

Anno (XII) 2023
Settembre - Dicembre
Fascicolo 3

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI



DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO DI DIREZIONE

Enrico Al Mureden, Laura Baccaglini, Sonia Carmignani, Vincenzo De Stasio, Massimo Franzoni, Francesco Antonio Genovese, Mariacarla Giorgetti, Giuseppe Grisi, Marino Marinelli, Daniela Memmo, Carlo Rimini, Nicola Rondinone, Laura Salvaneschi, Maria Cristina Vanz, Abel Benito Veiga Copo

REDATTORE CAPO

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

Érico Andrade, Cristina Asprella, Michela Bailo Leucari, Giovanni Battista Barillà, Francesca Benatti, Marcelo José Magalhães Bonizzi, Maria Novella Bugetti, Juliana Cordeiro de Faria, Vincenzo De Sensi, Alessio Filippo Di Girolamo, Laura Durello, Mariangela Ferrari, Beatrice Ficarelli, Elena Gabellini, Federica Godio, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Andrea Lolli, Rita Lombardi, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Miguel Martínez Muñoz, Juan Pablo Murga Fernández, Alessandro Nascosi, Pietro Ortolani, Leonardo Netto Parentoni, Paolo Passaniti, Stefano Pellegatta, Giulio Peroni, Giacomo Pirotta, Valentina Piccinini, Vincenzo Ruggiero, Alin Speriusi-Vlad, Tania Tomasi, Michelle Vanzetti, Alberto Villa, Diego Volpino, Martino Zulberti

COMITATO SCIENTIFICO

Paola Bilancia, Maria Costanza, Vincenzo Franceschelli, Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Stefania Pacchi, Mauro Paladini, Gabriele Racugno, Giuseppe Sbisà

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

Vincenzo Ansanelli, Giulia Ballerini, Francesco Camilletti, Francesco Campione, Daniele Canè, Laura Castelli, Davide Corrarò, Fabiano De Santis, Pasqualina Farina, Federico Ferraris, Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Giusella Finocchiaro, Mauro Grondona, Lucio Imberti, Nicola Lucifero, Filippo Maisto, Alessandro Martini, Irene Mecatti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muroni, Fabrizio Piraino, Giacomo Pongelli, Carmelita Rizza, Luca Prendini, Paolo Rondini, Andrea Rossetti, Alessandro Semprini, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Renata Vieira Maia, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Andrea Caloni, Livia Marcinkiewicz

EUROPEAN PRESS ACADEMIC PUBLISHING

Via Gramsci, 101 – Lamporecchio (PT)

www.e-p-a-p.com

email: info@e-p-a-p.com

PROCEDURA DI REFERAGGIO

I contributi pubblicati nella Rivista sono sottoposti ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione da parte di due revisori anonimi (*double blind peer review*) scelti nell'elenco pubblicato nel presente fascicolo.

I contributi sono sottoposti in forma anonima al revisore, il quale entro quindici giorni comunica se il contributo è meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione o se è meritevole subordinatamente a modifiche.

In caso di parere negativo il contributo non viene pubblicato

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (XII) 2023 – N. 3 – Settembre – Dicembre

ARTICOLI

FILIPPO MAISTO, <i>L'ingegnerizzazione finanziaria del contratto nell'economia globale: cartolarizzazione dei contratti derivati, cryptocurrencies e non-fungible token</i>	204
UGO MINNECI, <i>Clausole abusive e controllo notarile</i>	221
LAURA BACCAGLINI, <i>Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi</i>	234
PAOLO COMOGLIO, ELENA GRASSO, <i>Formulari, intelligenza artificiale e online legaltech companies: evoluzione o rivoluzione?</i>	267
ALBERT HENKE, <i>Gli effetti delle condotte omissive delle parti, in sede arbitrale e giudiziale, quanto alle contestazioni circa la (in)validità della convenzione arbitrale</i>	285
MARTINO ZULBERTI, <i>Procedimento per le controversie di modesta entità ex Reg. (CE) n. 861/2007 e giudizio secondo equità necessaria del giudice di pace</i>	344
LAURA DURELLO, <i>Riflessioni sulla potestas cautelare degli arbitri</i>	367

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a sentenza

SABRINA MASTURZI, <i>L'esercizio antieconomico dell'attività di impresa impedisce il "conseguimento" dell'oggetto sociale?</i>	400
--	-----

Sez. II – Osservatorio

Azione di ingiustificato arricchimento – Sussidiarietà ex art. 2042 c.c. – Nozione e presupposti – Azione principale avente titolo nel contratto o in una specifica disposizione di legge ovvero	
--	--

contemplata da una clausola generale – Differenze: Corte di cassazione, Sez. Un., 5 dicembre 2023, n. 33954	415
Mediazione civile e commerciale – procura speciale – autentica notarile – necessità - non sussiste: Tribunale di Milano, 6 ottobre 2023, n. 7689	415
Udienza di discussione nel procedimento del lavoro – Trattazione scritta – Incompatibilità: Tribunale di Torino, 15 marzo 2023.....	415

**L'INGEGNERIZZAZIONE FINANZIARIA DEL CONTRATTO
NELL'ECONOMIA GLOBALE:
CARTOLARIZZAZIONE DEI CONTRATTI DERIVATI,
CRYPTOCURRENCIES E NON-FUNGIBLE TOKENS**

FILIPPO MAISTO
*Professore ordinario
nell'Università della Calabria*

SOMMARIO: 1. – L'eterogenesi dei fini del contratto: da strumento di circolazione dei beni a mezzo di produzione di utilità finanziarie. 2. – La cartolarizzazione dei contratti derivati. 3. – Le criptovalute. 4. – I certificati digitali attestanti diritti ai proventi dello sfruttamento di beni immateriali ovvero di beni immobili. 5. – Le mobili frontiere dell'autonomia contrattuale.

1. – Nell'evoluzione dell'esperienza giuridica, bisogna segnalare che il contratto tende ad acquisire un ruolo ulteriore rispetto alla promozione dell'evento socioeconomico della circolazione dei beni: oltre a rappresentare lo strumento per programmare la ri-allocazione dei beni esistenti, esso tende ad assumere la fisionomia del mezzo di produzione di nuove utilità finanziarie¹. Emblematici sono gli esempi dei prodotti finanziari della cartolarizzazione dei contratti derivati/*futures*, delle criptovalute e dei certificati digitali attestanti il diritto a partecipare allo sfruttamento di beni immateriali o di beni immobili. In detto contesto, la metafora de "l'ingegnerizzazione finanziaria" del contratto indica l'emersione di pratiche, nelle quali è fatto un uso massivo del contratto per produrre delle utilità finanziarie da offrire al pubblico degli investitori.

L'innovazione non è di poco rilievo, ma non sembra che quest'eterogenesi dei fini (o con metafora tratta dalla genetica «*gain of function*») richieda uno stravolgimento dell'apparato decisorio sotteso alla categoria ordinante del contratto. In una prospettiva evoluzionistica²,

¹ Si deve al magistero di Francesco Galgano l'intuizione che: «Fino a ieri i contratti avevano assolto solo la funzione di far circolare le cose; oggi servono anche per produrle, per creare i prodotti finanziari, le *new properties*» (F. GALGANO, *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in AA.VV., *I mobili confini dell'autonomia privata* a cura di M. Paradiso, Milano 2005, p. 677).

² Sul "darwinismo giuridico" v. F. MAISTO, *Il nuovo realismo giuridico tra sussunzione e applicazione diretta dei principi*, in AA.VV., *Studi in memoria di R. Sacco*, a cura di P.G. Monateri, Torino, in corso di pubblicazione.

piuttosto, occorre valorizzare taluni adattamenti dei criteri di giudizio preordinati ad individuare i diritti/poteri e obblighi/doveri azionabili in considerazione del contratto.

Dal punto di vista delle nozioni giuridiche tradizionali, soprattutto, questi rilievi sono destinati ad impattare sui ragionamenti applicativi, nei quali si dispiegano la qualifica della meritevolezza degli interessi e le categorie che identificano gli schemi contrattuali legalmente tipici (c.dd. tipi contrattuali).

2. – Nell'esperienza giuridica, un'importante epifania del paradigma concettuale, il quale prospetta l'identificazione di un'utilità finanziaria nelle pretese intersoggettive azionabili in base ad un contratto, ricorre nella pratica della speculazione borsistica sui flussi di cassa dipendenti dalle prestazioni pecuniarie programmate nei contratti derivati/*futures*.

La locuzione «contratti derivati» designa, approssimativamente, particolari accordi caratterizzati dalla pianificazione di un'attribuzione pecuniaria, l'entità della quale è commisurata al valore futuro (da cui il termine «*futures*») di beni ordinariamente scambiati nei mercati finanziari (soprattutto, titoli e valute) o della variazione di indici presi in considerazione dagli operatori di tali piazze di scambio³. Dato il carattere *intuitu personæ*, si delinea il criterio di giudizio dell'inammissibilità di accordi preordinati al mutamento della titolarità del complesso di diritti e doveri concernenti le vicende programmate dal contratto. Pertanto, quando gli interessati intendono attuare una speculazione commerciale sull'utilità finanziaria (potenzialmente) racchiusa nel contratto, l'accordo non presenta i caratteri dei tradizionali schemi contrattuali preposti al trasferimento della posizione contrattuale del beneficiario del servizio finanziario (compravendita, permuta). Piuttosto, si allestiscono delle procedure di ingegneria cartolare preposte ad attuare una serie di vicende sintetizzate dalla metafora della conversione di attività finanziarie non-negoziabili in titoli negoziabili sul mercato. Specificamente, nella pratica, la circolazione dei *futures* avviene, surrettiziamente, mediante speciali accordi detti di «cartolarizzazione» (*securitisation*)⁴. I tratti salienti di tali accordi sono: un soggetto specializzato (*originator*) acquista il diritto di credito, riconosciuto

³ Per definizioni più analitiche, v.: U. PATRONI GRIFFI, *I contratti derivati: nozione, tipologia e peculiarità del contenzioso*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 23 ottobre 2012; M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale. I. L'“azzardo” oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 576 ss.

⁴ Per approfondimenti, M. ZACCHEO, *Cartolarizzazione*, in *Enc. It. Scienze, Lettere e Arti Treccani*, VII app., Roma, 2006, p. 267 ss.

alla società che ha concesso il servizio pianificato dal contratto derivato, a incamerare gli eventuali profitti economici generati dal differenziale positivo dei valori considerati da detto contratto, versando una somma forfetaria in grado di indennizzarla per coprire (o ridurre) le eventuali perdite economiche prodotte da un differenziale negativo; l'*originator*, a sua volta, cede il credito ad una società veicolo (*Special Purpose Vehicle*), la quale s'impegna a pagare il corrispettivo attraverso il ricavato dalla collocazione sul mercato di titoli obbligazionari in cui la restituzione del capitale e degli interessi dipende dall'andamento e dall'esecuzione di un gruppo omogeneo di derivati compreso quello in oggetto⁵. In tal modo, l'accordo complessivo assume, sostanzialmente, per la società che ha prestato il servizio programmato dal contratto derivato una funzione di manleva da parte dell'*originator*, la quale è remunerata attraverso la redistribuzione tra il pubblico degli investitori/risparmiatori dei profitti e delle perdite generati dal differenziale dei valori considerati dal gruppo di contratti derivati omogenei.

La capacità dei contratti derivati di trasformarsi in prodotto finanziario "complesso" incide sul giudizio di meritevolezza degli atti (anche contratti) preordinati alla cartolarizzazione, il quale non può ridursi al giudizio di meritevolezza sul singolo contratto derivato.

Bisogna osservare che, nei contratti derivati, la prestazione "caratteristica", consistente nel pagamento del differenziale tra i valori di mercato contrapposti, è idonea ad assolvere, principalmente, una funzione di remunerazione del risparmio, di neutralizzazione di un rischio finanziario o di previdenza complementare⁶. Questa utilità assume la veste di "causa dell'attribuzione"⁷, la quale è soltanto una componente della datità più complessa designata dalla categoria della "causa del contratto"⁸. Una simile

⁵ In particolare, il titolo, acquistato dagli investitori, incorpora un diritto di credito al pagamento di una quota delle somme riscosse dalla società SPV ovvero, secondo altra ricostruzione, un diritto di comunione *pro quota* sulla massa dei crediti costituenti il patrimonio separato destinato dalla società SPV alla soddisfazione degli investitori (cfr. M. ZACCHEO, *op. loc. cit.*).

⁶ In termini simili, M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 580, discorre di «funzione di copertura (*hedging*)» e di «funzione speculativa (*trading*)».

⁷ Diversa è la tecnica qualificatoria richiamata da G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratto di swap*, Milano, 1999, p. 125, la quale ascrive tali utilità al paradigma valutativo dei meri «motivi» del contratto.

⁸ La distinzione dalla nozione di «causa dell'attribuzione» è un portato dell'oggettivizzazione della «nozione di causa del contratto» (v. M. GIORGIANNI, *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 564 ss.), la quale – in contrapposizione alle teorie "soggettive" focalizzate sulle utilità individuali considerate "atomisticamente" – ha assunto la fisionomia della «sintesi degli effetti essenziali» (S. PUGLIATTI, *Nuovi*

qualifica, piuttosto, si concretizza, normalmente, nel sinallagma tra le prestazioni dell'intermediario e del cliente. Questa ricostruzione consente di spiegare l'apparente aporia, secondo la quale i contratti derivati si reputino provvisti di una causa in senso tecnico (*i.e.* la corrispettività)⁹ anche se non siano effettivamente in grado di procurare al cliente le utilità di cui sopra¹⁰.

