostenibile della Direttiva UE 2024/1760. Questo consiste nella verifica della configurabilità di una tutela d'urgenza atipica, esercitabile dai singoli portatori di interessi rilevanti, per la violazione di uno degli obblighi di sostenibilità stabiliti dalla normativa sovranazionale, che verranno recepiti nell'ordinamento italiano, nonché, in caso di esito positivo, nella verifica della possibilità di adoperare indirettamente il rimedio dell'azione individuale dei terzi, ai sensi degli artt. 2395 e 2476 co. 7 c.c., per finalità più ampie di quelle codicistiche.

Riepilogandosi brevemente quanto fino ad ora detto, con l'entrata in vigore della CSDDD, agli *stakeholders* viene riconosciuta la possibilità di agire contro la società o gli amministratori – in base all'orientamento che si ritiene di condividere – per la loro responsabilità discendente dalla violazione dei doveri di *sostenibilità*, concretantisi in obblighi di individuazione, prevenzione, arresto e ridimensionamento – nonché tutte le attività ad essi connesse – degli

⁷⁶ Difatti, l'art. 25 contemplava l'applicazione delle norme interne di ciascun ordinamento alla responsabilità degli amministratori per la predisposizione e la vigilanza delle azioni di diligenza.

⁷⁷ Sul punto, però, è possibile confrontare il contributo di L. BOGGIO e M. PINTO, *op. cit.*, p. 1248, nel quale gli autori, in tema di società che abbiano adottato codici di condotta da cui discendono obblighi ESG, sostengono che «*Se così è, chiaramente, può profilarsi la responsabilità solidale degli amministratori verso soci o terzi specificamente destinatari di quelle promesse. Il punto è se si tratti di "semplice" responsabilità (aquiliana) ai sensi dell'art. 2395 c.c. oppure se si configuri una situazione tal per cui possa qualificarsi la responsabilità dell'esecutore – ossia del- l'amministratore – come fondata sul c.d. contatto sociale. La seconda alternativa è preferibile, allorché sia ravvisabile il ricorrere degli elementi fondanti*».

⁷⁸ Art. 3 par. 1 lett. t) Direttiva UE 2024/1760.

impatti negativi potenziali ed effettivi, causati dalla propria attività o dalla propria catena di valore, mediante gli strumenti interni propri di ciascuno Stato membro.

Tuttavia, per individuare la concreta portata delle disposizioni unionali, sembrerebbe altamente opportuno optare per una delle due interpretazioni attinenti ad essa, quella letterale o quella sistematica. Di conseguenza, ritenendosi preferibile la seconda in quanto maggiormente in linea e conforme ai principi generali del diritto societario italiano e, quindi, scegliendosi di limitare l'attenzione esclusivamente sulla configurazione per cui le disposizioni europee in questione sarebbero solo formalmente norme di organizzazione, mentre sostanzialmente parrebbero essere idonee a orientare le azioni degli amministratori sotto forma di norme di gestione, e per cui gli obblighi e la responsabilità sarebbero concretamente attinenti ai gestori e non alla società, bisogna comprendere in che modo la tutela d'urgenza possa essere utilizzata dagli *stakeholders* ai fini della realizzazione della *due diligence* sostenibile.

Preliminarmente, è il caso di evidenziare che un potere di tutelare le proprie prerogative a livello cautelare, sia di tipo conservativo che di tipo anticipatorio, viene riconosciuto espressamente dalla direttiva, all'art. 29 co. 3 lett. c)⁷⁹, nel momento in cui viene attribuita ai ricorrenti la facoltà di domandare provvedimenti inibitori, anche mediante procedimenti sommari. Quindi, astrattamente, non sussistono vincoli di inapplicabilità, da parte dell'ordinamento europeo, concernenti i rimedi nazionali cautelari – tra cui è ricompreso anche quello dell'art. 700 c.p.c. – alle presenti fattispecie.

Quanto, poi, alla verifica dell'applicabilità in concreto e degli effetti conseguibili, pare opportuno soffermarsi singolarmente sugli specifici aspetti rilevanti.

In primo luogo, con riferimento alla condizione di residualità, si prospetta necessaria una valutazione sull'esistenza o meno di rimedi *ad hoc*, cautelari o meramente sommari, tipizzati dall'ordinamento italiano o dalla direttiva europea. Nel caso qui considerato, anche prescindendo dalla concezione meno formalistica della residualità⁸⁰, non si rinvencono ostacoli dal momento che la normativa europea, soprattutto stante il richiamo agli strumenti

⁷⁹ Si riporta, qui, il testo dell'art. 29 co. 3 lett. c) della versione definitiva della Direttiva UE 2024/1760: «Gli Stati membri provvedono affinché: (...) i ricorrenti siano in grado di richiedere provvedimenti inibitori, anche mediante procedimenti sommari; tali provvedimenti inibitori assumono la forma di misure definitive o provvisorie, per porre fine alle violazioni delle disposizioni di diritto nazionale adottate in attuazione della presente direttiva, compiendo un'azione o cessando una condotta».

⁸⁰ Sul punto si veda, senza pretesa di esaustività, il pensiero, ormai dominante, di R. GIORDANO, *Brevi note sull'irreparabilità del pregiudizio nella tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Corriere del merito*, 2013, 7, p. 735, in particolare nt. 4, e di A. PROTO PISANI, voce «Procedimenti cautelari», cit., p. 6.

interni, non predispone alcunché e che i peculiari istituti vigenti nell'ordinamento italiano non possono essere adoperati dagli *stakeholders*⁸¹.

Successivamente, bisogna comprendere se quanto stabilito dalla direttiva riesca ad integrare i requisiti del *fumus bonis iuris* e del *periculum in mora*, indispensabili per l'accoglimento del provvedimento sommario d'urgenza.

Innanzitutto, quanto alla consultazione dei portatori di interessi in ogni fase del processo di *due diligence*, mediante un dialogo significativo con la società, stabilita dall'art. 13 della CSDDD, è dubbio se si possa garantire loro una tutela d'urgenza. Da un lato, per il *fumus*, la normativa europea non offre spunti per qualificare la pretesa degli *stakeholders* come vero e proprio diritto⁸² e, infatti, risulta assente anche una qualsiasi forma di *enforcement* privatistico connessa ad essa; dall'altro lato, in relazione al *periculum*, sebbene una situazione pregiudizievole immediata sia riscontrabile, visto che il mancato coinvolgimento da parte degli amministratori comporta l'esclusione dal dialogo significativo, è difficile ipotizzare un pregiudizio irreparabile nelle more del giudizio di merito, dal momento che non vi sono nemmeno strumenti a cognizione piena azionabili a tutela di tale interesse. Pertanto, nonostante sarebbe altamente preferibile concedere agli *stakeholders* la facoltà di agire in via cautelare per ottenere la condanna della società a rispettare la loro prerogativa di *voice*, allo stato attuale non sembra ammissibile la configurabilità di una tutela d'urgenza, residuando in capo ai soggetti lesi la possibilità di ricorrere all'autorità pubblica di controllo, ex art. 26 della direttiva.

Con riguardo al diritto al pieno risarcimento del danno per la responsabilità dei gestori, derivante dalla violazione degli obblighi di sostenibilità europei, il discorso è più complesso. Difatti, l'art. 29 della CSDDD prevede che il soggetto pregiudicato «*ha diritto al pieno risarcimento del danno in conformità del diritto nazionale*» e, allora, stante quanto affermato sopra, gli *stakeholders* potranno agire solamente ai sensi dell'art. 2395 c.c.⁸³, della quale disposizione dovrà essere verificata la compatibilità con la tutela cautelare atipica, però, alla luce dei nuovi obblighi di gestione di stampo sostenibile.

⁸¹ Le misure cautelari tipiche, come il sequestro conservativo, nonché gli altri procedimenti sommari, come quello per decreto ingiuntivo, sono astrattamente esclusi per i portatori di interessi altri dal momento che condizione di procedibilità è la qualifica di creditore nei confronti della società (debitrice), la quale, nella grande maggioranza dei casi, non sussiste.

⁸² Infatti, sia il testo inglese che quello italiano non menzionano mai la parola «obbligo», ma si riferiscono genericamente al concetto di «adozione delle misure»; in aggiunta, anche considerandolo un vero e proprio obbligo, non vengono predisposte azioni privatistiche in grado di imporre alla società un corretto adempimento o un risarcimento del danno.

⁸³ È opportuno precisare che, per mera praticità, si prenderà in considerazione solamente la norma dettata in tema di società per azioni, e non anche l'art. 2476 co. 7 c.c. in materia di s.r.l., alla luce della assoluta identità tra le due disposizioni, per la quale quanto verrà detto circa la prima varrà *in toto* per la seconda.

Nonostante ai fini della presente analisi sia poco rilevante l'identificazione della natura giuridica della responsabilità individuale⁸⁴, preme solo precisare che, nell'ipotesi in esame, in caso di accoglimento della tesi contrattuale, gli obblighi preesistenti di legge o statutari violati sarebbero quelli specificamente stabiliti dalla normativa unionale; in caso di prevalenza della natura extracontrattuale, il comportamento doloso o colposo degli amministratori sarà semplicemente integrato dalla generale violazione della medesima legge europea.

In ordine all'integrazione dei requisiti dell'art. 700 c.p.c., è pacifico che non sussistono problemi circa il *fumus bonis iuris* dal momento che si tratta di un diritto soggettivo, espressamente stabilito e qualificato in tal senso dalla legge europea, la cui probabile esistenza e fondatezza è facilmente accertabile da parte del giudice; dunque, non soltanto viene rispettato il presupposto di *verosimiglianza* richiesto dalla dottrina più recente, ma anche quello della *fondatezza evidente* stabilito da quella più rigorosa⁸⁵.

In merito al *periculum in mora*, se la configurazione di un pregiudizio imminente per gli *stakeholders*, che rischierebbe di avverarsi o di aggravarsi durante le more del giudizio ordinario a cognizione piena, non può essere messa in dubbio per le conseguenze delle condotte illegittime degli amministratori, la questione attiene alla configurabilità, in queste situazioni, della caratteristica dell'irreparabilità del pregiudizio. Le difficoltà, difatti, sorgono poiché l'art. 2395 c.c. contempla il risarcimento per equivalente del danno direttamente verificatosi sul patrimonio del soggetto leso, determinando due catene di criticità per l'operatività della tutela d'urgenza.

Il primo ordine di problemi è più contenuto poiché riguarda la rimediabilità del danno subito dagli *stakeholders* mediante il risarcimento per equivalente, però nelle ipotesi in cui il danno subito è solo di carattere patrimoniale⁸⁶.

Tradizionalmente⁸⁷, si riteneva che l'attributo dell'irreparabilità dovesse essere sempre escluso nelle ipotesi di sussistenza di risarcimento in forma specifica o per equivalente pecuniario poiché, trattandosi di diritti di credito aventi ad oggetto beni fungibili, il danno provocatosi risultava sempre essere rimediabile tramite tali strumenti. Seguendo tale impostazione si dovrebbe eliminare a prescindere la possibilità di cautelare in via d'urgenza il

⁸⁴ *Contra* L. BOGGIO e M. PINTO, *op. cit.*, p. 1248, i quali, trattando delle società che adottano codici di condotta ESG, sostengono che sarebbe preferibile non qualificare la responsabilità degli amministratori verso soci e terzi, discendente da obbligazioni «sostenibili», come semplice responsabilità ex art. 2395 c.c., ma individuarla come responsabilità fondata sul c.d. «contatto sociale».

⁸⁵ Prima della proposta della CSDDD, infatti, A. MORELLO, *op. cit.*, p. 1391-1392, in un caso di *due diligence* in favore del socio per l'informativa precontrattuale, sosteneva le difficoltà di accertamento di tale prerogativa in quanto non «diritto tipico», per l'assenza di riscontro normativo e di affermazioni giurisprudenziali in tal senso.

⁸⁶ Se il danno da condotta illegittima degli amministratori incide su un diritto a contenuto patrimoniale ma a funzione non patrimoniale, come il caso dell'accaparramento illecito di terreni che incide su esigenze di vita abitative o professionali o sui mezzi di sussistenza dell'individuo, l'irreparabilità di esso è pacifica.

⁸⁷ Per tutti si veda G. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. 1, Torino, 2023, p. 234-235.

diritto degli *stakeholders*, determinato dal combinato disposto degli artt. 2395 c.c. e 29 della direttiva, alla luce dello strumento risarcitorio per equivalente riconosciuto dalla prima norma a tali soggetti. Tuttavia, come già in precedenza esposto, negli ultimi anni è andato diffondendosi nella prassi un orientamento meno rigoroso e più opportuno⁸⁸, fatto proprio da numerose pronunce di merito, in omaggio al quale l'irreparabilità deve essere interpretata, non alla luce della natura assoluta del diritto cautelando o della infungibilità del bene, ma in base alla funzione concreta ed effettiva che lo stesso adempie per la persona del ricorrente in relazione agli interessi coinvolti, meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento; ciò si traduce nell'elevazione a pregiudizio irreparabile di qualsiasi danno, anche se connesso a beni fungibili, che concretamente non possa essere reintegrato in maniera totalmente soddisfacente dai rimedi risarcitori ordinari a causa della produzione di riflessi su situazioni di carattere non patrimoniale, sempre irreparabili se non con la cautela d'urgenza.

Pertanto, in questi termini, per i diritti a contenuto e funzione patrimoniale⁸⁹, che in precedenza risultavano al di fuori del novero dell'art. 700 c.p.c., è ritenuta applicabile la tutela cautelare atipica quando le statuizioni risarcitorie e recuperatorie della cognizione piena non appaiano idonee ad assicurare una soddisfazione piena del ricorrente, per il rischio di tardività, a causa di uno «*scarto intollerabile tra danno subito e danno risarcito*»⁹⁰, nonché per una possibile eccessiva complessità dell'accertamento stesso del danno. Partendo proprio da tale visione, si ritiene prospettabile una rimodulazione del requisito del *periculum*, se non assoluta, almeno relativa a quelle situazioni giuridiche composite in cui il valore principale è sì quello economico, ma da una prospettiva complessiva della posizione del ricorrente vengono lesi anche interessi ulteriori, la cui tutela pecuniaria per equivalente risulta avere un grado di soddisfazione incompleto e non pieno⁹¹.

Aderendo a questa impostazione, appare possibile sostenere l'astratta ricorrenza del requisito dell'irreparabilità del pregiudizio minacciante il diritto al risarcimento del danno degli *stakeholders*, adottando un'impostazione che consideri complessivamente tutti gli interessi differenti che entrano in gioco e non soltanto il rapporto tra i primi e la società. La funzione effettiva che questo diritto svolge per gli *stakeholders* è, infatti, più ampia rispetto alla mera reintegrazione o conservazione del proprio patrimonio personale, considerato che il medesimo origina da condotte gestionali negligenti dell'organo amministrativo, le quali influiscono non soltanto sull'interesse particolare dei terzi, ma anche su interessi generali, di

⁸⁸ In questo senso, per primo, si era già pronunciato V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, vol. III, Napoli, 1968, p. 250 ss. Quanto alla dottrina più recente si veda *supra* nt. 20.

⁸⁹ In particolare, cfr. Trib. Palermo, 9 febbraio 2011, n. 568, relativa alla proponibilità in via d'urgenza dell'azione sociale di responsabilità, ex art. 2476 c.c., da parte di un socio di s.r.l., avente ad oggetto il diritto di esso di avere notizie sugli affari sociali e di consultazione dei libri sociali.

⁹⁰ Questo principio è stato affermato per la prima volta da Trib. Torino, ord. 26 maggio 1994. A seguire, *ex multis*, Trib. Firenze, 4 maggio 2005; Trib. Catanzaro, 10 febbraio 2012; Trib. Lecce, ord. 8 gennaio 2013.

⁹¹ È da condividersi l'idea, già sopra richiamata nella nt. 25, di A. MORELLO, *op. cit.*, p. 1391.

carattere non patrimoniale, come, ad esempio, i valori costituzionalmente garantiti del lavoro, dell'ambiente e dei diritti umani⁹². Con ciò non si vuole certamente affermare che il diritto al risarcimento del danno degli *stakeholders* venga a loro conferito al fine di ottenere direttamente pure la reintegrazione dei danni ambientali o di matrice sociale provocati dalle società, ma che lo stesso si inserisce in un contesto connotato dalla necessità di tutelare numerose situazioni giuridiche, visto che l'obbligo ricadente sugli amministratori è proprio quello di impedire, arrestare o mitigare gli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente⁹³. Dunque, stante l'obiettivo principale della direttiva, nonché il correlato dovere dei gestori di prevenire e di attenuare gli impatti negativi effettivi o potenziali sui diritti umani e sull'ambiente nelle catene di attività delle società, è lecito considerare che, visto che le conseguenze sfavorevoli incidenti sul patrimonio personale degli *stakeholders* derivano da un'attività gestionale negligente, quest'ultima incide di riflesso su interessi anche di carattere non patrimoniale⁹⁴, la cui varietà può rendere notevolmente difficoltoso l'accertamento concreto del danno complessivo, soprattutto in considerazione del fatto che il protrarsi del pregiudizio per l'intera durata del processo di merito potrebbe comportare una eccessiva differenza valoriale tra danno subito e danno risarcito. In questi termini, il pregiudizio patrimoniale potrebbe essere qualificato come irreparabile.

In aggiunta, è opportuno considerare che, nonostante gli attuali problemi di genericità ed effettività, la direttiva garantisce ai soggetti lesi dagli impatti negativi non presi in considerazione dalle società sottoposte ad essa il diritto alla «riparazione», corrispondente ad una tutela reale del ripristino dello *status quo ante*, il quale sicuramente rientrerà nel concetto di irreparabilità data la sua configurazione di rimedio in natura o, in subordine, per equivalente in denaro ma concretamente a soddisfazione non piena.

Il secondo ordine di problemi concerne la questione del momento della produzione del danno ai fini dell'operatività normativa, ossia se è necessario un danno attuale o se è sufficiente la sola potenzialità concreta dello stesso, alla quale si può tentare di fornire un'ipotetica soluzione mediante l'analisi delle varie disposizioni qui coinvolte.

Innanzitutto, con riferimento alla normativa europea, non sembrano sussistere molti dubbi in materia in quanto, ai sensi dell'art. 10 della direttiva, il diritto al risarcimento del danno può discendere dalla mancata adozione di misure adeguate a prevenire impatti negativi anche solo *potenziali*, ma almeno individuabili; inoltre, per implementare la tutela offerta agli *stakeholders*, l'art. 29 co. 3 lett. c) garantisce loro la possibilità di agire in anticipo, in via preventiva, attraverso procedimenti sommari diretti ad inibire un comportamento o ad

⁹² V. Allegato alla direttiva, Parte I, sez. 1, in particolare gli artt. 13-16.

⁹³ Si veda, tra gli altri, il *Considerando* n. 99 della Direttiva UE 2024/1760.

⁹⁴ Ad esempio, si consideri la persistenza della lesione al diritto alla salute a causa dell'inquinamento idrico o atmosferico provocato dalla catena di attività di una società, la quale si può riflettere anche sul diritto al lavoro e all'equa contribuzione del soggetto.

imporre l'adozione di una condotta. Pertanto, alla luce di queste norme⁹⁵, sembra lecito sostenere che, per l'applicazione di misure cautelari interne, non sia necessario un danno concreto ed attuale, ma sia sufficiente un danno potenziale e individuabile, che può discendere pure dalla mancata predisposizione di misure preliminari finalizzate a prevenire impatti negativi potenziali.

Passando alla legislazione interna, in primo luogo è necessario comprendere quali siano i confini della tutela cautelare innominata con riferimento alla concretezza del *periculum in mora* sul piano dell'imminenza. Una prima impostazione, di stampo più tradizionale⁹⁶, limita l'operatività della cautela atipica alle sole situazioni connotate da un pregiudizio attuale ed incombente, trovando conferma di ciò nella giurisprudenza di merito più risalente, la quale affermava che tale imminenza risultava soddisfatta quando il danno era iniziato o era almeno «*direttamente ed univocamente preparato*», in modo tale da potersi ritenere che, a livello di probabilità, lo stesso si sarebbe verificato e in tempi brevi⁹⁷.

Al contrario, la dottrina e la giurisprudenza di merito più recenti⁹⁸ prospettano un'interpretazione meno rigida del requisito dell'imminenza, basata sul concreto scopo della tutela d'urgenza, la quale svolge una funzione non soltanto repressiva volta alla rimozione delle conseguenze negative prodotte da una violazione, ma anche una funzione preventiva diretta a impedire il compimento stesso della violazione minacciata o la sua prosecuzione, così da evitare la sua esternazione concreta in un evento dannoso. Di conseguenza, in base a tale orientamento, l'ammissibilità della tutela d'urgenza non sarebbe sottoposta ad un requisito di immediata lesività dei diritti soggettivi, ma basterebbe la possibilità concreta del verificarsi di un pregiudizio imminente e concreto, irreparabile *ex post*.

Tuttavia, nonostante lo strumento dell'art. 700 c.p.c. potrebbe essere esperito a prescindere dalla verifica concreta di un danno, ciò non toglie che possa essere addotta qualsiasi tipo di potenzialità del danno – anche perché, ai fini della presente indagine, la direttiva richiede un'effettiva individuabilità dello stesso – ma essa «*deve essere un elemento insito nella condizione attuale del richiedente, non una mera ipotesi futuribile, che si mantenga sostanzialmente incerta an et quando*»⁹⁹. In altre parole, il rischio del pregiudizio non può mai essere meramente ipotetico, ma deve essere concreto, oggettivo, imminente e reale.

⁹⁵ Dal punto di vista della responsabilità civile, la direttiva si allontana in maniera evidente dalla normativa tedesca del 2021 (c.d. *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG*), la quale non contempla alcuna forma di responsabilità sociale in caso di inadempimento, presente, al contrario, nella francese *Loi de Vigilance* del 2017. Sul punto si veda V. L. HUBNER, V. HABRICH e M. WELLER, *Corporate sustainability Due Diligence*, in *NZG*, 2022, p. 644 ss.

⁹⁶ Così C. E. BALBI, *op. cit.*, p. 102; F. TOMMASEO, *op. cit.*, p. 870; S. A. VILLATA, *op. cit.*, p. 613-616.

⁹⁷ Pret. Milano, 10 agosto 1996.

⁹⁸ In dottrina, *ex multis*, v. A. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, *passim* e M. GABBIANI, *op. cit.*, p. 353. In giurisprudenza si vedano Trib. Milano, 23 marzo 2002; Trib. Milano, 29 marzo 2012; Trib. Genova, 19 settembre 2018.

⁹⁹ Ciò è affermato da Trib. Bologna, ord. 10 aprile 2009, n. 1726.

Volendosi aderire a tale visione, è legittimo sostenere che la tutela d'urgenza può essere pacificamente adoperata per tutte le condotte degli amministratori lesive degli obblighi di sostenibilità, inerenti sia alla prevenzione che all'arresto degli impatti negativi, data l'idoneità della stessa a garantire misure sommarie cautelari sia preventive sia inibitorie¹⁰⁰.

In secondo luogo, bisogna prendere in considerazione il perimetro operativo dell'azione di merito che, in via ordinaria, dovrebbe esercitarsi a tutela del diritto minacciato, ossia, nel caso di specie, l'azione di responsabilità individuale del terzo¹⁰¹.

L'art. 2395 c.c., essendo rimedio risarcitorio di merito e non di tipo cautelare, richiede espressamente che si sia prodotto un danno diretto a carico del terzo – o del singolo socio – a seguito di un comportamento doloso o colposo da parte degli amministratori, compiuto nell'esercizio delle funzioni loro affidate. A prescindere dalla natura giuridica che viene riconosciuta a tale forma di responsabilità, è legittimo sostenersi che essa non discende dalla violazione di obblighi a contenuto specifico, ma, tutt'al più, dell'obbligo gestionale generale di agire con la diligenza richiesta dalla legge.

Stante l'assenza di obblighi gestionali specifici, è possibile sostenere che l'azione di responsabilità individuale viene indirizzata, nella maggior parte dei casi, alla tutela di diritti a contenuto e funzione patrimoniali, dal momento che, generalmente, il pregiudizio prodotto si configura come un mero danno economico al patrimonio del terzo, la cui prevedibilità risulta essere molto complessa a causa della genericità dei doveri posti a monte. Di conseguenza, una tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c., sebbene risulti possibile alla luce delle interpretazioni sistematiche meno rigorose, risulterà limitata a provvedimenti di carattere conservativo, e non anticipatorio, del patrimonio del terzo e sarà subordinata alla dimostrazione dello scarto eccessivo tra il valore del danno subito e quello del danno che verrebbe risarcito alla fine del lungo procedimento di merito¹⁰².

Da tali considerazioni è possibile dedursi che la tutela cautelare innominata del terzo per la responsabilità individuale degli amministratori, non essendoci diritti specifici di riferimento a lui riconosciuti, è estremamente esigua e circoscritta alle poche ipotesi in cui la condotta dei secondi si riflette su interessi ulteriori.

Tuttavia, dal momento che non paiono sussistere ostacoli di compatibilità tra le tre fattispecie richiamate, è possibile ipotizzare che gli artt. 2395 c.c. e 700 c.p.c. vengano adoperati come un "veicolo", alla luce delle innovazioni in materia da parte della Direttiva UE 2024/1760, per

¹⁰⁰ In ordine all'elasticità della cautela innominata per le misure adottabili, per tutti, si veda A. PROTO PISANI, voce *Provvedimenti d'urgenza*, cit., p. 17.

¹⁰¹ Per una disamina approfondita delle questioni ancora aperte inerenti a tale forma di responsabilità v. P. GIUDICI, *La responsabilità degli amministratori verso i soci e i terzi: alla ricerca di una teoria fondante*, in *Società*, 2015, 11, p. 1279-1283.

¹⁰² Con riferimento ad alcuni casi di collegamento tra tutela d'urgenza e responsabilità individuale dell'amministratore si vedano A. MORELLO, op. cit., p. 1386-1392; E. BONAVERA, *Tutela cautelare del diritto di controllo del socio di S.r.l.*, in *Società*, 2016, 6, p. 699 ss.

ampliare la tutela degli *stakeholders* nel caso in cui entrino in gioco i il dovere di diligenza sostenibile. Difatti, se il diritto al risarcimento del danno viene attribuito al “terzo” per la responsabilità degli amministratori causata dalla violazione di obblighi di gestione specifici, connessi alla prevenzione, all’arresto e alla minimizzazione delle esternalità negative, e se tale prerogativa deve essere fatta valere con gli strumenti nazionali, anche in via cautelare, allora si apre uno scenario innovativo.

Gli *stakeholders*, sulla base di tale premessa, potrebbero agire d’urgenza, ai sensi dell’art. 700 c.p.c., sia in via anticipatoria per la mancata predisposizione di misure adeguate a prevenire l’impatto negativo, quando, quindi, il pregiudizio sia solo potenziale, sia in via conservativa, nel momento in cui il danno si è prodotto per l’inadeguatezza delle misure di arresto dell’impatto negativo, rimettendo alla discrezionalità del giudice la scelta del provvedimento cautelare più adatto, per impedire il prodursi o il protrarsi del danno discendente dalla condotta degli amministratori. Pertanto, a tali soggetti verrà richiesto di dimostrare la probabile fondatezza del proprio diritto, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2395 c.c. e 29 della direttiva, e il pericolo potenziale o attuale, purché imminente e reale, di subire il danno in via irreparabile a causa della tardività del giudizio a cognizione piena e della differenza valoriale tra ciò che viene subito e ciò che verrebbe concretamente risarcito.

In conclusione, grazie alla previsione di obblighi *sostenibili* di condotta e procedurali, gestionali e specifici a carico degli amministratori, da adempiersi sia preventivamente che successivamente, è legittimo sostenersi che la posizione degli *stakeholders* sia maggiormente tutelabile, a livello cautelare, di quanto lo sarebbe se ci si limitasse esclusivamente alla previsione generale dell’art. 2395 c.c., grazie ad un’identificazione precisa delle prerogative dei medesimi, nonché all’integrazione nelle politiche aziendali di ulteriori istanze rispetto a quella della società.

6. Conclusioni

Sia consentito, a questo punto, tirare le somme finali di tale indagine di compatibilità.

Alla luce della novella europea, facendo proprie interpretazioni sistematiche meno rigide sia del concetto di «dovere di diligenza» che della tutela degli *stakeholders* in ordine alla responsabilità dell’organo amministrativo, si è ritenuto di poter considerare la *due diligence* in tema di sostenibilità come un insieme di regole di condotta e organizzative, di contenuto positivo, poste all’individuazione, alla prevenzione e all’arresto degli impatti negativi, poiché la *CSDDD* le caratterizza di una puntuale specificità proveniente dall’individuazione delle procedure e dai processi da portare a compimento, così oltrepassando la precedente concezione del dovere di diligenza come contenitore vuoto di nuove imposizioni, dal momento che verrebbe elevata ad oggetto dell’obbligo la sola modalità di adempimento dello stesso, riducendo la *due diligence* a mera *compliance with laws*. Si avrebbe, pertanto,

l'imposizione di un'obbligazione, non di risultato, ma di mezzi, coincidente con la predisposizione e il rispetto di canoni organizzativi e aggravamenti procedurali inerenti al "modo" con cui gli amministratori devono assumere le decisioni gestorie.

Di conseguenza, potendolo qualificare come un vero e proprio obbligo specifico degli amministratori, la cui cogenza verrà garantita sia dalla direttiva che dalla successiva legge nazionale di recepimento della medesima, è possibile prospettare, *de iure condendo*, un ampliamento della tutela giurisdizionale degli *stakeholders*, coincidente con il diritto al pieno risarcimento del danno subito per la violazione dei doveri richiamati nell'art. 29 della CSDDD, il quale potrà essere fatto valere e azionato nell'ordinamento italiano tramite l'azione individuale di responsabilità di cui agli artt. 2395 e 2476 co. 7 c.c., supportato e assicurato anche dalla complementare tutela reale del ripristino dello *status quo ante* di cui all'art. 12 della direttiva.

Questa maggiore tutela degli *stakeholders*, da un lato, permetterebbe a soggetti estranei alla società di far valere più efficacemente le proprie prerogative con gli strumenti interni forniti dall'ordinamento italiano, senza stravolgerne le fondamenta, e, dall'altro lato, in conformità con le previsioni sia unionali che di diritto processuale civile interno, potrebbe essere fatta valere anche a livello cautelare, tramite lo strumento della tutela atipica d'urgenza ex art. 700 c.p.c., determinando non soltanto una più incisiva effettività delle prescrizioni, ma pure un maggiore rispetto da parte degli amministratori delle società coinvolte delle norme di condotta e organizzative di «*governance sostenibile*», grazie alla possibile adozione di provvedimenti giurisdizionali non solo successivi e di tipo conservativo, ma anche inibitori e impositivi di tipo anticipatorio. La direttiva, infatti, si pone proprio l'obiettivo non soltanto di eliminare o ridurre, ma anche di prevenire gli impatti negativi, obiettivo che trova un propulsore nella tutela innominata preordinata a prevenire danni originanti dalle lungaggini del processo ordinario.

Riassumendo, si può affermare che la Direttiva UE 2024/1760, nonostante abbia perso gran parte della sua pregnanza a causa degli emendamenti susseguitisi nel tempo che ne hanno ridotto drasticamente l'ambito di applicazione, sia foriera di una serie di novità non indifferenti nel campo della gestione societaria. Il punto di svolta, concretantesi nel passaggio dalla previsione di meri atti di *soft law* a veri e propri obblighi sostanziali vincolanti di tipo procedurale e organizzativo, costituisce un chiaro segnale della volontà dell'Unione Europea di proseguire il processo di avvicinamento delle realtà societarie «egoistiche» alle ampie tematiche della sostenibilità, seppure in maniera graduale e sperimentale. La direttiva, infatti, si pone non solo come il primo vero traguardo della *sustainable corporate governance*, ma anche come un iniziale esperimento diretto a testare il consenso degli Stati membri in ordine a tale normativa, per verificare se sia ipotizzabile l'estensione del raggio applicativo della stessa e se debbano essere in qualche modo migliorate le prescrizioni in essa contenute.

È chiaro che per potersi avere dei risultati effettivi e per capire se sia possibile ricorrere allo strumento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. da parte degli *stakeholders* sarà necessario attendere la concreta attuazione della direttiva, la quale avverrà solo con il recepimento e la postergata entrata in vigore della medesima all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, che, ad oggi, risulta essere ancora ben lontana.

Luca Troianiello
Dottore di ricerca



FABIO SAVINO

Sul rapporto tra rinuncia agli atti e accettazione della parte (non ancora) costituita

Il lavoro analizza l'istituto della rinuncia agli atti, soffermandosi in particolare sul rapporto con l'accettazione e sviluppando, altresì, una riflessione in merito alla disciplina dell'art. 473 *bis*. 21 c.p.c., operante nel nuovo rito familiare e minorile. In particolare, ai fini dell'estinzione del processo, l'interpretazione costante dell'art. 306 c.p.c. prevede che l'accettazione del convenuto sia necessaria solo quando questi sia già costituito, mentre sarebbe superflua ove non lo sia ed anche in pendenza del termine per la costituzione tempestiva. Ci si chiede allora se sia possibile fornire una lettura differente, e ritenere necessaria l'accettazione del convenuto anche in tale ultima fattispecie.

The paper analyses the institution of the waiver of acts, focusing in particular on the relationship with acceptance and also developing a reflection on the discipline of art. 473 *bis*. 21 c.p.c., operating in the new family and juvenile procedure. In particular, for the purposes of the extinction of the process, the constant interpretation of art. 306 c.p.c. provides that the acceptance of the defendant is necessary only when he is already constituted, while it would be superfluous if he is not and also pending the deadline for timely constitution. The question then arises whether it is possible to provide a different interpretation, and consider the acceptance of the defendant necessary also in this latter case.

Sommario: 1. La premessa dell'indagine – 2. La rinuncia agli atti del giudizio – 2.1. Modalità della rinuncia e limiti temporali. Cenni al provvedimento dichiarativo dell'estinzione e al regime delle spese – 3. Critica all'interpretazione che prevede la necessità dell'accettazione del convenuto solo se già costituito – 4. Sintesi finale: la possibile rivisitazione del rapporto tra rinuncia e accettazione anche con riferimento al processo in materia di persone, minorenni e famiglie.

1. La premessa dell'indagine.

L'art. 306 c.p.c. dispone che il processo si estingue per rinuncia agli atti, quando questa sia accettata dalle parti costituite che potrebbero avere interesse alla prosecuzione del giudizio. La norma pare regolare il solo caso in cui la rinuncia dell'attore sia effettuata successivamente alla costituzione del convenuto, nulla stabilendo per l'ipotesi in cui essa venga proposta anteriormente ed in pendenza del termine per la tempestiva costituzione di quest'ultimo.

Così, per l'insorgere dell'effetto estintivo, l'accettazione del convenuto sarebbe necessaria solo in caso di costituzione in giudizio (e di interesse alla prosecuzione del processo), restando superflua ove non sia (ancora) avvenuta¹.

Tuttavia, si tratta di una lettura non del tutto soddisfacente, dal momento che non tiene conto del caso in cui il convenuto, pur non essendo costituito, possa ancora farlo tempestivamente per esercitare quelle difese (nel merito), idonee ad attestare la sussistenza dell'interesse alla prosecuzione del giudizio.

Lo studio mira quindi a indagare in termini più generali se effettuata la rinuncia agli atti, il convenuto non costituitosi, ma ancora in termini per farlo, debba comunque accettarla per provocare l'estinzione del processo, ovvero se in linea con l'interpretazione univocamente affermata dalla dottrina e dalla giurisprudenza anche in tale ultimo caso l'accettazione sia superflua.

Prima di affrontare specificamente l'argomento, occorre però ricostruire in termini generali l'istituto della rinuncia agli atti del giudizio.

2. La rinuncia agli atti del giudizio.

La rinuncia agli atti del giudizio e l'inattività delle parti costituiscono le due cause di estinzione del processo².

Pur essendo eterogenee, in quanto la prima si fonda su un'iniziativa espressa del soggetto che ha proposto la domanda, mentre la seconda su comportamenti concludenti di tutte le parti del giudizio, le due fattispecie hanno in comune un unico regime, quanto alla dichiarazione di estinzione ed ai suoi effetti.

Quando il processo si estingue anticipatamente, il rapporto processuale non si conclude in via naturale con la sentenza di merito che accoglie o rigetta la domanda, ma termina con un diverso provvedimento, sempre di chiusura del processo, che però non pronuncia sulle domande formulate³.

¹ Limitandosi qui solo all'indicazione della più recente manualistica, concordemente si afferma come l'accettazione della parte convenuta non costituita non sia necessaria. In tal senso, C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2024, p. 335; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2025, p. 551; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 2, Milano, 2024, p. 272; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, 2, Bologna, 2023, p. 202; G. DELLA PIETRA, *Il processo civile spiegato ai ragazzi*, Bologna, 2023, p. 275; F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, Bologna, 2023, p. 286.

² Sull'estinzione del processo in generale, si vedano V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956; C. CALVOSA, *Estinzione del processo civile*, in *Nss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 976; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1960; L. BIANCHI D'ESPINOSA-A. BALDI, *Estinzione del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 916; A. SALETTI, *Estinzione del processo: 1) Dir. proc. civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, Roma, 1988; G. MONTELEONE, *Estinzione (processo di cognizione)*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 131; L. PENASA, *sub art. 306*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. COMOGLIO-C. CONSOLO-B. SASSANI-R. VACCARELLA, III, 2, Torino, 2012; F. CUOMO ULLOA, *Estinzione del processo (art. 306-310)*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2016.

³ Così, B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, op. cit., p. 550.

La *ratio* dell'estinzione, tradizionalmente inquadrata tra le modalità di chiusura non soddisfattiva⁴, è rinvenibile nell'esigenza di impedire che il processo prosegua quando le parti, o per accordo espresso, o per comportamento concludente, non lo ritengano più utile, tant'è che *a fortiori* nemmeno lo Stato può avere interesse al protrarsi di un tale giudizio a cui dovrebbe, peraltro, continuare a destinare risorse economiche ed organizzative⁵.

La prima delle due cause di estinzione del processo è la rinuncia agli atti ed è regolata dall'art. 306 c.p.c.⁶

Essa costituisce il riflesso del principio della domanda, poiché la parte, come può attivarsi e richiedere tutela giurisdizionale, allo stesso modo, può decidere di non voler più proseguire il giudizio.

La rinuncia agli atti costituisce una dichiarazione espressa dell'attore di voler chiudere il processo anticipatamente, senza che si giunga alla naturale conclusione della pronuncia di merito sul rapporto sostanziale oggetto della domanda.

In tal modo, l'attore rinuncia alla richiesta di tutela giurisdizionale provocando la caducazione degli effetti processuali prodotti dalla pendenza della lite, con la sola salvezza sotto il profilo sostanziale dell'effetto interruttivo della prescrizione, ai sensi dell'art. 2945 c.c. ultimo comma.

La dottrina ha variamente ricostruito la natura della rinuncia agli atti.

Una parte degli studiosi ha classificato l'istituto come un accordo processuale risultante da una duplice dichiarazione unilaterale a contenuto non negoziale che produce effetti predeterminati e di natura esclusivamente processuale⁷.

Secondo una diversa ricostruzione, la rinuncia e l'accettazione rientrerebbero tra gli atti negoziali collocati nella più ampia categoria dei negozi giuridici processuali⁸: tale idea

⁴ Naturalmente, la modalità di chiusura non soddisfattiva può riguardare non solo il processo di cognizione di primo grado, ma anche quello di impugnazione (artt. 338, 390 e 393 c.p.c.), nonché il processo esecutivo (art. 629 e 631 c.p.c.) ed il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo (art. 653 c.p.c.).

⁵ In tal senso, C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *op. cit.*, p. 334.

⁶ Per i riferimenti specifici sulla rinuncia agli atti si vedano, G.A. MICHELI, *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padova, 1937; A. MASSARI, *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Nss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1156; R. VACCARELLA, *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 960; F. CUOMO ULLOA, *Estinzione del processo (art. 306-310)*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da S. CHIARLONI, *op. cit.*, p. 2.

⁷ In tal senso, C. MANDRIOLI-A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *op. cit.*, p. 336, secondo cui una tale configurazione non esclude anche un accordo tra le parti sul piano sostanziale. La natura negoziale o non negoziale degli atti processuali secondo la ricostruzione prospettata sarebbe solo una conseguenza della loro disciplina. Sul punto per completezza si rinvia a V. DENTI, *Note sui vizi della volontà degli atti processuali civili*, Pavia, 1959, p. 34. In giurisprudenza, nel senso evidenziato, Cass., 16 maggio 2012, n. 7633 e Cass., 17 maggio 2012, n. 7820 che nello specifico assimilano il trasferimento dell'azione civile in sede penale alla rinuncia agli atti, qualificata in termini più generali e solo quale mero fatto estintivo del processo che ne produce l'immediata estinzione. Nello stesso senso ed ancor più espressamente, Cass. ord., 31 maggio 2018, n. 13946, secondo la quale la dichiarazione di rinuncia agli atti del giudizio non è una dichiarazione negoziale e come tale non è emendabile facendo valere un vizio della volontà.

⁸ Sul punto, A. SEGNI-S. COSTA, *Procedimento civile*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1046.

comprende anche le posizioni di coloro che più nello specifico hanno assimilato la rinuncia ad un negozio giuridico unilaterale⁹, eventualmente complesso, ove occorra l'accettazione della controparte¹⁰.

A prescindere dall'opzione teorica prescelta, la rinuncia agli atti spiega i suoi effetti esclusivamente sul piano processuale¹¹, senza incidere sull'azione e sul diritto sostanziale.

La conferma di tale assunto si rinviene nella previsione dell'art. 310 comma 1 c.p.c. secondo la quale l'estinzione del processo non estingue l'azione.

Di conseguenza e stante l'irrilevanza dei motivi della rinuncia i cui effetti predeterminati potranno prodursi indipendentemente dalle finalità ad essa sottese¹², è possibile riproporre la medesima domanda in un futuro giudizio, poiché la situazione sostanziale non viene compromessa¹³.

Riflettendosi esclusivamente sul piano processuale ed operando solo entro la sfera del rapporto pendente, non escludendo l'esercizio dell'azione in un nuovo processo¹⁴, la rinuncia

⁹ Così, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1984, p. 201 e per la particolare impostazione secondo la quale, in quanto negozio giuridico processuale, rileverebbero anche i vizi della volontà, L. PENASA, *sub. art. 306*, in *Commentario del Codice di procedura civile*, diretto da L.P. COMOGGIO-C. CONSOLO-B. SASSANI-R. VACCARELLA, *op. cit.*, p. 712 e ss.

¹⁰ Così, G.A. MICHELI, *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, p. 43. Sul punto e per una disamina più ampia si vedano anche A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999, p. 60 e M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, p. 308.

¹¹ Nel senso di atto processuale vero e proprio caratterizzato dall'effetto tipico di estinguere la fase processuale in cui è proposta si esprime anche Cass., 21 febbraio 2003, n. 2647.

¹² Così E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, *op. cit.*, p. 201; R. VACCARELLA, *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, *op. cit.*, p. 962; L.P. COMOGGIO, in L.P. COMOGGIO-C. FERRI-M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2011, p. 606; M. GIORGETTI, *Le rinunce alle impugnazioni civili*, Milano, 2000, p. 131 e ss.; F. CUOMO ULLOA, *Estinzione del processo (art. 306-310)*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da S. CHIARLONI, *op. cit.*, p. 10; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, *op. cit.*, p. 551 che molto efficacemente descrive la rinuncia come un atto puro non legato casualmente alla ragione psicologica.

¹³ Sul punto anche, E. REDENTI, *Sui trasferimenti delle azioni civili*, in *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, Milano, 1962, p. 102; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, *op. cit.*, p. 208; R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, p. 295 e ss.

¹⁴ In giurisprudenza, cfr. Cass., 23 luglio 2019, n. 19845; Cass., 13 marzo 1999, n. 2268.

agli atti, si differenzia profondamente da numerose figure affini¹⁵ e soprattutto dalla rinuncia all'azione¹⁶.

¹⁵ Anzitutto, dalla cessazione della materia del contendere che comporta la definizione del processo a causa dell'esaurimento di ogni ragione di contrasto tra le parti, per fatti intervenuti in pendenza della lite. Per un approfondimento sul tema, si vedano in dottrina E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967; A. SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino, 2001; M. NEGRI, *Gli effetti dell'estinzione nell'arco dei vari gradi del processo*, Torino, 2017. Si vedano ancora le ricostruzioni di R. VACCARELLA, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, *op. cit.*, p. 966 e A. ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, in *Giur. it.*, 1987, p. 481 e B. SASSANI, *Cessazione della materia del contendere*, I, *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 4, che non riconoscono autonomia all'istituto, rispetto alla chiusura in merito o alla dichiarazione di inammissibilità sopravvenuta della domanda per carenza dell'interesse ad agire. In giurisprudenza, tra le tante che definiscono la cessazione della materia del contendere nei termini appena esposti si vedano: Cass., 2 maggio 1991, n. 4792; Cass., 21 agosto 1991, n. 9007; Cass., 7 maggio 1993, n. 5286; Cass., 19 giugno 1996, n. 5664; Cass., 10 giugno 1997, n. 5174; Cass., 26 luglio 2002, n. 11038; Cass., 27 gennaio 2003, n. 1205; Cass., 10 febbraio 2003, n. 1950; Cass., 28 luglio 2004, n. 14194; Cass., 5 dicembre 2005, n. 26351; Cass. Sez. un., 21 novembre 2006, n. 24662; Cass., 22 agosto 2007, n. 17861; Cass., 13 settembre 2007, n. 19160; Cass., 8 novembre 2007, n. 23289; Cass., 10 novembre 2008, n. 26909; Cass., 8 luglio 2010, n. 16150; Cass., 11 agosto 2010, n. 18620; Cass., 23 dicembre 2010, n. 26005; Cass., 31 gennaio 2012, n. 1378; Cass., 8 gennaio 2014, n. 149; Cass., 17 luglio 2014, n. 16324; Cass., 19 dicembre 2016, n. 26121; Cass., Sez. un., 24 giugno 2022, n. 20494. Assume poi rilevanza ai fini della cessazione della materia del contendere anche il venir meno di un interesse giuridicamente apprezzabile volto ad ottenere una decisione giudiziale di merito, pur nella formale sopravvivenza di una situazione di contrasto tra le parti (in tal senso, cfr. Cass., 28 luglio 2000, n. 1048; Cass., 3 settembre 2003, n. 12844; Cass., 1 aprile 2004, n. 6393; Cass., 8 giugno 2005, n. 11962; Cass., 6 febbraio 2007, n. 2567 e da ultimo Cass. ord., 10 gennaio 2023, n. 351, sull'idoneità della rinuncia al precetto a determinare la cessazione della materia del contendere del giudizio di opposizione pre-esecutiva). Inoltre, la Suprema Corte ha più volte chiarito come la sentenza che dichiara la cessazione della materia del contendere sia inidonea ad acquistare efficacia di giudicato sostanziale sulla pretesa fatta valere, potendo conseguirla sul solo aspetto del venir meno dell'interesse alla prosecuzione del processo (cfr. per esempio Cass., 3 marzo 2003, n. 3122; Cass., 20 dicembre 2015, n. 26107; Cass. ord., 25 gennaio 2024, n. 2446). Il medesimo effetto della cessazione della materia del contendere si rinviene ancora in una serie di figure che parimenti si distinguono dalla rinuncia agli atti e finiscono allo stesso modo per annullare le ragioni concrete della controversia pendente. Tra queste si possono ricordare la transazione (su cui Cass., 3 marzo 2006, n. 4714; Cass., 26 maggio 2008, n. 13578; Cass., 25 febbraio 2009, n. 4483; Cass., 24 ottobre 2012, n. 18195; Cass. Sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24709; Cass., 17 febbraio 2017, n. 4257), il componimento stragiudiziale ed anche giudiziale della lite (su cui Cass., 28 dicembre 1999, n. 14634; Cass., 3 settembre 2003, n. 12844; Cass., 5 dicembre 2005, n. 26351), il riconoscimento del diritto altrui (su cui Cass., 28 agosto 1995, n. 9684), l'adeguamento spontaneo della realtà di fatto alla pretesa azionata (su cui Cass., 21 febbraio 2007, n. 4034), l'adempimento integrale all'obbligazione dedotta in giudizio (su cui Cass., 4 giugno 1998, n. 5510 e Cass., 6 febbraio 1999, n. 1068). Altra fattispecie che si differenzia dalla rinuncia agli atti, pur essendone accomunata dalla rilevanza solo in senso processuale, è la rinuncia alla domanda che consiste in una dichiarazione abdicativa ed in particolare di riduzione della domanda, ovvero di vera e propria rinuncia ad una tra le più domande cumulate la cui riproponibilità sarà poi preclusa dalla pronuncia di merito, avente ad oggetto la domanda non rinunciata. La rinuncia alla domanda può provenire dal difensore non munito di procura speciale, rientrando tale scelta tra i poteri dello stesso ed integrando la discrezionalità tecnica nella preparazione della lite che in quanto tale non richiede forme particolari, né l'accettazione della controparte (in dottrina si veda per un approfondimento, G. MONTELEONE, *Estinzione (processo di cognizione)*, in *Dig. civ.*, VIII, *op. cit.*, p. 134; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, *op. cit.*, p. 226; A. MASSARI, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Nss. Dig.*, *op. cit.*, p. 1159; A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, *op. cit.*, p. 40; M.C. VANZ, *Effetto interruttivo permanente della prescrizione: un delicato punto di equilibrio tra errori in rito ed esigenze di tutela del diritto sostanziale della parte*, in *Giur. it.* 2013, p. 1160 e ss. In giurisprudenza, Cass., 8 luglio 1981, n. 4488; Cass., 28 ottobre 1988, n. 5859; Cass., 5 luglio 1991, n. 7413; Cass., 28 gennaio 1995, n. 1047; Cass., 15 maggio 1997, n. 4283; Cass., 7 marzo 1998, n. 2572; Cass., 10 aprile 1998, n. 3734; Cass., 8 gennaio 2002, n. 140; Cass., 4 febbraio 2002, n. 1439; Cass., 11 giugno 2002, n. 8327; Cass., 24 settembre 2013, n. 21848; Cass., 19 febbraio 2019, n. 4837; Cass. ord. 6 giugno 2022, n. 18033). Da ultimo, si veda anche Cass. Sez. un., 7 febbraio 2024,

Quest'ultima riguarda il diritto sostanziale fatto valere nel processo¹⁷, o secondo una differente prospettiva il diritto di azione inteso nel senso di diritto ad ottenere un provvedimento di merito sulla situazione sostanziale dedotta in giudizio¹⁸.

Diversamente dalla rinuncia agli atti, la rinuncia all'azione spiega effetti definitivamente preclusivi in ordine ad ogni ulteriore forma di tutela giurisdizionale e, dunque, in ordine alla proponibilità di una nuova domanda avente il medesimo oggetto¹⁹.

Effettuata la rinuncia all'azione anche tacitamente e senza che siano richieste specifiche forme sacramentali²⁰, il convenuto non potrà avere altro interesse ad una diversa soluzione del giudizio e, pertanto, non sarà richiesta la sua accettazione²¹, mentre sarà necessario uno specifico mandato al difensore del rinunciante²².

n. 3453 secondo la quale la rinuncia alla domanda, anche in appello può sempre essere effettuata, anche dopo la precisazione delle conclusioni, trattandosi di restrizione del *thema decidendum* e come tale non assoggettata ad alcun limite.

¹⁶ Su cui in generale si veda A. SALETTI, *Estinzione del processo: 1) Dir. proc. civ., op. cit.*, 3 e ss. che sottolinea specificamente le differenze esistenti con la rinuncia agli atti, la cessazione della materia del contendere e il componimento amichevole della lite; G.A. MICHELI, *La rinuncia agli atti del giudizio, op. cit.*, p. 207. Si veda poi anche B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano, op. cit.*, p. 551 secondo il quale "sarà quindi questione di interpretazione dell'atto di rinuncia il verificare se eventualmente sia coinvolta anche l'azione sottostante". Infine e per un inquadramento più ampio, si veda l'opera monografica già citata di A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999.

¹⁷ In tal senso, G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, Milano, 1960, p. 208; A. MASSARI, *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Nss. Dig.*, XV, *op. cit.*, p. 1157; A. SCALA, *La cessazione della materia del contendere, op. cit.*, p. 220 e ss. Secondo la prevalente opinione sostanzialistica, la rinuncia all'azione integrerebbe una vera e propria rinuncia al diritto sostanziale (per tutti si veda A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel processo civile, op. cit.*, p. 14 e ss.), mentre secondo la tesi processualistica (su cui v. B. SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 533 e ss.) la volontà abdicativa avrebbe ad oggetto l'azione stessa, quale autonoma situazione soggettiva e, pertanto, non inciderebbe sul diritto sostanziale, bensì costituirebbe una dismissione del diritto di agire. Infine, secondo un differente e minoritario approccio su cui si veda L. PENASA, *sub art. 306*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. COMOGLIO-C. CONSOLO-B. SASSANI-R. VACCARELLA, *op. cit.*, p. 744 e ss., la rinuncia all'azione sarebbe equiparabile ad una sentenza di rigetto per sopravvenuta carenza di azione, non ostativa alla riproposizione della domanda. La natura sostanziale della rinuncia all'azione contemplerebbe l'applicabilità delle norme sui vizi della volontà, sulla recettività e sulla revocabilità.

¹⁸ Così, N. PICARDI, *La successione processuale. I. Oggetto e limiti*, Milano, 1964, p. 162; B. SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione, op. cit.*, p. 535; A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, p. 865 e ss.

¹⁹ Così per tutti S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, *op. cit.*, p. 418; G. MONTELEONE, *Estinzione (processo di cognizione)*, in *Dig. civ.*, VIII, *op. cit.*, p. 134; A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione, op. ult. cit.*, p. 843; B. SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione, op. cit.*, p. 535.

²⁰ Sul punto, cfr. Cass., 19 marzo 1990, n. 2267; Cass., 11 novembre 2005, n. 21865; Cass. ord., 23 luglio 2019, n. 19845 *cit.*

²¹ Su cui ancora G. MONTELEONE, *Estinzione (processo di cognizione)*, in *Dig. civ.*, VIII, *op. cit.*, p. 135 e L.P. COMOGLIO, in L.P. COMOGLIO-C. FERRI-M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile, op. cit.*, p. 606 e in giurisprudenza, Cass., 19 marzo 1999, n. 2268; Cass., 3 agosto 1999, n. 8387; Cass., 10 settembre 2004, n. 18255; Cass., 14 novembre 2011, n. 23749; Cass. ord., 23 luglio 2019, n. 19845 *cit.*; Cass. 19 dicembre 2019, n. 33761. Per le impugnazioni, quanto all'appello, si veda Cass. ord., 6 marzo 2018, n. 5250 che qualifica la rinuncia all'impugnazione dell'appellante, come una rinuncia all'azione che in quanto tale non necessita dell'accettazione; sembrerebbero poi enunciare il medesimo principio, pur senza pronunciarlo espressamente quanto al processo in cassazione Cass., 5 maggio 2011, n. 9857 e Cass. Sez. un. ord., 30 maggio 2018, n. 13698 secondo le quali per la rinuncia al ricorso non occorre l'accettazione delle parti intimiate che non hanno manifestato adesione, dal momento che la rinuncia determina il passaggio in giudicato della sentenza impugnata.

²² Così, Cass., 19 febbraio 2019, n. 4837 *cit.* e Cass., 17 dicembre 2013, n. 28146.

Tenendo in disparte l'inquadramento generale sotto il profilo più propriamente dogmatico, per esaminare più da vicino la disciplina posta dall'art. 306 c.p.c., è anzitutto stabilito che la rinuncia agli atti del giudizio debba provenire dal soggetto che ha proposto la domanda²³: essa deve essere fatta personalmente dalla parte, senza che la sua sottoscrizione necessiti dell'autentica del difensore²⁴.

Inoltre, l'atto abdicativo può provenire dal rappresentante generale o, ancora, dal procuratore speciale, non rientrando in generale tra i poteri ordinari del difensore. Quest'ultimo per potervi procedere deve essere appositamente autorizzato mediante procura speciale, senza la quale la rinuncia è inefficace²⁵.

Essendo fondata sull'accordo delle parti, la rinuncia dell'attore non è da sola in grado di generare l'estinzione²⁶, poiché l'art. 306 c.p.c. dispone che il processo si estingue quando la

²³ V. per tutti S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, op. cit., p. 425. Per quanto riguarda i successivi gradi di giudizio, essa deve provenire dalla parte impugnante. Inoltre, la legittimazione a proporre la rinuncia spetta anche al convenuto che abbia proposto la domanda riconvenzionale e all'appellato che abbia spiegato appello incidentale. Su tali ultimi aspetti, v. A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, op. cit., 1999, p. 134.

²⁴ Cass., 23 aprile 2002, n. 5905 e per la rinuncia agli atti del giudizio in cassazione Cass. ord., 7 giugno 2004, n. 10809.

²⁵ Così V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, op. cit., p. 330 e E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, op. cit., p. 203; A. SALETTI, *Estinzione del processo: 1) Dir. proc. civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, op. cit., p. 3; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 2, op. cit., p. 274 e ss. In giurisprudenza, Cass., 23 gennaio 1995, n. 722. Inoltre, è esclusa la possibilità di sanare il vizio mediante la produzione successiva di un mandato con convalida (v. App. Torino, 8 aprile 1951, in *Foro pad.*, 51, I, p. 620) e si ritiene non necessaria la procura speciale tutte le volte in cui la rinuncia sia preceduta da un atto stragiudiziale di rinuncia all'azione. Più recentemente, si è affermato che il difetto di procura speciale determini una nullità non censurabile dal difensore che vi abbia dato causa (cfr. Cass., 16 dicembre 2010, n. 25439) e che l'espressa previsione del potere di rinuncia nella procura rilasciata per il ricorso per cassazione soddisfi il requisito della necessità della procura speciale utile per la rinuncia (cfr. Cass. ord., 12 novembre 2015, n. 23175). Quanto ai poteri del difensore, Cass., 27 gennaio 1998, n. 801 specifica che anche una procura generica alle liti comprensiva della sola indicazione generica dei poteri di conciliare e transigere, senza l'espressa menzione del potere di rinuncia deve considerarsi idonea ad integrare il carattere della procura speciale richiesta dall'art. 306 comma 2 c.p.c., in base al principio di conservazione degli atti cui all'art. 1367 c.c.

²⁶ In ordine ai processi con pluralità di parti, nell'ipotesi di litisconsorzio necessario la rinuncia deve provenire ed essere accettata da tutti i litisconsorti (v. G. MONTELEONE, *Estinzione (processo di cognizione)*, in *Dig. civ.*, VIII, op. cit., p. 134; S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, Milano, 1983, p. 732 e ss.; A. MASSARI, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Nss. Dig. it.*, XV, op. cit., p. 1160). In caso di litisconsorzio facoltativo, la rinuncia produce l'estinzione totale del processo, ove effettuata da tutti gli attori ed accettata dagli altri litisconsorti, ovvero l'estinzione parziale, ove proveniente solo da alcuni degli attori ed accettata solo da alcuni dei convenuti (così G. TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, Milano, 1972, p. 280 e ss. e S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, op. cit., p. 265; R. VACCARELLA, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, op. cit., p. 964). Nelle ipotesi di interventi volontari, in caso di intervento principale e di intervento adesivo autonomo la rinuncia deve essere accettata anche dall'interventore, ove oggetto della rinuncia sia il rapporto introdotto per effetto dell'intervento spiegato (v. G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, op. cit., p. 210), mentre non sarebbe necessaria, ove relativa al rapporto originario (v. R. VACCARELLA, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, op. cit., p. 964; A. MASSARI, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Nss. Dig. it.*, XV, op. cit., p. 1160); in caso di intervento adesivo dipendente, l'adesione del terzo non è viceversa richiesta (così V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1956, p. 1008 e R. VACCARELLA, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, op. cit., p. 964; di diverso avviso S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, op. cit., p. 427 e G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, p. 2710). In caso di intervento coatto ad istanza di parte, a fronte della rinuncia è necessaria l'accettazione anche di tale terzo (v. per tutti, G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, op. cit., p. 211). Nell'ipotesi di chiamata in

rinuncia è accettata dalle parti costituite che potrebbero avere interesse alla prosecuzione e, a tal fine, esse devono manifestare espressamente la propria adesione alla rinuncia formulata. Secondo la granitica interpretazione dell'art. 306 c.p.c., l'accettazione è però necessaria solo quando le parti siano già costituite e abbiano un interesse alla prosecuzione del processo²⁷.

Così, verificato il dato formale circa l'avvenuta costituzione del convenuto, diviene centrale comprendere in cosa consista l'interesse alla prosecuzione del processo.

L'interesse alla prosecuzione del processo si pone in stretta correlazione con il contegno del convenuto ed in particolare con le scelte difensive da questi assunte.

Più in particolare, esso va letto in rapporto alla possibilità del convenuto di ottenere un provvedimento più favorevole rispetto a quello della mera chiusura anticipata del processo²⁸, che naturalmente non esclude l'eventualità che l'attore possa riproporre successivamente la (medesima) domanda.

Pertanto, l'interesse alla prosecuzione del processo si fonda sulla possibilità concreta di ottenere un accertamento idoneo al giudicato sostanziale della controversia di contenuto differente rispetto a quello auspicato dall'attore nell'ipotesi di accoglimento della propria

garanzia, si veda da ultimo Cass., 23 settembre 2022, n. 27977, in *Giur. it.*, 2023, p. 1565 e ss. con nota di S. TURATTO, *Decisione sulla domanda di garanzia impropria in fase di impugnazione tra rinuncia all'appello sulla causa principale e (presunto) interesse all'accertamento unitario*. Per la Suprema Corte, la rinuncia agli atti proposta in grado di appello dal garantito, condannato in primo grado, ed accettata dal danneggiato, non determina l'estinzione del giudizio ed il conseguente passaggio in giudicato della statuizione sul rapporto principale, ove non sia accettata (anche) dal garante. In caso di intervento *iussu iudicis*, il terzo chiamato deve aderire per provocare l'estinzione (v. G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, op. cit., p. 211). Da ultimo e quanto alle ipotesi di sostituzione processuale, legittimato a proporre la rinuncia è il sostituto, mentre non lo è il sostituito (v. E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, p. 240 e R. VACCARELLA, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, op. cit., p. 970).

²⁷ In tal senso, per tutti V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, op. cit., p. 1008. Analogamente la giurisprudenza Cass., 5 dicembre 1974, n. 4022; Cass., 1 febbraio 1995, n. 1168; Cass., 12 dicembre 1995, n. 12694; Cass., 10 dicembre 1996, n. 10978; Cass., 1 luglio 1998, n. 6442; Cass., 11 ottobre 1999 n. 11384 che esclude la sussistenza dell'interesse alla prosecuzione, quando la parte voglia solo ottenere il rimborso delle spese; Cass., 21 giugno 2002, n. 9066; Cass., 10 aprile 2003, n. 5676 che esclude la sussistenza dell'interesse alla prosecuzione in capo all'opposto nel giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo costituitosi solo per ottenere la condanna della controparte ai sensi dell'art. 96 c.p.c.; Cass. ord., 1 dicembre 2010, n. 24376; Cass., 24 marzo 2011, n. 6850; Cass. Sez. un., 17 dicembre 2014, n. 26550; Cass. ord., 12 novembre 2015, n. 23175 cit.; Cass. ord., 9 ottobre 2017, n. 23620 e Cass. ord., 21 agosto 2018, n. 20839 che esprimono il medesimo principio di Cass., 10 aprile 2003, n. 5676.

²⁸ Così, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*; II, 1, op. cit., p. 427; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, op. cit., p. 203; A. MASSARI, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Nss. Dig. it.*, XV, op. cit., p. 1163; M. GIORGETTI, *Le rinunce alle impugnazioni civili*, op. cit., p. 124; F. CUOMO ULLOA, *Estinzione del processo (art. 306-310)*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da S. CHIARLONI, op. cit., p. 53 e ss.. Esprimono una posizione svincolata dalla valutazione del contegno del convenuto ed incentrata sulla sola valorizzazione della possibilità di ottenere un risultato più favorevole rispetto alla sola estinzione V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, op. cit., p. 329 e G. MONTELEONE, *Estinzione (processo di cognizione)*, in *Dig. civ.*, VIII, op. cit., p. 134. In giurisprudenza, nello stesso senso, Cass., 18 settembre 1972, n. 2756; Cass., 7 giugno 1991, n. 6450; Cass., 1 febbraio 1995, n. 1168, cit.; Cass., 3 agosto 1999, n. 8387, Cass., 21 giugno 2002, n. 9066, cit.; Cass. Sez. un. 17 dicembre 2014, n. 26550, cit.

domanda, manifestandosi così in una vera e propria difesa attiva che contrasti la posizione dell'istante²⁹.

Ciò avviene quando il convenuto abbia spiegato difese nel merito, chiedendo una pronuncia che accerti l'inesistenza del diritto fatto valere³⁰, o l'accertamento dei propri diritti che siano del tutto incompatibili con il diritto azionato dall'attore, ovvero quando abbia proposto una domanda riconvenzionale non condizionata all'accoglimento della domanda principale³¹.

Diversamente, ove le difese svolte dal convenuto siano esclusivamente in rito, nel senso che egli si sia limitato a chiedere il rigetto della domanda esclusivamente per motivi processuali, non sussiste quell'interesse alla prosecuzione del processo da cui deriva la necessità dell'accettazione.

Le difese in rito che escludono l'interesse alla prosecuzione del processo potrebbero riguardare il difetto di un presupposto processuale il cui accertamento non produrrà per il convenuto effetti più favorevoli rispetto alla declaratoria di estinzione del processo³².

Una fattispecie particolare è poi quella caratterizzata da un'attività difensiva composta del convenuto, comprendente sia eccezioni processuali, sia difese nel merito.

Considerando la graduazione dell'esame da parte del giudice dei due tipi di difese che si esplica nella pregiudizialità di quelle di rito, può affermarsi che la priorità di vaglio delle questioni di rito rispetto a quelle di merito neutralizzi la natura composta delle difese del convenuto poiché impone di delibare anzitutto le prime. In tale ipotesi, l'interesse del convenuto alla prosecuzione del processo è insussistente, posto che l'accoglimento dell'eccezione in rito comporta un grado di soddisfazione del tutto assimilabile a quello che potrebbe prodursi in

²⁹ Sul punto per tutti, B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, pp. 251 e 252.

³⁰ Così L.P. COMOGGIO, in L.P. COMOGGIO-C. FERRI-M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, op. cit., p. 606 e ss.

³¹ In tal senso, G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, op. cit., p. 209; A. MASSARI, *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Nss. Dig. it.*, XV, op. cit., p. 1164. Esprimono una differente posizione nel senso che la proposizione della domanda riconvenzionale non impedirebbe comunque l'estinzione parziale limitata alla sola domanda principale L. PENASA, *sub art. 306*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. COMOGGIO-C. CONSOLO-B. SASSANI-R. VACCARELLA, III, 2, op. cit., p. 723 e ss. e analogamente quanto all'appello, in caso di appello incidentale, A. SALETTI, *Estinzione del processo: 1) Dir. proc. civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, op. cit., p. 4. In giurisprudenza, Cass., 16 settembre 2003, n. 16551 conferma la sussistenza dell'interesse alla prosecuzione del processo per il convenuto che abbia proposto la domanda riconvenzionale.

³² Così, si esclude la sussistenza dell'interesse alla prosecuzione allorquando il convenuto si sia limitato ad eccepire solo il difetto di giurisdizione del giudice adito o l'incompetenza dello stesso (così V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, op. cit., p. 329; G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, op. cit., p. 209) o anche la nullità dell'atto introduttivo. Allo stesso modo, si esclude la sussistenza dell'interesse alla prosecuzione, quando il convenuto non si sia opposto all'accoglimento della pretesa di parte attrice (cfr. Trib. Roma, ord., 20.12.2006), ovvero abbia richiesto l'estromissione dal giudizio (G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, II, op. cit., p. 209) o ancora abbia solo richiesto la condanna dell'attore alle sole spese processuali (Cass. 7 agosto 1963, n. 2237; Cass., 11 ottobre 1999, n. 11384; Cass. ord., 1 dicembre 2010, n. 24376; Cass. 10 marzo 2011, n. 5756), o infine si sia limitato a richiedere il rigetto dell'appello o dell'opposizione a decreto ingiuntivo senza spiegare appello incidentale o ulteriori domande in via riconvenzionale (v. per tutti sempre V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, op. cit., p. 329).

seguito alla chiusura anticipata del processo e, dunque, senza che si proceda all'esame delle difese di merito³³.

2.1 Modalità della rinuncia e limiti temporali. Cenni al provvedimento dichiarativo dell'estinzione e al regime delle spese.

La rinuncia agli atti può essere effettuata attraverso una duplice modalità: oralmente in udienza con una dichiarazione espressa, oppure mediante atto sottoscritto e notificato alle altre parti.

La prima ne conferma il carattere non recettizio³⁴ e richiede che successivamente la rinuncia andrà inserita, previa sottoscrizione del dichiarante, nel processo verbale di udienza ai sensi dell'art. 126 comma 2 c.p.c.

La seconda non necessita dell'autentica del difensore i cui poteri certificatori sono tassativamente limitati dall'art. 83 comma 3 c.p.c. e non includono rinuncia agli atti³⁵.

La dichiarazione contenente la rinuncia può essere inserita anche in un atto scritto extraprocessuale, purché dallo stesso si deduca con certezza la volontà abdicativa³⁶.

Anche tale atto dovrà poi essere tempestivamente prodotto in giudizio dal rinunciante stesso³⁷.

Se per un verso rinuncia ed accettazione non debbono essere necessariamente contestuali, né rivestire la medesima forma, per l'altro, entrambe (anche se con riguardo alla rinuncia non è espressamente previsto) non possono essere subordinate a riserve o condizioni che, ove apposte, saranno improduttive di effetti³⁸, posto che l'esigenza di certezza correlata

³³ L'esempio più classico è quello del convenuto che abbia eccepito l'incompetenza del giudice adito e poi si sia difeso anche nel merito. Sul punto, per tutti, B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, op. cit., p. 552 e 553.

³⁴ Così A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, op. cit., 1997, p. 878.

³⁵ Sul punto, Cass., 23 aprile 2002, n. 5905 e Trib. Salerno, 29 marzo 2011. Si veda anche Cass., 3 aprile 1995, n. 3905 che specifica chiaramente che quando la rinuncia agli atti del giudizio non sia formulata in udienza, l'atto che la contiene non deve essere notificato al convenuto contumace, ai sensi del comma 2 dell'art. 306 c.p.c., non essendo compresa la rinuncia tra gli atti elencati tassativamente nell'art. 292 c.p.c. In tal caso, l'effetto preclusivo di ulteriori attività processuali e della decisione del merito si verifica nel momento stesso del deposito dell'atto, momento nel quale, non sussistendo l'onere della notificazione al contumace, si esaurisce il procedimento di manifestazione e comunicazione della volontà abdicativa della parte istante.

³⁶ Così, Cass., 17 agosto 1973, n. 2346; Cass., 14 novembre 1973, n. 3018 per la quale la rinuncia può assumere anche la forma di una convenzione stragiudiziale; Cass., 13 agosto 1997, n. 7565; Trib. Trento, 16 gennaio 2012; Trib. Torino, 26 marzo 2009. Da ultimo e sull'idoneità della sottoscrizione di una transazione, quale accettazione della rinuncia, si veda Cass. ord., 9 luglio 2024, n. 18772.

³⁷ In tal senso, R. VACCARELLA, *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, op. cit., p. 972 e A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, op. ult. cit., p. 880. In giurisprudenza, Cass., 27 maggio 1980 e Cass., 7 marzo 1984, n. 1581 ed anche le già citate Trib. Trento, 16 gennaio 2012; Trib. Torino, 26 marzo 2009. Per una diversa lettura, Cass., 5 novembre 2010, n. 22549 secondo cui la rinuncia stragiudiziale all'opposizione al decreto ingiuntivo non determinerebbe l'estinzione del giudizio, ove non sia formalizzata con le modalità previste dall'art. 306 c.p.c.

³⁸ Così L. BIANCHI D'ESPINOSA-A. BALDI, *Estinzione del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XV, op. cit., p. 916; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 1008; R. VACCARELLA, *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, op. cit., p. 972; F. CUOMO

all'estinzione del processo risulterebbe profondamente minata dalla dipendenza da eventi futuri ed incerti³⁹.

Pertanto, la rinuncia è da ritenersi accettata, quando il suo contenuto integrale sia fatto proprio dalla controparte⁴⁰.

Quanto al momento ultimo per effettuare la rinuncia, esso può essere individuato in quello che precede la decisione e quindi essa può essere formulata anche dopo la chiusura della discussione, purché non sia ancora intervenuta la deliberazione finale⁴¹.

Espressa la rinuncia ed effettuata l'accettazione della controparte, il giudice ne verifica la regolarità e dichiara anche d'ufficio l'estinzione del processo con un provvedimento avente natura dichiarativa e non costitutiva⁴².

L'art. 307 ultimo comma c.p.c. dispone che l'estinzione è dichiarata con ordinanza del giudice istruttore, ovvero con sentenza del collegio, mentre l'art. 308 comma 1 c.p.c. prevede che l'ordinanza che pronuncia l'estinzione sia reclamabile al collegio.

Le norme richiamate evocano la dicotomia istruttore-collegio⁴³, favorendo l'interpretazione diffusa secondo la quale la disciplina sia riferita alle sole controversie attribuite alla decisione del tribunale in composizione collegiale, nulla essendo espressamente disposto per l'ipotesi di decisione monocratica.