Con riguardo agli strumenti finanziari, l'argomento della meritevolezza si presterebbe a giustificare la decisione dell'azionabilità delle pretese fondate su un contratto, il quale dimostri la seguente ambivalenza: per un verso, comporti un serio rischio di perdita del capitale da investimento o del risparmio; per altro verso, sia effettivamente idoneo a mobilitare la ricchezza in investimenti razionali, in modo da implementare valori superiori quali l'efficienza delle imprese (soprattutto, transnazionali), la stabilità della finanza pubblica e la sicurezza sociale. Specularmente, sarebbe corretto reputare che, mancando in concreto una simile caratterizzazione, il contratto risulti, all'opposto, immeritevole con conseguenziale statuizione della nullità¹¹.

aspetti del problema della causa dei negozi giuridici, in *Diritto civile*, Milano, 1951, p. 83), della «sintesi degli elementi essenziali» (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. corr. 2ª ed., Napoli, 1994 [rist. anast. Torino, 1950], p. 180 s.), della «minima unità effettuale» (R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, p. 43 ss.), dell'«operazione economica» (A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992; E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 93 ss.). Essa non ha valenza meramente descrittiva, ma informa importanti ragionamenti applicativi (oltre a quelli qui prospettati), soprattutto, preordinati all'individuazione delle pretese azionabili in considerazione delle promesse (contrattuali o unilaterali) di prestazioni c.d.d. «isolate» (cfr. F. MAISTO, *Promesse unilaterali*, in *Tratt. dir. civ. CNN* P. Perlingieri, IV, 42, 2014, pp. 25 ss. e 27 ss.).

⁹ Cfr. F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011, pp. 77 ss.

¹⁰ Diversamente, M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 585 s., ritiene che simili utilità siano (non semplicemente inerenti, ma addirittura) immanenti alla causa dei derivati.

¹¹ Emblematico è il prodotto finanziario denominato *My Way, 4You* o *For You*, su cui v. Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, e Cass., 10 novembre 2015, n. 2900, in *Società*, 2016, p. 721 ss., con nota critica di M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*. Per una doviziosa analisi di questo derivato e della giurisprudenza in materia, v. R. FORNASARI, *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, in *Contr. impr.*, 2017, pp. 1292 ss. e 1295 ss. Interessante è anche la pronuncia di App. Napoli, 10 marzo 2013, n. 1053, in *Foro nap.*, 2015, p. 513, con nota di S. POLIDORI, *Investimento ad alto rischio e tutela del cliente: nullità per immeritevolezza dell'operazione*. In particolare, l'autore della nota, correttamente, sottolinea, nel caso di specie, la ricorrenza di una sconnessione dell'ingegneria finanziaria complessivamente pianificata nei contratti collegati stipulati tra investitore e intermediario rispetto ad un'utilità a favore del primo, la quale sia effettivamente in grado di giustificare il potenziale rischio di perdita del capitale in un'ottica di promozione e tutela del risparmio ex art. 47 cost. Altre significative pronunce, poi, hanno riguardato lo schema contrattuale dell'*interest rate*

La precedente analisi conferma l'opportunità di concepire la distinzione tra il vizio della mancanza assoluta di causa¹² e quello dell'immeritevolezza declinato come mancanza di una causa adeguata¹³. In questo modo, dell'art. 1418, comma 2, c.c. si delinea un impianto valutativo, secondo il quale la decisione della nullità si applica "selettivamente" (i.e. non indiscriminatamente) anche a contratti derivati con prestazioni corrispettive, di modo che occorre distinguere caso per caso¹⁴.

Nel giudizio di meritevolezza focalizzato sui singoli contratti derivati, come si è visto, si considera, essenzialmente, il bilanciamento tra l'esigenza di conservazione del risparmio di un singolo individuo (*rectius* centro d'interessi) e l'opportunità di mobilitare la ricchezza in investimenti razionali. Nelle attività di *securitisation* sono coinvolti interessi ben più rilevanti, di modo che bisogna considerare anche la contrapposizione tra utilità macroeconomiche. In tal senso, rileva, da un lato, l'esigenza di salvaguardare la fiducia del pubblico dei risparmiatori-investitori a non subire la spoliazione della ricchezza accumulata. Dall'altro lato, non si può disconoscere il potenziale ruolo di liberare l'azione delle imprese private e degli enti pubblici coinvolti dal carico d'ingenti (e a volte paralizzanti) costi

swap (v.: App. Milano, 18 settembre 2013, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 295 ss., con nota di R. DI RAIMO, *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?*; Trib. Monza, 17 luglio 2012, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 321 ss., con nota di M. SEMERARO, *La giurisprudenza sugli interest rate swap: speculazione, copertura, mancanza di causa?*; Cass., 31 luglio 2017, n. 19013, in *Dir. civ. cont.*, 18 gennaio 2018, con nota di T. FEBBRAJO, *Contratti di Interest Rate Swap e giudizio di meritevolezza: l'intervento chiarificatore della Cassazione*).

¹² Merita di essere richiamata la riflessione di R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 319, il quale sottolinea che l'apparato decisorio della mancanza assoluta di causa condurrebbe ad una statuizione indiscriminata della validità di tutti i contratti di *interest rate swap* (e, come sembra di capire, anche degli altri contratti derivati a prestazioni corrispettive), considerando che in questi accordi «la causa c'è ed è pure lecita».

¹³ A beneficio dei fautori del formalismo giuridico, è bene sottolineare che un simile costruito ermeneutico è affatto compatibile con il tenore letterale del secondo comma dell'art. 1418 c.c.

¹⁴ La formula-motiva dell'immeritevolezza, così concepita (i.e. in modo da circoscrivere la decisione della nullità ad accordi connotati da un'iniquità particolarmente acuta), si rivela anche adeguata rispetto all'esigenza di graduare i rimedi a protezione degli interessi potenzialmente lesi dai contratti derivati, la quale è evidenziata da S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: Quid noctis?* in *Pers. merc.*, 2015, p. 26 ss. Egli, tuttavia, sembra non apprezzare (o comunque dimostra un certo scetticismo verso) il risvolto metodologico che «la qualificazione negativa del derivato, a motivo di una sua contrarietà manifesta all'art. 1322, c. 2, rimarrà comunque una vicenda attuabile soltanto col medio necessario di un "giudizio ... necessariamente ... singolare"» (cfr. pp. 32 e 36).

amministrativi. Al fine di evitare abusi, pertanto, la natura degli interessi coinvolti da queste valutazioni di meritevolezza/immeritevolezza comporta il riconoscimento alle *Authorities* competenti (soprattutto, Banca d'Italia e CONSOB) di pervasivi poteri di controllo e intervento sugli atti (anche contratti) effettuati nei procedimenti di cartolarizzazione

3. – Tra le varie declinazioni del paradigma teorico-sistematico della finanziarizzazione dei contratti meritano di essere considerate anche le c.dd. criptovalute. Di là dall'accostamento metaforico alla moneta, la meccanica giuridica dell'ingegneria finanziaria, la quale conferisce valore economico alle criptovalute, risulta articolata su un contratto costitutivo di un rapporto obbligatorio di durata e su indefiniti contratti di cessione del contratto concernente le prestazioni programmate dal predetto contratto.

Bisogna premettere che, dal punto di vista tecnico-informatico (c.d. *Distributed Ledger Technology/DLT*), rilevano i seguenti dati di programmazione: la predisposizione di una piattaforma organizzata in modalità *blockchain*, dove si assegnano dei valori numerici a singoli portafogli digitali (*digital wallets*); dei codici (solitamente, registrati su un *token*) che consentono, per mezzo di un sistema crittografico a doppia cifratura, di aggiungere nuove unità, rappresentative di quantità di valore di scambio, a quelle presenti su un portafoglio digitale; taluni codici (solitamente, registrati su un *token*) che permettono, per mezzo di un sistema crittografico a doppia cifratura, di accedere al singolo portafoglio digitale, in modo da svincolare le unità di valore di scambio e farle caricare su altro portafoglio digitale. Concretamente, in termini semplificati, il processo di formazione di un valore di scambio inizia con un'offerta al pubblico del gestore della piattaforma, con la quale egli promette, verso corrispettivo, di rilasciare i codici che consentono di caricare le unità rappresentative di detto valore su un singolo portafoglio digitale e di quelli che servono per trasferirle su altro portafoglio digitale. L'accettazione dell'offerta da parte di un interessato, pertanto, presenta gli estremi, in considerazione dei quali è corretto sollevare il concetto del perfezionamento di un contratto costitutivo di una serie di obbligazioni a carico delle parti. L'utilità finanziaria della disponibilità del portafoglio digitale consiste nella possibilità, per il titolare-acquirente di beni o servizi, di far caricare le unità rappresentative del valore di scambio ivi registrate sul portafoglio digitale del fornitore.

Le criptovalute, pur fungendo, su base volontaria, da mezzi di pagamento in determinati contesti¹⁵, non sono assimilabili alla moneta legale

¹⁵ Diversamente, le monete digitali usate nel gioco d'azzardo, le quali si fondano sull'impegno del gestore di restituire l'equivalente in moneta legale, sono

(c.d. *fiat money*)¹⁶. Di là dai tecnicismi, le attuali monete elettroniche non hanno il tratto dell'accondiscendenza generale caratteristico dell'intermediazione pubblicistica (statale/istituzionale)¹⁷. Detta connotazione non si presenta nemmeno surrettiziamente, dal momento che il gestore della piattaforma si obbliga esclusivamente ad effettuare e conservare le registrazioni, ma non s'impegna a cambiare, su richiesta, la moneta elettronica con moneta legale. Senza infingimenti, il vantaggio pratico rispetto all'uso della moneta legale, il quale spinge, in concreto, gli operatori all'uso della criptovaluta, è dato dalla circostanza che questo mezzo di pagamento dà modo di attuare le transazioni elettroniche in forma (potenzialmente) anonima¹⁸. Pertanto, l'originario valore di scambio della

equiparabili alle tradizionali *fiches* dei casinò (cfr. E. GIRINO, *Criptovalute: un problema di legalità funzionale*, in *Riv. dir. bancario*, 2018, p. 737). Esse non hanno alcun valore di scambio, in quanto non sono usate come mezzi di pagamento. La loro utilità consiste, essenzialmente, nell'impedire, di fatto, che il giocatore possa beneficiare della regola dell'inesigibilità dei debiti di gioco *ex art.* 1933 c.c.

¹⁶ Cfr.: G. LEMME e S. PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, p. 9 ss. A.V. RAPOLLA, *Criptovalute e monete digitali: quid novi? Riflessioni intorno al progetto di euro digitale*, in AA.Vv., *Criptovalute. Profili storico-economici e giuridici*, a cura di M. Lorenzini, M. Zulberti e C. Imbrosciano, Torino, 2023, p. 343, il quale sottolinea il dato che «l'assenza delle caratteristiche intrinseche della valuta, ovverosia l'emissione e la garanzia statale nonché l'accettazione obbligatoria nel territorio dello Stato emittente, impedisce in principio che [le criptovalute] possano soddisfare le funzioni tipiche della moneta». Per la diversa opinione che riconosce natura monetaria "convenzionale" alle criptovalute, invece, v.: in dottrina, M. SEMERARO, *Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti*, in *Riv. dir. bancario*, 2019, p. 248 ss., spec. p. 252; M.F. CAMPAGNA, *Criptomonete e obbligazioni pecuniarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 197 ss.; C. PERNICE, *Digital currency e obbligazioni pecuniarie*, Napoli, 2018, p. 248 ss.; in giurisprudenza, App. Brescia, 30 ottobre 2018, in *Società*, 2019, p. 26 ss. Dal punto di vista filologico, la differenza sostanziale rispetto alla moneta è enfatizzata dalla proposta di sostituire il termine *cryptocurrency* con l'espressione *crypto-asset* (v. M. RUGGIRELLO, "Alla ricerca del capitale perduto" o sulla possibilità di conferire *cripto-asset* in sede di aumento del capitale sociale, in AA.Vv., *Criptovalute* a cura di M. Lorenzini, M. Zulberti e C. Imbrosciano, cit., p. 253, nota 1).

¹⁷ In detta prospettiva, risulta ancora attuale il rilievo che l'attitudine reale della moneta a fungere da mezzo di pagamento si basa su una «convenzione creata e imposta dall'autorità dello Stato e resa efficace dal consenso sempre rinnovato di tutti i cittadini, di oggettivare, in termini di astratte unità di conto, l'entità delle pretese che si accompagnano allo scambio e alla circolazione dei beni e dei servizi» (così, B. INZITARI, *La moneta*, in AA.Vv., *La moneta. La valuta*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pub. eco. dir.* da F. Galgano, VI, Padova, 1983, p. 39 ss., spec. p. 40).

¹⁸ Cfr. A. QUAS, *La geografia delle criptovalute: quali fattori ne determinano l'utilizzo nazionale?*, in AA.Vv., *Criptovalute* a cura di M. Lorenzini, M. Zulberti e C. Imbrosciano, cit., p. 118, la quale segnala il fatto che «grazie al loro relativo anonimato e mancanza di regolamentazione, le criptovalute si prestano come mezzo

criptovaluta dipende, essenzialmente, dalla fiducia degli operatori sul fatto che esse verranno accettate come mezzo di pagamento nelle transazioni sul *dark web*, al fine di assicurarne l'anonimato¹⁹.

Alla luce della precedente ricostruzione, le *cryptocurrencies*, al momento, impattano soltanto marginalmente sulla politica monetaria degli Stati e delle Istituzioni sovranazionali²⁰. La loro meritevolezza si delinea dal rilievo che il ricorso a questo mezzo di pagamento è tollerato o, addirittura, incentivato, mediante la creazione di un parallelo mercato speculativo in grado di fungere da moltiplicatore del valore di scambio²¹, in quanto, evidentemente, un certo tipo di transazioni "oscuri" è considerato, fino a un certo punto, un male necessario²². Si tratta della medesima logica per cui, nella finanza

per scopi illegali. Come anticipato, i bitcoin vennero inizialmente utilizzati soprattutto in attività illegali, come il commercio di sostanze stupefacenti e armi [...] Inoltre, le criptovalute potrebbero essere utilizzate da persone coinvolte in attività illecite come tangenti e corruzione, nonché terrorismo, ai fini di riciclaggio ed elusione dal controllo delle forze dell'ordine e di altre agenzie governative».

¹⁹ Diversamente, E. GIRINO, *op. cit.*, p. 753 ss., sembra ritenere che il valore della criptovaluta possa essere del tutto slegato da un calcolo (razionale) sull'uso, in ragione dell'anonimato, che se ne faccia nel *dark web*, dipendendo esclusivamente dalla volontà degli operatori legali di partecipare ad una sorta di scommessa pubblica/lotteria assolutamente autoreferenziale. Da ciò discenderebbe il carattere di estrema "volatilità" del valore economico delle criptovalute. Una simile ricostruzione, pur, essendo tecnicamente plausibile, appare, però, meno realistica rispetto a quella accolta nel testo.

²⁰ In prospettiva, tuttavia, «gli Stati, con le rispettive banche centrali guardano con particolare attenzione e diffidenza a tale strumento, temendo [...] la diffusione ed evoluzione delle criptovalute [...] in quanto si riuscirebbe con esse [...] a limitare sensibilmente o addirittura ad eliminare una delle funzioni tipiche da sempre riservate all'autorità pubblica, quella di stampare la moneta» (cfr. G. PERONI, *Criptovalute, sovranità e stabilità monetaria nella dimensione del diritto internazionale*, in AA.VV., *Criptovalute* a cura di M. Lorenzini, M. Zulberti e C. Imbrosciano, cit., p. 309).

²¹ A livello istituzionale sovranazionale, la volontà politica di consentire «l'offerta al pubblico e l'ammissione alla negoziazione su una piattaforma di negoziazione di crypto-attività [...] di token di moneta elettronica» è stata formalmente espressa dal Regolamento UE 2023/114 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 maggio 2023. In particolare, il regolamento eurolunitario ha imposto agli operatori professionali il rispetto di una serie di parametri preposti, essenzialmente, a protezione del pubblico risparmio. In tal modo, si è cercato di assolvere l'esigenza di tutela propria dei mercati finanziari avvertita da E. GIRINO, *op. cit.*, p. 767 ss. e ribadita da M. SEMERARO, *op. cit.*, p. 252 ss. In giurisprudenza, di recente, Cass., 13 luglio 2022, n. 27023, in *Foro it.*, 2023, II, c. 7 ss. e 15 ss., ha evidenziato la duplice funzionalità delle criptovalute: sia l'idoneità a fungere da strumenti finanziari e speculativi; sia l'attitudine ad essere impiegate quale mezzo di pagamento nelle transazioni effettuate nel *dark web*.

²² In vero, alla base dell'approvazione da parte delle Istituzioni sovranazionali per l'uso di simili mezzi di pagamento si pone anche una ragione "futuristica": le

pubblica, entro certi limiti, l'economia criminale è computata nel P.I.L.²³: da un lato, è considerata, in una misura circoscritta, un male insopprimibile; dall'altro lato, se ne riconoscono taluni effetti riflessi positivi (ad esempio, in termini di reinvestimento dei profitti e contenimento della disoccupazione) sull'economia legale.

L'utilizzazione della criptovaluta come mezzo di pagamento richiede l'attuazione di eventi, i quali, soltanto in senso metaforico, hanno i caratteri della circolazione della moneta. A differenza della moneta con corso legale, per la quale è concepibile esclusivamente un passaggio della legittimazione all'uso inerente al semplice possesso, in questi casi si può delineare una vicenda che abbia la vera e propria fisionomia del trasferimento della titolarità di diritti mediante contratto. In particolare, fuor di metafora, l'effetto traslativo, preposto a soddisfare l'interesse delle parti, consiste nell'acquisto della titolarità dei diritti contrattuali strumentali alla registrazione, da parte del gestore della piattaforma, delle unità di criptovaluta nel proprio portafoglio digitale.

Il suddetto accordo ha i caratteri sintetizzati dall'assunto che è stato concluso un contratto di (*rectius*, contenente la) cessione della posizione contrattuale, la quale consente di ottenere le registrazioni promesse dal gestore della piattaforma. Bisogna sottolineare che un simile autoregolamento presenta i caratteri della cessione di una posizione contrattuale complessa, piuttosto che di un semplice credito. Rilevano, soprattutto, due dati: la situazione giuridica strumentale all'accredito della moneta digitale, avendo i caratteri della prestazione "di durata", configura (non un singolo credito, ma) una serie indefinita di crediti generati in maniera continuativa; nell'operazione economica si attivano una serie di oneri a carico del nuovo titolare. Pertanto, si pone la questione della compatibilità con i limiti della cessione del contratto, soprattutto, con il parametro della mancata esecuzione *ex art.* 1406 c.c. Considerato che la posizione contrattuale dell'acquirente di una certa quantità di moneta elettronica (fuor di metafora, il titolare del diritto alla registrazione sulla piattaforma dell'emittente) conserva intatta la propria funzionalità (come mezzo di pagamento e come strumento finanziario) anche dopo che il corrispettivo è stato pagato, la cessione risulta, sicuramente, consentita, aderendo all'interpretazione che fa riferimento alla mancanza di

Autorità monetarie intendono favorire lo sviluppo delle relative tecnologie di supporto e la familiarizzazione del pubblico con esse, in quanto si prevede il loro impiego, in un futuro prossimo, per attuare la dematerializzazione della stessa moneta legale (cfr. A.V. RAPOLLA, *op. cit.*, p. 315 ss.).

²³ Doveroso è il riferimento a OECD, *Measuring the Non-Observed Economy: a Handbook*, Paris, 2002.

un'esecuzione 'significativa' (i.e. tale da alterare la funzionalità della posizione contrattuale ceduta)²⁴.

Riguardo al tipo contrattuale, occorre distinguere due ipotesi. Quando si acquista la criptovaluta verso il pagamento di una somma di denaro avente corso legale, il contratto presenta i caratteri della compravendita. Nelle ipotesi in cui la criptovaluta è usata come mezzo di scambio per acquistare beni, il contratto presenta la fisionomia della permuta²⁵. Là dove la criptovaluta sia accettata come mezzo di scambio per beneficiare di un servizio, l'accordo è inquadrabile come contratto d'opera o appalto.

In particolare, bisogna rilevare che l'accordo di cessione della criptovaluta in cambio di una somma di denaro avente corso legale, avendo ad oggetto il trasferimento, verso corrispettivo, della titolarità di diritti, è ri(con)ducibile al paradigma della compravendita *ex art.* 1470 c.c. Inoltre, quando, come è di prassi, i codici informatici sono incorporati in un *token*, l'assunto che il contratto ha effetto traslativo consente di riconoscere anche l'acquisto della proprietà del supporto informatico. In tali casi, pur prospettandosi una sorta di 'reificazione' del diritto sulla criptovaluta (c.d. tokenizzazione), il *token* è soltanto in apparenza assimilabile ad un titolo di credito al portatore²⁶. Come si vedrà a proposito dei *non-fungible tokens*, piuttosto, si pone il rilievo dell'incompatibilità di una simile qualificazione con il principio di tassatività di cui all'art. 2004 c.c. Al contempo, è escluso che possano ricorrere i caratteri di un titolo di credito nominativo, dal momento che all'operazione economica è connaturata l'esigenza di anonimato.

Il costruito, secondo cui i rapporti contrattuali sottesi alle criptovalute costituiscono un bene in sé, ha anche dei profondi risvolti in materie contigue rispetto al diritto contrattuale.

In tema di adempimento/inadempimento dell'obbligazione, l'assunto che la criptovaluta non sia assimilabile alla moneta legale, soprattutto, consente di motivare la dichiarazione giudiziale della non-azionabilità di un obbligo di pagare gli interessi²⁷. In caso di adempimento non-immediato,

²⁴ Sulle diverse opzioni interpretative concernenti l'inciso «non sono state ancora eseguite» nel corpo dell'art. 1406 c.c., F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, Padova, 2022, p. 299 s.

²⁵ Cfr. A. CALONI, *Criptoattività e contratti delle piattaforme: inquadramento civilistico e profili di diritto finanziario*, in AA.VV., *Criptovalute* a cura di M. Lorenzini, M. Zulberti e C. Imbrosciano, cit., p. 141.

²⁶ Similmente, respinge, in concreto, ogni assimilazione E. GIRINO, *op. cit.*, p. 747.

²⁷ Cfr. A. CALONI, *op. cit.*, p. 132 s., il quale – con riferimento alla tesi di M. SEMERARO, *op. loc. cit.* – segnala che anche «chi non esclude la natura monetaria delle criptovalute si limita normalmente a riconoscere l'attitudine a integrare una moneta "convenzionale", cui non sarebbe però applicabile lo statuto della moneta». *Contra*,

non si attiva la regola dell'esistenza di un diritto al pagamento degli interessi "compensativi" ex art. 1282 c.c. Nell'ipotesi d'inadempimento, non vale il precetto dell'esistenza di un obbligo di pagare gli interessi moratori ex art. 1224 c.c.²⁸. Piuttosto, in tali circostanze, operando l'impianto valutativo della responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 c.c., è azionabile la pretesa del creditore a ricevere una somma di denaro avente corso legale a titolo di risarcimento (integrale) del danno.

In materia di successioni *mortis causa*, il suesposto concetto ordinatorio rileva nell'individuazione delle pretese intersoggettive azionabili in caso di morte del titolare. In detta circostanza, nel conflitto con l'interesse dell'emittente²⁹, appare senz'altro meritevole l'interesse dei congiunti a subentrare nella disponibilità del valore finanziario dipendente dalle registrazioni in favore del *de cuius*. Essendo il diritto alla registrazione una componente attiva del patrimonio ereditario, la titolarità è, potenzialmente, riconosciuta in favore dell'erede, legittimo o testamentario, o del legatario. In particolare, quando nel testamento si dichiara la volontà di far acquistare a un soggetto designato la disponibilità della quantità di criptovaluta di titolarità del *de cuius*, nella sostanza, si consente a costui di intestarsi la registrazione sulla piattaforma dell'emittente. Fuor di metafora, una simile volontà assume la fisionomia del legato di contratto, piuttosto che di moneta o di bene mobile (riferito al *token*). In pratica, però, l'esercizio di questi diritti successori è enormemente complicato dal ruolo che è, ontologicamente, assegnato alla chiave privata (costituita da credenziali o registrata su un *token*) dal protocollo di autenticazione digitale del sistema di criptazione dell'attività informatica sulla piattaforma dell'emittente, il quale consiste nell'identificare il soggetto, tecnicamente, in grado di impartire l'ordine di cambiare le registrazioni in essere. È opportuno distinguere due ipotesi, quando il *de cuius* disponeva della quantità di criptovaluta in perfetto anonimato (soprattutto per acquistare beni e servizi nel *dark web* ovvero per ragioni fiscali) e l'ipotesi in cui la movimentazione della criptovaluta,

C. PERNICE, *op.cit.*, p. 261 ss., sostiene la tesi, diametralmente opposta, che: «Come moneta non appartenente ad uno specifico ordinamento nazionale bitcoin può iscriversi nel perimetro applicativo di cui all'art. 1278 c.c.». Il medesimo ordine d'idee è condiviso anche da M.F. CAMPAGNA, *op. cit.*, p. 202.

²⁸ Diversamente, C. PERNICE, *op.cit.*, p. 268, ritiene che in questi casi «opererà la regola della *mora ex re* in virtù del combinato disposto degli artt. 1182, comma 3, e 1219, comma 2, n. 3 c.c.».

²⁹ In particolare, costui risulta nella condizione d'incamerare un vantaggio finanziario dalla quiescenza definitiva della movimentazione della quantità di moneta digitale registrata in favore del *de cuius*, considerata la possibilità di reimmettere una quantità corrispondente sul mercato senza causare alcuna svalutazione.

utilizzata come strumento d'investimento non-occulto, sia avvenuta nominativamente tramite intermediario (*exchange*)³⁰. Nel primo caso, se è noto il possessore del documento su cui sono annotate le credenziali o del *token*, il legittimo erede o il legatario è abilitato ad agire in rivendicazione, in modo da poter esercitare i diritti alla registrazione nei confronti dell'emittente. Se, però, le credenziali o il *token* sono irrimediabilmente perduti, l'erede o il legatario, *de facto*, non ha modo di esercitare i propri diritti³¹. Una simile situazione può sembrare alquanto insolita, ma, a ben vedere, è comune ad altre ipotesi alquanto diffuse, come il caso dell'erede di una somma di denaro murata in un edificio o il legatario di uno scrigno contenente gioielli sotterrato in un giardino. Diversamente, nell'ipotesi di gestione intermediata, data la nominatività del conto intestato al *de cuius*, è consentito il riconoscimento giudiziale di un diritto dell'erede o del legatario a ricevere dall'*exchange* la comunicazione delle credenziali di accesso³².