Tuttavia, in ordine alle controversie riservate alla decisione del tribunale in composizione collegiale, l'estinzione può essere pronunciata sia dal giudice istruttore, sia dal collegio.

Il primo caso si verifica quando l'eccezione di estinzione sia stata sollevata dinanzi all'istruttore, il provvedimento che l'accoglie ha la forma dell'ordinanza reclamabile al collegio

ULLOA, *Estinzione del processo (art. 306-310)*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da S. CHIARLONI, *op. cit.*, p. 82 e ss.. In giurisprudenza, Cass., 27 maggio 1980, n. 3463; Cass., 10 marzo 1988, n. 2391; Cass., 20 settembre 1989, n. 3932; Cass., 25 settembre 1998, n. 9636.

³⁹ In tal senso, per tutti R. VACCARELLA, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, *op. cit.*, p. 972.

⁴⁰ Per il giudizio in cassazione e la disciplina dell'art. 390 c.p.c., si rinvia a Cass., 16 agosto 2017, n. 20112 e Cass. Sez. un., 19 aprile 2011, n. 8925 con particolare riguardo alla superfluità dell'accettazione dopo la rinuncia al ricorso. Si vedano anche le recentissime Cass. ord. 29 aprile 2025, n. 11281; Cass. 23 aprile 2025, n. 10695; Cass., 22 aprile 2025, n. 10444; Cass., 14 aprile 2025, n. 9758; Cass., 11 aprile 2025, n. 9546; Cass. 30 marzo 2025, n. 8343 che esprimono il principio secondo cui, la rinuncia al ricorso ai sensi e nelle forme dell'art. 390 c.p.c. produrrà l'estinzione del giudizio, mentre la pronuncia sulle spese interverrà solo in caso di mancata accettazione della controparte. Sul tema, anche Cass. 19 aprile 2019, n. 11033, secondo la quale la rinuncia al ricorso per cassazione non soggiace alla disciplina dell'art. 306 c.p.c., determinando l'estinzione del processo anche in difetto di accettazione, dal momento che comporta il passaggio in giudicato della sentenza impugnata facendo decadere l'interesse a contrastare il ricorso.

⁴¹ In tal senso, L.P. COMOGGIO, in L.P. COMOGGIO-C. FERRI-M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, *op. cit.*, p. 607 e A. MASSARI, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Nss. Dig. it.*, XV, *op. cit.*, p. 1167. Diversa la posizione di A. SALETTI, *Estinzione del processo: 1) Dir. proc. civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, *op. cit.*, p. 4, il quale individua il limite nell'udienza di discussione.

⁴² S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*; II, *op. cit.*, p. 428; L. BIANCHI D'ESPINOSA-A. BALDI, *Estinzione del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XV, *op. cit.*, p. 936; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, *op. cit.*, p. 203; R. VACCARELLA, *Rinunzia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, *op. cit.*, p. 973. In giurisprudenza, *ex multis* Cass., 3 aprile 1995, n. 3905 *cit.*; Cass. ord., 21 novembre 2017, n. 27545 e Trib. Milano, ord., 1 agosto 2019.

⁴³ V. B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, *op. cit.*, p. 556.

entro 10 giorni dalla pronuncia o dalla comunicazione e segue la disciplina di cui all'art. 178 commi 3, 4 e 5 c.p.c.

Il collegio provvederà in camera di consiglio con sentenza impugnabile nelle forme ordinarie se respinge il reclamo, ovvero con ordinanza non impugnabile qualora lo accolga⁴⁴.

Dalla previsione traspare con evidenza il *favor* del legislatore per la prosecuzione del processo, posto che l'accoglimento del reclamo è deciso con un provvedimento definitivo, a differenza del rigetto che viene deliberato con sentenza appellabile⁴⁵.

Il secondo caso si verifica quando la questione relativa all'estinzione insorga allorché la causa sia già stata rimessa al collegio e in tal caso seguirà la modalità decisoria appena ricordata.

Quando invece la decisione è riservata al tribunale in composizione monocratica, il rigetto dell'eccezione di estinzione, seppur non direttamente disciplinato, avviene con ordinanza non impugnabile, ma comunque revocabile e modificabile.

Anche in tal caso, la disciplina risulta perfettamente allineata alla *ratio legis* di favorire la prosecuzione del processo.

Quando viene dichiarata l'estinzione, il provvedimento riveste forma di sentenza appellabile⁴⁶, sia perché l'istruttore è investito di tutti i poteri del collegio, sia soprattutto perché a cospetto di un provvedimento definitivo in rito deve garantirsi alla parte il potere di impugnarlo⁴⁷.

La disciplina della rinuncia agli atti è completata dalla regolamentazione delle spese processuali che secondo l'ultimo comma dell'art. 306 il rinunciante deve rimborsare alle altre parti, salvo diverso accordo.

A tanto provvede il giudice istruttore con un'ordinanza non impugnabile che è provvedimento differente da quello dichiarativo dell'estinzione.

⁴⁴ Sul punto, si noti che Cass. ord., 5 maggio 2015, n. 8968 che ha dichiarato inammissibile il ricorso straordinario per cassazione proposto, ex art. 111, comma 7, Cost., avverso l'ordinanza con cui il tribunale, disattendendo la relativa istanza di revoca, abbia confermato il diniego di declaratoria di estinzione del giudizio per rinuncia agli atti ex art. 306 c.p.c.

⁴⁵ Così B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, op. cit., p. 557.

⁴⁶ Costante giurisprudenza afferma che anche qualora fosse emanato in una forma diversa dalla sentenza, il provvedimento sarebbe comunque appellabile avendo la natura sostanziale di sentenza. In tal senso, Cass., 3 settembre 1999, n. 9295; Cass., 6 aprile 2006, n. 8041; Cass. ord., 10 ottobre 2006, n. 21707; Cass., 3 luglio 2008, n. 18242; Cass., 2 aprile 2009, n. 8002; Cass., 3 luglio 2009, n. 15631; Cass., 14 dicembre 2009, n. 26210; Cass., 11 novembre 2010, n. 22917; Cass., 16 maggio 2012, n. 7633; Cass. ord., 12 marzo 2020, n. 7107; Cass. ord., 26 novembre 2020, n. 26914. Si consideri, infine, che il provvedimento ha sempre la forma della sentenza quando la dichiarazione di estinzione risolve la contestazione insorta tra le parti in ordine alla rinuncia e all'accettazione e su tale ultimo profilo, si rinvia a V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, op. cit., p. 330; A. SALETTI, *Estinzione del processo: 1) Dir. proc. civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, op. cit., p. 4; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, op. cit., p. 203.

⁴⁷ Così, G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale*, II, Bari, 2023, p. 245

L'automatismo previsto dalla norma prescinde dalla possibile fondatezza della domanda e ciò anche quando il convenuto non abbia interesse alla prosecuzione del processo⁴⁸.

L'obbligo di rimborso a carico del rinunciante sussiste anche nei confronti del terzo chiamato in causa⁴⁹, mentre non vi sarà la statuizione sulle spese, quando la rinuncia sia avvenuta prima della costituzione della controparte⁵⁰.

L'ordinanza che liquida le spese è titolo esecutivo ed è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7 Cost.⁵¹, a meno che non venga impugnata contestualmente al provvedimento dichiarativo dell'estinzione.

In questo caso, anche l'impugnativa relativa alla determinazione delle spese andrà svolta mediante il reclamo al collegio regolato dall'art. 308 c.p.c.⁵², mentre nell'ipotesi in cui l'estinzione sia stata dichiarata con sentenza e tale provvedimento contenga anche la regolamentazione delle spese, il rimedio esperibile sarà l'appello⁵³.

3. Critica all'interpretazione che prevede la necessità dell'accettazione del convenuto solo se già costituito.

Nella ricostruzione in termini generali della rinuncia agli atti svolta nel paragrafo che precede, si è dato conto dell'interpretazione ormai univoca che individua l'accettazione del convenuto come presupposto necessario per provocare l'estinzione del processo, solo quando questi sia già costituito.

Nella diversa ipotesi in cui non lo sia, o ancora non lo sia, non sarebbe richiesta alcuna accettazione⁵⁴.

⁴⁸ Così, Cass., 21 giugno 2002, n. 9066 *cit.*; Cass., 25 agosto 2006, n. 18514 che estende il principio anche al processo esecutivo; Cass., 12 ottobre 2006, n. 21933; Cass., 16 dicembre 2010, n. 25439, *cit.* Per l'applicazione del principio anche al giudizio di appello, si veda Cass. ord., 6 marzo 2018, n. 5250 *cit.*

⁴⁹ Cfr. Cass., 15 novembre 2013, n. 25781

⁵⁰ Così, Cass., 10 marzo 2011, n. 5756, *cit.*

⁵¹ Sul punto Cass., 17 ottobre 1992, n. 11407; Cass., 25 marzo 1998, n. 3162; Cass., 21 giugno 2002, n. 9066, *cit.*; Cass., 6 agosto 2002, n. 11768; Cass. ord., 10 ottobre 2006, n. 21707, *cit.* Si veda poi l'interessante Cass. ord., 9 novembre 2021, n. 32771 che ribadisce che il provvedimento con cui il giudice liquida le spese in caso di mancato accordo delle parti stesse, è ricorribile in cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., aggiungendo però che il provvedimento con cui il giudice, nel dichiarare l'estinzione, non solo liquida le spese, ma provvede su di esse, compensandole o ponendole a carico di una delle parti, esorbitando dalla fattispecie prevista dall'art. 306, comma 4, c.p.c., non è assoggettabile a detto ricorso, ma è impugnabile o con un'apposita "*actio nullitatis*" o con l'appello (se emesso in primo grado).

⁵² Cfr., Cass., 3 settembre, 1999, n. 9295 *cit.*; Cass., 6 agosto 2002, n. 11768; Cass., 23 aprile 2003, n. 6446.

⁵³ Sul punto, ancora A. SALETTI, *Estinzione del processo: 1) Dir. proc. civ.*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, *op. cit.*, p. 4 e R. VACCARELLA, *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, *op. cit.*, p. 973, nonché Cass., 3 settembre 1999, n. 9295 *cit.*; Cass., 3 luglio 2009, n. 15631.

⁵⁴ Si esprime in maniera difforme da tale orientamento Trib. Roma, 2 maggio 2016, n. 8722. La si legge con nota di R. MURONI, *La rinuncia agli atti preventiva alla costituzione in giudizio dell'altra parte*, in *Giur. it.*, 2017, p. 660 e ss. La fattispecie esaminata dal Tribunale capitolino aveva ad oggetto una domanda di nullità di un brevetto proposta unitamente ad una domanda di accertamento negativo della contraffazione contestata in via stragiudiziale dall'altra parte che poi, costituendosi in giudizio aveva proposto una domanda riconvenzionale di accertamento dell'illecito lamentato, unitamente alla richiesta di

La disciplina introdotta con l'art. 306 c.p.c. ha segnato un deciso cambio di rotta, rispetto a quella del Codice del 1865 contenuta negli articoli 343, 344 e 345.

Secondo tali ultime disposizioni, la rinuncia agli atti doveva essere sempre accettata dal convenuto, a prescindere dall'avvenuta costituzione in giudizio.

Più in particolare, l'interpretazione dell'art. 345 al tempo diffusa⁵⁵, prevedeva che la rinuncia dovesse essere accettata anche dal convenuto non costituito, ma ancora in termini per farlo tempestivamente⁵⁶.

E' invece diversamente congegnata la disciplina posta dall'art. 306 c.p.c. che risulta allineata alla proposta contenuta progetto Chioventa, distanziandosi dall'idea affermata nel progetto Carnelutti, ove si prospettava che la rinuncia agli atti dovesse essere accettata dal convenuto, una volta avvenuta la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio⁵⁷.

Lo schema sotteso alla formulazione dell'art. 306 c.p.c. sembrerebbe così postulare l'accettazione del convenuto, solo quando questi si sia già costituito, non essendo sufficiente l'aver acquisito la qualità di parte in seguito alla pendenza della lite.

Di conseguenza, si è consolidata quell'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza analizzata nel paragrafo che precede, volta ad escludere in linea generale la necessità dell'accettazione del convenuto quanto questi non sia costituito.

Ebbene, tale soluzione necessita di essere approfondita, poiché fondata almeno apparentemente su un assunto parziale, ovvero quello secondo il quale vi sarebbe sempre, e senza distinguo alcuno, un difetto di interesse alla prosecuzione del processo per il convenuto non costituito.

Si tratta in effetti di una prospettiva che prescinde da ogni valutazione in ordine alla possibilità del convenuto di potersi ancora costituire tempestivamente e manifestare il proprio interesse

risarcimento danni. L'attore aveva quindi rinunciato agli atti del giudizio lo stesso giorno in cui il convenuto aveva depositato la comparsa di costituzione e risposta. Inoltre, l'Autrice si occupa contemporaneamente anche di Cass., 7 gennaio 2016, n. 110, relativa al giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo che tuttavia si esprime conformemente all'orientamento diffuso.

⁵⁵ L'art. 345 prevedeva in maniera secca che *"La rinuncia accettata produce gli effetti della perenzione"*.

⁵⁶ In tal senso e proprio con riguardo al regime del Codice del 1865 si erano espressi, G. CHIOVENTA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli rist. 1965, p. 626; E. REDENTI, *Profili pratici di diritto processuale civile*, Milano, 1938, p. 398 e ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936 p. 527; R. PROVINCIALI, *La rinuncia agli atti del processo e il requisito dell'accettazione*, in *Giur. it.*, 1940, p. 713 e ss. Per una ricostruzione completa delle posizioni si rinvia a A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, op. cit., 1999, p. 75 e ss. M. GIORGETTI, *Le rinunce alle impugnazioni civili*, op. cit., p. 117 e ss. Quanto alle posizioni contrarie alle necessità dell'accettazione del convenuto non ancora costituito sempre sotto il regime precedente, si segnalano G.A. MICHELI, *La rinuncia agli atti del giudizio*, op. cit., p. 62 e P. CALAMANDREI (in nota a Cass. Firenze, 8 ottobre 1923), in *Riv. dir. proc.*, 1924, p. 1 e ss.

⁵⁷ Sui progetti di riforma, si rinvia per completezza M. GIORGETTI, *Le rinunce alle impugnazioni civili*, op. cit., p. 117 e ss. In particolare, qui si ricorda solo che il Progetto Chioventa e la sua Relazione furono pubblicati nell'opera, *La riforma del procedimento civile proposta dalla Commissione per il dopo guerra*, a cura di G. CHIOVENTA, Napoli, 1920 ed anche nei *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930. Il Progetto Carnelutti venne invece pubblicato in un supplemento alla *Rivista di diritto processuale*, dal titolo *Progetto del codice di procedura civile* e la sua Relazione fu costituita da uno scritto di poco successivo intitolato, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, pubblicato sempre in *Riv. dir. proc.*, 1929, I, p. 3 ss.

alla prosecuzione del processo, mediante la proposizione di difese nel merito che contrastino la pretesa attorea.

Da tale visuale, in parte differente da quella affermata da altri autori che si sono occupati del tema⁵⁸, va osservato come probabilmente il punto centrale non sia quello di comprendere, se la parte divenuta tale in seguito alla pendenza della lite abbia a partire da tale momento diritto di contraddire e di sollecitare l'impulso processuale, o se per poter sollecitare la prosecuzione del processo, una volta intervenuta la rinuncia dell'attore, debba necessariamente costituirsi in giudizio.

Il tema fondamentale invero appare quello di graduare in termini diversi il rapporto di necessità intercorrente tra gli elementi del binomio che compongono la fattispecie estintiva posta dall'art. 306 c.p.c.

All'esito, potrà essere anche individuato il momento ultimo che quantomeno dal punto di vista formale permetta di effettuare la valutazione in ordine alla sussistenza dell'interesse del convenuto alla prosecuzione del processo⁵⁹.

I profili di criticità nel risolvere i superiori interrogativi risiedono proprio nella formulazione dell'art. 306 c.p.c. che esprime un modello in cui la rinuncia agli atti sia sempre successiva alla costituzione di tutte le altre parti in giudizio.

Dando corso alla prospettiva tracciata, può allora sostenersi che il rapporto tra rinuncia agli atti ed accettazione del convenuto, analizzato in funzione della necessità della seconda per il perfezionamento della fattispecie estintiva, ruoti intorno alla valutazione di due presupposti.

Il primo di natura propriamente formale riguarda la verifica dell'avvenuta costituzione del convenuto.

Il secondo, strettamente dipendente dal primo, nel senso di rilevare in caso di sua positiva verifica, attiene all'accertamento della sussistenza dell'interesse alla prosecuzione del processo da parte del convenuto, nei termini declinati nel paragrafo precedente.

Nell'iter descritto e sviluppato dall'interpretazione costantemente affermata, la verifica in ordine all'avvenuta costituzione del convenuto è vagliata in via esclusiva con riguardo al momento stesso in cui l'attore rinuncia agli atti, ponendosi in una dimensione assoluta, tale per cui i poteri e le difese che il convenuto potrebbe (ancora) validamente esercitare costituendosi (tempestivamente) in giudizio, diventano marginali.

⁵⁸ Il riferimento è a R. MURONI, *La rinuncia agli atti preventiva alla costituzione in giudizio dell'altra parte*, op. cit., p. 664 e 665 ed anche G.A. MICHELI, *La rinuncia agli atti del giudizio*, op. cit., p. 59.

⁵⁹ Anche G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, op. cit., p. 626 aveva sottolineato come il legislatore potesse anche escludere in capo al convenuto la possibilità di ottenere la sentenza di merito sino a quando non fosse comparso, ribadendo per tale via la bilateralità dell'azione ed affermando, peraltro, come lo stesso legislatore potesse in ogni caso adottare anche una scelta più rigida. Ed era stata proprio questa la via seguita dagli ordinamenti germanico ed austriaco dell'epoca, ispirati al prevalente obiettivo di favorire la celerità del processo, che avevano ammesso la rinuncia unilaterale dell'attore sino alla prima udienza.

In altri termini, effettuata la rinuncia agli atti, il primo apprezzamento all'esito del quale risulti che il convenuto non si sia costituito si configura come uno sbarramento dirimente per escludere la verifica della sussistenza (anche solo) potenziale del suo interesse alla prosecuzione del giudizio, determinando così direttamente l'estinzione del processo.

In questo quadro, un primo argomento a supporto di una differente impostazione che preveda la necessità dell'accettazione anche del convenuto non costituito ma ancora in termini per farlo verte proprio sulla lettera dell'art. 306 c.p.c.

La disposizione richiede ai fini dell'estinzione del processo l'accettazione della "parte costituita", e non della parte "già costituita"⁶⁰.

Nella formulazione della norma, manca l'avverbio di tempo "già" e una lettura che lo comprenda, oltre a non essere probabilmente rispondente al contenuto normativo finisce per incidere fortemente, sino ad alterare, la disciplina del rapporto intercorrente tra rinuncia e accettazione.

Leggere l'art. 306 c.p.c., come se l'accettazione fosse richiesta alla sola parte "già costituita" determinerebbe che:

a) nel caso in cui il convenuto non sia costituito, la sua contumacia, benché non (ancora) dichiarata, risulterebbe essere *tout court* determinante per attestarne il disinteresse per il processo, con la conseguenza che la rinuncia dell'attore non necessiterebbe dell'accettazione⁶¹;

b) ove il convenuto si sia costituito, andrà verificato il suo interesse alla prosecuzione del processo, attraverso una prognosi volta ad appurare se le difese spiegate, ove accolte, possano assicurare un provvedimento più favorevole, rispetto a quello che deriverebbe dalla sola chiusura anticipata e non soddisfattiva del processo.

Tale lettura desta perplessità poiché incentrata sulla valorizzazione assoluta ed esclusiva del solo dato relativo alla costituzione del convenuto, al punto di includere senza differenziazione alcuna, anche quella specifica ipotesi in cui il convenuto potrebbe ancora costituirsi tempestivamente.

I dubbi sono, peraltro, acuiti considerando che l'art. 306 c.p.c. nulla prevede espressamente per tale ultima ipotesi.

Si impone allora una riflessione autonoma che muova dalla valorizzazione della diversità esistente tra le ipotesi in esame.

⁶⁰ Si veda sul punto A. MASSARI, *Rinuncia agli atti del giudizio*, op. cit., p. 1165 che interpreta il riferimento alla parte costituita proprio come parte già costituita. Fondandosi direttamente sul tenore letterale dell'art. 306 c.p.c., R. VACCARELLA-G. VERDE, *Sub art. 306 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 2001, p. 585 escludono la necessità dell'accettazione del convenuto che non sia ancora costituito. Ivi, si osserva che la norma non farebbe riferimento alla parte contumace "sicché la rinuncia può essere resa senza necessità di accettazione, anche prima che sia scaduto il termine per la costituzione tempestiva del convenuto". Negli stessi termini, R. VACCARELLA, *Rinuncia agli atti del giudizio*, op. cit., p. 960.

⁶¹ Secondo l'opinione diffusa, l'assunto sarebbe peraltro supportato dall'art. 292 c.p.c. che nell'elencazione degli atti da notificare personalmente al contumace non include la rinuncia agli atti.

Esse, pur accomunate dal dato della mancata costituzione, esprimono peculiarità differenti, posto che il convenuto ancora in termini per costituirsi è potenzialmente in grado di manifestare il proprio interesse alla prosecuzione del processo, diversamente dal convenuto non costituito per il quale siano spirati i termini per procedere ad una tempestiva costituzione in giudizio.

Ne discende che trattandosi di fattispecie differenti, il rapporto tra rinuncia ed accettazione andrà tratteggiato in termini diversi.

Da tale angolazione, va premesso come il decorso del termine per la costituzione del convenuto risulti essere l'unico indice rivelatore dell'insussistenza dell'interesse alla prosecuzione del processo, in grado di determinare l'estinzione del processo sulla base della sola rinuncia agli atti.

Così, la diversa lettura volta ad estendere la necessità dell'accettazione anche per il convenuto non costituito, ma ancora in termini per farlo può essere fondata su solidi argomenti.

Il primo, peraltro già menzionato, riguarda la formulazione letterale dell'art. 306 c.p.c. che richiede l'accettazione della parte costituita non di quella "già" costituita.

Accanto ad esso, ne gravitano altri.

Anzitutto quello desumibile dall'art. 168 c.p.c.⁶²

Tale norma prevede che il convenuto possa dare impulso al processo, provvedendo all'iscrizione della causa a ruolo, quando l'attore si sia limitato alla sola notifica dell'atto di citazione, omettendo di costituirsi⁶³.

Si sostiene che se è prevista la possibilità per il convenuto di dare impulso al processo, a maggior ragione, questi potrà sollecitarne la prosecuzione in caso di rinuncia agli atti, anche quando non sia ancora costituito, ma possa ancora farlo tempestivamente.

A questo ragionamento può affiancarsi anche un generale riferimento all'economia processuale, nel senso che l'interpretazione dell'art. 306 c.p.c. deve essere ispirata alla salvaguardia degli atti processuali, in modo da sottrarre all'attore la possibilità di proporre una domanda, iscrivere la causa a ruolo e poi rinunciare a piacimento o per fini strumentali o, magari ancora, per emendare la domanda originaria da possibili errori⁶⁴.

⁶² Si tratta dell'argomento utilizzato anche dal Tribunale di Roma nella pronuncia espressione dell'orientamento difforme rispetto a quello comunemente affermato sul tema ed evocativo della posizione espressa da E. REDENTI in, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, p. 378 e 379, seppur in ordine all'art. 345 del Codice del 1865 e sulla quale si veda la nota 67.

⁶³ Sull'iscrizione a ruolo in generale, si vedano R. POGGESCHI, *Iscrizione della causa a ruolo*, in *Nss. Dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 167; F. CIPRIANI, *Iscrizione a ruolo*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 924; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., p. 23; A. CERINO CANOVA, *Dell'introduzione della causa*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da E. ALLORIO, II, I, Torino, 1980, p. 399; A. SALETTI, *Iscrizione della causa a ruolo*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, p. 1 e ss.; D. VOLPINO, *Introduzione della causa*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da S. CHIARLONI, Bologna, 2019, p. 503

⁶⁴ Questo è l'argomento secondario sviluppato dalla sentenza del Tribunale di Roma già citata.

Un tale esigenza pare rafforzata anche nella disciplina relativa al regime impugnatorio del provvedimento dichiarativo dell'estinzione che, al di là della forma, è impugnabile, a differenza di quello che accogliendo il rimedio avverso il provvedimento che aveva dichiarato l'estinzione del processo non è ulteriormente impugnabile, proprio per rinsaldare quell'idea di salvaguardia degli atti processuali che dovrebbe essere sottesa all'impostazione dell'art. 306 c.p.c.

Tuttavia, l'argomentazione più densa si colloca sul piano dogmatico e sistematico e attiene alla bilateralità comune tanto alla struttura della rinuncia agli atti, quanto a quella dell'azione. Il rapporto tra rinuncia e accettazione ai fini dell'estinzione e quello tra attore e convenuto nel diritto di azione appaiono del tutto simmetrici.

La bilateralità del primo rapporto si esplica in una fattispecie complessa in virtù della quale si prevede la rinuncia dell'attore e l'accettazione del convenuto per il prodursi dell'estinzione del processo.

Nel secondo rapporto, l'idea di bilateralità si manifesta nel senso che l'attore esercita il diritto di azione proponendo la domanda nei confronti del convenuto, al fine di ottenere la tutela di un proprio diritto il cui esercizio è ostacolato proprio dal soggetto evocato in giudizio.

La proposizione della domanda giudiziale determina la pendenza della lite e produce effetti sostanziali e processuali, ma soprattutto fa assumere ai soggetti la qualità di parte.

Proprio l'acquisto della qualità di parte fa sorgere il diritto (di entrambe le parti) ad una decisione di merito⁶⁵.

⁶⁵ Sull'azione in generale la letteratura è ovviamente ampissima. Per alcuni riferimenti si rinvia a G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Bologna, 1904, p. 41; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, p. 21; P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 427; E. BETTI, *Diritto processuale*, op. cit., p. 71; E. GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, p. 316; G.A. MICHELI, *Giurisdizione e azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 107; C. FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, *Appendice*, p. 293; E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 47; A. PEKELIS, *Azione (teoria moderna)*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1937, p. 29; R. ORESTANO, *Azione in generale*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 785; L.P. COMOGLIO, *Le garanzie costituzionali dell'azione nel processo civile*, Padova, 1970; ID., *Note riepilogate su azioni e forme di tutela nell'ottica della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 465; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., p. 274; E. FAZZALARI, *Azione civile*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, p. 30; V. DENTI, voce *Azione. Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988; V. TAVORMINA, *Diritto e processo (uno schema di teoria generale)*, in *Studi in onore di V. Colesanti*, II, Napoli, 2009, p. 1165. In particolare, per la ricostruzione dell'azione quale diritto ad un provvedimento di merito si rinvia a: E.T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 47; C. FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, op. cit., p. 293; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 90; I. ANDOLINA-G. VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1990, p. 84. Si vedano anche S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 146; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2018, p. 179. In giurisprudenza, conformemente a questa ricostruzione dell'azione Cass., 27 luglio 2005, n. 15721 e Cass., 5 luglio 1983, n. 4524.

Si tratta di una vera e propria aspettativa della decisione di merito che non può essere ritrattata unilateralmente (ovvero con la sola rinuncia dell'attore)⁶⁶, almeno sino a quando il convenuto abbia anche solo potenzialmente l'interesse a proseguire il processo.

E tale momento non può che essere individuato nel termine per la costituzione tempestiva del convenuto che in un certo senso individua una barriera per esercitare correttamente la gran parte delle opzioni difensive che l'ordinamento predispone⁶⁷.

La simmetria evidenziata può essere ulteriormente declinata considerando che la bilateralità insita nella fattispecie della rinuncia agli atti, altro non è che il riflesso della bilateralità dell'azione e può condurre all'estensione della necessità dell'accettazione della rinuncia anche da parte del convenuto che sia ancora in termini per costituirsi.

La connotazione in termini di bilateralità sia del rapporto tra rinuncia e accettazione nell'ambito della fattispecie estintiva, sia del rapporto tra attore e convenuto nell'ambito del diritto di azione presenta anche la necessità di individuare il momento oltre il quale il convenuto non potrà più validamente esercitare quell'impulso processuale di prosecuzione del processo, espresso nella mancata adesione alla rinuncia formulata dall'attore.

Autorevole dottrina ha distinto le posizioni delle parti sostenendo, quanto all'attore l'esistenza del potere di rinuncia unilaterale solo antecedentemente all'iscrizione della causa a ruolo⁶⁸, mentre quanto al convenuto il termine ultimo per esercitare l'impulso alla prosecuzione del processo dovrebbe essere quello in cui poteva essere dichiarata la sua contumacia, ovvero l'udienza ex art. 183 c.p.c.

Al riguardo, pur essendo vero che con le novità introdotte dalla Riforma Cartabia⁶⁹, il convenuto è onerato di costituirsi almeno 70 giorni prima dell'udienza indicata nell'atto di

⁶⁶ Sul punto ancora G. CHIOVENDA, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale*, Roma, 1931, p. 376 ove l'illustre Studioso fa riferimento alla "aspettazione giuridica di ciascuna parte al provvedimento del giudice". Si vedano, ancora V. COLESANTI, (voce) *Litispendenza*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1963, p. 976 e ss. e C. CONSOLO, (voce) *Domanda giudiziale*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1991, p. 44,

⁶⁷ Illuminante al riguardo quanto osservato da E. REDENTI in, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, p. 378 e 379 che seppur in ordine all'art. 345 del Codice del 1865 aveva sottolineato quell'idea di bilateralità della rinuncia agli atti, rilevando che "dal momento della costituzione del processo (notificazione della citazione introduttiva), la facoltà di esercitare l'impulso è comune a tutte le parti", sicché il processo non può "arrestarsi e cadere, se non vi rinunciano tutte queste". Qui lo Studioso aveva osservato che con la notificazione dell'atto di citazione il convenuto acquista subito tanto il potere di difendersi, quanto quello di promuovere il corso e lo svolgimento del processo, anche in caso di inerzia dell'attore. La conclusione naturale derivante dalle premesse sviluppate ed individuate nell'interesse del convenuto ad ottenere il rigetto della domanda dell'attore, o più in generale provvedimenti in proprio favore, si manifesta nel senso di ritenere che da tale momento il giudizio potrà reggersi sull'impulso della parte più diligente.

⁶⁸ In tal senso, V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, op. cit., p. 1008; A. MASSARI, *Rinuncia agli atti del giudizio*, op. cit., p. 1165. Di diverso avviso e, dunque, nel senso della irrilevanza dell'avvenuta iscrizione a ruolo o meno della causa per giustificare l'unilateralità della rinuncia G.A. MICHELI, *La rinuncia agli atti del giudizio*, op. cit., p. 61.

⁶⁹ Su cui tra i tanti e per un inquadramento generale si vedano 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. Per il recente decreto correttivo e integrativo delle disposizioni processuali introdotte con la Riforma Cartabia si vedano; A. CARRATTA, *Il processo civile dopo i correttivi alla*

citazione, pena la decadenza dalla possibilità di sollevare eccezioni in senso stretto, proporre domande riconvenzionali e chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, residuerebbe comunque la possibilità di sollevare eccezioni di merito in senso ampio.

Tali difese sarebbero almeno *in thesi* idonee ad esprimere l'interesse alla prosecuzione del processo e, pertanto, il momento di sbarramento finale potrebbe essere ragionevolmente individuato nell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c.

Quanto, invece, alla diversa ipotesi in cui l'attore non iscriva la causa a ruolo, il convenuto che abbia interesse alla prosecuzione del processo dovrà anzitutto costituirsi tempestivamente (dunque, almeno 70 giorni prima dell'udienza indicata nell'atto di citazione) e poi ai sensi dell'art. 168 c.p.c. provvedere anche all'iscrizione della causa a ruolo.

In tal caso, la rinuncia agli atti necessiterà dell'accettazione del convenuto per provocare l'estinzione del processo.

In conclusione, pare potersi sostenere, difformemente all'orientamento costantemente affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che quando il convenuto non sia costituito, ma sia ancora in termini per farlo, la rinuncia dell'attore necessiti della sua adesione per provocare l'estinzione del processo.

In una tale evenienza, risulterà necessario che la rinuncia agli atti venga notificata al convenuto, sebbene non espressamente indicata nell'elencazione degli atti di cui all'art. 292 c.p.c., proprio per permettergli, ove abbia interesse alla prosecuzione del processo, di dare impulso allo stesso non accettando la rinuncia.

Analogamente, quando siano spirati i termini per la costituzione tempestiva del convenuto, l'attore per far estinguere il processo dovrà dapprima notificargli la rinuncia agli atti e poi dovrà depositarla telematicamente nel relativo fascicolo, tenuto conto che in una tale ipotesi il convenuto potrebbe ancora sollevare eccezioni di merito in senso ampio, in linea di principio idonee ad attestare l'interesse alla prosecuzione del processo.

4. Sintesi finale: la possibile rivisitazione del rapporto tra rinuncia e accettazione anche con riferimento al processo in materia di persone, minorenni e famiglie.

In seguito all'analisi svolta, la disciplina dell'art. 306 c.p.c. e l'interpretazione univoca della dottrina e della giurisprudenza in ordine al rapporto tra rinuncia agli atti ed accettazione può essere sintetizzata come segue.

La rinuncia agli atti produce l'estinzione del processo quando è accettata dalle altre parti costituite che potrebbero avere interesse alla prosecuzione del giudizio.

Riforma Cartabia, Torino, 2025; F.P. LUISO, *Il processo civile. Commentario breve al c.d. "Correttivo Cartabia" (d.lgs., 31 ottobre 2024, n. 164)*, Torno, 2024; P. FARINA-R. GIORDANO-R. METAFORA, *Il decreto correttivo alla riforma civile Cartabia*, Milano, 2025.

L'interesse alla prosecuzione del processo è stato ritenuto sussistente tutte le volte in cui il convenuto si sia difeso esclusivamente nel merito, al fine di ottenere un provvedimento più favorevole rispetto a quello della mera chiusura anticipata del processo.

In particolare, si tratterà di un provvedimento idoneo al giudicato sostanziale fondato su difese di merito o anche su una domanda riconvenzionale non condizionata all'accoglimento di quella principale che possano condurre all'accertamento dell'inesistenza del diritto fatto valere dall'attore, ovvero all'accertamento dell'esistenza di un diritto incompatibile con quello da questi azionato.

Di contro, la rinuncia agli atti non necessiterebbe dell'accettazione provocando così direttamente l'estinzione del processo, quando il convenuto sia contumace.

In tale ampia ipotesi rientrerebbe anche quella in cui la rinuncia sia stata formulata prima della costituzione convenuto per il quale non sia ancora decorso il termine per procedere ad una costituzione tempestiva.

Infine, l'accettazione non sarà richiesta quando il convenuto costituito non abbia un interesse alla prosecuzione del processo, avendo spiegato solo difese in rito, poiché l'accoglimento delle difese svolte sul solo versante processuale non assicurerà un effetto più favorevole rispetto all'estinzione anticipata del giudizio. Allo stesso modo è regolata l'ipotesi in cui il convenuto abbia svolto sia difese in rito che nel merito, poiché il vaglio pregiudiziale di quelle di rito fa venir meno l'interesse del convenuto alla prosecuzione del processo, dal momento che l'accoglimento dell'eccezione in rito comporta un grado di soddisfazione del tutto assimilabile a quello che potrebbe prodursi in seguito alla chiusura anticipata del processo.

Questa in sintesi la disciplina e l'interpretazione costante del rapporto tra rinuncia agli atti ed accettazione⁷⁰.

Si tratta di un modello che tendenzialmente, seppur con qualche differenza, è riprodotto anche dalla norma regolatrice dell'estinzione del procedimento nell'ambito del processo in materia di stato delle persone, minorenni e famiglie⁷¹.

⁷⁰ Da ultimo, ne dà conto proprio in tali termini anche S. CAPORUSSO, *Sub art. 306*, in *Codice di procedura civile sistematico*, a cura di S. BOCCAGNA, Torino, 2025, p. 410.

⁷¹ Per riferimenti generali sul rito introdotto con la riforma Cartabia, si vedano tra i tanti, A. CARRATTA, *Rito unico per le controversie in materia di famiglia*, in *Enc. dir., I tematici, Famiglia*, Milano, 2022, p. 1219 e ss.; ID., *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, p. 138 e ss.; B. POLISENO, *Il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *La riforma del processo civile*, a cura di D. DALFINO, Milano, 2023, p. 415 e ss.; F. DANOVÌ, *Il nuovo rito unitario per i processi relativi alle persone, ai minorenni alle famiglie*, in *Riforma Cartabia: il processo civile (II parte)*, a cura di A. CARRATTA, in *Giur.it.*, 2023, p. 712 e ss.; AA.VV., *Procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. TISCINI, Pisa, 2023, p. 755 e ss.; C. CECHELLA, *La riforma del processo in materia di persone, minorenni e famiglia dopo il d.lgs. n. 149/2022*, in *Il processo civile dopo la riforma*, a cura dello stesso, Bologna, 2023, p. 251 e ss.; ID., *La riforma del processo e del giudice delle persone, per i minorenni e le famiglie*, Torino, 2023; A. GRAZIOSI, *Luci e ombre del nuovo processo di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, p. 425 e ss.; R. DONZELLI, *Il processo di famiglia nel prisma della tutela giurisdizionale differenziata dei diritti dei figli minori*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, p. 71 e ss.

Infatti, l'art. 473 *bis*.21 c.p.c. dispone che se l'attore non compare o rinuncia e il convenuto costituito non chieda che si proceda in sua assenza, il procedimento si estingue.

Dalla previsione normativa si desume anzitutto come, diversamente dalla disciplina del processo ordinario di cognizione, siano contemporaneamente disciplinate sia un'ipotesi di inattività, nelle forme della mancata comparizione all'udienza dell'attore, sia un'ipotesi di rinuncia dello stesso.

Tuttavia rispetto alla formulazione dell'art. 306 c.p.c., il riferimento all'accettazione delle parti costituite che potrebbero avere interesse alla prosecuzione del processo è sostituito da una previsione in parte ibrida e soprattutto priva di un espresso riferimento all'interesse alla prosecuzione del processo (per quanto comunque sotteso), poiché l'estinzione si produce se il convenuto costituito non chieda che si proceda in assenza dell'attore.

Provando ad interpretare la norma del rito familiare e minorile, possono rinvenirsi evidenti elementi di continuità con la formulazione dell'art. 306 c.p.c.: l'art. 473 *bis*.21 c.p.c. impone ai fini della prosecuzione del procedimento un duplice requisito: la costituzione del convenuto e la sua successiva richiesta di procedere in assenza dell'attore (o nonostante la sua rinuncia).

In altri termini, la disciplina proposta risente fortemente dell'influenza dell'art. 306 c.p.c. e della interpretazione della dottrina e della giurisprudenza che ne è seguita.

Ed infatti, anche l'art. 473 *bis*.21 c.p.c. pare congegnato in modo da attribuire in senso assoluto un ruolo assai significativo (*rectius*, assorbente) alla costituzione del convenuto, quale elemento per caratterizzare il ruolo combinato della rinuncia (e della mancata comparizione all'udienza), da un lato, e del contegno del convenuto, dall'altro, ai fini dell'estinzione del processo.

Così, mentre nella previsione dell'art. 306 c.p.c. all'esito della costituzione del convenuto andrà vagliato il suo interesse alla prosecuzione del processo, con riguardo all'art. 473 *bis*.21 c.p.c. all'esito della costituzione del convenuto, l'ulteriore requisito parrebbe declinato in una forma più generica e tenue, che si manifesta quale semplice richiesta di procedere anche in assenza (o per l'intervenuta la rinuncia) dell'attore⁷².

Ove invece il convenuto non sia costituito, la disposizione pare sottendere il prodursi dell'effetto estintivo *ipso iure* proprio quale diretta conseguenza del comportamento tacito dell'attore che non sia comparso in udienza, ovvero di quello espresso integrato dalla rinuncia. Ebbene, pur nella consapevolezza delle peculiarità di questo rito speciale a cognizione piena i cui elementi di specialità risiedono proprio nell'applicabilità ad alcune specifiche tipologie di controversie che il legislatore ha individuato all'art. 473 *bis* c.p.c., va osservato che anche il modello previsto dall'art. 473 *bis*.21 pare non distinguere con riferimento alla costituzione del

⁷² Naturalmente il processo potrà proseguire su richiesta del convenuto se abbia proposto domande riconvenzionali o almeno si sia associato alla domanda dell'attore. Diversamente, non si rinverrebbe una domanda su cui il Tribunale dovrebbe pronunciarsi e non vi sarebbe interesse alla prosecuzione del procedimento che resterebbe, peraltro, privo di oggetto.

convenuto tra l'ipotesi in cui questi ormai non possa più farlo senza incorrere nelle decadenze di cui agli articoli 38 e 167 c.p.c., da quella in cui non si sia ancora costituito, ma non sia decorso il termine per farlo tempestivamente⁷³.

Pertanto, anche una tale prospettiva sembra destare le medesime perplessità già evidenziate in relazione alla previsione dell'art. 306 c.p.c.

Gli argomenti esposti nel paragrafo precedente possono essere estesi per la quasi totalità anche alla lettura della norma speculare operante rito minorile e di famiglia, per ritenere anche qui che l'accettazione sia necessaria nell'ipotesi in cui il convenuto non costituito sia ancora abilitato a farlo tempestivamente.

Supportano una tale esegesi il medesimo argomento letterale già evidenziato con riguardo all'art. 306 c.p.c., sia quello più propriamente teorico della qualificazione nei medesimi termini della bilateralità caratterizzante sia il rapporto tra rinuncia e accettazione, sia quello tra attore e convenuto nel diritto di azione.

Viceversa, per l'art. 473 *bis*.21 c.p.c., non può essere invocato l'argomento desumibile dall'art. 168 c.p.c., posto che nel procedimento in materia di stato delle persone, minorenni e famiglie la contumacia dell'attore non è configurabile, essendo introdotto con un atto che ha forma del ricorso⁷⁴.

Inoltre, anche per l'art. 473 *bis*.21 c.p.c., come per l'art. 306 c.p.c., può ritenersi valevole quell'esigenza di conservazione degli atti processuali.

Tale *ratio* può cogliersi anche qui in relazione all'esigenza di economia processuale in virtù della quale si potrebbe almeno in astratto avere una proliferazione di domande poi unilateralmente rinunciate, magari anche strumentalmente, e poi riproposte in un momento successivo⁷⁵.

In conclusione, lo schema ad oggi consolidato che prevede la necessità dell'accettazione del convenuto solo se questi sia già costituito, restando irrilevante la circostanza che egli risulti ancora in termini per farlo tempestivamente, potrebbe essere rimodulato, prevedendosi la necessità dell'accettazione anche da parte del convenuto che possa ancora costituirsi tempestivamente.

⁷³ L'art. 473 *bis*. 14 c.p.c. al comma 2° prevede che la costituzione del convenuto deve avvenire almeno 30 giorni prima dell'udienza.

⁷⁴ Ciò peraltro rende piuttosto evidente l'improprio richiamo all'attore nell'art 473 *bis*.21 c.p.c., in luogo del ricorrente.

⁷⁵ Sovviene a titolo esemplificativo e proprio con riguardo al procedimento in materia di stato delle persone, minorenni e famiglie proprio la fattispecie che ha determinato la riflessione del presente scritto, occasionata da un procedimento per la separazione giudiziale dei coniugi. Qui, la rinuncia unilaterale della parte ricorrente basata su un'asserita riconciliazione dei coniugi sarebbe in grado di provocare l'estinzione del procedimento, senza l'adesione della parte resistente che costituendosi avrebbe potuto chiedere la prosecuzione del procedimento magari per formulare una richiesta di addebito della separazione. Siffatta ipotesi ove dissimulante magari una riconciliazione meramente affermata sicuramente darebbe luogo ad una riproposizione del procedimento, in luogo del primo estinto per l'attività unilaterale del ricorrente, in pregiudizio delle esigenze di economia processuale.

Rispetto a tale lettura non dovrebbe essere ostativa la disciplina di cui all'art. 292 c.p.c. che nell'individuare gli atti da notificare personalmente al contumace non include la rinuncia agli atti. Difatti, nelle ipotesi esaminate il convenuto per quanto potrebbe essere dichiarato contumace, non è stato ancora dichiarato tale e, pertanto, solo all'esito della relativa declaratoria, la sua accettazione diverrà superflua ai fini dell'estinzione del processo.

Fabio Savino

Ricercatore dell'Università degli studi di Napoli – Parthenope



CARMELITA RIZZA

Note in tema di ammissibilità e limiti della confessione del contratto

Premessa un'analisi della giurisprudenza sui limiti di ammissibilità della confessione, l'articolo si occupa dell'ambito entro cui può dirsi operante la dichiarazione confessoria, con gli specifici effetti ad essa propri di prova legale, ove abbia ad oggetto un contratto. In particolare, l'autrice si propone di ricostruire se, e in che termini, l'allegazione della situazione giuridica dalla quale dipende l'effetto sfavorevole del fatto dichiarato costituisce un mero presupposto esterno dell'accertamento della natura confessoria della dichiarazione, a cui non compete alcuna efficacia di prova legale.

Beginning with an analysis of case law on the limits of admissibility of confessions, the article examines the scope within which a confessional statement may be considered operative, with the specific binding effects attributed to it as legal evidence, when the object of the confession is a contract. In particular, the author seeks to determine whether, and to what extent, the allegation of the legal situation on which the adverse effect of the confessed fact depends constitutes a mere external prerequisite for establishing the confessional nature of the statement one that does not, in itself, possess the binding force of legal proof.

SOMMARIO: 1. Le questioni in tema di oggetto della confessione e una recente pronuncia della Suprema Corte in tema di confessione del fatto "titolato". – 2. Gli orientamenti di legittimità sul ricorso alla confessione per la prova del contratto. – 3. Confessione e riconoscimento. – 4. Conclusioni.

1. Le questioni in tema di oggetto della confessione e una recente pronuncia della Suprema Corte in tema di confessione del fatto "titolato"

L'insegnamento tradizionale vuole che solo la dichiarazione di fatti e non quella di rapporti giuridici possa avere valore confessorio¹.

Tale concezione della confessione, se appare abbastanza pacifica nella ricostruzione istituzionale e giustificata alla luce della lettera dell'art. 2730 c.c., che descrive la confessione come dichiarazione di "fatti" a sé sfavorevoli e favorevoli alla controparte, non è sempre così netta nell'interpretazione che ne viene data in concreto e chiara nelle sue applicazioni pratiche.

Si registra, nella prassi, una certa varietà di affermazioni riguardo all'oggetto e all'ammissibilità della confessione, che non sempre ruotano attorno a questa concezione minimalista; concezione che, anche a livello definitorio, la giurisprudenza ha talora precisato in lieve estensione "accogliendo una tesi risalente", secondo cui "la confessione può

¹ S. PATTI, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Milano 2021, p. 890 s.

concernere atti, negozi, rapporti e situazioni giuridicamente rilevanti, sia pure soltanto *sub specie facti*².

Ciò si spiega anche perché, come è stato giustamente osservato, “i fatti, di per sé non sono né favorevoli né sfavorevoli”, ma “sono un elemento neutro”, sicché “per stabilire se la dichiarazione della parte è confessoria, è necessario individuare un criterio per valutare quando un fatto è sfavorevole e quando non lo è”; per cui è sempre vero che “per determinare la portata confessoria della dichiarazione, bisogna collocare il fatto dichiarato nella struttura della fattispecie del diritto dedotto nel processo”³.

Quando, dunque, parliamo semplicemente di fatto sfavorevole ci riferiamo a un fatto che risulta tale in base al “criterio” risultante dalla domanda o da un’eccezione dedotta in giudizio, e quindi a un fatto su cui vi è normalmente già una qualificazione formulata dalla controparte.

² Così, S. PATTI, *op. loc. ult. cit.*, che pone in luce come, in effetti, “nella realtà le dichiarazioni dei confitenti si presentano come un groviglio di *contra se pronuntiationes* aventi ad oggetto fatti, atti negoziali o l’esistenza di rapporti. La tesi a cui viene fatto riferimento è quella di C. FURNO, voce *Confessione*. b) *Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano 1961, p. 886 s., su alcune implicazioni della quale – a cui dedicheremo alcune riflessioni in seguito – v. Id., *Promessa di pagamento e ricognizione di debito (a proposito dell’art. 1988 c.c.)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, p. 125 s. Quanto alla giurisprudenza, nel senso che “la confessione, pur dovendo cadere esclusivamente su fatti, può estendersi, ‘*sub specie facti*’, anche a situazioni giuridiche rilevanti, come quelle comportanti la costituzione di un rapporto contrattuale, fermo restando che la qualificazione giuridica dei fatti è riservata al giudice, secondo il principio ‘*iura novit curia*’”, Cass. 21 ottobre 1992, n. 11498, in *Giust. civ. Mass.* 1992, fasc. 10, che richiama Cass. 24 marzo 1977 n. 1161. Più di recente, Cass. 10 novembre 2015, n. 22956, in *Rep. Foro it.* 2015, *Transazione*, n. 4, ove si statuisce che “nel contenuto complessivo di una proposta transattiva o di una transazione può ben distinguersi anche un momento accertativo della situazione di fatto preesistente, e in tal caso le relative dichiarazioni di scienza hanno valore confessorio, a condizione, tuttavia, che esse abbiano per oggetto la ricognizione di situazioni fattuali o di situazioni giuridiche considerate, però, *sub specie facti* (quali un preesistente negozio, un contratto, una promessa ecc.), e non già valutazioni giuridiche”: come – nella specie – il fatto che due delle parti della transazione avevano conferito mandato all’altra di operare per loro senza “l’obbligo di informarli di tutti i movimenti borsistici”. Per l’affermazione che le ammissioni rese nell’ambito di una transazione sono liberamente valutabili, Cass. 19 giugno 2015, n. 12691 e, in generale, così per le ammissioni rese dalle parti a fini diversi dall’accertamento giudiziale, come nell’ipotesi delle ammissioni del datore di lavoro nel corso di un’ispezione, rese a fini diversi dalla risoluzione della controversia col lavoratore (Cass., sez. lav., 7 settembre 2009, n. 17702).

³ F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano 2023, p. 151. Sull’impossibilità di discriminare i fatti dal diritto, con riferimento all’oggetto della confessione, v. L.P. COMOGGIO, *Confessione, II (Diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VIII, Roma 1988, p. 2 e già C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, Firenze 1922, p. 546 ss. – oltre alla peculiare posizione di C. FURNO, *Confessione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 886. Di recente, in argomento, D. NOVIELLO, *Le ammissioni delle parti nella logica del giudizio di fatto*, Torino 2023, p. 207, la quale, nell’osservare che la stessa formulazione letterale dell’art. 2730 c.c. non consente di considerare i fatti confessati solo sotto il profilo della loro materiale consistenza, ossia come accadimenti storici scissi dagli effetti giuridici che sono idonei a determinare, e che, in vero, “nel processo tutti i fatti, anche quelli che costituiscono oggetto di prove libere, non vengono in considerazione come fatti bruti, ma come fatti produttivi di effetti giuridici, cioè nella prospettiva della loro giuridica rilevanza ai fini della decisione della causa”, osserva però che “ai fini della confessione, il legislatore stabilisce che la rilevanza giuridica dei fatti dichiarati deve essere particolarmente qualificata, nel senso che deve trattarsi di fatti idonei a determinare effetti giuridici sfavorevoli al confitante e favorevoli all’altra parte”, in quanto “il vincolo di prova legale postula (...) che la dichiarazione confessoria abbia ad oggetto fatti concretamente *decisivi* o *concludenti*, nel senso di ‘*fatti produttivi di effetti giuridici qualificati*’ dalla loro idoneità ad influire sulla decisione in senso sfavorevole al confitante e favorevole all’altra parte (e, quindi, come fatti idonei a determinare la soccombenza del confitante”: Id., *op. cit.*, p. 207 s.).

Oggetto della confessione è dunque di regola un fatto inquadrabile all'interno di una fattispecie ricostruita dalla controparte⁴, e che, pertanto, si aggancia a una certa contemplazione di effetti⁵ o – se vogliamo per semplicità – ad una certa qualificazione giuridica.

La difficoltà di discriminare tra elementi di “fatto” ed elementi di “diritto” si pone con particolare evidenza in caso di valutazione dell'ammissibilità della confessione del contratto, fatto “qualificato” (e per eccellenza), mentre raramente si tocca l'ulteriore profilo di complicazione, della confessione relativa all'effettivo contenuto dell'accordo. Vi è, infatti, una congerie di pronunce che si occupano della possibilità di provare tramite confessione il contratto, nelle quali si dà per scontata – con i limiti derivanti dalle forme prescritte per la conclusione del singolo contratto, come vedremo nel prossimo paragrafo – la possibilità di acquisire tramite confessione la prova “sopra un contratto”, per usare un'espressione che si rinviene all'art. 2739 c.c. in materia di oggetto del giuramento; ma si rilevano anche molte decisioni che escludono l'ammissibilità della confessione, tutte le volte in cui la dichiarazione contra se resa dalla parte si estenda agli effetti giuridici del contratto.

Viene in considerazione, al riguardo, una recente pronuncia (Cass. 8 gennaio 2024, n. 656⁶), nella quale la Suprema Corte si è occupata della confessione del “fatto titolato”, negando valenza confessoria alla dichiarazione che “il credito è per un certo titolo e non per un altro” e ha motivato nel senso che “le dichiarazioni titolate non sono confessorie, in quanto il dichiarante non può avere consapevolezza della rilevanza giuridica del titolo del suo credito o del suo debito”.

In particolare, nel caso di specie, a seguito di interrogatorio formale, il creditore opposto (ricorrente in monitorio sulla base di un assegno bancario scaduto) aveva dichiarato di aver ricevuto un assegno a garanzia di un finanziamento fatto a una società e non per un debito della persona che aveva tratto l'assegno, così come era stato dedotto dall'opponente; ebbene, secondo la Suprema Corte, “l'ammissione, da parte del preteso creditore, del fatto che un prestito fosse stato concesso ad una società” e non al debitore opponente “non è ammissione di un fatto sfavorevole, poiché quel fatto è titolato (ossia il credito è per un certo titolo e non

⁴ Quanto meno questo è vero nel caso della confessione giudiziale, dove spesso il fatto ha già ricevuto una collocazione rilevante a livello di fattispecie ad opera della controparte, ma può anche riceverla dopo, come si evince dall'art. 2734 c.c., che, nel disciplinare le circostanze aggiunte a quella confessoria, prevede che la dichiarazione complessiva abbia valore di piena prova se la controparte non contesta la verità delle circostanze aggiunte; il che implica che la controparte possa successivamente acquisire una dichiarazione effettuata nell'interrogatorio formale e inquadrarla giuridicamente *pro domo sua* e quindi con valenza confessoria. Nel senso che la confessione è possibile solo in ordine ad un fatto allegato, “se non un previo perlomeno un distinto (e sia pure, magari, contestuale o posticipato) atto di allegazione (e quindi di volontà)” M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Padova 1966, p. 82.

⁵ Nel senso che solo alla luce degli effetti giuridici del fatto dichiarato è possibile apprezzare il valore, necessariamente relativo e dialogico, di favorevolezza alla controparte-sfavorevolezza per il dichiarante v. D. NOVIELLO, *op. loc. ult. cit.*

⁶ In Rep. Foro it. 2023, *Confessione in materia civile*, n. 1.

per un altro)”⁷. Quindi si nega che la dichiarazione del fatto titolato, pur corrispondente alla ricostruzione di controparte, possa avere efficacia confessoria di piena prova.

2. Gli orientamenti di legittimità sul ricorso alla confessione per la prova del contratto

L'apparente⁸ nitore euclideo con cui Cass. n. 656 del 2024 distingue, ai fini del riconoscimento del valore confessorio – tra l'ammissione⁹ del fatto e l'ammissione di un certo rapporto

⁷ Il caso esaminato dalla Suprema Corte muove da un decreto ingiuntivo emesso a favore del beneficiario di un assegno bancario. In sintesi, per quel che interessa in questa sede, i fatti rilevanti sono che, a seguito dell'introduzione del giudizio di opposizione da parte del debitore ingiunto (il traente l'assegno), il creditore opposto era stato sentito in sede di interrogatorio formale e, dietro espressa domanda, aveva dichiarato che l'assegno era stato emesso in suo favore “a garanzia del recupero dei soldi” che egli aveva dato (non allo stesso opponente ma) alla società “G[...]com”, e che l'importo corrispondeva all'importo del finanziamento che egli aveva fatto prima alla società “G[...]@”, e poi alla società “G[...]com” per la costruzione di talune villette, che poi non erano mai state realizzate. Nel giudizio si dibatteva inoltre di due successivi accordi transattivi intercorsi tra le parti, a distanza di pochi giorni, e sulla questione se il secondo di questi accordi avesse investito con effetto novativo il rapporto a cui si riferiva l'assegno. Il Tribunale accoglieva in gran parte le difese dell'opponente e riteneva che il creditore opposto difettesse dell'interesse ad agire in monitorio, non avendo posto all'incasso l'assegno; nella narrativa in fatto della pronuncia della Cassazione non è specificato – ma è possibile alla luce dell'accoglimento dell'opposizione – che, riguardo all'esistenza del debito, il Tribunale avesse ritenuto, sulla base delle dichiarazioni rese dall'opposto in sede di interrogatorio formale, che l'assegno non garantiva un prestito personale dell'opponente, ma un finanziamento di due società, e che quindi difettesse il rapporto obbligatorio causale tra il creditore opposto e l'opponente che aveva tratto l'assegno.

La Corte d'appello, comunque, riformava la sentenza di primo grado, ritenendo al contrario che il creditore avesse interesse ad agire, accertando, in particolare (oltre al fatto che il secondo accordo transattivo non aveva interessato la questione dell'assegno), che l'incasso dell'assegno era subordinato ad una condizione sospensiva, costituita dalla mancata realizzazione delle villette e dunque, in pendenza di tale condizione, non poteva essere incassato; e che, successivamente, quando era divenuto chiaro che il fatto assunto come condizione sospensiva non si era e non si sarebbe verificato (ossia che le villette non erano state realizzate e non lo sarebbero state in seguito), l'incasso era stato tentato, ma senza successo. Sicché si giungeva in Cassazione, su ricorso del debitore opponente, che lamentava, tra l'altro (e sotto diversi profili), l'omessa considerazione della confessione scaturita dall'interrogatorio formale dell'opposto. Come visto, la Suprema Corte ha invece convalidato l'operato della Corte d'appello, ritenendo di natura non confessoria la dichiarazione che l'assegno era stato consegnato a garanzia di un finanziamento fatto non al traente, ma alla società che si doveva occupare dell'edificazione del villino. Proseguendo nella lettura della motivazione, si evince che in realtà, la mancata considerazione della dichiarazione come confessione dipende “soprattutto” dalla circostanza che “l'ammissione che il prestito era stato fatto alla società, non comporta ammissione (...) che ad essere obbligata alla restituzione sia la società, anziché il [debitore opponente], e ciò in quanto è ben possibile che quest'ultimo abbia garantito per quella. In altri termini, non risulta, da quanto riportato, che il [creditore opposto] abbia ammesso che ad essere obbligata alla restituzione era la società, beneficiaria del prestito, anziché il [debitore opponente], e, si ripete, se lo avesse fatto, sarebbe stata non già ammissione di un fatto sfavorevole, ma giudizio su un obbligo giuridico, che non ha valore confessorio”. Per tale conclusione, in effetti, non rileva tanto la considerazione, contenuta poche righe prima nella motivazione, secondo cui “il dichiarante non può avere consapevolezza della rilevanza giuridica del titolo del suo credito o del suo debito” quanto piuttosto la circostanza che la dichiarazione della dazione dell'assegno in funzione di garanzia di un prestito altrui non “confessa” affatto l'inesistenza del rapporto causale di garanzia, quale conseguenza dell'esistenza di un rapporto obbligatorio tra il creditore e la società effettivamente beneficiaria del finanziamento. Dunque, probabilmente, l'affermazione del principio secondo cui è estranea all'oggetto della confessione la consapevolezza della rilevanza giuridica del fatto è eccedentaria, rispetto alla *ratio* della decisione.

⁸ Apparente per via poi dell'effettiva *ratio decidendi*, di cui si è dato conto nella nota precedente.

⁹ Il termine ammissione è qui utilizzato in senso generico, come dichiarazione recante il “riconoscimento di fatti affermati dalla controparte”: C.M. DE MARINI, voce *Ammissione*, in *Enc. Dir.*, vol. II, Milano 1958, p. 242 ss. Vi è anche una nozione di

giuridico sottostante non si rinviene in tutte le pronunce sul tema, che tra l'altro questo tema si limitano più spesso a sfiorarlo, piuttosto che affrontarlo *ex professo*.

Nel solco del principio affermato da Cass. n. 656/2024 – ovvero del fatto che il dichiarante non può avere la consapevolezza della rilevanza giuridica del titolo del suo credito o del suo debito, si pongono alcune pronunce rese in tema di responsabilità civile extracontrattuale le quali negano valore confessorio all'ammissione, da parte del dichiarante, che un determinato evento dannoso sia ascrivibile alla propria colpa¹⁰, a motivo del fatto che l'ascrivibilità del danno alla condotta colposa di qualcuno è frutto di una valutazione giuridica.

Quanto allo specifico tema della confessione del contratto (ossia, nel contenuto minimo, dell'avvenuta conclusione del contratto), si rinviengono per lo più massime di repertorio in materia di contratti formali, secondo cui alla mancata produzione in giudizio del documento recante il contratto per cui è richiesta la forma scritta *ad substantiam* non può supplire il deposito di una scrittura contenente l'ammissione della controparte in ordine alla pregressa stipulazione del contratto *de quo*, nemmeno se da essa risulti che quella stipulazione fu fatta

ammissione ben più articolata, ossia intesa come affermazione concorde di un fatto principale operata a titolo di ragione – cioè di allegazione – dalle parti in causa (F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma 1947, p. 15; U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. II, Torino 1957, p. 177; G. LASERRA, *La prova civile*, Napoli 1957, p. 77 ss.; Id., *Osservazioni sulla prova della forma*, in *Riv. dir. proc.* 1967, p. 343 ss., spec. p. 352) ovvero dai loro procuratori legali (M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 54) e, da questo punto di vista, contrapposta alla confessione, la quale “è resa dalla parte a titolo di verità e non a titolo di ragione, e non solo su fatti principali ma anche su fatti secondari” (G. LASERRA, *Osservazioni...*, cit., p. 352). In questa accezione, l'ammissione nasce sul piano della domanda, della quale, come allegazione unilaterale, costituisce un elemento (F. CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*); ma una volta che si incontra con la medesima allegazione fatta dalla controparte, diventando ammissione concorde, trasforma dal regime della domanda giudiziale a quello dei mezzi di prova, e impone al giudice di rendere una decisione conforme al fatto bilateralmente ammesso, se vertente su diritti disponibili, in forza del principio dispositivo: G. LASERRA, *op. loc. ult. cit.* Il tema della differenza tra ammissione e confessione e dello specifico valore istruttorio dell'una e dell'altra è stato di recente indagato da D. NOVIELLO, *op. cit.*, *passim*, ove lo specifico valore istruttorio dell'ammissione esplicita, valevole non solo come *relevatio ab onere probandi* ma come specifico meccanismo di inversione dell'onere della prova viene fondato, dal punto di vista sistematico, sulla riforma dell'art. 115 c.p.c., il quale, consentendo al giudice di fondare la decisione sul fatto non contestato, ossia ammesso implicitamente, a maggior ragione giustifica il valore di mezzo di prova dell'ammissione esplicita.

¹⁰ Cass. 3 agosto 2005, n. 16260, in *Giust. civ. mass.* 2005, 9, sentenza resa in tema di responsabilità da circolazione dei veicoli (artt. 2054 e 2043 c.c.) nella cui massima si legge appunto che “non ha valore di confessione l'ammissione che un determinato evento dannoso (nella specie, scontro tra veicoli) sia ascrivibile a propria colpa, trattandosi di un giudizio alla cui formazione concorrono valutazioni di ordine giuridico, mentre la confessione, ai sensi dell'art. 2730 c.c., ha ad oggetto fatti obiettivi e non opinioni o giudizi”; nello stesso senso, Cass. 16 marzo 1995 n. 3075 e Cass. 16 giugno 1990, n. 6059. V. anche Cass. 30 luglio 2002 n. 11266.

per iscritto¹¹ e fatto salvo il caso – desumibile dalla disciplina della prova testimoniale e riconosciuto da una giurisprudenza risalente – della perdita incolpevole del documento¹².

¹¹ “Si deve reiterare (...) il principio secondo il quale, quando per l’esistenza di uno specifico contratto, la legge richieda, a pena di nullità, la forma scritta, alla mancata produzione in giudizio del relativo documento non può ovviare il deposito di una scrittura contenente la confessione della controparte in ordine alla precedente stipulazione del contratto *de quo*, nemmeno se da essa risulti che quella stipulazione fu fatta per iscritto”: così, Cass. 7 novembre 2023, n. 30954, richiamando Cass. 7 ottobre 1982, n. 5148 e Cass. 29 agosto 1998 n. 8611, nonché Cass. 21 febbraio 2017 n. 4431. Si precisa poi che detto principio “si ricollega all’ulteriore principio per cui ai sensi dell’art. 2720 c.c., l’efficacia probatoria dell’atto ricognitivo, avente natura confessoria, si esplica, nei casi espressamente previsti dalla legge, soltanto in ordine ai fatti produttivi di situazioni o rapporti giuridici sfavorevoli al dichiarante, con la conseguenza che a tale atto non può riconoscersi valore di prova circa l’esistenza del diritto di proprietà o, al di fuori dei casi previsti, altri diritti reali”: ancora, Cass. n. 30954/2023, richiamando Cass. 11 giugno 2007 n. 13625 e Cass. 18 giugno 2003 n. 9687. Sull’inidoneità della dichiarazione confessoria a supplire alla carenza di documentazione dell’atto per cui la forma scritta è prevista *ad substantiam*, v. anche Cass. 7 aprile 2005, n. 7274, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 4; Cass. 2 gennaio 1997, n. 2, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 3; Cass. 4 giugno 1993, n. 6232, in *Giust. civ. Mass.* 1993, 987 (s.m.), nel contesto dell’affermazione dell’inammissibilità della richiesta di interrogatorio formale volto a provare la stipulazione di un accordo risolutorio di un contratto preliminare di vendita immobiliare. Precedenti risalenti sono richiamati da A. LISERRE, *La rilevanza delle dichiarazioni giudiziali dei contraenti in ordine all’avvenuta stipulazione di un contratto formale*, in *Riv. trim. proc. civ.* 1967, p. 1398, nt. 1: Cass. 13 luglio 1966, n. 1879 (sentenza inedita); Cass. 16 maggio 1962 n. 1104, in *Rep. Foro it.* 1962, voce *Scrittura (Atti pubblici, Atti privati e copie*, nn. 12-13; Cass. 23 maggio 1962 n. 1197, *ivi*, stessa voce, n. 14.

¹² In questo senso, Cass. 31 maggio 1966, n. 1449, pubblicata in *Riv. dir. proc.* 1967, 343 ss., con nota di G. LASERRA, *Osservazioni sulla prova della forma*, cit., commento nel quale l’autore critica l’applicazione del principio dell’indimostrabilità tramite confessione dell’avvenuta stipula per iscritto del contratto soggetto al regime del formalismo *ad substantiam*. In realtà, nel caso di specie, che riguardava una compravendita immobiliare, realizzata tramite scrittura privata in doppio originale in cui le cui parti avevano ciascuna sottoscritto solo l’originale della controparte senza sottoscrivere anche il proprio, difettava non (la redazione per iscritto del contratto ma) l’esemplare del documento contrattuale sottoscritto dal compratore; questo era stato consegnato al venditore e le eredi del compratore non disponevano di un esemplare proprio recante la sottoscrizione del *de cuius*. Era dunque da dimostrare, in presenza di documentazione scritta attestante il contenuto del contratto invocato e la sua firma da parte del venditore, il fatto storico della originaria sottoscrizione del contratto anche da parte del *de cuius*, e la Suprema Corte nell’occasione ribadisce che l’avvenuta sottoscrizione del contratto per la cui validità è richiesta la forma scritta *ad substantiam* non può essere provato con altri mezzi, tra cui la confessione. Laserra, nel criticare la pronuncia, rileva come l’inconveniente sia legato ad un’epoca “in cui ancora si usavano siffatte ingenue semplificazioni” ma in realtà il problema dei limiti alla dimostrabilità dell’avvenuta stipula del contratto soggetto a formalismo *ad substantiam* si pone vivissimo anche oggi, anche se in veste mutata. Da un lato, infatti, è indubbio che l’emersione in ambito tecnologico di nuove fattispecie di documento e di firma (il documento informatico, che è stato disciplinato nel nostro ordinamento come nuova figura probatoria con la l. 15 marzo 1997, n. 59, e la firma elettronica/digitale intesa in senso ampio) ha indotto profonde modifiche nel modo di scambiarsi i documenti e di ricostruirne l’assunzione della paternità; ed è noto che, con riguardo ai documenti informatici, alla luce dei principi di cui all’art. 65 e 71 del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 (Codice dell’Amministrazione digitale), si ritiene ben possibile “individuare dei fatti secondari che, una volta provati, sono idonei a dimostrare che un determinato soggetto ha generato un documento informatico, intendendo peraltro assumersi la paternità dello stesso [...]”, e a “prova[re] la provenienza delle dichiarazioni rappresentate dal documento informatico, pure in mancanza di una firma elettronica”, così da non potersi escludere come rappresentativo dell’individuazione dell’autore di un documento informatico il solo fatto che sia spedito tramite posta elettronica da una casella di posta elettronica ordinaria in uso a un determinato soggetto: così, P. BERTOLLINI, *Il documento informatico e il documento analogico*, in Aa. Vv., *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di Giuseppe Ruffini, Milano 2019, p. 62 s., richiamandosi a L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, Torino 2010, p. 561. Non è un caso che, riguardo ai documenti informatici, peraltro, si parla di una vera e propria “crisi della sottoscrizione” (S. PATTI, *op. cit.*, p. 418). Dall’altro lato, si osserva in giurisprudenza un crescente fenomeno di riduzione della sottoscrizione come requisito imprescindibile della forma scritta in generale, e non specificamente con riguardo al documento

Vi sono poi pronunce che affermano il principio per cui può essere data tramite confessione la prova di contratti per i quali la forma scritta sia richiesta non *ad substantiam* ma solo *ad probationem tantum*¹³, sostanzialmente sulla base di un ragionamento *a contrario* rispetto a

informatico; fenomeno che dovrebbe aprire il varco all'ammissione dell'interrogatorio formale e delle confessioni stragiudiziali per la prova del contratto soggetto a formalismo *ad substantiam*. Sotto questo aspetto, vi sono almeno due orientamenti da considerare. In primo luogo, vi è un orientamento giurisprudenziale consolidato secondo cui la produzione in giudizio di una scrittura privata priva della firma della parte che avrebbe dovuto sottoscriverla equivale a sottoscrizione, se tale produzione avvenga ad opera di tale parte (così, *ex multis*, Cass., sez. III, 23 maggio 2006, n. 12120), e anche ove la forma scritta sia richiesta *ad substantiam* (così, Cass. 16 maggio 2017, n. 12106; Cass. 11 marzo 2000, n. 2826; Cass. 24 aprile 1990, n. 3440, così massimata in *Mass. Giur. it.* 1990: "Nei contratti per cui è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, non è necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni dei contraenti e, pertanto, sia la produzione in giudizio della relativa scrittura da parte di chi non l'ha sottoscritta, sia qualsiasi manifestazione di volontà in forma scritta del contraente che non ha firmato, diretta alla controparte e dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto, realizzano un valido equivalente della sottoscrizione mancante, purché la parte che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso").

Il secondo orientamento da tenere in considerazione, in relazione al fenomeno di "dequotazione" della sottoscrizione come requisito per la forma scritta, è quello sancito, a composizione di un contrasto di orientamenti, nella materia dei contratti di investimento "monofirma" dalla notissima Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, pubblicata e commentata in *Giur. it.* 2018, 3, 568 ss., con note di A. Di Majo, C. Colombo e M. Ticozzi; in *Foro it.* 2018, I, cc. 928 e 1283, con note di C. Medici e G. La Rocca; in *Contratti* 2018, 2, 133, con note di G. D'Amico, S. Pagliantini e R. Amagliani; in *Società* 2018, 4, 481, con nota di R. Natoli; in *Nuova giur. civ.* 2018, 5, 668, con nota di A. Dalmartello; in *Corriere giur.* 2018, 7, 898, con nota di S. Guadagno; in *Banca borsa tit. cred.* 2018, II, p. 267, con note di A. Mirone e di M.L. Chiarella. Tale sentenza ha stabilito che il requisito della forma scritta, previsto a pena di nullità per il contratto-quadro relativo ai servizi di investimento dall'art. 23 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, s'intende rispettato anche se vi è apposta la sola sottoscrizione dell'investitore e il documento è consegnato in copia a quest'ultimo, essendo la firma dell'intermediario finanziario "irrilevante", sul piano della formazione del consenso e della riferibilità ad entrambe le parti delle dichiarazioni in esso contenute. Ebbene, anche alla luce di questo orientamento, è stata sostenuta la necessità di superare il principio secondo cui "la stipula del contratto [d'investimento] non può essere desunta in via indiretta da una dichiarazione, firmata dal cliente, in cui ammette che una copia del contratto gli viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentare l'intermediario", principio affermato, *ex multis*, da Cass. 24 marzo 2016, n. 5919 e da Cass., 3 marzo 2017, n. 36, sulla scorta dell'orientamento che sancisce l'impossibilità di provare per confessione contratti per cui sia richiesta la forma scritta a pena d'invalidità: l'opportunità di rivedere tale principio ci sembra sostenuta da A. GALIA, *La forma scritta nei contratti d'investimento: la decisione delle sezioni unite*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2018, 1595 ss., il quale osserva al riguardo che ove la prova riguardi "il fatto storico costituito dalla consegna della proposta sottoscritta" dall'intermediario non dovrebbe esserci alcuna preclusione al ricorso alla confessione.