In materia societaria, si delinea il criterio di giudizio che i conferimenti societari di criptovaluta presentano i caratteri strutturali del conferimento di un bene consistente in una posizione contrattuale attiva³³. Anche dal punto di vista funzionale, bisogna segnalare che la variabilità del loro valore di

³⁰ Per il rilievo di una simile distinzione, v. M. GIULIANO, *Eredità digitale e criptoattività*, in AA.VV., *Criptovalute* a cura di M. Lorenzini, M. Zulberti e C. Imbrosciano, cit., p. 202 ss.

³¹ Tecnicamente, «le criptoattività resteranno definitivamente bloccate in favore dell'indirizzo pubblico correlato alla chiave privata di cui non si conosce la composizione alfanumerica» (cfr. M. GIULIANO, *op. cit.*, p. 203).

³² Così, M. GIULIANO, *op. loc. cit.*, secondo il quale «in caso di decesso del titolare del *wallet*, gli aventi causa potranno rivolgersi alla società che lo gestisce per il recupero delle credenziali di accesso ovvero per ottenere in proprio favore il trasferimento delle criptovalute di cui risulta intestatario il *de cuius*».

³³ Diversamente, M. RUGGIRELLO, *op. cit.*, p. 253, analizzando approfonditamente la giurisprudenza contraria all'ammissibilità di tali atti di disposizione patrimoniale, ne prospetta l'assimilazione alla figura del conferimento di opere e servizi, di modo che la loro praticabilità sarebbe limitata alle s.r.l. (comb. disp. artt. 2342, comma 5, c.c. e 2464, comma 6, c.c.) e subordinata alla corresponsione di una polizza assicurativa o di una fideiussione bancaria. In vero, non si vede la ragione per cui, in caso di conferimento di criptovaluta, dovrebbe essere garantita, in qualche modo (ammesso che le cauzioni possano servire a questo), la conservazione dell'integrità del valore del bene per tutta la durata del rapporto. Bisogna rilevare, in senso contrario, che, anche quando è conferito un bene immobile, il suo valore potrebbe sensibilmente diminuire nel corso del rapporto a causa dell'incuria e della mancanza di manutenzione da parte degli amministratori. Allo stesso modo, in caso di diminuzione del valore di mercato delle criptovalute, nulla impedisce agli amministratori di minimizzare la perdita di patrimonio sociale, rivendendo prontamente le proprie provviste sul mercato: se non lo fanno è per incuria o perché hanno predisposto una speculazione errata.

mercato non dipende tanto dal loro potere di acquisto, quanto dalla speculazione finanziaria. In tal senso esse si avvicinano più ai c.dd. beni “rifugio” (ad es., l’oro, i diamanti, ecc.), piuttosto che alla moneta legale. Pertanto, da un lato, non vale la regola di cui all’art. 2342, comma 2, c.c. della copertura del conferimento col versamento del 25% del valore promesso e, dall’altro, si attiva il precetto dell’essenzialità della previa relazione di stima *ex art. 2343 c.c. propria dei conferimenti non-pecuniari (i.e. in natura e di crediti)*³⁴.

4. – I *tokens*, in un’accezione ristretta (*non-fungible tokens/NFT*)³⁵, sono certificati digitali che intendono incorporare il diritto a ricevere delle utilità patrimoniali derivanti dallo sfruttamento economico di beni immateriali³⁶ o di beni immobili (*asset-based/security tokens*)³⁷. L’azionabilità di simili pretese intersoggettive, evidentemente, discende dalla considerazione del contratto in cui l’emittente assume l’obbligo di eseguire le suddette prestazioni pecuniarie verso il corrispettivo di un finanziamento diffuso. Naturalmente, quando questi strumenti finanziari siano collocati sui mercati mobiliari, la meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti non dipende soltanto dalla considerazione dell’operazione economica sottesa al singolo contratto, ma, soprattutto, dall’ottemperanza alle misure preposte a garanzia del pubblico risparmio³⁸.

³⁴ Cfr. A. CALONI, *op. cit.*, p. 133.

³⁵ Cfr. F. ANNUNZIATA e A. CONSO, *NFT. L’arte e il suo doppio*, Milano, 2021, p. 15 ss.

³⁶ Questi strumenti d’investimento finora hanno riguardato, soprattutto, lo sfruttamento dei diritti intellettuali su opere d’arte, ma il loro potenziale finanziario risulta immenso, se si considera che queste tecniche potrebbero applicarsi, ad esempio, anche, in campo biomedico, ai proventi della gestione del brevetto su un vaccino fortemente innovativo.

³⁷ Per una tassonomia dei *NFT*, v. F. BERTELLI, *Diritti reali e asset digitali: l’utilizzo dei token nel settore immobiliare*, in *Tecnologie e diritto*, 2023, p. 61 ss. In particolare, questa A. (p. 71 ss.) tende ad escludere la *tokenizzazione* di diritti reali immobiliari in quanto una simile operazione finanziaria «si scontra, nel nostro ordinamento, con ostacoli positivi non superabili» concernenti la circolazione dei diritti reali immobiliari. Al contempo, Ella chiarisce che detti rilievi non ostano alla configurazione di *tokens*, i quali intendano incorporare non un diritto su un bene immobile, ma un diritto a(i proventi de)llo sfruttamento economico di un bene immobile. Di modo che «il processo di tokenizzazione può consentire di distribuire le utilità spettanti al titolare della *res* ad una molteplicità di soggetti titolari di *asset* digitali collegati alla stessa» (p. 76).

³⁸ Attualmente, rilevano, soprattutto, i parametri imposti dalla Direttiva 2014/65/UE-MiFID II, come sottolinea F. BERTELLI, *op. cit.*, p. 63 s.

È dato rilevare che, come il più contiene il meno, il contratto-base è focalizzato sulla promessa di una serie indefinita di prestazioni, la quale è incorporata nel *token*. Cionondimeno, la giustiziabilità di un diritto a ricevere tali prestazioni non deriva dalla semplice promessa, ma è fondata sul contratto. Detta soluzione ordinatoria, infatti, non può ricondursi all'assunto che i *tokens* hanno la natura di titoli di credito al portatore, in quanto, in mancanza di un'espressa disposizione legislativa, difetta il requisito sancito dal principio di tassatività dei titoli di credito (arg. ex artt. 1992 c.c. e 2004 c.c.)³⁹. In linea teorica, potrebbero ricorrere gli estremi per riconoscere un titolo di credito nominativo⁴⁰, anche se, in pratica, per ragioni fiscali e organizzative è probabile che questi strumenti finanziari siano congegnati in modo da consentire l'anonimato. Al contempo, non si può ricorrere al criterio di giudizio della configurabilità di una promessa unilaterale "atipica", dato che la corrispettività dell'operazione economica è compatibile con la sola struttura contrattuale⁴¹. Esclusa la vincolatività della semplice promessa unilaterale dell'emittente, si delinea un impianto valutativo in cui la giustiziabilità dei diritti attestati dal *token* è motivata dall'esistenza di un contratto di scambio tra l'emittente e il possessore.

Acclarato l'assunto che i *tokens* sono irriducibili al paradigma dei titoli di credito, le utilità incorporate non sono soggette alle regole di circolazione dei titoli di credito (art. 1992 c.c. ss.). Cionondimeno, in considerazione dell'incorporazione del diritto nel supporto digitale, si attivano, comunque, dei criteri di giudizio, i quali corrispondono alla metafora della mobilitazione della circolazione di beni immateriali⁴². In particolare, nell'esperienza giuridica è radicato l'impianto valutativo, il quale è focalizzato sul concetto che il contratto, pur avendo ad oggetto la concessione di diritti derivanti dallo sfruttamento di beni immateriali o di beni immobili (piuttosto che l'alienazione di tali beni), presenti i caratteri della compravendita di un bene mobile. Un simile costrutto è consolidato

³⁹ *Contra*, A. CALONI, *op. cit.*, p. 135, sostiene che «i *security token* [...], su un piano strettamente civilistico, potrebbero essere inquadrati tra i titoli di credito». Diversamente, F. ANNUNZIATA e A. CONSO, *op. cit.*, p. 40, propendono per la qualificazione come (semplici) titoli di legittimazione.

⁴⁰ Per la teoria dell'ammissibilità di titoli di credito "atipici", v. M. LIBERTINI, *I titoli di credito nella dottrina giuscommercialistica italiana*, 2017, p. 1 ss., spec. p. 5 ss.

⁴¹ Per lo più è richiesto un accordo con la fisionomia del contratto a prestazioni corrispettive, ma la funzione di scambio si rivela compatibile anche con un contratto sotto condizione di adempimento (cfr. F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, cit., p. 18).

⁴² Di là dalle diverse ricostruzioni, A. CALONI, *op. cit.*, p. 137, correttamente rileva che «tratto comune delle diverse qualificazioni è proprio l'idoneità dello strumento alla circolazione secondo il regime dei beni mobili».

anche dal novellato art. 128, comma 3, cod. cons., il quale, surrettiziamente, estende il paradigma della compravendita (tra l'altro) anche a contratti preordinati, essenzialmente, alla concessione di diritti attestati dai «contenuti digitali» incorporati in o interconnessi con un bene mobile (*token*) di cui è formalmente trasferita la proprietà. Dal punto di vista teorico-sistematico, è evidente che detti criteri di giudizio implicano una notevole estensione della definizione tradizionale della compravendita, la quale è stata recepita dal testo dell'art. 1470 c.c. A livello operativo, il ricorso al paradigma della compravendita mobiliare (la cui meritevolezza è collaudata e per cui non sono predisposte particolari formalità e procedimenti pubblicitari) semplifica le operazioni valutative per il riconoscimento giudiziale della titolarità dei diritti incorporati nel *token*, favorendo la circolazione di dette utilità. L'adattamento delle regole sul difetto di conformità (art. 133, comma 2, cod. cons.), poi, consente di tutelare adeguatamente l'acquirente rispetto alle problematiche implicate dalla reale natura delle utilità preposte a soddisfare il suo interesse (*i.e.* non il *token* in sé, ma i diritti di sfruttamento in esso incorporati).

Bisogna, a questo punto, chiarire il ruolo del possesso del *token* rispetto all'azionabilità dei diritti in esso incorporati. Fissato l'assunto che essi non costituiscono titoli di credito al portatore, s'inferisce l'esclusione dell'applicazione del precetto dell'attribuzione del potere di legittimazione al possessore (art. 2003, comma 2, c.c.). Dato che non si riconosce la natura di titolo di credito, poi, non si applica l'art. 1994 c.c., per cui, anche se si presentano gli estremi dell'acquisto *a non domino* (art. 1153 c.c.) o dell'usucapione (art. 1161 c.c.), vale il criterio di giudizio che il possessore acquista la proprietà del *token*, ma non la titolarità del diritto ivi attestato. Ciononostante, il possesso ha un fondamentale rilievo per l'esercizio di questi diritti, dal momento che è concepito come una condizione tecnica per richiedere le prestazioni promesse dall'emittente. In detta prospettiva, bisogna considerare, essenzialmente, due ipotesi, nelle quali ricorre il dato che il titolare del diritto acquistato per contratto (dall'emittente o da un precedente acquirente) non sia nel possesso del *token* che ne attesta l'esistenza e ne permette, tecnicamente, l'esercizio. Una prima ipotesi di divergenza ricorre, quando il mero possessore abbia ricevuto la prestazione dall'emittente. In tali circostanze, sussistono gli estremi per attivare l'impianto valutativo del pagamento al creditore apparente (art. 1189 c.c.), di modo che, salvo che vi sia stata un'attività interdittiva del vero creditore, da un lato, vale la regola che l'emittente in buona fede è liberato e, dall'altro, si riconosce al vero titolare un diritto alla restituzione nei confronti del mero possessore. L'altra ipotesi si ha, quando il titolare del diritto acquistato per contratto intenda esercitarlo, pur non essendo nel possesso del *token*. In tal

caso, per costringere l'emittente a fornirgli le utilità promesse egli dovrà quanto meno esperire tutte le azioni civili (azione di rivendicazione del *token*) e penali (denuncia di furto o smarrimento) per recuperare i codici informatici incorporati nel *token* e impedire che essi siano utilizzati dal mero possessore.

Evidentemente, il possesso/la mancanza di possesso potrebbe rilevare anche in materia successoria. In caso di morte del titolare de(i diritti attestati da)l *non-fungible token*, risulta adeguata l'attivazione dei criteri di giudizio prospettati nel caso di successione *mortis causa* nella titolarità delle criptovalute tokenizzate⁴³.

Tirando le fila del discorso, anche rispetto a questa epifania dell'ingegnerizzazione finanziaria del contratto, l'equa composizione degli interessi in gioco richiede un adeguamento delle regole del diritto contrattuale, ma non rende necessaria l'attivazione di soluzioni ordinarie implicanti uno snaturamento delle pretese intersoggettive fondate sul contratto.

5. – Il saggio si è aperto col riconoscimento di un'intuizione geniale di Francesco Galgano⁴⁴, la quale merita, senz'altro, di essere approfondita e sviluppata. Così, si è cercato di elaborare taluni teoremi decisori sull'assunto che il contratto, nell'economia globalizzata, abbia assunto un fondamentale ruolo nella produzione (oltre che nello scambio) di utilità finanziarie. All'esito della ricostruzione di detti ragionamenti applicativi, però, si rende necessaria una riflessione sui loro riflessi sistematici.

Centrale è il concetto che questi impianti valutativi favoriscono l'impiego di nuove figure contrattuali, le quali sono connotate da innovative funzionalità economiche. Con metafora tratta dalla genetica, si assiste ad una sorta di *gain of function* per la cellula contrattuale. È evidente che una tale espansione della categoria del contratto sia piuttosto aderente alla visione pancontrattualistica di Francesco Galgano⁴⁵. Cionondimeno, va chiarito che detti apparati decisori possano essere concepiti anche nel quadro di una prospettiva sistematica alternativa al pancontrattualismo.

Contro la generale visione pancontrattualistica, militano, innanzitutto, due ordini di apparati decisori: i ragionamenti applicativi in cui opera la determinazione della vincolatività di promesse unilaterali 'atipiche'; i teoremi decisori in cui si attiva il riconoscimento della giustiziabilità di atti

⁴³ V., *retro*, § 3.

⁴⁴ V., *retro*, nota 1.

⁴⁵ Cfr. F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 919, a detta del quale «viviamo in un'epoca di pan-contrattualismo».

autoregolamentari complessi non-contrattuali (e neppure strettamente negoziali)⁴⁶.

Nella medesima prospettiva, bisogna notare che lo stesso principio di sussidiarietà, il quale legittima una notevole espansione dell'autonomia contrattuale, in senso metaforico si presenta come una sorta di porta girevole tra Diritto civile (cooperazione intersoggettiva) e Diritto amministrativo (azione pubblicistica)⁴⁷. Pertanto, come il contratto può sostituirsi al provvedimento amministrativo, potenzialmente, il principio di sussidiarietà consente anche d'inferire la decisione della vincolatività di un provvedimento amministrativo sostitutivo di un contratto.

Alla luce delle precedenti considerazioni, è corretto inquadrare le nuove esplicazioni dell'autonomia contrattuale dovute all'ingegnerizzazione finanziaria del contratto in un'ottica teleologica/gius-realistica, secondo la quale le frontiere di questa categoria ordinante non si muovono unidirezionalmente in senso espansivo, ma si modificano anche in senso recessivo, a seconda delle diverse esigenze di politica del diritto emergenti nell'esperienza giuridica.

Abstract

FINANCIAL ENGINEERING OF CONTRACTS:

SECURITISATION, CRYPTOCURRENCIES AND NON-FUNGIBLE TOKENS

La metafora de «l'ingegnerizzazione finanziaria» del contratto indica l'emersione, nell'economia globalizzata, di pratiche, nelle quali è fatto un uso massivo del contratto per produrre delle utilità finanziarie da offrire al pubblico degli investitori. Rispetto a tale eterogenesi dei fini dell'autonomia contrattuale, meritano di essere analizzati gli apparati decisorii sottesi alle categorie della cartolarizzazione dei contratti derivati, delle criptovalute e dei certificati digitali attestanti diritti ai proventi dello sfruttamento di beni immateriali o di beni immobili.

Financial engineering of contracts means that contracts are massively used to produce financial assets. From this perspective, the paper analyses the economic operations concerning securitisation, cryptocurrencies and non-fungible tokens.

⁴⁶ Diffusamente, F. MAISTO, *Diritto contrattuale avanzato*, cit., p. 22 ss.

⁴⁷ F. MAISTO, *op. ult. cit.*, p. 65, nt. 169.

CLAUSOLE ABUSIVE E CONTROLLO NOTARILE (*)

UGO MINNECI

*Professore ordinario
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Due questioni preliminari. – 3. Clausole abusive e ruolo (meramente informativo e/o di consiglio) del Notaio secondo l'opinione prevalente. – 4. La superabilità degli argomenti diretti ad escludere spazi operativi per l'art. 28 l. not. – 5. Clausole abusive e irricevibilità dell'atto.

1. – Come desumibile dal titolo, la mia relazione è chiamata a misurarsi con i seguenti interrogativi: il Notaio che riceva e/o autentichi un atto (in particolare un finanziamento) contenente clausole abusive incorre in una qualche responsabilità? Se sì, quale tipo di responsabilità viene in rilievo? Di carattere civile oppure anche disciplinare¹?

Si tratta di questioni delicate che, da un lato, affondano le radici nel tempo², mentre, dall'altro lato, impongono di tenere conto della evoluzione

(*) Lo scritto riprende, con l'aggiunta delle note, i contenuti della Relazione presentata al Convegno «Dal credito fondiario al credito immobiliare ai Consumatori», organizzato dal Consiglio Notarile di Bergamo e tenutosi il 10 novembre 2023.

¹ Come è noto, nello svolgimento della propria attività, il Notaio può incorrere in una responsabilità, oltre che di carattere civile (per inadempimento del contratto d'opera professionale sottoscritto con il cliente), anche di natura disciplinare, allorquando venga in gioco la violazione del divieto - sancito dall'art. 28 della l. 16 febbraio 1913, n. 89 (c.d. legge notarile) - di ricevere o autenticare atti che siano espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico.

² Pressoché tutte le riflessioni sul ruolo del Notaio prendono avvio dal contributo di F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, 321 ss., al quale si deve il merito di avere superato l'identificazione di tale operatore del diritto come di un semplice documentatore (formatore di documenti), per ascrivergli anche la funzione di consultore giuridico che interviene nella fase di perfezionamento dell'affare in una prospettiva antiprocessuale di prevenzione della lite, sulla base dell'idea «tanto più notaio, tanto meno giudice». Imprescindibile si rivela pure il saggio di N. IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Riv. Notariato* 1996, 355 ss., con la sottolineatura per la quale «il notaio trasferisce l'intenzione delle parti nel linguaggio dell'atto» ovvero «costruendo il testo linguistico, immette la volontà delle parti nel circuito della comunicazione», per offrire agli interessi dei singoli il linguaggio del diritto. Di forte apertura risultano anche le riflessioni di N. LIPARI, *Il ruolo del notariato nella nuova realtà delle nullità*

non solo legislativa ma anche del diritto vivente³. Il tutto con l'importante precisazione che, rispetto al diritto vivente, un ruolo importante è da riconoscere alla giurisprudenza della Corte di Giustizia unionale⁴.

2. — Prima di entrare nel merito, appare opportuno richiamare l'attenzione su due aspetti ormai acquisiti.

Partiamo dal primo. Qualunque ruolo si ritenga di assegnare al Notaio in sede di perfezionamento del contratto, il ricorso alla forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata non si presenta di per sé preclusivo di un successivo controllo da parte del Giudice sulla eventuale esistenza di clausole abusive. Peraltro, il suddetto controllo sarà esercitabile

contrattuali, in *Riv. trim. proc. civ.* 2002, 361 ss., laddove sollecitano a rileggere l'attività notarile alla luce della necessità di interpretare il diritto vivente e quindi di intendere la portata del precetto in funzione di indici desumibili dal concreto atteggiarsi dell'esperienza; il tutto con la conseguenza di attribuire al Notaio un controllo non più soltanto formale ma sostanzialmente incidente sul contenuto dell'atto.

³ In effetti, costituisce un dato consolidato la rilevanza in materia del diritto vivente. Prova ne sia che, a parità di enunciazione normativa, l'art. 28 l. not. è stato dapprima ritenuto applicabile a tutti gli atti comunque contrari a disposizioni cogenti della legge stessa, ossia non aderenti alla normativa legale, di ordine formale e sostanziale, per essi prevista a pena di inesistenza, nullità o annullabilità (così Cass. 21 aprile 1983, n. 2745, in *Giur. comm.* 1984, II, 380); successivamente, con l'avvento del *leading case* costituito da Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. notar.* 1998, 493 ss. (seguito, in un breve lasso di tempo, da Cass. 19 febbraio 1998, n. 1766; Cass. 4 maggio 1998, n. 4441; Cass. 3 agosto 1998, n. 7602; Cass. 1 febbraio 2001, in *Giur. it.* 2001, 1599), l'operatività della norma è stata circoscritta all'ipotesi della presenza di un vizio suscettibile di dare luogo a una nullità assoluta del negozio, con esclusione, quindi, dei vizi che comportino solo l'annullabilità, o l'inefficacia dell'atto, ovvero la stessa nullità relativa. Per un commento sul *revirement* riferito, v. A. NATUCCI, *L'art. 28 della legge notarile e la stipulazione di atti annullabili*, in *Riv. dir. civ.* 1999, II, 589 ss.; nonché A. GENTILI, *Atti notarili «proibiti» e sistema di invalidità*, in *Riv. dir. priv.* 2005, 255 ss.

⁴ Il crescente impatto della giurisprudenza unionale rispetto alla definizione dei contorni della figura del Notaio rappresenta un elemento altrettanto evidente. Basti pensare alla recentissima pronuncia (16 novembre 2023, C-583/21 e C- 586/21) con la quale la Corte di Giustizia – infrangendo alcuni *tabù* tramandati dal passato – ha ritenuto che l'art. 1, par. 1, della direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese e stabilimenti, debba essere interpretato nel senso che tale direttiva è applicabile a una situazione in cui un notaio, pubblico ufficiale e datore di lavoro privato dei lavoratori attivi nel suo studio notarile, succeda al precedente titolare di un siffatto studio, rilevi l'archivio, nonché una parte essenziale del personale che era impegnato dal precedente titolare e continui a svolgere la medesima attività negli stessi locali con gli stessi mezzi materiali, a condizione che sia conservata l'identità di detto Studio.

non soltanto su istanza del mutuatario – eventualmente anche in sede di opposizione all'esecuzione ai sensi dell'art. 615 c.p.c. -, *ma anche d'ufficio*. In virtù del richiamo al principio di effettività, la Corte di Giustizia UE ha infatti sancito che la direttiva 93/13/CEE osta a una normativa nazionale che non lasci al giudice interno investito di una domanda di esecuzione forzata di un contratto di mutuo ipotecario, stipulato tra professionista e consumatore sotto forma di atto notarile direttamente esecutivo, la possibilità di verificare, su istanza del consumatore o d'ufficio, se le clausole contenute in un simile atto abbiano carattere abusivo ai sensi di tale direttiva e, su tale base, di sospendere l'esecuzione forzata richiesta⁵. A sostegno della soluzione accolta la Corte ha rilevato che, anche ammettendo che, sulla base della legge nazionale in tema di notariato, i notai siano tenuti ad obblighi di consulenza e informazione dei consumatori, tali da garantire un controllo preventivo del carattere abusivo delle clausole del contratto, cionondimeno il principio di effettività della tutela dei consumatori richiede disposizioni atte a garantire a quest'ultimi una tutela giurisdizionale effettiva, attivabile anche d'ufficio.

Il riferimento alla sentenza appena richiamata e, in particolare, la constatazione che oggetto della suddetta decisione fosse un contratto di finanziamento di contenuto standardizzato e unilateralmente predisposto dalla Banca (in definitiva un contratto per adesione) permette di transitare all'ulteriore profilo considerabile come pacifico. In effetti, non risulta esservi più spazio per l'idea – alquanto in voga in passato⁶ – secondo cui, pur in presenza di condizioni generali di contratto, la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata escluderebbe alla radice un'esigenza di

⁵ Così Corte di Giustizia, 26 giugno 2019, C-407/18 sulla scia di quanto deciso nella precedente pronuncia 1° ottobre 2015, C-32/14.

⁶ Come riportato da G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1993, I, 282, ancora all'inizio degli anni 90 del secolo scorso, per la nostra giurisprudenza, il tradursi dell'accordo in atto pubblico alla presenza di un notaio avrebbe fatto venire meno quell'esigenza di tutela dell'aderente costituente la ragione della disciplina prevista dagli artt. 1341 e 1342 c.c.: cfr. Cass. Sez. un. 10 gennaio 1992, n. 193, in *Vita not.* 1992, 761 ss. Un cenno (peraltro in chiave critica) alla tesi della estraneità allo spettro operativo dell'art. 1341, comma 2 c.c. dei testi contrattuali stipulati per *atto del notaio* si rinviene anche in V. ROPPO, *Il Contratto*, 2001, 909. Trattasi tuttavia di un argomento che viene di tanto in tanto riesumato nell'ambito del ceto notarile: cfr. Studio n. 7 approvato il 25 marzo 2004 del Consiglio Notarile di Cuneo, secondo cui la disciplina di cui all'art. 1341, comma 2 non sarebbe applicabile allorché la contrattazione veda l'intervento del Notaio indipendentemente dal fatto che essa si concluda con un atto pubblico o una scrittura privata autenticata: e ciò per la ragione che in tal modo sarebbe garantita l'effettiva conoscenza e la possibilità di una consapevole valutazione della clausola portatrice dello squilibrio.

protezione dell'aderente: e ciò vuoi perché, in conseguenza della lettura che dell'atto viene data dal Notaio alle parti, queste verrebbero senz'altro a conoscenza dello stesso nella sua interezza⁷; vuoi perché la presenza del Notaio in sede di perfezionamento consentirebbe di inferire per ciò solo una presunzione di avvenuta trattativa⁸. A ben vedere, entrambi gli argomenti erano già stati persuasivamente confutati: quanto al primo, avendo il Tribunale di Milano, già tempo addietro, rilevato che un conto è il profilo della conoscibilità, altro la necessità di un consenso specificamente incentrato sulle clausole vessatorie (come tale non surrogabile tramite equipollenti)⁹; quanto all'altro, perché di fronte a un contratto standard già compiutamente formato, il Notaio si rivela privo di margini di manovra¹⁰: finendo per dover abdicare anche al compito – ritenuto connaturale alla sua funzione – di tradurre in linguaggio giuridico la volontà empirica delle parti.