Più di recente, Cass. 26 gennaio 2024, n. 2558, in *Giust. Civ. Mass.* 2024 massimata come segue e annotata da L. Crotti sia in *IUS Responsabilità Civile* 2024 che in *IUS Contratti* 2024, ha ribadito che vige "in tema di contratti soggetti alla forma scritta *ad substantiam* (nella specie, preliminare di vendita immobiliare) (...) il principio secondo cui il perfezionarsi del negozio può avvenire anche in base ad un documento firmato da una sola parte, ove risulti una successiva adesione, anche implicita, del contraente non firmatario, contenuta in atto scritto diretto alla controparte", precisando che l'operatività dello stesso "presuppone che detto documento abbia tutti i requisiti necessari ad integrare una volontà contrattuale, ivi compresa l'individuazione o quantomeno l'individuabilità del destinatario della dichiarazione, e che, inoltre, tale volontà non sia stata revocata dal proponente. (In applicazione del principio, la S.C. ha annullato la sentenza che aveva ritenuto invalido il contratto preliminare per la mancata apposizione, nell'ultima pagina, della firma da parte della promittente alienante, ancorché contenente clausole meramente esplicative della volontà di impegnarsi a vendere, già manifestata nelle pagine precedenti regolarmente firmate").

¹³ È principio spesso affermato in pronunce che si occupano espressamente di altri istituti, come quello della non contestazione, e che quindi non fanno diretta applicazione della regola dell'attribuzione del valore confessorio all'ammissione dell'esistenza del contratto: "Il principio, sancito dall'articolo 115, comma 1°, del c.p.c., secondo cui i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita possono essere posti a fondamento della decisione, senza necessità di prova, non opera nel

quello di cui si è poc'anzi dato conto¹⁴, anche se poi di fatto raramente viene data effettiva applicazione a tale principio (nel senso che, salvo sporadici casi in cui ha censurato l'operato

caso in cui il fatto costitutivo del diritto azionato sia rappresentato da un atto per il quale la legge impone la forma scritta *ad substantiam*, dal momento che in tale ipotesi, a differenza di quanto accade nel caso in cui una determinata forma sia richiesta *ad probationem*, l'osservanza dell'onere formale non è prescritta esclusivamente ai fini della dimostrazione del fatto, ma per l'esistenza stessa del diritto fatto valere, il quale, pertanto, può essere provato soltanto in via documentale, non risultando sufficienti né la prova testimoniale o per presunzioni, né la stessa confessione della controparte" (corsivo nostro): Cass. 26 aprile 2023, n. 10941, in *Guida dir.* 2023, 26; nello stesso senso, Cass. 28 dicembre 2021, n. 41790; Cass. 13 gennaio 2021, n. 387; Cass. 17 gennaio 2018, n. 25999. Per quanto riguarda la rilevanza delle dichiarazioni giudiziali dei contratti per i quali l'approntamento del documento sia prescritto *ad probationem tantum*, v. i precedenti citati da A. LISERRE, *La rilevanza delle dichiarazioni giudiziali...*, cit., p. 1398, nt. 2: Cass. 29 aprile 1965 n. 772, in *Rep. Foro it.* 1965, voce *Scrittura (Atti pubblici, atti privati e copie)*, n. 11; Cass. 10 ottobre 1963 n. 2694, *ivi*, voce citata, n. 5. Cass. 7 maggio 1963, n. 1112, in *Mass. Giur. It.* 1963, 376 (solo massima), sostiene che la prova dell'autorizzazione alle variazioni del progetto da parte del committente può essere fornita dall'appaltatore anche mediante la confessione del committente, a partire dal fatto che l'art. 1659 c.c. impone la forma scritta di tale autorizzazione soltanto *ad probationem*; per le altre pronunce in tema di appalto come contratto senza vincolo di forma provabile tramite confessione, v. *infra*.

¹⁴ Nel senso che vi è una giustificazione sistematica al diverso trattamento delle dichiarazioni dei contraenti in ordine all'avvenuta stipulazione di un contratto formale a seconda che il formalismo sia prescritto *ad substantiam* ovvero *ad probationem* vedi Liserre, *op. loc. ult. cit.* Questo autore anzitutto esclude che i dati ricavabili dalle norme sulle altre prove orali possano dare indicazioni utili in ordine al regolamento della confessione del contratto formale; e ciò, non solo e non tanto perché è arbitraria l'analogia, considerato il silenzio del legislatore in materia di confessione, ma perché le norme sulle altre prove orali non forniscono dati omogenei. Mentre infatti l'art. 2725 c.c., dettato in tema di prova testimoniale – dopo le deroghe stabilite all'art. 2724 c.c. al generale "divieto" di ammettere la testimonianza per provare il contratto – stabilisce un identico trattamento dei contratti con formalismo *ad substantiam* e di quelli con formalismo *ad probationem*, prevedendo che il divieto di ammettere la prova testimoniale, per entrambi i tipi di contratto, può essere derogato solo nell'ipotesi di cui al n. 3 dell'art. 2724 c.c., ossia laddove il contraente dimostri la perdita incolpevole del documento; l'art. 2739 c.c., che riguarda l'oggetto del giuramento, va invece in una direzione opposta, in quanto esclude che si possa deferire o riferire giuramento "sopra un contratto per la validità del quale sia richiesta la forma scritta" e quindi configura un trattamento differenziato dei contratti per cui la forma scritta è richiesta *ad probationem* (dove il giuramento è ammissibile) e dei contratti per cui è richiesta la forma scritta *ad substantiam* (dove il giuramento è escluso del tutto, salvo un correttivo introdotto in via di prassi da una giurisprudenza risalente, secondo cui la preclusione in esame viene meno nel caso in cui la parte deduca il giuramento per provare non soltanto l'avvenuta stipulazione per iscritto del contratto, ma pure, contemporaneamente, che il documento è andato distrutto o perduto senza colpa del deducente, con argomento *ex art.* 2724, n. 3 c.c.: cfr. Cass. 18 aprile 1955, n. 1701, in *Rep. Foro it.* 1955, voce *Giuramento (in materia civile) come mezzo di prova*, nn. 8-9; Cass. 17 giugno 1959, n. 1865, *ivi* 1959, stessa voce, n. 11, citate da A. LISERRE, *op. ult. cit.*, nota 12). Per Liserre, inoltre, il fondamento delle limitazioni alla possibilità di provare altrimenti che con il documento l'avvenuta stipulazione per iscritto di un contratto formale è lo stesso, sia nel caso di formalismo *ad substantiam* che nel caso del formalismo *ad probationem*, e sta nel fatto che – accanto all'onere del formalismo, che riguarda la fase genetica del contratto ed è funzionale ad avvertire le parti circa l'importanza dell'atto che stanno per stipulare – il legislatore prescrive anche un onere di custodia diligente del documento contrattuale; e, mentre nel caso del formalismo *ad substantiam*, tale onere di custodia è posto a presidio di un interesse pubblicistico, in quanto i contratti per i quali è prescritta la forma scritta *ad substantiam* *ex art.* 1350 c.c. sono contratti di contenuto particolarmente rilevante, nel caso del formalismo *ad probationem* l'onere di custodia del documento che prova il contratto si riconnette a una mera esigenza di tutela dei medesimi contraenti in caso di lite. In ogni caso, l'esistenza di un analogo onere di custodia del documento, in tutti i casi in cui è prescritta la forma scritta del contratto, giustificerebbe l'art. 2725 c.c., che restringe per i contratti formali le deroghe al generale "divieto" della prova per testi dei contratti di cui all'art. 2724 c.c. e, a prescindere dal fatto che per il contratto di cui si tratta sia prevista la forma scritta *ad substantiam* o solo *ad probationem*, circoscrive l'ammissibilità della prova testimoniale del contratto formale alla sola ipotesi di perdita incolpevole del documento, di cui al n. 3 dell'art. 2724 c.c., con esclusione delle altre due deroghe previste da questo articolo. Invece, pur

del giudice di merito per non aver ammesso l'interrogatorio formale¹⁵ al fine di provocare la confessione e di consentire di provare l'esistenza di contratti tramite la stessa, di regola la Suprema Corte si è trovata ad enunciare il principio in discorso in situazioni in cui una molteplicità di elementi – e non una semplice dichiarazione confessoria con valore di prova legale – avevano condotto il giudice ad affermare l'esistenza di un contratto¹⁶).

nell'identità dell'onere di custodia, il diverso peso degli interessi sottesi alla necessità di conservare il documento recante un contratto per cui la forma è prevista *ad substantiam* o *ad probationem* giustificherebbe sia l'art. 2739 c.c., che ammette il giuramento solo in relazione al contratto per cui la forma è richiesta *ad probationem*, sia il differente trattamento della confessione del contratto, ammessa se il contratto appartiene a un tipo per cui è richiesta la forma scritta *ad probationem* e non ammessa se il contratto appartiene alla categoria dei contratti per i quali la forma scritta è prescritta *ad substantiam*.

¹⁵ Casi preziosi in quanto, come osserva D. NOVIELLO, *op. cit.*, p. 187, la tendenza generale della Suprema Corte è nel senso di escludere l'ammissibilità dell'interrogatorio formale in tutti i casi in cui, sulla base di una valutazione *ex ante*, alla dichiarazione che si intenderebbe provocare non possa essere comunque attribuito il valore di confessione, ciò che peraltro manifesta una "concezione dell'interrogatorio formale quale mezzo diretto esclusivamente a provocare la confessione dell'altra parte (non anche una semplice ammissione)"; in giurisprudenza, in questo senso, Cass. 24 marzo 2003, n. 2423. Tale concezione criticata in dottrina, ove prevale l'opinione dell'interrogatorio formale come mezzo diretto a provocare non necessariamente la confessione ma una qualunque dichiarazione della parte rilevante per la causa (e dunque non necessariamente strutturato per provocare la risposta positiva sull'esistenza di fatti sfavorevoli e ammissibile solo laddove l'eventuale ammissione possa assumere il valore di confessione): *Id.*, *op. cit.*, p. 186 e s., notando come, in questa prospettiva, i requisiti intrinseci della confessione devono essere considerati come condizioni del valore di piena prova della parte e non come condizioni di ammissibilità dell'interrogatorio formale. In dottrina, in ordine alla concezione dell'interrogatorio come mezzo non esclusivamente diretto a provocare la confessione, R. VACCARELLA, voce *Interrogatorio delle parti*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1972, p. 372; C.M. DE MARINI, *op. cit.*, p. 249 ss.; L.P. COMOGGIO, *op. cit.*, p. 681 ss.; M. TARUFFO, *Interrogatorio*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. X, Torino 1993, p. 59 ss.

¹⁶ Con riferimento al contratto di agenzia, ad esempio, l'affermazione della necessità della forma scritta *ad probationem* e la possibilità di fare ricorso alla prova della stipula del contratto tramite confessione è affermata inizialmente – senza però dare applicazione al principio, perché nella specie non vi era stata alcuna confessione – da Cass. sez. lav., 6 maggio 1996, n. 4167 in *Giust. civ. Mass.* 1996, 668, secondo cui "Anche se il preponente svolge attività di carattere commerciale, il contratto di agenzia richiede la forma scritta, pur se stipulato prima dell'entrata in vigore della modifica dell'art. 1742 c.c. introdotta col d.lg. 10 settembre 1991 n. 303, di attuazione della direttiva CEE n. 86/653 – modifica consistita nell'aggiunta di un comma 2 all'art. suddetto, a norma del quale ciascuna parte ha il diritto di ottenere dall'altra una copia del contratto dalla stessa sottoscritto – atteso che tale forma è stata prevista dall'art. 2, comma 3, dell'Accordo Economico Collettivo del 18 gennaio 1977, nonché dall'art. 2, comma 3 del successivo Accordo del 24 giugno 1981, entrambi relativi al rapporto di agenzia del settore commercio. Tale forma, essendo prevista da una fonte negoziale, deve ritenersi prescritta *ad probationem* – atteso che la prescrizione della forma *ad substantiam* è riservata esclusivamente al legislatore – con la conseguenza che, in mancanza di essa, è valida l'esecuzione volontaria del contratto, la conferma di esso e la sua ricognizione volontaria, come pure la possibilità di ricorrere alla confessione ed al giuramento, dovendosi escludere unicamente la possibilità della prova testimoniale (salvo che per dimostrare la perdita incolpevole del documento) e di quella per presunzioni". Il principio è ribadito testualmente, con replica della seconda parte della massima, da Cass., sez. lav., 28 gennaio 2013, n. 1824, in *Giust. civ. Mass.* 2013, ma anche in questo caso senza che rilevasse effettivamente la prova tramite confessione del contratto. Nello specifico, il dibattito si era svolto in merito alla qualificazione giuridica del rapporto intercorso tra le parti, formalmente definito come procacciamento di affari, ma ritenuto dalla Corte d'appello riconducibile a un contratto di agenzia. La società ricorrente aveva censurato la sentenza d'appello per violazione delle norme in tema di forma scritta *ad probationem* del contratto di agenzia (art. 1742 c.c.) e insufficienza della motivazione, lamentando tra l'altro anche che per la qualificazione del contratto quale contratto di agenzia la Corte territoriale aveva fatto riferimento a documenti che non rivestivano valore di confessione, in quanto provenienti da soggetto non idoneo e comunque integranti solo comunicazioni alle clientela, e che, in quanto tali, non incidavano sulla qualificazione del rapporto. Secondo l'agenzia ricorrente (che richiamava la citata Cass. n.

4167/1996) la prova scritta avrebbe dovuto riguardare direttamente le intese contrattuali intercorse tra le parti e il relativo contenuto, e non appuntarsi su elementi estranei o successivi alla stipulazione. Nel rigettare il ricorso, la Corte di cassazione ha confermato in via generale il principio di cui a Cass. n. 4167/1996, ma, in concreto, ha validato l'operato del giudice di merito in quanto la decisione relativa alla qualificazione del rapporto non era fondata su dichiarazione confessorie relative alla natura del rapporto, ma su un complesso di elementi documentali e fattuali – come la sistematicità dei rapporti, la presenza di zone assegnate in esclusiva, l'utilizzo di modulistica per previsioni di vendita e il maneggio di denaro – idonei a qualificare il rapporto come agenzia, attraverso un'interpretazione che valorizza la volontà effettiva delle parti. Dunque, di fatto, si tratta di un caso in cui oggetto della confessione non è l'esistenza del contratto ma alcuni elementi che caratterizzavano lo svolgimento del rapporto, che sono stati considerati con altri elementi probatori. L'affermazione secondo cui è ammessa la confessione per i contratti per cui la forma scritta è richiesta solo *ad probationem* si rinviene, ancora, in Cass. 26 settembre 1997, n. 9462, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1785, in materia di contratto di assicurazione, la quale ha statuito che “la stipulazione, da parte di un agente munito del potere rappresentativo di una compagnia di assicurazione, di clausole derogatorie al disposto di cui all'art. 1901 c.c. (nella specie, previsione dell'efficacia del rapporto assicurativo sin dalla decorrenza contrattualmente convenuta, nonostante il mancato pagamento del premio) deve ritenersi legittima, ai sensi del disposto del successivo art. 1932, attese la operatività in senso più favorevole all'assicurato, e salva la ipotesi di una espressa limitazione della procura (la cui prova costituisce onere gravante sulla società di assicurazioni), opponibile all'assicurato, da parte della compagnia, soltanto se resa pubblica attraverso le prescritte modalità. Tale clausola in deroga deve ritenersi soggetta, a norma dell'art. 1988 c.c., alla forma scritta soltanto *ad probationem*, con conseguente ammissibilità della sua dimostrazione mediante confessione o giuramento”. In questo caso, in effetti è stato attribuito valore confessorio, rispetto alla stipulazione di una clausola in deroga al disposto dell'art. 1901 c.c., a una lettera spedita dall'agente al broker, nella quale si affermava che il pagamento dei premi sarebbe avvenuto, tramite lo stesso broker, con regolamento mensile mediante bonifico bancario a fine mese e non volta per volta, all'emissione di ciascun certificato, pur decorrendo la copertura assicurativa dall'emissione dei certificati. Dunque, nella fattispecie in effetti il patto derogatorio rispetto alla normativa codicistica in materia di assicurazione è stato ritenuto provato a mezzo di confessione stragiudiziale. In materia di contratto di assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, Cass. 22 febbraio 1995, n. 1960, in *Giust. civ. Mass.* 1995, 406, ha affermato che “anche al contratto di assicurazione stipulato in riferimento alla disciplina che ha reso obbligatoria l'assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti (l. 24 dicembre 1969 n. 990 e relative norme regolamentari) è applicabile la norma generale di cui all'art. 1888, comma 1, c.c., in base alla quale la forma scritta è richiesta solo ai fini della prova del contratto (*ad probationem*), dato che gli adempimenti formali richiesti dalla disciplina speciale (obbligo per l'assicuratore di rilasciare il contrassegno e il certificato di assicurazione e per l'assicurato di conservare tali documenti) sono collegati all'interesse pubblico che giustifica il regime di obbligatorietà (oltre che al generale obbligo di documentazione del rapporto posto dall'art. 1888, comma 2) e non attengono alla posizione delle parti in sé considerate. Conseguentemente le parti (ed anche lo stesso danneggiato) ai fini della prova dell'avvenuta stipulazione del contratto o di singole clausole ben possono avvalersi dalla confessione, secondo i principi generali in tema di prova dei contratti per i quali la forma scritta è richiesta *ad probationem*”. Nel caso di specie, la Corte d'appello aveva rilevato che una clausola aggiuntiva al contratto di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile relativa alla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, pur non formalizzata per iscritto, fosse stata validamente stipulata verbalmente e provata tramite confessione stragiudiziale dell'agente. A fronte del ricorso della società assicurativa, la Suprema Corte ha confermato la pronuncia impugnata, quanto al ritenere che a questo particolare tipo di assicurazione, resa obbligatoria dalla legge n. 990 del 1969, fosse applicabile l'art. 1888 c.c. e dunque il regime del formalismo solo *ad probationem*, che consente di fornire la prova del contratto o di singole sue clausole in modo diverso dallo scritto; e ha conseguentemente stabilito che le parti, ai fini della prova dell'avvenuto contratto o della stipulazione di singole clausole, possano avvalersi dalla confessione (peraltro, nella specie, la Suprema Corte ha comunque annullato la sentenza impugnata, basata sulle dichiarazioni confessorie, perché ha ritenuto fondate le censure della ricorrente in ordine al significato attribuito a tali dichiarazioni). Alcune decisioni che affermano l'ammissibilità della confessione (solo) per i contratti soggetti a formalismo *ad probationem* le si rinviengono in materia di transazione: senza particolari ricadute nel caso specifico, il principio è affermato ad esempio da Cass., sez. lav., 2 novembre 1992, n. 11871, in *Giust. civ. Mass.* 1992, fasc. 11, secondo cui, poiché la transazione esige la forma scritta solo *ad probationem*, salvo il caso che abbia ad oggetto controversie relative ai rapporti giuridici menzionati dall'art. 1350 c.c. (v. n. 12 di tale articolo), la prova dell'accordo transattivo può essere data “dalla

In altre pronunce si legge invece che tramite confessione può essere data la prova dei contratti per i quali non è richiesto né il formalismo *ad substantiam*, né quello *ad probationem*¹⁷.

confessione o dal giuramento e anche da altri scritti che facciano riferimento a tale accordo”; nel caso di specie, era avvenuto che non delle mere dichiarazioni confessorie ma una pluralità di elementi (tra cui un documento recante un riconoscimento di debito) avessero portato il giudice di merito ad affermare l’esistenza di una transazione novativa del rapporto di agenzia, con motivazione adeguata e ritenuta insindacabile in sede di giudizio di legittimità. Più significativo il caso affrontato da Cass. 27 aprile 1989, n. 1947, in *Giust. civ. Mass.* 1989, fasc. 4, 89, dove presso la Suprema Corte ha trovato accoglimento la censura circa l’omesso esame, da parte della Corte d’appello (specificamente investita sul punto con motivo di gravame), della richiesta di ammissione dell’interrogatorio formale finalizzato a dimostrare la conclusione dell’accordo transattivo, proprio a motivo del fatto che la forma scritta *ad probationem* richiesta per la transazione esclude la prova di tale accordo tramite testimoni o presunzioni, ma non impedisce l’ammissibilità della confessione e dell’interrogatorio formale. Cass., sez. lav., 25 maggio 1982, n. 3192 ha invece affermato il principio della dimostrabilità tramite confessione dell’atto dal quale – a norma del comma 1° dell’art. 2096 c.c. – deve risultare l’assunzione in prova del lavoratore: anche in questo caso, secondo la Suprema Corte, non essendo il formalismo prescritto *ad substantiam* ma soltanto *ad probationem*, in caso di contestazione circa l’avvenuta stipulazione dell’atto, questo non può essere dimostrato “in modo diverso dall’esibizione del documento o dalla confessione della parte contro cui l’esistenza del patto stesso è fatta valere, restando in particolare esclusa la possibilità del ricorso alla prova per testimoni o per presunzioni”.

¹⁷ In questo senso sembra orientata Cass., sez. I, 7 luglio 2016, n. 13857, ove si legge il principio per cui la confessione non può provare né il contratto per cui la forma scritta è richiesta *ad substantiam* e né quello per cui la forma scritta è richiesta *ad probationem*.

La fattispecie riguardava in realtà la necessità di provare la simulazione dello stesso accordo simulatorio, e involge la specifica disciplina di cui all’art. 1417 c.c., che consente la prova della simulazione tramite testimoni senza limiti solo se la domanda è proposta da creditori e da terzi (e quindi non se la simulazione è fatta valere tra le parti del negozio simulato), ovvero se la domanda è diretta a far valere l’illiceità del contratto dissimulato, e in tal caso anche se la domanda è proposta dalle parti; la Suprema Corte era chiamata tra l’altro a chiarire anche se la mancata ammissione dell’interrogatorio formale, per provocare la confessione, trovasse giustificazione nell’applicazione estensiva dei limiti di cui all’art. 1417 c.c. alla confessione. In particolare, l’attore aveva chiesto di l’accertamento della simulazione della cessione delle proprie quote della società (prima a responsabilità limitata, poi s.p.a.) a favore del convenuto (T.L.), con richiesta di condanna di quest’ultimo a rilasciare i certificati azionari e a reintestarli all’attore; ciò, sulla base di una controdedichiarazione, denominata “convenzione”, sottoscritta dal convenuto contestualmente alla cessione delle quote (“nella stessa data”), avente valore di prova dell’intesa simulatoria, in quanto in essa egli riconosceva che la cessione delle partecipazioni era simulata e che tutti i poteri di gestione della società erano rimasti in capo all’attore, che ne era effettivo titolare. Il convenuto aveva opposto la nullità della predetta convenzione, che deduceva essere assolutamente simulata, e aveva chiesto l’ammissione dell’interrogatorio formale dell’attore (nonché l’ammissione della prova testimoniale, asserendo ricorrere una delle condizioni di deroga al divieto di prova testimoniale del contratto); entrambe le richieste di prova erano state respinte. Ebbene, la Suprema Corte ha ritenuto fondata le doglianze del convenuto, ricorrente in cassazione, in relazione alla mancata ammissione dell’interrogatorio formale (oltre che della prova per testi, ricorrendo i presupposti per la deroga alla inammissibilità della prova testimoniale del contratto). E ha argomentato sulla base del fatto che le limitazioni poste, nei rapporti tra le parti contraenti, dall’art. 1417 c.c. “ai fini della prova della simulazione del contratto, riguardano soltanto la prova testimoniale e, correlativamente (art. 2729 c.c., comma 2), quella per presunzioni, ma non quella per interrogatorio formale, che può essere ammessa anche quando il negozio del quale deve essere accertata la simulazione sia stato concluso per atto scritto, sempre che non si tratti di forma *ad substantiam* o *ad probationem*, non richiesta (nei rapporti tra le parti) per il trasferimento di quote di partecipazione societaria (Cass. n. 25468/2010, 23203/2013). Nella motivazione si legge ancora che per la confessione “non esiste (...) una disposizione corrispondente a quella della simulazione, trattandosi, nel caso di specie, non di accertare un patto aggiunto o contrario al contenuto di un documento, ma di dimostrare la simulazione assoluta del contratto, al fine di ricercare la verità reale contro quella formale risultante dall’atto scritto (v. Cass. n. 6160/1979, 5490/1980 e, in motiv., 17601/2015)”, e si precisa poi “che, attraverso le risposte date dall’interessato in sede di interrogatorio, può essere utilmente acquisita sia la prova piena della simulazione, in caso di confessione piena e completa, sia un principio di prova, se le risposte

Peraltro, laddove non è richiesta la forma scritta né *ad substantiam* né *ad probationem*, la giurisprudenza largheggia perfino ad ammettere la prova per testimoni¹⁸, prova che – come noto – il nostro ordinamento circonda di particolari cautele, scolpita com'è in negativo attraverso la previsione dei suoi limiti di ammissibilità, dettati agli artt. 2721 ss. c.c.

Si tratta comunque di orientamenti che sembrano presupporre la possibilità che tramite la confessione sia provato il fatto costitutivo di un rapporto contrattuale, ovvero la conclusione del contratto; sicché, laddove ad esempio la parte confessi di aver effettivamente concluso un mutuo, dedotto dalla controparte a fondamento della propria domanda, si pone l'interrogativo circa l'intensità del vincolo del giudice a ritenere provata la stipula del mutuo, e dunque sia il fatto storico della dazione di denaro, sia la relativa qualificazione giuridica.

La dottrina ha con piena consapevolezza individuato la questione, osservando come sia frequente il caso in cui la dichiarazione confessoria non abbia ad oggetto meri fatti, quanto invece fatti giuridicamente qualificati, rappresentati cioè attraverso la qualificazione che una data norma di legge attribuisce loro, come appunto quando si dichiara di aver concluso uno specifico contratto con la controparte¹⁹. Peraltro, ciò è quanto accade anche in caso di ricognizione di debito e di promessa di pagamento titolate, laddove cioè il dichiarante, oltre a riconoscersi debitore, indica anche il titolo, se del caso contrattuale, dal quale discende l'obbligazione riconosciuta²⁰.

sono tali da rendere verosimile la simulazione, con la conseguenza di rendere ammissibile la prova testimoniale, a norma dell'art. 2724 c.c., n. 1 (Cass. n. 3999/1969, n. 3521/1968)". Dopo tali considerazioni, la Suprema Corte ha censurato l'operato della Corte di merito perché "ha ignorato la tempestiva istanza di ammissione dell'interrogatorio formale articolata da T.L. (nel giudizio di primo grado e in appello)" ma inoltre perché "è venuta meno anche al dovere di valutare, in concreto, l'ammissibilità della prova testimoniale richiesta dalla medesima parte, che aveva specificamente affermato di trovarsi nella condizione (...), di impossibilità morale di procurarsi una prova scritta". La pronuncia è interessante perché vi si afferma, in contrasto con l'orientamento consolidato riferito alla nota che precede, che la prova per interrogatorio formale può essere ammessa anche quando il negozio del quale deve essere accertata la simulazione sia stato concluso per atto scritto, ma non quando per esso la legge richieda la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*. Inoltre, è di rilievo che, benché l'operato della Corte territoriale sia criticato sotto diversi profili relativi al governo delle prove, la mancata ammissione dell'interrogatorio formale – che la Suprema Corte considera suscettibile non solo di fornire elementi di prova della simulazione, ma anche di provocare la confessione "piena e completa" della simulazione stessa – è tra le ragioni dell'accoglimento del ricorso per cassazione.

¹⁸ Prova testimoniale di regola ammessa per provare il contratto d'appalto, in quanto contratto che può essere concluso per fatti concludenti: *ex multis*, Cass. 26 ottobre 2009, n. 22616; nel senso che è ammissibile la prova testimoniale per dimostrare l'esistenza di un accordo sul prezzo dell'appalto e le relative prestazioni, sempre a motivo del fatto che il contratto non è soggetto a rigore di forme e può essere concluso anche per *facta concludentia*, di recente, Cass. 4 giugno 2024, n. 15525.

¹⁹ M. TARUFFO, *sub* art. 2730, in *Comm. al codice civile*, diretto da Paolo Cendon, vol. VI, Torino 1991, p. 217; M. SEGATTI, *La confessione*, in *La prova nel processo civile*, a cura di Michele Taruffo, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni, continuato da Piero Schlesinger, Milano 2012, p. 529, nt. 17.

²⁰ Al riguardo Cass., 5 luglio 2004, n. 12285, in *Giur. it.*, 2005, 1156, ove si pone in luce che la ricognizione di debito titolata, disciplinata dall'art. 1988 c.c., "ha per oggetto (...) rapporti giuridici, oppure opinioni o valutazioni e comporta la presunzione fino a prova contraria del rapporto fondamentale", mentre la confessione "ha per oggetto fatti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli all'altra parte"; e che, da un lato, "la promessa di pagamento, anche quando sia titolata, perché contenente l'indicazione della 'causa debendi', non assume per questo natura confessoria", con la conseguente possibilità per il

Si è d'altro canto da tempo ammesso che la confessione possa avere ad oggetto la fattispecie costitutiva di un rapporto obbligatorio²¹, quand'anche essa consista in un contratto o in altro atto di autonomia, precisandosi che, se la dichiarazione ha ad oggetto il negozio come "fatto" essa è necessariamente dichiarazione confessoria, mentre se ha ad oggetto il contenuto (il rapporto) del negozio originario, essa ha la natura di riconoscimento²², e per questa parte ricade nella disciplina dell'art. 1988 c.c.²³ Con altre parole, si è anche detto che la dichiarazione confessoria "narra il fatto del negozio", quale "dato storico, *assente*, per così dire, dall'*hic et nunc*", così offrendo una rappresentazione del passato, "un giudizio sul fatto del negozio" che viene narrato²⁴.

Poste queste premesse, quel che, però, deve essere meglio messo a fuoco è l'ambito in cui possa dirsi operare la dichiarazione confessoria, con gli specifici effetti ad essa propri di prova legale, ove abbia ad oggetto un contratto.

Salvo il precedente di Cass. n. 656/2024, cit., l'esame della giurisprudenza della Cassazione sin qui svolto ha dimostrato che raramente la Suprema Corte, anche per i limiti intrinseci del giudizio di legittimità²⁵, arriva a sindacare l'effettiva valenza confessoria delle dichiarazioni di

promittente di "dimostrare l'inesistenza della causa e, perciò, la nullità della promessa"; e, dall'altro, che le particolari limitazioni di prova poste dall'art. 2732 c.c. per la confessione potranno invece "trovare applicazione quando, nel contesto dello stesso documento, accanto alla volontà diretta alla promessa, coesista la dichiarazione di fatti storici dai quali scaturisce il rapporto fondamentale".

²¹ Che i fatti confessati possano essere costitutivi di diritti o comunque incidere su diritti soggettivi trova conferma testuale nell'art. 2731 c.c., il quale richiede che la confessione provenga da persona capace di disporre dei diritti a cui i fatti confessati si riferiscono: S. PATTI, *op. cit.*, p. 893.

²² R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, vol. I, Milano 1980 (e già in *Annali dell'Istituto di Scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali dell'Università di Messina*, VII, 1932-33), p. 408 s.

²³ S. PATTI, *op. cit.*, p. 895.

²⁴ N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano 1970, p. 62 ss., ove anche la distinzione fra confessione del negozio e ripetizione dello stesso (corsivo dell'autore).

²⁵ La recente pronuncia a sezioni unite sulla sindacabilità in Cassazione del vizio di travisamento della prova, Cass., sez. un., 5 marzo 2024, n. 5792 – in *Giur. it.* 2024, 8-9, 1853, con nota di L. DI COLA, *Il "travisamento della prova" come motivo di ricorso in cassazione* e su cui B. LIMONGI, *Le Sezioni unite si pronunciano sul "travisamento della prova"*, su www.judicium.it 22 marzo 2024 –, sollecitata da due ordinanze interlocutorie, Cass., sez. lav., 29 marzo 2023, n. 8895, in *Riv. dir. proc.* 2023, p. 1253 ss., con nota di V. CAPASSO, *Sul travisamento della prova nel processo civile* e su cui R. POLI, *Logica del giudice e travisamento della prova (a proposito di Cass. 29 marzo 2023, n. 8895)*, in www.judicium.it 2023, p. 111 ss., e Cass., III sez., 26 aprile 2023, n. 11111, in *Riv. dir. proc.* 2023, 1211 ss., con nota di G. RAITI, *Il travisamento della prova nel processo civile e la sua controversa censurabilità in cassazione* e in *Ius processo civile* 2023, con nota di Metafora, *Alle Sezioni unite la questione della ricorribilità in cassazione del c.d. travisamento della prova*, muove – per quanto riguarda la seconda delle due ordinanze interlocutorie appena citate – proprio dalla critica avanzata dai ricorrenti all'operato della Corte d'appello per aver omesso di attribuire valore di confessione stragiudiziale con piena efficacia di prova legale a due documenti. In particolare, l'ordinanza di rimessione n. 11111/2023 riguarda una causa promossa dagli eredi di un noto pittore nei confronti di una galleria d'arte per la restituzione di un quadro del pittore, in cui i ricorrenti in Cassazione – eredi del pittore – contestavano che la Corte d'appello, a differenza del giudice di primo grado, avesse omesso di riconoscere valore di confessione stragiudiziale a due lettere della galleria, "nonostante il relativo significato univocamente dimostrativo della titolarità del dipinto in capo al pittore (...), non attribuendo alla parola 'prestito' e all'invito a ritornare 'in possesso del dipinto' l'unico significato giuridicamente ed

parte, trattando il tema apertamente²⁶; e tuttavia, quanto alla specifica materia della confessione relativa al – o sopra il – contratto, non mancano casi in cui essa ha accolto delle censure relative alla mancata ammissione dell'interrogatorio formale in relazione alla stipula di un contratto, anche con forma scritta *ad probationem*, lasciando dunque intendere che attraverso l'interrogatorio può raggiungersi la prova della stipula di un determinato contratto. Non contribuiscono a fornire una chiarezza neppure i riferimenti alla prova dei contratti che si rinvenivano nel codice nella disciplina dei limiti all'ammissibilità della testimonianza (art. 2721 ss. c.c.) e nell'art. 2739 c.c. in materia di giuramento (secondo cui il giuramento non può essere deferito o riferito "sopra un contratto per la validità del quale sia richiesta la forma scritta"). Si tratta di regole che di fatto lasciano sullo sfondo l'oggetto della prova, ed è razionale che sia così: da un lato, perché il risultato della prova testimoniale è sempre liberamente apprezzabile e non pone alcun vincolo al giudice di merito, a differenza della confessione; dall'altro lato, perché il giuramento decisorio, "mezzo supremo di definizione della lite"²⁷, è effettuato per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa, a fronte di un inquadramento giuridico già definito e condiviso, per così dire, sicché non vi saranno

oggettivamente percepibile, e cioè quello, da un canto, dell'esistenza di un diritto dominicale in capo all'autore, dall'altro, della qualità di mero comodatario del Museo" (così, nella ricostruzione fatta dall'ordinanza di rimessione n. 11111/2023, ove si evidenzia come in effetti l'accoglimento delle critiche dei ricorrenti si regge sull'idea che sia possibile censurare per cassazione il c.d. travisamento della prova, ma le Sezioni Unite ritengono che quello lamentato non è un errore di dispercezione di un fatto probatorio inquadrabile nel travisamento della prova denunciabile in Cassazione ma "un ben diverso, ipotetico, errore largamente valutativo in ordine alla riconducibilità delle due dichiarazioni al novero delle confessioni").

²⁶ Tra i casi non frequentissimi, v. quelli citati alla nota 2 (Cass. n. 22956/2015 e Cass. n. 11498/1992); nella motivazione di quest'ultima, ad esempio, è chiarito che la Suprema Corte ha convalidato l'operato della Corte territoriale per aver utilizzato la confessione stragiudiziale del ricorrente "F" e riconosciuto che questi "non occupava la casa in quanto proprietario, ma a titolo diverso in virtù della ammissione di fatti obiettivi univoci che della locazione costituiscono il substrato e connotati specifici quali appunto: a) il riconoscimento dell'accordo tra locatrice e conduttore per agire giudizialmente nei confronti del vicino per la eliminazione delle infiltrazioni di umidità; b) la ipotesi del rilascio della abitazione in favore [della proprietà] ove questa avesse dimostrato la necessità di soddisfare esigenze dei familiari; c) la pretesa di rimborso per i miglioramenti o le addizioni apportati, con il consenso dell'originario locatore, dante causa della [proprietà]". Per la Suprema Corte, di tratta "della espressione della conoscenza di una concreta situazione di fatto, cui corrisponde un tipo di qualificazione giuridica, che appartiene all'ordinamento, ma che nella dichiarazione viene collegata allo schema giuridico, non come apprezzamento giuridico del rapporto, bensì come versione di un fatto"; ragion per cui "legittimamente i giudici del merito, con apprezzamento di fatto insindacabile in questa sede (Cass. 6 giugno 1977 n. 2329) hanno tratto il convincimento della esplicita ammissione da parte di F. dell'esistenza del rapporto locativo". Cass., 4 marzo 2022, n. 7187, in CED Cassazione, 2022, ha ritenuto ammissibile un motivo di ricorso con cui si contestava l'oggettivo travisamento, a causa di un errore percettivo, del contenuto di una missiva, alla quale la Corte d'appello aveva attribuito una valenza confessoria circa il riconoscimento di pretesi difetti di beni che, in realtà, non erano mai stati consegnati all'acquirente, ma tale ammissibilità deriva dal fatto che con tale motivo non si criticava "la mera portata confessoria del documento (ciò che implicherebbe di per sé l'inammissibilità della censura, v. Cass. n. 2048/2019), bensì appunto l'oggettivo travisamento del suo contenuto, a causa di un errore percettivo, sicché viene in rilievo (...) una possibile violazione dell'art. 115 c.p.c."; nel merito, tuttavia il motivo veniva rigettato perché tra l'altro gli elementi risultanti dal documento erano stati considerati insieme ad altri elementi.

²⁷ Su questa definizione, v. L. FERRARA, *Innovazioni e riforme nella procedura delle prove*, in *Riv. dir. civ.* 1941, I, p. 282 ss.

ulteriori margini di interpretazione; e in ciò potrebbe risiedere una differenza fondamentale rispetto alla confessione²⁸.

Quanto alla specifica disciplina della confessione, vi è da considerare l'insegnamento secondo cui nell'art. 2734 c.c. si riviene la disciplina della confessione qualificata e della confessione complessa, in quanto figure distinte dalla confessione semplice, rappresentata dal mero riconoscimento del fatto allegato dall'altra parte²⁹.

La confessione qualificata si verificherebbe nel caso in cui al riconoscimento del fatto allegato da controparte sia affiancata la dichiarazione di circostanze tendenti a infirmare l'efficacia di tale fatto, ad alternarne l'effetto giuridico rispetto a quanto dedotto da controparte; mentre la seconda, ossia la confessione complessa, sarebbe la confessione del fatto allegato da controparte accompagnata dalla narrazione di fatti tendenti a modificare o a estinguere gli effetti del fatto confessato, di fatti aggiunti che costituiscono titolo per un'eccezione propria del confitente: "si pensi, nel primo caso, all'affermazione di aver ricevuto una somma di denaro ma a titolo di donazione e non di mutuo; e, nel secondo caso, all'affermazione di aver ricevuto una somma di denaro, ma di aver restituito in tutto o in parte l'importo ricevuto"³⁰.

²⁸ Per la tesi secondo cui i fatti oggetto della confessione devono avere carattere necessariamente decisivo o concludente v. D. NOVIELLO, *op. cit.*, p. 205 ss.

²⁹ Sulla necessità di questa allegazione, cfr. M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 82, richiamato alla precedente nt. 4.

³⁰ In questo senso, M. GRADI, *Il giudice e i fatti*, in V. Bertoldi, M. Gradi, G. Ruffini, *Diritto Processuale civile*, vol. I, a cura di Giuseppe Ruffini, Bologna 2023, p. 424. Per F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, vol. II, cit., p. 155, l'art. 2734 c.c. disciplina la dichiarazione complessa, e l'autore la esemplifica in questi termini: "Tizio dichiara di aver stipulato un certo contratto, ma sotto la costrizione della violenza; oppure Tizio dichiara di aver preso una somma a mutuo, ma anche di averla restituita"; così spiegando la disciplina prevista dall'articolo in discorso: "Tizio afferma di aver preso una somma di denaro ma di averla restituita; la controparte non contesta; il giudice è vincolato sia a ritenere che la somma è stata presa a mutuo, sia che è stata restituita. Il giudice deve porre a fondamento della sua decisione tutti e due i fatti storici: il mutuo c'è stato; la somma è stata restituita. (...)". Nella giurisprudenza, si rinviene una nozione di confessione qualificata identificata – anche attraverso l'esemplificazione del "negozio condizionato" – in cui l'incidenza del fatto aggiunto alla dichiarazione confessoria riguarda l'efficacia del fatto costitutivo del rapporto giuridico confessato ma non nel senso che il fatto aggiunto implica una sostituzione dell'inquadramento del fatto confessato (donazione vs. mutuo) ma nel senso che il fatto aggiunto, per via di un'intima connessione col fatto confessato, ne modifica gli effetti senza mutarne l'essenza: cfr. Cass. 16 ottobre 2008, n. 25273, in *Giur. it.* 2010, 5, 2008, che richiama Cass. 20 dicembre 2004, n. 23637, in CED Cassazione 2004, nella cui motivazione si legge che "Il significato ampio e comprensivo della formula usata dal legislatore nell'art. 2734 c.c. circa il contenuto e la portata della dichiarazione aggiunta alla confessione ed il carattere unitario della relativa disciplina comportano che rientrano nella sfera dell'applicazione della norma sia l'ipotesi della cosiddetta confessione complessa, che sussiste allorché le aggiunte si riferiscono a fatti distinti da quello confessato, tali da estinguere o modificarne gli effetti *ab estrinseco* che quella della cosiddetta confessione qualificata, che ricorre se i vari fatti dichiarati siano strettamente connessi tanto che l'uno si profili come la necessaria conseguenza dell'altro, ovvero incidono sulla sua essenza e si riflettono sulla sua efficacia come per il negozio condizionato; ciò comporta che in entrambe le ipotesi, qualora la verità dei fatti o delle circostanze aggiunte, idonee a modificare o estinguere gli effetti della confessione, sia contestata, le stesse (dichiarazioni aggiunte) non fanno piena prova nella loro integrità né determinano alcuna inversione dell'onere della prova, ma sono invece suscettibili, nel loro complesso, di essere liberamente apprezzate dal giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c. (Cass. 16/12/1987, n. 9339)". Nel caso esaminato da Cass. 25273/2008 viene considerata confessione qualificata, e trattata in base al principio di inscindibilità di cui all'art. 2734 c.c. e in base all'onere di contestazione della dichiarazione aggiunta, la dichiarazione di una parte che aveva affermato di aver "direttamente" negoziato e concluso un contratto di prestazione d'opera professionale con alcuni artisti e di aver agito in

Ebbene, la circostanza che l'art. 2734 c.c. contempli una confessione integrata da narrazioni che rilevano sul piano dell'efficacia del fatto sfavorevole³¹ e che detto articolo contenga una disciplina *ad hoc*, basata sul principio dell'inscindibilità delle dichiarazioni³², che richiede la non contestazione della controparte per l'efficacia di piena prova delle dichiarazioni confessorie e aggiunte unitariamente considerate ("nella loro integrità") e, in difetto, ne rimette l'efficacia probatoria all'apprezzamento del giudice³³, non offre un indicatore decisivo circa la possibilità che nell'ambito di efficacia di prova legale della confessione possa entrare il fatto titolato, ovvero inquadrato giuridicamente sul piano dell'efficacia³⁴. L'art. 2734 c.c. non

nome e per conto dell'associazione convenuta (a cui chiedeva il rimborso di quanto pagato agli artisti), nell'ambito di poteri rappresentativi della stessa. Nell'esempio di M. GRADI, *op. loc. ult. cit.*, il fatto aggiunto al fatto confessato presuppone un differente inquadramento del rapporto giuridico dedotto, laddove il confitente dichiara di aver ricevuto una somma di denaro a titolo di donazione e non di mutuo come dedotto dalla controparte: qui, la dazione di denaro è il fatto comune conforme in entrambe le narrazioni, il fatto aggiunto non è un fatto vero e proprio ma la qualifica del fatto, ovvero, volendo portare la dichiarazione sul piano dei fatti, più precisamente dovremmo ritenere che il fatto aggiunto è che le parti si comunicarono la volontà di realizzare una donazione. Se l'art. 2734 c.c. fosse applicabile alla fattispecie, dunque, neppure il fatto della dazione di denaro è da ritenersi provato con efficacia di prova legale, ove la controparte contesti la circostanza aggiunta relativa alla donazione.

³¹ Il giudizio sul fatto del negozio di cui discorre N. IRTI, *op. loc. ult. cit.* (v. nt. 7).

³² In particolare, relativamente alla confessione complessa, con cui il confitente riconosce il fatto allegato dalla controparte, ma aggiunge un altro fatto costituente titolo per una propria eccezione, si è ipotizzato di distinguere tra il caso in cui il fatto aggiunto presuppone necessariamente il fatto confessato e il caso in cui il fatto aggiunto è indipendente dal fatto confessato, con applicabilità del principio di inscindibilità solo alla prima ipotesi e con possibilità di ritenere acquisito con efficacia di prova legale il solo fatto confessato nella seconda ipotesi, v. V. PANUCCIO, *La confessione stragiudiziale*, Milano 1960, p. 43. Per i rilievi critici mossi a tale impostazione e alla tesi dell'insussistenza dell'inscindibilità nel caso in cui la confessione complessa faccia riferimento a fatti non collegati da un rapporto di dipendenza e consequenzialità con quello confessato v. S. PATTI, *op. cit.*, 910 s., ove anche le esemplificazioni di confessione semplice, qualificata e complessa, con le due sottospecie, a seconda che il fatto aggiunto non sia ovvero sia indipendente rispetto al fatto confessato: "Il convenuto, evocato in giudizio per il rimborso di una somma mutuata e per il pagamento degli interessi, ove dichiara puramente e semplicemente di aver ricevuto il denaro, pone in essere una confessione semplice, per la quale non si pone il problema dell'indivisibilità, sicché il fatto della dazione a prestito è acquisito al processo con effetto di prova legale. Ove quel medesimo convenuto dichiara di aver ricevuto la somma, ma aggiunga che il mutuante aveva rinunciato agli interessi, si ha confessione qualificata e l'attore, in difetto di altre prove, essendo la confessione inscindibile, potrà ottenere soltanto il capitale. Qualora il convenuto ammetta il prestito, ma aggiunga di averlo già restituito, si ha confessione complessa indivisibile, per la stretta connessione tra fatto principale (dazione a mutuo) e fatto aggiunto come titolo d'eccezione (pagamento), sicché, in punto di fatto, la confessione non giova all'attore, che non può separare l'aspetto favorevole e quello contrario. Ove il fatto aggiunto sia la prestazione di avere reso un servizio all'attore a titolo oneroso, si ha confessione complessa divisibile, per l'indipendenza della circostanza aggiunta rispetto a quella principale, sicché l'attore avrebbe prova legale del fatto costitutivo del proprio diritto di rimborso, mentre il convenuto dovrebbe ancora provare l'eccezione di compensazione": *Id.*, *op. loc. ult. cit.*, ove l'autore dà atto delle censure che "hanno investito soprattutto il criterio dell'indipendenza del fatto aggiunto, privo di qualunque riscontro nella norma e inidoneo a giustificare l'opposto trattamento di una confessione complessa rispetto all'altra".

³³ Per tornare all'esempio di M. GRADI, *op. loc. ult. cit.*, in cui il confitente dichiara di aver ricevuto una somma di denaro ma a titolo di donazione e non di mutuo, la dazione di denaro è il fatto, e l'ordinamento vuole che neppure tale fatto sia provato con efficacia di prova legale, se la controparte contesti la circostanza aggiunta che era stata manifestata la volontà delle parti di realizzare una donazione.

³⁴ Una dottrina che ha recentemente studiato approfonditamente il tema della confessione sostiene che in realtà la confessione con valore di prova legale è tale – nella stessa costruzione letterale dell'art. 2730 c.c. – perché produce effetti

dimostra infatti che le dichiarazioni relative al valore giuridico del fatto sfavorevole possono essere dichiarazioni confessorie a pieno titolo, proprio perché non si occupa del caso in cui il confitente confessa il fatto sfavorevole e gli riconosce lo stesso valore giuridico dedotto dalla controparte³⁵.

Allora, non rientrando la confessione del fatto titolato nella disciplina di cui all'art. 2734 c.c., occorre comprendere – dato che la giurisprudenza ammette l'interrogatorio formale per provare la stipula di un certo contratto, ossia di un fatto qualificato per definizione – cosa significhi processualmente la dichiarazione *contra se* di un fatto titolato, qualificato: se questa debba essere trattata come una dichiarazione di scienza relativa a un fatto accompagnata da un riconoscimento relativo a un rapporto giuridico, con applicazione del doppio regime, quello della confessione e quello della ricognizione del diritto; ovvero se la dichiarazione di un fatto titolato sia vincolante *in toto*, ovvero ancora se possa considerarsi confessione di un rapporto giuridico *sub specie facti*, e in che termini il giudice è vincolato alla narrazione del fatto costitutivo del rapporto così confessato e qualificato.

sfavorevoli per il dichiarante, in funzione di una certa sussunzione sotto una norma che collega al fatto confessato un certo effetto giuridico sfavorevole (D. NOVIELLO, *op. cit.*, p. 219). Dunque, l'oggetto della confessione coincide con il fatto ma più spesso con l'insieme dei fatti previsti, dalla norma implicitamente richiamata, come produttivi di effetti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli alla controparte, sicché una dichiarazione vale come confessione se contempla tutti i fatti costitutivi di quell'effetto. In quest'ottica, "se l'effetto giuridico è conseguenza di un singolo fatto, la dichiarazione di tale fatto è, di per sé, sufficiente a integrare il presupposto dell'art. 2730 c.c.; ma se la norma implicitamente richiamata, produttiva dell'effetto sfavorevole, contempla una fattispecie composta di 'più fatti', ai fini della qualificazione come confessione (col conseguente vincolo per il giudice nell'apprezzamento dei fatti), è necessario che la dichiarazione della parte abbracci tutti i fatti costitutivi dell'effetto: una dichiarazione parziale, che avesse ad oggetto, cioè, solo uno o solo alcuni degli elementi costitutivi della fattispecie (di per sé radicalmente improduttivi di effetti), sarebbe del tutto inidonea a generare quegli effetti, da cui dipende l'esistenza stessa della confessione" (Ib., *op. cit.*, p. 219 s.). Alla stregua di questa tesi, parrebbe che la dichiarazione di un fatto secondario non possa costituire l'oggetto di una confessione, mentre potrebbe esserlo il contratto, ossia la narrazione in ordine alla conclusione del contratto invocato da controparte (il tipo di contratto da questa dedotto, con il normale schema di rapporto giuridico che esso instaura). La confessione del contratto anzi dovrebbe costituire in fondo il caso più plausibile di confessione con efficacia di prova legale, laddove intesa – come nella prospettiva dell'autrice – come fattispecie idonea a fondare l'effetto giuridico sfavorevole al dichiarante e favorevole all'altra parte (l'esistenza di una certa obbligazione di cui si discute).

³⁵ In altri termini, il quesito da porsi, laddove consti la dichiarazione della parte, convenuta in giudizio per la restituzione di una somma concessa a mutuo, di aver effettivamente concluso il mutuo, è se la dazione di una somma a prestito è un fatto acquisito al processo con efficacia di prova legale, oppure lo è la sola dazione di denaro, e contro la tesi che questa dazione realizzasse un mutuo può darsi qualunque prova contraria e il giudice, in ogni caso, è libero di convincersi che nessun mutuo fu concluso tra le parti; in altra prospettiva, se la dichiarazione della parte convenuta in giudizio per la restituzione di una somma concessa è nel senso di aver ricevuto una somma di denaro, ci sarebbe da chiedersi se la dichiarazione è confessoria quanto alla dazione della somma di denaro. Il quesito parrebbe non avere ragion d'essere nella prospettiva abbracciata da D. NOVIELLO, *op. loc. ult. cit.*, dove solo se il fatto esce dalla neutralità di fatto ed è acquisito nella prospettiva dell'effetto giuridico sfavorevole è una confessione; in sostanza, per essere confessione, la dichiarazione dovrebbe ricomprendere non solo il fatto della dazione di denaro, ma il fatto della dazione a mutuo del denaro.

Non appare dunque inopportuna la ricostruzione dei limiti entro i quali la confessione di un contratto può avere efficacia di prova legale³⁶.

3. Confessione e riconoscimento

È nota la discussione che, nel vigore del codice civile del 1865, animò la dottrina in ordine alla possibilità che la confessione avesse ad oggetto rapporti giuridici e, in particolare, l'esistenza di un obbligo del confitente nei confronti della controparte; discussione favorita dal fatto che l'ambito di operatività della confessione non era in quel codice espressamente limitato alla sola verità di fatti, come invece accade nell'art. 2730 del codice oggi in vigore.

Una parte della dottrina riteneva che la confessione potesse avere ad oggetto rapporti giuridici, ed anche rapporti giuridici che non implicassero "concetti semplici, comuni, accessibili anche ai non giuristi, quali sarebbero quelli di compra, locazione, mutuo, ecc. ecc."³⁷.

Tesi, questa, che veniva sostenuta sulla base dell'argomento che nel codice non erano presenti norme che assicurassero "rilievo speciale alla confessione di fatti"³⁸, mentre era prevista l'irrelevanza dell'errore di diritto (art. 1360, 3° comma, del codice civile del 1865), la quale avrebbe come presupposto la confessione di rapporti giuridici, non essendo concepibile l'errore di diritto in una confessione di puro fatto.

Un'altra parte della dottrina sosteneva invece che l'unico possibile oggetto della confessione fosse rappresentato dai fatti³⁹; e che in ciò essa si differenziava rispetto al riconoscimento, che invece poteva avere ad oggetto rapporti giuridici⁴⁰.

³⁶ Anche tenuto conto del fatto che "il tema della discriminazione tra la dichiarazione sul fatto e la dichiarazione sul diritto, o sull'effetto giuridico, nella prospettiva della valutazione dell'oggetto della confessione, non pare aver interessato la recente dottrina": D. NOVIELLO, *op. cit.*, p. 212.

³⁷ G. MESSINA, *Contributo alla dottrina della confessione (Cod. civ. art. 1358¹ e 1360^{2,3})*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano 1948, p. 33 s. (e già in *Foro sardo* 1902).

³⁸ In tal senso, G. MESSINA, *op. loc. cit.* e, in varia prospettiva, F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova 1936, p. 758 s.; E. GIANURCO, *Sistema di diritto civile italiano (parte generale)*, vol. I, 2ª ed., Napoli 1894, p. 283 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2ª ed., Roma 1936, p. 415 ss.; V. ANDRIOLI, voce *Confessione (civile)*, in *Nuovo dig. it.*, vol. III, Torino 1938, p. 766, p. 775; C. GRASSETTI, *Revoca del testamento e confessione di debito (Un preteso caso di conversione del negozio giuridico testamentario)*, in *Giur. it.* 1938, I, 1, p. 811.

³⁹ A. DIANA, *La confessione giudiziale nel processo civile*, in *Giur. it.* 1901, IV, p. 137 s, v. specialmente p. 140 s., testo e nt. 9; G. P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 2ª ed., vol. I, Milano – Torino – Roma 1912, p. 227 ss.; A. COSTA, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna 1921, p. 105 s.; E.T. LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, in *Problemi del processo civile*, Napoli 1962 (e già in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova 1927), p. 191 ss.; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile (Le azioni. Il processo di cognizione)*, 4ª ed., Napoli 1928, p. 734, p. 816 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 4ª ed., Milano 1929, 540 s.; G. VENZI, *Manuale di diritto civile italiano*, 8ª ed., Torino 1934, p. 214 ss.; E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano 1938, p. 457 ss.; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino 1942, p. 33.

⁴⁰ A. DIANA, *op. cit.*, p. 140; N. COVIELLO, *op. cit.*, p. 540; E. REDENTI, *op. cit.*, 458 s.; R. CORRADO, *op. cit.*, p. 233.

In tale prospettiva, la previsione codicistica circa l'irrelevanza dell'errore di diritto veniva giustificata sulla scorta della considerazione che ad essere irrilevante era l'errore in ordine alle conseguenze giuridiche derivanti dalla confessione⁴¹; pur dovendosi ammettere che la disposizione, oltre che capace di ingenerare equivoci, era – in quest'unica accezione sistematicamente accettabile – sostanzialmente inutile, poiché un eventuale errore circa le conseguenze giuridiche della confessione non avrebbe comunque potuto alterare la verità di fatto⁴².

Nel senso che l'unico possibile oggetto della confessione fossero i fatti avrebbe del resto deposto anche l'evoluzione storica dell'istituto, segnata dal progressivo superamento del modello romanistico della *confessio in iure*, laddove la confessione aveva ad oggetto l'insieme della pretesa avversaria e dunque anche le ragioni di diritto vantate dalla controparte, tanto da escludere la necessità stessa di ogni ulteriore attività giudiziale, in favore della *confessio in iudicio*, peraltro anch'essa nota al diritto romano, che aveva invece ad oggetto la verità di singole circostanze di fatto e che quindi richiedeva un pronunciamento del giudice⁴³.

Quest'ultimo modello di confessione sarebbe prevalso a partire dal diritto intermedio, allorché la confessione divenne un mezzo di prova, con conseguente limitazione del suo oggetto ai soli fatti, e sarebbe stato adottato dai giuristi francesi del diciassettesimo e diciottesimo secolo come Domat e Pothier, per poi essere recepito nelle codificazioni dei paesi latini, ivi compreso il codice civile italiano (con la collocazione della confessione fra i mezzi di prova, capace di offrire piena prova contro il suo autore: artt. 1356 e 1358 del codice civile del 1865); mentre la distinzione fra *confessio in iure* e *confessio in iudicio* sarebbe stata ripresa dalla dottrina tedesca del diciannovesimo secolo⁴⁴. Ebbene, delle due forme di confessione note al diritto romano, esclusivamente quella che ha ad oggetto i soli fatti sarebbe dunque giunta nel diritto italiano attraverso l'elaborazione della pratica, mentre l'altra forma, "volgente sul complesso della domanda avversaria", sarebbe "scomparsa e dimenticata nel più fiorente periodo del processo comune italiano"⁴⁵. Da qui l'idea che malgrado la previsione dell'irrelevanza dell'errore di diritto, solo i fatti potessero essere oggetto di confessione.

Ebbene, il codice civile attualmente in vigore sembra il frutto di una consapevole presa di posizione in ordine al dibattito circa l'oggetto della confessione svoltosi nel vigore del codice previgente⁴⁶, allorché limita espressamente l'ambito della confessione alla "verità di fatti" (art. 2730 c.c.), attribuendo inoltre (e di conseguenza) rilevanza soltanto probatoria alla

⁴¹ N. COVIELLO, *op. cit.*, p. 540 s.; G. VENZI, *op. cit.*, p. 217.

⁴² N. COVIELLO, *op. loc. ult. cit.*

⁴³ E.T. LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, cit., p. 178 ss. Sull'origine romanistica del valore probatorio delle ammissioni delle parti v. D. NOVIELLO, *op. cit.*, p. 49 ss.

⁴⁴ E.T. LIEBMAN, *op. cit.*, p. 183 ss.

⁴⁵ E.T. LIEBMAN, *op. cit.*, p. 196 s.

⁴⁶ Al riguardo, v. F. CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, cit., p. 235.

dichiarazione confessoria, disciplinata fra le prove e capace di formare “piena prova” contro il suo autore, se giudiziale e non avente ad oggetto fatti relativi a diritti non disponibili (art. 2733, 2° comma, c.c.), ovvero, se stragiudiziale, al ricorrere delle condizioni stabilite nell’art. 2735 c.c.

E infatti, nella dottrina successiva all’entrata in vigore del codice attuale è decisamente prevalsa l’idea che l’oggetto della confessione possa essere rappresentato soltanto dai fatti e non dai rapporti giuridici⁴⁷. Quanto poi alla nozione di fatto indicata dall’art. 2730 c.c. quale oggetto della confessione, si è precisato che i fatti devono essere definiti nella loro essenza e nelle loro coordinate storiche, così da rappresentare dati di immediata certezza, con esclusione dunque, dal novero delle dichiarazioni confessorie, di quelle idonee soltanto a fornire indizi in merito alla conoscenza di un fatto; e con esclusione altresì, per quanto in tal sede maggiormente rileva, che l’oggetto della confessione possa essere rappresentato da apprezzamenti, valutazioni, opinioni o dalla stessa qualificazione giuridica del rapporto giuridico dedotto nel giudizio, riservata al giudice in forza del principio secondo cui *iura novit curia*⁴⁸.

Tuttavia, anche nel vigore del nuovo codice non sono mancate voci – tra cui quella autorevolissima di Carlo Furno – secondo cui la confessione può avere ad oggetto qualcosa di più del nudo fatto storico.

A tale risultato ermeneutico l’autore perveniva rilevando che, sebbene oggetto della prova per confessione siano esclusivamente i fatti, essi devono tuttavia intendersi alla stregua di “fatti giuridici”; e che quindi, “poiché non si dubita che nella amplissima categoria dei fatti giuridici rientrino come *species* gli atti, i negozi, i rapporti, le situazioni, in quanto entità concretamente esistenti nella realtà giuridica, concrete modificazioni di questa realtà, è evidente che la confessione può bene riguardare *sub specie facti* gli atti, i negozi, i rapporti, le situazioni giuridicamente rilevanti”⁴⁹.

⁴⁷ L’osservazione è di C. GRANELLI, voce *Confessione e ricognizione di debito*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, III, Torino 1988, p. 432. Fra i molti, e solo a titolo esemplificativo, L. MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, in *Giur. compl. Cass. Civ.* 1948, III, p. 148 s.; F. CARRESI, *La transazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Filippo Vassalli, vol. IX, t. III, 2ª ed., Torino 1956, p. 13; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, vol. II, rist. 2ª ed., Milano 1957, p. 61; V. ANDRIOLI, voce *Confessione*, cit., p. 15 s.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, rist. 4ª ed., Milano 1984, p. 140 s.; M. TARUFFO, *sub art. 2730*, cit., p. 216 s.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, vol. II – *Il processo ordinario di cognizione*, 25ª ed., Torino 2016, p. 266 s.; M. SEGATTI, *La confessione*, cit., p. 527.

⁴⁸ M. TARUFFO, *I mezzi di prova* (1), in L.P. Comoglio, C. Ferri, M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, vol. I. – *Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., Bologna 2006, p. 450 s.; M. SEGATTI, *op. cit.*, p. 527 s.

⁴⁹ C. FURNO, voce *Confessione*, cit., p. 886 s. S. PATTI, *La prova*, cit., p. 890 s. osserva puntualmente che rimangono tuttora tracce del lungo dibattito che si era sviluppato sotto la vigenza del codice del 1865 e della tesi furniana in discorso proprio nel principio, affermato in giurisprudenza, secondo cui la confessione può concernere atti, negozi, rapporti e situazioni giuridicamente rilevanti, sia pure soltanto *sub specie facti*: v. *supra*, nt. 4; e che, “in effetti, accogliendo l’ampia definizione di fatto giuridico che – in contrapposizione a quella di fatto giuridico in senso stretto – ricomprende anche gli atti e i negozi giuridici, potrebbe sostenersi che la formulazione dell’art. 2730 c.c. non esclude senz’altro la configurabilità di una tesi più ampia”, rispetto a quella che considera oggetto possibile di confessione solo i fatti storici: *Id.*, *op. cit.*, p. 891. Non è, in

Non solo. Per questo autore, “chi dichiara ‘ti debbo’, non enuncia un giudizio di diritto, e tanto meno manifesta una volontà, sibbene fa una constatazione di fatto a sé sfavorevole, come chi dice ‘mi hai prestato’: e se ‘prestare’ e ‘dovere’ sono voci del linguaggio tecnico-giuridico, esse sono anche voci del parlar comune o volgare, cui con tanta larghezza attinge la terminologia giuridica”; e che “entrambe le formule sono pertanto confessorie e incomplete: la prima (‘mi hai prestato’) importa l’aggiunta: e quindi ti debbo; – la seconda (‘ti debbo’) implica il completamento: perché mi hai prestato (o venduto o locato etc.); in ambo i casi, accertato risulta sempre e solo un *fatto*: l’esistenza di un debito. L’apparente valutazione giuridica che è insita nella formula ‘mi hai prestato’, è irrilevante perché può sempre essere corretta o smentita dal giudice; il fatto pienamente provato è sempre lo stesso: l’esistenza di un rapporto obbligatorio, di un debito materiale”⁵⁰.

In sostanza, in questa impostazione, oggetto della confessione in ambito civile, oltre al mero fatto, può essere – se non il fatto qualificato *tout court*, perché la qualificazione “può essere sempre corretta o smentita dal giudice” – l’esistenza stessa di un’obbligazione.

A tale conclusione sono state mosse diverse obiezioni, a partire – e in disparte – dal generalissimo rilievo secondo cui provare il modo di essere di un rapporto equivale a provare i fatti (giuridici) che conformano il rapporto, così come provare l’esistenza di un rapporto significa provare l’esistenza dei suoi fatti costitutivi e l’inesistenza di fatti impeditivi o estintivi e, analogamente, provare l’inesistenza di un rapporto significa provare un qualunque fatto

definitiva, la lettera dell’art. 2730 c.c. il dato decisivo, considerato peraltro che anche sotto la vigenza del codice del 1865, dove l’art. 1356 definiva la confessione come “dichiarazione” sfavorevole al dichiarante, senza indicarne il contenuto, non erano mancati autori secondo cui la confessione ha per oggetto esclusivamente i fatti, così come la testimonianza e ogni altro mezzo di prova: in questo senso, N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 541.

⁵⁰ C. FURNO, *Promessa ...*, cit., p. 125 s. Non si può disconoscere una certa verità, nella constatazione che Furno fa in ordine alla sovrapposibilità tra taluni concetti e termini giuridici e i medesimi concetti e termini entrati a far parte del senso e del linguaggio comuni, perché hanno una valenza giuridica semplice, utilizzabile anche da parte di chi non sia giurista. Non è un caso che, Carnelutti, nel rappresentare la distinzione tra confessione (di un fatto) e ricognizione (di un diritto), è ricorso a un esempio di confessione qualificata del fatto: “la formula ‘tu mi hai prestato cento lire’, in quanto ha per oggetto il fatto del prestito, è confessione e fa piena prova; l’altra ‘io ti debbo cento lire’ è ricognizione e ammette la prova contraria, prova, s’intende, dell’inesistenza del fatto costitutivo o dell’esistenza d’un fatto impeditivo, modificativo o estintivo” (F. CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1942, I, p. 236), laddove il fatto del prestito è già una qualificazione giuridica della dazione di denaro, che implica quanto meno l’affermazione di un originario fatto costitutivo dell’obbligazione pecuniaria restitutoria; una qualificazione alla portata del dichiarante-non giurista, che non si limita a riferire di aver ricevuto denaro, ma di averlo ricevuto nella consapevolezza che non si trattasse di una regalia e neppure una contropartita di un qualche beneficio elargito al *solvens*, ma, appunto, sotto l’impegno vincolante della restituzione. In questo senso, può dirsi che in effetti la dichiarazione “tu mi hai prestato” ha valenza confessoria relativamente al duplice fatto che il dichiarante ha ricevuto dalla controparte una somma di denaro e che l’intenzione delle parti era nel senso che quella somma non fosse né a titolo di regalo né a titolo di pagamento, se pure non si arrivi a dire che la confessione fa piena prova sull’esistenza originaria del fatto costitutivo dell’obbligazione restitutoria. Sul punto, v. *infra*, nel testo.

estintivo o impeditivo, ovvero l'assenza dei fatti costitutivi: il che implica quindi che oggetto della prova possono essere soltanto i fatti⁵¹, nella loro storicità⁵².

Anzitutto, si è osservato che il tentativo di interpretazioni in chiave estensiva del concetto di "verità di fatti", contenuto nell'art. 2730 c.c., urta frontalmente contro le intenzioni del legislatore storico che, nel prendere posizione sul dibattito svoltosi sotto la disciplina previgente, aveva voluto utilizzare una nozione – quella della "verità dei fatti" – che la dottrina formatasi nel vigore del codice abrogato aveva sempre nettamente contrapposto ai rapporti e alle situazioni giuridiche⁵³.

Se, peraltro, l'argomento delle intenzioni del legislatore storico può non essere decisivo, altri argomenti sostanziali sono stati spesi contro il tentativo di Carlo Furno di ipotizzare una valenza confessoria di prova legale al fatto giuridico inteso come affermazione di un'obbligazione e non come mero fatto storico.

In particolare, si è obiettato come non possa essere dirimente e risolutivo il riferimento al concetto di "debito materiale", quale "fatto pienamente provato" e quale, quindi, oggetto della confessione, perché è difficile sostenere che colui che si dichiara debitore stia esprimendo una mera constatazione di fatto a sé sfavorevole e non un giudizio di indole giuridica.

Se, infatti, con l'espressione "debito materiale", volesse intendersi che il dichiarante afferma la mera esistenza del debito, senza prendere posizione in ordine alla fonte e alle vicende dello stesso, non si supererebbe comunque la parzialità e la non concludenza del ragionamento: affermare l'esistenza di un debito è infatti operazione che, nell'ambito di un giudizio, implica, ineludibilmente, affermare l'esistenza di una certa fonte costitutiva dello stesso e la persistenza della situazione da essa creata. Se dunque dovesse davvero ammettersi che l'esistenza (attuale) del rapporto obbligatorio possa costituire "fatto pienamente provato", dovrebbe poi ritenersi che anche l'efficacia, o finanche la validità, di quella fonte dell'obbligazione⁵⁴ e, al contempo, l'inesistenza di fatti estintivi, modificativi o impeditivi

⁵¹ L. MONTESANO, *Confessione e astrazione processuale*, cit., p. 77.

⁵² Nel senso che la confessione abbia ad oggetto fatti costituisce lo scontato corollario della qualificazione della confessione come mezzo di prova, v. oggi, D. NOVIELLO, *op. cit.*, p. 206, richiamando la definizione di L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 679 ss., secondo cui "l'oggetto della dichiarazione confessoria non può che essere un *fatto storico* (per di più *dubbio*), inteso e appreso nella sua realtà fenomenica, cui obiettivamente inerisce (a prescindere dalla coscienza e volontà del confitente) l'*idoneità* a 'produrre conseguenze giuridiche svantaggiose per colui che volontariamente e consapevolmente ne riconosce la verità' ed altrettante conseguenze giuridiche favorevoli al suo avversario (...)".

⁵³ Cfr. A. ORESTANO, *Le promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, già diretto da Luigi Mengoni, continuato da Piero Schlesinger, Vincenzo Roppo e Franco Anelli, Milano 2019, p. 253, sulla scia di quanto affermato da F. CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, cit., p. 235.

⁵⁴ Lo si dice descrittivamente, senza prendere alcuna posizione intorno all'oggetto su cui è destinata a fare stato la pronuncia del giudice sulla domanda con cui sia fatto valere un effetto giuridico nascente dal contratto e sulla questione se nell'affermazione del diritto fatto valere rientri, quale fatto costitutivo, "l'insussistenza di ogni ipotizzabile motivo di nullità,

sopravvenuti costituiscano oggetto di prova piena: prova piena che quindi riguarderebbe inevitabilmente valutazioni giuridiche, quali quelle concernenti la validità ed efficacia, originaria e attuale, della fonte dell'obbligazione "confessata"⁵⁵.

Insomma, l'ammissione di dovere qualcosa a qualcuno implica di necessità un giudizio in ordine all'esistenza del rapporto obbligatorio e quindi alla efficacia e validità della sua fonte, se del caso – per venire al tema di queste note – contrattuale (oltre che in ordine alla inesistenza o inefficacia, *lato sensu* intesa, di fatti modificativi o estintivi), il che non sembra consentito dalla vigente normativa, che non solo descrive la confessione come narrazione di fatti ma la distingue in modo netto dal riconoscimento del debito, per restare all'esempio fatto da Carlo Furno.

Proprio il confronto tra l'art. 2730 c.c. e l'art. 1988 c.c. ha fatto anzi dire che "il nuovo legislatore" ha tenuto conto "della distinzione tra *confessione* e *ricognizione* o *riconoscimento*, quale la aveva posta la dottrina considerando la prima come affermazione di *un fatto* e la seconda di *un rapporto giuridico*"⁵⁶.

Non è un caso che, al fine di sostenere la tesi secondo cui la confessione può avere ad oggetto rapporti giuridici, la dottrina cui si è fatto cenno ha sostenuto anche che "la disposizione dell'art. 1988 c.c. si rivela in definitiva superflua", poiché prevederebbe null'altro se non confessioni stragiudiziali (aventi ad oggetto il debito), con le relative conseguenze in tema di disciplina applicabile⁵⁷.

L'esistenza del "rapporto fondamentale" non potrebbe infatti dirsi "presunta", quanto invece "dimostrata, provata legalmente mediante confessione"; la "prova contraria" di cui all'art. 1988 c.c. dovrebbe di conseguenza essere intesa alla stregua di revoca della confessione, possibile soltanto nei casi previsti dall'art. 2732 c.c.; mentre la prova di fatti estintivi, modificativi o impeditivi sopravvenuti, o di vizi di costituzione del rapporto, rilevarebbe alla stregua di prova di fatti diversi da quello confessato (l'esistenza del rapporto obbligatorio), "aggiunti alla dichiarazione *contra se*" e "tendenti a infirmare l'efficacia del fatto confessato ovvero a modificarne o a estinguerne gli effetti", rilevanti nei limiti di quanto disposto dall'art. 2734 c.c.⁵⁸

Questa ricostruzione è stata criticata perché in palese contrasto con il dettato codicistico, che distingue accuratamente gli istituti della confessione e del riconoscimento del debito,

nonché l'insussistenza di ogni motivo di annullabilità e magari anche l'insussistenza di ogni motivo di rescindibilità": critico rispetto a tale prospettiva, M. BOVE, *Riflessioni corsare sui limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, fasc. 2/2025.

⁵⁵ Per tali considerazioni, A. ORESTANO, *op. cit.*, p. 251.

⁵⁶ F. CARNELUTTI, *Confessione e ricognizione*, cit., p. 235 (corsivi dell'autore).

⁵⁷ C. FURNO, *Promessa di pagamento e ricognizione di debito*, cit., p. 98.

⁵⁸ C. FURNO, *op. ult. cit.*, p. 113 ss.

disciplinandoli diversamente, e perché, di fatto, azzera la rilevanza precettiva dell'art. 1988 c.c.⁵⁹

Per tale motivo, la dottrina prevalente oggi ammette che l'introduzione dell'art. 1988 nel codice civile ha posto una netta contrapposizione tra la confessione quale dichiarazione che ha ad oggetto soltanto fatti e il riconoscimento quale dichiarazione asseverativa di diritti, il quale, a differenza della confessione, opera solo sul piano dell'art. 2697 c.c. e si limita a invertire l'onere di provare il rapporto costitutivo fondamentale, secondo un meccanismo di astrazione processuale della causa⁶⁰.

4. Conclusioni

Le notazioni che precedono possono offrire argomenti per talune considerazioni in ordine al tema della confessione del contratto e all'ambito in cui possa dirsi operare la dichiarazione confessoria, con gli specifici effetti ad essa propri, ove abbia ad oggetto un contratto.

A tal riguardo, le considerazioni sopra svolte in ordine all'oggetto della confessione conducono ad escludere che la confessione possa coprire, con la specifica valenza probatoria di prova legale di cui essa è capace, in primo luogo, la qualificazione giuridica del contratto confessato, poiché resta certamente fermo il potere del giudice di attribuire alla fattispecie una qualificazione giuridica diversa rispetto a quella indicata dalla parte⁶¹.

Deve altresì essere escluso che la confessione possa vincolare il suo autore, fino alla prova dell'errore di fatto o della violenza (art. 2732 c.c.), in ordine agli effetti che del contratto debbano dirsi propri, e quindi in ordine alla sussistenza del rapporto. Qui si tratta infatti, come sopra si è detto, di una valutazione giuridica in ordine all'efficacia del fatto costitutivo e alla inesistenza o alla inefficacia di fatti modificativi, estintivi o impeditivi, che certamente non è propria della parte, se non nelle forme – espressive dell'esercizio dell'autonomia negoziale – del riconoscimento di debito di cui all'art. 1988 c.c., e con le conseguenze da tale disposizione previste, anche in termini di libertà della prova contraria.

⁵⁹ In tal senso, con argomentazioni varie, L. MONTESANO, *Confessione e astrazione processuale*, in *Riv. dir. proc.* 1951, I, p. 74 ss.; R. CORRADO, *Note sulla ricognizione del debito*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, II, p. 5; G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano 1954, p. 26 s., nt. 56; G. BRANCA, *Delle promesse unilaterali*, in M. Fragali, P. D'Onofrio, F. Salvi, G. Branca, *Delle obbligazioni. Art. 1960-1991*, in *Comm. del Cod. Civ.*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, 2ª ed., Bologna-Roma 1974, p. 423; C.A. GRAZIANI, *Il riconoscimento dei diritti reali. Contributo alla teoria dell'atto ricognitivo*, Padova 1979, p. 174; A. ORESTANO, *op. cit.*, p. 252 ss.

⁶⁰ S. PATTI, *La prova*, cit., p. 895.

⁶¹ M. TARUFFO, *sub art. 2730*, cit., p. 217; nello stesso senso, prima, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 140; nonché V. ANDRIOLI, voce *Confessione (Diritto processuale civile)*, cit., p. 15. In giurisprudenza, Cass., 23 maggio 2023, n. 14228, in *Rep. Foro it.* 2023, *Responsabilità civile*, n. 223, ove si statuisce che "il giuramento (decisorio o suppletorio) non può essere deferito in ordine alla sussistenza di un rapporto di custodia, integrando quest'ultima non già un fatto suscettibile di formare oggetto di confessione (sfavorevole al giurante e favorevole all'altra parte), bensì una situazione giuridica suscettibile di valutazione, siccome qualificante il contenuto del rapporto instauratosi tra il soggetto e la *res*"; nonché la sentenza da cui questo scritto prende le mosse (Cass., 8 gennaio 2024, n. 656).

A ben vedere, inoltre, la confessione di un contratto non può rappresentare prova legale neppure in ordine alla conclusione stessa del contratto e alle modalità con le quali essa sia avvenuta.

Affermare che un contratto si è concluso, con un determinato contenuto, in un determinato luogo e in una determinata data rappresenta infatti il frutto di valutazioni giuridiche, che sono rimesse alla esclusiva cognizione del giudice. Solamente quest'ultimo è competente ad esprimere le necessarie valutazioni (e le conseguenti statuizioni) in ordine all'osservanza delle regole codicistiche relative alla formazione del contratto, quali quelle sulla completezza e sulla forma della proposta, ovvero sulla conformità, sulla forma o sulla tempestività dell'accettazione, o quelle sulle modalità e sulla tempestività della eventuale revoca della proposta o dell'accettazione, ovvero ancora quelle relative al diverso schema formativo prescelto dalle parti o previsto dalla legge, come nel caso di conclusione del contratto mediante inizio dell'esecuzione (art. 1327 c.c.) o di conclusione del così detto contratto con obbligazioni per il solo proponente (art. 1333 c.c.) – ove realmente di contratto si tratti⁶² –, ovvero di conclusione dei contratti reali, dovendosi in tale ultima evenienza valutare anche i caratteri e le modalità della consegna⁶³.

La confessione del contratto si risolve quindi, nella sua rilevanza di prova legale, nella confessione del fatto rappresentato dalla avvenuta emissione delle dichiarazioni negoziali, con il contenuto ad esse proprio⁶⁴, e nella impossibilità per il giudice di prescindere dal fatto che la volontà delle parti fu nel senso di concludere quel tipo di contratto; mentre, all'obiezione che la conclusione di un contratto, come espressione dell'autonomia negoziale e incontro delle volontà delle parti, non sia di per sé un fatto sfavorevole a una parte, si può replicare che laddove il contratto viene invocato in giudizio, esso costituisce, nella rappresentazione del deducente, la fonte di un'obbligazione inadempita, ponendosi quindi come fattispecie produttiva di un effetto giuridico vantaggioso per chi lo deduce e svantaggioso per la parte contro cui è dedotto⁶⁵.

⁶² È noto infatti che la natura contrattuale della fattispecie costituisce oggetto di discussione in dottrina: al riguardo, anche per riferimenti, A. ORESTANO, *Schemi alternativi*, in *Tratt. del contratto*, diretto da Vincenzo Roppo, vol. I – *Formazione*, a cura di Carlo Granelli, 2ª ed., Milano 2023, p. 199 ss.

⁶³ In giurisprudenza, Cass., 27 febbraio 2001, n. 2903, in *Rep. Foro it.* 2001, *Confessione in materia civile*, n. 4, ove, nel presupposto che “la confessione è atto giuridico avente ad oggetto fatti obiettivi e non opinioni e giudizi (...) e non può comprendere l'ulteriore operazione della qualificazione giuridica del fatto, essendo essa riservata esclusivamente al giudice”, si statuisce che “legittimamente, dunque, i giudici del merito hanno attribuito valore confessorio all'ammissione ‘io dissi di accettare’ negandolo invece al contestuale diniego che fosse stato raggiunto il relativo accordo, trattandosi, quest'ultimo, di un apprezzamento di carattere giuridico come tale riservato al giudice”.

⁶⁴ L. MONTESANO, *Note sulla natura giuridica della confessione*, cit., p. 153.

⁶⁵ Sempre considerando che la confessione è possibile solo in ordine ad un fatto allegato e valorizzato dalla controparte: v. *supra*, nt. 27. Nella prospettiva che si sta prendendo in esame, non si può dire che la confessione del contratto non abbia ad oggetto la fattispecie completa produttiva dell'effetto giuridico sfavorevole, secondo lo schema interpretativo adottato da D. NOVIELLO, *op. cit.*, p. 218 ss., anche se il problema potrebbe in teoria porsi – nei contratti sinallagmatici o sottoposti a

Per il resto, come è stato opportunamente osservato, se il dichiarante riconosce il rapporto giuridico senza indicarne il fatto costitutivo, si ha l'esonero dalla prova riguardo allo stesso fatto costitutivo (art. 1988 c.c.); mentre, "se il dichiarante afferma il fatto costitutivo, su questo soltanto sarà impossibile ogni prova contraria, giacché potrà pur sempre provarsi un altro fatto impeditivo o estintivo, o una qualunque altra causa che determini l'inefficacia o l'invalidità giuridica del fatto confessato (che potrà essere anche un negozio)"; e nulla può inoltre impedire la prova di altri fatti che determinino l'inefficacia del negozio confessato; ed "anche la simulazione di questo potrà farsi valere, giacché essa non esclude, anzi presuppone che si siano emesse le dichiarazioni negoziali"⁶⁶.

Del resto, ogni teoria eccentrica, rispetto a questa tesi, si scontra anche con un dato che emerge dall'analisi della disciplina della prova documentale e in particolare della prova documentale regina, ossia l'atto pubblico.

Come noto, esso infatti fa piena prova solo dei fatti storici indicati dall'art. 2700 c.c., ossia "della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti" – il c.d. "estrinseco" dell'atto – con esclusione del contenuto "intrinseco" (la genuinità delle dichiarazioni, e l'intrinseca corrispondenza al vero di ciò che viene dichiarato dalle parti)⁶⁷: la prova legale "riguarda quindi il fatto storico del dichiarare" e la sua efficacia "non si estende invece al contenuto delle dichiarazioni, cioè alla loro veridicità. È quindi possibile provare con ogni mezzo la non conformità al vero del cosiddetto intrinseco del documento, ad esempio il prezzo indicato nell'atto, l'eventuale simulazione, il carattere scherzoso della dichiarazione o la presenza di vizi del volere"⁶⁸.

Poiché, appunto, l'efficacia della prova legale dell'atto pubblico non si estende al contenuto delle dichiarazioni né ovviamente alla presenza di eventuali vizi o mancanza di presupposti, "è possibile fornire la prova dei fatti – impeditivi – che servono ad inficiare gli effetti collegati dalla legge alle dichiarazioni delle parti".

Ma anche con riguardo al fatto costitutivo del diritto – e dunque alla nascita del rapporto negoziale – l'atto pubblico, "dando prova delle dichiarazioni, fornisce *normalmente* la dimostrazione dell'avvenuta stipulazione di una determinata convenzione. In tal senso la norma del codice civile del 1865 (art. 1317), corrispondente all'art. 2700 cod. civ., stabiliva che 'l'atto pubblico fa prova della convenzione', e ciò — più precisamente — *secondo criteri di*

condizione – laddove la confessione, oltre alla narrazione di fatti normalmente integranti la conclusione del contratto, non ricomprenda anche il riconoscimento dell'adempimento della prestazione dovuta da controparte o il riconoscimento dell'avveramento della condizione cui era subordinato l'obbligo di adempimento a carico del dichiarante.

⁶⁶ L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, p. 149 ss.

⁶⁷ S. PATTI, *Art. 2699- 2720. Prova documentale*, in *Comm. del Cod. Civ.*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1996, p. 45; *Id.*, *Le prove*, cit., p. 452 s.

⁶⁸ S. PATTI, *Art. 2699-2720*, cit., p. 48 s.; *Id.*, *Le prove*, cit., p. 458 s. (corsivo nostro).

*normalità, nel senso che i fatti documentati hanno di solito quella rilevanza*⁶⁹; restando dunque fermo il potere del giudice di rivalutare se effettivamente il rapporto si è costituito in conformità delle dichiarazioni delle parti ed è stato validamente costituito.

Se, in definitiva, l'atto pubblico, prova documentale cui l'ordinamento conferisce l'attendibilità rappresentativa massima, costituisce prova legale soltanto per quanto concerne la materialità dei fatti, non si vede come alla confessione possa essere riconosciuto il potere di vincolare il giudice oltre che per il mero fatto narrato⁷⁰.

Nel caso di quella che allora in senso atecnico definiamo "confessione del contratto", l'aggiunta della qualificazione giuridica al fatto costitutivo confessato, che indichi lo schema contrattuale che si è dichiarato di aver posto in essere, laddove corrisponda alla qualificazione giuridica del medesimo fatto dedotta da controparte, porta la qualificazione giuridica nel campo dell'ammissione concorde del titolo, della ragione giuridica dedotta in giudizio, che il giudice potrà porre a base della decisione in forza del principio dispositivo, oppure potrà rivedere sottoponendola al contraddittorio delle parti ai sensi dell'art. 101 c.p.c.⁷¹; restandosi comunque fuori dal campo dell'efficacia della prova legale.

Carmelita Rizza
Dottore di ricerca

⁶⁹ S. PATTI, *Art. 2699-2720*, cit., p. 49; *Id.*, *Le prove*, cit., p. 459 (corsivo nostro).

⁷⁰ L'analogia può essere spinta sino al punto da considerare la confessione come l'essenza del documento, laddove appunto assume le caratteristiche di una *contra se declaratio* e, nei contratti a prestazioni corrispettive, una sintesi di una confessione doppia: G. VERDE, *Prova legale e formalismo*, in *Foro it.* 1990, V, p. 465 ss.

⁷¹ Per quella, tra le accezioni del concetto di ammissione, che si avvicina al fenomeno a cui si sta facendo riferimento, v. *supra*, nt. 4. In tema, v. D. NOVIELLO, *op. cit.*, p. 243 ss.



ROBERTO ALEMANNI

La Cassazione riconosce la validità della clausola compromissoria statutaria che individui all'estero la sede dell'arbitrato. Nota a Cass. 4 aprile 2025 n. 8911

Cass. civ., sez. I, 4 aprile 2025 n. 8911

In tema di arbitrato societario, può essere riconosciuto in Italia un lodo rituale straniero pronunciato in forza di una clausola compromissoria, inserita nello statuto di una società di diritto italiano, che localizzi all'estero la sede dell'arbitrato medesimo qualora, giusta l'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 5 del 2003, applicabile razione temporis, l'intero organo arbitrale sia nominato da un soggetto terzo estraneo alla società. Una volta soddisfatto tale requisito, infatti, le disposizioni processuali contenute negli artt. 35 e 36 del medesimo d.lgs. sono derogabili attraverso la scelta di una lex arbitri diversa, purché rispettosa di quei canoni fondamentali previsti dalla Convenzione di New York del 10 giugno 1958 (recepita in Italia dalla legge n. 62 del 1968), che, a livello sovranazionale, disciplinano il riconoscimento dei lodi arbitrali.

Il contributo esamina la recente pronuncia della Corte di legittimità n. 8911/2025 (la prima sulla specifica questione), con la quale il Supremo Collegio si è espresso in senso positivo sulla validità della clausola compromissoria statutaria con la quale sia stata individuata all'estero la sede dell'arbitrato. La pronuncia, che giunge tempo dopo rispetto all'avvio del dibattito dottrinale sul punto, risulta rilevante in quanto rappresenta l'occasione, per la Corte, non solo di riflettere sulle specifiche norme in tema di arbitrato societario, ma anche di dettare linee guida interpretative rispetto alle possibili declinazioni future del fenomeno arbitrale.

The contribution examines the recent ruling of the Court of Cassation n. 8911/2025 (the first on this specific issue), in which the Supreme Court expressed a positive opinion on the validity of the statutory arbitration clause that designates an overseas location for the arbitration. The ruling, which comes some time after the initiation of the doctrinal debate on the matter, is significant as it represents an opportunity for the Court not only to reflect on the specific regulations concerning corporate arbitration but also to provide interpretative guidelines for possible future developments of the arbitration phenomenon.

Sommario: 1. La fattispecie - 2. Le tesi delle parti nel giudizio di legittimità e l'arresto della Cassazione - 3. Le posizioni dottrinali a favore della sede estera dell'arbitrato societario statutario - 4. (Segue). E la tesi contraria - 5. La posizione della Cassazione: lineamenti dell'arbitrato del futuro - 6. In favore della tesi sposata dalla Cassazione (con qualche precisazione) - 7. Nel nome del principio di equipollenza delle giurisdizioni... - 8. ...ma nel rispetto dei principi fondamentali

1. La fattispecie

Con la pronuncia annotata la Suprema Corte affronta, per la prima volta, la questione della validità della clausola compromissoria, inserita all'interno dello statuto societario, che individui all'estero la sede dell'arbitrato. E nonostante sia stato, sinora, trattato da pochi anche in dottrina¹, il tema - come si vedrà - è di particolare rilevanza quanto alle potenziali conseguenze (soprattutto su larga scala) derivanti dall'eventuale declaratoria di nullità di tale clausola².

Il caso origina dall'istanza di nomina di arbitri depositata avanti la Corte internazionale di arbitrato da una società italiana sulla scorta della clausola compromissoria contenuta nel proprio statuto. La società domanda, nel merito, l'accertamento della responsabilità dell'ex amministratore delegato derivante dalla sottoscrizione di due accordi c.d. "paracadute" (che avrebbero garantito a due dirigenti, in caso di cessazione anticipata del rapporto di lavoro, la corresponsione di indennità e benefici economici aggiuntivi estranei alla politica aziendale) e ne chiede, per l'effetto, la condanna al risarcimento dei danni. Il convenuto si difende, nel procedimento arbitrale così radicato, eccependo, *inter alia*, la nullità della clausola compromissoria contenuta nello statuto sociale (nullità che avrebbe comportato la carenza di giurisdizione - in favore del giudice italiano - in capo al collegio arbitrale).

Costitutosi (con sede in Svizzera) il tribunale arbitrale ed emanato l'atto di missione, viene dapprima pronunciato lodo non definitivo con il quale si afferma la *potestas iudicandi* degli arbitri; successivamente, il lodo finale accerta la responsabilità dell'ex amministratore, pur respingendo la domanda di condanna svolta nei confronti del convenuto.

Contro il decreto presidenziale con cui era stato dichiarato efficace tale lodo viene promossa opposizione ex art. 840 c.p.c. avanti la Corte d'appello, la cui sentenza (di rigetto) viene poi ulteriormente fatta oggetto di ricorso in Cassazione da parte dell'ex amministratore della

¹ Sono pochi - ne risultano solo tre - i contributi che, prima del caso di specie, hanno affrontato il tema qui d'interesse: trattasi, in ordine di tempo, di A. GIARDINA, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina dell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 233 ss. e dei coevi studi di L. SALVANESCHI, *La costituzione dell'organo arbitrale e il procedimento nell'arbitrato societario italiano*, in *Riv. arb.*, 2017, p. 245 ss. e M.V. BENEDETTELLI, *Sull'arbitrato societario "internazionale"*, in *Riv. arb.*, 2017, p. 299 ss. A questi devono aggiungersi i più recenti commenti alla pronuncia App. Genova 9 luglio 2020, n. 649 (dalla quale origina il ricorso per cassazione poi sfociato nella pronuncia annotata) di V. BERTOLDI, *Arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria e sede estera*, in *Giur. it.*, 2021, p. 2709 ss. e di S. CASTOLDI, *Validità della clausola compromissoria statutaria ex art. 34 D.Lgs. n. 5/2003 con sede arbitrale estera: la prima pronuncia (in senso favorevole) della giurisprudenza*, in *Riv. comm. int.*, 2021, p. 433 ss.

² È la stessa Suprema Corte (§ 4) ad evidenziarlo: "L'assenza di specifici precedenti di legittimità già interessatisi di questa problematica non deve certamente ingannare quanto alla sua rilevanza pratica (...). Invero, come opportunamente sottolineato da attenta dottrina, non è per nulla infrequente che, in un mercato sempre più globalizzato ed interconnesso, emergano ragioni di opportunità per l'adozione di clausole compromissorie statutarie che fissino la sede arbitrale in uno Stato terzo rispetto alla sede della società".

società sullo specifico punto della validità della sopra menzionata clausola compromissoria statutaria.

2. Le tesi delle parti nel giudizio di legittimità e l'arresto della Cassazione

Le tesi che si contrappongono nel giudizio di legittimità sono le seguenti: da un lato, il ricorrente addebita alla corte territoriale di aver respinto l'opposizione al riconoscimento del lodo benché lo stesso originasse da una convenzione invalida perché, fissando la sede dell'arbitrato all'estero, avrebbe precluso l'applicabilità della disciplina italiana, inderogabile, dell'arbitrato societario di cui al d.lgs. 5/2003 (oggi sostanzialmente trasposta negli artt. 838-*bis* ss. c.p.c.³), con conseguente nullità della clausola compromissoria e diniego di riconoscimento del lodo; secondo la società contro-ricorrente, invece, la sentenza impugnata avrebbe correttamente giudicato la validità della clausola compromissoria in base alle norme di diritto sostanziale alla medesima applicabili e non, invece, a quelle processuali, posto che la *lex arbitri* rimarrebbe quella del paese ove ha luogo il giudizio.

Nonostante il ricorso venga, infine, rigettato, la Cassazione riconosce la particolare rilevanza della questione posta al suo vaglio ed enuncia il principio di diritto secondo cui può essere riconosciuto nell'ordinamento interno un lodo rituale straniero pronunciato in forza di una clausola compromissoria statutaria che localizzi all'estero la sede dell'arbitrato, qualora, però - precisa la Corte di legittimità -, l'organo arbitrale sia nominato da un soggetto terzo estraneo alla società (e, dunque, la diversa *lex arbitri* scelta convenzionalmente dalle parti sia rispettosa della Convenzione di New York).

La decisione si fa apprezzare quanto all'approccio metodologico utilizzato - un *fil rouge* che lega le premesse del ragionamento alle conclusioni cui perviene -, attento non solo a trovare un punto di equilibrio tra i diversi valori in gioco, ma anche a rispettare la *ratio* delle norme di riferimento nella sempre accesa consapevolezza che ogni istituto deve essere calato nell'attualità del contesto giuridico e sociale entro il quale si innesta. È, del resto, la stessa Corte di legittimità a riferirlo, con un'affermazione dal sapore di una vera e propria dichiarazione d'intenti, al § 5.2. della sentenza qui in esame: "Fermo quanto precede, il Collegio (...) ritiene di dover privilegiare, in questa sede, una soluzione che, non soltanto (come è ovvio), si riveli compatibile con la normativa tutta in precedenza richiamata, ma risulti tale, nello stesso tempo, da non ostacolare eccessivamente il ricorso allo strumento dell'arbitrato societario statutario". L'istituto viene indagato a fondo nelle pagine della decisione annotata - con un'ampia parentesi ricognitiva tipica delle "sentenze-trattato" - non solo nella sua fase genetica, ma anche nelle declinazioni attuali e future di tale fenomeno.

³ Sulla disciplina a seguito della riforma v. L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 738 ss.

3. Le posizioni dottrinali a favore della sede estera dell'arbitrato societario statutario

In favore della possibilità di individuare, validamente, all'estero la sede dell'arbitrato societario che origini da clausola compromissoria statutaria si sono schierate, in dottrina, tre tesi, che, "pur nelle loro diverse sfumature, appaiono accomunate, per così dire, da un condivisibile afflato internazionalistico e dalla preoccupazione che lo strumento arbitrale non resti confinato, proprio in materia societaria, alla sola dimensione domestica"⁴.

La prima opinione, risalente all'indomani del d.lgs. 5/2003, si era espressa nel senso di ritenere applicabile l'allora nuova disciplina solo al ricorrere, congiuntamente, di due condizioni, ossia solo allorquando la società avesse la sua sede legale in Italia e - insieme - l'arbitrato avesse sede in Italia; tale disciplina non avrebbe invece trovato applicazione se (anche solo) una di queste condizioni non si fosse verificata⁵.

Alla base di tale soluzione era stato considerato dirimente il fatto che le norme in tema di arbitrato societario "presuppongono tutte che la società abbia la sede legale in Italia e sono «inderogabili» solo a condizione che questo presupposto sussista; esse non hanno alcuna vocazione a governare in Italia società straniere. Le norme appaiono dunque essere di «ordine pubblico interno» e quindi inderogabili per le società italiane, ma non di «ordine pubblico internazionale» e quindi non applicabili rispetto a società straniere sottoposte ad una *lex societatis* straniera"⁶.

Così, in presenza di una società con sede legale in Italia, ma con sede dell'arbitrato pattuita all'estero, la normativa italiana speciale in tema di arbitrato societario non avrebbe trovato applicazione; da ciò si facevano derivare anche altre due conseguenze, ossia che la clausola statutaria poteva validamente individuare all'estero la sede dell'arbitrato societario e che, ove ciò fosse accaduto, si sarebbe potuto disapplicare persino il meccanismo di designazione degli arbitri, di cui al vecchio art. 34, comma 2, del decreto societario.

Anche la seconda e più recente opinione, seppur con differenti ordini di argomentazioni, ha ritenuto che le parti nella convenzione statutaria, oppure in un atto successivo, possano fissare la sede dell'arbitrato all'estero⁷: in tale direzione si è argomentato che nessun divieto era previsto in proposito dal d.lgs. 5/2003 e che, al contrario, la possibilità di deroga della giurisdizione italiana in favore di un arbitrato estero è assicurata dall'art. 4, comma 2, l. 218/1995, che sancisce che la giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero se la deroga è provata per iscritto e la

⁴ Lo rileva (anche) la Corte al § 4.2 della sentenza.

⁵ Ci si riferisce alla tesi di A. GIARDINA, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina dell'arbitrato societario*, cit., p. 233 ss.

⁶ A. GIARDINA, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina dell'arbitrato societario*, cit., p. 240.

⁷ Trattasi della tesi di L. SALVANESCHI, *La costituzione dell'organo arbitrale e il procedimento nell'arbitrato societario italiano*, cit., p. 245 ss.; a tali conclusioni arriverà, in seguito, anche S. CASTOLDI, *Validità della clausola compromissoria statutaria ex art. 34 D.lgs. n. 5/2003 con sede arbitrale estera: la prima pronuncia (in senso favorevole) della giurisprudenza*, cit., p. 433 ss.

causa verte su diritti disponibili⁸. In quest'ottica, anche le norme qualificate come inderogabili⁹ sarebbero tali unicamente per l'arbitrato nazionale ed invece destinate a cedere il passo laddove la sede dell'arbitrato sia posta all'estero (ove, dunque, il procedimento sia collegato alla *lex arbitri* di un diverso ordinamento)¹⁰. In altri termini, le regole dettate in tema di arbitrato societario sono inderogabili quando l'arbitrato ha sede in Italia, ma risultano disapplicate in caso di scelta di una sede estera; e la ragione di ciò risiederebbe nel fatto che il legislatore ha dettato una disciplina cosparsa di inderogabilità soltanto per l'arbitrato domestico, senza nulla disporre circa l'arbitrato estero e senza vietare la possibilità che le parti possano localizzare all'estero la sede dell'arbitrato¹¹.

Piuttosto, l'unico limite all'esercizio della facoltà *de qua* sarebbe stato da rintracciarsi nella necessaria osservanza, anche in caso di arbitrato estero, della regola (prevista dall'allora art. 34, comma 2, d.lgs. 5/2003 ed ora trasposta nell'art. 838-bis, comma 2, c.p.c.) secondo cui la clausola compromissoria statutaria deve conferire "in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società"¹². Ma su quest'ultimo punto torneremo più avanti.

La terza tesi¹³ si presenta più moderata nel tentativo di conciliare la necessaria osservanza delle diverse regole che connotano il modello arbitrale statutario con la generale facoltà delle parti di scegliere un arbitrato estero¹⁴ e, in tal modo, di determinare l'applicabilità di una *lex arbitri* straniera¹⁵.

L'esigenza di coerenzare questi diversi elementi, a partire dal tenore imperativo delle norme che regolano l'arbitrato societario italiano, si fonda sulla preoccupazione che un procedimento arbitrale estero possa effettivamente condurre ad una decisione utile ed eseguibile nello Stato in cui le parti hanno interesse a che il lodo abbia esecuzione, senza correre il rischio che al *dictum* venga negato il riconoscimento¹⁶.

In questa direzione, si è detto che il contemperamento tra le istanze di cui sopra appare possibile allorché le disposizioni processuali straniere destinate ad applicarsi al procedimento siano compatibili con le previsioni che regolano l'arbitrato societario statutario, di talché

⁸ L. SALVANESCHI, *La costituzione dell'organo arbitrale e il procedimento nell'arbitrato societario italiano*, cit., p. 247-248.

⁹ E ciò al pari di quanto si verifica per la disciplina dell'arbitrato di diritto comune.

¹⁰ In tal senso si è addotto, ad esempio, che "anche l'art. 829 cod. proc. civ., come l'art. 35 d.lgs. n. 5/2003, è norma inderogabile di diritto interno con cui ogni lodo nazionale rituale *ad hoc* si deve confrontare, eppure, quando la sede dell'arbitrato viene posta all'estero, nessuno dubita che questa norma ceda il passo al sistema di impugnazione dell'ordinamento cui le parti o gli arbitri hanno collegato l'arbitrato ponendo altrove la sua sede": così L. SALVANESCHI, *La costituzione dell'organo arbitrale e il procedimento nell'arbitrato societario italiano*, cit., p. 248.

¹¹ L. SALVANESCHI, *La costituzione dell'organo arbitrale e il procedimento nell'arbitrato societario italiano*, cit., p. 247-248.

¹² L. SALVANESCHI, *La costituzione dell'organo arbitrale e il procedimento nell'arbitrato societario italiano*, cit., p. 249.

¹³ La cui paternità è da ricondurre a M.V. BENEDETTELLI, *Sull'arbitrato societario "internazionale"*, cit., p. 299 ss.

¹⁴ Prerogativa riconosciuta sia dall'art. 4, l. 218/1995 sia dall'art. II della Convenzione di New York.

¹⁵ M.V. BENEDETTELLI, *Sull'arbitrato societario "internazionale"*, cit., p. 319.

¹⁶ M.V. BENEDETTELLI, *Sull'arbitrato societario "internazionale"*, cit., p. 319 ss.

queste possano comunque dirsi osservate. Tale verifica di compatibilità richiederebbe di accettare che si ragioni in termini di equipollenza fra regole di ordinamenti diversi (e non, invece, in termini di perfetta coincidenza tra questi) e, in secondo luogo, di accedere all'idea che l'inderogabilità della disciplina in esame non riguardi anche la giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana né implichi l'applicazione necessaria delle norme processuali italiane. Passando per strade diverse, la soluzione è comunque, anche in questo caso, quella ammissiva della clausola statutaria che preveda la sede estera dell'arbitrato.

4. (Segue). E la tesi contraria

In senso contrario si è invece espressa, più recentemente, parte della dottrina¹⁷, la quale ha valorizzato, nel senso dell'impossibilità di porre la sede all'estero, prima di tutto, il fatto che la presenza della sede dell'arbitrato in Italia e l'applicazione ad esso della disciplina processuale interna sarebbero dati immanenti a tutto il sistema normativo alla base dell'arbitrato societario che nasca per effetto della clausola compromissoria statutaria¹⁸. E, davanti a ciò, anche l'argomentazione per cui, in mancanza di un'espressa previsione normativa in senso ostativo¹⁹, deve ritenersi lecita l'apposizione della sede all'estero, non viene ritenuta sufficiente a concedere che le parti siano totalmente libere al riguardo²⁰.

Piuttosto, si è valorizzato che l'arbitrato fondato sulla clausola di un atto costitutivo o di uno statuto di una società è costruito come un modello speciale, sorretto da regole di tipo imperativo e che si pone come esclusivo entro il suo ambito di applicazione. Sarebbero dunque le scelte del regime di specificità a fare cogliere la precisa *voluntas legis* che l'arbitrato societario da clausola statutaria debba sempre ed uniformemente essere assoggettato alle norme speciali imperative, senza che l'eventuale suo carattere internazionale possa giustificare deroghe. Sono fattori - quelli appena descritti - che indurrebbero a pensare che

¹⁷ E ciò poco dopo la pubblicazione della sentenza della Corte d'appello di Genova (9 luglio 2020, n. 649), con nota critica di V. BERTOLDI, *Arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria e sede estera*, cit., p. 2711 ss., dalla quale ha tratto origine il ricorso per Cassazione esitato nella decisione qui annotata.

¹⁸ Viene addotto, a supporto, che nell'art. 35 d.lgs. 5/2003, "la regola sull'ammissibilità degli interventi viene espressa con il richiamo agli artt. 105-107 c.p.c., con conseguente proroga del termine per la pronuncia del lodo, a norma dell'art. 820, 2° comma, c.p.c.; il riconoscimento in capo agli arbitri del potere di cognizione incidentale sulle questioni non compromettibili viene previsto stabilendo che all'arbitrato societario da clausola statutaria "non si applica l'art. 819, primo comma, del codice di procedura civile"; il lodo (rituale) viene definito impugnabile a norma degli art. 829, 1° comma, e art. 831 c.p.c.; il raccordo con la tutela cautelare dinanzi al giudice statale e l'accesso ad essa, anche in caso di arbitrato non rituale, vengono assicurati tramite il riferimento all'art. 669-quinquies c.p.c." e che "Analogamente, nell'art. 36, la inderogabile garanzia della sindacabilità del lodo rituale per errori di diritto (quando gli arbitri per decidere abbiano conosciuto di questioni non compromettibili ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari) viene prevista mediante il richiamo all'art. 829, 2° comma (oggi 3° comma), c.p.c.": così V. BERTOLDI, *Arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria e sede estera*, cit., p. 2719.

¹⁹ Addotta, come detto in precedenza, da L. SALVANESCHI, *La costituzione dell'organo arbitrale e il procedimento nell'arbitrato societario italiano*, cit., p. 247-248.

²⁰ V. BERTOLDI, *Arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria e sede estera*, cit., p. 2719.

l'assetto complessivo della normativa dell'arbitrato societario statutario sia caratterizzata (ora come allora) per limitare notevolmente l'autonomia delle parti e per imporre un'apposita disciplina relativamente alla nomina degli arbitri, ad alcuni profili del procedimento, all'efficacia e al regime del lodo.

In quest'ottica, tutte le norme della disciplina "concorrono, quindi, inscindibilmente a strutturare l'arbitrato societario come strumento esclusivo e, a causa del loro tenore inderogabile nonché per le esigenze cui esse rispondono, sono tali da impedire che i compromittenti, quando la convenzione sia inserita nell'atto costitutivo o nello statuto societario ed assurga perciò a regola del gruppo, possano scegliere - in difetto di una previsione autorizzatoria di legge - un arbitrato che si collochi, in tutto o in parte, fuori dal loro solco"²¹. Ergo, questa conclusione, oggi pacifica entro l'orizzonte domestico, ove si esclude che con la clausola statutaria le parti possano optare per un arbitrato svincolato dall'osservanza delle norme speciali e disciplinato unicamente alla stregua degli artt. 806 e ss. c.p.c., dovrebbe valere altresì con riferimento all'arbitrato estero.

Questa tesi, che in definitiva propende per una lettura dell'inderogabilità della disciplina speciale rigida a tal punto da non consentire alle parti di prevedere al di fuori dei confini nazionali la sede dell'arbitrato, critica anche la tesi moderata, che per ultima si è ricordata nel paragrafo che precede, che aveva ipotizzato un confronto caso per caso tra la *lex arbitri* e le norme speciali, al fine di vagliare l'eventuale compatibilità ed applicabilità della prima in sostituzione del o in aggiunta al secondo gruppo di norme. Si tenta infine di superare la possibile obiezione relativa al confinamento del fenomeno arbitrale entro i confini domestici rilevando che la normativa in esame si riferisce unicamente all'arbitrato estero fondato su clausola statutaria e che nulla invece impedisce alle parti di localizzare all'estero la sede dell'arbitrato o di esprimere il collegamento con un ordinamento diverso da quello italiano, laddove l'arbitrato tragga origine da un compromesso o da altra convenzione arbitrale non statutaria²².

²¹ V. BERTOLDI, *Arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria e sede estera*, cit., p. 2721.

²² V. BERTOLDI, *Arbitrato societario nascente da clausola compromissoria statutaria e sede estera*, cit., p. 2722. Peraltro, premesso che è indubbiamente configurabile (anche) un arbitrato societario di diritto comune, può essere operato un distinguo tra le due tipologie di atti mediante i quali si estrinseca la scelta arbitrale, e cioè il compromesso e la clausola compromissoria. Quanto al primo, l'arbitrato di cui ai vecchi artt. 34-36 d.lgs. 5/2003 si propone di disciplinare unicamente arbitrati preconizzati *ab origine* anteriormente alla nascita della controversia, aventi cioè origine da clausola compromissoria (così F. DANOVI, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, in *Dir. giur.*, 2004, p. 561 ss.). Conseguentemente, ove la scelta arbitrale venga formalizzata a lite già insorta, attraverso compromesso, saremo di fronte ad un arbitrato societario di diritto comune (la tesi è pacifica tra gli interpreti: v., ad es., F.P. LUIO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 706; F. DANOVI, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, cit., p. 561 ss.). Circa invece la clausola compromissoria, è necessario, di nuovo, operare una distinzione tra clausole compromissorie inserite nello statuto o nell'atto costitutivo della società e clausole compromissorie contenute in altri atti (riguardanti i soci, i soci e la società, i soci e la società e le persone che ne costituiscono gli organi). In ordine a queste ultime, i commentatori si trovano sostanzialmente concordi: l'arbitrato ex artt. 34-36 d.lgs. n. 5/2003 nasce dalla clausola compromissoria che è contenuta nello statuto o nell'atto

5. La posizione della Cassazione: lineamenti dell'arbitrato del futuro

Dopo aver passato in rassegna le diverse opinioni della dottrina, la Cassazione presta adesione alla tesi più estensiva in ordine alla possibilità di individuare all'estero la sede dell'arbitrato e spiega subito che tale scelta di campo deriva principalmente - lo si è detto all'inizio - dalla volontà di non pregiudicare il ricorso allo strumento dell'arbitrato societario statutario quale mezzo di risoluzione delle controversie alternativo a quello *strictu sensu* giurisdizionale. Viene anzi valorizzata la scelta di avvalersi di tale strumento nella prospettiva dei peculiari e molteplici interessi rintracciabili nelle operazioni societarie domestiche o internazionali, in un contesto giuridico "chiaramente volto a favorire la circolazione dei provvedimenti in tutte le materie, né potendosi negare rilievo, *sic et simpliciter*, a legittime ragioni di opportunità processuale, ossia di *forum shopping*, che inducano a sottoporre le controversie societarie di una determinata società alla legge processuale di un Paese diverso rispetto a quello di incorporazione"²³.

Su quest'ultimo punto, la Corte osserva che l'aver voluto agevolare gli arbitrati domestici attraverso l'introduzione di normative ritenute più funzionali al contesto societario non può essere inteso come volontà del legislatore di restringere all'interno dei confini nazionali l'arbitrato promosso da o contro società italiane (non si spiegherebbe, diversamente opinando, il perché "il principio di tendenziale fungibilità delle giurisdizioni che muove gli ordinamenti moderni dovrebbe cedere il passo al gusto, per il vero un po' retrogrado, di agire solo entro confini domestici"²⁴). Secondo tale prospettiva, è proprio lo scopo di favorire l'arbitrato in materia societaria, alla base delle già richiamate norme sul tema, che porta ad escludere che il relativo connotato di specialità possa essere letto a guisa di una limitazione spaziale dello stesso strumento.

A livello ermeneutico, tale opinione viene rafforzata dal tenore delle più recenti novelle, che hanno sostanzialmente trasposto la disciplina prima contenuta nel decreto societario

costitutivo della società; la clausola che, per contro, è contenuta altrove origina un arbitrato (societario) di diritto comune, regolato dalle ordinarie norme codicistiche (v., per tutti, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, commento *sub* art. 34 d.lgs. 5/2003, in *Arbitrato societario*, a cura di F. CARPI, Bologna, 2004, p. 3; F.P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., p. 705-706). Quanto invece alle clausole compromissorie inserite nello statuto o nell'atto costitutivo, le opinioni emerse tra gli interpreti non sono convergenti. A parere di alcuni, sussisterebbe, in seguito alla riforma di cui al d.lgs. 5/2003, un "doppio binario", potendo la compagine sociale scegliere di adottare, quale strumento di risoluzione delle controversie che sorgono al suo interno, o l'arbitrato regolato dagli artt. 34-36 di tale decreto, ovvero, in alternativa, l'arbitrato di diritto comune. Altri, invece, propendono per l'esclusività dell'arbitrato ex artt. 34-36 d.lgs. n. 5/2003: ove la società intenda ricorrere alla giustizia privata attraverso clausola compromissoria statutaria, deve farlo adottando siffatta tipologia arbitrale (per riferimenti dottrinali in merito alla contrapposizione di queste tesi v. la successiva nota 30; per uno studio sistematico dell'ambito di applicazione delle norme in parola v. diffusamente A. VILLA, *Arbitrato rituale e sospensione delle decisioni sociali*, Milano 2007, p. 30 ss.).

²³ Così la sentenza al § 5.2.

²⁴ La frase, fatta propria dalla Corte, è di L. SALVANESCHI, *La costituzione dell'organo arbitrale e il procedimento nell'arbitrato societario italiano*, cit., p. 249.

all'interno del codice di rito (il riferimento è, come detto, agli artt. 838-*bis* ss. c.p.c.), nelle quali può scorgersi un'analoga finalità²⁵, a dimostrazione del fatto che, ormai da tempo, il legislatore ha voluto plasmare la disciplina interna dell'arbitrato anche tramite il suo accostamento all'esperienza di ordinamenti stranieri, sul presupposto che ciò possa contribuire alla modernizzazione del sistema giuridico interno nel contesto internazionale. Anzi, l'avere inserito le poche norme del decreto societario nel codice di rito aiuterà - nell'auspicio della Corte - a riempire di contenuto le disposizioni sull'arbitrato societario per le parti in cui sono silenti: col favore di una collocazione sistematica ed unitaria, le lacune potranno essere integrate, salva la riserva di compatibilità con la disciplina speciale, dalle norme generali che disciplinano l'arbitrato, che hanno creato un nuovo modello di arbitrato speciale all'interno del quale non vi è alcuna compressione della normale libertà degli operatori nazionali di collegare l'arbitrato con un diverso ordinamento giuridico e di dirigersi dunque verso un arbitrato estero.

Poste queste considerazioni di fondo, la Corte si sofferma su quale sia la legge sulla cui scorta sindacare la validità della clausola compromissoria, richiamando sul punto la nota pronuncia a sezioni unite n. 24153/2013²⁶ e il principio, da questa enunciato, secondo cui "ai fini dell'accertamento della validità ed efficacia della clausola compromissoria che deroga la giurisdizione in favore di arbitri stranieri, occorre anzitutto stabilire quali siano le norme che il giudice debba applicare per tale esame". E sul punto conclude che la legge applicabile per risolvere le controversie intra-societarie di una società italiana non possa che essere quella italiana, posto che la l. 218/1995, sul presupposto dell'inscindibilità del legame intercorrente tra la società e l'ordinamento nel quale essa si origina²⁷, individua la legge applicabile a tale materia in quella dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione (cd. criterio di incorporazione) e, in via complementare, quella italiana se la sede

²⁵ In proposito, il riferimento è alla Relazione che ha accompagnato le proposte avanzate a tale riguardo dalla cd. Commissione Luiso, ove si manifesta l'obiettivo di valorizzare l'istituto arbitrale e di potenziare le sue specifiche prerogative, anche al fine di "rinsaldare la fiducia" dei suoi "potenziali fruitori", di "allineare la disciplina italiana ... a quanto previsto negli ordinamenti europei" e di rendere il ricorso all'arbitrato "maggiormente attrattivo ... anche per soggetti e investitori stranieri". E nello stesso senso viene adottata anche la successiva Relazione dell'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, allorquando fa propria la "finalità di inquadrare sistematicamente e valorizzare l'istituto dell'arbitrato", soprattutto a vantaggio delle imprese in ambito commerciale ed internazionale.

²⁶ Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153.

²⁷ Così si legge al § 5.4 della sentenza: "A differenza della legge regolatrice dei contratti, in relazione alla quale i contraenti hanno la facoltà di scegliere l'applicabilità di una legge nazionale anche priva di alcun collegamento con la nazionalità delle parti o con le prestazioni oggetto del contratto stesso, ai soci di una società italiana non è consentito derogare pattiziamente alla *lex societatis* individuata secondo i principi di diritto internazionale privato applicabili (...). Infatti, a differenza dei contratti "ordinari", creazione dell'autonomia contrattuale delle parti e, dunque, dell'incontro delle loro volontà (riconosciuto e garantito in Italia dall'art. 1322 cod. civ.), le società sono "creazioni" di un determinato ordinamento giuridico e, come tali, in tanto esistono in quanto l'autorità pubblica di un determinato stato conferisce loro personalità giuridica".

dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti" (cd. criterio della "sede reale" dell'ente).

Esitata tale indagine, la Corte opera una scelta di campo rispetto a quali siano le norme della clausola compromissoria da sottoporre a sindacato²⁸ (nei termini di cui sopra), ed in tal senso ritiene che il vaglio giudiziale relativo alla validità delle stesse può porsi sulle sole norme di natura sostanziale; per converso, le norme di natura processuale di cui agli "articoli 35 e 36 del medesimo d.lgs.²⁹, lungi dal prescrivere regole di validità della clausola compromissoria statutaria, dettano una disciplina di natura processuale la cui natura imperativa è indubbia per l'arbitrato societario che abbia sede in Italia", ma che "Proprio per questo ed in ragione della loro natura, si tratta di regole che disciplinano il solo arbitrato domestico e che, pertanto, non possono trovare applicazione quando la sede dell'arbitrato sia all'estero, con collegamento del giudizio a una diversa *lex arbitri*".

La conclusione è, quindi, che le disposizioni speciali contenute nel vecchio decreto societario che abbiano natura processuale possono essere derogate attraverso la scelta di una *lex arbitri* diversa, purché rispettosa di quei canoni fondamentali, recepiti, in particolare, dalla Convenzione di New York che, a livello sovranazionale, disciplinano il riconoscimento dei lodi arbitrali.

6. In favore della tesi sposata dalla Cassazione (con qualche precisazione)

Agli approdi della Cassazione mi pare si possa prestare adesione, e ciò in particolare per il messaggio che si ricava dai riferimenti alle prospettive future del fenomeno arbitrale, sempre meno confinate nell'ordinamento interno ed anzi connotate da molteplici elementi transfrontalieri. In questo senso viene condivisibilmente addotto il principio di fungibilità tra giurisdizioni, sulla scorta del quale è generalmente da vedersi come equipollente l'esercizio della giurisdizione da parte di altro Stato, anche laddove la regola di diritto applicata al caso concreto non sia la medesima prevista dall'ordinamento interno.

Una volta condivisi i rilievi ultimi espressi nella sentenza annotata, alle argomentazioni utilizzate dalla Corte se ne potrebbe forse aggiungere un'altra, che trae origine dall'ambito di applicazione delle norme in tema di arbitrato societario.

Nell'affacciarmi all'indagine mi è infatti parso che una delle fonti da cui origina il problema qui affrontato sia quella relativa alle peculiarità che denotano l'arbitrato societario speciale,

²⁸ Su questo profilo si erano contrapposte le tesi dei contendenti: il ricorrente sosteneva che tutte le disposizioni contenute negli artt. 34-36 d.lgs. 5/2003 avessero rilievo sostanziale e fossero dunque tutte di applicazione necessaria (ed inderogabili) perché disciplinanti il contenuto necessario della clausola compromissoria statutaria di una società con sede in Italia; contrariamente, il contro-ricorrente, invece, riteneva che la validità di una convenzione di arbitrato si misurasse sulle sole norme sostanziali, essendo la rilevanza della disciplina processuale italiana esclusa a fronte di una convenzione per arbitrato estero (in tal senso viene richiamata e ripresa la già citata Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153).

²⁹ Applicabili, come detto, *ratione temporis* al caso di specie ed oggi sostanzialmente trasposti, quasi *tel quel*, negli attuali artt. 838-ter e 838-quater c.p.c.

quando questo sia posto in raffronto all'arbitrato societario di diritto comune, e ciò in quanto è da qui che si sviluppa la problematica relativa al rapporto tra i due gruppi di disposizioni. Tra le varie questioni v'è senza dubbio quella se le norme dettate per l'arbitrato societario che nasca da clausola compromissoria contenuta nello statuto siano o meno inderogabili (da qui si tratterà poi di capire quali siano le norme applicabili nel caso di silenzio normativo).

All'interrogativo si proverà a dare risposta ora, preannunciando che il tenore delle conclusioni che si trarranno, sostanzialmente di segno positivo allorquando la sede dell'arbitrato sia confinata internamente, obbligherà a porsi l'ulteriore questione circa l'effettiva perduranza di taluni connotati imprescindibili anche allorquando la sede dell'arbitrato sia all'estero.

Nonostante sia stato prevalentemente sostenuto che l'unico modello di arbitrato societario sia quello disciplinato dalle norme speciali, allora introdotte con il d.lgs. 5/2003, così che non sia ammissibile l'inserimento, nello statuto, di clausole compromissorie che facciano riferimento - in deroga alla *lex specialis* - alle norme dettate per l'arbitrato comune, ciò non significa che debba essere escluso, a priori, l'applicabilità di norme di diritto comune ove una determinata fattispecie non sia disciplinata. Ciò mi pare facilmente giustificabile se solo si ammette che escludere l'ammissibilità di clausole compromissorie plasmate nel solco delle norme di diritto comune è cosa ben diversa dall'ammettere che la disciplina speciale (e alla quale si vorrebbe tutte le clausole compromissorie statutarie fossero improntate) sia autosufficiente e mai bisognosa di essere integrata in via ermeneutica. La domanda da porsi è, piuttosto, *quid iuris* per il caso di silenzio della *lex specialis*.

È - questo - un diverso modo di inquadrare il problema, che sposta il ragionamento dalla prospettiva dell'unicità del modello arbitrale³⁰ (o, per chi ha sostenuto tesi differenti, del c.d. "doppio binario") a quella della ricerca delle norme applicabili nel caso di lacuna normativa, sul presupposto che la disciplina speciale non può - proprio perché tale - enumerare e disciplinare la moltitudine di fattispecie e che anzi è sovente tecnica legislativa quella di

³⁰ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, commento *sub* art. 34 d.lgs. 5/2003, cit., p. 8-9; EAD., *Modelli arbitrali e controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 516 ss.; F. DANOVÌ, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, cit., p. 561 ss.; L. SALVANESCHI, *Nullità delle clausole compromissorie statutarie contrastanti con l'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 765 ss.; EAD., *Clausole compromissorie statutarie di diritto comune: una specie che stenta a raggiungere la dovuta estinzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 548 ss.; F.P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, cit., p. 705-706; A. VILLA, *Arbitrato rituale e sospensione delle decisioni sociali*, cit., p. 29 ss.; M. BOVE, *L'arbitrato societario tra disciplina speciale e (nuova) disciplina di diritto comune*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 931 ss.; S. BOCCAGNA, S. IZZO, commento *sub* art. 34 d.lgs. 5/2003, in AA.VV., *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, 2ª ed., Padova, 2017, p. 480 ss.; F. CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1286 ss.; N. SOLDATI, *Arbitrato societario e nullità della clausola arbitrale binaria*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 175 ss.; *contra* invece F. AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17.1.2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-)orientamenti del notariato*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 4; G. VERDE, *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2005, p. 111; S.A. CERRATO, *Arbitrato societario e doppio binario: una svolta?*, in *Giur. it.*, 2007, p. 906 ss.; P.L. NELA, *Cenni sull'ambito di applicazione del nuovo arbitrato endosocietario*, in *Giur. it.*, 2005, p. 117 ss.; G. ARIETA, F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, p. 606; A. ZOPPINI, *I «diritti disponibili relativi al rapporto sociale» nel nuovo arbitrato societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1173.

normare norme speciali relative solamente alle fattispecie che derogano alla disciplina generale.

Per quest'ultimo caso il riferimento integrativo è quello delle norme che disciplinano l'arbitrato comune di cui agli artt. 806 ss. c.p.c.³¹ e prova in tal senso è rappresentata dal fatto che in più punti la *lex specialis* si preoccupa di escludere l'applicazione delle norme generali³², il che non si spiegherebbe se non intercorresse tale rapporto di sussidiarietà e se, quindi, nel silenzio, non soccorressero proprio le disposizioni generali. Si può dunque ritenere che, con l'introduzione della disciplina speciale, il legislatore abbia inteso fare in modo che, in caso di arbitrato da clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo o nello statuto sociale, rilevi la disciplina speciale con prevalenza su quella generale³³ (e ciò con la precisazione che, mentre prima il raffronto era tra la disciplina del decreto societario e quella del codice di rito, ora occorre rapportare due discipline, l'una *lex specialis* e l'altra *lex generalis*, entrambe contenute nel medesimo corpo normativo).

Dal fatto che le norme speciali in tema di arbitrato societario non contengano disposizioni contrarie all'individuazione della sede arbitrale estera non è dato inferire alcuna regola che imponga di porre a livello interno la sede dell'arbitrato ed è allora valevole, sia per l'arbitrato societario che per quello di diritto comune, l'art. 4, comma 2, l. 218/1995, secondo cui la giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un arbitro estero se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili³⁴.

La risposta positiva obbliga l'interprete ad avanzare nelle domande, chiedendosi se la scelta della sede estera possa avvenire senza alcun limite.

Mi pare che qui la risposta debba essere invece negativa, in linea con le conclusioni della Corte di legittimità e dunque con l'inderogabilità della nomina degli arbitri da soggetti estranei alla società, in modo da garantire la loro terzietà ed imparzialità³⁵; questa volta, però, con alcune

³¹ Sul punto A. VILLA, *Arbitrato rituale e sospensione delle decisioni sociali*, cit., p. 21, secondo cui "gli artt. 34-36 non rappresentano un corpus autosufficiente, impermeabile rispetto alle disposizioni codicistiche. Al contrario, tali articoli dettano una serie di regole che, per la compiuta determinazione della disciplina del procedimento *apud arbitros*, necessitano di essere integrate dal plesso normativo di cui agli artt. 806 ss. c.p.c., applicabili in via sussidiaria". Nel medesimo senso anche M. BIANCHINI, *Osservazioni in tema di (in)validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell'arbitrato c.d. «endo-societario»*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 410 ss.

³² E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 522.

³³ A. VILLA, *Arbitrato rituale e sospensione delle decisioni sociali*, cit., p. 21.

³⁴ Torniamo, così, alla tesi di L. SALVANESCHI, *La costituzione dell'organo arbitrale e il procedimento nell'arbitrato societario italiano*, cit., p. 247.

³⁵ Sul tema v., *ex multis*, L. SALVANESCHI, commento *sub* art. 815 c.p.c., in *Arbitrato*, Bologna, 2014, p. 334 ss.; EAD., *Sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 409 ss.; EAD., *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 738 ss.; C. CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 727 ss.; ID., *La ricusazione dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 17 ss.; ID., *Arbitri di parte non neutrali?*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 9 ss.; ID., *Ricusazione ex art. 815 e 51 comma 2 c.p.c. tutt'altro che indiscriminata*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 1461 ss.; F. DANOVI, *Note in tema di imparzialità, ricusazione e «natura» dell'arbitrato*, in *Studi di Diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, p. 1981 ss.; M. TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 481 ss.; A. VILLA, *Ricusazione degli arbitri e sospensione del*

precisazioni. Nonostante, infatti, le norme a garanzia della formazione dell'organo arbitrale siano di applicazione necessaria, è forse limitativo sostenere che tali disposizioni non possano essere superate (neppure qualora si scelga una sede arbitrale estera) solo se ed in quanto si configurino quali norme sostanziali³⁶.

I principi sottesi all'odierno art. 838-*bis*, comma 2, c.p.c. non sono rilevanti solo dal punto di vista della corretta formazione dell'organo arbitrale, ma incorniciano valori fondamentali di rango costituzionale (tra cui, ovviamente, ed *in primis*, l'art. 111 Cost.) e rappresentano le colonne sulle quali si regge l'intero sistema di tutela dei diritti soggettivi, anche nel contesto arbitrale. Ammettere la loro inderogabilità se ed in quanto "mere" norme sostanziali significa in qualche modo sminuirne il loro valore e la loro pregnanza e rimettere la valutazione circa la loro derogabilità o meno alla scelta circa la loro classificazione. Forse, invece, bisognerebbe ritenere che le norme dettate circa le modalità di formazione dell'organo arbitrale e che garantiscono il rispetto del principio di terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante³⁷

procedimento arbitrale, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 302 ss.; L. DITTRICH, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 144 ss.; E. FAZZALARI, *L'etica dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 1 ss.; *Id.*, *Ancora sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 1 ss.; G. VERDE, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 469 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova 2000, p. 345 ss.; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999, p. 62 ss.; C. CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 213 ss.; C. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, *passim*; EAD., *Indipendenza e imparzialità dell'arbitro*, in L. SALVANESCHI, A. GRAZIOSI, *L'arbitrato*, Milano, 2020, p. 189 ss.; EAD., *Brevi note in tema di imparzialità-terzietà dell'arbitro nell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 318 ss.; M. STELLA, *Imparzialità degli arbitri, decadenza e ritorsione nella riforma del c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 231 ss.; G. BERNINI, *L'arbitrato*, Bologna, 1992, p. 284 ss.; E. RICCIARDI, *La scelta degli arbitri e la costituzione del collegio arbitrale: deontologia e prassi*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 793 ss.; M. TARUFFO, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 481 ss.; C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *L'imparzialità dell'arbitro: essere o apparire*, in *Cont. impr.*, 1994, p. 1179 ss.

³⁶ In senso critico G. VERDE, *Il tramonto delle garanzie: l'arbitrato societario con sede estera è valido*, in *Giur. it.*, 2025, p. 1039 ss., il quale, partendo dall'assunto che "anche una disposizione processuale può diventare regola del rapporto intercorrente tra le parti se esse la fanno oggetto di apposita convenzione e si obbligano rispettarla" ritiene che "Il problema, infatti, non riguarda la natura delle disposizioni che, avendo ad oggetto il successivo procedimento, non possono che essere "processuali"; il problema riguarda la loro inderogabilità, che le pone all'"interno" della convenzione stessa, così che la clausola è valida soltanto se il procedimento si svolge nelle forme imposte. Se così è, neppure ha senso chiedersi (e la sentenza ne disquisisce a lungo) se vi siano norme processuali inderogabili e altre non derogabili nella prospettiva di un necessario rispetto dell'ordine pubblico processuale. L'inderogabilità del procedimento, infatti, fa corpo con la clausola e ne scandisce la validità".

³⁷ Senza che nessuna differenza possa essere addotta rispetto alla decisione dell'organo arbitrale, stante la natura "obiettivamente giurisdizionale" del lodo emesso ad esito dell'arbitrato rituale: v. sul punto, in ordine di tempo, gli studi di E.F. RICCI, *L'«efficacia vincolante» del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 810 ss. (spec. p. 817 ss.); *Id.*, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 254 ss.; *Id.*, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 351 ss.; *Id.*, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1238 ss.; *Id.*, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 557 ss.; *Id.*, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla «natura» della convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1293 ss., nonché, sempre nel senso di attribuire al lodo, sin dal momento iniziale, effetti di decisione giudiziaria, G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra*

debbano essere rispettate sempre e comunque. La sanzione sarebbe, nel caso di tale inosservanza, l'impossibilità di riconoscere il lodo nell'ordinamento italiano.

Così inquadrato, il problema assume connotati diversi: nel caso di sede estera dell'arbitrato possono essere derogate le norme relative all'arbitrato societario speciale, ad esclusione della disposizione contenuta nell'art. 838-*bis*, comma 2, c.p.c., non solo e non tanto perché è ammissibile, anche in questa particolare ipotesi, la scelta di una *lex arbitri* straniera, ma (e forse soprattutto) in quanto quest'ultima previsione rappresenta un baluardo di garanzie irrinunciabili qualora il lodo dovesse un domani far ingresso, mediante il riconoscimento, nel nostro ordinamento.

7. Nel nome del principio di equipollenza delle giurisdizioni...

Nella pronuncia annotata - la prima, sul punto, della Corte di legittimità - si scorge, chiaramente, non solo la funzione di guida della Cassazione verso decisioni future su fattispecie analoghe, ma anche un profondo apparato ricostruttivo-motivatorio che vuole, in qualche modo, tracciare la strada (e i principi) dell'arbitrato (societario ma non solo) del futuro. Nel solco di questa decisione, l'arbitrato viene ancorato sempre meno ai confini nazionali, e ciò soprattutto quando esso riguardi compagini societarie, per loro natura sovente caratterizzati da connotati transfrontalieri. In questo senso, limitare la scelta convenzionale di porre (già a monte, nella redazione dello statuto) la sede arbitrale all'estero, confinandola entro le mura domestiche, si pone in controtendenza non solo con il progredire del fenomeno societario ma anche di quello arbitrale.

Una volta scorsi gli argomenti sopra esposti, per tenere ferma la sede dell'arbitrato internamente non rimarrebbe altro motivo che quello della preoccupazione verso decisioni difformi da quelle maturate nel rispetto della *lex arbitri* italiana. Credo però che tale preoccupazione possa essere superata se solo si ammette che una decisione emessa secondo una *lex arbitri* estera non è necessariamente ed a priori una decisione *contra ius*, anche allorquando non sia aderente alle norme interne e persino anche laddove la decisione non ricalchi norme interne inderogabili.

Dalla decisione riecheggia l'invito della Corte, nel nome del principio di equipollenza delle giurisdizioni, ad ammettere che una medesima fattispecie possa essere decisa in modo diverso da giurisdizioni diverse, entrambe di pari dignità. E davanti alla replica per cui talune norme sono inderogabili, si potrebbe rispondere che la qualificazione di una norma come inderogabile da parte della legge italiana significa "solo" che essa dovrà essere applicata quale regola decisoria della fattispecie concreta quando la lite sia decisa internamente e non, invece,

lodi e sentenze, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 631 ss.; L. MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua omologazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 822 ss.

che tale regola sia di ordine pubblico o posta a tutela di principi fondamentali dell'ordinamento.

8. ...ma nel rispetto dei principi fondamentali

In questo credo stia la chiave della questione, nel duplice livello di inderogabilità della norma di volta in volta esaminata: qualora una norma interna sia inderogabile “e basta”, al caso concreto, se deciso secondo la legge straniera, potrà essere applicata una norma difforme; qualora invece la norma, da inderogabile, assurga a norma fondamentale, allora la stessa non potrà in alcun modo essere accettata dall'ordinamento interno. Mi pare, tuttavia, che una tutela verso il riconoscimento di lodi contrastanti con i principi cardine del sistema sia efficacemente rappresentata dal combinato disposto della Convenzione di New York e dell'art. 840 c.p.c., i quali rappresentano un meccanismo di salvaguardia dei valori cardine dell'ordinamento (tra cui certamente rientra quello di terzietà ed imparzialità del giudicante e che - si è detto - è sì inderogabile) e che dunque eventuali preoccupazioni possano essere, per ora, accantonate.

Roberto Alemanno
Dottore di ricerca



FERRUCCIO AULETTA

**«Sanzioni pecuniarie civili»: la *Banca dati pubblica* e le sentenze di un anno.
Un'analisi empirica (con la speciale lente del processo)***

Il contributo condensa i risultati dell'analisi empirica degli indirizzi giurisprudenziali in materia di sanzioni pecuniarie civili ex d.lgs. n. 7/2016, compiuta avvalendosi della Banca dati pubblica della giurisprudenza di merito.

The contribution summarizes the results of the empirical analysis of case law on civil financial penalties under Legislative Decree No. 7/2016, carried out by using the public database of lower court's jurisprudence.

Sommario: 1. Oggetto e criteri dell'indagine – 2. Dati essenziali aggregati – 3. Profili emergenti e logica specialmente processuale dell'analisi ulteriore – 4. Fattispecie costitutiva dell'obbligazione sanzionatoria ed esercizio dei poteri giudiziali di applicazione – 5. Sistema giurisprudenziale del processo (nei gradi di merito) per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie civili: osservazioni e suggestioni da istituti di confine – 6. Officiosità del potere sanzionatorio ed essenzialità del contraddittorio con le parti – 7. Disciplina peculiare della contumacia

1. Oggetto e criteri dell'indagine

Un'indagine empirica che fosse depurata in buona sostanza dei temi di stretto diritto intertemporale, largamente caratterizzanti la produzione giudiziaria all'esordio del vigore del d.lgs. n. 7/2016 (la cui vigenza muove esattamente dal 6 febbraio 2016), non potrebbe mancare nel quadro di una seria rappresentazione del fenomeno dell'ibridazione sanzionatoria del nostro ordinamento domestico; ibridazione decisamente promossa con l'«introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili» in uno all'«abrogazione di reati» (sull'opinabilità della cui selezione si v. Corte cost. 10 luglio 2025, n. 105), ma stavolta per via di sanzioni originalmente «applicate dal giudice competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno» «qualora [ne] accolga la domanda [della] persona offesa».

Profittando, allora, che dal 14 dicembre 2023 è entrata in esercizio la *Banca Dati Pubblica*, dove sono stati resi disponibili i provvedimenti civili (sentenze, ordinanze e decreti a esclusione di quelli in materia di rapporti di famiglia, minori e stato della persona), pubblicati a partire dal 1° gennaio 2016, da Tribunali e Corti di appello nazionali, ho provato a individuare un numero ragionevole di provvedimenti rilevanti *ratione materiae*. Con l'ovvia precisazione che la forma del provvedimento selezionabile ho limitato alla sentenza per via della prescrizione contenuta

* Studio realizzato nell'ambito progetto 'BORDERLINE', assegnatario dei contributi di cui al bando PRIN 2022, pubblicato con D.D. n.104 del 02-02-2022, Codice Cineca 20227C3F48, Coordinatore Nazionale Prof. Antonio Gullo.

nell'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 7/2016, secondo la quale «Il giudice decide sull'applicazione della sanzione civile pecuniaria al termine del giudizio».

Dopo alcuni tentativi, ho ristretto la ricerca all'annualità 2024 (quale anno di deposito), così – tra l'altro – da limitare in via tendenziale (senza in assoluto poter escludere) giudizi su «fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore del [d.lgs. n. 7/2016]»; ho, quindi, utilizzato chiavi di ricerca per frase esatta: modalità alternative, a chiave libera, restituirebbero, infatti, un numero eccessivo di risultati irrilevanti (migliaia, o addirittura centinaia di migliaia). Viceversa, per la combinazione di un numero contenuto di chiavi di ricerca (5), una volta esclusi i provvedimenti alieni, ho constatato che i risultati conseguiti risulta(va)no largamente sovrapponibili, onde la selezione che passo a presentare può (forse) dirsi ragionevolmente esaustiva.

In estrema sintesi, nella banca dati «bdp.giustizia.it» le sentenze in cui il giudice ha trattato questione relativa all'applicazione della sanzione pecuniaria civile ex d.lgs. n. 7/2016, ovvero nel cui procedimento si registra almeno l'istanza di parte per l'applicazione, appaiono n. 26 per l'anno 2024. La massima risalenza rilevabile è all'anno 2016 per l'iscrizione della causa nel ruolo degli affari contenziosi di primo grado.

Qui di seguito sarà tentata una prima disarticolazione, poi una ri-aggregazione dei dati così censiti per provarne l'estrazione di linee di tendenza o l'affioramento di caratteristiche con tratti di marcatura apprezzabile.

2. Dati essenziali aggregati

Il primo elemento distintivo concerne la distribuzione per organi giudiziari: le decisioni di Tribunale sono 22/26; di Corte d'appello 4/26. Tuttavia, se si osserva il grado della pronuncia, stante la competenza del Tribunale sull'appello avverso le sentenze del Giudice di pace, allora le decisioni in grado di appello risultano 10/26, e quelle di primo grado soltanto 16/26. A questa notazione debesì rapportarne anche un'altra, ordinamentale, per cui soltanto in grado di appello la pronuncia deriva senz'altro da un magistrato professionale in ragione del divieto di «assegna[re] ai giudici onorari di pace: a) per il settore civile: 2) i procedimenti di impugnazione avverso i provvedimenti del giudice di pace» (art. 11, c. 6, d.lgs. 116/2017). Ciò dà senso alla rilevazione, tra gli autori delle decisioni raccolte, di magistrati onorari, e però quali agenti giudiziari esclusivamente di primo grado presso i tribunali; sebbene, infatti, il «giudice competente» si determini in dipendenza della capacità di «conoscere dell'azione di risarcimento del danno», e però la *BDP* non raccoglie le decisioni del Giudice di pace. Pertanto, sfuggono al presente vaglio decisioni di magistrati onorari diversi da quelli assegnati al Tribunale.

Non particolarmente significative sembrano le indicazioni geografiche, le decisioni provenendo da 16/26 dei distretti giudiziari italiani, senza anomale concentrazioni per aree territoriali e con frequenza mai superiore a due per singolo ufficio.

Per 15/26 l'illecito che viene in rilievo è l'ingiuria, per 9/26 è il falso, per 2/26 il danneggiamento.

A proposito del falso documentale, appare di estrema rilevanza per le connessioni tra giudizi quanto ritenuto in una delle decisioni scrutinate: che, cioè, «la sottoscrizione [...] soltanto disconosciuta senza che ne segu[a] un procedimento di verifica» non può realizzare alcuna ipotesi di falsità tipicamente rilevante ai fini della sanzione pecuniaria civile. App. Roma, 31 maggio 2024, Pres. A. Izzo, rel. M.E.L. Cirillo sostiene al riguardo: «né vale obiettare che una volta disconosciuto il documento prodotto in giudizio esso debba considerarsi non autentico e falso, tutte le volte che non sia stato portato a termine il procedimento di verifica. Vero è infatti che, una volta disconosciuto, il documento manca di efficacia probatoria ed è inutilizzabile, ma lo è nel senso di essere processualmente inutilizzabile, oltre che limitatamente agli accertamenti propri di quel giudizio. Dalla mancata verifica non può trarsi la conseguenza sostanziale che il documento disconosciuto sia non autentico e falso o che la stessa sentenza postuli un giudicato sulla falsità. Così come quel giudizio non ha verificato, con efficacia tutta interna, l'autenticità del documento, non ha specularmente accertato la sua inautenticità o falsità».

Con riferimento soltanto alle pronunce di primo grado, degno di nota è che 4/16 sono giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo; e altri 3/16 sono giudizi con domanda riconvenzionale, sicché soltanto 9/16 dei casi vengono integrati dallo schema elementare di una originaria domanda di risarcimento del danno con sanzione pecuniaria (in più casi, quindi, la richiesta di sanzione sopravviene alla pendenza del processo); in ogni caso, considerati tutti i giudizi di primo grado, soltanto in 5/16 ha trovato accoglimento la richiesta di sanzione.

Gli importi, nominalmente da euro cento a euro ottomila ovvero da euro duecento a euro dodicimila secondo il tipo di illecito commesso (entrambi tali massimi edittali ricorrono in conclusioni prese dalle parti nei provvedimenti passati in rassegna), sono risultati pari a € 1.000,00 (due casi), 300,00, 250,00 e 150,00. Con riferimento alle pronunce di secondo grado, in un caso soltanto si registra l'accoglimento della domanda con irrogazione della sanzione, di importo ancora una volta pari a € 1.000,00.