3. – Tornando all'interrogativo di partenza, preme sottolineare che, secondo una opinione diffusa sia in dottrina che nell'ambito del ceto notarile, nell'ipotesi di contratto contenente clausole che possano apparire abusive¹¹,

⁷ È appena il caso di notare che, con l'avvento della disciplina a tutela del consumatore e il correlato transito da una protezione di carattere formale alla tutela di carattere sostanziale di cui agli odierni artt. 33 ss. Cod. cons., il valore di un simile argomento resterebbe comunque circoscritto ai soli contratti sottoscritti con aderenti diversi dalle persone fisiche che realizzano l'operazione per ragioni estranee alla propria attività imprenditoriale, artigianale o professionale.

⁸ Cfr. Trib. Torino, 15 ottobre 1996, in *Giust. civ.* 1997, I, 1409.

⁹ Così Trib. Milano, 21 giugno 1984, in *Banca borsa tit. cred.* 1985, II, 502 ss., con nota di N. SALANITRO, *Atto pubblico e controllo giudiziario*, il quale osserva che se «la specificità è richiesta per assicurare che l'aderente abbia conoscenza ed approvi le clausole vessatorie, allora si comprende l'orientamento della giurisprudenza corrente la quale esclude l'applicabilità dell'art. 1341 all'atto pubblico, appunto perché, a seguito della sua redazione notarile e della lettura che ne viene data alle parti, è sicuro che anche l'aderente viene ad avere conoscenza e ad approvare tali clausole. Se invece la specificità è richiesta per indurre l'aderente a una particolare valutazione delle clausole vessatorie (che poi approva a seguito di tale valutazione) allora anche nell'atto pubblico dovrebbe ammettersi l'applicabilità della disciplina dell'art. 1341, comma 2».

¹⁰ Così A.A. DOLMETTA, *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile. A proposito della violazione di norme imperative di protezione*, in *Contatto. impr.* 2004, 77, nt. 1, laddove scrive che «di fronte a un contratto già predisposto, neppure il notaio è chiamato a rappresentare in forma giuridica gli interessi delle parti, né tanto meno a mediare tra questi; egli si trova a ricevere un atto già compiutamente formato: in cui cioè si è interamente estrinsecata l'autonomia privata, pur se in termini del tutto asimmetrici (insomma la confezione per atto pubblico non suppone per nulla, né implica, la presenza di trattative)».

¹¹ Per una accurata rassegna delle clausole «potenzialmente» vessatorie all'interno dei contratti di mutuo bancario, E. BEVILACQUA – M. LABRIOLA, *Codice del*

non vi sarebbero margini per ipotizzare un dovere del Notaio di rifiutare la rogazione o autenticazione dell'atto. Il compito del Notaio consisterebbe piuttosto (in ciò pure esaurendosi) in una attività di informazione e di consiglio sulla disciplina dettata dal Codice del Consumo e sulle conseguenze derivanti da tale disciplina relativamente alle clausole suscettibili di determinare uno squilibrio a danno del mutuatario¹².

Il suggerito utilizzo¹³ della Relazione preliminare quale strumento attraverso cui comunicare alle parti i contenuti informativi appena riferiti non solo permetterebbe ai contraenti di giungere alla sottoscrizione con la necessaria consapevolezza in ordine alle criticità del testo contrattuale, ma consentirebbe altresì al Notaio di precostituirsì l'evidenza documentale di avere diligentemente assolto ai doveri professionali di informazione e

consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio, Studio n. 237-2006/C approvato dal CNN, 27 ss.

¹² Per l'affermazione che «l'ordine e la promozione del mercato impongono un alto grado di consapevolezza dei contraenti al cui raggiungimento concorre in maniera decisiva un'adeguata informazione, come risulta evidente da tutta la normativa consumeristica: conseguentemente il concorso del notaio al funzionamento del mercato determina l'assegnazione allo stesso di compiti informativi a ciò funzionali», v. R. LENZI, *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2015, I, 766. In direzione sostanzialmente analoga, R. QUADRI, *Responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 l. not. e nullità c.d. di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2009, II, 346 ss.; G. CASU, *Il compito del notaio alla luce delle recenti norme in tema di nullità di protezione*, in *Studi e materiali CNN*, 2006, 85 ss., enfatizzando il ruolo della diligenza del professionista e della sua sensibilità professionale, al fine di illustrare alle parti compiutamente il significato della clausola critica e la sua portata nella complessiva economia del contratto posto in essere; E. BEVILACQUA – M. LABRIOLA, *op. cit.*, 42 ss.; D. MURITANO, *Il notaio e il mutuo fondiario*, reperibile su www.dirittobancario.it 2014, 5; A. BARONE, *Il notaio e le clausole abusive nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Notariato* 2022, 495 ss.

¹³ L'uso della Relazione preliminare per dare corso ai doveri di informazione e consiglio in presenza di clausole vessatorie all'interno del testo contrattuale è ipotizzato nella Regola n. 17, intitolata «I mutui bancari e le clausole vessatorie», elaborata – ma non ancora approvata – dalla Commissione Protocolli. Vi si legge infatti che «il compito del Notaio, nell'esercizio della funzione c.d. antiprocessuale che gli è propria, consisterà in un'attività di informazione sulla disciplina dettata dal Codice di Consumo e sulle conseguenze di tale disciplina sulla validità delle varie clausole contrattuali che possano comunque determinare uno squilibrio a danno del mutuatario, attività da attuare già in occasione della redazione della relazione preliminare. Il Notaio avrà anche cura di comunicare tale relazione, oltre che alla Banca mutuante anche al mutuatario: in tale modo le parti verranno informate con buon anticipo rispetto alla data fissata per la sottoscrizione del contratto circa la disciplina in materia di clausole vessatorie e circa i diritti che eventualmente potrebbero far valere a tutela dei propri interessi».

consulenza¹⁴. Relativamente a quest'ultimo aspetto è infatti da osservare che, secondo l'opinione in esame, la violazione degli obblighi sopra richiamati varrebbe a determinare in capo al Notaio una responsabilità di carattere civile¹⁵, ovvero per inadempimento¹⁶.

A sostegno di tale interpretazione si suole addurre una pluralità di argomenti:

.- (i) anzitutto, il riferimento a Cass. 11 novembre 1997 n. 11128¹⁷, secondo cui il divieto di ricevere atti proibiti dalla legge posto dall'art. 28 della legge notarile presupporrebbe una patologia in grado di determinare una nullità assoluta del negozio, con esclusione dei vizi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto, ovvero la stessa nullità relativa¹⁸;

¹⁴ Sempre all'interno della già ricordata Regola n. 17 (v. *retro* nt. 13) si legge infatti che «l'informazione tramite la relazione preliminare è particolarmente opportuna in quanto avviene in anticipo rispetto alla data di sottoscrizione dell'atto, consentendo quindi alle parti di giungere a tale sottoscrizione debitamente informate e consapevoli delle conseguenze che dal mancato rispetto della disciplina del Codice del Consumo possono derivare con riguardo alle singole clausole contrattuali. Inoltre la relazione inviata alle parti costituisce lo strumento per documentare il rispetto della presente regola».

¹⁵ Sulla responsabilità civile del notaio, v. in generale M. FRANZONI, *La colpa professionale del notaio*, in *Giur. it.*, 2017, 2523 ss.; M. RIZZUTI, *Invaldità negoziali e responsabilità del notaio*, in *Giur. it.*, 2017, 2549 ss. Con riguardo specifico al dovere di informazione e consiglio, cfr. Cass. 4 marzo 2022, n. 7185, in *Giur. it.* 2023, 2052 ss., con nota di L. PENNAZZI CATALANI, *L'integrazione del rogito, la teoria della operazione economica e la responsabilità del notaio*.

¹⁶ Più rigoroso appare il pensiero di C. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità del Notaio per la redazione di un atto nullo*, in *Nuovo dir. civ.*, 2018, 54 ss., laddove, riflettendo sul tema della nullità relativa, afferma che il riscontro della stessa, pur non determinando la sussistenza di un divieto di ricevere l'atto, verrebbe ad imporre in capo al Notaio doveri di segnalazione, dalla cui omissione sarebbe destinata a scaturire una responsabilità anche di carattere disciplinare. Più precisamente, ad avviso dell'Autore, si può ritenere che «la responsabilità disciplinare del notaio sia esclusa quando questi abbia segnalato al cliente il profilo di nullità – appunto rilevabile solo ad istanza di quest'ultimo – e il cliente abbia dichiarato di non voler avvalersi del potere di far valere la nullità».

¹⁷ Cfr. *supra*, nt. 3.

¹⁸ Si suole argomentare (così G. CASU, *op. cit.*, 11; ma per considerazioni analoghe, v. altresì F. ANGELONI, *La responsabilità civile del notaio: il punto sulla evoluzione normativa e giurisprudenziale anche con riferimento al recepimento della dir. Ce 93/13 sulle clausole abusive*, in *Contratto impr.* 1999, 649 ss.) che il notaio non si troverebbe «di fronte a un atto o a una clausola vietati, bensì di fronte a un atto o a una clausola vietati a determinate condizioni»: queste ultime presupponendo la presenza o meno di un determinato grado di valutazione della clausola critica da parte del consumatore ed altresì pretendendo la comparazione rispetto a tutte le restanti clausole contrattuali. In altri termini, l'estraneità al perimetro dell'art. 28 l. not. si giustificerebbe alla luce della constatazione per la quale il testo contrattuale

.- (ii) l'idea della difficoltà di accertamento del carattere abusivo della clausola, occorrendo all'uopo una valutazione fattuale della fattispecie (esistenza o meno di una effettiva trattativa; esistenza o meno di un reale squilibrio introdotto dalla clausola) che esorbiterebbe dal perimetro dell'attività di controllo esigibile da Notaio, come tale da ritenersi circoscritta al profilo della legittimità sostanziale dei contenuti contrattuali¹⁹;

.- (iii) il timore che il rifiuto da parte del Notaio di ricevere l'atto (specie allorquando si tratti di un contratto di finanziamento) possa ritorcersi contro lo stesso cliente, che si trova pur sempre in una condizione di carenza di liquidità²⁰;

.- (iv) il tratto della sanabilità che contraddistinguerebbe le c.d. nullità di protezione e dunque l'idea che non avrebbe senso contestare una responsabilità disciplinare al Notaio che abbia ricevuto un contratto che, pur contenendo clausole abusive, il cliente potrebbe considerare congruo rispetto al proprio interesse al punto da non dare seguito al rilievo della nullità da parte del Giudice, ovvero d'ufficio²¹.

contenente clausole (potenzialmente) abusive non potrebbe considerarsi strutturalmente vietato. Nel senso che atti proibiti dalla legge sarebbero solo quelli posti in essere in violazione di norme che hanno valore assoluto, tale da non consentire possibilità di esenzione dalla sua osservanza per alcuno dei destinatari della norma, M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, Studio n. 271-2008/C, Consiglio Nazionale del Notariato, in *Studi e materiali*, 1/2009, 9.

¹⁹ Tale argomento si basa sul rilievo che [come scrive S. PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio tra nullità parziale, relatività della legittimazione e nullità inequivoca: a proposito di Cass. n. 24867/2010 e di Cass. n. 5913/2011 (con una postilla)*, in *Persona e mercato* 2014, 101] la stessa clausola abusiva o vessatoria si presta, almeno solitamente, a una qualificazione ancipite: «con una nullità che trasmuta in validità allorché risulta documentata l'esistenza di una trattativa (art. 34, comma 4 Cod. cons.) ovvero la reale possibilità, per chi abbia subito l'abuso, di rinvenire sul mercato di riferimento delle alternative soddisfacenti». Il tutto con la conseguenza per la quale, in assenza di indici certi, non si potrebbe esigere dal notaio di fare il *detective* (così A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. notar.* 2010, 299), ovvero di svolgere un'attività diretta a verificare l'esistenza delle circostanze in base alle quali accertare il carattere vessatorio o meno di una determinata condizione contrattuale (cfr. altresì R. QUADRI, *Responsabilità del notaio*, cit., 348).

²⁰ Sottolinea come la soluzione della irricevibilità dell'atto contenente clausole abusive finisca *de facto* per trasformare quella che dovrebbe restare una nullità parziale necessaria in una nullità totale (con l'effetto per di più di frustrare la parte del suo interesse primario alla conclusione), S. MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali e la funzione notarile*, in *Notariato* 2010, 693.