Una notazione ancillare concerne la mancanza di qualsivoglia corrispondenza riconoscibile in termini di proporzionalità tra il valore del risarcimento liquidato e l'entità della sanzione: pur tolto il caso in cui il danneggiato ha conseguito il «risarcimento in forma specifica», lo spettro dei rapporti percentuali coperto appare integrale, compreso – cioè – tra l'1% e il 100%, il che lascia privo di significatività il dato medesimo, assai chiaramente (32.000,00/1.000,00 - 6.000,00/1000,00 - 4.000,00/1.000,00 - 300,00/300,00 - 200,00/150,00)

3. Profili emergenti e logica specialmente processuale dell'analisi ulteriore

In prima approssimazione, salvo approfondimenti sulle fattispecie che rivelano profili di interesse più specifico, l'osservatore può trarre alcune conclusioni con grado sufficiente di

affidabilità: a) che la novità normativa ha scarsamente pervaso l'ambiente professionale di destinazione (a riprova, si consideri il rinvenimento di pretese finanche *extra ordinem* del tipo riportato in Trib. Locri, 22 ottobre 2024, Giudice M. Galati: «*Trasmettere gli atti del presente giudizio alla competente Autorità per l'irrogazione dell'eventuale sanzione di cui al D. Lgs. n. 7/2016 (che ha abrogato, tra gli altri, anche il reato di cui all'art. 485 c.p.) art. 3*»; ovvero in Trib. Reggio Calabria, 2 dicembre 2024, Giudice D. Pantano, dove il convenuto, opposto, non esercente alcuna azione risarcitoria, ha domandato ugualmente di «*sanzionare il comportamento dell'opponente ai sensi dell'art. 4, punto 4, del d.lgs. 15 gennaio 2016 n. 7*»), essendo incontestabile come, pur essendo ciascun procedimento interamente svoltosi nella vigenza del nuovo regime sanzionatorio, il numero di istanze sia rimasto assai basso, e non raramente la questione abbia ricevuta trattazione per finalità collaterali, finanche in assenza di richieste di applicazione; b) che il numero e la misura della sanzioni applicate dimostra un corrispondente scetticismo della magistratura circa l'efficacia deterrente e, allo stesso tempo, il potenziale deflattivo che una più intensa e rigorosa irrogazione sanzionatoria porterebbe con sé, il convenuto – intuitivamente – potendo indursi alla definizione transattiva sopra la domanda principale contro di sé rivolta anche e soltanto al fine di schivare l'addizione afflittiva. Nel seguito del contributo l'angolo di osservazione privilegiato sarà quello del processo e delle questioni relative che si sono avvicendate nella serie delle decisioni via via scorse, non senza – naturalmente – aver fatto presente che altri punti importanti meriterebbero di venir segnati. Uno su tutti è, anche per le conseguenze in termini concettuali che è capace di generare, quello che riguarda la prescrizione quinquennale degli illeciti esposti a sanzione pecuniaria civile. Suscettibile – com'è, tale prescrizione – di interruzione (anche) stragiudiziale, conseguentemente la sanzione diviene virtualmente irrogabile *sine die*; ma sempre che l'illecito produca poi l'«*accolgimento del-*» la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa», *i.e.* la condanna. Altrimenti, non basta l'accertamento mero dell'illecito a procurare l'irrogazione sanzionatoria, donde l'eccezione di prescrizione, mentre ai fini del merito dell'azione non potrebbe inibire la cognizione stessa della fattispecie tipica di illecito (vale a dire almeno l'accertamento della sua compiuta integrazione), può invece risolversi in questione di per sé impediente l'esercizio del potere sanzionatorio, piuttosto che estintiva dell'obbligazione di pagamento che dall'illecito dipende. Dunque, la questione di prescrizione dell'illecito, quale autonoma ragione *litis ingressum impediens*, contribuisce a definire in rito e non nel merito l'eventuale pretesa sanzionatoria.

4. Fattispecie costitutiva dell'obbligazione sanzionatoria ed esercizio dei poteri giudiziali di applicazione

Tanto lascia seguire una prima suggestione, quasi si direbbe di esordio: che, forse, deve esporsi a correzione l'apparente linearità della fattispecie normativa che, stando all'art. 3 d.lgs. 7/2016, eleva i soli «fatti previsti [...], se dolosi, [a fonti di] obbliga[zione] al pagamento della

sanzione pecuniaria civile». Basta, di contro, leggere Trib. Treviso, 12 giugno 2024, Giudice G. Civiero, per avvedersi che, pur nella premessa che «deve ritenersi certamente provato il fatto tipico dell'ingiuria», tuttavia se «il pregiudizio concreto patito non è desumibile», indi «è preclusa la possibilità di condanna» a favore dell'offeso non danneggiato, e così la possibilità della sanzione pecuniaria civile. La suggestione che infine ne sortisce è: che, allora, non è soltanto uno dei «fatti previsti» la fonte della obbligazione punitiva di pagamento, ma quello, oltre che «dolos[o]», che sia (stato) anche produttivo di danno risarcibile, finendo di tal guisa per arricchirsi la fattispecie costitutiva del potere sanzionatorio di ingredienti sostanziali e processuali a-tipici.

Si consideri pure il caso giudicato da Trib. Velletri, 29 marzo 2024, Giudice F. Ferreri: «La reciprocità delle offese determina il venir meno, in questa sede, dei presupposti per l'applicazione della sanzione pecuniaria, invocata dalle parti (ai sensi del menzionato art. 4 d.lgs. 7/2016) e, ad avviso del Tribunale, esclude altresì che possa ravvisarsi un danno ingiusto avvertito e patito dall'una o dall'altra, suscettibile di dar luogo ad un qualche obbligo risarcitorio: né la [Attrice] né la [Convenuta], che hanno serbato condotte analoghe, possono in definitiva aver seriamente percepito una grave lesione del proprio onore o del proprio decoro». «In definitiva, le domande vanno respinte perché le offese sono state evidentemente reciproche, non possono reputarsi gravemente lesive dell'onore delle parti e, quindi, suscettibili di dar luogo a conseguenze dannose serie e concrete».

Il Giudice, come si vede, non attinge la pronuncia che sola (le) conferirebbe il potere di irrogare la sanzione, e ne conclude, «stante il rigetto delle domande risarcitorie (v. art. 8, comma 2, d.lgs. 7/2016)», ricusando l'esercizio del potere in parola. E però sente il bisogno di esprimersi «comunque» per «la ricorrenza [altresì] dei presupposti di cui all'art. 4, comma 2, d.lgs. n. 7/2016», cioè della situazione di esercizio di un diverso e speculare potere, specificamente disapplicativo della sanzione; quel potere specialmente agibile quando «le offese sono reciproche», caso in cui «il giudice può non applicare la sanzione pecuniaria civile ad uno o ad entrambi gli offensori». Qui, all'evidenza, si disciplina però la modulazione di un potere pre-esistente, e dunque già derivato (evidentemente) dall'accoglimento della domanda di condanna al risarcimento del danno, evenienza nella fattispecie non avveratasi. Con la conseguenza di avere – se non vado errato – il Giudice impiegato due argomenti logicamente escludentisi l'uno con l'altro, a rimarcare probabilmente il bisogno di una ricognizione sistematica e concettuale che ancora non può dirsi davvero operata.

5. Sistema giurisprudenziale del processo (nei gradi di merito) per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie civili: osservazioni e suggestioni da istituti di confine

È Trib. Milano, sezione specializzata imprese, 18 aprile 2024, Pres. A. Simonetti, rel. N. Fascilla, che, allo stato dei documenti esaminati, pare offrire l'inquadramento di base meglio descrittivo della ricostruzione in giurisprudenza della nuova figura di afflizione privata: compito

lodevolmente assolto con funzione prevalente di indirizzo della *policy* giudiziaria in materia ove si consideri che nella fattispecie il rigetto della domanda di risarcimento del danno avrebbe esonerato senz'altro il giudice dall'intraprendere la trattazione della questione, invero inattuale e astratta (*obiter dictum*). E tuttavia, il Tribunale si è così inteso esprimere nell'aspirazione educativa degli affari in materia: «la sanzione pecuniaria civile è applicata all'interno di un ordinario processo civile di cognizione: è infatti in tale processo che, basilarmente, può essere esperita l'«azione di risarcimento del danno» (art. 8, comma 1, d.lgs. n. 7/2016), subito in relazione a una delle fattispecie di cui al d.lgs. n. 7/2016. Il processo *de quo* è retto, anche per quanto concerne l'applicazione delle sanzioni pecuniarie civili, dalle disposizioni di cui al codice di rito, «in quanto compatibili» (art. 8, comma 4, d.lgs. n. 7/2016). Ancora, e sempre in ragione di quanto emerge dall'art. 8 del decreto in esame, l'applicazione della sanzione pecuniaria civile, da un lato, è disposta *ex officio*, su iniziativa del giudice; ma, dall'altro lato, dipende dall'accoglimento della domanda risarcitoria dell'attore (cfr. il comma 2 dell'art. 8: «il giudice decide sull'applicazione della sanzione civile pecuniaria al termine del giudizio, qualora accolga la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa»). Il procedimento di applicazione delle sanzioni pecuniarie civili ex d.lgs. n. 7/2016 denota quindi almeno tre fondamentali caratteristiche. In primo luogo, l'applicazione della sanzione pecuniaria civile avviene in un processo cumulato. L'applicazione può infatti avvenire soltanto nell'ambito del giudizio risarcitorio (ovvero anche restitutorio) attivato dalla persona offesa. Di converso, quello dell'applicazione della sanzione pecuniaria civile non può costituire autonomo oggetto del processo. In secondo luogo, il cumulo in questione non è tra domande di parte, ma tra domanda (o domande) della parte privata e pretesa punitiva dello Stato (cfr. art. 10 d.lgs. n. 7/2016: «Il provento della sanzione pecuniaria civile è devoluto a favore della Cassa delle ammende»). In terzo luogo, il cumulo è eventuale: la pretesa punitiva dello Stato è decidibile soltanto a condizione che sia accolta la domanda della parte privata».

Ora, da alcune di queste caratteristiche la giurisprudenza sembra far derivare conseguenze ora agevolmente pronosticabili ora meno, e delle quali è bene dare conto in tutt'e due i casi.

«Ordinario processo civile di cognizione», «giudizio risarcitorio», «processo cumulato», per cumulo che «non è tra domande di parte, ma tra domanda (o domande) della parte privata e pretesa punitiva dello Stato», paiono indizi senz'altro convergenti sull'idea della perfetta compatibilità della reintegrazione specifica quale presupposto della sanzione parimenti fruibile quanto quello della condanna all'equivalente monetario del danno. Così, ho potuto registrare l'evenienza della combinazione della sanzione con la condanna «a ripristinare lo stato originario dei luoghi provvedendo a ricollocare, con costi a [...] carico, la catena in ferro a chiusura del sub.46 così come in precedenza apposta dalla società attrice» (Trib. Siracusa, 4 luglio 2024, Giudice A. Romeo).

Viceversa, dubbi maggiori suscitano altre affermazioni pure rinvenibili nella casistica esplorata: in particolare, in una vicenda relativa a un avvocato che aveva ritenuto lesive dell'onore e della

reputazione propri alcune espressioni contenute in atti processuali redatti da colleghi, il Giudice di Pace di Perugia, richiesto di pronunciarne la condanna al risarcimento dei danni, accoglieva quest'ultima. I soccombenti proponevano appello, ma l'attore già vittorioso, con la comparsa di costituzione contenente l'appello incidentale per una maggiore liquidazione del risarcimento, promuoveva altresì l'applicazione nei confronti degli appellanti della «sanzione amministrativa da € 200,00 a € 12.000,00 cadauno ai sensi dell'art. 4 co. 4 lett. f) del D.Lgs. n. 7/2016». Sennonché, pur accogliendosi l'impugnazione incidentale, si legge in Trib. Perugia, 11 giugno 2024, Giudice S. Di Maria, che «la domanda di applicazione della sanzione pecuniaria è invece da rigettarsi in rito». Così è argomentato il dovere di inerzia: «a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 7/2016 (Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67) la condotta che fino ad allora costitui[v]a il reato di "ingiuria" è stata sussunta nella diversa fattispecie non penale di illecito con sanzione pecuniaria civile. Ebbene, seppure è vero che tale condanna può essere disposta anche d'ufficio dal giudice, è anche vero che tale domanda deve avere la *chance* di un doppio grado di giudizio ed è questo il motivo per cui non può ritenersi ammissibile in questo grado».

Si tratta di affermazioni che in apparenza confliggono con l'immanenza del potere sanzionatorio (siccome officioso) al giudizio sulla «domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa» (del che vi è, peraltro, riconoscimento esplicito in premessa dell'argomentazione del Giudice); e, si direbbe nelle circostanze, immanenza ancor più sicura *dopo* che in primo grado del potere sanzionatorio si era realizzata l'unica sua «condizione», «che sia accolta la domanda della parte privata». Del resto, «ordinario processo civile di cognizione» non è, per Costituzione, quello per cui spetta (niente più che) un grado di merito a cognizione piena ed esauriente nonché il ricorso per cassazione per violazione di legge contro la decisione definitiva?

In generale, come per la condanna ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c., verrebbe quasi fatto di ripetere che anche qui si «tratta di statuizioni adottabili anche d'ufficio, di natura *lato sensu* sanzionatoria»: affermazione – questa relativa all'estraneità al potere dispositivo dei privati – dalla quale si fa discendere, per es., che «non è dovuto il versamento del contributo unificato a carico della parte richiedente» (Dipartimento per gli affari di giustizia -Direzione Generale degli Affari Interni - Ufficio I Reparto I - Servizi relativi alla Giustizia Civile, Provvedimento 20 ottobre 2015), una soluzione essa stessa inoppugnabilmente estendibile all'istanza di sanzione della quale ci si occupa adesso.

Insomma, com'è stato osservato, «una volta accertata la sussistenza del dolo, e ancor prima la riferibilità del fatto a una delle fattispecie tipiche, al giudice non resta altro che determinare la sanzione, in difetto di che vi sarebbe un'omissione di pronuncia che, se da una parte rischia di sottrarre l'introito derivante dalla sanzione stessa (onde un assai ipotetico danno erariale, che peraltro non sarebbe determinabile nel *quantum*, attesa la notevole consistenza del divario tra

minimo e massimo) da un'altra parte integrerebbe profili di responsabilità disciplinare del giudice»¹.

Di là di tanto, l'opinione del Tribunale umbro (contraria in rito all'esame della questione per la prima volta in sede di gravame) rivela, almeno nell'assertività dell'enunciato, un'intima incoerenza, sembrando impattare contro consolidati assetti del giudizio ordinario di appello, quali rivelati dal regime dei *nova* (se e in quanto) sostanziati da questioni rilevabili d'ufficio (art. 345, 2° comma, c.p.c.), e finanche di quelle misure che, pur disponibili soltanto a «richiesta» di parte, parimenti sono costruite come accessorie della «condanna» giudiziale. È il caso dell'*astreinte* di cui all'art. 614-bis c.p.c., a proposito della quale avevo già avuto modo di osservare che «la richiesta di parte intesa alla concessione dell'*astreinte*, pur integrando istanza autonoma e separata da quella oggetto di accertamento nel procedimento di cognizione, non appare soggetta alla disciplina della domanda giudiziale di condanna, sembrando praticabile una richiesta comunque proposta *in limine* dell'adozione della pronuncia principale, senza riguardo – cioè – per i limiti preclusivi propri del relativo procedimento, e con affrancamento nella progressione dei gradi pure da quegli oneri peculiari al mezzo di impugnazione impiegato. Lo conferma, del resto, la previsione dell'art. 614-bis, comma 2°, che consente al creditore (tale già riconosciuto nel “provvedimento di condanna”), che non l'abbia “richiesta nel processo di cognizione”, di domandare la comminatoria dell'*astreinte* al “giudice dell'esecuzione, [...] dopo la notificazione del precetto”. Soluzione, questa, che, mentre esclude la possibilità di pronunciare l'*astreinte* nel contesto di un separato e autonomo processo di cognizione rispetto al giudizio da cui si genera la condanna che risulterà assistita dalla comminazione punitiva, ne riserva la legittimazione al medesimo giudice titolato a irrogare la condanna principale; con opzione che, dunque, diverge da quella adottata dal legislatore, per esempio, nell'art. 96, dove le valutazioni relative all'opportunità della sanzione accessoria, non più soltanto comminata ma così irrogata, spettano esclusivamente all'autore dell'accertamento della *res controversa*»².

6. Officiosità del potere sanzionatorio ed essenzialità del contraddittorio con le parti

In realtà, la pienezza dell'accertamento emerge quale preoccupazione ricorrente tra i magistrati che trattano di sanzioni pecuniarie civili, specie considerando – come osserva Trib. Potenza, 5 agosto 2024, Giudice A.R. Violante – la circostanza per la quale «la previsione di una sanzione pecuniaria [...] è condizionata dalla presenza del dolo in capo all'autore del fatto illecito, [sebbene] non incide[nte] sul risarcimento del danno atteso», sicché «l'illiceità del fatto [...] va, pertanto, accertata dal giudice civile con pienezza di cognizione e sulla base di una adeguata valutazione, quantomeno indiziaria, delle acquisizioni fattuali e probatorie dovendo,

¹ A. IACOBONI, *Le sanzioni pecuniarie civili*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2017.

² *Diritto giudiziario civile*, Bologna, 2023, p. 502 s.

tuttavia, ricorrere i presupposti sanciti dagli artt. 2043 e 2059 c.c., il cui onere della prova grava in capo al soggetto che assume essere stato leso nei propri diritti dall'altrui condotta» (profilo, questo della distribuzione dell'onere della prova, che può dirsi pacifico: cfr. App. Cagliari – sez. dist. Sassari, 12 luglio 2024, Pres. rel. C. Caleffi).

Tuttavia, nessuna ragione impedisce di ritenere adeguata, sotto il profilo costituzionale, un'unica sede di merito, pur quando individuata esclusivamente nel giudice d'appello, il che – del resto – trova conferma nella stessa produzione che si sta analizzando: App. Palermo, 14 febbraio 2024, Pres. G. Lupo, rel. R. Guzzo, ha invero esaminato l'impugnazione proposta contro la sentenza di rigetto della domanda risarcitoria, e all'esito ha ritenuto configurata, per averla assunta anche in secondo grado, la prova del «danneggiamento semplice, tenuto conto della evidente consapevolezza da parte del[l'] appellato [...] del carattere illecito del suo operato, in quanto all'evidenza contrario alle disposizioni contrattuali e, comunque, di ordinata convivenza civile»; sicché, «a seguito del D.L.vo n.7/2016 il danneggiamento semplice è stato però depenalizzato ragion per cui dà luogo “al risarcimento del danno secondo le leggi civili”». Di qui, continua la sentenza, «occorre piuttosto irrogare, essendo state accolte le altre richieste risarcitorie, la prescritta sanzione pecuniaria civile che, tenuto conto dei criteri di cui all'art. 5 del predetto testo normativo, in particolare di quello di cui alla lettera a), può congruamente determinarsi nella misura di euro 1.000,00».

Se «l'intervento di parte, quindi, non va oltre la domanda risarcitoria, che è in certo senso l'occasione di un particolare processo a doppio oggetto, uno dei quali sottratto ai poteri d'iniziativa delle parti», ciononostante l'effettività della loro «interlocuzione sul punto della sanzione civile non appare peraltro inammissibile, posto che, almeno nella prospettiva dell'art. 101 c.p.c., sarebbe in ogni caso necessario garantire il contraddittorio su un punto in grado di avere ricadute importanti per una delle parti stesse – secondo le medesime linee opera del resto il divieto di applicazione della sanzione allorché l'atto introduttivo sia stato notificato con il rito degli irreperibili»³.

7. Disciplina peculiare della contumacia

Proprio al riguardo delle modalità di instaurazione del contraddittorio merita di essere segnalata la pronuncia di Trib. Trento, 8 gennaio 2024, Giudice M. Morandini, in cui risulta decisa una fattispecie di responsabilità professionale del convenuto, infine «tenuto a corrispondere all'attore, a titolo di risarcimento dei danni [...] la somma di € 25.108,00»; fattispecie però rimasta estranea alle figure di illecito tipicamente assistite dalla comminazione sanzionatoria *de qua*.

Ora, in detta sentenza, si è ritenuto di motivare (peraltro con lessico univocamente mosso dall'idea di una pluralità di fattori impediendi l'accesso al merito della richiesta),

³ A. IACOBONI, *Le sanzioni pecuniarie civili*, cit.

l'inapplicabilità della sanzione in via ultra-pregiudiziale, stante la contumacia del convenuto, senz'altro accertamento. Segnatamente, «la richiesta di condanna al pagamento della sanzione pecuniaria prevista dal D.L.vo n. 7 dd. 15.01.2016, peraltro formulata dall'attore solo in sede di memoria conclusionale [...], non è suscettibile di accoglimento in quanto ai sensi dell'art. 8 co. 3 D. L.vo cit. "La sanzione pecuniaria civile non può essere applicata quando l'atto introduttivo del giudizio è stato notificato nelle forme di cui all'articolo 14[3] del Codice di procedura civile, salvo che la controparte si sia costituita in giudizio o risulti con certezza che abbia avuto comunque conoscenza del processo"; circostanze quest'ultime non ravvisabili nel caso di specie». Insomma, forse non avrebbe adeguatamente salvaguardato a sufficienza il contraddittorio l'averla proposta nell'atto conclusivo (la stessa domanda di lite temeraria ex art. 96 c.p.c. si ritiene – del resto – di dover ancorare, all'estremo, all'atto di precisazioni delle conclusioni, e non oltre), ma già l'ambito applicativo del processo stava a ostacolare al vertice l'ammissibilità stessa dell'istanza.

Indubbiamente, meriterebbe studio supplementare la ibrida previsione del d.lgs. n. 7/2016, secondo la quale «La sanzione pecuniaria civile non può essere applicata quando l'atto introduttivo del giudizio è stato notificato nelle forme di cui all'articolo 143 del codice di procedura civile, salvo che la controparte si sia costituita in giudizio o risulti con certezza che abbia avuto comunque conoscenza del processo» (art. 8, comma 3); ed è un peccato, anzi, che contributi recenti e autorevoli sopra *L'istituto della contumacia nell'ordinamento italiano e beyond*⁴ ne abbiano pretermesso finanche un cenno. L'interpretazione ricavabile dalla decisione per ultima in rassegna abilita comunque a ritenere la «certezza» della «conoscenza del processo» (sopra «la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa», senza il bisogno che la conoscenza certa si estenda alla richiesta sanzionatoria) come oggetto dell'onere di allegazione e prova della parte attrice di modo che, in difetto, la regolare dubbio della conoscenza in capo alla parte convenuta imporrà al giudice di considerare la contumacia del danneggiante di residenza, dimora e domicilio sconosciuti di per sé impeditiva del potere sanzionatorio, ferma la validità dell'instaurazione del contraddittorio ai fini della pronuncia di condanna al risarcimento del danno. Volendo fare il verso all'art. 808, 2° comma, ritorna ancora che «La validità della pronuncia di applicazione della sanzione pecuniaria civile deve essere valutata in modo autonomo rispetto al giudizio di risarcimento del danno al quale si riferisce».

Ferruccio Auletta
Ordinario dell'Università LUISS Guido Carli

⁴ *Passato, presente e futuro*, a cura di A. Ciampi, Cedam, 2024.



GUIDOMARIA DE CESARE

La cedevolezza del giudicato in materia consumeristica fra *acquis* giurisprudenziale e prospettive future

La giurisprudenza nazionale ha solo in parte recepito i principi enunciati dalla Corte di giustizia nel 2022 a proposito della necessità di riconoscere poteri cognitori anche al giudice dell'esecuzione, quando il giudice del monitorio non abbia debitamente motivato circa l'assenza di clausole vessatorie nei contratti di consumo. Il rischio di una futura procedura di infrazione induce a tornare nuovamente sul tema e a prospettare un *handbook* alternativo a quello stilato delle Sezioni Unite nel 2023.

National case law has only partially applied the principles set out by the Court of Justice in 2022 regarding the need to recognise adjudicatory powers also to the enforcement judge, where the judge of the order of payment proceeding has failed to provide adequate reasoning as to the absence of unfair terms in consumer contracts. The risk of future infringement proceedings prompts a renewed examination of the matter and the proposal of an alternative handbook to that issued by the Italian Supreme Court in 2023.

Sommario: 1. Introduzione al tema: rilievo del riparto di competenze sul problema della cedevolezza del giudicato anticonsumeristico e la funzionalizzazione dei poteri officiosi del giudice del monitorio. – 2. L'antefatto delle sentenze gemelle. – 3. La soluzione della Corte di giustizia: la tardività dell'opposizione non preclude il rilievo della nullità delle clausole abusive da parte del giudice dell'esecuzione. – 3.1. I limiti alla cedevolezza del giudicato anticonsumeristico. – 4. Accoglienza in dottrina delle sentenze del 17 maggio 2022: apocalittici vs integrazionisti. – 4.1. Segue: la visione apocalittica. – 4.2. Segue: la visione integrata. – 5. Il recepimento delle sentenze della Corte di giustizia del 17 maggio 2022 da parte di Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479. – 6. L'accoglimento dei principi enunciati dalle Sezioni Unite nella giurisprudenza di merito. – 7. Le posizioni della dottrina. – 7.1. Segue: la tesi dell'opposizione all'esecuzione e della rilevanza d'ufficio dell'abusività della clausole da parte del giudice dell'esecuzione e la conseguente ammissibilità dell'opposizione agli atti esecutivi. – 7.2. Segue: la tesi dell'*actio nullitatis*. – 7.3. Segue: la tesi del rimedio revocatorio. – 8. Nostre considerazioni sui principi enunciati dalle Sezioni Unite. 9. Il nostro *handbook*: una soluzione alternativa a quella offerta dalle Sezioni Unite. – 9.1. Limiti dei principi enunciati dalle Sezioni Unite rispetto al contenzioso transfrontaliero. – 9.2. Limiti della soluzione offerta dalle Sezioni Unite rispetto all'esecuzione collettiva. Il problema della liquidazione controllata del consumatore sovraindebitato. – 9.3. La compatibilità dell'*handbook* stilato dalle Sezioni Unite con l'espropriazione contro il terzo proprietario. – 10. Considerazioni di sintesi.

1. Introduzione al tema: il rilievo del riparto di competenze sul problema della cedevolezza del giudicato anticonsumeristico e la funzionalizzazione dei poteri officiosi del giudice del monitorio

Il fenomeno della cedevolezza della cosa giudicata contraria al diritto unionale¹ – originariamente circoscritto alle sole materia di competenza esclusiva, come il settore degli aiuti di Stato incompatibili con il mercato unico², ma oggi in via di rapida estensione anche alle materia di competenza concorrente e, in particolare, a quella consumeristica – trova la propria giustificazione istituzionale nel principio di attribuzione, ossia nel riparto di competenze divisato dai Trattati europei. L'imperativo proveniente dall'art. 38 della Carta di Nizza, secondo cui il diritto unionale deve garantire «un livello elevato di protezione dei consumatori», parrebbe imporre la disapplicazione del giudicato che preclude di valutare il carattere abusivo delle clausole contrattuali, inserite nel contratto *btc* in violazione dell'art. 6 della direttiva 93/13/CEE. In altri termini, la forza del principio di effettività del diritto unionale è tale da poter limitare l'ambito di operatività di talune costruzioni teoriche circa l'oggetto del giudicato che rendano impossibile o eccessivamente difficile l'inveramento della norma comunitaria munita

¹ Su cui v. la recente indagine di F. PINTO, *La cedevolezza del giudicato civile a fronte delle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *DPCleC*, p. 133 ss.; v. anche i più risalenti contributi di F. CORDOPATRI, *La "crisi" del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 4-5, 2016, p. 894 ss.; J. NIEVA-FENOLL, *La cosa giudicata: fine di un mito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2014, p. 1369 ss.

² È noto, infatti, che l'apogeo della c.d. "crisi del giudicato" è stato segnato da Corte giust., 18 luglio 2007, in causa C-119/05, *Lucchini*, § 63, quando i giudici del *Kierchberg* per la prima volta hanno ordinato la diretta disapplicazione del giudicato nazionale incompatibile con l'obbligo comunitario, suggellato da una previa decisione della Commissione, di recuperare un certo regime di aiuti di Stato incompatibili con il mercato unico. La sentenza è stata oggetto di numerose ricostruzioni e commenti in dottrina, tra i quali si segnalano: P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario* in *Rass. Trib.*, 2007, p. 1591; C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?* in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 224 ss.; *Id.*, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla cedu a sua volta)*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Verona, 25-26 settembre 2009, Bologna, 2011, p. 184 ss.; R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, *ivi*, p. 361 ss.; E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2007, 11, c. 534 ss.; N. PICARDI, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 561 ss.; F. P. LUISO, *La cedevolezza del giudicato*, in *La crisi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2017, p. 75 ss., poi in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 17 ss.; A. BIONDI, *Case Law Comment: Case C-119/05, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato v. Lucchini SpA*, XLV, in *CMLR*, 2008, p. 1459 ss.; P. BŘÍZA, *Lucchini SpA – is there anything left of res judicata principle?*, in *Civil Justice Quarterly*, 2008, p. 40 ss.; P. NEBBIA, *Do the rules on state aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case*, in *ELR*, 2008, p. 427 ss. Tuttavia, l'obbligo comunitario di disapplicare il giudicato ostativo al recupero degli aiuti di Stato erogati alla Lucchini è stato vanificato da Corte app. Roma, 20 dicembre 2019, n. 7949, in *Giur. it.*, 12, 2021, p. 2638 ss., su cui v., *si vis*, G. DE CESARE, *Ancora Lucchini! La Corte d'Appello di Roma aziona i "controlimiti" a difesa del giudicato nazionale*. In quell'occasione i giudici capitolini si sono spinti fino ad attivare i controlimiti, postulando la violazione dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura. Più di recente, la giurisprudenza nazionale ha però nuovamente rovesciato la prospettiva ammettendo la disapplicazione del giudicato nazionale incompatibile con una sopravvenuta decisione di recupero di aiuti di Stato illegittimi da parte della Commissione (cfr., in tal senso, Cass. 1° settembre 2023, n. 25633, sui cui v., *si vis*, le nostre osservazioni in G. DE CESARE, *Il giudicato nazionale si arrende alle decisioni di recupero degli aiuti di Stato illegittimi? Nota a Cass., sez. trib., 1° settembre 2023, n. 25633*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2025, p. 195 ss.).

di efficacia diretta³, trattandosi di espedienti giurisprudenziali che, seppur foggiate nella speranza di conseguire effetti di economia processuale⁴, non sono costituzionalmente imposti ed anzi mostrano tutta la loro fragilità al cospetto del diritto unionale.

Le coeve sentenze della Corte di giustizia *Ibercaja Banco*, *Impuls Leasing România*, *Unicaja Banco*, *SPV Project 1503 Srl* e *Banco di Desio e della Brianza SpA*⁵ hanno ridisegnato i limiti

³ L'impatto del principio di effettività sulle disposizioni processuali che impediscono o comprimono il compendio di tutele accordato ai consumatori dalla disciplina comunitaria è stato studiato, fra gli altri, da A. ANDOLFI, *L'incidenza del canone di effettività del diritto dell'Unione sulla disciplina processuale degli Stati membri: l'esperienza spagnola*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2020, p. 1255 ss.; R. C. FELIPE-S. T. TOMAS, *La trasformazione del processo civile spagnolo per effetto del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2024, p. 1239 ss., spec. 1248 ss.; J. NIEVA-FENOLL, *I poteri d'ufficio del giudice nazionale europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2019, p. 1223 ss.

⁴ È diffusa l'idea secondo cui la consumazione del deducibile sarebbe strumento di amministrazione della giustizia a risorse scarse che dovrebbe produrre un effetto deflativo del contenzioso. In chiave di analisi economica del processo, è stato però dimostrato da A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, p. 1560 ss., spec. 1565, che la preclusione da giudicato implicito non è strumento di economia processuale in senso tecnico; infatti, se le parti sanno di essere pregiudicate da decisioni rese implicitamente su questioni non discusse, rilevanti ai fini di future e possibili controversie, il cui contenuto è difficilmente prevedibile, queste dedurranno in giudizio anche tali questioni, quandanche la strategia difensiva suggerisca tutt'altro: il rischio di preclusione derivante dalle maglie larghe del giudicato induce le parti a dedurre più di quanto strettamente necessario. Sicché il saggio complessivo è tendenzialmente negativo: la riduzione del numero dei fascicoli, favorita dall'estensione della gittata del giudicato, è compensata dall'inflazione delle questioni dedotte nel singolo processo, con un risultato tendenzialmente negativo, poiché «la regola processuale rende attuale un interesse a dedurre che sarebbe altrimenti solo potenziale»; v. anche ID., *Intervento*, in *La crisi del giudicato*, cit., p. 356. Sull'inefficienza della preclusione da giudicato implicito su questioni di merito si veda anche l'analisi di Y. SINAI, *The Downside of Preclusion: Some Behavioural and Economic Effects of Cause of Action Estoppel in Civil Actions*, in *McGill Law Journal*, 2011, p. 673 ss., spec. 688.

⁵ Corte giust., 17 maggio 2022, causa C-600/19, *Ibercaja Banco*; Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-725/19, *Impuls Leasing România*; Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-869/19, *Unicaja Banco*; Corte giust., 17 maggio 2022, in cause riunite C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503 Srl* e *Banco di Desio e della Brianza SpA*, su cui si vedano i commenti di A. ASTONE, *Contratti del consumatore e clausole abusive: significativo squilibrio e dovere di trasparenza nell'interpretazione della giurisprudenza*, in *Rivista dell'associazione civilisti italiani*, 1, 2024, p. 113 ss.; F. AULETTA, *Tutela del consumatore e decreto ingiuntivo non opposto: il ruolo del giudice dell'esecuzione alla luce della recente giurisprudenza della Cgue*, in *www.giustiziavivile.com*, 6 febbraio 2023; L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, p. 57 ss.; P. BERTOLLINI, *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore: considerazioni a margine di due interessanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivistapactum.it*, 10, 2022; M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, in *www.judicium.it*, 1° agosto 2023; B. CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *www.judicium.it*, 18 gennaio 2023; A. CARRATTA, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, a cura di S. CAPORUSSO e E. D'ALESSANDRO, in *Giur. it.*, 2022, p. 485 ss.; V. CECCARELLI, *La tenuta del giudicato civile alla prova della tutela consumeristica. I poteri del giudice dell'esecuzione sotto la lente della Corte di Giustizia*, in *Jus Civile*, 2022; A. CRIVELLI, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Riv. es. forz.*, 2022, 707 ss.; G. COSTANTINO, «Certeza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, «accertamento con prevalente funzione esecutiva», «normativa senza giudizio», «preclusione pro judicato» e clausole vessatorie, in *www.inexecutivis.it*; E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, in *Judicium*, 2022; ID., *Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'avv. gen. Tanchev*, in *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, in

oggettivi del giudicato in materia consumeristica, introducendo surrettiziamente nel sistema, finanche imponendolo al diritto vivente, una deroga alla regola del «fare stato ad ogni effetto», nella convinzione che la scelta del rito incida sull'ambito oggettivo del giudicato⁶, quando la

Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo, cit., p. 541 ss.; ID., *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1060 ss.; F. DE STEFANO, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di giustizia dell'U.E.*, in www.giustiziainsieme.it, 24 febbraio 2023; ID., *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della CGUE*, in www.giustiziainsieme.it, 27 settembre; I. FEBBI, *La Corte di giustizia crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, in www.judicium.it, 12 luglio 2022; G. FIENGO, *Il decreto ingiuntivo non opposto privo di motivazione emesso nei confronti del consumatore: alla ricerca del rimedio effettivo*, in *Quest. giust.*, 2023; D. U. GALLETTA-M. GIAVAZZI, *Nozione di giudicato, giudicato implicito e limiti all'autonomia processuale degli Stati membri UE (nota a margine della sentenza in cause riunite C-693/19 e C-831/19, 17 maggio 2022)*, in *Osservatorio costituzionale*, 6, 2022, p. 97 ss.; A. M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, in *NGCC*, 2023, p. 86 ss.; ID., *Oltre Banco di Desio: le (altre) ricadute sul sistema processuale italiano della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore*, in *Rivista dell'associazione civilisti italiani*, 1, 2023, p. 173 ss.; A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 294 ss., spec. 301; S. GUZZI, *L'intangibilità del giudicato monitorio della Corte di giustizia e i suoi limiti: tra esigenze di stabilità e tutela del consumatore*, in *Dir. un. eur.*, 2, 2022, p. 327 ss.; D. LONGO, *Le questioni poste dalle pronunce della corte di giust. ue del 17 maggio 2022 in punto di tutela giurisdizionale del consumatore esecutato: considerazioni introduttive*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, a cura di D. LONGO, Bari, 2022, p. 3 ss.; F. MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo "res iudicata pro veritate habetur" nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, in Judicium.it, 24 giugno 2022; D. MICALI, *Le ricadute sul sistema processuale italiano delle pronunce della Corte di giustizia UE 16 maggio 2022*, *ivi*, 28 febbraio 2023; S. MINAFRA, *L'autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di giustizia*, in www.GiustiziaCivile.com, 17 agosto 2022; M. MOROTTI, *Nullità di protezione e decreto ingiuntivo: poteri del giudice e (assenza di) giudicato*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 2023; G. PARISI, *Brevi note sui rapporti tra "esecuzione" e "accertamento" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in www.Giustiziacivile.com, 2022, e poi in *Riv. es. forz.*, 2022, p. 686 ss.; G. M. RUOTOLO, *I poteri officiosi del giudice nazionale e il concetto di giudicato interno*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit., p. 96 ss.; G. SCARSELLI, *La tutela del consumatore secondo la Cgue e le sezioni unite*, e *lo Stato di diritto secondo la civil law*, in www.judicium.it, 12 aprile 2023; E. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti: il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell'Unione europea*, in www.questionegiustizia.it; P. SPAZIANI, *Ampliamento della giurisdizione oggettiva e nuovi limiti del giudicato dopo la sentenza della Corte di Giustizia UE del 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19)*, www.Giustiziainsieme.it, 2022; R. PARDOLESI-B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto, giurisprudenza eurounitaria e sezioni unite: meta-realtà e diritto a metà*, in *Foro.it*, 2023, V, c. 1486 ss.; G. RAITI, *Non compatibile con l'ordinamento UE il giudicato nazionale implicito sulla questione di vessatorietà delle clausole dei contratti consumeristici*, in *Ridare*; C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, p. 63 ss.; R. ROSSI, *Decreto ingiuntivo non opposto e tutela effettiva del consumatore*, in Judicium.it, 3 marzo 2023; A. SOLDI-B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in www.judicium.it, 10 febbraio 2023; A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁹, Torino, 2024, p. 1053 ss.; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, in *Giur. it.*, 10, 2022, p. 2126 ss.; A. TURMO, "A new chapter in the saga of national res iudicata and the effectiveness of EU Law: Confirming the trend towards increasing encroachments upon domestic procedural law", *EU Law Live*, 30th May 2022; S. VINCRE, *Le nullità consumeristiche tra necessità di protezione e di certezza. Brevi osservazioni sulle ricadute della decisione della Corte di giustizia del maggio 2022 sul decreto ingiuntivo e sull'esecuzione*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit., p. 204 ss.

⁶ È questa la visione pragmatica di A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, trad. it. a cura di D. VOLPINO, Milano, 2009, p. 149 ss: nello stesso senso, I. PAGNI, *Il contratto nel processo*, Milano, 2022, p. 39; nonché G.

preclusione derivante «dall'ombra lunga del giudicato implicito⁷» finisca per frustrare l'esigenza di effettività sottesa alla disciplina consumeristica, precludendo la possibilità di valutare il carattere abusivo delle clausole contrattuali in assenza di motivazione sul punto da parte del giudice della fase sommaria del rito monitorio, purché il consumatore non sia rimasto del tutto inerte.

L'idea di una tutela rafforzata del consumatore in sede processuale, anche derogando al diritto vivente di matrice giurisprudenziale generalmente condiviso, è emersa ben prima del 17 maggio 2022⁸. L'iniziativa del Tribunale di Milano, in funzione di giudice dell'esecuzione⁹, che, nel 2019, ha sollevato dinanzi alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali, è il coronamento di un lungo percorso iniziato almeno un ventennio addietro¹⁰. Entrambi i rinvii interrogavano il *Plateau Kirchberg* circa l'estensione dei poteri officiosi del giudice dell'esecuzione, quando l'azione esecutiva sia esperita nei confronti di un consumatore. Più precisamente, il giudice meneghino sollevava il problema della vincolatività per il giudice dell'esecuzione del giudicato promanante da un decreto ingiuntivo, non tempestivamente opposto, nonostante il contratto di consumo fosse affetto da clausole abusive e di ciò non si fosse avveduto il giudice del monitorio.

A ben vedere, i due rinvii poggiano su una convinzione comune: è indimostrato che, nel nostro ordinamento, il giudice dell'esecuzione debba limitarsi ad un ruolo notarile. Questo *stilum curiae* è foriero di porsi in contrasto con il diritto unionale, nella misura in cui, la netta cesura tra cognizione ed esecuzione, impedisce al giudice di quest'ultima fase di rilevare vizi di merito del titolo esecutivo. In fase monitoria viene richiesto al giudice di valutare d'ufficio che

COSTANTINO, «Certezza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit., p. 342.

⁷ Espressione mutuata da G. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2017, p. 41 ss., spec. 64 ove si pone in dubbio la tenuta della regola giurisprudenziale dell'estensione del giudicato anche a questioni su cui «è mancata qualunque calibrazione dell'impegno difensivo», dal momento che più di un argomento milita contro la formazione *per silentium* del giudicato sul rapporto: a) la formazione del vincolo da *bis in idem* pur in assenza di contraddittorio delle parti sul punto stride con la regola dell'art. 101, comma 2, c.p.c. nella misura in cui consente un esito decisivo irretrattabile su questione non affrontata dalle parti; b) l'estensione del giudicato a questioni pregiudiziali di merito non discusse finisce per travisare la funzione del giudicato in relazione al principio dispositivo che è quella di rendere irretrattabile l'accertamento della situazione fatta valere in giudizio e non di «definire per sempre la relazione intercorrente tra le parti» (così A. CERINO CANOVA, in *Commentario del c.p.c.* (diretto da Allorio), II, Torino 1980, p. 139).

⁸ Invero, Trib. Macerata, 1° marzo 2019, reperibile per esteso nella banca dati *DeJure*, aveva già affermato che il diritto dell'Unione europea osta a che l'inerzia del consumatore nel proporre opposizione (tempestiva o tardiva) determini la formazione di un accertamento incontrovertibile per preclusione che renda impossibile ad un successivo giudice la verifica, non precedentemente effettuata, della abusività delle clausole contenute in un contratto di consumo.

⁹ Trib. Milano, 13 settembre 2019, *SPV Project 1503 Srl/Dobank SpA/YB*, in Gazz. uff. UE 23 dicembre 2019; Trib. Milano, 14 novembre 2019, *Banco di Desio e della Brianza SpA e a./YZ, ZW*, in Gazz. uff. UE 3 febbraio 2020.

¹⁰ Si allude in particolare a Corte giust., 27 giugno 2002, in cause riunite C-240/98 e C-244/98, *Océano Grupo Editorial*, la quale ha affermato per la prima volta il principio secondo cui la mancata ricezione della direttiva 93/13/CEE da parte dell'ordinamento spagnolo, non impedisce al giudice nazionale di declinare d'ufficio la propria competenza, attribuitagli in ragione di una clausola abusiva di deroga del foro del consumatore.

sussistano le «condizioni di ammissibilità¹¹» della domanda ingiuntiva, come si trae dalla rubrica dell'art. 633 c.p.c., fra le quali è difficile negare che vi rientri anche la valutazione della legittimità della pretesa creditoria, a più forte ragione quando tale valutazione venga imposta dal diritto europeo a tutela del consumatore stesso. Nessuno ad oggi dubita che la carenza delle suddette condizioni sia rilevabile d'ufficio¹², né pare potersi obiettare che il riconoscimento di un potere di valutazione officiosa è destinato ad entrare in crisi ove l'abusività della clausola non emergesse *ictu oculi*, richiedendo lo svolgimento di più approfonditi incidenti istruttori, se del caso anche attraverso lo strumento offerto dall'art. 640, comma 1, c.p.c., siccome ciò non trasformerebbe la fase sommaria del procedimento monitorio in un giudizio a cognizione piena¹³.

L'ormai ultraventennale orientamento della Corte di giustizia relativo alla rilevanza officiosa delle clausole vessatorie contenute nei contratti di consumo, trova la propria giustificazione nella consapevolezza che l'attribuzione di poteri officiosi al giudice della fase sommaria costituisce strumento essenziale per l'inveramento della disciplina consumeristica: attraverso l'iniziativa giudiziale si massimizzano le *chances* di evitare l'errore allocativo derivante dalla clausola abusiva, favorendo il riequilibrio dell'asimmetria esistente fra professionista e consumatore¹⁴. Dal punto di vista normativo, si suole attribuire all'art. 6 della direttiva

¹¹ Su cui v. il classico studio del P. CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, in *Opere Giuridiche*, IX, RomaTre-Press, Roma, 2019, p. 50 ss., il quale utilizza l'espressione «presupposti processuali speciali» per descrivere le condizioni che devono sussistere affinché il giudice del monitorio possa accogliere la richiesta ingiuntiva, la cui insussistenza non implica però alcuna preclusione alla possibilità di riproporre la domanda in sede di cognizione ordinaria.

¹² Cfr., per tutti, E. F. RICCI, *I poteri del giudice adito con ricorso per decreto ingiuntivo, secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1473 ss., spec. 1477, secondo cui il ragionamento articolato dalla Corte presenterebbe un'indubbia *vis expansiva* e «si presta ad essere esteso anche agli altri impedimenti processuali oggetto di eccezione in senso stretto».

¹³ Invero, la dottrina, che si è a lungo affaticata per ricostruire l'ambito dei poteri officiosi del giudice monitorio, complice anche l'adozione da parte del legislatore di una soluzione mediana fra il procedimento monitorio pure e quello documentale (secondo la dicotomia proposta dal P. CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, in *Opere Giuridiche*, cit., p. 14 ss.), ha proposto ricostruzioni assai eterogenee della cognizione esercitata dal giudice nella fase sommaria. Taluni hanno ritenuto che il giudice sia chiamato esclusivamente a verificare la sussistenza dei presupposti di volta in volta necessari ai fini dell'emissione dell'ingiunzione (A. PROTO PISANI, *Il procedimento d'ingiunzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 294 ss., spec. 299), altri invece hanno affermato l'esistenza in capo al giudice del potere-dovere di operare una cognizione della domanda, sia pure superficiale, per rilevarne, anche officiosamente, vizi di carattere sostanziale che ne impediscano la delibabilità (S. MENCHINI, *Il giudicato civile*², Torino, 2002, p. 354 ss.), altri ancora hanno più convincentemente affermato che il giudice del monitorio deve conseguire un grado di persuasione, quanto alla sussistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda, ben superiore al *fumus boni iuris* dei procedimenti cautelari, in misura sostanzialmente analoga a quella proprio dell'ordinario giudizio di cognizione, donde la sussistenza di un potere affatto diverso di rilevare officiosamente questioni impediienti rispetto a quello del giudice del giudizio a cognizione piena (così, A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, p. 119 ss.).

¹⁴ Sul tema v. l'ampio lavoro di A. BEKA, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation. Applying EU Law of the National Courts' Own Motion*, Cambridge, 2018, p. 134, la quale osserva assai acutamente che le prime decisioni della Corte di giustizia sulla rilevanza d'ufficio delle clausole abusive risultano costruite non sul principio di autonomia procedurale e sui suoi limiti, ma sull'interpretazione teleologica delle disposizioni di natura sostanziale, da cui deriverebbe l'obbligo per il giudice di impedire una cristallizzazione di contratti incompatibili con gli imperativi ritraibili dalla direttiva 93/13/CEE.

93/13/CEE natura di norma imperativa, assimilabile alle disposizioni interne di ordine pubblico, in virtù della rilevanza anche pubblicistica della tutela del consumatore¹⁵. In questo contesto, la Corte di giustizia ha inteso il rilievo officioso della clausola abusiva come un vero e proprio obbligo, rispetto al quale il giudice nazionale è tenuto a conformarsi non appena dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine¹⁶, esercitando, se necessario, anche poteri istruttori officiosi, quando gli elementi di diritto e di fatto contenuti nel fascicolo «suscitano seri dubbi quanto al carattere abusivo di talune clausole¹⁷». La Corte di giustizia ha dunque costruito un modello di giudice del monitorio che, seppur attivo, non è inquisitore, non è parziale, né paternalistico¹⁸: a prescindere dalla costituzione del consumatore, il giudice del monitorio è tenuto all'applicazione del diritto unionale, rilevando d'ufficio la sussistenza di clausole abusive e, dunque rigettando la domanda monitoria. E ciò perché, nel disegno europeo, il giudice, nelle materie di competenza esclusiva o concorrente, è chiamato a contrastare fenomeni di darwinismo giudiziale, impedendo che si realizzino fallimenti di mercato, talora anche pulviscolari, come nel caso della tutela consumeristica¹⁹, ma che comunque sottintendono un errore allocativo e dunque una violazione di legge²⁰.

Altro è che il giudice della fase monitoria abbia o meno di valutare d'ufficio l'abusività della clausola e di darne poi conto in motivazione. Secondo il diritto vivente, il provvedimento di accoglimento conclusivo del procedimento monitorio, benché reso in assenza di contraddittorio e succintamente motivato, è idoneo ad acquisire efficacia di giudicato, non solo sulla pretesa azionata ma anche sulla sussistenza del rapporto²¹. Bisogna dunque domandarsi se il nobile obiettivo di contrastare fenomeni di darwinismo giudiziario in settori sensibili, come quello consumeristico, possa spingersi fino a rimettere in discussione l'autorità del giudicato

¹⁵ Cfr., in tal senso, Corte giust., 26 ottobre 2006, in causa C-168/05, *Mostaza Claro*, § 38. In dottrina, v. anche B. SANCHEZ LOPEZ, *Efectividad vs. cosa juzgada de cláusulas abusivas en el proceso monitorio*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea: riflessioni trasversali e transfrontaliere su titolo esecutivo e giudicato*, cit., p. 143 ss.; V. PEREZ DAUDI, *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Barcelona, 2018, p. 28 ss.

¹⁶ Cfr. Corte giust., 4 giugno 2009, in causa C-243/08, *Pannon GSM Zrt.*, § 32; più di recente, nello stesso senso, Corte giust., 4 giugno 2020, in causa C-495/19, *Kancelaria Medius SA*, § 37.

¹⁷ Cfr. Corte giust., 11 marzo 2020, in causa C-511/17, *Gyogynél Lintner*, § 38.

¹⁸ Secondo quanto affermato da A. BEKA, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation. Applying EU Law of the National Courts' Own Motion*, cit., p. 190.

¹⁹ Sul tema v. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi*, Napoli, 2010, p. 116, nota 58, il quale riconduce la nullità di protezione alla tutela del corretto assetto concorrenziale del mercato, nell'ottica di prevenirne il fallimento.

²⁰ Piace a tal proposito richiamare P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici*⁴, Firenze, 1959, rist. 1989, p. 340, ove si legge che «[L]a ingiustizia avvelena anche in dosi omeopatiche».

²¹ La giurisprudenza prevalente caldeggia l'orientamento favorevole alla formazione del giudicato e all'estensione della sua efficacia preclusiva anche al rapporto fondamentale implicitamente dedotto con la domanda monitoria: cfr., fra le tante, Cass. 19 luglio 2024, n. 25180; Cass. 24 marzo 2021, n. 8299; Cass. 24 settembre 2018, n. 22465; Cass. 18 luglio 2018, n. 19113; Cass. 28 novembre 2017, n. 28318; tuttavia, in tempi ancora recenti, è possibile trovare dei precedenti di legittimità in cui viene affermato l'esatto contrario, Cass. 26 giugno 2020, n. 12111; Cass. 9 febbraio 2015, n. 2370; Cass. 25 novembre 2010, n. 23918; Cass. 16 novembre 2006, n. 243737; Cass. 6 luglio 2002, n. 9857.

implicitamente formatosi sulla validità del rapporto affetto da clausole abusive anticomunitarie e solo formalmente “sanato” dalla formazione del giudicato implicito.

2. L’antefatto delle sentenze gemelle

La soluzione adottata dalla Grande Camera non sembra del tutto indifferente all’andamento dei fatti di causa²². Nel caso da cui è originato il primo rinvio²³, i creditori avevano avviato l’esecuzione sulla scorta di un decreto ingiuntivo non opposto. Il giudice dell’esecuzione, ritenendo che la clausola relativa alla quantificazione del tasso di interesse moratorio potesse essere vessatoria, per sostanziale violazione delle regole nazionali in tema di usura, disponeva la produzione dei contratti di finanziamento sulla cui base era stato emesso il decreto ingiuntivo ed invitava il debitore ad avvalersi della nullità di protezione, con conseguente riduzione del credito, laddove la vessatorietà risultasse accertata. Manifestata la volontà di avvalersi della nullità di protezione da parte dell’esecutato, il giudice dell’esecuzione riteneva possibile l’esame officioso della questione. Fissava dunque una nuova udienza per dar modo alle parti di confrontarsi sulla questione. Il creditore procedente affermava in risposta che l’autorità del giudicato derivante dalla mancata opposizione al decreto ingiuntivo non poteva essere superata e, a tal fine, richiamava la regola espressa in *Asturcom*, secondo cui il principio di effettività della tutela non può surrogare l’inerzia del debitore-consumatore nel procedimento all’esito del quale si è formato il titolo esecutivo, con l’implicazione per cui il giudice dell’esecuzione non potrebbe rilevare la nullità del contratto affetto da clausole abusive, trovando tale compito la propria sede naturale in fase di cognizione²⁴. Il giudice rilevava che nonostante l’assenza in sede monitoria di uno scrutinio in ordine all’eventuale vessatorietà della clausola del tasso di interesse moratorio, l’esame della questione, in base al diritto nazionale, doveva ritenersi ormai precluso dalla formazione del giudicato implicito prodottosi all’esito della mancata opposizione a decreto ingiuntivo, donde l’esigenza del rinvio pregiudiziale al *Plateau Kirchberg* per verificare se tale ampia latitudine del giudicato fosse compatibile con il diritto unionale.

La fattispecie da cui è originato il secondo rinvio presentava l’ulteriore complicazione dell’incertezza intorno alla qualità di consumatore dell’esecutato²⁵. Il giudice dell’esecuzione, dopo avere richiesto il deposito dei contratti di fideiussione, riteneva di poter riconoscere, in capo ad uno dei due fideiussori, la qualifica di consumatore, rilevando così d’ufficio l’ulteriore problema di competenza territoriale trattandosi di un foro che non era quello del luogo di domicilio del consumatore.

²² Su cui v. la ricostruzione e le considerazioni di S. CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, in *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, cit., p. 533 ss.

²³ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-693/19, *SPV Project 1503 c. YB*.

²⁴ Corte giust., 6 ottobre 2009, in causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*.

²⁵ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza c. YX*.

Benché dal punto di vista giuridico la questione sembri essere sempre quella dell'efficacia preclusiva rispetto alle questioni non affrontate in sede monitoria e cristallizzate dalla mancata opposizione al decreto ingiuntivo, in concreto la problematica si atteggia in maniera differente. Infatti, tra l'emanazione del provvedimento e il pignoramento immobiliare era mutato, sulla scorta delle direttive provenienti da Lussemburgo, l'orientamento domestico intorno al requisito soggettivo della qualità di consumatore nei contratti di fideiussione²⁶. Il sopravvenuto *revirement* si è verificato in un momento successivo rispetto alla scadenza del termine per l'opposizione al decreto ingiuntivo, ovvero in un momento non più utile al consumatore per denunciare la vessatorietà delle clausole.

In disparte i casi italiani, in *Ibercaja Banco*²⁷, nella cornice del procedimento di *ejecución hipotecaria*, decorso il termine per l'opposizione alla vendita del bene ipotecato, il giudice dell'esecuzione aggiudicava l'immobile allo stesso creditore procedente. Pertanto, l'*Audiencia Provincial de Zaragoza* domandava al *Plateau Kirchberg* se il giudice dell'esecuzione potesse rilevare l'abusività della clausola nonostante l'inerzia dell'esecutato e la realizzazione dell'effetto traslativo della vendita coattiva a fare dell'aggiudicatario.

In *Impuls Leasing România*, avviata l'esecuzione forzata sulla base di titolo esecutivo stragiudiziale, l'esecutato proponeva opposizione e il giudice di quest'ultima rilevava d'ufficio la sussistenza di clausole abusive nel contratto di *leasing* posto a fondamento dell'esecuzione forzata²⁸. Senonché, l'art. 713, comma 2, del Codice di procedura civile romeno consente il rilievo officioso delle nullità da cui è affetto il titolo esecutivo stragiudiziale solo se non esistono o non sono più esperibili rimedi contrattuali per far valere il suddetto vizio. Talché, il giudice dell'esecuzione non avrebbe potuto rilevare d'ufficio la sussistenza di clausole abusive. Tale meccanismo, siccome foriero di violare il principio di effettività della tutela giurisdizionale consumeristica, è stato fatto oggetto del rinvio pregiudiziale del giudice romeno.

Infine, in *Unicaja Banco* si presentava il problema della rilevabilità d'ufficio della vessatorietà di una clausola, nonostante la formazione del giudicato interno derivante dalla mancata coltivazione dell'impugnazione ordinaria²⁹. L'istituto bancario concedeva un mutuo ipotecario, il cui tasso di interesse era fisso al 3,35% per il primo anno e poi variabile (Euribor a un anno + 0,52%), con una clausola di tasso minimo del 3%. Nel 2009 la banca applicava tale clausola, nonostante il calo dell'Euribor. Nel 2016 il mutuatario agiva contro l'istituto bancario per

²⁶ Sulla possibilità di qualificare come consumatore anche il fideiussore persona fisica il quale, pur svolgendo un'attività professionale, stipula un contratto di garanzia per finalità ad essa estranee, v. F. AZZARI, *Spigolature attorno alla definizione di "consumatore"*, in *Contratti*, 2021, p. 60 ss.; M. BELLINO, *La Cassazione supera la teoria del professionista di rimbalzo*, in *NGCC*, 4, 2020, p. 758 ss.; S. PAGLIANTINI, *La fideiussione consumeristica: cronaca di un misunderstanding all'italiana*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1, 2021, p. 106 ss.; A. ZURLO, *La qualifica consumeristica del fideiussore: il definitivo superamento della teorica della professionalizzazione di "rimbalzo"*, in *Riv. Dir. Risparmio*, 2020, I, p. 113 ss.

²⁷ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-600/19, *Ibercaja Banco*.

²⁸ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-725/19, *Impuls Leasing România*.

²⁹ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-869/19, *Unicaja Banco*.

ottenere la nullità della clausola e il rimborso degli importi versati in eccesso, sostenendo di non essere stata adeguatamente informata. Il Tribunale di primo grado di Valladolid accoglieva il ricorso con sentenza del 6 giugno 2016, dichiarando la clausola abusiva per mancanza di trasparenza e condannando la banca al rimborso, ma solo a partire dal 9 maggio 2013, in conformità con la giurisprudenza del *Tribunal Supremo*. La banca impugnava la condanna alle spese. L'*Audiencia Provincial de Valladolid*, con sentenza del 13 gennaio 2017, accoglieva l'appello, annullando la condanna alle spese senza modificare la decisione sul rimborso, trascurando di applicare il principio espresso in *Gutiérrez Naranjo*, che avrebbe imposto il rimborso integrale delle somme versate per clausole abusive³⁰. Il mutuatario impugnava la sentenza d'appello dinanzi al *Tribunal Supremo*, denunciando la violazione del principio di non vincolatività delle clausole abusive, mentre la banca eccepeva l'inammissibilità del ricorso, poiché l'appellante non aveva proposto impugnazione incidentale entro il termine di decadenza. Il *Tribunal Supremo*, nonostante la formazione del giudicato interno, sospendeva il procedimento e chiedeva alla Corte di Giustizia UE se i principi processuali nazionali, tra cui quello dispositivo e il divieto di *reformatio in pejus*, potessero impedire al giudice d'appello, investito solo del ricorso della banca, di disporre il rimborso integrale delle somme indebitamente pagate dal consumatore, peggiorando così la posizione del ricorrente.

3. La soluzione della Corte di giustizia: la tardività dell'opposizione non preclude il rilievo della nullità delle clausole abusive da parte del giudice dell'esecuzione

L'idea di fondo che innerva le sentenze del 17 maggio 2022 è la seguente: il sistema di tutela istituito a partire dalla direttiva 93/13/CEE si fonda sull'idea per cui il consumatore si trovi in una posizione di inferiorità nei confronti del professionista. Non solo l'asimmetria di forza negoziale, ma anche quella informativa giustifica la lettera dell'art. 6, par. 1, di detta direttiva, nella parte in cui prevede che le clausole abusive non vincolino i consumatori³¹. Tale disposizione mirerebbe al riequilibrio delle posizioni sperequate fra le parti, attraverso l'epurazione del contratto da quelle clausole che realizzano una sproporzione fra diritti e obblighi a favore del professionista.

³⁰ Si allude a Corte giust., 21 dicembre 2016, nelle cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo*, secondo cui l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE deve essere interpretato nel senso che osta ad una giurisprudenza nazionale che limiti nel tempo gli effetti restitutori legati alla dichiarazione giudiziale del carattere abusivo, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, di tale direttiva, di una clausola contenuta in un contratto stipulato fra un consumatore e un professionista, alle sole somme indebitamente versate in applicazione di una siffatta clausola successivamente alla pronuncia della decisione che ha accertato giudizialmente tale carattere abusivo. Per un commento adesivo alla pronuncia del *Kierchberg*, cfr. F. DE ELIZALDE-C. LESKINEN, *The control of terms that define the essential obligations of the parties under the Unfair Contract Terms Directive*: Gutiérrez Naranjo, in 55 *Common Market Law Review*, 2018, p. 1595 ss.

³¹ Corte giust., 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503 Srl e Banco di Desio e della Brianza SpA*, § 51.

Ciò premesso, è principio consolidato quello per cui il diritto europeo osta ad una normativa processuale nazionale che impedisca al giudice nazionale di rilevare d'ufficio l'abusività della clausole contenute nei contratti di consumo quando disponga degli elementi di fatto e diritto per procedere a tale scrutinio³². Altro è chiedersi se, nonostante la formazione del giudicato, il giudice dell'esecuzione possa rilevare d'ufficio l'eventuale carattere abusivo di dette clausole, nonostante la formazione del giudicato implicito sulla validità del contratto. La Corte di giustizia ha ritenuto che una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera virtualmente avvenuto³³ e coperto dall'autorità del giudicato, anche in assenza di motivazione sul punto, priva di contenuto l'obbligo incombente sul giudice nazionale di procedere ad un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali³⁴. Pertanto, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva è incompatibile con il mero controllo virtuale dell'insussistenza di clausole abusive e impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione, purché il giudice del monitorio non abbia congruamente motivato sul punto. Infatti, il principio di effettività, secondo la ricostruzione della Corte di giustizia, non può supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato: la motivazione circa l'assenza di clausole vessatorie consente al consumatore di ponderare l'opportunità dell'opposizione rispetto alla scelta di rimanere inerte, accettando il consolidamento della statuizione di condanna³⁵.

Più esplicito il ragionamento della Corte di giustizia in *Ibercaja Banco*: l'effettività della tutela del consumatore può ritenersi garantita a condizione che il giudice nazionale indichi espressamente nella sua decisione di autorizzazione all'esecuzione ipotecaria di aver proceduto ad un esame d'ufficio della validità del titolo, motivando, almeno sommariamente, intorno all'insussistenza di clausole abusive³⁶. Né tale rilievo incontra un limite nella vendita dell'immobile ipotecato: il principio di effettività impone che il consumatore possa far valere i propri diritti in un procedimento successivo al fine di ottenere il risarcimento del danno derivante dall'applicazione delle suddette clausole abusive³⁷.

³² Corte giust., 14 marzo 2013, in causa C-415/11, *Aziz*, § 46; Corte giust., 21 dicembre 2016, in causa riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo*, cit., § 58; Corte giust., 26 gennaio 2017, in causa C-421/14, *Banco Primus*, § 43. In dottrina, v. J. NIEVA-FENOLL, *I poteri d'ufficio del giudice nazionale europeo*, cit., p. 1235 ss.

³³ Riprendendo la terminologia utilizzata da A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, cit., p. 87 ss.

³⁴ Corte giust., 17 maggio 2022, in cause riunite C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503 Srl e Banco di Desio e della Brianza SpA*, § 65.

³⁵ Cfr. Corte giust., 1° ottobre 2015, in causa C-32/14, *ERSTE Bank Hungary*, § 62.

³⁶ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-600/19, *Ibercaja Banco*, § 51.

³⁷ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-600/19, *Ibercaja Banco*, § 58.

In *Impuls Leasing Romania* la Corte ha aggiunto un ulteriore tassello al mosaico della cedevolezza del giudicato nazionale anticonsumeristico: è contraria al diritto unionale una disciplina nazionale che non consente al giudice dell'opposizione all'esecuzione di valutare d'ufficio o su domanda del consumatore il carattere abusivo delle clausole di un contratto di consumo che costituisce titolo esecutivo, per il solo fatto che il giudice di merito possa essere investito di una distinta azione di diritto comune avente ad oggetto la validità del suddetto contratto, dal momento che quest'ultimo può sospendere il procedimento di esecuzione solo dietro versamento di una cauzione, la cui entità costituisce un non trascurabile controincentivo a carico del consumatore³⁸. In altri termini, la sussidiarietà in astratto fra l'opposizione di merito all'esecuzione e l'azione di merito volta ad ottenere la caducazione del contratto consumeristico, non deve produrre l'effetto di scoraggiare il consumatore dal proporre la seconda azione, con meccanismi disincentivanti quali ad esempio il versamento di una cauzione per ottenere la sospensione della vendita, essendo altrimenti violato il principio di effettività della tutela giurisdizionale in campo consumeristico.

In *Unicaja Banco* viene invece perimetrato il concetto di «completa passività» del consumatore ostativo al rilievo officioso in fase esecutiva della sussistenza di clausole abusive. Benché nel procedimento principale il consumatore non avesse proposto impugnazione incidentale per far valer il principio affermato in *Gutiérrez Naranjo* circa la ripetibilità degli interessi soprasoglia ritenuti dal professionista³⁹, secondo la Corte tale inerzia è imputabile alla circostanza che il termine entro il quale era possibile interporre appello o appello incidentale in base al diritto nazionale era già scaduto al momento della sopravvenienza dell'interpretazione autentica del diritto unionale; talché, la decadenza dall'impugnazione non sarebbe imputabile al consumatore, con l'implicazione che il giudice del secondo procedimento potrà rilevare d'ufficio l'abusività della clausola di quantificazione degli interessi e disporre la restituzione integrale delle somme indebitamente trattenute dall'istituto bancario, senza che a ciò vi osti il divieto di *reformatio in pejus*⁴⁰. Lo *ius superveniens* "iperretroattivo" rappresentato dalla sentenza *Gutiérrez Naranjo* è tale da superare la preclusione da giudicato interno derivante dalla mancata proposizione dell'impugnazione incidentale, consentendo al consumatore di ottenere la ripetizione dell'indebito.

³⁸ Corte giust., 17 maggio 2022, causa C-725/19, *Impuls Leasing România*, § 60.

³⁹ Corte giust., 21 dicembre 2016, in causa riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo*.

⁴⁰ Corte giust., 17 maggio 2022, causa C-869/19, *Unicaja Banco*, § 40. Dell'esistenza del suddetto principio nel nostro ordinamento è lecito dubitare, dal momento che non risulta ancorato a nessun fondamento di diritto positivo ed anzi è ben possibile che la sentenza d'appello sia meno favorevole all'unico appellante, come nel caso in cui sia accolta l'impugnazione del rigetto della domanda in rito, ma la domanda risulti comunque infondata nel merito (sul tema, v. per gli opportuni approfondimenti, N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, p. 270 ss. e 338 ss.).

3.1. I limiti alla cedevolezza del giudicato anticonsumeristico

Prima di passare alle diverse letture che la dottrina ha offerto delle sentenze del 17 maggio 2022, può ancora osservarsi che l'esclusione della formazione del giudicato implicito sul deducibile o la cedevolezza del giudicato interno formatosi a causa di "un'inconsapevole acquiescenza" discende dall'inidoneità della disciplina processuale interna ad assicurare l'effettività del diritto unionale. Il consumatore deve essere messo in condizione di contestare la motivazione spesa dal giudice della fase sommaria circa l'assenza di clausole vessatorie⁴¹; se alcun vaglio esplicito in tal senso è stato svolto, il consumatore potrebbe addirittura essere disincentivato alla proposizione dell'opposizione, non avendo concretamente contezza del ragionamento svolto dal giudice del monitorio. L'idea che la protezione assicurata dal diritto unionale non si estenda anche al consumatore "dormiente" – in piena e severa applicazione dell'antica saggezza: «*non dormientibus, sed vigilantibus leges succurrunt*» – è stata confermata in *ERB New Europe Funding II c. YI*⁴², in cui il *Plateau Kirchberg* l'occasione di perimetrare l'ambito di applicazione delle sentenze del 17 maggio 2022: l'obbligo del controllo d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali da parte del giudice nazionale è giustificato dall'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla protezione dei consumatori, di talché un controllo efficace dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali non potrebbe essere garantito se l'autorità di cosa giudicata riguardasse anche le decisioni giurisdizionali che non danno atto di un siffatto controllo. Per contro, tale tutela sarebbe garantita se, nel caso concreto, il giudice nazionale del secondo processo *de eadem re*, constataste che, nel corso del primo, il giudice competente aveva effettuato il controllo del carattere eventualmente abusivo delle clausole del contratto in questione e che tale esame, motivato per lo meno sommariamente, non aveva rivelato l'esistenza di alcuna clausola abusiva, e che il consumatore era stato debitamente informato del fatto che, ove non avesse coltivato il gravame entro il termine fissato dal diritto nazionale, sarebbe decaduto dalla possibilità di far valere l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. Secondo la Corte di giustizia, l'esito sfavorevole di un controllo effettivo del carattere eventualmente abusivo delle clausole contrattuali non può costituire, di per sé, un elemento idoneo a mettere in discussione il principio dell'autorità di cosa giudicata⁴³. Pertanto, è l'assenza di motivazione circa l'assenza di clausole vessatorie nel contratto addotto dal professionista a fondamento della propria pretesa che consente di escludere la formazione del giudicato sul deducibile ovvero sulla sussistenza del rapporto contrattuale. A tal proposito, è stato osservato che l'impatto delle sentenze della Corte di giustizia sul nostro ordinamento, nella parte in cui subordinano la formazione del giudicato implicito sul rapporto ad un'esplicita motivazione

⁴¹ Così anche A. M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, cit., p. 92.

⁴² Corte giust., 7 novembre 2024, in causa C-178/23, *ERB New Europe Funding II c. YI*.

⁴³ Corte giust., 7 novembre 2024, in causa C-178/23, *ERB New Europe Funding II c. YI*, cit., § 41.

intorno al carattere non abusivo delle clausole contenute in un contratto del consumatore, «sembra [...] concernere non tanto l'informazione resa preventivamente alle parti, [...] quanto l'informazione trasmessa al giudice successivo, ossia quello dinanzi al quale si applicano gli effetti preclusivi⁴⁴». Il giudice del monitorio, al pari di quello di primo grado nei giudizi a cognizione piena, attraverso la motivazione circa l'assenza di clausole vessatorie informa il giudice dell'eventuale opposizione, del gravame o quello dell'esecuzione della sussistenza dei presupposti per l'accoglimento del ricorso⁴⁵, onerando il resistente di superare la prima deliberazione in ordine all'assenza di dette clausole, ma pur sempre mettendolo in condizione di censurarla; talché, qualora il decreto ingiuntivo o la sentenza di primo grado non siano affatto motivate e il consumatore non spieghi opposizione, questi non consuma definitivamente il deducibile, proprio perché il giudicato si forma esclusivamente sulla sussistenza del diritto di credito, ma non anche sulla validità del rapporto fondamentale, non essendovi un esplicito riscontro di tale vaglio in motivazione.

In ogni caso, la cedevolezza del giudicato anticonsumeristico incontra un limite nell'aggiudicazione del cespite staggito ovvero nell'affidamento riposto dall'aggiudicatario nella stabilità della vendita forzata⁴⁶. All'esito di un giudizio di bilanciamento fra l'effettività della tutela giurisdizionale del consumatore e il principio dell'affidamento dell'aggiudicatario sulla legittimità della procedura espropriativa, funzionale anche alle esigenze di certezza relative alla circolazione giuridica, il *Plateau Kirchberg* sembra ritenere prevalente il secondo: lo *ius superveniens* rappresentato dalla sentenza *Ibercaja Banco* non è dotato di quella particolare efficacia "iperretroattiva" tale da superare la preclusione del deducibile, venendo in gioco un opposto principio, anch'esso di intonazione comunitaria e costituzionale, che ne limita il vigore. Tuttavia, la decisione ingiusta di autorizzazione alla vendita, il cui contrassegno è il mancato rilievo dell'abusività della clausola di previsione di interessi moratori soprasoglia, assurge a fatto illecito, fonte di un danno ingiusto risarcibile, secondo una logica compensativa del danno subito dal consumatore per l'espropriazione illegittima.

4. Accoglienza in dottrina delle sentenze del 17 maggio 2022: apocalittici vs integrazionisti

La dottrina italiana, salvo alcune eccezioni, ha riservato un'accoglienza tiepida ai principi enunciati dalla Corte di giustizia intorno alla cedevolezza del giudicato in materia consumeristica.

⁴⁴ A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, cit., p. 300.

⁴⁵ V. ancora A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, cit., p. 301.

⁴⁶ Nel senso che il risultato dell'esecuzione forzata produce una preclusione *pro iudicato*, v. S. SATTA, *Commentario al Codice di procedura civile*, cit., p. 216 ss.; C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano 1955, p. 546 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano 1957, p. 198-99; R. ORIANI, *Opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, p. 60-61.

È stato osservato che le sentenze del 17 maggio 2022 possono essere lette in maniera apocalittica⁴⁷ o integrata⁴⁸. Infatti, le conclusioni raggiunte dai Giudici del Lussemburgo possono apparire sia la naturale evoluzione di principi già enunciati in altre sedi, come nel particolare settore degli aiuti di Stato alle imprese, sia la conferma dell'irreversibile "crisi del giudicato", la quale, benché originariamente confinata alle materie di competenza esclusiva unionale, oggi sconfina nell'ambito consumeristico, imponendo una radicale rimeditazione della teoria generale del giudicato.

Nel prosieguo analizzeremo partitamente le due opposte visioni.

4.1. Segue: la visione apocalittica

Secondo i fautori della lettura apocalittica, lo "sciame" di sentenze del 17 maggio 2022 avrebbe portato a segno un colpo fatale all'idea dell'intangibilità del giudicato implicito⁴⁹. Le criticità dell'intervento del *Plateau Kirchberg* andrebbero individuate nella creazione di un istituto pretorio non inquadrabile entro categorie concettuali nazionali⁵⁰, dal momento che è pacifica l'esclusione di una cognizione sulla validità del titolo esecutivo giudiziale dinanzi al

⁴⁷ Come fatto da P. BERTOLLINI, *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore: considerazioni a margine di due interessanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, cit.; F. DE STEFANO, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di giustizia dell'U.E.*, in www.giustiziainsieme.it, 24 febbraio 2023; I. FEBBI, *La Corte di Giustizia Europea crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*; F. MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo "res iudicata pro veritate habetur" nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, cit.; S. MINAFRA, *L'autorità di giudicato del decreto ingiuntivo non opposto e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte di giustizia*, cit.; G. SCARSELLI, *La tutela del consumatore secondo la Cgue e le sezioni unite, e lo Stato di diritto secondo la civil law*, cit.

⁴⁸ Riprendendo la dicotomia sviluppata da A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: l'intervento della Corte di Giustizia*, cit., p. 301. Nel senso che le sentenze del 17 maggio 2022 non sconvolgerebbero la teoria generale dei limiti oggettivi del giudicato, v. L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 57 ss.; S. CAPORUSSO, *Attendendo le Sezioni Unite: appunti su tutela consumeristica, certezza del diritto e latitudine dei poteri officiosi*, in *Accademia*, 1, 2023, p. 139 ss.; C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, in *Giur. it.*, 5, 2023, p. 1054 ss., spec. 1058; E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, cit.; D. U. GALLETTA-M. GIAVAZZI, *Nozione di giudicato, giudicato implicito e limiti all'autonomia processuale degli Stati membri UE (nota a margine della sentenza in cause riunite C-693/19 e C-831/19, 17 maggio 2022)*, in *Osservatorio costituzionale*, 6, 2022, p. 97 ss.; D. MICALI, *Le ricadute sul sistema processuale italiano delle pronunce della Corte di giustizia UE 16 maggio 2022*, cit.; G. RAITI, *Non compatibile con l'ordinamento UE il giudicato nazionale implicito sulla questione di vessatorietà delle clausole dei contratti consumeristici*, in *Ridare*; C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., p. 63 ss.; E. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti: il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell'Unione europea*, cit.; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, cit. p. 2126 ss.

⁴⁹ F. MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo "res iudicata pro veritate habetur" nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, cit., p. 2.

⁵⁰ Nello stesso senso, P. BERTOLLINI, *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore: considerazioni a margine di due interessanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, cit., p. 4.

giudice dell'esecuzione, a differenza dei titoli esecutivi stragiudiziali, tra i quali non può certamente essere noverato il decreto ingiuntivo⁵¹. Inoltre, l'efficacia "iperretroattiva" delle decisioni della Corte di giustizia corroderebbe irreversibilmente l'irretrattabilità del giudicato, la quale, stando all'ordinamento interno, non sarebbe intaccata nemmeno dalla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma posta a fondamento della decisione⁵². Infine, la cedevolezza del giudicato implicito anticonsumeristico non offrirebbe una soluzione alla diversa ipotesi in cui il consumatore abbia coltivato l'opposizione a decreto ingiuntivo ma, in quella sede, non sia stata rilevata la nullità della clausola abusiva.

A tutti questi argomenti pare potersi replicare come segue. L'idea che le categorie concettuali domestiche siano atemporali e intangibili non regge alla prova del budino. La stessa giurisprudenza nazionale, in più occasioni, ha aggirato la tendenziale separatezza tra cognizione ed esecuzione, ammettendo che la questione di nullità del contratto posto a fondamento dell'esecuzione forzata, in assenza di un'esplicita statuizione circa la sua validità da parte del giudice della cognizione, potesse essere rilevata anche in tale sede, a condizione che i motivi di opposizione risultassero particolarmente fondati, al fine di evitare che l'espropriazione forzata potesse condurre ad un risultato fondamentalmente ingiusto, reiterando l'errore del primo giudice⁵³. Se si guarda al caso milanese *SPV Project 1503 c. YB*, il rischio di licitare una pratica di interessi moratori usurari ha indotto il giudice a ritenere scusabile l'errore del consumatore, tant'è che la questione è stata rilevata officiosamente e il giudice stesso ha invitato l'esecutato ad avvalersi della nullità di protezione. È l'apparenza di fondatezza della questione di nullità che consente di ritenere scusabile l'inerzia del consumatore, confortando l'assunto di partenza secondo cui la preclusione del deducibile non vada presa troppo sul serio in caso di evidente fondatezza della contestazione. Inoltre, almeno con riferimento ai casi milanesi, si fatica ad intravedere l'efficacia "iperretroattiva" delle decisioni della Corte di giustizia: non pare infatti che il *Plateau Kirchberg* muova dal presupposto per cui il giudicato implicito si sia validamente formato sulla sussistenza del rapporto fondamentale successivamente alla mancata opposizione del consumatore. Corrisponde invece all'impianto motivazionale delle sentenze in analisi la diversa idea della "cedevolezza occulta", per cui esigenze di giustizia della decisione consentono alla giurisprudenza di perimetrare *à la carte* i limiti oggettivi del giudicato per contenerne gli effetti preclusivi, quando la consumazione del deducibile possa sostanziare un'intollerabile

⁵¹ F. MARCHETTI, *Note a margine di Corte di Giustizia UE, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19), ovvero quel che resta del brocardo "res iudicata pro veritate habetur" nel caso di ingiunzioni a consumatore non opposte*, cit., p. 5; nello stesso senso v. I. FEBBI, *La Corte di Giustizia Europea crea scompiglio*, cit., p. 3 ss.

⁵² F. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 8.

⁵³ Cfr., per esempio, Trib. Monza, 25 luglio 2015, ha affermato che la rilevanza del divieto penale di usura osta all'esecuzione forzata di pretese creditorie per interessi usurari, quantunque sancite da un decreto ingiuntivo non opposto. Assai critico contro questo modo di procedere, M. STELLA, *Paralisi dell'actio iudicati per contrarietà al divieto di usura?* in *Giur. it.*, 11, 2015, p. 2370 ss.; v. anche *Id.*, *Intervento*, in *La crisi del giudicato*, cit., p. 371.

ingiustizia, a condizione che i criteri di tale operazione di dimensionamento siano resi palesi e sottoposti al discorso critico, secondo una concezione modernamente intesa di soggezione del giudice alla legge⁵⁴. Il criterio tecnico di orientamento del suddetto potere decisionale è stato reso esplicito dalla Corte di giustizia: la questione della validità delle clausole abusive processuali, al pari di quelle sostanziali, nella misura in cui rendono più difficile l'esercizio dei diritti riconosciuti al consumatore, non risulta coperta dall'autorità di cosa giudicata quando il giudice del monitorio ha solo implicitamente statuito sulle stesse, con la conseguenza che il giudice dell'opposizione, anche in caso di tardività, può accertarne la nullità, non essendovi alcuna statuizione irretrattabile implicita sulla validità del contratto. Può invece riconoscersi un'efficacia "iperretroattiva" alla decisione resa in *Unicaja Banco*⁵⁵, ma se si tiene in debita considerazione la specificità del caso concreto, la cedevolezza del giudicato interno finisce per operare in maniera non diversa da una più tollerabile rimessione in termini da *overruling* giurisprudenziale⁵⁶, siccome l'effetto pratico della pronuncia è stato quello di consentire al consumatore di domandare la ripetizione degli interessi indebitamente trattenuti dall'istituto di credito sulla base di una decisione della Corte di giustizia sopravvenuta al decorso dei termini per proporre l'impugnazione incidentale. Peraltro, potrebbe giungersi alle stesse conclusioni senza scomodare l'iperretroattività, considerando che il *petitum* restitutorio è un *petitum* monetario, con l'implicazione che la cognizione incidentale del secondo giudice sulla sussistenza della clausola abusiva può anche essere intesa come scrutinio dell'ingiustizia del danno patito dal consumatore, certamente non precluso dalla formazione del giudicato interno, secondo la più tranquillizzante regola espressa in *Köbler*⁵⁷.

Secondo altri, dal combinato disposto degli artt. 633 e 634 c.p.c. emergerebbe «chiaramente che, per ottenere un provvedimento di ingiunzione, l'istante deve essere titolare di un diritto di credito», con l'implicazione che il giudice del monitorio deve necessariamente verificare la validità del titolo sottostante alla pretesa azionata dal ricorrente prima di emettere il decreto ingiuntivo⁵⁸. Inoltre, si è detto che il *vulnus* recato dalle sentenze del 17 maggio 2022 ai

⁵⁴ Nel senso per cui il principio di legalità operi di fatto come criterio di controllo della condivisibilità razionale della regola applicata dal giudice alla luce dei principi generali dell'ordinamento giuridico, v. A. GIUSSANI, *Intorno alla «riflessione» del giudicato contro il terzo*, cit., p. 1197.

⁵⁵ Corte giust., 17 maggio 2022, causa C-869/19, *Unicaja Banco*.

⁵⁶ L'idea che la sopravvenienza delle sentenze del 17 maggio 2022 operi in guisa di «causa non imputabile», utile ad ottenere una forma impropria di rimessione in termini, *sub specie* di ammissibilità dell'opposizione ancorché tardiva, si rinviene già Trib. Milano, 17 gennaio 2023, n. 298, in *Giur. it.*, 1, 2024, p. 94, su cui v., *si vis*, la nostra nota adesiva, G. DE CESARE, *I rimedi contro il giudicato anticonsumeristico: il Tribunale di Milano dice la sua*.

⁵⁷ Cfr. Corte giust., 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 62 ss., con nota di P. BIAVATI, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, in cui per la prima volta il giudicato comunitariamente ingiusto è stato trattato alla stregua di un fatto illecito risarcibile.

⁵⁸ I. FEBBI, *La Corte di Giustizia Europea crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, cit., p. 2.

principii della certezza del diritto e dell'affidamento della parte vincitrice sull'esito del processo potrebbe addirittura stimolare la sollevazione dei "controlimiti", postulandosi l'intonazione costituzionale della tutela del giudicato, ancorché formatosi implicitamente⁵⁹.

Ci sembra di poter obiettare che dal combinato disposto degli artt. 633 e 634 c.p.c. non possa ricavarsi alcun argomento a favore dell'estensione della cognizione del giudice del monitorio sull'intero rapporto. L'art. 633 c.p.c. descrive le condizioni di accesso alla tutela monitoria, come risulta molto chiaramente dal successivo art. 634 c.p.c., nella parte in cui individua alcune «prove scritte idonee a norma del numero 1) dell'articolo precedente». In altri termini, gli artt. 633 e 634 c.p.c. circoscrivono i «presupposti processuali speciali» di accesso alla tutela monitoria, la cui sussistenza deve essere accertata dal giudice del monitorio affinché possa essere accolta la richiesta di ingiunzione⁶⁰. Tant'è che la mancanza di queste speciali condizioni di accesso alla tutela monitoria non priva l'attore della possibilità di far valere la stessa azione in un altro processo. A norma dell'art. 640, comma 3, c.p.c., la pronuncia del giudice di rigetto della pretesa monitoria non nega il diritto del creditore a ottenere la condanna del debitore, ma nega soltanto che il creditore possa raggiungere questo suo scopo nella forma semplificata del procedimento monitorio; dichiara non già che al creditore non spetti il bene della vita cui egli aspira, ma che non possa essere ottenuto attraverso le più sollecite vie del procedimento monitorio⁶¹. Talché, da nessuna norma specificamente dettata a proposito del rito monitorio può trarsi l'idea per cui il giudice della fase sommaria conosca sempre, ancorché implicitamente, del rapporto fondamentale quando pronuncia l'ingiunzione⁶².

Né pare potersi seriamente sostenere l'argomento dei "controlimiti". Infatti, non sembra potersi attribuire intonazione costituzionale anche al giudicato implicito, il quale potrebbe al più trovare una giustificazione nelle esigenze di economia processuale che talora è idoneo a soddisfare⁶³. Infatti, nei sistemi giuridici in cui l'ordinamento della magistratura è più burocratizzato, come quelli dell'Europa continentale, il fondamento del potere giudiziario si suole rinvenire nella sua dimensione tecnica, oltre che nell'indipendenza e nella trasparenza

⁵⁹ I. FEBBI, *La Corte di Giustizia Europea crea scompiglio: il superamento del giudicato implicito nel provvedimento monitorio*, cit., p. 4; v. anche F. DE STEFANO, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di giustizia dell'U.E.*, in www.giustiziainsieme.it, 24 febbraio 2023, secondo cui le sentenze del *Kierchberg* sono astrattamente idonee da integrare una «sovversione della stabilità dell'ordinamento nazionale»; allude ai controlimiti anche G. SCARSELLI, *La tutela del consumatore secondo la Cgue e le sezioni unite, e lo Stato di diritto secondo la civil law*, cit., p. 7 ss., salvo poi precisare che è comprensibile la scelta di evitare un braccio di ferro con la Corte di giustizia.

⁶⁰ Cfr. P. CALAMANDREI, *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, cit., p. 52 ss.

⁶¹ Nel senso che la pronuncia di rigetto per insussistenza dei presupposti speciali di accesso alla tutela monitoria vada equiparata ad una sentenza di assoluzione dall'osservanza del giudizio ovvero ad una sentenza di contenuto puramente processuale, v. E. GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 83 ss. Più di recente, nel senso che la cognizione sia estesa al merito del rapporto, ma soltanto in via incidentale, v. A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., p. 254 ss.

⁶² Come ribadito da B. CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, cit., p. 1.

⁶³ A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, cit., p. 1568.

del suo operato⁶⁴. Atteso che la preclusione da giudicato implicito tradisce un atteggiamento tutt'altro che trasparente, dal momento che per la parte da essa pregiudicata è finanche difficile prevedere su che cosa si formerà, la sollevazione dei "controlimiti" non pare poter essere strumentalizzata per salvare dall'intervento di funzionalizzazione del diritto europeo un istituto⁶⁵, come il giudicato implicito, espressione di un potere assai discrezionale e opaco, che finisce per sottrarre al discorso critico, non essendovi motivazione sul punto, i criteri di esercizio del suddetto potere, in aperta violazione del principio di legalità della decisione⁶⁶. Nello stesso equivoco è caduta quella dottrina che ha sottolineato la mancanza di «consistency» delle sentenze del 17 maggio 2022, le quali, da un lato, imporrebbero ai giudici nazionali l'obbligo di rilevare officiosamente, anche in fase esecutiva, la sussistenza di clausole vessatorie non rilevate dal giudice del monitorio, dall'altro, però non dicono in che modo ciò debba avvenire, senza specificare quanto analitica debba essere la motivazione intorno all'insussistenza delle suddette clausole⁶⁷. Senonché, la Corte si è limitata ad indicare la necessità di una motivazione espressa sul punto, ma è evidente che i singoli Stati membri sono liberi di imporre oneri più o meno dettagliati di motivazione, in ossequio al principio di autonomia processuale⁶⁸. Ed anzi l'intervento del *Plateau Kirchberg* deve salutarsi con favore proprio perché ha cercato di superare la prassi della giurisprudenza italiana di emettere decreti ingiuntivi senza svolgere alcuno scrutinio sulla validità del contratto posto a fondamento della richiesta di ingiunzione⁶⁹. Piuttosto, dovrebbe forse prendersi atto che la

⁶⁴ Sul tema, v. le classiche considerazioni di M. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986, p. 18 ss.

⁶⁵ Così E. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordinamenti: il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell'Unione europea*, cit.; nello stesso senso, S. CAPORUSSO, *Attendendo le Sezioni Unite: appunti su tutela consumeristica, certezza del diritto e latitudine dei poteri officiosi*, in *Accademia*, 1, 2023, p. 139 ss., spec. 148.; nonché L. DE PROPRIIS, *Considerazioni sparse sulla tutela transfrontaliera del consumatore nello spazio giudiziario europeo*, in *La nuova giuridica*, 1, 2024, p. 79 ss., spec. 89.

⁶⁶ Per queste riflessioni, si rinvia ad A. GIUSSANI, *Intorno alla «riflessione» del giudicato contro il terzo*, cit., p. 1196. Sul tema, v. le considerazioni di M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 11.

⁶⁷ A. TURMO, "A new chapter in the saga of national res judicata and the effectiveness of EU Law: Confirming the trend towards increasing encroachments upon domestic procedural law", cit., p. 5.

⁶⁸ Purché sia raggiunta la soglia minima che consente di ritenere attuata la tutela consumeristica imposta dalla direttiva 93/13/CEE, come recentemente sottolineato da Corte di giustizia, 29 febbraio 2024, in causa C-724/22, *Investcapital LTD*, § 52, ove si legge che «l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, letto alla luce del principio di effettività, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che, a causa della decadenza, non consente al giudice investito dell'esecuzione di un'ingiunzione di pagamento di controllare, d'ufficio o su istanza del consumatore, l'eventuale carattere abusivo delle clausole contenute in un contratto di credito stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora un siffatto controllo sia già stato effettuato da un giudice nella fase del procedimento d'ingiunzione di pagamento, purché tale giudice abbia individuato, nella sua decisione, le clausole che sono state oggetto di tale controllo, abbia esposto, anche solo sommariamente, le ragioni per le quali dette clausole non avevano carattere abusivo e abbia indicato che, in mancanza dell'esercizio, entro il termine impartito, dei mezzi di ricorso previsti dal diritto nazionale contro la decisione in parola, il consumatore sarà decaduto dalla possibilità di far valere l'eventuale carattere abusivo di dette clausole». In dottrina, nello stesso senso, cfr. A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁹, cit., p. 1056 ss.

⁶⁹ A. M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, cit., p. 88.

funzionalizzazione degli istituti processuali interni, non da ultimo del giudicato, impone di ripensare le scelte politiche sottese alla base dei riti speciali. È evidente che nell'ideologia del legislatore del 1941, i riti speciali disciplinati dal libro IV del Codice di rito, rispondessero alla sola logica del *favor creditoris*: la possibilità per il creditore o per il proprietario di ottenere, attraverso un giudizio a cognizione sommaria, un titolo esecutivo utile all'espropriazione forzata o all'esecuzione in forma specifica, avvalendosi di prove privilegiate e in tempi assai più brevi di quelli propri del rito ordinario di cognizione, rappresenta un chiaro privilegio di classe. Per dirla alla prussiana: «*beati possidentes*». Tuttavia, l'evoluzione ordinamentale converge, da almeno un cinquantennio, anche verso l'estremo opposto: il *favor debitoris*. Di questa esigenza, almeno nel settore consumeristico, s'è fatta interprete l'Unione europea, come si evince assai chiaramente dall'art. 7 della direttiva 93/13/CEE, nella parte in cui impone agli Stati membri di adottare misure efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti di consumo. Tale obiettivo non pare raggiungibile se non ripensando il tradizionale *favor creditoris* anche in materia processuale: che la preclusione del deducibile possa tornare a vantaggio del professionista, pur avendo questo praticato clausole abusive, non è tollerabile; talché, l'espunzione dai limiti oggettivi del giudicato monitorio del rapporto fondamentale, quando il giudice non abbia esteso, attraverso la motivazione, la propria cognizione anche ad esso, è soluzione comunitariamente imposta che lascia scorgere all'orizzonte un passaggio dal contratto allo *status* anche in materia processuale⁷⁰.

Bisognerebbe avere il coraggio di ammettere che nei rapporti sperequati nessun procedimento sommario e accelerato può risultare integralmente soddisfacente, specie se la speditezza è prevista nell'interesse della sola parte forte, e che tale celerità richiede sempre un contrappeso, inevitabilmente da individuarsi in un forte attivismo, anzitutto (ma non solo) istruttorio, del giudice, oltre che nel contenimento di quei meccanismi, tra cui la preclusione da giudicato implicito, che *de facto* consentono di perpetuare l'ingiustizia.

4.2. Segue: la visione integrata

Come accennato, le sentenze del 17 maggio 2022 si prestano anche ad una lettura integrata. Atteso che le sentenze gemelle originano da un rinvio pregiudiziale, non bisogna cadere nell'errore di pensare che i principi espressi valgano indiscriminatamente sotto il profilo oggettivo, trattandosi di pronunce che risolvono un quesito interpretativo, il cui principio può essere applicato esclusivamente *in consimili casu*, dal momento che l'oggetto del procedimento pregiudiziale non è la norma unionale, bensì il concreto quesito rimesso alla Corte, per come individuato dal giudice del rinvio con riferimento agli elementi di fatto e di

⁷⁰ La contrapposizione risale allo storico studio del H.S. MAINE, *Ancient Law. Its connection with the early history of Society and its relation to modern ideas*, London, 1861, che qui si consulta nella traduzione italiana di V. FERRARI, *Diritto antico*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 91 ss. Sul tema, v. anche le fondamentali riflessioni di P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, p. 209 ss.; G. ALPA, *Status e capacità giuridica*, in *Vita not.*, 1992, p. 433 ss.

diritto presenti nella vicenda nazionale⁷¹. Se si tiene a mente il principio enunciato in *Asturcom*⁷², secondo cui in sede di esecuzione del lodo arbitrale reso in contumacia del consumatore non è possibile rilevare l'abusività della clausola compromissoria, dovendosi sollevare tale contestazione attraverso l'impugnazione del lodo, si deve diffidare da quelle letture che vedono nelle sentenze della Grande Camera un mero slittamento della preclusione del deducibile dalla sede di formazione del titolo a quella dell'opposizione all'esecuzione. Alla base del ragionamento condotto dalla Corte si annida l'effettività della garanzia del contraddittorio: solo la parte che si difende attivamente o che è messa in condizione di farlo consuma il deducibile⁷³. Il pieno effetto preclusivo del giudicato presuppone che la facoltà di esercizio del contraddittorio abbia preceduto, e non soltanto ipoteticamente seguito, la formazione del giudicato. Inoltre, è appena il caso di rilevare che le tradizionali riserve nei confronti della possibilità di applicare la regola del «fare stato ad ogni effetto» al provvedimento reso *inaudita altera parte*⁷⁴, all'esito di una cognizione sommaria, in quanto superficiale, concernono l'impossibilità di dedurre le questioni pregiudiziali dinanzi al giudice del monitorio⁷⁵. Pertanto, l'idea che l'effetto preclusivo possa prodursi a condizione che nel decreto ingiuntivo non opposto la questione venga affrontata in motivazione induce a ritenere che tale effetto sia subordinato all'espressa considerazione della questione nel provvedimento sommario⁷⁶. In altri termini, l'onere di motivazione intorno all'assenza di

⁷¹ Sul tema dell'oggetto del rinvio pregiudiziale, v. E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012, p. 236 ss.; v. anche, limitatamente alle sentenze in esame, C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., p. 81.

⁷² Corte giust., 6 ottobre 2009, in causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*.

⁷³ V., in tal senso, condivisibilmente, D. MICALI, *Le ricadute sul sistema processuale italiano delle pronunce della Corte di giustizia UE 16 maggio 2022*, cit., p. 8; E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 5 ss.

⁷⁴ Un ulteriore argomento a favore dell'esclusione di una piena equiparazione della latitudine degli effetti preclusivi del decreto ingiuntivo e della sentenza può trarsi dalla giurisprudenza di legittimità che esclude, nell'ambito del procedimento di liquidazione giudiziale, l'ammissione al passivo con riserva del creditore che, a riprova dell'esistenza del suo diritto, produca non una sentenza ancora impugnabile, bensì un decreto ingiuntivo ancora opponibile (cfr., tra le tante, Cass. 27 ottobre 2020, n. 23474; Cass. 3 settembre 2018, n. 21583; Cass. 10 ottobre 2017, n. 23679; Cass. 27 maggio 2017, n. 23679; Cass. 25 maggio 2014, n. 11811; Cass. 12 febbraio 2013, n. 3401; Cass. 23 dicembre 2011, n. 28553; Cass. 31 ottobre 2007, n. 22959).

⁷⁵ Nel senso che la formazione del giudicato implicito contrasterebbe con alcuni principi fondamentali del nostro ordinamento processuale, tra cui quello della ragione più liquida, quello del contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio, oltre al principio dispositivo e all'irritualità di una decisione senza motivazione, v. già E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, p. 245 ss.; più di recente, si vedano le serrate critiche rivolte da F. P. LUISO, *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium*, 2, 2019, p. 181 ss.; A. PANZAROLA, *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, in *ivi*, 3, 2019, p. 307 ss.; S. RECCHIONI, *Rapporto giuridico fondamentale, pregiudizialità di merito c.d. logica e giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2018, p. 1598 ss., spec. 1610; M. PACILLI, *Quando (non) si forma il giudicato di merito implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2022, p. 909 ss., spec. 923 ss.

⁷⁶ Sul punto v. L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 68, secondo cui solo in caso di espressa presa di posizione del giudice del monitorio circa l'insussistenza di clausole vessatorie l'inerzia del consumatore potrà ritenersi colpevole.

clausole abusive comporterebbe un considerevole ampliamento della tutela del contraddittorio, sia sotto il profilo dell'ambito di applicazione, abbracciando non solo le questioni esplicitamente rilevate d'ufficio, ma anche quelle almeno implicitamente rilevate⁷⁷, sia rispetto alle conseguenze giuridiche, dal momento che la deduzione del vizio della sentenza della "terza via" è generalmente preclusa dalla formazione del giudicato⁷⁸. Pertanto, la lettura della Corte di giustizia farebbe eco a diffuse concezioni circa l'inconsistenza della categoria concettuale della pregiudizialità in senso logico: il giudicato si formerebbe su tutte le questioni idonee a definire il giudizio, purché siano state effettivamente discusse e decise nel primo processo, dal momento che l'art. 34 c.p.c. sembrerebbe limitare gli effetti della cognizione sulla questione pregiudiziale al giudizio in corso quando né la legge né la domanda esplicita delle parti impongano un accertamento incidentale⁷⁹. Inoltre, tale limitazione della preclusione del deducibile in ragione della mancata stimolazione del contraddittorio sulla questione pregiudiziale risponde ad una regola efficiente e non meccanica che, ai fini della perimetrazione dei limiti oggettivi del giudicato, prende in considerazione almeno l'esigibilità in concreto della sollevazione della questione nel precedente giudizio alla luce delle questioni effettivamente prospettatesi e rinvenibili in motivazione⁸⁰.

Ma non solo. La mancata preclusione del deducibile concerne non qualsivoglia questione, bensì solo quelle rilevabili d'ufficio, con l'implicazione che la mancata opposizione al decreto ingiuntivo preclude la deduzione delle questioni non rilevabili d'ufficio, nonostante l'intimato non ne sia in alcun modo avvertito, non potendosi sul punto ravvisare una pronuncia implicita. Sicché, oltre al rafforzamento della garanzia del contraddittorio, le decisioni della Corte di giustizia incidono anche sulle modalità di esercizio della fase decisoria: viene superata l'idea, invero già estranea al diritto unionale⁸¹, per cui la portata del giudicato si identifichi nel solo

⁷⁷ Sul ruolo attivo del giudice, cfr. D. MICALI, *Le ricadute sul sistema processuale italiano delle pronunce della Corte di giustizia UE 16 maggio 2022*, cit., p. 9.

⁷⁸ A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: l'intervento della Corte di Giustizia*, cit., p. 299.

⁷⁹ Per questa impostazione, cfr. V. DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, cit., 1969, p. 215 ss.; *Id.*, *Questioni pregiudiziali*, in *Dig. it.*, IV, *disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino 1997, p. 158 ss.; *Id.*, *Dall'azione al giudicato: temi del processo civile*, Padova, 1983, p. 89 ss.; M. TARUFFO, *"Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni*, II, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 288 ss.; L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova 1980, p. 187 ss.; D. VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova 2007, p. 331 ss. e 402 ss.

⁸⁰ Sulla variabilità dell'ambito oggettivo del giudicato monitorio in materia consumeristica, v. E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 6.

⁸¹ Si allude a Corte giust., 15 novembre 2012, in causa C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung A G c. Samskip GmbH*, in *Foro it.*, 2013, IV, 32, con nota di E. D'ALESSANDRO, *Pronunce declinatorie di giurisdizione: la corte di giustizia impone limiti di efficacia europei*; in *Int'l Lis*, 2014, p. 16 ss., con nota di D. DALFINO, *Un giudicato «europeo» sulla competenza giurisdizionale?*; in *Dir. comm. internaz.*, 2013, p. 1085 ss. con nota di A. HENKE, *Verso una nozione europea di res iudicata: l'efficacia extraprocessuale della declinatoria di giurisdizione e il giudicato sui motivi*.

dispositivo⁸². Benché costituisca insegnamento condiviso quello per cui la portata del giudicato di rigetto si possa identificare solo attraverso la motivazione, nella tradizionale logica privatistica la motivazione viene utilizzata per comprendere la portata del dispositivo, non anche per attribuire efficacia vincolante al ragionamento condotto dal giudice. Inoltre, è noto che la giurisprudenza, caldeggiando l'idea dell'esistenza di una pregiudizialità in senso logico-giuridico⁸³, attribuisce volentieri efficacia vincolante ai singoli passaggi motivazionali che costituiscono antecedenti logici necessari della statuizione resa espressamente. Ma a differenza dell'abbozzato scenario nazionale, la Corte di giustizia si spinge oltre, attribuendo efficacia vincolante anche agli antecedenti logici necessari che siano stati anche solo implicitamente decisi, purché sul punto vi sia un traccia di motivazione⁸⁴. Il giudice del monitorio, attraverso la puntale motivazione circa l'assenza di clausole vessatorie, informa il giudice dell'eventuale opposizione o quello dell'esecuzione, della sussistenza dei presupposti per l'accoglimento del ricorso; talché, qualora il decreto ingiuntivo sia motivato e il consumatore non spieghi opposizione, questi consuma definitivamente il deducibile. Per converso, accettare che l'effetto preclusivo del giudicato si formi sul deducibile pur in assenza di motivazione su una questione preliminare di merito manifestamente fondata e rilevabile d'ufficio, significa concepire il giudicato civile in maniera monadica, non bilanciabile, in una prospettiva assiomatica e, dunque, tutt'altro che realista.

Senonché, quando si tratta di applicare principi generali in tensione fra loro, quali il principio della certezza del diritto, di cui il giudicato è espressione, o quello dell'effettività della tutela unionale, affidare il giudizio alla logica binaria del vero o falso della sussunzione conduce a risultati assai iniqui, dovendosi altresì fare uno della logica *fuzzy* della ponderazione⁸⁵.

⁸² Così D. MICALI, *Le ricadute sul sistema processuale italiano delle pronunce della Corte di giustizia UE 16 maggio 2022*, cit., p. 9; sul rapporto fra giudicato e motivazione si rinvia al fondamentale saggio di G. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, cit., p. 41 ss.

⁸³ Com'è noto si deve al S. SATTA, voce *Accertamenti incidentali*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 243 ss.; *Id.*, *Nuove riflessioni in tema di accertamenti incidentali*, in *Foro it.*, 1948, p. 64 ss., la distinzione, recepita in giurisprudenza, della pregiudizialità di merito fra la forma c.d. tecnica, in cui la situazione giuridica pregiudiziale è elemento costitutivo di quella dipendente, e la pregiudizialità c.d. logica, che è il riflesso di una differente relazione sostanziale fra il rapporto fondamentale e i suoi effetti. Di recente tale dicotomia è apparsa alla giurisprudenza di legittimità alquanto sfuggevole, finanche ad indurre Cass. 29 novembre 2024, n. 27927 (annotata criticamente da S. MENCHINI, *Ancora sulla pregiudizialità logica; considerazioni a margine della ordinanza n. 27927/2024 della Corte di cassazione*, in *DPCleC*, 1, 2025, p. 263 ss.) a rimettere alle Sezioni unite la questione relativa ai criteri di discernimento tra le due forme di pregiudizialità, attese le rilevanti implicazioni di carattere pratico (non ultima quella relativa al contrasto fra giudicati).

⁸⁴ Cfr., in tal senso, A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: l'intervento della Corte di Giustizia*, cit., p. 300.

⁸⁵ In tal senso, v. D. U. GALLETTA-M. GIAVAZZI, *Nozione di giudicato, giudicato implicito e limiti all'autonomia processuale degli Stati membri UE (nota a margine della sentenza in cause riunite C-693/19 e C-831/19, 17 maggio 2022)*, cit., p. 122.

Il “mito del giudicato”, tradizionalmente considerato «il blasone di nobiltà della tutela giurisdizionale»⁸⁶, è incrinato dal semplice confronto con la realtà giurisprudenziale. Infatti, l’irretrattabilità della statuizione non più soggetta all’impugnazione ordinaria dipende dal bilanciamento di numerosi fattori, dei quali non sempre può aversi espresso riscontro in motivazione⁸⁷. In questa prospettiva, è facile che il secondo giudice disattenda più facilmente la statuizione formalmente irretrattabile se sono diverse le parti o l’oggetto del giudizio, se è implicita, se la motivazione è sommaria o stilizzata, se la decisione non è resa dall’organo di vertice, se la questione trattata è di rilevante interesse pubblico, se non si è tenuto conto di elementi probatori dirimenti, o se non è preceduta da un contraddittorio pieno e se ciò non comporti profili di responsabilità per il primo giudice. Può capitare (e capita) che la ragione del disconoscimento dell’effetto di giudicato derivi da una circostanza che difficilmente trova espresso riscontro in motivazione: la prima sentenza ha praticato un’evidente disapplicazione di legge, conducendo ad un risultato ripugnato dall’ordinamento⁸⁸. In tali occasioni, per ovvie ragioni istituzionali, non può pretendersi che, al di fuori del sistema delle impugnazioni, il secondo giudice dica espressamente che il primo ha sbagliato, in particolare quando appartengano al medesimo plesso giurisdizionale. È naturale però che non ogni violazione di legge coperta dal giudicato implichi che quest’ultimo possa essere disatteso dal secondo giudice. Fisiologicamente verranno prese in considerazione solo le contestazioni tardive che presentano un elevatissimo grado di *fumus*, tale da rendere palese l’errore del primo giudice. Infatti, la generale impermeabilità della cosa giudicata agli interventi retroattivi del legislatore, si spiega attraverso l’intonazione costituzionale del principio della separazione dei poteri⁸⁹, e può anche ritenersi, sulla scorta dell’art. 24 Cost., che alle parti sia attribuito il diritto di conseguire tale effetto in relazione alle controversie relative ai loro diritti soggettivi, ma ciò non implica che la sua protezione ricomprenda anche le statuizioni gravemente erranee, non venendo in gioco quei principi costituzionali che in altre situazioni ne giustificano la tenuta. Il perimetro dell’ingiustizia della preclusione del deducibile in assenza di motivazione circa l’insussistenza delle clausole abusive è offerto dal combinato disposto degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE, nella parte in cui sanciscono che le suddette clausole «non vincolano» il consumatore e che gli Stati membri si sono impegnati a disincentivarne l’inserimento

⁸⁶ La definizione alloriana del giudicato come “blasone di nobiltà” dell’attività giurisdizionale è stata ripresa da F. CARPI, *sub art. 824 bis*, in *Arbitrato*, Commentario diretto da F. CARPI, 2008, Bologna, p. 588.

⁸⁷ Si riprendono le riflessioni svolte a più riprese da A. GIUSSANI, *ult. op. cit.*, p. 300-301; *Id.*, *Intorno alla «riflessione» del giudicato contro il terzo*, cit., 2014, p. 1193 ss.; *Id.*, *Effetti conformativi della sentenza e sospensione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 260 ss., ora in *Id.*, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, Milano, 2018, p. 332 ss., spec. 338.

⁸⁸ V. ancora A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: l’intervento della Corte di Giustizia*, cit., p. 302.

⁸⁹ Sul tema, v. così K. M. CLERMONT, *Res Judicata as Requisite for Justice*, in 68 *Rutgers University Law Review*, 2016, p. 1069 ss., spec. 1077; R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali*, cit., p. 318-319; A. GIUSSANI, *Intorno al riconoscimento e all’esecuzione degli atti di conciliazione e transazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1020 ss., spec. 1022 nota 6; *Id.*, *Remedies concerning enforcement of foreign judgments*, in *Studi Urbinati*, 3-4, 2019, p. 267 ss., spec. 270

all'interno dei contratti di consumo. Per converso, l'automatica preclusione del deducibile costituisce un intollerabile incentivo all'inserimento delle clausole abusive nei contratti di consumo, a più forte ragione se si tiene conto che l'onere della prova dell'essenzialità della clausola, ai fini della caducazione integrale del contratto, grava sul consumatore. Tutti questi elementi, in uno con la centralità della competenza unionale in materia consumeristica e il rilevante interesse pubblico ad essa sotteso⁹⁰, inducono ad attribuire quell'alto grado di apparenza di fondatezza alla censura tardiva, se del caso anche in sede di esecuzione, intorno alla sussistenza di clausole vessatorie di cui il giudice del monitorio non si è avveduto.

Al di là di ogni mistificazione del fenomeno, anche il giudicato assurge ad entità commensurabile alle norme unionali di ordine pubblico nei settori di competenza unionale, rispetto alle quali può anche essere ritenuto tangibile, ossia necessariamente cedevole ogni qual volta l'affermazione della volontà di legge nel caso concreto appaia distonica rispetto agli obiettivi di tutela individuati dall'ordinamento europeo attraverso le norme violate dalla sentenza passata in giudicato.

Ciò che i sostenitori della visione apocalittica faticano ad ammettere è che il giudicato profondamente ingiusto debba cedere, a più forte ragione quando pregiudichi l'effetto utile del diritto unionale, in materie di competenza dell'Unione. Tuttavia, se si aderisce alla lettura integrazionista, le pronunce della Corte di giustizia appaiano tutt'altro che dirompenti, anche nella parte in cui ammettono che l'attribuzione del bene della vita oggetto del provvedimento reso all'esito di una cognizione sommaria e non opposto possa essere travolta dalla sopravvenienza di una decisione incompatibile, sino a giustificare la ripetizione dell'indebito⁹¹, e che il rilievo dell'abusività della clausola possa provenire dal giudice dell'esecuzione quando la violazione di legge sia particolarmente evidente, come nel caso di sostanziale disapplicazione del divieto di usura⁹².

Nella giurisprudenza unionale sembra tornare in auge l'idea, invero già intuita dai Dottori del diritto intermedio⁹³, per cui la «*manifesta iniquitas*», può indurre il secondo giudice a non prendere in considerazione la statuizione formalmente irretrattabile, la quale sarebbe allora solo all'apparenza vincolante. L'ingiustizia della sentenza che abbia avallato la violazione di un

⁹⁰ In tal senso, v. anche D. U. GALLETTA-M. GIAVAZZI, *Nozione di giudicato, giudicato implicito e limiti all'autonomia processuale degli Stati membri UE (nota a margine della sentenza in cause riunite C-693/19 e C-831/19, 17 maggio 2022)*, cit., p. 124.

⁹¹ Cfr. Corte giust., 17 maggio 2022, causa C-600/19, *Ibercaja Banco*.

⁹² Si allude al caso affrontato da Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-693/19, *SPV Project 1503 c. YB*, su cui v. le considerazioni di S. CAPORUSSO, *Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, in *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, cit., p. 538, la quale osserva criticamente che «ci vien fatto di osservare che nel primo rinvio pregiudiziale la natura vessatoria della clausola penale era manifesta: un moratorio superiore su base annua al tasso del 14% non sembra invero postulare un esercizio del potere officioso che vada al di là della mera lettura della documentazione prodotta in fase monitoria e quindi senza chissà quale ampliamento dei poteri officiosi».

⁹³ Si allude in particolare alle riflessioni del R. MARANTA, *Tractatus de ordine iudiciorum*, Lugduni, 1550, §§ 138, 141, 143 e 144, il quale rispetto alla «*sententia lata in causa usuraria*» conclude nel senso che la «*manifesta iniquitas*» sia tale da implicare la cedevolezza del giudicato apparentemente formatosi, proprio per evitare la cristallizzazione dell'ingiustizia.

divieto così fortemente avvertito a livello sociale non può essere sanata *sic et simpliciter* dal passaggio in giudicato, a più forte ragione quando tale divieto è imposto anche dal diritto europeo.

5. Il recepimento delle sentenze della Corte di giustizia del 17 maggio 2022 da parte di Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479

Con un'insolita pronuncia nomopoietica⁹⁴, la Suprema Corte ha (parzialmente) recepito i principi enunciati dalle sentenze del 17 maggio 2022, "rimaneggiando" l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo e "ricarburando" i poteri istruttori del giudice del monitorio⁹⁵. Più di preciso, le Sezioni Unite hanno risolto la questione del recepimento delle sentenze del 17 maggio 2022

⁹⁴ Si allude a Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, pubblicata per esteso in *Foro it.*, 2023, I, p. 1452 ss., con note di P. FARINA, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di giustizia creando un nuovo istituto. L'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l'effettività della tutela consumeristica*, *ivi*, p. 1474; R. PARDOLESI-B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto, giurisprudenza eurounitaria e sezioni unite: meta-realtà e diritto a metà*, *ivi*, p. 1486 ss.; S. PAGLIANTINI, «Ce n'est qu'un début»: spigolature civilistiche sul decalogo europeista di sez. un. 9479/23, *ivi*, p. 1491 ss. La sentenza è stata ampiamente commentata in dottrina e, in particolare da L. BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, in *NGCC*, 4, 2023, p. 946 ss.; E. BERTILLO, *Sui rapporti tra c.d. giudicato implicito e provvedimento monitorio non opposto*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2023, p. 1036 ss.; M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, in *Judicium online*, 2023; S. CAPORUSSO, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, in *Riv. dir. proc.*, 3, 2023, p. 1231 ss.; B. CAPPONI, *Prmissime considerazioni su SS. UU 6 aprile 2023 n. 9479*, in www.Giustiziainsieme.it, 2023; A. CARRATTA, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, in *Riv. esec. forz.*, 2023, p. 364 ss.; M. CIRULLI, *La tutela del consumatore ed il vaso di pandora*, in www.judicium.it, 2023; C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, in *Giur. it.*, 5, 2023, p. 1054 ss.; G. COSTANTINO, *Clausole vessatorie e stabilità dei rapporti giuridici*, in www.in-Executivis.it, 2023; A. CRIVELLI, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, in *Riv. es. forz.*, 2, 2023, p. 384 ss.; D'ALESSANDRO, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 5, 2023, p. 1060 ss.; L. DE PROPRIIS, *La più che dubbia compatibilità delle sez. un. 9479/2023 con il principio europeo di equivalenza: ovvero il raffronto tra tutela interna e transfrontaliera del consumatore*, in *Judicium*, 3, 2024, p. 412 ss.; *Id.*, *Considerazioni sparse sulla tutela transfrontaliera del consumatore nello spazio giudiziario europeo*, in *La nuova giuridica*, 1, 2024, p. 79 ss.; I. FEBBI, *Impressioni a caldo sulla Sentenza della Corte di Cassazione S.U. 9479/2023*, in www.judicium.it, 2023; M. FARINA, *Decreto ingiuntivo non opposto e clausole abusive nella giurisprudenza delle corti di vertice*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2023, p. 1527 ss.; F. MARA, *Decreto ingiuntivo non opposto e clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori alla luce della complementarietà funzionale tra ordinamento nazionale ed unionale*, in *Judicium online*, 3 gennaio 2024; R. METAFORA, *Dalle sezioni unite un vademecum sugli strumenti a tutela del consumatore in caso di vessatorietà delle clausole*, in www.inexecutivis.it; V. RICCIUTO, *Il consumatore «assistito»: le Sezioni Unite riformulano la tutela consumeristica*, in *Riv. dei contr.*, 3, 2023; F. SANTANGELI, *Il processo civile e le nullità di protezione alla luce dei recenti interventi della Corte di giustizia e delle sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Banc. Bors. tit. cred.*, 3, 2024, p. 383 ss.; M. LATINI VACCARELLA, *La Terza sezione e la rilevabilità d'ufficio delle clausole abusive a tutela del consumatore (a proposito di ord. 29 marzo 2023 n. 8911 e di sez. un. 6 aprile 2023 n. 9479)*, in *Judicium Online*. V. anche A. GIUSSANI, B. SASSANI, R. TISCINI, M. LATINI VACCARELLA, I. FEBBI, B. CAPPONI, F. VIGORITO, *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, in *Rass. es. forz.*, 4, 2023, p. 894 ss.

⁹⁵ Riprendendo le immaginifiche espressioni di C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, *cit.*, p. 1054 ss.

affermando che se il giudice del monitorio rileva una clausola abusiva, questi è tenuto a rigettare il ricorso, mentre in caso contrario deve emettere decreto motivato ex art. 641 c.p.c. anche in relazione alla anzidetta delibazione di assenza di clausole anticonsumeristiche; in ogni caso, il giudice del monitorio è tenuto a procedere in base agli elementi di fatto e di diritto in suo possesso, integrabili, ai sensi dell'art. 640 c.p.c., con il potere istruttorio d'ufficio, da esercitarsi tenuto conto delle esigenze di speditezza sottese al rito monitorio, con l'implicazione che in caso di istruttoria più complessa, la quale ad esempio richieda la nomina di un consulente, il giudice è tenuto a rigettare la pretesa ingiuntiva. In ogni caso, il giudice potrà chiedere al ricorrente di produrre il contratto e di fornire eventuali chiarimenti necessari anche in ordine alla qualifica di consumatore del debitore.

In sede esecutiva, invece, il giudice dell'esecuzione, in assenza di motivazione del decreto ingiuntivo in riferimento al profilo dell'abusività delle clausole, ha il dovere – da esercitarsi fino al momento della vendita o dell'assegnazione del bene o del credito – di controllare la presenza di eventuali clausole abusive che abbiano effetti sull'esistenza e/o sull'entità del credito oggetto del decreto ingiuntivo, eventualmente sollecitato dalle parti ai sensi dell'art. 484 c.p.c. All'esito di tale controllo, il giudice informerà le parti e avviserà l'esecutato che entro 40 giorni può proporre opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 650 c.p.c. per fare accertare esclusivamente l'eventuale abusività delle clausole, astenendosi prima della maturazione del predetto termine dal procedere alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito⁹⁶.

Trattasi all'evidenza di una “variante funzionale” del rimedio dell'opposizione tardiva, atteso che le Sezioni Unite hanno predicato la disapplicazione del comma 3⁹⁷, il quale preclude l'opposizione decorsi dieci giorni dal primo atto dell'esecuzione, mentre il termine di quaranta giorni, invero non previsto dall'art. 650 c.p.c., è stato mutuato dall'art. 641 c.p.c. sulla base di un'interpretazione sistematica⁹⁸. In tal caso il processo esecutivo deve entrare in uno stato di quiescenza fino alla decisione del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo (o,

⁹⁶ La funzionalizzazione dell'opposizione ultra-tardiva era stata prospettata in dottrina da S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, cit., p. 2117 ss.; A. CARRATTA, *Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, cit., p. 485 ss., spec. 487.

⁹⁷ Pone particolarmente l'accento sulla deroga all'art. 650, comma 3, c.p.c. v. D. LONGO, *Le questioni poste dalle pronunce della corte di giust. ue del 17 maggio 2022 in punto di tutela giurisdizionale del consumatore esecutato: considerazioni introduttive*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*; ID., *Il controllo giudiziale sulle clausole abusive ridisegnato dalle Sezioni unite*, in *Giusto proc. civ.*, 2, 2023, p. 572 ss., spec. 580 ss.; v. anche, in tal senso, S. CAPORUSSO, *Le Sezioni Unite tra potere nomogenetico della Corte di Giustizia e autonomia processuale degli Stati membri*, cit., p. 1244. Nel senso che qualunque intervento sul comma 3 dell'art. 650 c.p.c. avrebbe necessitato di un intervento legislativo, v. L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 72; nonché F. DE STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della Corte di giustizia*, cit., § 7.

⁹⁸ Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, cit., § 8.3.1.

naturalmente, all'inutile decorso del nuovo termine). *Per converso*, qualora il debitore dovesse proporre opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., il giudice adito deve riqualificarla come opposizione tardiva⁹⁹, per poi rimettere *motu proprio* la decisione al giudice di questa, assegnando alle parti, qualora si ponga una questione di competenza, un termine non inferiore a quaranta giorni per la riassunzione. Al seguito della riassunzione, il giudice dell'opposizione può sospendere, in tutto o in parte, ex art. 649 c.p.c., l'esecutorietà del decreto ingiuntivo.

Dall'*handbook* stilato dalla Suprema Corte emerge assai chiaramente l'intenzione del giudice della nomofilachia di smussare i principi enunciati dalla Corte di giustizia. Infatti, la Suprema Corte, a differenza di quanto indicato dal *Kierchberg*, non ha attribuito al giudice dell'esecuzione, né a quello dell'opposizione all'esecuzione, il potere di controllare l'abusività delle clausole nel contratto di consumo posto a fondamento della pretesa ingiuntiva¹⁰⁰. Inoltre, accordare il rimedio dell'opposizione ultra-tardiva, quantunque funzionalizzato rispetto alle esigenze poste dal diritto unionale, non esclude ma anzi ribadisce la formazione del giudicato implicito in caso di mancata coltivazione dell'opposizione a decreto ingiuntivo. Talché, le Sezioni Unite si sarebbero limitate a onerare il giudice dell'esecuzione di un vaglio preliminare circa la sussistenza di clausole abusive idoneo a recuperare il controllo giudiziale negato in sede monitoria, il cui esito positivo rimette in termini il consumatore per la proposizione dell'opposizione ultra-tardiva, non potendo essere allocato definitivamente su quest'ultimo il rischio dell'omissione del giudice del monitorio.

Senonché in dottrina erano state prospettate diverse tesi: talune più rispettose dei principi enunciati dalla Corte di giustizia; talaltre più in linea con la tendenziale separatezza tra cognizione ed esecuzione.

Nel prosieguo illustreremo brevemente queste tesi, non prima di aver sondato l'impatto dell'insolita pronuncia nomopoietica delle Sezioni Unite sulla giurisprudenza di merito.

6. L'accoglimento dei principi enunciati dalle Sezioni Unite nella giurisprudenza di merito

L'esercizio di nomopoiesi delle Sezioni Unite è stato variamente recepito dalla giurisprudenza di merito. Infatti, è appena il caso di osservare che in forza del principio di sola soggezione alla legge, la sentenza delle Sezioni Unite non vincola i giudici nazionali, i quali restano liberi di optare per altre soluzioni, con l'onere di motivare la scelta e di dare conto delle ragioni che hanno indotto a prendere le distanze dalla decisione nomofilattica; per converso, quest'ultimi,

⁹⁹ Osserva C. CONSOLO, *ult. op. cit.*, p. 1057, che se con l'opposizione esecutiva non è sollevata alcuna doglianza consumeristica, il rilievo d'ufficio da parte del g.e., cui segue l'assegnazione del termine per la *translatio iudicii* avanti al giudice dell'opposizione monitoria ex art. 650 c.p.c., trasforma non solo l'oggetto del processo ma anche gli effetti della decisione. Talché, più che di conversione sarebbe opportuno parlare di «riassunzione innovativa e talora trasformativa».

¹⁰⁰ Peraltro, è appena il caso di osservare che Corte giust., 4 maggio 2023, in causa C- 200/21, *BRD Groupe Société Générale e Next Capital Solutions Limited*, § 42 ha ribadito l'idea secondo cui il controllo debba essere svolto dal giudice dell'esecuzione o da quello dell'opposizione all'esecuzione.

in ragione del combinato disposto degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., sono tenuti a dare attuazione ai principi enunciati dalle sentenze del 17 maggio 2022 della Corte di giustizia.

Al momento, le prime interpretazioni emerse tra i giudici di merito non appaiono uniformi, mentre la pronuncia delle Sezioni Unite è stata “recepita” dalle linee guida e dai protocolli relativi ai ricorsi per decreto ingiuntivo pubblicati dai Tribunali, oltre che dalle circolari di istruzioni destinate ai professionisti delegati e custodi giudiziali, ai quali è richiesta un’attività di monitoraggio delle procedure esecutive già in fase di delega e di segnalare al giudice dell’esecuzione, se del caso con lo strumento offerto dall’art. 591-ter c.p.c., la sussistenza di possibili clausole abusive, sollecitandolo a sua volta ad effettuare il controllo di vessatorietà e ad assumere i provvedimenti richiesti¹⁰¹.

I tribunali hanno dettagliato l’*handbook* delle Sezioni Unite, colmandone le lacune. Ad esempio, le linee guida del Tribunale di Civitavecchia prevedono la possibilità per il creditore di inserire nell’atto di pignoramento l’ulteriore avviso che il debitore può proporre entro 40 giorni dal perfezionamento della notifica del pignoramento l’opposizione ultra-tardiva, ove intenda dolersi dell’abusività di talune delle clausole contenute nel contratto dal quale è sorto il credito. Qualora tale avviso sia contenuto nel pignoramento, il giudice deve dare atto al momento della fissazione dell’udienza di vendita o di assegnazione che è stata garantita al consumatore «l’elevato livello di tutela» imposto dalla Corte di giustizia; in mancanza, il giudice è tenuto a provvedere a tale informativa nel primo atto utile, avvisando il debitore-consumatore che entro quaranta giorni da essa potrà proporre opposizione a decreto ingiuntivo. Mentre le linee guida del Tribunale di Roma impongono il controllo sul titolo del creditore intervenuto, onerando, se del caso, il professionista delegato di informare il giudice dell’esecuzione della possibile presenza di clausole vessatorie, attraverso il ricorso di cui 591-ter c.p.c.

Passando alla giurisprudenza di merito, il giudice dell’esecuzione del Tribunale di Ivrea, con ordinanza del 16 maggio 2023, ha ritenuto che il rilievo officioso della nullità di protezione è possibile anche a seguito del rigetto dell’opposizione a decreto ingiuntivo, purché la questione non sia stata eccepita dalla parte opponente o rilevata dal giudice¹⁰². Dietro l’ordinanza del Tribunale di Ivrea sta l’idea per cui il giudicato anticonsumeristico debba cedere in ogni caso, anche se è stata proposta tempestivamente opposizione, purché il giudice del monitorio non

¹⁰¹ A proposito delle linee guida e dei protocolli, v. l’analisi di D. LONGO, *Le questioni poste dalle pronunce della corte di giust. ue del 17 maggio 2022 in punto di tutela giurisdizionale del consumatore esecutato: considerazioni introduttive*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit., p. 41 ss.

¹⁰² Cfr. Tribunale di Ivrea, 16 maggio 2023, in *Judicium online*, 2023, con nota di B. DE SANTIS, *L’opposizione tardiva “consumeristica” dopo – e oltre – i dicta delle Sezioni Unite n. 9479/2023 (Tribunale Ivrea, 16 maggio 2023)*; v. anche Tribunale Tivoli, 19 settembre 2023, n. 1179.

abbia motivato intorno l'assenza di clausole abusive ostative alla delibazione della pretesa ingiuntiva¹⁰³.

Il Tribunale di Como ha invece affermato che l'opposizione a decreto ingiuntivo proposta una volta decorsi i termini di cui all'art. 645 c.p.c. non può convertirsi in opposizione ultra-tardiva, come foggiate dalle Sezioni Unite¹⁰⁴. Senonché, tale lettura pecca per eccesso di formalismo, dal momento che l'inammissibilità dell'opposizione non produce il medesimo effetto preclusivo del giudicato sostanziale, né la sentenza così pronunciata si sostituisce al decreto ingiuntivo. Talché, il giudice dell'esecuzione potrebbe comunque rilevare l'abusività delle clausole inserite nel contratto di consumo, consentendo al debitore di proporre l'opposizione ultra-tardiva "ricarburata". E allora esigenze di economia processuale avrebbero suggerito di ammettere lo scrutinio nel merito delle pretese dell'opponente, qualificando l'opposizione come ultra-tardiva¹⁰⁵. In tal senso, si è successivamente pronunciato il Tribunale di Verona,

¹⁰³ Tuttavia, il giudice dell'esecuzione del Tribunale di Lodi, con ordinanza del 18 novembre 2023, ha interrogato, attraverso il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 363-bis c.p.c., la Suprema Corte intorno alla valutazione della «non tale inerzia» del consumatore, domandando se la previa proposizione di un'opposizione a decreto ingiuntivo intempestiva sia sufficiente a realizzare la condizione posta dal *Kierchberg* e se, dunque, permanga in capo al giudice dell'esecuzione il potere di rilevare l'abusività delle clausole anticonsumeristiche anche quando il decreto ingiuntivo sia divenuto esecutivo a seguito dell'inammissibilità dell'opposizione. La Prima Presidente, in sede di valutazione di ammissibilità della questione, ha escluso che sussistessero le condizioni previste dall'art. 363-bis c.p.c. Difetterebbe, anzitutto, la condizione della serialità della questione, dal momento che il giudice rimettente non avrebbe fornito sufficienti elementi a suffragio della potenziale serialità della questione. Inoltre, mancherebbero specifici approfondimenti dottrinali sul punto. Infine, non sarebbe ravvisabile il requisito della gravità della difficoltà interpretativa, tale da indurre ad un arretramento del dovere decisorio del giudice, siccome la soluzione che nega l'estensione dei principi affermati dalle Sezioni Unite non sembra incontrare particolari resistenze sul piano interpretativo. In altri termini, il giudice di merito avrebbe utilizzato il rinvio pregiudiziale non tanto in funzione interpretativa, quanto per preservare la propria decisione da una differente lettura da parte del giudice dell'impugnazione. La decisione presa dalla Prima Presidente desta però più di qualche perplessità. In particolare, la serialità della questione sembrerebbe essere *in re ipsa*, dal momento che in tutti i Tribunali di Italia pendono procedure esecutive fondate su decreti ingiuntivi tardivamente opposti. Inoltre, la circostanza che la giurisprudenza di merito si sia a più riprese posta il problema indizierebbe nel senso anzidetto. Passando alle «gravi difficoltà interpretative», è sufficiente evidenziare che la questione è stata affrontata *ex professo* dalla dottrina in termini più che dubitativi, proprio a sottolineare i possibili sviluppi dei principi enunciati dalle Sezioni Unite. Pertanto, il *non possumus* pronunciato in sede di delibazione dell'ammissibilità della questione pare potersi giustificare solo alla luce dell'esigenza di contenere l'inflazione del contenzioso e la stasi delle procedure esecutive, ancorché di ciò non vi sia traccia nell'impianto motivazionale della declinatoria. Peraltro, tale lettura è foriera di una discriminazione difficilmente compatibile con «l'elevato livello di tutela» che il diritto europeo impone agli Stati membri in materia consumeristica. Infatti, i consumatori che hanno tardivamente spiegato opposizione prima delle sentenze del 17 maggio 2022 avrebbero ormai irreversibilmente perso la possibilità di ottenere la declaratoria di nullità delle clausole abusive. Al contrario, i consumatori che non hanno proposto opposizione, sia in data antecedente agli interventi della Corte di giustizia che in data successiva, restano liberi di sollevare tale questione dinanzi al giudice dell'esecuzione. L'ordinamento, a fronte della mancata informativa del giudice del monitorio circa l'insussistenza di clausole abusive, incentiverebbe allora un atteggiamento passivo da parte del consumatore, siccome l'opposizione intempestiva, ancorché fondata nel merito, rischia di cagionare al consumatore un danno ben maggiore rispetto ad un contegno attendista.

¹⁰⁴ Cfr. Tribunale di Como, 26 aprile 2023.

¹⁰⁵ Altro sarebbe stato se l'opposizione fosse stata proposta tempestivamente, come nel caso affrontato da Tribunale di Nocera inferiore, 2 maggio 2023, ord., nel quale il giudice dell'esecuzione ha affermato che l'opposizione tempestiva, ove

secondo cui la tardività dell'opposizione implicherebbe comunque che il giudice si debba pronunciare sull'eventuale esistenza di fatti impediti, quale la nullità di una o più clausole negoziali per violazione degli artt. 33 ss. del cod. cons. (sebbene poi la pronuncia concluda per l'inammissibilità dell'opposizione in ragione dell'insussistenza di clausole abusive)¹⁰⁶.

Più articolata è la decisione resa dal Tribunale di Larino in sede di opposizione all'esecuzione¹⁰⁷. In armonia con le Sezioni Unite, il giudice dell'esecuzione ha riconosciuto l'esistenza di un potere officioso di rilevare d'ufficio la sussistenza di clausole abusive, previo svolgimento di un'istruttoria sommaria e deformalizzata atta a verificare la qualità di consumatore dell'esecutato e la presenza di una o più clausole potenzialmente vessatorie nel contratto da cui è sorto il credito accertato in sede monitoria. Tuttavia, il Tribunale di Larino ha rigettato l'istanza di sospensione formulata dall'esecutato in sede di opposizione all'esecuzione, dal momento che lo scopo del rilievo officioso foggato dalle Sezioni Unite non sarebbe quello di sospendere l'esecuzione, bensì di avvertire il consumatore circa la possibilità di proporre l'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e, se del caso, di formulare in quella sede istanza di sospensione dell'esecutorietà dello stesso. Infatti, il giudice dell'opposizione all'esecuzione non dispone di un generico potere di sospensione del processo esecutivo; quest'ultima, infatti, può essere disposta solo se concorrono «gravi motivi», legati all'apparenza di fondatezza dei motivi di opposizione, oltre che al pregiudizio per l'esecutato¹⁰⁸. Tant'è che le stesse Sezioni Unite hanno accordato al giudice dell'esecuzione la facoltà di procedere ad un mero rinvio che tenga conto del tempo tecnico per proporre l'opposizione ultra-tardiva presso il giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo, dinanzi al quale il consumatore potrà ottenere la sospensione dell'esecutorietà del decreto ingiuntivo.

rigettata, preclude un successivo scrutinio in sede esecutiva della sussistenza di clausole abusive, in ragione della formazione del giudicato sulla sussistenza del rapporto fondamentale.

¹⁰⁶ Cfr. Tribunale Verona, 6 luglio 2023.

¹⁰⁷ Cfr. Tribunale Larino, 20 dicembre 2023, in *Riv. es. forz.*, 2, 2024, p. 376 ss., con nota di F. FRADEANI, *Esecuzione di decreto ingiuntivo non opposto e tutela consumeristica: i poteri del giudice dell'esecuzione*.

¹⁰⁸ I «gravi motivi» sono stati perimetrati da Cass., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19889 e «[...]non coincidono *sic et simpliciter* con il *periculum in mora* ed il *fumus boni iuris* sempre necessari per ogni provvedimento cautelare: il primo si identifica con la plausibile fondatezza dell'opposizione e purché non si palesi l'inammissibilità della stessa contestazione del titolo (come nel caso di quello giudiziale per fatti non azionati nel giudizio di cognizione, o perfino il difetto di giurisdizione sul merito: casi nei quali, a differenza del processo amministrativo, è da ritenersi precluso al giudice di adottare qualunque cautela) ed il secondo va assunto in un'accezione affatto peculiare, cioè di rischio di un pregiudizio per il debitore che ecceda quello normalmente indotto dall'esecuzione, di per sé integrante un'invasione della sfera giuridica dell'esecutato, ma operata *secundum legem*, in quanto indispensabile alla funzionalità dell'intero ordinamento giuridico, che esige che i propri comandi (nel caso di specie, contenuti nel titolo) siano rispettati». La pronuncia è stata diffusamente commentata in dottrina, per esempio, in *Riv. es. forz.*, 3, 2019, p. 566 ss., con nota di F. AULETTA, *Per le Sezioni Unite l'ordinanza che decide sull'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo è reclamabile al Collegio*; in *Giur. it.*, 11, 2019, p. 2410 ss., con note di R. CONTE, *Opposizione all'esecuzione - Sezioni unite e reclamabilità dell'ordinanza ex art. 615, 1° comma, c.p.c.*; G. FELLONI, *Opposizione all'esecuzione - Reclamabilità della decisione sulla sospensiva in sede di opposizione a precetto*; in *Corr. giur.*, 2, 2020, p. 210 ss., con nota di R. METAFORA, *La natura lato sensu cautelare della sospensione pre-esecutiva e la sua reclamabilità*.

Senonché, il Tribunale di Larino sembra prendere le distanze dalle Sezioni Unite dal momento che non ha svolto attività istruttoria circa la sussistenza della qualità di consumatore dell'esecutato. A tal proposito, deve considerarsi che all'udienza ex art. 185 disp. att. c.p.c., applicandosi le forme camerali, non sussistono preclusioni istruttorie ed è ben possibile l'utilizzo di poteri officiosi a tal fine¹⁰⁹.

L'analisi della giurisprudenza di merito in argomento veicola il convincimento per cui l'intervento nomopoietico delle Sezioni Unite sia stato in buona parte recepito, con conseguente restrizione della discrezionalità giudiziale, mentre rispetto alle "zone grigie" non coperte dall'*handbook*, i giudici inferiori tendono a dare importanza più a certi aspetti che ad altri evincibili dalla giurisprudenza comunitaria, talora estendendo il proprio sindacato sull'abusività delle clausole, nonostante la formazione del giudicato sull'esistenza del rapporto, o in assenza di una completa passività del consumatore, talaltra riducendo l'ambito dei poteri officiosi del giudice dell'esecuzione, al non celato fine di evitare una promiscuità tra poteri del giudice della cognizione e di quello dell'esecuzione, secondo una prospettiva non del tutto in linea con gli insegnamenti ritraibili dalla giurisprudenza del *Kierchberg*.

7. Le posizioni della dottrina

All'indomani delle sentenze del 17 maggio 2022, la dottrina si è interrogata sul modo in cui la giurisprudenza nazionale avrebbe dato attuazione ai principi enunciati dalla Corte di giustizia. Alcuni, più in linea con il successivo intervento delle Sezioni Unite, hanno ritenuto che al giudice dell'esecuzione non potessero essere attribuiti, fuori dalle specifiche attribuzioni previste dalla legge, poteri cognitori¹¹⁰, altri, invece, ritenendo tale regola del nostro ordinamento ormai superata, hanno ipotizzato l'ammissibilità di un controllo della presenza di clausole abusive nel contratto da cui è originato il credito accertato nel decreto ingiuntivo non opposto anche in sede esecutiva. In ogni caso, ognuna delle proposte avanzata – e forse di tutte quelle prospettabili – presenta degli svantaggi.

Nel prosieguo cercheremo di chiarire la posizioni della dottrina.

¹⁰⁹ Sull'assenza di preclusioni istruttorie nel rito camerale, v., per tutti, M. PACILLI, *La tutela camerale tra forme e garanzie*, Bologna, 2022, p. 279 ss.

¹¹⁰ V., per esempio, A. SOLDI-B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, cit., p. 5 ss.; G. COSTANTINO, *Clausole vessatorie e stabilità dei rapporti giuridici*, in www.in-Executivis.it, 2023; ID., «Certeza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, «accertamento con prevalente funzione esecutiva», «normativa senza giudizio», «preclusione pro judicato» e clausole vessatorie, in www.inexecutivis.it e ora in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit., p. 336 ss. Ma nel senso che tale distinzione sembra sfumare nei più recenti interventi legislativi e nel diritto vivente, v. C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., p. 89; nello stesso senso, L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 74.

7.1. Segue: la tesi dell'opposizione all'esecuzione e della rilevanza d'ufficio dell'abusività della clausole da parte del giudice dell'esecuzione e la conseguente ammissibilità dell'opposizione agli atti esecutivi.

Alcuni studiosi, seppur con varietà di accenti, hanno individuato nella sede dell'esecuzione il *locus* processuale in cui rilevare o far valere la presenza di clausole abusive¹¹¹.

Questa impostazione muove dal rilievo secondo cui le sentenze del 17 maggio 2022 avrebbero imposto, seppur in termini di *extrema ratio*, di affidare al giudice dell'esecuzione il compito di accertare se il contratto consumeristico sia affetto da clausole abusive. Tale soluzione avrebbe il pregio di assicurare una tutela «piena e celere», garantita dal giudice che ha la direzione del processo esecutivo, in cui si concretizza il *vulnus* per il consumatore¹¹².

Il giudice dell'esecuzione, con ordinanza endoesecutiva impugnabile ex art. 617 c.p.c., potrebbe accertare se il decreto ingiuntivo non opposto, in assenza di motivazione circa l'assenza di clausole vessatorie da parte del giudice del monitorio, sia stato irritualmente reso in forza di un titolo negoziale affetto da nullità di protezione. Ove tale scrutinio dovesse dare esito positivo, il giudice dell'esecuzione sarebbe tenuto a pronunciare ordinanza di chiusura anticipata del processo esecutivo (c.d. estinzione atipica)¹¹³, attesa l'assenza di un valido titolo esecutivo¹¹⁴. Il rilievo e l'accertamento della nullità della clausola abusiva avverrebbero all'interno di un incedente endoesecutivo, gemmato dagli artt. 512 e 549 c.p.c. Tale accertamento però avrebbe una mera efficacia endoesecutiva e sarebbe inidoneo al giudicato, dal momento che la sua funzione non sarebbe quella di statuire circa l'invalidità del contratto, bensì di verificare se sussiste un valido titolo esecutivo giudiziale, ovvero di fissare, ai fini

¹¹¹ L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 75 ss.; M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurolunionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit., p. 4 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 10; C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., p. 90 ss.; v. anche R. TISCINI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, in *Rass. es. forz.*, cit., p. 912 ss.

¹¹² Così A. SOLDI-B. CAPPONI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l'integrazione tra diritto eurolunitario e diritto interno*, cit., p. 3.

¹¹³ Sul tema dell'estinzione atipica del processo esecutivo, v. B. CAPPONI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁷, Torino, 2023, p. 439 ss.; A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 2515 ss.

¹¹⁴ Così B. SASSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, in *Rass. es. forz.*, cit., p. 905, secondo cui l'esito negativo del controllo non dovrebbe lasciare al giudice dell'esecuzione altra opzione che la chiusura anticipata dell'esecuzione, non giustificandosi in alcun modo l'indicazione del termine di 40 giorni per proporre l'opposizione ultra-tardiva introdotta dalle Sezioni Unite. Inoltre, a rigore, quantanche il consumatore non si opponesse nei termini, il processo esecutivo non potrebbe comunque proseguire, attesa l'assenza di un valido titolo esecutivo.

dell'esecuzione, l'importo del credito per cui si procede, una volta epurato il contratto dalle clausole abusive¹¹⁵.

Secondo l'impostazione in analisi, il giudice dell'esecuzione dovrebbe anche disporre di poteri istruttori. Questi possono essere ricavati da un'interpretazione funzionale dell'art. 485 c.p.c., che riconosce al giudice dell'esecuzione il potere di disporre l'audizione delle parti. Da questa disposizione potrebbe inoltre trarsi un più generale potere di interpello: il giudice, qualora sospetti della presenza di clausole vessatorie nel contratto non acquisito al fascicolo dell'esecuzione o dubiti della qualità di consumatore dell'esecutato, potrebbe assegnare termine alle parti per effettuare le dovute produzioni. Lo stesso esecutato, ai sensi del successivo art. 486 c.p.c., potrebbero sollecitare il rilievo della questione.

Inoltre, dopo la notifica del titolo esecutivo e/o del precetto, il consumatore potrebbe sempre far accertare la vessatorietà delle clausole attraverso l'opposizione all'esecuzione.

Di non poco rilievo è la circostanza che il giudice dell'esecuzione, in sede di opposizione, potrebbe disporre la sospensione del processo esecutivo in corso. Questa soluzione ha il pregio, a differenza della sospensione disposta ai sensi dell'art. 649 c.p.c. caldeggiata dalle Sezioni Unite, di limitare il rischio dell'errore giudiziario e di responsabilizzare il consumatore esecutato: se infatti l'eventuale sospensione disposta dal giudice dell'opposizione ultra-tardiva riguarda l'efficacia del decreto ingiuntivo, fermando ogni esecuzione in corso sulla base di quel provvedimento, in virtù della clausola di residualità con cui principia l'art. 623 c.p.c., quella ordinata dal giudice dell'esecuzione suspenderebbe il solo processo in cui è pronunciata, senza intaccare le altre esecuzioni pendenti fondate sullo stesso titolo. In questo modo, il consumatore sarebbe onerato di profilare la questione nelle altre procedure esecutive, forte del previo scrutinio del giudice dell'esecuzione, il quale produrrebbe un'efficacia persuasiva sul secondo giudice, ma non certo vincolante, secondo un parametro non dissimile dalla prognosi di fondatezza dell'impugnazione ai fini della sospensione facoltativa di cui all'art. 337, comma 2, c.p.c.¹¹⁶.

A nostro avviso, questa impostazione presenta degli inconvenienti tutt'altro che trascurabili. Un provvedimento di chiusura anticipata del processo esecutivo consentirebbe al creditore di riprendere l'indomani una distinta iniziativa esecutiva, e qui sarebbe difficile sostenere che in realtà il giudizio di merito, ex artt. 618 c.p.c., verrebbe definito con sentenza, perché l'unico legittimato ad opporsi sarebbe il creditore, per cui solo una sua iniziativa consentirebbe poi al

¹¹⁵ E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 9.

¹¹⁶ Nel senso che l'art. 337, comma 2, c.p.c. sia espressione di un principio di carattere generale che consente al giudice della causa dipendente di effettuare una prognosi della fondatezza dell'impugnazione della statuizione resa sulla pregiudiziale, anche se le due cause appartengono alla giurisdizione di plessi diversi, cfr. Cons, Stato, 9 aprile 2025, n. 8427.

debitore, che volesse opporre con efficacia di giudicato la non vincolatività della clausola, di introdurre il suddetto giudizio.

Senonché, se l'estinzione atipica è avvenuta in virtù del rilievo dell'abusività della clausola, la reiterazione dell'iniziativa esecutiva potrebbe essere disincentivata dal compendio di sanzioni previste per l'ipotesi di abuso dello strumento processuale e, in particolare, dall'art. 92 c.p.c., nella parte in cui ammette che il giudice, indipendentemente dalla soccombenza (concetto tecnicamente estraneo al processo esecutivo), possa condannare il trasgressore degli obblighi imposti dall'art. 88 c.p.c. al rimborso alla controparte (l'esecutato) delle spese non ripetibili sopportate¹¹⁷. In questo modo, si produrrebbe un apprezzabile effetto di deterrenza delle condotte abusive, disincentivando il creditore a riproporre l'azione esecutiva nonostante la chiusura anticipata del processo esecutivo.