²¹ Contesta la plausibilità di una interpretazione che, pur in presenza di una sanatoria volontaria del vizio di nullità, riconnetta una responsabilità disciplinare del Notaio (non apparendo sufficiente a giustificare quest'ultima un giudizio di

4. – Per la verità, non tutti gli argomenti sopra richiamati hanno lo stesso peso. In particolare, proprio l'ultimo si rivela alquanto discutibile. In effetti, impregiudicata la questione se l'opposizione da parte del consumatore al rilievo d'ufficio da parte del Giudice abbia efficacia sostanziale o soltanto processuale²² e ferma altresì restando la constatazione che, anche secondo i principali fautori della sanabilità sostanziale del contratto affetto da nullità di protezione²³, quella del consumatore (per come ricostruita anche dalla giurisprudenza della corte di Giustizia UE) si atteggierebbe come una convalida *sui generis* (l'esercizio della facoltà di non avvalersi della nullità ovvero l'eventuale dichiarazione sanante potendo essere emessa solo nel momento in cui sia divenuto attuale l'uso del diritto/potere del professionista disciplinato dalla clausola o dal contratto), occorre notare che, proprio di recente, relativamente a una ipotesi di recupero dell'atto nullo introdotto dalla legislazione speciale in materia urbanistica (art. 29 l. 52/1985), la Cassazione ha precisato che può stimarsi pacifico il principio secondo cui, in tema di responsabilità disciplinare del Notaio, il divieto di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge è violato nel momento stesso della redazione della clausola nulla inserito nell'atto rogato dal professionista, in quanto la redazione della clausola segna il momento di consumazione istantanea dell'illecito, sul quale non possono spiegare efficacia sanante o estintiva della punibilità eventuali rimedi proposti dal legislatore per conservare, ai fini privatistici, l'atto medesimo²⁴.

Apparentemente più suggestivo, ma in realtà privo di reale persuasività, si rivela pure il timore che il rimedio possa rivelarsi peggiore del male. A ben vedere, come desumibile dalla stessa giurisprudenza in tema

disvalore del quale le parti dell'atto possono in realtà disporre), S. MONTICELLI, *Il sistema delle nullità contrattuali*, cit., 693.

²² Nel criticare la tesi (cfr. S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, Milano, 2010, II, 1248 ss.) secondo cui, una volta ammesso che la trattativa individuale valga *ex ante* ad escludere la vessatorietà della clausola, sarebbe incongruo denegare un pari valore validativo al contegno (successivo) del consumatore che sia espressione di una consapevole volontà sanante, G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e mercato* 2014, 24 ss., propende per riconnettere all'atto di opposizione al rilievo d'ufficio una rilevanza esclusivamente processuale, come tale insuscettibile di produrre un effetto eliminativo della nullità, che potrebbe pertanto essere fatta accertare in un diverso processo anche in via surrogatoria.

²³ Così M. GIROLAMI, voce *Nullità di protezione*, in *Enc. dir.- Contratto*, Milano, 2021, 720; nonché S. PAGLIANTINI, *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2020, 946.

²⁴ Cfr. Cass. 15 settembre 2022, n. 27181.

di concessione abusiva del credito²⁵, costituisce precipuo interesse dell'ordinamento non la concessione di un finanziamento pur che sia, ma la conformità del finanziamento offerto a determinate caratteristiche e/o requisiti (tra cui per l'appunto l'assenza di clausole abusive); e ciò tanto più quando il prestito si trovi incardinato in contratti-prodotto, ovvero in contratti seriali che riproducono il format delineato una volta per tutte da una decisione assunta unilateralmente a monte dall'impresa²⁶. Del resto, tenuto conto che una questione di responsabilità disciplinare è destinata a porsi solo nelle ipotesi di nullità inequivoca²⁷, appare ragionevole attendersi

²⁵ Il riferimento è naturalmente a Cass. 30 giugno 2021, n. 18610, che ha consacrato l'idea di credito sostenibile. Per un primo commento della pronuncia richiamata, peraltro seguita dalla conforme Cass. 14 settembre 2021, n. 24725, v. A.A. DOLMETTA, *Merito creditizio e concessione abusiva del credito dopo Cass. n. 18610/2021*, in *Dialoghi dir. econ.* ottobre 2021, reperibile in www.dirittobancario.it; D. MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato della banca e la concessione abusiva o imprudente*, *ivi*, novembre 2021; S. DELLE MONACHE, *Concessione abusiva del credito e legittimazione del curatore*, in *Fall.* 2021, 1329; B. INZITARI, *L'azione del curatore per abusiva concessione del credito*, 5 agosto 2021, in www.dirittodellacrisi.it. È noto che l'idea di credito sostenibile si basa sul ribaltamento del diffuso convincimento secondo cui il finanziamento sarebbe in ogni caso percepibile come atto che avvantaggia colui che lo riceve, in quanto l'affluenza di liquidità, fornendo maggiori disponibilità economiche al sovvenuto, allargherebbe la gamma di iniziative economiche avviabili. Invero, il convincimento per il quale un finanziamento si concreterebbe sempre in un arricchimento per il destinatario finisce per trascurare che l'incremento di disponibilità connesso alla ricezione della somma viene congiuntamente bilanciato dall'obbligo di restituire la somma ricevuta aumentata di interessi e oneri e spese (così B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in www.ilcaso.it, n. 58/2007; U. MINNECI, *Mutui fondiari e interesse del creditore: est modus in rebus*, in *Banca borsa tit. cred.* 2014; II, 134 ss.). A ben vedere, l'utilità di un finanziamento a favore dell'impresa non può prescindere dalla esistenza di un piano industriale che permetta di coprirne il costo, come per qualsiasi altro fattore produttivo; che consenta cioè di trarre utili in maniera tale da far fronte al gravame degli interessi, assicurando altresì la provvista da rimborsare (diversamente, si avrebbe solo la sostituzione di una esposizione a breve verso lavoratori e fornitori con una più onerosa verso il ceto bancario).

²⁶ Per l'inquadramento come (contratti o) prodotti di impresa dei finanziamenti concessi dalle banche attraverso condizioni generali di contratto, v. A.A. DOLMETTA, *La valutazione del merito del credito*, cit., 315.

²⁷ Sulla possibilità di tradurre l'inciso «atti espressamente proibiti dalla legge» di cui all'art. 28 l. not. con la formula «atti nulli inequivocabilmente, ovvero per effetto di un consolidato orientamento dottrinale, v. Cass. 11 novembre 1997, n. 11128, cit. In letteratura, v. P. ZANELLI, *La nullità "inequivoca"*, in *Contratto impr.* 1998, 1253 ss.; nonché A.A. DOLMETTA, *Sui limiti di applicazione dell'art. 28 legge notarile*, cit., 88 ss., il quale precisa che la sussistenza o meno di un consolidato orientamento dottrinale finisce per fungere da strumento misuratore della (in)certezza. Tale autore segnala altresì come anche nell'alveo dell'art. 1937 c.c. la forma *espressa* della

che il rifiuto di ricevere l'atto risulti generalizzato; con la conseguenza di poter ravvisare in tutto ciò, prima ancora che un disagio per il soggetto interessato al prestito, un formidabile incentivo per la banca a immettere sul mercato prodotti *compliant*. Diversamente, si rischia di incorrere nel paradosso secondo cui l'attività di informazione e/o segnalazione della esistenza di clausole potenzialmente vessatorie sarebbe da considerare di particolare giovamento e utilità per la banca anziché per il consumatore, perché mentre quest'ultimo sarebbe tutelato dalla nullità relativa, la banca potrebbe vedersi eccepita la nullità di talune clausole in quanto vessatorie²⁸.

D'altro canto, non arriva a convincere neppure l'idea che parlare di nullità assoluta significhi evocare necessariamente la nullità codicistica²⁹ e conseguentemente identificare gli atti espressamente proibiti dalla legge con i contratti che, ripugnando ad interessi generali dell'ordinamento, risultano assoggettati alla regola per la quale chiunque vi abbia interesse può farne valere l'invalidità; con il risultato di tenere fuori dal perimetro operativo dell'art. 28 della legge notarile le c.d. nullità di protezione, in quanto dirette a proteggere al più interessi di categoria, come peraltro desumibile dalla previsione della legittimazione relativa.

dichiarazione di prestare fideiussione venga correntemente intesa come indicante una manifestazione priva di incertezze e ambiguità. Il tutto con l'ulteriore notazione che la formula «orientamento consolidato» non alluderebbe ad alcunché di fisso e immutabile, dal momento che un orientamento verrebbe a consolidarsi frazione temporale per frazione temporale, in sintonia con un'attività di aggiornamento e approfondimento sicuramente consentanea alla funzione della professione notarile. Da rilevare che Cass. 20 luglio 2011, n. 15892 ha finito per far coincidere il concetto di nullità inequivoca con quello di nullità desumibile desumibile dal diritto vivente, ovvero dalla giurisprudenza consolidata della Suprema Corte (così S. PAGLIANTINI, *La responsabilità disciplinare del notaio*, cit., 120).

²⁸ In effetti, nel Commento alla Regola n. 17 (non ancora in vigore e) intitolata «I mutui bancari e le clausole vessatorie» si legge che «il Codice del Consumo può costituire un'occasione per il Notariato per assumere un ruolo più attivo nel settore dei mutui ipotecari. L'attività del Notaio, volta a segnalare l'esistenza di clausole potenzialmente vessatorie, è utile e doverosa sia nei confronti della banca che nei confronti del consumatore; anzi, a ben riflettere, è ancora più importante nei confronti della banca, in quanto il consumatore è tutelato dalla nullità relativa, mentre la banca, in un eventuale successivo contenzioso (ad esempio nei confronti di un mutuatario inadempiente) può vedersi eccepita la nullità di talune clausole in quanto vessatorie».

²⁹ Non è inopportuno rilevare che il riferimento allo schema codicistico appare destinato ad includere la nullità nella duplice variante, totale e parziale: «se infatti il tratto tipico dell'attività notarile è la funzione antiprocessuale, rogare un contratto, che le parti non avrebbero stipulato senza quella parte sospetta sin dall'inizio di nullità, mina evidentemente quella certezza dei rapporti giuridici alla cui tutela l'agire del notaio è costitutivamente servente» (così S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 109).

Occorre infatti rilevare che la visione appena richiamata – oltre ad essere contestata da larghi strati della dottrina³⁰ – si rivela superata anche dal diritto vivente. Per la Corte di Giustizia unionale costituisce infatti un passaggio quasi tralaticio la sottolineatura della caratura pubblica dell'interesse sottostante alla tutela dei consumatori e della sua importanza³¹; le stesse Sezioni Unite³² non esitano a riconoscere alla nullità di protezione una natura ancipite, in quanto previste non solo in funzione della protezione del soggetto debole della contrattazione, ma anche della tutela dell'interesse generale a un corretto funzionamento del mercato. Anche in letteratura, si suole sottolineare come se le leggi proteggono i consumatori non è soltanto perché occorre offrire un rimedio giuridico alla tutela dell'interesse individuale pregiudicato, ma anche perché in negoziazioni di tipo seriale dalle quali dipende l'efficienza del mercato il legislatore non può rimanere indifferente alle inefficienze che sorpresa, disinformazioni, abusi producono³³. E questo è un interesse generale, espressione dell'ordine pubblico di direzione e non della sola protezione di una parte. Proprio di recente, una autorevole dottrina, nel definire il c.d. diritto privato regolatorio (di cui la legislazione in tema di consumatore fa senz'altro parte) ha avuto modo di precisare che tale deve intendersi una disciplina di rapporti tra privati, ma non da una prospettiva puramente relazionale (o orizzontale), ma da una prospettiva (verticale) in cui l'ottimale svolgimento del rapporto non è un fine in sé, ma è strumentale ad altri obiettivi³⁴.

³⁰ Cfr. G. PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv.* 2001, 460, che richiama il concetto di ordine pubblico di protezione; A.A. DOLMETTA, *op. ult. cit.*, 86, laddove rimarca il forte giudizio di disvalore che l'ordinamento esprime netto nei confronti delle clausole abusive perché violatrici di norme (certo imperative e inderogabili) poste a tutela dei consumatori; G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, in *Rass. dir. civ.* 2006, 841; M. GIROLAMI, *op. cit.*, 717; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Rimedi-1* a cura di A. GENTILI, in *Trattato Contratto* diretto da V. ROPPO, Milano, IV, 2023, 153 ss.

³¹ Solo per citarne alcune, v. Corte di Giustizia, dec. 15 giugno 2023, C-520/21; dec. 21 settembre 2023, C-139/22; nonché da ultima dec. 23 novembre 2023, C-321/22.

³² Il riferimento è alle pronunce gemelle delle Sez. un. 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243.

³³ Così A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. notar.* 2010, 296, il quale osserva altresì come la protezione del singolo risulti indissolubilmente legata all'interesse generale e da ciò trae argomento per constatare la sussistenza nelle nullità di protezione di entrambe le anime della nullità: quella protettiva e quella repressiva.

³⁴ Si tratta della suggestiva prospettiva presentata da F. DENOZZA attraverso la Relazione dal titolo *I formanti ideologici del diritto privato bancario* tenuta nell'ambito

5. – Se dunque appare una forzatura negare ingresso all'art. 28 in ragione del presunto carattere non pubblico e/o generale dell'interesse tutelato, rimane da approfondire il tema della difficoltà per il Notaio di accertare il carattere (non potenzialmente ma realmente) abusivo delle clausole³⁵.

Per la verità, un autore ha già avuto modo di osservare che il tema andrebbe comunque circoscritto alle clausole appartenenti alla lista grigia. Per quelle della black list, la valutazione in termini di abusività resterebbe confermata anche nell'ipotesi di evidenza di una reale trattativa³⁶.