Assai più complesso è il problema del termine entro il quale il consumatore potrebbe altresì proporre l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c., dal momento che il secondo comma di questa disposizione individua il *dies ad quem* nell'ordinanza che dispone la vendita o l'assegnazione, mentre la Corte di giustizia, in *Ibercaja Banco*, ha individuato l'unica preclusione nella realizzazione dell'effetto traslativo conseguente alla vendita forzata¹¹⁸. Senonché, a rigore, una cosa è il provvedimento che dispone la vendita o l'assegnazione, altro è la realizzazione dell'effetto traslativo. Secondo alcuni studiosi, il limite temporale posto dall'art. 615, comma 2, c.p.c. andrebbe funzionalmente interpretato alla luce della sentenza *Ibercaja Banco*, coincidendo *de facto* con l'aggiudicazione¹¹⁹. Tuttavia, tenuto conto delle specificità dei singoli procedimenti esecutivi, può rilevarsi che nel pignoramento presso terzi è l'assegnazione a determinare la chiusura del processo, mentre nell'espropriazione mobiliare o immobiliare, la chiusura coincide con l'aggiudicazione e la distribuzione del ricavato. Oltre tale termine residuerà la sola tutela risarcitoria, in linea con l'insegnamento dei giudici del *Kierchberg*.

¹¹⁷ La formulazione "moraleggiante" dell'art. 88 c.p.c. ha indotto la dottrina maggioritaria a svuotarla di contenuto precettivo, finanche ad escludere che il nostro ordinamento imponga alle parti un dovere di verità. In tal senso si vedano senza pretese di completezza, V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*³, I, Napoli, 1957, p. 243 ss. ove si legge che «lo svolgimento dei lavori preparatori dimostra come l'obbligo di dire la verità, sancito nel progetto preliminare Solmi sia stato sostituito dal dovere di comportarsi nel processo con lealtà e probità»; più di recente, per un'affermazione del valore precettivo dell'art. 88 c.p.c., v. M. GRADI, *L'obbligo di verità fra le parti*, Torino, 2018, p. 754 ss. Da ultimo, il contenuto precettivo dell'art. 88 c.p.c. è stato riconosciuto anche in giurisprudenza da Cass., sez. un., 19 marzo 2025, n. 7299, secondo cui, in caso di abusivo frazionamento della medesima pretesa creditoria, qualora la domanda non sia proponibile unitariamente in un diverso processo, il giudice, dovendosi comunque pronunciare sul merito della pretesa, potrà sanzionare il comportamento del creditore difforme al dovere di lealtà e probità processuale mediante la regolamentazione delle spese di lite, finanche a porla a carico, con valutazione discrezionale e motivata con riferimento agli artt. 88 e 92 c.p.c., in tutto o in parte a carico del creditore la cui domanda abusivamente frazionata sia stata accolta (se cui v. i commenti di F. DE CAROLIS, *Le Sezioni Unite sulle conseguenze processuali dell'abusivo frazionamento del credito*, in *Judicium online*, 5 agosto 2025).

¹¹⁸ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-600/19, *Ibercaja Banco*, § 59.

¹¹⁹ Cfr. L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 76; C. RASIA, *Giudicato, tutela del consumatore, ruolo del giudice in sede monitoria ed esecutiva*, cit., p. 90.

Ciò non toglie che la Corte di giustizia ha imposto la sola stabilità dell'aggiudicazione in favore del terzo acquirente, con l'implicazione che il consumatore-esecutato potrebbe proporre opposizione contro il provvedimento del giudice dell'esecuzione che approvi il progetto di distribuzione, ai sensi degli artt. 510, 542 e 598 c.p.c., deducendo la sussistenza di clausole abusive per impedire che la distribuzione del ricavato avvenga (anche) in favore del professionista¹²⁰.

Per converso, in caso di assegnazione del credito, non venendo in rilievo il limite dell'affidamento dell'aggiudicatario sull'effetto traslativo, al consumatore deve essere accordata un'azione di ripetizione dell'indebito¹²¹. In questi casi si porrà il problema della prescrizione del diritto al risarcimento del danno, *rectius* del *dies a quo* del termine di prescrizione. A tal proposito, la Corte di giustizia ha ritenuto contraria al diritto unionale e al principio di effettività della tutela del consumatore, una disciplina nazionale che preveda la decorrenza della prescrizione dal giorno in cui la prestazione è stata eseguita dal consumatore, qualora egli, all'atto dell'adempimento, non fosse a conoscenza dell'abusività delle clausole contenute nel contratto concluso con il professionista¹²².

Pertanto, il *dies a quo* del diritto alla ripetizione dell'indebito deve individuarsi nel momento in cui il consumatore è venuto a conoscenza della nullità del contratto e, dunque, anche in un momento successivo all'assegnazione del credito.

7.2. Segue: la tesi dell'*actio nullitatis*

Particolarmente suggestiva è la tesi che accorderebbe al consumatore un'autonomia azione di accertamento negativo della formazione del giudicato implicito sul rapporto formatosi all'esito della mancata opposizione al decreto ingiuntivo¹²³. Questa impostazione ha ricevuto

¹²⁰ Sul problema dell'ammissibilità di opposizioni in fase di riparto, v. A. CRIVELLI, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, cit., p. 409 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, cit., p. 1067; M. FARINA, *Decreto ingiuntivo non opposto e clausole abusive nella giurisprudenza delle corti di vertice*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 2023, p. 1527 ss.; ma v. in senso contrario A. AULETTA, *Le sezioni unite sul ruolo del giudice dell'esecuzione nel controllo sulla vessatorietà delle clausole contrattuali*, in www.giustiziavivile.com, p. 5 ss.

¹²¹ L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit., p. 77. Sull'esperibilità dell'azione di ripetizione dell'indebito a fronte dell'esecuzione forzata ingiusta, cfr. G. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, p. 50; M. BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino 1996, p. 153 ss.

¹²² Cfr. Corte giust., 8 settembre 2022, in cause riunite C-80/21, C-81/21 e C-82/21, *Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères*, §§ 99 e 100.

¹²³ Questa tesi è sostenuta, per esempio, da M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit., p. 9 ss.; A. CRIVELLI, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, cit., p. 721 ss.; ID., *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, cit., p. 394 ss.; F. DE STEFANO, *Le sentenze di Chicxulub: il decreto ingiuntivo contro il consumatore dopo le sentenze della Corte di giustizia dell'U.E.*, cit., § 14; A. GIUSSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del*

l'autorevole avallo del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, il quale, muovendo dal presupposto che le sentenze del 17 maggio 2022 affidano al giudice dell'esecuzione il compito di esaminare per la prima volta l'abusività delle clausole, gli ha riconosciuto il suddetto potere-dovere durante tutto il corso del processo esecutivo, a condizione che il giudice del monitorio non abbia affrontato espressamente la questione. Tale rilievo potrebbe avvenire anche su sollecitazione del debitore, ma non nelle forme dell'opposizione, per preservare la sottrazione al giudice dell'esecuzione di ogni ingerenza sul titolo esecutivo di natura giudiziale. Ne deriverebbe la devoluzione ad altra sede della rimessione in discussione del titolo con l'adduzione dei fatti impeditivi alla concessione del decreto ingiuntivo. Pertanto, il giudice dell'esecuzione dovrebbe limitarsi a rilevare la questione, indicando quale rimedio un'ordinaria azione di accertamento (c.d. *actio nullitatis*) che inizi dal primo grado e davanti al giudice ordinariamente competente, nel cui corso si accerti, siccome non coperto dal giudicato, il carattere abusivo di una o più clausole a danno del consumatore e nella quale la sospensione (esterna) del titolo giudiziale può conseguirsi in via cautelare, ai sensi dell'art. 623 c.p.c., con efficacia sul processo esecutivo. Qualora la nullità sia rilevata nell'immediatezza del compimento di un atto esecutivo che potrebbe compromettere definitivamente il diritto di difesa del consumatore, il giudice potrà differire la vendita a data presumibilmente successiva alla decisione (adottata anche in via cautelare) del giudice del merito.

Il ragionamento del Procuratore Generale poggia su due corollari: il giudicato sulla sussistenza del rapporto si forma a prescindere dal controllo del giudice del monitorio sulla presenza di clausole vessatorie; l'intervento del giudice dell'esecuzione non potrà riguardare il titolo giudiziale in sé, pena la violazione dell'ordine pubblico giudiziale, in ragione del principio di autonomia processuale degli Stati membri. Quest'ultimo deve limitarsi a concedere un rinvio affinché il consumatore proponga davanti al giudice della cognizione un'*actio nullitatis* in cui far valere l'abusività.

Tale soluzione ha sicuramente il pregio di non confondere il piano dell'accertamento con quello dell'esecuzione, garantendo al contempo l'attuazione dei principi enunciati dal *Kierchberg*¹²⁴.

L'aspetto più problematico della tesi sostenuta dal Procuratore Generale è quello della tutela cautelare. Invero, il giudice dell'esecuzione potrebbe differire la vendita o l'assegnazione, ai sensi dell'art. 484 c.p.c., tuttavia tale soluzione sembra impedita dalla *ratio* sottesa all'art. 42 c.p.c., tradizionalmente considerato funzionale a impedire proprio sospensioni al di fuori dei

consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023, cit.; S. PUGLIESE, *La tutela eurounitaria del consumatore e il ruolo della res iudicata nel procedimento monitorio: la ricerca di una coerenza sistematica, tra autonomia ed effettività*, in *Il Processo*, 2, 2024, p. 363 ss., spec. 413 ss.

¹²⁴ A. CRIVELLI, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, cit., p. 722 ss.

casi previsti dalla legge¹²⁵. Inoltre, l'assenza di un generale potere cautelare in capo al giudice dell'esecuzione onera il consumatore di articolare una domanda di sospensione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo non opposto ai sensi dell'art. 700 c.p.c., il quale, a differenza della sospensione ex art. 649 c.p.c., è compatibile con la fissazione di una cauzione e dunque foriero di pregiudicare l'aspettativa di effettività di tutela del consumatore imposta dalla Corte di giustizia¹²⁶, come anche affermato dalle Sezioni Unite¹²⁷. Tuttavia, può osservarsi che in *Impulse Leasing Romania* la Corte di giustizia ha censurato i soli meccanismi che impongono automaticamente al consumatore il versamento di una cauzione, mentre l'art. 669-undecies c.p.c. prevede che essa sia discrezionale¹²⁸. Semmai potrebbe dubitarsi del fondamento positivo dell'*actio nullitatis*, così come dell'opportunità di introdurre un rimedio esperibile *sine die*.

Invero, questi due fattori hanno indotto le Sezioni Unite a prendere le distanze dalla soluzione suggerita dal Procuratore Generale. È facile replicare che, per quanto di asserita creazione pretoria, l'*actio nullitatis* appartenga al nostro sistema processuale, come si trae da un'interpretazione *a contrario* dell'art. 161, comma 1, c.p.c.¹²⁹. Inoltre, l'introduzione di un rimedio di pura creazione giurisprudenziale, quale l'opposizione ultra-tardiva "rimaneggiata", che si pone al confine tra il *praeter* e il *contra legem*, introducendo arbitrariamente un termine di decadenza, in spregio del dettato dell'art. 152 c.p.c., è senza dubbio più invasivo del principio della riserva di legge in materia processuale rispetto alla valorizzazione dell'*actio nullitatis*, la quale, come detto, trova almeno un addentellato nell'art. 161, comma 1, c.p.c.

¹²⁵ Sulla ratio del regolamento necessario di competenza c.d. improprio, cfr., *si vis*, A. GIUSSANI-G. DE CESARE, *sub art. 42 c.p.c.*, in *Commentario breve al Codice di procedura civile*, a cura di F. CARPI e M. TARUFFO, Padova, 2023, p. 209. In giurisprudenza, nel senso che tale rimedio vuole impedire sospensioni *ope iudicis* e dunque disposte al di fuori dei casi previsti dalla legge, v. Cass. 7 marzo 2024, n. 6121, ord.

¹²⁶ Cfr. Corte giust., 17 maggio 2022, causa C-725/19, *Impuls Leasing România*, § 57-59.

¹²⁷ Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, § 9.2.

¹²⁸ A. GIUSSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, cit., p. 902-903; A. CRIVELLI, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, cit., p. 396-397. Più in generale, sulla facoltatività dell'imposizione della cauzione v. S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, p. 573 ss., secondo cui il giudice, nell'imporre la cauzione, dovrebbe tenere conto anche di parametri soggettivi e, in particolare, delle condizioni economiche dell'istante. Sul punto v. anche A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, V, 1991, p. 80 ss., il quale mette in evidenza che l'insolubilità del ricorrente non potrebbe comunque precludere l'accesso alla tutela cautelare, in ragione della garanzia costituzionale dell'accesso alla giustizia anche ai meno abbienti, con l'implicazione per cui in questi casi il giudice della cautela dovrebbe astenersi dall'imporre la cauzione.

¹²⁹ Sul tema si rinvia all'ormai classico studio del P. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 112 ss., ora in *Opere giuridiche*, VIII, Roma, 2019, p. 515 ss., il quale brillantemente sottolineava che «[L]a querela di nullità in realtà non è stata abolita: essa, geniale creazione del nostro diritto statutario, ha lasciato nel sistema dei mezzi di impugnazione tracce durevoli e profonde, che permettono, riconoscendo e riaccostando gli elementi di questo istituto oggi dispersi in norme eterogenee e distanti, di ritrovare e di ricostruire la sua fisionomia: come fanno gli archeologi, che mettendo insieme frammenti recuperati da diversi campi di scavo, riescono con pazienza a far rivivere la statua».

Ma a ben vedere, il Procuratore Generale con l'espressione *actio nullitatis* non intendeva fare riferimento all'ammissibilità di un'azione di accertamento dell'inesistenza giuridica del decreto ingiuntivo non opposto in ragione della violazione del diritto unionale, come altresì paventato dalle Sezioni Unite¹³⁰. Questa soluzione appare troppo estrema e difficilmente compatibile con i principi enunciati dalla Corte di giustizia che limitano il sindacato del giudice alla sola presenza di clausole abusive e non anche alla caducazione del titolo nelle parti in cui non abbia assunto rilevanza la violazione della disciplina consumeristica¹³¹. Pertanto, il riferimento all'*actio nullitatis* si può anche intendere come ammissibilità di un rimedio teso ad accertare l'ineidoneità del giudicato implicito a precludere l'accertamento della violazione della disciplina consumeristica, deducibile in ogni procedimento in cui possa assumere rilevanza. In ogni caso, tale rimedio sarebbe esperibile entro il termine ultimo della vendita o dell'assegnazione, oltre il quale dovrebbe convertirsi in azione di carattere risarcitorio o restitutorio, attesa la protezione che il diritto unionale riconosce all'acquisto dell'aggiudicatario.

Nel medesimo filone interpretativo si inserisce un'acuta proposta formulata in dottrina, secondo cui il giudice dell'esecuzione, lungi dal porsi il problema dell'esistenza del credito azionato in via esecutiva dal professionista, dovrebbe piuttosto rilevare un vizio di attività del giudice della fase monitoria che non abbia motivato intorno all'assenza di clausole vessatorie nel contratto *Btc*¹³². Questo modo di ragionare giustificerebbe l'attivismo del giudice dell'esecuzione: egli riscontrerebbe non la nullità del contratto, bensì l'*error in procedendo* commesso dal giudice del monitorio, rilevando una nullità che sfugge al principio di conversione di cui all'art. 161, comma 1, c.p.c. e rientra fra quelle per le quali il passaggio in giudicato del provvedimento non produce alcuna sanatoria dei vizi da cui è affetto¹³³. Tale vizio insanabile consentirebbe al giudice dell'esecuzione di rilevare l'assenza di un titolo esecutivo. L'implicazione di questo ragionamento è la seguente: in sede esecutiva non vi è alcun bisogno di interpellare il consumatore-esecutato, né di indicargli un rimedio esperibile dinanzi al giudice del merito, siccome il processo esecutivo deve chiudersi una volta riscontrata l'assenza di titolo esecutivo¹³⁴. In questa eventualità il creditore procedente potrà contestare la decisione attraverso l'opposizione agli atti esecutivi o, in alternativa, dopo la chiusura del

¹³⁰ Cfr., in tal senso, A. CRIVELLI, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, cit., p. 396.

¹³¹ V. ancora A. GIUSSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, cit., p. 901.

¹³² Si allude a M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit., p. 9 ss.; v. anche S. PUGLIESE, *La tutela eurounitaria del consumatore e il ruolo della res iudicata nel procedimento monitorio: la ricerca di una coerenza sistematica, tra autonomia ed effettività*, cit., p. 413 ss.

¹³³ Cfr. S. PUGLIESE, *La tutela eurounitaria del consumatore e il ruolo della res iudicata nel procedimento monitorio: la ricerca di una coerenza sistematica, tra autonomia ed effettività*, cit., p. 414.

¹³⁴ M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit., p. 10.

processo esecutivo, in ragione della riscontrata carenza di titolo esecutivo, potrebbe tentare di ottenere un nuovo provvedimento di condanna a suo favore; per converso, qualora il giudice dell'esecuzione dovesse declinare l'istanza dell'esecutato di addivenire ad una chiusura anticipata del processo esecutivo per assenza di un valido titolo esecutivo, il consumatore potrebbe contestare tale scelta con il medesimo rimedio, «perché, invero, sarebbe singolare il ritenere che lo stesso problema, quello dell'esistenza di un titolo esecutivo, sia da trattare nella sede di cui all'art. 617 se sollevato dal creditore e nella sede dell'art. 615 se sollevato dal debitore¹³⁵».

Nonostante l'apprezzabile sforzo di evitare il conio di nuovi rimedi in violazione del principio della riserva di legge in materia processuale, tale tesi non tiene in debito conto l'interesse del consumatore alla rimozione del decreto ingiuntivo anche prima della notificazione del titolo esecutivo e del precetto. Invero, il consumatore potrebbe avere interesse ad agire in prevenzione per ottenere la cancellazione dell'ipoteca giudiziale iscritta dal professionista sulla base del decreto ingiuntivo non opposto. Inoltre, nell'eventualità in cui pendano più esecuzioni forzate è possibile che nell'una vi sia un provvedimento di chiusura e non nelle altre: la devoluzione della questione al giudice del merito è (anche) funzionale all'ottenimento di un provvedimento cautelare che sospenda tutte le esecuzioni in corso, ai sensi dell'art. 623 c.p.c. Tuttavia, di tale esigenza di ordine pratico non pare aver tenuto conto la tesi in discorso.

7.3. Segue: la tesi del rimedio revocatorio

Alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite, resta difficile comprendere esattamente perché alcuni percorsi creativi si ritengano praticabili, ed altri invece riservati alle scelte del legislatore. Si allude alla sbrigativa liquidazione da parte del Giudice della nomofilachia della proposta dottrina di rendere applicabili le norme sulla revocazione¹³⁶. Infatti, tra la manipolazione pretoria dei motivi di revocazione e l'introduzione di un termine di decadenza diverso da quello previsto dall'art. 650 c.p.c., in soverchia violazione dell'art. 152 c.p.c., non intercorre

¹³⁵ M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit., p. 11. Al contrario, secondo S. PUGLIESE, *La tutela eurounitaria del consumatore e il ruolo della res iudicata nel procedimento monitorio: la ricerca di una coerenza sistematica, tra autonomia ed effettività*, cit., p. 416, qualora il processo esecutivo proseguisse in assenza di tale doveroso rilievo d'ufficio, il consumatore esecutato potrebbe promuovere un'opposizione all'esecuzione, senza che a ciò ostino i limiti temporali previsti dall'art. 615, comma 2, c.p.c., anche per prevenire la reiterazione dell'azione esecutiva da parte del professionista. Nonostante il silenzio dell'A. sul punto, rimane implicito che il consumatore con l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c. possa far valere vizi riguardanti il contratto *btc* e non il titolo esecutivo, come se si trattasse di un'opposizione di merito.

¹³⁶ Cfr. Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, § 9.2: «non essendo la soluzione della revocazione *ex art.* 395 c.p.c. (disposizione richiamata dall'art. 656 c.p.c. in materia di decreto d'ingiunzione) praticabile in via interpretativa, per essere riservato al legislatore il potere di ampliare il catalogo delle ipotesi». L'atteggiamento a dir poco ambiguo delle Sezioni Unite è ben messo in evidenza da A. GIUSSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, cit., p. 901.

nessuna differenza, dal momento che in ogni caso sarebbe suonato il *requiem* alla riserva di legge in materia processuale costituzionalmente garantita.

A tal proposito, era stato proposto di lavorare sistematicamente sulla revocazione semi-straordinaria delle ingiunzioni, vale a dire sull'elenco, incompleto *ab origine*, stilato dall'art. 656 c.p.c.¹³⁷. Meglio avrebbero fatto le Sezioni Unite a rimettere la questione alla Corte costituzionale, censurando la contrarietà della norma agli artt. 11 e 117 Cost., nella parte in cui non prevede che il consumatore possa ottenere la caducazione dell'ingiunzione qualora sia ignaro di essere tale o ignaro dell'abusività della clausola non rilevata dal giudice del monitorio.

Peraltro, la lacuna ordinamentale è resa ancor più eloquente dall'introduzione dell'art. 391-*quater* c.p.c., il quale ammette la revocazione delle sentenze passate in giudicato contrarie ad una sopravvenuta pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, attesa anche la posizione sovraordinata del diritto europeo rispetto a quello pattizio secondo la generale ricostruzione della gerarchia delle fonti del diritto. Appare dunque difficile giustificare sul piano della ragionevolezza la cedevolezza del giudicato civile contrario ad una successiva sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ne abbia accertato la contrarietà alla CEDU e non anche quella del giudicato contrario ad una successiva sentenza della Corte di giustizia europea.

8. Nostre considerazioni sui principi enunciati dalle Sezioni Unite

Al netto della ricostruzione delle differenti posizioni prospettate dalla dottrina, il tentativo di catechizzazione delle Sezioni Unite non può che apparire insoddisfacente. Occorre muovere dall'*obiter dictum* della sentenza in cui è stata riaffermata la piena idoneità al giudicato sostanziale del decreto ingiuntivo non opposto non solo sul credito azionato, bensì anche sull'intero rapporto¹³⁸. Trattasi tuttavia di soluzione non necessitata e non unanimemente condivisa. Meglio avrebbe fatto la Corte ad ammettere la possibilità per il consumatore di dedurre la nullità di protezione nonostante la mancata coltivazione dell'opposizione al decreto ingiuntivo, escludendo che l'efficacia preclusiva dello stesso si estendesse anche al deducibile. Peraltro, questa impostazione si sposa perfettamente con il reale atteggiamento della giurisprudenza pratica per cui la preclusione del deducibile opera a condizione che le censure fondate su di esso siano manifestamente fondate¹³⁹. Tale fenomeno, che abbiamo già definito

¹³⁷ C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e., cit.*, p. 1057 ss.

¹³⁸ Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479, § 9.2.

¹³⁹ Cfr., per queste osservazioni, cfr. A. GIUSSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, cit., p. 896, secondo cui «non tutto il deducibile è davvero precluso, ma è preferibile non dirlo in sede nomofilattica».

in termini di “cedevolezza occulta” della cosa giudicata¹⁴⁰, per cui esigenze di giustizia della decisione consentono alla giurisprudenza di (ri)iperimetrare i limiti oggettivi del giudicato per contenerne gli effetti preclusivi, quando la consumazione del deducibile possa sostanziare un’intollerabile ingiustizia, è ammissibile a condizione che i criteri di tale operazione di dimensionamento siano resi palesi e sottoposti al discorso critico, secondo una concezione modernamente intesa di soggezione del giudice alla legge¹⁴¹. Il criterio tecnico di orientamento del suddetto potere decisionale è stato reso esplicito dalla Corte di giustizia: la questione della validità delle clausole abusive non sono coperte dall’autorità di cosa giudicata quando il giudice del monitorio ha solo implicitamente statuito sulle stesse, con la conseguenza che il giudice dell’opposizione, anche in caso di tardività, può accertarne la nullità, non essendovi alcuna statuizione irretrattabile sulla validità del contratto. Non sembra dunque che, relativamente a tale profilo, le Sezioni Unite abbiano dato corretta attuazione alle direttive provenienti dal *Kierchberg*. Inoltre, la limitazione dei poteri del giudice dell’esecuzione da parte dell’*handbook* stilato dalla Cassazione non sempre in linea con quanto affermato in *SPV Project 1503 Srl e Banco di Desio e della Brianza SpA*¹⁴². In quell’occasione la Corte di giustizia ha imposto al giudice dell’esecuzione di riscontrare la violazione della disciplina consumeristica, mentre la Cassazione gli ha riconosciuto un ruolo “gregario”, dal momento che questi deve limitarsi a rilevare la questione, senza però poterla decidere. Né pare che tale deviazione rispetto a quanto statuito dalla Corte di giustizia possa essere giustificata attraverso l’affermazione per cui il potere del giudice dell’esecuzione di pronunciare sulla fondatezza della questione potrebbe addirittura essere penalizzante per il consumatore, poiché lo esporrebbe alla reiterazione dell’azione esecutiva. In proposito si può osservare che l’attribuzione al giudice dell’esecuzione del potere di pronunciare sulla questione della nullità del contratto *Btc* sarebbe penalizzante per il consumatore solo se tale potere fosse esclusivo, ovvero se l’ordinamento non ammettesse altri rimedi concorrenti. Tuttavia, tale eventualità dovrebbe negarsi nel momento in cui si afferma che la pronuncia resa dal giudice dell’esecuzione di chiusura anticipata del processo esecutivo sia inidonea al giudicato: se infatti il giudicato è un’utilità che spetta prima di tutto agli utenti del servizio giustizia, siccome costituzionalmente garantita, le parti hanno diritto ad una risoluzione tendenzialmente stabile della lite, con l’implicazione che il consumatore potrebbe sempre optare per un giudizio a cognizione piena e idoneo al giudicato per ottenere l’accertamento della nullità del contratto consumeristico, deducendo la mancata consumazione del deducibile.

¹⁴⁰ V. *supra*, § 5.1.

¹⁴¹ Nel senso per cui il principio di legalità operi di fatto come criterio di controllo della condivisibilità razionale della regola applicata dal giudice alla luce dei principi generali dell’ordinamento giuridico, v. A. GIUSSANI, *Intorno alla «riflessione» del giudicato contro il terzo*, cit., p. 1197.

¹⁴² Corte giust., 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19 e C-831/19, *SPV Project 1503 Srl e Banco di Desio e della Brianza SpA*, cit.

Con riferimento invece alla perdita di un grado di giudizio che deriverebbe dalla deducibilità della questione tramite opposizione agli atti esecutivi contro la determinazione del giudice dell'esecuzione, il problema riguarda casomai il professionista: a fronte della mancata rilevazione da parte del giudice dell'esecuzione della questione, il consumatore ha a disposizione l'opposizione all'esecuzione, mentre l'opposizione agli atti si configurerebbe come rimedio a disposizione del creditore per contestare la chiusura anticipata del procedimento esecutivo. In questo modo si ovvierebbe all'altra giustificazione addotta dalla Sezioni Unite per rendere accettabile il rimaneggiamento dell'opposizione tardiva, ovvero l'idoneità di tale strumento a prevenire il pignoramento, attraverso la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 649 c.p.c., mentre l'opposizione all'esecuzione richiederebbe comunque di attendere la notificazione del precetto. Infatti, l'art. 615 c.p.c. prevede che il giudice dell'esecuzione possa sospendere «l'efficacia esecutiva del titolo», non già il procedimento esecutivo in corso, mentre l'impossibilità di accedere a siffatta tutela prima della notifica del precetto, potrebbe sempre essere evitata attraverso la tutela cautelare d'urgenza.

Né pare che possa escludersi il rimedio dell'opposizione all'esecuzione affermando che non troverebbe applicazione il foro del consumatore, bensì il giudice del luogo dell'esecuzione. È stato osservato in dottrina che l'argomento prova troppo, dal momento che il *forum rei sitae* potrà non coincidere con la sua residenza o con il suo domicilio, ma è comunque un luogo in cui il consumatore ha interessi significativi che lo rendono meno gravoso rispetto al foro scelto abusivamente dal professionista. In ogni caso, il progressivo inveramento del processo telematico concorre ad attenuare l'importanza della questione¹⁴³.

Pertanto, anche il rischio che all'esito della chiusura anticipata del procedimento il professionista esperisca nuovamente l'azione esecutiva pare potersi scongiurare. Se l'estinzione atipica è avvenuta in virtù del rilievo dell'abusività della clausola, la reiterazione dell'iniziativa esecutiva potrebbe essere disincentivata attraverso le sanzioni previste per l'ipotesi di abuso dello strumento processuale e, in particolare, dall'art. 92 c.p.c., nella parte in cui ammette che il giudice, indipendentemente dalla soccombenza, possa condannare il trasgressore degli obblighi imposti dall'art. 88 c.p.c. al rimborso alla controparte (l'esecutato) delle spese non ripetibili sopportate.

Va poi considerato che il ragionamento condotto dalle Sezioni Unite, secondo cui il rimedio oppositivo dovrebbe gioco forza escludere quelli di carattere preventivo, tende a sottovalutare drasticamente l'incidenza dell'interesse ad agire del consumatore per la rimozione del decreto ingiuntivo anche prima della notificazione del precetto. Invero, il consumatore potrebbe avere interesse ad agire in prevenzione per ottenere la cancellazione dell'ipoteca giudiziale iscritta dal professionista sulla base del decreto ingiuntivo non opposto, senza dover aspettare che

¹⁴³ Così ancora A. GIUSSANI, *ult. loc. cit.*, p. 898-899.

l'esecuzione sia annunciata dal professionista attraverso la notificazione del precetto. Pertanto, se è vero che «l'interesse è misura delle azioni¹⁴⁴» e che il diritto europeo impone agli Stati membri di riconoscere, nei settori di competenza esclusiva o concorrente unionale, tutti i rimedi effettivi a favore del destinatario delle disposizioni dotate di efficacia diretta, per non mortificarne l'effetto utile, allora non può certo sostenersi che la possibilità per il consumatore di esperire l'opposizione all'esecuzione escluda anche l'ammissibilità di un rimedio preventivo. Implicazione di questo modo di ragionare è che il consumatore, ancor prima che l'esecuzione sia stata annunciata, può sempre agire in prevenzione, domandando l'accertamento della nullità del contratto consumeristico, in ragione della mancata preclusione del deducibile cagionata dall'omissione del giudice del monitorio che non abbia motivato circa l'assenza di clausole vessatorie. Dal punto di vista della competenza territoriale è evidente che nel caso in cui il contratto *Btc* sia affetto da una clausola di deroga del foro del consumatore, quest'ultimo non dovrà rivolgersi al giudice scelto abusivamente dal professionista in funzione dei propri interessi, bensì potrà optare per il foro della propria residenza o del proprio domicilio, se ubicati nel territorio della Repubblica, ai sensi dell'art. 66-*bis* cod. cons., oltre che per i fori generali previsti dal Codice di rito.

9. Il nostro *handbook*: una soluzione alternativa a quella offerta dalle Sezioni Unite

Alla luce delle considerazioni svolte ci sembra di poter opporre alla soluzione proposta dalle Sezioni Unite un nostro *handbook*. Il giudice del monitorio: a) deve svolgere, d'ufficio, il controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole contenute nel contratto stipulato con il professionista, procedendo sulla base degli elementi di fatto e di diritto in suo possesso, integrabili, se del caso, attraverso i poteri istruttori d'ufficio riconosciuti dall'art. 640 c.p.c., da esercitarsi in armonia con le esigenze di speditezza sottese al procedimento d'ingiunzione; a₁) potrà, quindi, richiedere al ricorrente di produrre il contratto e di fornire eventuali chiarimenti in ordine alla supposta qualifica di consumatore dell'ingiunto, qualora non emerga chiaramente *ex actis*; a₂) nell'eventualità in cui l'accertamento necessiti di un'istruttoria complessa, incompatibile con la funzione e la struttura del procedimento monitorio, dovrà rigettare la domanda; b) all'esito del controllo: b₁) se rileverà la presenza di clausole abusive, rigetterà o accoglierà parzialmente il ricorso a seconda della natura e degli effetti della stessa; b₂) se, invece, il controllo sull'abusività delle clausole incidenti sul credito azionato in via monitoria dovesse dare esito negativo, pronuncerà decreto motivato, ai sensi dell'art. 641

¹⁴⁴ Secondo la classica espressione del G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, Ristampa con prefazione di V. ANDRIOLI, p. 155. Peraltro, l'idea di un accesso alla tutela giurisdizionale sulla base dell'interesse ad agire riferito all'utilità concreta ritraibile dall'azione è stata sostenuta in tempi più recenti da M. F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004, p. 157 ss., la quale muovendo dalla meritevolezza dell'interesse richiesto dall'art. 1322, comma 2, c.c. per foggare contratti atipici, prospetta un'equiparazione fra la meritevolezza degli interessi rispetto al negozio e l'interesse ad agire nell'azione.

c.p.c., dando atto del controllo effettuato, avvalendosi, se del caso, anche di strumenti di intelligenza artificiale, purché dia conto in motivazione degli specifici quesiti sottoposti alla macchina¹⁴⁵; b₃) il decreto ingiuntivo conterrà l'avvertimento indicato dall'art. 641 c.p.c., nonché l'espresso avvertimento che in mancanza di opposizione il debitore-consumatore non potrà più far valere l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto, divenendo irrevocabile il decreto ingiuntivo non opposto.

In fase esecutiva, il giudice dell'esecuzione: a) in assenza di motivazione del decreto ingiuntivo intorno all'insussistenza di clausole abusive ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio, da esercitarsi finché non si sia realizzato l'effetto traslativo del bene staggito in favore dell'aggiudicatario o fino all'aggiudicazione del credito, la presenza di eventuali clausole abusive che incidano sull'esistenza e/o sull'entità del credito accertato dal decreto ingiuntivo; a₁) nel primo caso, deve disporre con ordinanza la chiusura anticipata del processo esecutivo, passibile di opposizione agli atti esecutivi da parte del creditore, data l'assenza di un valido titolo esecutivo idoneo a fondare l'esecuzione forzata; a₂) nel secondo caso, invece, deve limitarsi a riquantificare il credito per cui si procede, ai soli fini dell'esecuzione in corso; a₃) in caso di reiterazione dell'azione esecutiva dopo la chiusura anticipata del processo, potrà condannare il professionista alla rifusione dei costi sopportati dal consumatore, ai sensi degli artt. 88 e 92 c.p.c.; b) qualora tale controllo non sia possibile in base agli elementi di fatto o di diritto acquisiti al fascicolo dell'esecuzione, dovrà provvedere, ai sensi dell'art. 485 c.p.c., all'audizione degli interessati, all'audizione delle parti per chiarire se l'esecutato abbia o meno la qualifica di consumatore, oppure potrà ordinare la produzione del contratto; b₁) se il giudice del monitorio non ha dato riscontro in motivazione del vaglio di abusività delle clausole e l'ingiunzione è stata emessa senza aver scrutinato il contratto di consumo – vuoi perché il professionista non l'ha prodotto, vuoi perché il giudice non ha esercitato i poteri riconosciutigli all'art. 640 c.p.c. – il giudice dell'esecuzione, in applicazione dell'art. 485 c.p.c., potrà ordinare la produzione del contratto per compiere sostitutivamente tale controllo¹⁴⁶; b₂) ove tale

¹⁴⁵ Sull'argomento sia concesso un rinvio a G. DE CESARE, *Small claims e intelligenza artificiale: una proposta efficientista*, in *DPCleC*, 1, 2025, p. 56 ss.

¹⁴⁶ Nel senso che la mancata produzione del contratto in fase monitoria determini di per sé un vizio *in procedendo* insanabile, tale da imporre la chiusura del processo esecutivo, v. M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, cit. p. 2127; nello stesso senso, C. G. PAULUS-V. KAPETANOS, *The German Payment Order Through the Lens of CJEU Case Law*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2025, p. 645 ss., spec. 657 ss. L'idea che il controllo di vessatorietà possa essere recuperato *a posteriori* è suffragata da Corte giust., 9 novembre 2010, in causa C-137/08, *VB Pénzugyi*, in *I Contratti*, 2011, p. 113 ss., con nota di F. P. PATTI, *Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, § 56. Peraltro, anche la dottrina tedesca, sulla scorta di un'interpretazione funzionalizzata ed "europeisticamente" orientata del § 139 ZPO, ammette che il giudice dell'esecuzione possa svolgere *a posteriori* il controllo di vessatorietà, previo ordine di esibizione del contratto consumeristico non prodotto in fase monitoria (cfr. R. F. KEHRBERGER, *Anmerkung EuGH v. 19.12.2019, C-453/18, EU:C:2019:1118 (Bondora)*, in *JuristenZeitung* 2020, p. 320).

controllo dia esito positivo, il giudice dell'esecuzione deve chiudere anticipatamente il processo esecutivo con ordinanza passibile di opposizione agli atti esecutivi (v. *supra*, punti a₁, a₂ e a₃), attesa l'assenza di un valido titolo esecutivo; b₃) qualora, invece, la clausola abusiva incida esclusivamente sul *quantum* della pretesa, il giudice dell'esecuzione deve limitarsi a riquantificare il credito, ai soli fini dell'esecuzione in corso.

Se è già stato notificato il precetto o l'esecuzione è già iniziata, il consumatore: a) potrà proporre l'opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c., deducendo l'omissione del giudice del monitorio e la nullità del contratto concluso con il professionista affetto da clausole abusive, domandando, se del caso, la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo per impedire la vendita o l'assegnazione.

Prima della notificazione del precetto o dell'inizio dell'esecuzione, il consumatore: a) potrà esperire un'autonoma azione di cognizione domandando l'accertamento della nullità del contratto consumeristico, in ragione della mancata preclusione del deducibile; a₁) nel caso in cui il contratto sia affetto da una clausola di deroga del foro del consumatore, potrà rivolgersi al giudice del foro della propria residenza o del proprio domicilio, se ubicati nel territorio della Repubblica, ex art. 66-*bis* cod. cons., oltre che ai fori generali previsti dal Codice di rito; a₂) nel tempo intercorrente ad ottenere una pronuncia sul merito della propria pretesa, il consumatore potrà ricorrere alla tutela cautelare d'urgenza, ex art. 700 c.p.c., per ottenere la sospensione del procedimento esecutivo in corso.

Dopo che è stata disposta la vendita o l'assegnazione, il consumatore: a) potrà agire contro il professionista per il risarcimento del danno patito a causa dell'espropriazione ingiusta, senza che ciò minacci la stabilità dell'acquisto del terzo; b) potrà, in fase di liquidazione del ricavato, proporre opposizione contro il provvedimento del giudice dell'esecuzione che approvi il progetto di distribuzione, ai sensi degli artt. 510, 542 e 598 c.p.c., per impedire che la distribuzione del ricavato avvenga (anche) in favore del professionista che abbia praticato clausole abusive nei propri contratti; c) potrà, in caso di assegnazione del credito, esperire un'azione di ripetizione dell'indebito; c₁) il *dies a quo* del termine di prescrizione andrà individuato nel momento in cui il consumatore è venuto a conoscenza della nullità del contratto e, dunque, anche in un momento successivo all'assegnazione del credito.

L'*handbook* che abbiamo provato a stilare dà realmente attuazione ai principi enunciati dalla Corte di giustizia con le sentenze del 17 maggio 2022, senza bisogno di creare rimedi pretori di dubbia effettività, di praticare sospensioni atipiche del processo esecutivo e di introdurre inusuali forme di *translationes iudicii* per salvare la "coerenza sistematica" che imporrebbe al giudice dell'esecuzione di limitarsi all'adeguamento della realtà materiale a quella giuridica accertata nel titolo esecutivo.

Pertanto, la soluzione delle Sezioni Unite non offre risposta a tre problemi ulteriori che seguitiamo ad esporre.

9.1. Limiti dei principi enunciati dalle Sezioni Unite rispetto al contenzioso transfrontaliero

Gli inconvenienti segnalati nel paragrafo precedente non sono i soli cui conduce la soluzione delle Sezioni Unite. In particolare, l'onere per il consumatore di esperire l'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo, entro il termine di decadenza di quaranta giorni dal rilievo da parte del giudice dell'esecuzione della questione di nullità del contratto *Btc*, rischia di porsi in contrasto con l'ormai costante giurisprudenza della Corte di giustizia che, in relazione al Regolamento 1215/2012 (Reg. Bruxelles I-bis), qualifica la tutela accordata al consumatore come questione di ordine pubblico¹⁴⁷. La violazione della disciplina di ordine pubblico è riconosciuta come motivo ostativo alla circolazione delle sentenze nello spazio economico europeo dall'art. 45 del Reg. Bruxelles I-bis¹⁴⁸. Pertanto, il mancato rilievo di una nullità di protezione a favore del consumatore costituisce, nello spazio giuridico europeo, violazione dell'ordine pubblico economico tutelato dalla direttiva 93/13/CEE, oltre che dagli artt. 12 TFUE e 38 della Carta di Nizza.

Com'è noto, gli artt. 36 e 39 del Regolamento 1215/2012 prevedono che una decisione resa in uno Stato membro produca automaticamente i propri effetti di accertamento ed esecutivi nello spazio giuridico europeo, senza che sia necessario il ricorso ad alcuna procedura di riconoscimento o di *exequatur*¹⁴⁹, con l'implicazione che il creditore nei cui confronti è stata pronunciata una decisione esecutiva può immediatamente dar corso all'esecuzione forzata in un altro Stato membro ove il debitore abbia beni aggredibili. Tuttavia, gli artt. 45 e 46 del Reg. Bruxelles I-bis controbilanciano il riconoscimento automatico delle decisioni transfrontaliere con la previsione di motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione, invocabili dalla parte contro cui è iniziata l'esecuzione, attraverso lo strumento dell'opposizione di cui all'art. 615

¹⁴⁷ Cfr. Corte giust., 26 ottobre, in causa C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium SL*, § 38. Per una corretta intelligenza del principio enunciato da questa sentenza, v. E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 679 ss.; E. F. RICCI, *Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1086 ss. Più in generale, nel senso che la tutela accordata al consumatore ai sensi degli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE debba essere considerata come equivalente a quelle che alle disposizioni nazionali che assurgono al rango di norme di ordine pubblico, A. ANDOLFI, *L'incidenza del canone di effettività del diritto dell'Unione sulla disciplina processuale degli Stati membri: l'esperienza spagnola*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2020, p. 1255 ss., spec. 1260; L. DE PROPRIIS, *La più che dubbia compatibilità delle sez. un. 9479/2023 con il principio europeo di equivalenza: ovvero il raffronto tra tutela interna e transfrontaliera del consumatore*, cit., p. 417; J. NIEVA-FENOLL, *I poteri d'ufficio del giudice nazionale europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2019, p. 1223 ss., spec. 1228 ss.; B. SANCHEZ LOPEZ, *Efectividad vs. cosa juzgada de cláusulas abusivas en el proceso monitorio*, cit., p. 143.

¹⁴⁸ Nel senso che i limiti al riconoscimento reciproco andrebbero interpretati restrittivamente in quanto ostacolo alla realizzazione degli obiettivi fondamentali dell'Unione, v. Corte giust., 2 giugno 1994, in causa C-414/92, *Solo Kleinmotoren*, §20; Corte giust., 28 marzo 2000, in causa C-7/98, *Krombach*, §21; Corte giust., 16 luglio 2015, in causa C-681/13, *Diageo Brands*, §§ 40-41.

¹⁴⁹ Sul principio di automaticità del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nello spazio giuridico europeo, si rinvia a F. MOSCONI-C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, I, Parte generale e obbligazioni*¹¹⁰, Milano, 2022, p. 342 ss., anche per più ampi richiami bibliografici.

c.p.c.¹⁵⁰. Sicché, a fronte della medesima violazione, il consumatore che subisce un'ingiunzione transfrontaliera può difendersi, ai sensi degli artt. 45 e 46 del Reg. Bruxelles I-bis, attraverso il più flessibile strumento dell'opposizione all'esecuzione, mentre quello che subisce un'aggressione in forza di un decreto ingiuntivo concesso da giudice italiano dovrebbe esperire l'opposizione ultra-tardiva foggata dalle Sezioni Unite nel termine di decadenza di quaranta giorni dal rilievo della questione¹⁵¹. Ne consegue che il consumatore sarebbe maggiormente tutelato rispetto alle ingiunzioni transfrontaliere e ciò disincentiverebbe i professionisti dall'esperire azioni esecutive in Stati diversi da quelli in cui si è formato il titolo esecutivo rappresentato dal provvedimento monitorio, in violazione dell'art. 81 TFUE. Tale differenza di trattamento non pare essere giustificata, atteso che i principi enunciati dalla Corte di giustizia con le sentenze del 17 maggio 2022 sono vincolanti in tutto lo spazio giuridico europeo e per tutti i giudici nazionali: una tutela differenziata *a posteriori* a seconda che il provvedimento monitorio sia stato emesso dal giudice nazionale o da altro giudice europeo finisce per violare il principio di equivalenza tra provvedimenti emessi nello spazio giuridico europeo.

Questa eventualità è scongiurata dal nostro *handbook*, nella parte in cui ammette che il consumatore possa proporre, dopo la notificazione del precetto, l'opposizione di cui all'art. 615 c.p.c., deducendo l'omissione del giudice del monitorio che non abbia motivato circa l'assenza di clausole vessatorie e la nullità del contratto concluso con il professionista, potendo anche domandare la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo per impedire la vendita o l'assegnazione.

¹⁵⁰ Che la violazione dell'ordine pubblico prevista dall'art. 45 del Reg. Bruxelles I-bis debba essere fatta valere con il rimedio dell'opposizione all'esecuzione è indirettamente confermato dal Considerando n. 30, per il quale «[L]a parte che si oppone all'esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro dovrebbe, nei limiti del possibile e, conformemente al sistema giuridico dello Stato membro richiesto, poter invocare, *nella medesima procedura*, oltre ai motivi di diniego contemplati dal presente regolamento, i motivi di diniego previsti dal diritto nazionale ed entro i termini previsti da tale diritto. Tuttavia, il riconoscimento di una decisione dovrebbe essere negato solo in presenza di uno o più dei motivi di diniego previsti dal presente regolamento (enfasi aggiunta)». D'altronde, l'oggetto dell'azione di accertamento della sussistenza di motivi ostativi appare riconducibile alla normale configurazione dell'oggetto dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., notoriamente diretta ad accertare l'inesistenza del «diritto di procedere ad esecuzione forzata». In questo senso, v. E. D'ALESSANDRO, *Titolo esecutivo europeo e opposizione all'esecuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 565 ss., spec. 568; M. FARINA, *I procedimenti per il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere nella recente riforma del processo civile in Italia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2023, p. 78 ss. In giurisprudenza, v. Trib. Milano, 10 settembre, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 1086 ss., con nota di V. GIUGLIANO, *Opposizione a precetto, sospensione del giudizio e dell'esecuzione per impugnazione all'estero della decisione straniera nel Regolamento Bruxelles I bis*. Peraltro, il novellato art. 30-bis d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 prevede che «si svolgono con il rito semplificato di cognizione di cui agli art. 281-decies e seguenti del Codice di procedura civile i procedimenti di diniego del riconoscimento o dell'esecuzione e di accertamento dell'assenza di motivi di diniego del riconoscimento di decisioni immediatamente esecutive emesse dalle autorità giurisdizionali degli Stati membri in conformità al Diritto dell'Unione».

¹⁵¹ In questo senso, v. le acute riflessioni di L. DE PROPRIIS, *La più che dubbia compatibilità delle sez. un. 9479/2023 con il principio europeo di equivalenza: ovvero il raffronto tra tutela interna e transfrontaliera del consumatore*, cit., p. 421; Id., *Considerazioni sparse sulla tutela transfrontaliera del consumatore nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 103.

9.2. Limiti della soluzione offerta dalle Sezioni Unite rispetto all'esecuzione collettiva. Il problema della liquidazione controllata del consumatore sovraindebitato

Un'acuta dottrina ha evidenziato che la soluzione offerta dalle Sezioni Unite prende in considerazione il solo caso del decreto ingiuntivo, non opposto e non motivato, che sia stato posto a fondamento di un'esecuzione forzata individuale¹⁵². Tuttavia, l'esigenza di un controllo *a posteriori* sull'operato del giudice del monitorio potrebbe sorgere anche in caso di esecuzione collettiva e, particolare, qualora, per volontà dei creditori o del consumatore stesso, sia stata aperta una procedura di liquidazione controllata, ai sensi degli artt. 268 ss. del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (nel prosieguo: CCII)¹⁵³. Nella liquidazione controllata del debitore in stato di sovraindebitamento, l'accertamento del passivo non si svolge dinanzi ad un giudice, ma è effettuato dal liquidatore giudiziale con modalità semplificate. Il liquidatore esamina le domande di ammissione al passivo presentate dai creditori, predispone un progetto di stato passivo e lo comunica agli interessati che, entro quindici giorni, possono formulare osservazioni. In mancanza di contestazioni, il liquidatore forma lo stato passivo e lo deposita in cancelleria, altrimenti se le contestazioni formulate non sono superabili, rimette gli atti al giudice delegato, affinché provveda alla formazione del passivo, ai sensi dell'art. 273, comma 5, CCII.

Se il creditore-professionista, insinuatosi nel passivo di una liquidazione controllata, aperta contro il consumatore, adduce a fondamento della propria pretesa un decreto ingiuntivo non opposto e non motivato, il liquidatore è tenuto a riquantificare il credito o a non ammettere al passivo il professionista, a seconda dell'incidenza della nullità della clausola abusiva sul contratto. Il creditore-professionista potrà contestare il progetto di stato passivo, onerando il liquidatore di rimettere gli atti al giudice del delegato per decidere sull'ammissione al passivo. È pur vero che l'eventuale esclusione dal passivo del creditore-professionista non comporterà la caducazione del decreto ingiuntivo, dal momento che il decreto del giudice delegato è caratterizzato da una mera efficacia endo-concorsuale, secondo quanto ritraibile dall'art. 204 CCII; tuttavia, benché il decreto ingiuntivo rimanga formalmente efficace, il creditore-professionista non potrà intraprendere sulla base dello stesso alcuna iniziativa esecutiva una volta chiusa la liquidazione controllata, dal momento che il consumatore beneficerà

¹⁵² Si allude a L. BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, cit., p. 954 ss.

¹⁵³ Dall'entrata in vigore del nuovo CCII, la liquidazione controllata è stata fatta oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. Sul tema, v., in particolare, per una panoramica dell'istituto, G. BETTAZZI, *La "liberazione" dai debiti nella liquidazione giudiziale e nella liquidazione controllata*, in *Il Fall.*, 10, 2022, p. 1320 ss.; A. CRIVELLI, *Principali aspetti processuali nel procedimento di apertura della liquidazione controllata*, in *Il Fall.*, 7, 2021, p. 885 ss.; F. CANAZZA, *Effetti dell'apertura della liquidazione controllata (e della liquidazione controllata del sovraindebitato) sulle liti pendenti*, in *Proc. conc. cris. Impr.*, 2, 2025, p. 261 ss.; per una rassegna completa delle questioni poste dal nuovo istituto, v. S. DE MATTEI-F. PICIERNO, *La liquidazione controllata*, in *Proc. conc. cris. Impr.*, 3, 2025, p. 391 ss.; A. FAROLFI, *Liquidazione controllata: problemi applicativi e nuove opportunità*, in *Il Fall.*, 2, 2024, p. 235 ss.

dell'esdebitazione, divenendo inesigibili i crediti concorsuali non soddisfatti integralmente nell'ambito della procedura concorsuale.

Più complessa è la situazione se il liquidatore ammetta al passivo il creditore, senza rilevare che il credito del professionista è stato accertato da un decreto ingiuntivo non opposto e non motivato nei termini indicati dalla Corte di giustizia. In questo caso, il giudice delegato non ha modo di sindacare il provvedimento di ammissione al passivo. Né pare percorribile la strada tracciata dalle Sezioni Unite, dal momento che la pendenza di una procedura di liquidazione controllata rende improponibile un'autonoma azione in sede di cognizione, come l'opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo, dal momento che l'art. 270 CCII, richiamando l'art. 143 CCII, fa conseguire all'apertura della liquidazione la perdita di *legitimatio ad causam* del debitore.

È stato proposto in dottrina di ammettere eccezionalmente che il consumatore trovi tutela in sede di ripartizione dell'attivo, accordandogli la possibilità di formulare contestazioni direttamente al giudice delegato, il quale, a sua volta, con il decreto motivato di cui all'art. 275, comma 6, CCII, funzionalizzato per garantire la tutela del consumatore, potrà escludere in tutto o in parte il creditore dal riparto, in ragione della clausola abusiva non rilevata dal giudice del monitorio¹⁵⁴. Senonché, secondo il nostro diritto concorsuale, la sede naturale del controllo sull'esistenza del credito insinuato è la fase di accertamento del passivo, non certo quella della liquidazione. In questa prospettiva, il rispetto della disciplina della liquidazione controllata induce a ritenere che il liquidatore dovrebbe rimettere gli atti al giudice delegato, segnalandogli la questione, mentre quest'ultimo, rilevata d'ufficio la nullità del contratto posto a fondamento dell'ingiunzione, deve concedere alle parti termine, nel rispetto dell'art. 101, comma 2, c.p.c., per dedurre sul punto. In particolare, il professionista, per evitare di non essere ammesso allo stato passivo, deve poter essere messo in condizione di depositare i documenti comprovanti la pretesa creditoria, atteso che il rilievo della contrarietà del decreto ingiuntivo alle direttive provenienti dal *Kierchberg* ne comporterebbe l'estromissione. Solo all'esito di tale parentesi di cognizione all'interno della procedura di liquidazione controllata, il giudice delegato può scegliere se ammettere o meno il credito del professionista insinuato al passivo; infatti, la mancata attivazione del contraddittorio sulla questione sembra potersi dedurre attraverso lo strumento del reclamo di cui all'art. 273, comma 4, CCII¹⁵⁵. In ogni caso,

¹⁵⁴ Così L. BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, cit., p. 955.

¹⁵⁵ Peraltro, Corte giust., 3 luglio 2025, in causa C-582/23, *Wiszkier*, § 58, ha affermato che l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, letti alla luce del principio di effettività, ostano a una normativa nazionale la quale preveda che, nell'ambito di una procedura fallimentare relativa a persone fisiche, dopo che l'elenco dei crediti sia stato approvato da un organo giurisdizionale, senza che lo stesso abbia esaminato il carattere eventualmente abusivo delle clausole del contratto di cui trattasi, e dopo che la procedura sia stata avviata dinanzi al tribunale fallimentare, quest'ultimo sia vincolato da tale elenco, sicché non può valutare il carattere abusivo delle clausole contenute in un contratto di mutuo sul quale si fonda un credito iscritto in detto elenco, né modificare tale elenco, ma deve sospendere

qualora la nullità del contratto consumeristico non dovesse essere rilevata dal liquidatore, potrebbe ipotizzarsi, in linea con la nostra proposta formulata al § 5, che il debitore tornato *in bonis* possa esperire un'azione di ripetizione dell'indebito contro il creditore-professionista, in armonia con quanto affermato dalla Corte di giustizia in *Ibercaja Banco*¹⁵⁶. In questo caso, il *dies a quo* del diritto alla ripetizione dell'indebito dovrebbe individuarsi nel momento in cui il consumatore è venuto effettivamente a conoscenza della nullità del contratto *btc* e, dunque, anche in un momento successivo alla chiusura della liquidazione controllata, in linea con l'insegnamento della Corte di giustizia¹⁵⁷.

9.3. La compatibilità dell'*handbook* stilato dalle Sezioni Unite con l'espropriazione contro il terzo proprietario

Occorre poi domandarsi se la soluzione caldeggiata dalle Sezioni Unite possa praticarsi anche quando l'espropriazione sia stata promossa nei confronti del terzo proprietario in forza di atto di pignoramento eseguito nelle forme previste dagli artt. 602 ss. c.p.c.¹⁵⁸. Il problema si pone quando il debitore originario, benché abbia ceduto al terzo la proprietà del cespite staggito, sia qualificabile come consumatore, mentre il creditore procedente come professionista. In assenza di uno specifico passaggio motivazionale nell'*handbook* delle Sezioni Unite deve ancora una volta preferirsi la soluzione più ampia: non sembra potersi escludere che anche il debitore originario debba essere informato della facoltà di proporre opposizione tardiva contro il decreto ingiuntivo sprovvisto di apposita motivazione intorno l'assenza di clausola vessatorie, dal momento che proprio tale informativa condiziona l'esercizio del potere di proporla. In questo modo si scongiura anche il rischio che l'azione esecutiva promossa ad istanza del creditore/professionista possa portare alla soddisfazione del suo credito in danno del terzo, nonostante il contratto consumeristico, fonte dell'obbligazione inadempita, sia affetto

la procedura e rimettere al suddetto organo giurisdizionale la questione del carattere eventualmente abusivo di tali clausole. A più forte ragione l'approvazione dello stato passivo da parte di un organo formalmente non giurisdizionale, quale il liquidatore giudiziale, dovrebbe implicare il riconoscimento in capo al giudice delegato del potere di escludere dal concorso il credito fondato su un contratto di consumo affetto da clausole abusive, quandanche il creditore produca un decreto ingiuntivo non tempestivamente opposto dal debitore sovraindebitato, purché il giudice del monitorio non abbia motivato intorno l'assenza di quest'ultime.

¹⁵⁶ Corte giust., 17 maggio 2022, in causa C-600/19, *Ibercaja Banco*, cit., §§ 57-59.

¹⁵⁷ Cfr. Corte giust., 8 settembre 2022, in cause riunite C-80/21, C-81/21 e C-82/21, *Crédit hypothécaire libellé en devises étrangères*, §§ 99 e 100.

¹⁵⁸ L'espropriazione contro il terzo proprietario individua l'ipotesi in cui la procedura esecutiva abbia ad oggetto un bene di proprietà di un soggetto estraneo al rapporto debitorio, gravato da pegno o ipoteca per debito altrui o la cui alienazione da parte del debitore sia stata revocata per frode dopo il vittorioso esperimento da parte del creditore dell'azione revocatoria. In dottrina, v. G. MICCOLIS, *L'espropriazione forzata per debito altrui*, Torino, 1998; G. TARZIA, voce *Espropriazione contro il terzo proprietario*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 967 ss.; F. P. LUISO, *L'esecuzione ultra partes*, Milano, 1984, p. 55 ss.; A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁹, cit., p. 2191 ss.

da una nullità di protezione¹⁵⁹. In ogni caso, la soluzione da noi proposta¹⁶⁰ è facilmente applicabile anche nel caso in cui l'esecuzione forzata sia promossa nelle forme degli artt. 602 ss. c.p.c.: prima del pignoramento il giudice dell'esecuzione può rilevare d'ufficio la sussistenza di clausole abusive nel contratto consumeristico posto a fondamento della pretese monitoria, mentre nel caso in cui nutra dubbi circa la qualifica di consumatore del debitore esecutato potrà procedere all'audizione degli interessati, esercitando i poteri istruttori accordatigli dall'art. 485 c.p.c. In caso di riscontro positivo, il giudice dell'esecuzione dovrà ordinare la chiusura anticipata del processo esecutivo con ordinanza, passibile di opposizione agli atti esecutivi da parte del creditore procedente. Per converso, dopo il pignoramento, il rimedio sarebbe quello dell'opposizione all'esecuzione attraverso il quale il debitore esecutato può dedurre l'omissione del giudice del monitorio e la nullità del contratto concluso con il professionista affetto da clausole abusive, domandando, se del caso, la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo per impedire la vendita o l'assegnazione. Infine, prima della notificazione del precetto o dell'inizio dell'esecuzione, il consumatore potrà agire in prevenzione attraverso l'esperimento di un'autonoma azione di accertamento della nullità del contratto consumeristico, in ragione della mancata preclusione del deducibile, in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia.

10. Considerazioni di sintesi

Gli evidenziati limiti della soluzione offerta dalle Sezioni Unite inducono a ritenere che tale pronuncia, resa nell'interesse della legge, non risolva la questione. Peraltro, onerare il consumatore che voglia prevenire gli effetti irreversibili dell'esecuzione forzata di difendersi, attraverso il rimedio dell'opposizione ultra-tardiva, dall'applicazione di un'abusiva clausola di deroga alla competenza proprio dinanzi al giudice abusivamente eletto, costituisce una tutt'altro che trascurabile violazione del diritto unionale¹⁶¹.

Pare dunque che l'*handbook* stilato dal supremo organo della nomofilachia funzioni in un limitato numero di ipotesi, lasciandone scoperte altre di indubbio rilievo. Pertanto, è lecito immaginare che la strada sia ancora da dissodare e che l'elaborazione dei principi enunciati dalla Corte di giustizia con le sentenze del 17 maggio 2022 sia destinata a ulteriori sviluppi nei termini che abbiamo cercato di prospettare.

Guidomaria De Cesare
M.O.T.

¹⁵⁹ A. M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*⁹, cit., p. 1071.

¹⁶⁰ V. *supra*, § 9.

¹⁶¹ A. GIUSSANI, in *A più voci su esecuzione forata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. n. 9479/2023*, cit., p. 903.



MARTINO MONACO

Ragionamento inferenziale e divieto della doppia presunzione: sedimentato “equivoco logico” o presidio di attendibilità del convincimento giudiziale?

La ricerca ha ad oggetto l’annosa e controversa questione dell’ammissibilità della c.d. doppia presunzione (o presunzione di secondo grado), intesa come inferenza innestata su un fatto che sia stato tratto, a sua volta, da una precedente presunzione ex artt. 2727 e 2729 c.c. Dopo una preliminare disamina della struttura del ragionamento presuntivo, si procede a una lettura critica delle antitetiche argomentazioni addotte da dottrina e giurisprudenza per riconoscere o escludere incondizionatamente il divieto di *praesumere de praesumpto*. Si propone una soluzione intermedia in grado di valorizzare, da un lato, il concreto dipanarsi del ragionamento giudiziale e, dall’altro, le garanzie del giusto processo.

This research addresses the long-standing and controversial issue of the admissibility of the so-called double presumption (or second-degree presumption), understood as an inference based on a fact drawn, in turn, from a prior presumption pursuant to Articles 2727 and 2729 of the Civil Code. After a preliminary examination of the structure of presumptive reasoning, it proceeds with a critical reading of the conflicting arguments advanced by doctrine and jurisprudence to unconditionally recognize or exclude the prohibition of *praesumere de praesumpto*. A middle ground solution is proposed that enhances, on the one hand, the practical development of judicial reasoning and, on the other, the guarantees of due process.

Sommario: 1. L’“unitaria” categoria delle presunzioni di cui all’art. 2727 c.c.; 2. Il ragionamento presuntivo tra metodo logico-deduttivo e metodo induttivo; 3 (*segue*). La presunzione come inferenza abduttiva: precomprensione e componente soggettivistica del ragionamento presuntivo; 4. La controversa ammissibilità della doppia presunzione; 5 (*segue*). L’inammissibilità logica della *praesumptio de praesumpto*: in particolare, la teoria della probabilità composta; 6 (*segue*). Il divieto della *praesumptio de praesumpto* come equivoco logico: la concezione “atomistica” del fatto noto; 7. Concezione “olistica” del ragionamento presuntivo e garanzia del contraddittorio; 8. Il sindacato della Corte di cassazione sull’utilizzo della doppia presunzione: cenni; 9. Riflessioni conclusive.

1. L’“unitaria” categoria delle presunzioni di cui all’art. 2727 c.c.

Secondo la lettera dell’art. 2727 c.c., tralatiziamente mutuata dall’art. 1349 del Codice civile del 1865¹, le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato. Formulazione, questa, che non soltanto rischia di privare di

¹ A sua volta, il legislatore del 1865 aveva recepito fedelmente la definizione delle presunzioni adottata dall’art. 1349 del *Code Napoléon*.

specificità la definizione normativa della presunzione, resa «così lata, che non vale a differenziarla dalla normale illazione dai mezzi di prova propriamente detti»², ma confonde in una categoria unitaria fenomeni profondamente diversi³, accomunati unicamente da una controversa collocazione sistematica⁴.

Sebbene abbia avuto il merito di espungere la cosa giudicata dal novero delle presunzioni legali⁵, infatti, il codice vigente riproduce l'errore di disciplinare unitariamente le presunzioni tratte dal giudice, comunemente note come "semplici", e quelle previste – *rectius*, imposte⁶ – dalla legge, a loro volta distinte in "assolute" (*iuris et de iure*) e "relative" (*iuris tantum*) a seconda dell'ammissibilità della prova contraria. Al di là dell'ovvio corollario per il quale soltanto le presunzioni legali sarebbero state tipizzate dal legislatore, mentre quelle semplici, restando rimesse alla prudenza del giudice, risulterebbero atipiche⁷, l'unificazione concettuale del fenomeno non trova giustificazione né sul piano della funzione né su quello della struttura⁸.

Muovendo dal profilo funzionale, la lettura degli artt. 2728 e 2729 c.c. mostra la profonda distanza che intercorre tra gli effetti prodotti dalle presunzioni legali e quelli ascrivibili alle presunzioni semplici. A differenza di queste ultime, le presunzioni tratte dalla legge non attengono a una relazione inferenziale tra il fatto noto e quello ignoto, mirando, piuttosto, ad escludere o, più frequentemente, a subordinare all'allegazione della prova contraria il

² R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova (aspetti diversi di un fenomeno unico o fenomeni autonomi?)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1957, p. 407, nota 29.

³ R. SACCO, *o.l.u.c.*; V. ANDRIOLI, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 766; M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 84; S. PATTI, *Prova testimoniale. Presunzioni*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja, Branca e Galgano, Bologna-Roma, 2001, p. 77; *Id.*, *Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 475; L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, 3ª ed., Torino, 2010, p. 645. Conformemente, in relazione all'analoga formula dell'art. 1349 c.c. 1865, cfr. L. MATTIROLI, *Elementi di diritto giudiziario civile italiano*, III, Torino, 1877, p. 192; L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, p. 6 s. *Contra*, afferma E. GIACOBBE, *Della dichiarazione di morte presunta. Delle ragioni eventuali di cui che competono alla persona di cui si ignora l'esistenza o di cui è stata dichiarata la morte presunta*, in *Commentario al codice civile* a cura di Schlesinger e Busnelli, continuato da Ponzanelli, Milano, 2021, p. 283, che risulterebbero infondate le critiche rivolte alla formulazione dell'art. 2727 c.c., «rimproverato di aver condotto a unità presunzioni legali e presunzioni semplici, che invece esprimerebbero fenomeni diversi, poiché il meccanismo strutturale della presunzione non cambia ove sia la legge, in luogo del giudice, a risalire dal fatto noto al fatto ignoto».

⁴ Condividono la scelta del legislatore di collocare la disciplina delle presunzioni nel Codice civile, L. RAMPONI, *o.c.*, p. 11; S. PATTI, *Prova testimoniale. Presunzioni*, cit., p. 78.

⁵ Così, V. ANDRIOLI, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, cit., p. 767. Per una critica alla previsione dell'autorità della cosa giudicata tra le presunzioni legali cfr., durante la vigenza del codice del 1865, N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, 2ª ed., Milano, 1915, p. 559.

⁶ S. MAZZARESE, *Sub art. 2728 c.c.*, in *Codice civile annotato* a cura di G. Perlingieri, VI, 3ª ed., Napoli, 2010, p. 318.

⁷ M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu e Messineo, Milano, 2012, p. 1104; S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, p. 903; ma v. già L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 33 s.; C. LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, V, *Accesso giudiziale, intervento istruttorio, presunzioni*, Firenze, 1902, p. 303.

⁸ V. ANDRIOLI, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, cit., p. 766.

principio del libero convincimento del giudice⁹: esse si risolvono, infatti, nella inversione¹⁰ o, talvolta, nella eliminazione dell'onere della prova¹¹ attraverso l'introduzione di "verità processuali" preconfezionate, non direttamente provate dalla parte interessata ma ricavate dall'esistenza di altri fatti provati o notori¹². Il giudice non deve fare altro che prendere atto della statuizione legislativa, dando per avvenuta la "conseguenza" prevista dalla legge, salvo, nel caso delle presunzioni relative, la prova contraria eventualmente fornita dalla parte interessata.

Diverse osservazioni valgono per le presunzioni semplici, rimesse dall'art. 2729 c.c. alla prudenza del giudice. Lungi dal riflettersi in una ripartizione dell'onere probatorio, le c.dd. *praesumptiones hominis* mirano ad agevolare la ricostruzione della verità processuale attingendo a elementi che, già veicolati nel processo, non appaiono sufficienti, atomisticamente valutati, a fornire una compiuta rappresentazione del fatto ignoto¹³. Esse agiscono pertanto sul terreno processuale della prova piuttosto che su quello, più propriamente sostanziale, della ripartizione o esclusione dell'onere probatorio¹⁴.

Le differenze intercorrenti tra presunzioni semplici e legali si riflettono, sul piano strutturale, nel diverso impatto sul ragionamento imposto al giudice: se le presunzioni tratte dalla legge, atteggiandosi a prove legali, costringono l'apprezzamento del giudicante entro i confini di un modello logico-deduttivo talché, dato il fatto "noto", è assunto come provato quello ignoto¹⁵, le presunzioni semplici si articolano in un più complesso procedimento mentale che risponde all'*id quod plerumque accidit* o, comunque, a regole di esperienza in grado di collegare il fatto noto a quello ignoto. Al pari di qualsiasi percorso logico-argomentativo che da un fatto particolare intenda risalire, transitando per una regola generale, ad un altro fatto particolare,

⁹ S. PATTI, *Prova testimoniale. Presunzioni*, cit., p. 110.

¹⁰ Sul rapporto tra presunzione legale relativa e inversione dell'onere della prova in senso stretto v., più ampiamente, le note e raffinate riflessioni di R. SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova (aspetti diversi di un fenomeno unico o fenomeni autonomi?)*, cit., p. 407 ss. Cfr. anche S. MAZZARESE, *Sub art. 2728 c.c.*, cit., p. 320.

¹¹ S. PATTI, *Prova testimoniale. Presunzioni*, cit., p. 83 ss.; M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 1103 s.

¹² Il fatto noto deve pur sempre essere stato veicolato nel processo perché notorio o provato dalla parte interessata. Cfr. S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, cit., p. 897. *Contra*, nel senso che la presunzione legale non abbisognerebbe della prova del fatto noto idoneo a giustificarla, cfr. Cass. 1° giugno 1991, n. 6206; Cass. 27 novembre 1999, n. 13291, in *Dir. giur. agr.*, 2000, con nota di M. AMBROSIO, *Società di fatto tra coeredi e rilievo dell'iscrizione presso la camera di commercio*; Cass. 27 settembre 2003, n. 14403; Cass. 12 giugno 2006, n. 13546; Cass. 4 agosto 2010, n. 18075; Cass. 7 ottobre 2016, n. 20133; Cass. 24 maggio 2023, n. 14390; Cons. St., Ad. Plen., 19 aprile 2013, n. 7, in *Corr. merito*, 2013, p. 1028, con nota di R. CICCHESE, *Risarcimento del danno da usura psicofisica provocato dal frequente mancato godimento del riposo settimanale*.

¹³ S. PATTI, *o.u.c.*, p. 898.

¹⁴ In verità, se per le presunzioni *iuris et de iure* è pressoché pacifica l'appartenenza al diritto sostanziale, più controversa risulta la natura delle presunzioni legali relative, ricondotte da taluni autori al diritto sostanziale (cfr., ad esempio S. PATTI, *Prova testimoniale. Presunzioni*, cit., p. 78; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 656 ss.) e da altri a quello processuale (cfr., tra gli altri, P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Id.*, *Opere giuridiche*, I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019, p. 24).

¹⁵ Anche nelle presunzioni legali relative, alla luce delle argomentazioni svolte, l'inversione dell'onere della prova non è altro che un riflesso della prova legale del fatto svantaggioso per la parte onerata della prova contraria.

la *praesumptio hominis* sfugge ai paradigmi logici tradizionalmente noti come deduzione e induzione. Se ne darà conto nelle pagine che seguono, con la preliminare avvertenza che il tentativo di delineare i contorni del ragionamento inferenziale del giudice impone di concentrare il *focus* dell'indagine sulle presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., talché qualsiasi riferimento al ragionamento presuntivo dovrà essere inteso unicamente in relazione all'*iter* argomentativo che consente di risalire dal fatto noto a quello ignorato, con esclusione delle presunzioni legali tanto assolute quanto relative.

2. Il ragionamento presuntivo tra metodo logico-deduttivo e metodo induttivo

Esulano dal presente studio l'obiettivo di indagare il meccanismo di formazione del convincimento giudiziale e, con esso, quello di dar conto del significativo contributo dell'ermeneutica giuridica all'analisi dell'*iter* argomentativo che conduce alla decisione finale; ragioni di opportunità suggeriscono, tuttavia, di riflettere brevemente sulla struttura del ragionamento presuntivo e sulle relazioni logico-semantiche che intercorrono tra gli enunciati fattuali¹⁶ concernenti, rispettivamente, l'evento noto e quello ignoto.

Nel ricostruire il filone argomentativo lungo cui si dipana il discorso giuridico, la dottrina ha tentato di incasellarne i passaggi strutturali in paradigmi mutuati dalle scienze logiche, generalmente individuati nei modelli della deduzione, della induzione e della abduzione.

Attingendo ai postulati della logica tradizionale, il metodo deduttivo può essere definito come percorso argomentativo che procede dal generale al particolare¹⁷ – prevalentemente¹⁸ – secondo i canoni del sillogismo applicativo. Il modello, che deve la sua diffusione a condizionamenti storici e culturali¹⁹ piuttosto che all'osservazione critica dell'articolarsi del ragionamento giudiziale²⁰, si è rivelato insufficiente non soltanto sul terreno della

¹⁶ Avverte M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, cit., p. 84, nota 2, che il fatto entra nel procedimento probatorio, di regola, non «come avvenimento concreto, ma come proposizione o gruppo di proposizioni relative a determinate circostanze di fatto [...], sicché il problema della presunzione semplice deve essere posto non in un quadro di relazioni ontologiche tra fatti, bensì in un quadro di relazioni logico-semantiche tra proposizioni vertenti su fatti». Cfr. anche ID., *Ermeneutica, prova e decisione*, in *Ars interpretandi*, 2018, p. 29 ss.

¹⁷ C.S. PEIRCE, *Deduzione, induzione e ipotesi*, in ID., *Le leggi dell'ipotesi, antologia dai Collected Papers*, Milano, 1984, p. 204 ss. Per una tenace difesa del "deduttivismo" logico, cfr. K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, trad. it., Torino, 1970, *passim*.

¹⁸ Afferma M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 194, che «l'ambito di diffusione del modello deduttivo è più ampio di quello della teoria del sillogismo giudiziale (anche se questa può apparire come l'applicazione più rigorosa del modello medesimo)». Per una illustrazione dei vari schemi di ragionamento deduttivo, cfr. G. CARCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, 2ª ed., Torino, 2012, p. 161 ss.

¹⁹ Per L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICIOTTI e V. VELLUZZI, Torino, 2008, p. 97, «La costruzione del modello deduttivo di ragionamento giuridico ha avuto una importantissima funzione politico-civile: ma la sua sfera politica di incidenza è solo quella del bilanciamento dei pubblici poteri [...] Quel che importa sia garantito, ai fautori di questo modello, è la subordinazione del giudiziario al legislativo che viene ammessa, e ogni volta ribadita, con il dichiarare che la decisione particolare si fonda sul testo della legge generale».

²⁰ Conformemente, M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., p. 194.

ricostruzione del fatto²¹, ma soprattutto sul piano della *quaestio iuris*, per lungo tempo acriticamente risolta tramite la meccanica sussunzione del fatto nella regola astratta. Al contrario, l'accertamento giudiziale dei fatti, al pari della individuazione della normativa concretamente applicabile, non può mai essere ridotto a una inferenza deduttiva di carattere meramente sillogistico. Ne risulterebbe compromessa la stessa essenza del ragionamento giuridico, in cui lo sguardo dell'interprete, secondo una celebre metafora²², non può dirigersi unicamente dalla premessa maggiore a quella minore, ma deve andare «avanti e dietro», “vagare” tra il fatto e la norma e la norma e il fatto²³.

L'applicazione del predetto modello all'interpretazione degli enunciati normativi, d'altro canto, entrerebbe fatalmente in collisione con l'approccio ermeneutico imposto dal complesso sistema delle fonti²⁴, fondato sulla preminenza di principi che ne hanno fatto transitare il baricentro dagli interessi patrimoniali della proprietà al valore della persona umana²⁵. Per un verso, il sillogismo predicato dal metodo deduttivo appare incompatibile con la componente sistematica dell'interpretazione, giacché la normativa del caso concreto non è mai il portato della valutazione atomistica della singola disposizione, ma risulta da una complessa opera di composizione di regole e principi di rango e origine diversi²⁶; per altro verso, precludendo qualsiasi riferimento ai valori normativi vigenti, esso è inconciliabile con la prospettiva assiologica immanente all'attività del giurista, che impone «un costante confronto non soltanto tra fatto e regola ma tra fatto e diritto»²⁷.

Diverse osservazioni valgono per il c.d. modello induttivo, tradizionalmente contrapposto a quello deduttivo per l'inversione del percorso argomentativo seguito dall'interprete: non dal

²¹ Per una concezione “deduttivistica” del ragionamento probatorio, cfr. A. Rocco, *La sentenza civile*, Torino, 1906, pp. 5 e 34; F. CARNELUTTI, *La prova civile, Parte generale* (1915), ristampa anastatica, Milano, 1992, *passim* ma spec. pp. 15 ss. e 62 ss., ove si afferma che «La ricerca del fatto da provare non percepito mediante il fatto diretto percepito dal giudice avviene precisamente secondo un *procedimento logico di deduzione*; il giudice costruisce un sillogismo, del quale la premessa minore è costituita dalla posizione del fatto percepito diverso dal fatto da provare, e la illazione dalla affermazione della verità o non verità (esistenza o inesistenza) del fatto da provare, mentre funge da premessa maggiore una *norma*, che il giudice ritiene applicabile al fatto percepito» (corsivo dell'A.). Più recentemente, cfr. P. COMANDUCCI, *Ragionamento giuridico*, in M. BESSONE, E. SILVESTRI e M. TARUFFO (a cura di), *I metodi della giustizia civile*, Padova, 2000, p. 79 ss.

²² K. ENGISH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3ª ed., Heidelberg, 1963, p. 14 ss.

²³ K. ENGISH, *o.c.*, p. 15.

²⁴ Sul quale cfr. P. PERLINGIERI, *Per un'ermeneutica rinnovata*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, p. 2231 ss., ora in Id., *Lezioni (1969-2019)*, II, Napoli, 2020, p. 5 ss.

²⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, «Depatrimonializzazione» e diritto civile, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.; Id., *Per un'ermeneutica rinnovata*, cit., p. 2237; Id., *Interpretazione assiologica e diritto civile*, in *Corti salernitane*, 2013, p. 465 ss., ora in Id., *Lezioni (1969-2019)*, III, Napoli, 2020, p. 89 ss. C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.

²⁶ P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p. 152 ss.

²⁷ P. PERLINGIERI, P. FEMIA e G. PERLINGIERI, *Metodo giuridico e interpretazione*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 10ª ed., Napoli, 2021, p. 110.

generale al particolare, ma dal particolare al generale²⁸ ovvero, sul terreno della ricostruzione dei fatti, dal noto all'ignoto²⁹. Una siffatta distinzione, seppur soppiantata negli studi più recenti da quella fondata sul carattere necessario o soltanto probabile della relazione tra la premessa e le conclusioni³⁰, spiega la fortuna del metodo induttivo nell'ambito della teoria delle prove, stante la prioritaria e assorbente rilevanza attribuita al caso noto. Autorevole e risalente dottrina³¹, «al cui insegnamento è legata la rivalutazione del capitolo del diritto probatorio nella teoria del diritto»³², non esitò a definire l'induzione come la «base logica di tutte le prove».

Senonché, l'applicazione al ragionamento probatorio del modello induttivo in senso stretto, inteso come inferenza di natura "generalizzatrice", non solo si scontra con l'assunto che «nel processo non si tratta di formulare asserzioni generali derivandole da un insieme di casi particolari»³³, ma non appare in grado, al pari del metodo deduttivo, di produrre informazioni ulteriori rispetto a quelle contenute nelle premesse³⁴, limitandosi a formulare mere conseguenze senza ampliare la conoscenza. In breve, «nessun nuovo contenuto di verità può derivare da induzione o deduzione»³⁵.

²⁸ C.S. PEIRCE, *Deduzione, induzione e ipotesi*, cit., p. 207; K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, cit., p. 5 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., p. 99.

²⁹ Cfr. M. PESCATORE, *La logica del diritto*, I, *Frammenti di dottrina e giurisprudenza*, 2ª ed., Torino, 1883, p. 78.

³⁰ Cfr. G. CARCATERA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, cit., p. 160, secondo cui «C'è una differenza fra le leggi di base degli argomenti deduttivi e le leggi di base degli argomenti induttivi. Nella deduzione le leggi di base sono della pura forma *tutti gli atti A sono B o se A allora B*, senza alcun indice di frequenza o probabilità. Nella induzione, invece, queste formule sono sempre accompagnate da un indice, percentuale o qualitativo, di frequenza o probabilità» (corsivo dell'A.); A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2001, p. 326, per il quale «Soltanto la deduzione (il sillogismo in senso stretto) costituisce un procedimento certo sotto ogni riguardo. [...] I passaggi del procedimento non riconducibili ad una deduzione non sono invece certi»; R. POLI, *Gli elementi strutturali del ragionamento presuntivo*, in S. PATTI e R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, Torino, 2022, p. 30.

³¹ M. PESCATORE, *La logica del diritto*, I, cit., p. 82.

³² Così, testualmente, A. GIULIANI, *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 574. Cfr. anche L. MATTIROLO, *Elementi di diritto giudiziario civile italiano*, I, Torino, 1875, allievo di Matteo Pescatore, che ricorda in numerose citazioni gli «aurei scritti che sul diritto giudiziario in diversi tempi, e con differenti titoli, fece di pubblica ragione il Pescatore» (p. 14); C. LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, I, Firenze, 1895, p. 1, nota 2, ove l'opera di Pescatore è definita «immortale».

³³ M. TARUFFO, *Considerazioni sulle prove per induzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 1155. Cfr. anche G. TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, 2ª ed., Torino, 2016, p. 136.

³⁴ R.M. DE ANGELIS, *Ragionamento presuntivo e probabilità della sussistenza del fatto ignoto*, in S. PATTI e R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, cit., p. 406.

³⁵ C.S. PEIRCE, *Storia e abduzione*, in *Id.*, *Le leggi dell'ipotesi, antologia dai Collected Papers*, cit., p. 273.

3 (segue). La presunzione come inferenza abduttiva: precomprensione e componente soggettivistica del ragionamento presuntivo

L'unico paradigma logico che consente di accrescere il sapere, introducendo nuovi elementi nel ragionamento giuridico, è la c.d. "abduzione"³⁶. Un modello che non trae le proprie mosse dalla regola, né è destinato a risolversi nella stessa: esso muove dalle conclusioni e, «transita[ndo] "attraverso" la regola»³⁷, perviene al caso³⁸.

Consentendo di risalire dalla conseguenza al caso particolare, legati da relazioni logico-semantiche fondate su massime d'esperienza o principi scientifici, l'abduzione riveste un ruolo centrale nella teoria delle prove. Essa, tuttavia, introduce nel ragionamento giuridico un significativo margine di opinabilità, rimettendo alla sensibilità dell'interprete la scelta della massima o del principio in grado di legare la conseguenza alla sua causa³⁹. Nel selezionare la "regola" che dalla conclusione conduce al caso, inoltre, il modello abduttivo si affida alla formulazione di una congettura preliminare⁴⁰: un'ipotesi provvisoria, propedeutica al successivo dipanarsi dell'*iter* logico-argomentativo, che resta costantemente assoggettata a verifica e ad eventuali correzioni. In tale direzione, la precomprensione⁴¹ dei possibili esiti del ragionamento, «croce e delizia dell'ermeneutica giuridica novecentesca»⁴², esplica una essenziale funzione euristica, suggerendo all'operatore giuridico il punto di abbrivio della propria indagine⁴³; nel contempo, tuttavia, essa restituisce all'ermeneutica una declinazione

³⁶ C.S. PEIRCE, *Le leggi dell'ipotesi, antologia dai Collected Papers*, cit., *passim*. Per una puntuale disamina del ruolo dell'abduzione nel ragionamento giuridico, cfr. G. TUZET, *Legal Abductions*, in D. BOURCIER (a cura di), *Legal Knowledge and Information Systems*, Amsterdam, 2003, pp. 41-49.

³⁷ A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, cit., p. 330.

³⁸ G. CARCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, cit., p. 171 ss.; R. POLI, *Gli elementi strutturali del ragionamento presuntivo*, cit., p. 32.

³⁹ Per E. FASSONE, *Dalla "certezza" all'"ipotesi preferibile": un metodo per la valutazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1104 ss. «L'abduzione, pertanto, sconta questa insanabile contraddizione epistemologica: da un lato è l'unico tipo di inferenza che aumenta le nostre cognizioni fattuali, e quindi è l'unico schema argomentativo sempre e davvero indispensabile per giungere all'enunciato finale; dall'altro lato essa rappresenta lo strumento inferenziale dotato di minore necessità logica, e perciò di maggiore debolezza intrinseca. La deduzione, infatti, può avere carattere di incontrovertibilità, quando la premessa maggiore è sempre vera; l'induzione può avere carattere di certezza scientifica, quando la regola è stata ricavata da un'osservazione estesa e non mai contraddetta; l'abduzione, invece, è sempre "a rischio", anche quando la regola applicata è solida o scientificamente certa, perché è la scelta stessa della regola che è controvertibile».

⁴⁰ C.S. PEIRCE, *Storia e abduzione*, in *Id.*, *Le leggi dell'ipotesi, antologia dai Collected Papers*, cit., p. 272, che fa riferimento a «un'abduzione fondamentale e primaria. Un'ipotesi che dobbiamo abbracciare all'origine, per quanto manchino prove a suo favore».

⁴¹ Sul concetto di precomprensione cfr. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, 2ª ed., trad. it., Milano, 1983, p. 312 ss.; J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it., Napoli, 2010, *passim*, ma spec. p. 132 ss.; D. CANALE, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, in *Etica e politica*, 2006, 1, p. 1 ss.

⁴² Così, testualmente, D. CANALE, *o.c.*, p. 2.

⁴³ L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quad. fiorentini*, 1978, 7, p. 141 s. Per A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, cit., p. 329, «Non ci accostiamo a qualcosa che vogliamo comprendere senza alcuna cognizione preventiva dei suoi possibili significati o senza sapere cosa ci aspettiamo di trovare. Chi entrerebbe mai in una libreria per acquistare un libro alla cieca, senza avere idea se si tratta di un libro di cucina o di una Bibbia? [...] Ciò accade

soggettivistica⁴⁴ in cui convergono il bagaglio di esperienze e l'ideologia abbracciata dall'interprete. Come insegna autorevole dottrina, infatti, «ogni tecnica, anche quella apparentemente neutrale, è al servizio di un'ideologia»⁴⁵.

Né la negazione del carattere oggettivo dell'interpretazione, comune a qualsiasi processo conoscitivo che si avvalga di inferenze non deduttive, può sconfinare in un incondizionato arbitrio foriero di soluzioni incontrollabili e imprevedibili. La correttezza della decisione, in uno con la prevedibilità della sua *ratio*, resta garantita dal costante confronto dell'interprete con il contesto socio-istituzionale di riferimento, con i principi che lo sostengono e il relativo substrato valoriale.

Nell'attuale sistema delle fonti, l'attività di concretizzazione del diritto, intesa come individuazione della soluzione preferibile tra più interpretazioni logicamente possibili, deve essere guidata dai criteri della ragionevolezza, della proporzionalità, dell'adeguatezza e della sussidiarietà⁴⁶, talché all'inferenza abduttiva contribuiranno – non solo, ma con rilevanza preminente – valutazioni aventi ad oggetto gli interessi concretamente coinvolti e i principi espressi dall'ordinamento. Con specifico riferimento alla ricostruzione dei fatti, poi, il rischio di arbitrio è contenuto dalla conformità alle regole e ai principi disciplinanti l'accertamento probatorio, nonché dal riferimento al portato di esperienza e alla prassi diffusa nel contesto socio-istituzionale in cui opera l'interprete⁴⁷.

Alla luce delle osservazioni svolte, il ragionamento presuntivo può essere agevolmente inquadrato nell'ambito dei processi inferenziali non deduttivi. Più in particolare, dopo aver sposato la tesi che distingue radicalmente l'induzione in senso stretto dall'abduzione⁴⁸, non si può non riconoscere che il giudice, muovendo dal caso particolare (noto) per pervenire a quello ignorato, stia ponendo in essere un'inferenza di natura abduttiva⁴⁹, congetturale e

anche nei processi di comprensione giuridica. Ad ogni giurista risulta chiaro in via preventiva se la soluzione del caso va ricercata nel codice civile oppure nel codice penale».

⁴⁴ Cfr. R. PICARO, *Le famiglie e la loro regolazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1459, per il quale «Non esiste un metodo in grado di strutturare un'ermeneutica oggettiva, poiché quale che sia il risultato, l'attività interpretativa trova il proprio motore nella persona, con il suo vissuto, con la sua coscienza individuale ed esistenziale».

⁴⁵ G. PERLINGIERI, *Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, in *Foro nap.*, 2014, p. 95.

⁴⁶ P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 501.

⁴⁷ Cfr. D. CANALE, *La precomprensione dell'interprete è arbitraria?*, cit., p. 5, per il quale «la cosiddetta interpretazione-processo fa riferimento non ad uno stato mentale soggettivo, e dunque discrezionale o arbitrario, quanto ad una prassi istituzionale alla quale prendono parte, direttamente o indirettamente, una pluralità di soggetti. Tale prassi consiste nel formulare delle ipotesi in ordine alla soluzione di una controversia, e nel vagliare dette ipotesi in modo da selezionare sia il significato pertinente delle disposizioni normative scelte per disciplinare il caso, sia i fatti giuridicamente rilevanti».

⁴⁸ Per la quale cfr., per tutti, C.S. PEIRCE, *Storia e abduzione*, cit., p. 272. *Contra*, G. CARCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, cit., p. 159 ss., che ricomprende l'argomento per abduzione nell'ambito degli schemi induttivi, in un rapporto di specie a genere.

⁴⁹ Nel senso del testo, cfr. R. POLI, *Gli elementi strutturali del ragionamento presuntivo*, cit., p. 33; G. CARCATERRA, *o.c.*, p. 237; G. TUZET, *Logica della prova per presunzioni*, in S. PATTI e R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, cit., p. 177 ss.; A. CARRATTA, *Prova scientifica e ragionamento presuntivo*, *ivi*, p. 248; in giurisprudenza, Cass. 3 maggio 2018, n. 10473, ove si

ipotetica, in cui si annida una indefettibile componente “soggettivistica” che si declina nel summenzionato concetto di precomprensione⁵⁰. Sicché, alla sistemazione in termini probabilistici del ragionamento presuntivo, propria di qualsiasi inferenza non propriamente deduttiva, si affianca un’accentuazione del profilo soggettivistico del processo inferenziale che si nutre del sedimentato di esperienza dell’interprete, della sua cultura e della sua sensibilità giuridica⁵¹.

Coglie nel segno chi, pur senza appellarsi espressamente ai concetti di abduzione e precomprensione, afferma che il fatto “ignoto” è «“ignorato” nel senso che non si sa ancora se il relativo enunciato sia o non sia vero, ma non nel senso che esso sia ignoto e indeterminato. Il *factum probandum*, al contrario, è individuato (dalle parti o dal giudice) come ipotesi da verificare, e quindi è prefigurato come possibile conclusione dell’inferenza in cui si articola il ragionamento presuntivo. Questa inferenza non serve a scoprire *ex nihilo* ciò che si ignora del tutto: serve a stabilire se un enunciato di fatto che si è già formulato in via ipotetica viene o non viene confermato sulla base del fatto noto»⁵².

4. La controversa ammissibilità della doppia presunzione

La disamina della complessa struttura del ragionamento presuntivo rafforza il divario esistente tra le “conseguenze” tratte dal fatto ignoto, rispettivamente, dal giudice e dalla legge. A differenza delle *praesumptiones hominis*, infatti, le presunzioni legali non si avvalgono di modelli di ragionamento di tipo inferenziale; piuttosto, nel dedurre il fatto ignoto da quello noto, esse si affidano a scelte di politica legislativa che non rispondono necessariamente a

parla espressamente di «inferenza abduittiva». *Contra*, per l’attrazione delle presunzioni nell’ambito dei procedimenti deduttivi, cfr. A. CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, Palermo, 1920, p. 196; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 104; V. ANDRIOLI, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, cit., p. 766 ss.; F. TESAURO, *Prova (dir. tribut.)*, in *Enc. dir.*, agg., III, Milano, 1999, p. 892, che parla di un «modello deduttivo-sillogistico di conoscenza»; M. CONTE, *Le prove civili*, Milano, 2005, p. 11; E.T. LIEBMANN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 7ª ed., Milano, 2007, p. 319. Per la qualificazione della presunzione in termini di induzione, cfr. L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 1942, p. 480; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 656 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 5ª ed., Bari, 2019, p. 190; S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, cit., p. 914, per il quale «la presunzione si basa su un ragionamento di tipo logico-induttivo».

⁵⁰ Evoca il concetto di precomprensione anche S. PATTI, *o.u.c.*, p. 911.

⁵¹ Secondo S. PATTI, *Probatio e praesumptio: attualità di un’antica contrapposizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 481, «nell’esame della normativa in tema di presunzioni, occorre tenere presente che, come è stato osservato, il presumere è una delle attività del pensiero umano, che si affianca all’immaginare, al credere, al sapere [...] Il grado di conoscenza e di cultura di una persona incide sul risultato del procedimento, nel senso che una persona può credere a qualcosa che un’altra riesce soltanto a presumere; oppure può presumere una cosa mentre altri non pervengono a tale risultato, non riuscendo a compiere i necessari collegamenti tra il noto e l’ignoto».

⁵² M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 1105 s. Nella medesima direzione, afferma Cass. 22 giugno 2020, n. 1218, che il ragionamento presuntivo rappresenterebbe un «iter logico che non è un risalire all’indietro, ma piuttosto un procedere “in avanti”, verso un’ipotesi da verificare, ovvero verso la dimostrazione di un fatto che è prefigurato come possibile conclusione dell’inferenza in cui si articola il ragionamento presuntivo»; così, anche Cass. 26 luglio 2021, n. 21403; Cass. 13 marzo 2024, n. 6721; Cass. 27 maggio 2024, n. 14788.

criteri di “normalità”⁵³, imponendosi per l’autorità propria della norma in cui confluiscono⁵⁴. Sicché, la verità “storica” o, comunque, il grado di probabilità logica dell’evento ignoto non può esplicitare alcuna rilevanza in sede di applicazione di una presunzione legale.

Considerazioni di diverso tenore si impongono per le inferenze “lasciate” alla prudenza del giudice. A differenza delle presunzioni legali⁵⁵, esse presuppongono necessariamente un “ragionamento” articolato in una serie di passaggi logico-argomentativi che consentano di addivenire alla soluzione più attendibile nel caso concreto⁵⁶. Il rapporto tra il fatto noto e quello ignoto, pertanto, deve essere connotato da notevoli margini di verosimiglianza e affidabilità, idonei a fondare l’accertamento giudiziale. In tale direzione, l’art. 2729 c.c. subordina l’ammissibilità⁵⁷ delle presunzioni semplici ai caratteri della gravità, della precisione e della concordanza⁵⁸, ormai pacificamente riferiti non alle risultanze del procedimento inferenziale, quanto agli elementi fattuali attraverso i quali lo stesso si dipana⁵⁹, stante l’acquisita declinazione della presunzione quale modello argomentativo di apprezzamento dei fatti o delle prove⁶⁰.

La differente conformazione delle presunzioni semplici e di quelle legali, accomunate soltanto, come già segnalato, da una controversa collocazione sistematica, spiega il tradizionale insegnamento che limita alle prime il discusso divieto di *praesumere de praesumpto*. È comune convincimento, infatti, che il divieto di trarre presunzioni da altre presunzioni, pur volendone ammettere la vigenza, non investa anche le ipotesi in cui da un fatto noto si risalga a un fatto

⁵³ S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, cit., p. 905.

⁵⁴ Per V. ANDRIOLI, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, cit., p. 767, la norma recante una presunzione legale «s’impono per l’autorità, che le conferisce l’ordinamento costituzionale, di cui fa parte, non per la razionalità che la pervade».

⁵⁵ Afferma S. PATTI, *Probatio e praesumptio*, cit., p. 479 che «La presunzione consiste pertanto in un ragionamento che partendo dal fatto noto permette di formulare una serie di ipotesi: le “conseguenze”. Tale ragionamento dovrebbe quindi rinvenirsi a fondamento, anzitutto, delle presunzioni legali, ma in effetti esso non sempre si riscontra: così, per fermarci all’esempio più noto, nel caso della presunzione di commorienza (art. 4 c.c.). In tali casi, come si vedrà, non è previsto un fatto “base” da cui prendere le mosse».

⁵⁶ In tal senso, può accogliersi l’idea che la formulazione dell’art. 2727 c.c. si attagli più alle presunzioni semplici che a quelle legali, per la quale cfr. S. MAZZARESE, *Sub art. 2728 c.c.*, cit., p. 325. *Contra*, M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, cit., p. 1103 ss.

⁵⁷ Il concetto di ammissibilità non va inteso, tuttavia, in senso tecnico. Sul punto, cfr. C. LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, I, cit., p. 304, per il quale «ammettere equivale a valutare, perché le presunzioni semplici non si costruiscono, ma sono già nel giudizio».

⁵⁸ Sui requisiti della gravità, della precisione e della concordanza, cfr., per tutti, S. PATTI, *Le prove*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2021, p. 817 ss.

⁵⁹ Cfr., per tutti, S. PATTI, *Prova testimoniale. Presunzioni*, cit., p. 130.

⁶⁰ Afferma F. CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., p. 178, seppur nel contesto di una concezione deduttivistica del ragionamento presuntivo, che la definizione delle presunzioni semplici indicherebbe «sebbene in forma logicamente contorta, non la fonte né il risultato ma l’atto stesso del *dedurre* (se per conseguenza che il giudice deduce si intendesse ciò che viene dedotto la presunzione si confonderebbe con il fatto presunto, vale a dire col suo medesimo oggetto)». Sul punto, cfr. anche F. CORDOPATRI, *Presunzione (Teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 288; M. COMPORTI, *Le presunzioni di responsabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 646.

ignoto assunto, a sua volta, quale base di una *praesumptio iuris*⁶¹. La suddetta assenza, nelle conclusioni tratte dalla legge, di un procedimento di tipo inferenziale in senso proprio consente di attribuire al fatto precedentemente ignorato un coefficiente di certezza (giuridica) in grado di sorreggere utilmente una ulteriore inferenza logica, purché sia garantito il contraddittorio sui fatti posti a fondamento della stessa.

Diverse osservazioni valgono per le c.dd. *praesumptiones hominis*, la cui ammissibilità è stata spesso limitata alle ipotesi in cui il fatto noto, premessa del ragionamento giudiziale, sia notorio ovvero sia percepito dal giudice nel processo o, ancora, dimostrato mediante il ricorso a prove non induttive. In verità, la massima *praesumptum de praesumpto non admittitur* non ha forse goduto della necessaria attenzione tanto nell'ambito della tradizionale manualistica⁶², quanto nelle trattazioni specialistiche in materia di prova presuntiva⁶³. Né può sottacersi il recente cambio di rotta della giurisprudenza di legittimità, che sempre più spesso mostra di dismettere i panni di «gelosissima custode»⁶⁴ del divieto di doppia presunzione per vestire quelli di sua tenace oppositrice, come testimonia la perdurante sovrapposizione fra pronunce giurisdizionali che ne confermano la vigenza e decisioni tese, all'opposto, a escludere che lo stesso possa trovare cittadinanza nell'ordinamento perché asseritamente privo di un solido ancoraggio normativo. Invero, la questione del fondamento ordinamentale di un siffatto precetto è stata risolta attraverso differenti soluzioni dalla stessa letteratura specialistica che ne ha predicato la perentorietà.

5. (segue). L'inammissibilità logica della *praesumptio de praesumpto*: in particolare, la teoria della probabilità composta

Parte della dottrina, valorizzando il tenore testuale dell'art. 2727 c.c., nella parte in cui afferma che il ragionamento inferenziale muove dal fatto noto per pervenire a quello ignoto, ha argomentato l'inammissibilità della doppia presunzione dall'esigenza che la premessa del ragionamento sia certa, non semplicemente presunta⁶⁵. Altri autori, invece, hanno ricondotto

⁶¹ Cass. Sez. Un., 13 marzo 1987, n. 2639; Cass. 22 febbraio 2001, n. 2612 in *Nuovo dir.*, 2001, con nota di G.V. PATIERNO, *Sull'operatività della presunzione di conoscenza in materia di dichiarazioni dirette a persona determinata*; Cass. 21 dicembre 2007, n. 27032; Cass. 29 settembre 2011, n. 19888; Cass. 20 dicembre 2022, n. 37252, in *Foro it.*, 2022, I, c. 444, con nota di A.R. EREMITA, *Sul divieto di «praesumptio de praesumpto»*. In dottrina, cfr. L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., p. 670 s.; S. MAZZARESE, *Sub art. 2729 c.c.*, in *Codice civile annotato* a cura di G. Perlingieri, VI, cit., p. 333.

⁶² L'argomento non viene trattato, ad esempio, in E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, cit.; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, 2, *Processo di cognizione*, Torino, 2017.

⁶³ Non vi è alcun cenno al divieto della doppia presunzione in A. CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, cit.; E. BENIGNI, *Presunzioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino, 2014.

⁶⁴ L'espressione è di V. ANDRIOLI, *Studi sulle prove civili*, Milano, 2008, p. 121.

⁶⁵ V. TAVORMINA, *Sull'istruttoria dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 256; C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, 26ª ed., Torino, 2017, p. 39, nota 39; A.G.M. CONVERSO, *Le prove: interrogatorio formale, confessione, le prove per testimoni e per presunzioni, le prove documentali, i giuramenti, le prove acquisite in altri processi, il notorio, il rendimento del conto*, in AA.VV., *La prova nel processo civile*, II, Roma, 1999, p. 9 ss.;

il divieto in esame sul terreno dei requisiti di ammissibilità delle presunzioni semplici dettati dall'art. 2729 c.c., rinvenendone il fondamento ora nella necessaria gravità dell'elemento indiziante⁶⁶, ora nella combinazione tra la gravità stessa e l'ulteriore presupposto della precisione⁶⁷.

Quale che sia la disposizione normativa invocata a sostegno delle suddette proposte dottrinali, la pretesa di delimitare il ragionamento del giudice a un solo passaggio inferenziale si spiega, con ogni evidenza, in ragione della diminuzione del grado di attendibilità logica di una concatenazione di inferenze successive, destinato a ridursi in misura inversamente proporzionale all'insieme delle singole presunzioni⁶⁸. Un'osservazione che fu efficacemente sviluppata da autorevole e risalente dottrina mediante il riferimento al teorema della «probabilità composta»⁶⁹, adottato dai teorici del calcolo delle probabilità per dimostrare che se la produzione di un evento dipende dalla verifica congiunta di accadimenti ulteriori, indipendenti ma tra essi compatibili, la probabilità del primo è pari al prodotto di quelle degli altri. Se ne ricava che laddove, ad esempio, si innesti sulla prima deduzione, connotata da un grado probabilistico pari al sessanta per cento, un'ulteriore presunzione dotata di un eguale tasso di attendibilità, la probabilità della inferenza finale non potrà essere che del trentasei per cento. Per tale via si giunge a riconoscere che il valore della doppia presunzione decresce «in ragione quadrata diretta delle distanze dall'ultima presunzione alla certezza assoluta», fino a elevare al rango di principio generale quello che vieta all'interprete di *praesumere de praesumpto*⁷⁰.

In tale contesto non può, peraltro, essere sottaciuta la tesi che individua la *ratio* del suddetto divieto nella necessità di garantire la regolarità del contraddittorio in sede processuale, argomentata dalla centralità del principio dispositivo e dalla connessa esigenza di tutelare le parti contro i pericoli derivanti dall'uso della scienza privata del giudice⁷¹. In tanto un fatto

L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 670; P. PERLINGIERI e B. TROISI, *Altri mezzi di prova. Presunzioni*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, cit., p. 867, ove la presunzione viene definita come argomentazione logica che consente al giudice di desumere un fatto sfornito di prova diretta da un «fatto provato (non soltanto presunto)»; E. GUFFANTI e P. SANNA, *La prova dell'insider trading secondario*, in *Società*, 2020, p. 713.

⁶⁶ Cfr., seppur sotto la vigenza del codice civile del 1865, L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 309 ss.; Id., *Note sulle presunzioni in diritto civile*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1892, p. 329 ss.

⁶⁷ M. SCALAMOGNA, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1169.

⁶⁸ Cfr. già *Progetto del Codice di procedura civile del regno d'Italia*, Torino, 1864, p. 131, ove si affermava che «è canone fondamentale di diritto in materia di prove, non potersi innestare una presunzione sopra un'altra per trarne un argomento probatorio, imperocché il valore della presunzione decresce a misura che si allontana dal suo centro, come ogni forza estendendosi perde in intensità».

⁶⁹ M. PESCATORE, *La logica del diritto*, I, cit., p. 177 ss. Cfr. anche, sulla scorta dell'insegnamento dell'illustre autore, L. MATTIROLLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, III, 4ª ed., 1895, p. 240; L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 309 s.

⁷⁰ M. PESCATORE, *La logica del diritto*, I, cit., p. 282 ss.

⁷¹ V. ANDRIOLI, *Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)*, cit., p. 767; Id., *Studi sulle prove civili*, cit., p. 121 ss. Conformemente, R. VACCARELLA, *Interrogatorio delle parti*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 395; F. CORDOPATRI, *Presunzione*

potrebbe essere utilizzato quale «punto di partenza» del ragionamento presuntivo, in quanto acquisito in contraddittorio fra le parti oppure veicolato nel processo dalla comune esperienza⁷².

Quanto alla violazione del principio costituzionale del contraddittorio, essa viene considerata dalla prevalente dottrina un ostacolo non decisivo all'ammissibilità della doppia presunzione, stante il duplice rilievo, invero non condivisibile⁷³, che si tratterebbe di una conseguenza soltanto potenziale del ricorso alla stessa e che, d'altronde, il rischio di lesione del contraddittorio sarebbe insito in qualsiasi procedimento presuntivo, ancorché limitato ad un solo passaggio inferenziale. Diversamente, la collocazione della *ratio* del divieto sul diverso piano dell'attendibilità logica ha occasionato un articolato dibattito in ordine alla opportunità di applicare al ragionamento presuntivo dell'interprete criteri mutuati dalla teoria del calcolo delle probabilità.

6. (segue). Il divieto della *praesumptio de praesumpto* come equivoco logico: la concezione "atomistica" del fatto noto

Sin dai primi anni del secolo scorso, iniziò a diffondersi in letteratura, accanto alla tesi minoritaria che ammetteva la duplice inferenza presuntiva per la mancanza di una espressa previsione contraria⁷⁴, l'idea che il cumulo di presunzioni non potesse trovare ostacolo nelle teorie del calcolo delle probabilità, stante l'impossibilità di predeterminare con esattezza tutte le possibili conseguenze sociali dell'agire dell'uomo⁷⁵. In estrema sintesi, l'assunto poggiava sull'osservazione secondo cui, in difetto dell'astratta prevedibilità dell'insieme dei fatti ignorati che possono essere desunti da quello noto, non si rende possibile una loro quantificazione in termini probabilistici e, pertanto, viene meno qualsiasi potenziale riferimento all'operatività dei suddetti postulati matematici.

In séguito, autorevole dottrina ha ulteriormente sviluppato la critica al brocardo *praesumptum de praesumpto non admittitur*. Nello specifico, la confutazione del divieto muove dal rilievo secondo cui l'argomento prevalentemente utilizzato dai suoi fautori, a mente del quale le presunzioni a catena ricadrebbero nell'alveo di operatività del teorema della probabilità composta, non si avvede che il giudice, formulando una presunzione di secondo grado, non sta ricavando da un fatto noto la contestuale verifica di due o più accadimenti ignoti, come succede in sede di quantificazione della probabilità composta, ma sta ponendo in essere «una serie lineare di inferenze» in cui ciascun elemento rappresenta,

(*Teoria generale e diritto processuale civile*), cit., p. 291 ss.; G.F. RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 1066, spec. nota 55; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 670.

⁷² V. ANDRIOLI, *o.l.u.c.*

⁷³ Cfr. *infra*, § 7.

⁷⁴ Cfr. N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 559.

⁷⁵ C. LESSONA, *Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, V, cit. p. 323 ss.

nel contempo, il fatto ignoto del passaggio precedente e il fatto noto di quello successivo⁷⁶. In tal guisa, ricostruendo più presunzioni successive alla stregua di altrettanti anelli di una stessa catena, si tende a spostare il baricentro dell'indagine sulla necessità che ciascun passaggio inferenziale sia connotato dai requisiti dettati dall'art. 2729 c.c., la cui sussistenza consentirebbe di ritenere definitivamente provato il fatto presunto, autorizzando l'interprete ad avvalersene come ulteriore premessa del proprio ragionamento inferenziale. Non si tratterebbe, dunque, di un generale ed incondizionato riconoscimento della validità delle presunzioni a catena, destinata a venir meno ogniqualvolta una o più inferenze siano caratterizzate da un livello insufficiente di precisione o gravità⁷⁷, bensì di un approccio fondato sull'idea che il convincimento giudiziale in ordine al (primo) fatto ignoto lo renderebbe noto ai fini del processo e, dunque, idoneo a fondare una ulteriore presunzione.

La proposta si mostra compatibile con una ricostruzione in termini probabilistici del ragionamento presuntivo e, più in generale, dell'accertamento giudiziale dei fatti⁷⁸. Abbandonata definitivamente l'idea di un rapporto di causalità necessaria tra il fatto noto e quello ignoto, tale che il secondo debba costituire l'esclusiva e inevitabile conseguenza del primo, la giurisprudenza ha preferito leggere nel requisito della gravità di cui all'art. 2729 c.c. l'esigenza che il dato noto conduca a quello ignoto con un margine di attendibilità logica sufficiente, nel caso concreto, a sorreggere il convincimento giudiziale⁷⁹.

Come ammoniva autorevole dottrina sin dalla metà del secolo scorso, qualsiasi giudizio sulla verità dei fatti si riduce pur sempre a un giudizio di verosimiglianza: «quando si dice che un fatto è vero, si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi tale lo giudica, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione a quel limitato grado di conoscenza di

⁷⁶ M. TARUFFO, *La prova*, cit., p. 1114. Conformemente, cfr. S. PATTI, *Le presunzioni semplici: rilievi introduttivi*, in Id. e R. POLI (a cura di), *Il ragionamento presuntivo*, cit., p. 21 ss.; Id., *Le prove*, cit., p. 819; A. MARCHESELLI, *Presunzioni a catena e probabilità: la Corte di Cassazione tra miti e paradossi della prova tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, p. 13; P. BURLA e A. NASTASIA, *L'accertamento attraverso presunzioni di secondo grado*, in *Fisco*, 2008, p. 1577 ss.

⁷⁷ M. TARUFFO, *o.u.c.*, p. 1115, secondo cui è pur sempre necessario che «in ognuna delle inferenze concatenate la conclusione acquisisca un grado di conferma – ossia un livello di gravità e precisione – tale da giustificare l'attendibilità: una sola inferenza non grave o non precisa basterebbe ad escludere la validità dell'intero ragionamento e – per così dire – ad interrompere la catena delle inferenze. Se questa eventualità non si verifica, e se quindi ogni anello della catena ha una forza sufficiente, la catena giunge ad una conclusione finale che risulta sorretta da un adeguato grado di conferma».

⁷⁸ Può dirsi ormai definitivamente superata la tesi che individuava la differenza tra la presunzione e i mezzi di prova tipici nella natura soltanto probabilistica della prima, a fronte della certezza ascrivibile ai secondi, per la quale cfr., tra gli altri, N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 558.

⁷⁹ Cass. 21 luglio 1986, n. 4688; Cass. 16 novembre 1989, n. 4878; Cass. 5 luglio 1990, n. 7084; Cass. 11 aprile 1991, n. 3824; Cass. Sez. Un., 13 novembre 1996, n. 9961; Cass. 13 maggio 2011, n. 10527, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2709, con nota di G. PONZANELLI, *Lo sconvolgimento della vita nelle macrolesioni: rapporto tra tabelle e potere equitativo del giudice*; Cass. 30 maggio 2019, n. 14762, in *dirittoegiustizia.it*, 31 maggio 2019, con nota di R. SAVOIA, *La Cassazione in tema di valutazione delle prove*.

cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto»⁸⁰. Sicché, ammesso che anche il fatto specificamente provato dalle parti e, *a fortiori*, quello direttamente percepito dal giudice⁸¹ non possano assurgere a incontrovertibili verità storiche, nessun ostacolo potrebbe opporsi alla pretesa di innestare una ulteriore inferenza su un fatto – non certo ma – presunto.

Quantunque per lungo tempo le corti, allineandosi alla dottrina prevalente, abbiano energicamente sostenuto il divieto di doppia presunzione, mostrando di considerarlo quale precipitato logico della necessità che le premesse del ragionamento inferenziale siano connotate dai caratteri della certezza e della concretezza⁸², l'esame dei più recenti arresti della Corte di cassazione rende evidente l'influenza esercitata dall'indirizzo poc'anzi menzionato. Più in particolare, è diffusa la tendenza dei giudici di legittimità a escludere che l'inammissibilità della *praesumptio de praesumpto* possa riposare sulla disciplina codicistica delle presunzioni o su una qualsiasi altra norma dell'ordinamento, talché il corrispondente divieto rappresenterebbe null'altro che un «equivoco logico» tralatizamente ripetuto nel corso dei decenni⁸³. Altra parte della giurisprudenza, fedele alla originaria opzione ermeneutica, continua ad affermare l'impossibilità di fondare la decisione giudiziale su una catena di presunzioni successive, espressa mediante il principio di diritto secondo cui «in tema di prova presuntiva, il fatto noto dal quale è consentito al giudice risalire al fatto ignorato deve

⁸⁰ P. CALAMANDREI, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 165, anche in *Id.*, *Opere giuridiche*, V, *La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove*, Roma, 2019, p. 616, ove l'illustre Autore rinvia alla voce *Verité* del "Dizionario filosofico" di Voltaire, nella parte in cui si afferma che «Les vérités historiques ne sont que des probabilités» (cfr. VOLTAIRE, *Verité*, in *Id.*, *Dizionario filosofico*, a cura di D. Felice e R. Campi, Milano, 2013, p. 2940). V. anche VOLTAIRE, *Consience*, in *Id.*, *Dizionario filosofico*, cit., p. 1008, secondo cui «si en vertu des preuves, qui ne sont jamais que des probabilités, je condamrais un homme dont l'innocence me serait démontrée, je me croirais un sot et un assassin».

⁸¹ Afferma P. CALAMANDREI, *o.l.u.c.*, che «perfino nei casi, assai rari, in cui il giudice può "conoscere i fatti della causa" mediante la ispezione (art. 118 cod. proc. civ.), la diretta percezione del fatto, che gli dà il grado massimo di certezza soggettiva, non basta ad escludere che la verità sia diversa da quella che, per un errore dei sensi, può essergli apparsa. Anche per il giudice più scrupoloso ed attento vale il fatale limite di relatività che è propria della natura umana: quello che si vede è solo quello che ci par di vedere. Non verità, ma verosimiglianza: cioè apparenza (che può essere anche illusione) di verità».

⁸² Cass. 13 maggio 1983, n. 3306; Cass. 16 dicembre 1986, n. 7557; Cass. 27 aprile 1990, n. 3546; Cass. 21 novembre 1995, n. 12023, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 372, con nota di C. MARTORANA, *L'orditoio: una macchina che non offre le sicurezze che si possono legittimamente attendere ... le persone di non alta statura*; Cass. 9 aprile 2002, n. 5045; Cass. 21 dicembre 2007, n. 27032, cit.

⁸³ L'orientamento, ormai consolidato in materia tributaria, (cfr. Cass. 26 gennaio 2015, n. 1289; Cass. 16 giugno 2017, n. 15033; Cass. 1° agosto 2019, n. 20748; Cass. 3 marzo 2020, n. 5798; Cass. 7 dicembre 2020, n. 27982; Cass. 29 gennaio 2021, n. 2077; Cass. 20 dicembre 2022, n. 37252, cit.; Cass. 8 marzo 2023, n. 6870; Cass. 2 gennaio 2024, n. 41; Cass. 23 luglio 2025, n. 20855), si mostra particolarmente diffuso anche in fattispecie estranee al diritto tributario. Cfr. Cass. 22 settembre 2020, n. 19722; Cass. 29 gennaio 2021, n. 2123; Cass. 27 novembre 2023, n. 32829; Cass. 27 maggio 2024, n. 14788, cit.; Cass. 29 maggio 2025, n. 14411.

consistere in una circostanza obiettivamente certa, e non in una ipotesi o congettura, pena la violazione del divieto di ricorso alle *praesumptiones de praesumpto*»⁸⁴.

È vero che la divergenza intercorrente tra i menzionati indirizzi giurisprudenziali potrebbe spiegarsi, ad un'attenta analisi, con l'intima correlazione sussistente *in subiecta materia* tra il concreto svolgimento dei fatti e il convincimento maturato dal giudice talché, più che di un contrasto giurisprudenziale, potrebbe parlarsi di una differenza tra i fatti di causa tale da avvalorare, in un caso e non nell'altro, l'iter logico-argomentativo del giudice di merito⁸⁵; è altrettanto vero, tuttavia, che ciò non può tradursi, di volta in volta, nella enunciazione o nella negazione di un divieto con portata tendenzialmente generale, stante il rischio di compromettere l'uniforme applicazione dell'art. 2729 c.c. D'altro canto, le suddette divergenze interpretative tendono spesso a manifestarsi, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, anche in presenza di vicende fattuali pressoché sovrapponibili, con un significativo e intuibile impatto in termini di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni⁸⁶.

7. Concezione “olistica” del ragionamento presuntivo e garanzia del contraddittorio

La tesi più permissiva, seppur autorevolmente proposta e recepita dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, suscita significative riserve nella misura in cui, confondendo il fatto presunto con quello noto, ritiene sufficiente che ciascun anello della catena di inferenze, isolatamente considerato, soddisfi i requisiti dettati dall'art. 2729 c.c. Osservazione, questa, contro la quale militano almeno due ordini di ragioni.

Per un verso, l'attendibilità del fatto presunto non è mai uguale a sé stessa, ma dipende dalla capacità rappresentativa degli elementi di volta in volta addotti a fondamento del ragionamento giudiziale: in talune ipotesi, essa risentirà più intensamente del convincimento soggettivo del giudice, essendo meno intenso il legame probabilistico tra il fatto noto e quello ignoto; in altri casi, la presenza di regole empiriche più stringenti contribuirà a ridurre il margine di discrezionalità dell'interprete, rendendo oggettivamente più plausibile la soluzione

⁸⁴ Cass. 28 giugno 2019, n. 17421. Cfr. anche Cass. 28 settembre 2018, n. 30999; Cass. 12 maggio 2020, n. 8814; Cass. 30 marzo 2022, n. 10190; Cass. 18 luglio 2023, n. 20892; Cass. 12 novembre 2024, n. 29140; Cass. 27 maggio 2025, n. 14102. Sul punto, peraltro, si sono espresse anche le Sezioni unite, seppur in un *obiter dictum*, affermando che è «normalmente vietato il ricorso alla c.d. *praesumptio de praesumpto* o, in ogni caso, irrilevante ai fini della normativa sulle presunzioni un fatto a sua volta ipotetico» (Cass. Sez. Un., 30 settembre 2020, n. 20868).

⁸⁵ Afferma S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, cit., p. 916 che occorre prendere in considerazione il contesto probatorio in cui si inserisce l'inferenza presuntiva, valutando quest'ultima «in modo “relazionale” alla situazione istruttoria, in modo che la medesima presunzione possa essere ritenuta “leggera” e quindi non utilizzabile ai fini della formazione del convincimento in un determinato caso, e invece “pesante” e pertanto utilizzabile in una diversa fattispecie».

⁸⁶ Sul cruciale ruolo della funzione nomofilattica attribuita alla Corte di cassazione, rilevante in termini di garanzia dell'uguaglianza tra i consociati e della ragionevole durata del processo, di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni, nonché di autorevolezza del potere giurisdizionale, cfr. A. CARRATTA, *Le più recenti riforme del processo civile*, Torino, 2017, p. 2 ss.

prescelta⁸⁷. In tale direzione, una presunzione più “debole”, seppur sufficiente a superare il vaglio di gravità, precisione e concordanza ex art. 2729 c.c., potrebbe risultare incapace di sorreggere un’ulteriore inferenza connotata da un analogo grado di attendibilità; per la divisata impostazione, invece, la forza dell’intera catena di presunzioni coinciderebbe con «quella del più debole dei suoi anelli»⁸⁸, in una prospettiva “atomistica” che frammenta un unitario, seppur complesso, iter logico-argomentativo in frazioni isolate e indipendenti. D’altro canto, la pretesa di equiparare il fatto presunto a quello noto si scontra tanto con la minoritaria tesi che, condivisibilmente, subordinava l’attribuzione del carattere della certezza al passaggio in giudicato del provvedimento⁸⁹, quanto con la natura abduttiva e la correlata componente soggettivistica del ragionamento presuntivo⁹⁰, che rischierebbero di alimentare eccessivamente, forse, la discrezionalità del giudice.

Per altro verso, non appaiono prive di pregio le osservazioni critiche circa la potenziale lesione del principio del contraddittorio⁹¹, ancorché – come già anticipato – diffusamente ritenute non decisive in letteratura. La pretesa certezza del fatto presunto potrebbe accreditare quali fatti definitivamente accertati in giudizio elementi che, dati ormai per noti, sfuggirebbero al confronto dialettico tra le parti, compromettendo radicalmente la controllabilità interna del ragionamento presuntivo.

Né appare meritevole di accoglimento l’idea⁹² che il paventato pericolo sarebbe analogo a quello insito in ogni procedimento inferenziale⁹³. Dinanzi a un’unica inferenza presuntiva, di regola, si tende a ritenere (parzialmente) soddisfatto il contraddittorio, seppur in forma indiretta, sul rilievo che lo stesso, pur vertendo sul fatto indiziante piuttosto che sul *factum probandum*, coinvolgerebbe anche le presumibili conseguenze del primo in ordine ai fatti di causa⁹⁴: una siffatta garanzia, che già risulta attenuata dal carattere soltanto potenziale delle conseguenze preconizzate dalla parte, non può che affievolirsi ulteriormente in presenza di

⁸⁷ In questi termini, cfr. Cass. 5 luglio 2017, n. 16502, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 889, con nota di L. RUGGIERO, *La Cassazione riapre al sindacato sul vizio logico della motivazione*.

⁸⁸ M. TARUFFO, *Considerazioni sulle prove per induzione*, cit., p. 1179. Conformemente, afferma S. PATTI, *Le prove*, cit., p. 817, che il problema sta nel verificare che «ogni singola inferenza abbia stabilito, secondo i criteri di precisione e gravità richiesti dall’art. 2729 c.c., che il fatto noto sia in grado di attribuire “un grado adeguato di attendibilità al fatto ignorato”».

⁸⁹ Cass. 14 febbraio 1997, n. 1412.

⁹⁰ Su cui cfr. *supra*, § 3.

⁹¹ Sulle quali cfr. *supra*, nel testo e *sub* nota 71.

⁹² Per la quale cfr. R. LUPI, *Metodi induttivi e presunzioni nell’accertamento tributario*, Milano, 1988, p. 215 s., nota 107; A. MARCHESELLI, *Il principio del contraddittorio*, in Id., A. BODRITO, F. FIORENTIN e G. VIGNERA, *Giusto processo e riti speciali*, Milano, 2009, p. 368 s.; M. SCALAMOGNA, *L’efficacia probatoria degli argomenti di prova*, cit., p. 1169.

⁹³ Sul rapporto tra ragionamento presuntivo e principio del contraddittorio cfr., in termini generali, M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, cit., c. 108; F. CORDOPATRI, *Presunzione (Teoria generale e diritto processuale civile)*, cit., p. 291 ss.; S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, cit., p. 912 ss.

⁹⁴ Così, M. TARUFFO, *o.l.u.c.*

più passaggi inferenziali, stante la maggiore distanza che separa il fatto ignoto da quello su cui è caduto il contraddittorio⁹⁵.

Analoghe osservazioni valgono quando la catena di inferenze venga ricostruita dal giudice avvalendosi di fatti direttamente percepiti nel processo, di prove assunte ad altri fini o, ancora, di prove c.dd. atipiche. In tale evenienza, la garanzia del contraddittorio viene meno finanche nell'anzidetta versione minimale e indiretta, sfuggendo il *factum probans* a qualsiasi dialettica tra le parti. E se è vero che il paventato rischio si presenta anche nell'ambito di un'unica inferenza presuntiva, è altrettanto vero che esso aumenta sensibilmente quando il fatto (ignoto) tratto dall'interprete rappresenti la base di una o più presunzioni ulteriori. Il giudice potrebbe, ad esempio, muovere da un fatto c.d. «avventizio»⁹⁶, inteso come circostanza fattuale silente, non invocata dalla parte seppur risultante *ex actis*, e innestare sullo stesso una concatenazione di presunzioni che allontanerebbe in modo ancora più marcato gli esiti del procedimento inferenziale dall'oggetto del confronto probatorio delle parti.

Mostratosi fallace il tentativo di ammettere la catena di presunzioni ogni qualvolta i suoi singoli anelli, isolatamente valutati, siano connotati da un sufficiente grado di gravità, precisione e concordanza, non appare meritevole di accoglimento neanche la generalizzata negazione del potere del giudice di *praesumere de praesumpto*, priva di alcun sostegno nel diritto positivo e, per di più, potenzialmente lesiva del diritto di far valere in giudizio, nella fattispecie concreta, interessi che meriterebbero adeguata tutela alla luce dei valori espressi dall'ordinamento.

In tale direzione, il divieto di ricorrere alla doppia presunzione, se concepito in termini incondizionati e perentori, potrebbe risultare incompatibile con l'esigenza di garantire la piena esplicazione dei principi consacrati dall'art. 24 Cost.⁹⁷, sacrificando i fondamentali diritti di azione e difesa e impattando significativamente, pertanto, sull'effettività della tutela giurisdizionale.

Non sembra, d'altro canto, che il brocardo *praesumptum de praesumpto non admittitur* possa riposare sul disposto dell'art. 2727 c.c., nella parte in cui afferma che il giudice trae il fatto ignoto da quello "noto". Di là dall'ambiguità della previsione e, soprattutto, dall'insanabile carenza dell'argomento fondato sulla mera lettera della legge, tale tesi non si avvede che il

⁹⁵ Considerazioni non dissimili in F. CORDOPATRI, *Presunzione (Teoria generale e diritto processuale civile)*, cit., p. 293.

⁹⁶ Sul concetto di fatto avventizio, cfr. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile, Profili sistematici*, Torino, 2001, p. 212 ss., ove vengono considerati fatti avventizi: «a) i fatti inconsapevolmente introdotti nell'involucro processuale dalla parte (ad es., i fatti risultanti da un documento); b) i fatti consapevolmente introdotti dalle parti e indicati, richiamati nelle argomentazioni difensive, ma senza attribuirvi alcun significato giuridico; c) i fatti acquisiti al giudizio non direttamente per iniziativa delle parti (ad es., risultanze istruttorie) e non valorizzati dalle parti nella ricostruzione della propria linea difensiva»: sarebbero quindi fatti avventizi, rilevabili d'ufficio dal giudice, quelli che, pur risultando dagli atti, non sono stati invocati dalle parti, per inavvertenza o negligenza, e sono quindi destinati a rimanere silenti ove non rilevati dal giudice.

⁹⁷ Così, G. GENTILI, *Le presunzioni nel diritto tributario*, Padova, 1984, p. 151 ss.; A. MARCHESELLI, *Presunzioni a catena e probabilità: la Corte di Cassazione tra miti e paradossi della prova tributaria*, cit., p. 14 s., nota 50.

procedimento inferenziale del giudice, semplice o complesso che sia, trae pur sempre le proprie mosse da un fatto noto – perché provato, notorio o non contestato – al quale corrispondono circostanze ignote già in qualche modo prefigurate dalle parti o dal giudice medesimo come conseguenze del procedimento inferenziale. Il riconoscimento della natura abduittiva del ragionamento presuntivo, correttamente intesa alla luce del concetto di precomprensione, suggerisce un profondo ripensamento della rigida linea di demarcazione tra la presunzione fondata su un unico passaggio logico-argomentativo e quella connotata da una pluralità di passaggi successivi: sul piano strutturale, esse si distinguono unicamente per la complessità del nesso che lega i fatti noti a quelli ignoti, nella quale si annida quel rischio di inattendibilità della doppia presunzione così diffusamente paventato da una parte della dottrina e della giurisprudenza.

Nella medesima prospettiva, non possono trovare accoglimento le proposte che fondano il divieto di doppia presunzione sul difetto dei requisiti di gravità o precisione di cui all'art. 2729 c.c. La generalizzata negazione della gravità o della precisione della catena di presunzioni appare il portato di una valutazione aprioristica, atteso che una duplice inferenza presuntiva potrebbe, in base alle peculiarità dei casi concreti, assumere caratteri di gravità e precisione maggiori di quelli propri di una singola presunzione⁹⁸. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il primo passaggio inferenziale sia fondato – seppur non su una c.d. presunzione necessaria⁹⁹ – su una massima d'esperienza universalmente accettata e il secondo si segnali per un notevole margine di attendibilità. Le medesime osservazioni, in uno con l'impossibilità di tradurre in termini numerici il convincimento del giudice in ordine ai fatti di causa, militano contro l'autorevole e suggestivo insegnamento secondo cui il divieto di doppia presunzione riposerebbe sui postulati della teoria della probabilità composta.

Alla luce delle considerazioni svolte, risultano non del tutto convincenti tanto l'incondizionata (*rectius*, condizionata alla sufficiente gravità e precisione del più debole degli anelli della catena di inferenze) ammissibilità della doppia presunzione, quanto l'affermazione di un preteso principio dell'ordinamento che precluderebbe il ricorso alla stessa. Se, come testé argomentato, le criticità del ricorso alla doppia presunzione affiorano sul duplice piano dell'attendibilità della decisione finale e del rispetto del contraddittorio in sede di formazione del convincimento del giudice, la soluzione non può che essere rinvenuta, rispettivamente, nel ripensamento della concezione atomistica della catena di presunzioni e nel potenziamento delle garanzie poste a presidio del confronto dialettico delle parti.

⁹⁸ Conformemente, R. LUPI, *Metodi induttivi e presunzioni nell'accertamento tributario*, cit., p. 216, nota 107; G. ANTICO, *Prove e presunzioni: valore della praesumptio de praesumpto*, in *Fisco*, 2007, p. 6280.

⁹⁹ Sulla c.d. presunzione o inferenza necessaria v. L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 33 s., ove espressamente si esclude la riconducibilità della figura al genere delle presunzioni. Cfr. anche M. TARUFFO, *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, cit., p. 88 ss.; S. PATTI, *Note in tema di presunzioni semplici*, cit., p. 913, nota 77.

Il primo profilo può trovare congrua declinazione in una concezione “olistica” della concatenazione di presunzioni successive, talché il test di gravità, precisione e concordanza non potrà che avere ad oggetto – non i singoli anelli della catena ma – l’intera serie di inferenze unitariamente considerata. Il contrario avviso della dottrina, nell’equiparare il fatto presunto a quello provato, riposa su un equivoco di fondo che tende ad esacerbare, forse, il processo di progressiva affrancazione della presunzione dal ruolo di “prova minore”¹⁰⁰.

Quanto, poi, al pericolo di violazione del contraddittorio, sembra che il tema si riallacci all’annosa e più ampia questione delle sentenze c.dd. «a sorpresa» o «della terza via». Non appare questa la sede in cui ripercorrere la nota evoluzione dottrinale¹⁰¹ che, recepita dal legislatore¹⁰², è confluita nel disposto dell’art. 101, comma 2, c.p.c., aggiunto dall’art. 45, comma 13, della l. 18 giugno 2009, n. 69; giova, rimarcare, tuttavia, come l’introduzione della norma, in uno con la riscrittura dell’art. 111 Cost., abbia conferito nuova linfa vitale alle critiche mosse alle presunzioni a catena sul piano della partecipazione delle parti alla formazione del convincimento del giudice. In tale prospettiva, una lettura combinata degli artt. 2727 c.c. e 101, comma 2, secondo periodo, c.p.c., orientata al rispetto del principio costituzionale del giusto processo, suggerirebbe di imporre al giudice, il quale intenda trarre il *factum probandum* da un fatto presunto che non sia stato già oggetto di confronto dialettico tra le parti, di riservare la decisione per consentire a queste ultime di discuterne in contraddittorio.

8. Il sindacato della Corte di cassazione sull’utilizzo della doppia presunzione: cenni

La proposta di condizionare l’ammissibilità della doppia presunzione, da una parte, alla sufficiente attendibilità del complessivo ragionamento inferenziale e, dall’altra, al rispetto delle garanzie del contraddittorio non può non sollecitare talune brevi considerazioni circa il sindacato della Corte di cassazione sull’utilizzo della doppia presunzione da parte del giudice di merito.

Quantunque negli ultimi anni il legislatore, portando a compimento un processo di graduale erosione dell’area di controllabilità della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali¹⁰³,

¹⁰⁰ Sul quale cfr. S. PATTI, *Le prove*, cit., p. 765 s. In giurisprudenza, cfr. Cass. 5 settembre 1996, n. 8089; Cass. 27 novembre 1999, n. 13291, cit.; Cass. 8 maggio 2003, n. 6970, in *Giur. it.*, 2004, p. 2070, con nota di M. VALECCHI, *Nota in materia di prova per presunzioni*; Cass. 12 giugno 2006, n. 13546, cit.; Cass. Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Fam. dir.*, 2009, p. 113, con nota di G. FACCI, *Il danno non patrimoniale nelle relazioni familiari dopo le sentenze delle sezioni unite dell’11 novembre 2008*, e in *Danno resp.*, 2009, p. 279, con nota di M. GAZZARA, *Danno non patrimoniale da inadempimento: le SS.UU. e le prime applicazioni nella giurisprudenza di merito*; Cass. 13 maggio 2011, n. 10527, cit.; Diversamente v. Cass. 16 marzo 1979, n. 1564.

¹⁰¹ Evoluzione che trae le proprie mosse dal pionieristico studio di V. DENTI, *Questioni rilevabili di ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 217 ss.

¹⁰² Sul punto, cfr. significativamente S. CHIARLONI, *Efficienza della giustizia, formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, per il quale «ci troviamo di fronte ad un esempio eminente di una dottrina che diventa “fonte del diritto”».

¹⁰³ Sul quale cfr., per tutti, C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016, p. 259 ss.

abbia limitato sensibilmente la possibilità di censurare la ricostruzione dei fatti in sede di legittimità, il ricorso a concatenazioni di inferenze successive resta sindacabile tanto sul piano della gravità e della precisione dei corrispondenti passaggi logico-argomentativi, quanto su quello del rispetto del contraddittorio nella costruzione della catena di presunzioni.

Più in particolare, aderendo all'orientamento inaugurato dalle Sezioni unite¹⁰⁴ all'indomani della riforma del 2012¹⁰⁵, puntualizzato da ulteriori pronunce successive¹⁰⁶, è possibile attrarre la doppia presunzione priva dei requisiti di gravità e precisione nell'alveo applicativo dell'art. 360, n. 3, c.p.c., stante la falsa applicazione del disposto dell'art. 2729 c.c.; osservazioni analoghe, per ragioni di coerenza sistematica e argomentativa, dovrebbero valere nella speculare ipotesi in cui il giudice di merito, sollecitato a innestare su fatti noti una inferenza presuntiva complessa, eventualmente subordinata al previo accertamento di uno o più fatti ignoti, si sia rifiutato di trarre dalla vicenda fattuale le conseguenze individuate dalla parte, motivando il proprio rifiuto con l'insussistenza dei requisiti di ammissibilità del procedimento presuntivo. Laddove, poi, il giudice non abbia considerato neanche in motivazione un fatto acquisito al processo che, combinato con il successivo fatto presunto, sarebbe risultato decisivo per la soluzione della controversia, il motivo di ricorso non potrà essere fondato sulla violazione o falsa applicazione dell'art. 2729 c.c., trovando più congrua sistemazione nel disposto dell'art. 360, n. 5, c.p.c. a causa dell'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio¹⁰⁷.

Diverse considerazioni valgono per le censure aventi ad oggetto la violazione del principio del contraddittorio. Come esplicitato poc'anzi con maggiore grado di approfondimento, una lettura costituzionalmente orientata del combinato disposto degli artt. 2727 c.c. e 101, comma 2, c.p.c., conforme ai valori del giusto processo consacrati dall'art. 111 Cost., impone al giudice di provocare il contraddittorio ogni qualvolta intenda trarre fatti ignoti da fatti risultanti, a loro volta, da precedenti presunzioni semplici; in mancanza, la sentenza sarà invalida e censurabile in cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c.¹⁰⁸.

9. Riflessioni conclusive

Alcuni degli autori più attenti al fenomeno della concatenazione di presunzioni, esaminato *funditus* il problema, hanno inteso leggere nel brocardo *praesumptum de praesumpto non*

¹⁰⁴ Cfr. le note sentenze gemelle Cass. Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053 e n. 8054.

¹⁰⁵ Il riferimento è alle modifiche al c.p.c. introdotte dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

¹⁰⁶ Cass. 5 luglio 2017, n. 16502, cit.; Cass. Sez. Un., 24 gennaio 2018, n. 1785; Cass. 6 luglio 2018, n. 17720; Cass. 16 novembre 2018, n. 29635; Cass. 13 febbraio 2020, n. 3541.

¹⁰⁷ In tal senso, seppur in relazione all'inferenza presuntiva composta da un unico passaggio logico-argomentativo, cfr. Cass. 6 luglio 2018, n. 17720, cit.

¹⁰⁸ Cfr., seppur in relazione, ancora una volta, all'inferenza presuntiva composta da un unico passaggio logico-argomentativo, L. MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di «terza via»*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 929 ss.

admittitur null'altro che un utile espediente tecnico: una «clausola di stile» comunemente adottata dalle corti al fine di respingere ragionamenti inferenziali non pienamente convincenti¹⁰⁹. In tale prospettiva, esso potrebbe valere soltanto quale ammonimento tendenziale, ossia come invito alla cautela fondato sul timore di una minore attendibilità della decisione giudiziale¹¹⁰, ma non potrebbe mai assurgere al rango di incondizionato e generalizzato divieto. La notazione, in parte condivisibile, rivela il carattere ambiguo ed opinabile del ricorso al divieto di presunzioni a catena, invocato spesso in presenza di argomentazioni ritenute inattendibili e ignorato, invece, a fronte di ricostruzioni fattuali più convincenti.

D'altro canto, lo stesso inquadramento del procedimento inferenziale in termini di unica o duplice presunzione appare tendenzialmente arbitrario, come testimonia l'esame di quella giurisprudenza di legittimità¹¹¹ la quale, dinanzi alla censura dell'illegittimo ricorso alla presunzione di secondo grado, nega l'esistenza di una sequenza progressiva di inferenze successive, riducendole a passaggi sincronici di una medesima presunzione ed escludendo, in tal guisa, la violazione del brocardo *praesumptum de praesumpto non admittitur*¹¹².

¹⁰⁹ A. MARCHESELLI, *Presunzioni a catena e motivazioni «per relationem» sulle cd. frodi carosello nell'IVA*, in *Riv. giur. trib.*, 2005, p. 684; ID., *Presunzioni a catena e probabilità: la Corte di Cassazione tra miti e paradossi della prova tributaria*, cit., p. 14.

¹¹⁰ R. LUPI, *Metodi induttivi e presunzioni nell'accertamento tributario*, cit., p. 216, nota 107. Conformemente, G. ANTICO, *Prove e presunzioni: valore della praesumptio de praesumpto*, cit., p. 6280; P. BURLA e A. NASTASIA, *L'accertamento attraverso presunzioni di secondo grado*, cit., p. 1584.

¹¹¹ Cfr., ad esempio, le antitetiche argomentazioni proposte, rispettivamente, da Cass. 28 giugno 2019, n. 17421, cit., e Cass. 3 dicembre 2021, n. 38201, aventi entrambe ad oggetto la prova presuntiva della conoscibilità del nesso causale tra l'insorgenza di una patologia infettiva e le emotrasfusioni precedentemente somministrate al ricorrente, rilevante ai fini della individuazione del *dies a quo* del termine di prescrizione o decadenza. La prima, nel ribadire il divieto di trarre presunzioni da ulteriori presunzioni, censura il ragionamento della corte territoriale «nella parte in cui dal fatto noto che la odierna ricorrente avesse scoperto la malattia, ha desunto il fatto ignorato che i sanitari "probabilmente" l'avevano informata sulla eziogenesi della malattia; e poi da tale fatto (presunto, per quanto si è detto) ha ricavato l'ulteriore fatto ignorato, che l'informazione fu completa, esaustiva e comprensibile, e mise effettivamente C.M.T. nelle condizioni di collegare senza incertezze la sua malattia con la trasfusione di sangue cui si era sottoposta (negli stessi termini, cfr. anche Cass. 30 marzo 2022, n. 10190, cit., per la quale il giudice di seconde cure avrebbe erroneamente «ritenuto di poter desumere il fatto ignoto della conoscenza o conoscibilità della causa della malattia, in capo alla danneggiata sulla base delle seguenti circostanze: 1) la scoperta della malattia; 2) la mancata allegazione da parte dell'E. di altri fattori di rischio diversi dalla trasfusione; 3) la lettera di dimissioni del 23 marzo 1995 consegnata alla paziente; 4) al momento in cui le fu diagnosticata la malattia era ben nota la correlazione tra virus HVC e trasfusioni di sangue»). La seconda, pur senza negare il divieto di *praesumere de praesumpto*, rigetta il ricorso sul rilievo che il giudice non avrebbe tratto il fatto ignoto da una concatenazione di inferenze successive, ma avrebbe tenuto conto di una pluralità di elementi concordanti «e in particolare del fatto che la stessa "era seguita specificamente in relazione alla patologia *de qua*" che le aveva procurato un danno irreversibile ed inoltre in virtù del fatto che "a quell'epoca (era) già ben nota la relazione causale tra trasfusioni di sangue infetto e insorgenza di epatopatie", la sentenza impugnata ha giudicato "inverosimile che ella non avesse ricevuto ogni informazione utile a comprendere anche l'eziologia dell'affezione diagnosticatale"».

¹¹² Il punto è messo bene in evidenza, seppur con specifico riferimento alla materia tributaria, da M. CAPELLO, *Presunzioni semplici e divieto di doppie presunzioni in materia fiscale*, in *Riv. giur. trib.*, 2000, p. 358 ss., per il quale si tratterebbe di un «*escamotage* adottato per superare il divieto legislativo posto dall'art. 2727 c.c.: bloccato il fatto noto da cui si parte nel processo cognitivo, si chiamano passaggi logici tutte le stazioni di transito attraverso cui si ottiene il maggior imponibile».

Tali considerazioni, nel denotare le profonde difficoltà insite nel tentativo di governare il dipanarsi del ragionamento inferenziale del giudice, inducono a ritenere risolutivo soltanto sul piano “formale” finanche un eventuale – seppur auspicabile¹¹³ – intervento nomofilattico delle Sezioni unite¹¹⁴, i cui presupposti, comunque, sono stati recentemente esclusi dalla terza sezione della Corte di cassazione¹¹⁵.

L'impressione è che, piuttosto che porsi lungo l'incerta via dell'astratta ammissibilità della *praesumptio de praesumpto*, resa oltremodo impervia dall'oscillante atteggiamento delle corti, convenga far leva sulla lesione arrecata nel caso concreto alle regole e ai principi del giusto processo, valorizzando l'effettivo vizio del ragionamento presuntivo indipendentemente dalla complessità dei relativi passaggi logico-argomentativi.

Il *focus* dell'attenzione, in breve, deve spostarsi sul terreno del sindacato dell'utilizzo delle presunzioni a catena, specialmente quando quest'ultimo sia rimesso all'ondivaga e imprevedibile valutazione della giurisprudenza di legittimità. Invero, per quanto i margini del relativo intervento sulla *quaestio iuris*, poc'anzi sommariamente illustrati, siano stati notevolmente limitati dalle recenti riforme, residuano significativi margini di azione che consentono di inquadrare la presunzione di secondo grado, ricorrendone le condizioni, nello schema tracciato dal disposto dell'art. 360 c.p.c., rendendo controllabile in sede di legittimità tanto l'eventuale violazione del principio del contraddittorio, quanto il concreto difetto di gravità, precisione e concordanza delle plurime inferenze successive.

Martino Monaco

Assegnista dell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

¹¹³ A.R. EREMITA, *Sul divieto di «praesumptio de praesumpto»*, cit., c. 456.

¹¹⁴ Non ha sortito alcun effetto, invero, la cauta presa di posizione di Cass. Sez. Un., 30 settembre 2020, n. 20868 (sulla quale cfr. *supra*, nota 84), essendo stata espressa in un mero *obiter dictum*.

¹¹⁵ Cass. 24 luglio 2024, n. 20571.

INDICE

Saggi

LUCA TROIANIELLO

TUTELA CAUTELARE D'URGENZA E RESPONSABILITÀ "SOSTENIBILE" DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO..... 426

FABIO SAVINO

SUL RAPPORTO TRA RINUNCIA AGLI ATTI E ACCETTAZIONE DELLA PARTE (NON ANCORA) COSTITUITA..... 459

CARMELITA RIZZA

NOTE IN TEMA DI AMMISSIBILITÀ E LIMITI DELLA CONFESSIONE DEL CONTRATTO..... 483

FERRUCCIO AULETTA

«SANZIONI PECUNIARIE CIVILI»: LA BANCA DATI PUBBLICA E LE SENTENZE DI UN ANNO. UN'ANALISI EMPIRICA (CON LA SPECIALE LENTE DEL PROCESSO) 525

GUIDOMARIA DE CESARE

LA CEDEVOLZZA DEL GIUDICATO IN MATERIA CONSUMERISTICA FRA ACQUIS GIURISPRUDENZIALE E PROSPETTIVE FUTURE 535

MARTINO MONACO

RAGIONAMENTO INFERENZIALE E DIVIETO DELLA DOPPIA PRESUNZIONE: SEDIMENTATO "EQUIVOCO LOGICO" O PRESIDIO DI ATTENDIBILITÀ DEL CONVINCIMENTO GIUDIZIALE? 587

ROBERTO ALEMANNO

LA CASSAZIONE RICONOSCE LA VALIDITÀ DELLA CLAUSOLA COMPROMISSORIA STATUTARIA CHE INDIVIDUI ALL'ESTERO LA SEDE DELL'ARBITRATO. NOTA A CASS. 4 APRILE 2025 N. 8911510

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.