Ma, al di là di tale spunto, sussistono forse le condizioni per allargare ulteriormente gli spazi di operatività della responsabilità disciplinare nell'ambito in esame e quindi per chiamare il Notaio – esaltandone la funzione antiprocessuale – a concorrere in maniera più incisiva all'*enforcement* contro le condizioni vessatorie: il tutto pur sempre nel rispetto della regola per la quale il rifiuto di ricevere dell'atto potrà aversi solo in caso di abusività (*rectius* nullità) inequivoca della clausola.

Occorre infatti notare che l'introduzione di nuovi strumenti quali da un lato l'azione collettiva inibitoria³⁷, dall'altro l'amministrativizzazione della tutela dei consumatori attraverso il rafforzamento dei poteri riconosciuti in materia all'AGCM hanno esteso il c.d. controllo di abusività in astratto³⁸.

Non sembra pertanto azzardato ipotizzare che, di fronte a provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato divenuti definitivi (in quanto impugnati o comunque confermati dal Giudice

del Convegno *Il Diritto bancario nell'oggi (VI edizione)*, svoltosi il 19 e 20 ottobre 2023 presso l'Università degli Studi di Milano.

³⁵ Rileva peraltro S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 101 che la serialità contenutistica dei contratti con i consumatori è destinata ad evocare, col tempo, delle *Fallgruppen*, sinonimo di clausole contrattuali tipo (ed insieme) di un accertamento semplificato; considerazioni analoghe in G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 841. Semmai è il caso di aggiungere che uno scenario simile appare suscettibile di proporsi ogni volta che la banca ricorra alla tecnica di contrattazione delle condizioni generali.

³⁶ Si tratta del pensiero di A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, cit., 299 e 301, muovendo dal presupposto che – a prescindere dalla risposta che si intenda fornire alla domanda come possa un notaio sapere se la clausola abusiva è stata negoziata – occorre in ogni caso tenere ferma la soluzione giurisprudenziale per la quale gli atti espressamente proibiti dalla legge sarebbero solo quelli in cui il vizio dia luogo *in modo inequivoco* alla nullità.

³⁷ Il riferimento è al rimedio plasmato dall'art. 37 Cod. cons.

³⁸ Cfr. art. 37-bis Cod. cons., come novellato dal d.lgs. 7 marzo 2023, n. 26. Preme aggiungere che l'inserzione di clausole abusive nei contratti con i consumatori è stato elevato ad illecito amministrativo perseguibile con sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dalla stessa AGCM.

amministrativo) e a sentenze che inibiscano l'utilizzo nel futuro di determinate clausole, la riproposizione, nel format contrattuale offerto in sottoscrizione, di clausole identiche e/o analoghe valga a ingenerare una presunzione forte di abusività, tale da giustificare la richiesta – veicolabile in sede di Relazione preliminare³⁹ – da parte del Notaio nei confronti del professionista di fornire idonea evidenza dell'avvenuto svolgimento di una trattativa effettiva o della assenza nel testo contrattuale (anche alla luce di una valutazione complessiva delle sue varie clausole) di un reale squilibrio tra diritti e obblighi.

In difetto di tale prova, sussisteranno le condizioni per ravvisare un divieto – presidiato dall'art. 28 l. notar. – di rogare l'atto che continui a presentare le clausole sospette.

Del resto, non può neppure passare inosservato che proprio di recente la Corte di Giustizia⁴⁰ ha posto le basi per una valorizzazione delle c.d. *Fallengruppen*, precisando che la direttiva 93/13 non osta a che una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale sia considerata abusiva dalle autorità nazionali interessate per il solo fatto che il suo contenuto è equivalente a quello di una clausola di un contratto tipo iscritta nel registro nazionale delle clausole di condizioni generali considerate illecite.

Abstract

UNFAIR CLAUSES AND ROLE OF NOTARY

Il presente articolo si propone di verificare se dalla stipulazione per atto pubblico o scrittura privata autenticata di un contratto di finanziamento contenente clausole abusive possa derivare una qualche responsabilità a carico del notaio.

The article aims to verify whether the stipulation of a financing contract containing unfair clauses may result in any liability for the notary who signed the deed.

³⁹ Oltre a riprendere un suggerimento della Regola n. 17 (v. *supra*, nota 28), il passaggio ipotizzato nel testo presenterebbe il duplice vantaggio da un lato di non limitare lo scrutinio sulla clausola a una valutazione in astratto, dall'altro di non esigere dal Notaio comportamenti da *detective*. D'altro canto, ribaltare sul professionista l'onere di dimostrare che, malgrado il ricorso allo strumento delle condizioni generali di contratto, la specifica clausola potenzialmente abusiva ha formato oggetto di una trattativa *ad hoc*, appare pure coerente con il principio della vicinanza della prova.

⁴⁰ Dec. 21 settembre 2023, C-139/22.

LE MISURE PROTETTIVE E CAUTELARI NELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI*

LAURA BACCAGLINI
Professore ordinario
nell'Università di Trento

SOMMARIO: 1. La protezione del patrimonio nella composizione negoziata della crisi. – 2. Il contenuto delle misure protettive. – 3. La selettività soggettiva delle misure protettive. – 4. (segue) Quando, e fino a quando, è possibile una selezione delle misure protettive, o dei loro destinatari. – 5. Le misure cautelari. – 6. Profili processuali del procedimento di conferma, revoca modifica delle misure protettive e/o concessione delle misure cautelari. – 7. Il vaglio del giudice in sede di conferma (o revoca) delle misure protettive. – 8. La durata delle misure protettive: la loro proroga e revoca. Presupposti e procedimento. – 9. Revoca o mancata conferma delle misure protettive e decorrenza degli effetti.

1. – Risale al decreto legge 24 agosto 2021, n. 118 l'idea di introdurre nel sistema concorsuale l'istituto della composizione negoziata della crisi. Lo scopo dichiarato era quello di istituzionalizzare la fase delle trattative tra debitore e creditori volte ad individuare una soluzione per il superamento della crisi. Il D.L. n. 118/2021 ha costruito un percorso negoziale guidato da un esperto (con il compito di facilitare quelle trattative), e protetto per effetto dell'operare di misure di carattere provvisorio, volte ad inibire, nel tempo necessario a portare a termine le trattative, l'esercizio di legittimi poteri processuali o stragiudiziali di aggressione del patrimonio del debitore: le misure protettive e quelle cautelari¹.

La scelta compiuta dal D.L. n. 118/2021 è stata certamente coraggiosa, se si considera che la protezione del patrimonio opera in un contesto estraneo alla concorsualità, qual è quello della composizione negoziata: manca, qui, un organo della "procedura" (un commissario giudiziale o un curatore), perché al ruolo rivestito da queste figure non può certo essere parificato

* Il presente scritto sarà pubblicato nel Trattato della crisi e dell'insolvenza, a cura di M. Arato, G. D'Attorre, M. Fabiani, di prossima pubblicazione.

¹ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2023, pp. 73-74; F. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, p. 457 ss.; S. DI AMATO, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2022, p. 17 ss.; P. VELLA, *Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCIL*, in *Il fall.*, 2021, p. 1489 ss.

quello dell'esperto; il debitore che accede al percorso resta *in bonis*, non subisce alcuno spossessamento, nemmeno in forma attenuata; la presenza del giudice è prevista in ipotesi tassative².

Tuttavia, la consapevolezza che ad uno svolgimento sereno di quelle trattative possa contribuire la temporanea sterilizzazione di ogni iniziativa processuale o stragiudiziale dei creditori sul patrimonio del debitore, ha indotto il legislatore ad importare un istituto (quello della protezione del patrimonio) già noto nell'ambito del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione³. Nel D.L. n. 118/2021 lo si è fatto a futura memoria, tenendo conto cioè delle rilevanti novità in tema di protezione del patrimonio che il CCII, una volta entrato in vigore, avrebbe apportato⁴: ciò spiega perché già nel citato D.L. si parlasse di misure protettive, si subordinasse il loro operare ad un'apposita istanza di parte, si introducesse un procedimento volto alla loro conferma e a stabilirne la durata.

La disciplina della composizione negoziata, oggi collocata nel II titolo del CCII, riproduce in buona parte quella che si legge nel D.L. n. 118/2021, anche rispetto al tema della protezione del patrimonio. Di ciò si occupano gli artt. 18-19 CCII i quali, nel riprendere sostanzialmente gli artt. 6-7, cit. D.L., individuano quando e come il debitore, che acceda a questo percorso, possa impedire ai creditori, con iniziative giudiziali o stragiudiziali, di disgregarne

² I. PAGNI - M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata della crisi*, in *Il fall.*, 2021, p. 1480 ma anche Cass. Sez. Un., 31 dicembre 2021, n. 42093, in *Il fall.*, 2022, 356 con nota di G.B. NARDECCHIA, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*.

³ Il riferimento è agli artt. 168 e 182 *bis* commi 3 e 6, l. fall., il cui contenuto è stato riprodotto, *in parte qua*, non senza novità di rilievo, negli artt. 54-55 CCII.

⁴ Sul regime dettato dal Codice della crisi, già nella versione del D. lgs. n. 14/2019 quanto alle misure protettive e cautelari negli attuali strumenti di regolazione della crisi, si v. M. FABIANI, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 849 ss.; I. PAGNI, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Le società* 2019, p. 438; G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *www.ilcaso.it*, 18 luglio 2021; S. LEUZZI, *Cautela e protezione dell'impresa nelle procedure concorsuali*, in *www.ilcaso.it*, 11 maggio 2019; S. SANZO, *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in S. SANZO, D. BURRONI (a cura di), *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 37 ss., part. p. 94 ss.; F. LAMANNA, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, fascicoli speciali de *Il civilista*, II, Milano, 2019, p. 61 ss. Sulla disciplina attuale della protezione del patrimonio nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza: R. GIORDANO, *Sub artt. 54 e 55*, in F. DI MARZIO (diretto da), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2022, p. 224 ss.; F. LAMANNA, *Il Codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, Milano, 2022, p. 190 ss.; P. BORTOLUZZI, *Sub artt. 18-19 CCII*, in (diretto da A. MAFFEI ALBERTI), *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, Milano, 2023, p. 110 ss.

il patrimonio, pregiudicando la buona riuscita delle trattative⁵. Rispetto agli artt. 6-7, cit. D.L., gli artt. 18-19 CCII contengono soltanto qualche opportuna precisazione (che esplicita soluzioni cui si poteva giungere in via interpretativa, e alle quali, del resto, parte della giurisprudenza era già pervenuta), ma anche qualche novità⁶.

La definizione di misure protettive che si ritrova all'art. 2 lett. p) CCII contiene un implicito richiamo alla composizione negoziata: è previsto che l'imprenditore possa avvalersi di misure temporanee volte ad evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi, «*sin dalla fase delle trattative*», ancor prima dell'accesso a uno strumento di regolazione della crisi.

⁵ Sulle misure protettive nella composizione negoziata della crisi, si v. L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in www.dirittodellacrisi.it, 12 ottobre 2021, poi in *Le nuove misure di composizione della crisi di impresa*, *Diritto della crisi, speciale riforma*, 2021, p. 59 ss.; F. DE SANTIS, *Le misure protettive e il procedimento relativo alle misure cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in *Il fall.*, 2021, p. 1536 ss.; G. COSTANTINO, *Le «misure cautelari e protettive». Note a prima lettura degli artt. 6 e 7 d.l. 118/2021*, in www.inexecutivis.it, 15 ottobre 2021; M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni*, in www.ilcaso.it, 24 dicembre 2021; L. BACCAGLINI, *Il procedimento di conferma, revoca, modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari nella composizione negoziata della crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 635 ss.; EAD., *Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali*, in *Il fall.*, 2022, p. 1251 ss.; A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari e composizione negoziata della crisi*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 18 maggio 2022; ID., *Le misure cautelari e protettive nel CCI dopo il d. lgs. 83/2022*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 859 ss.; A. DIDONE, *Le misure protettive/cautelari*, in *Il fall.*, 2022, p. 1251 ss.; G. RANA, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 285 ss.; A. TEDOLDI, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, in M. IRRERA, A. CERRATO (diretto da), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, Torino, 2022; F. DE SANTIS, *Sub artt. 18-19*, in F. SANTANGELI (a cura di), *Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2023, p. 116 ss.; G. IVONE, *Misure protettive e cautelari, autorizzazioni del tribunale e rinegoziazione dei contratti nelle nuove regole sulla crisi di impresa*, in G. SANCETTA, A. I. BARATTA, C. RAVAZZIN, *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, Milano, 2022, p. 105 ss.; R. GIORDANO, *Sub artt. 18 e 19*, in F. DI MARZIO, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 64 ss.; F. LAMANNA, *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d'impresa*, fascicolo speciale de *Il civilista*, Milano, 2021, p. 77 ss.; S. DI AMATO, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 36 ss.; F.S. DAMIANI, *La composizione negoziata della crisi di impresa e il concordato semplificato*, in (a cura di) G. TRISORIO LIUZZI, *Diritto della crisi d'impresa*, Bari, 2022, 59 ss.

⁶ Quella di maggior rilievo è rappresentata dalla soluzione al problema se il venir meno delle misure protettive (per revoca o scadenza del termine assegnato dal giudice) abbia effetto retroattivo o irretroattivo, su cui infra § 9.

Nella composizione negoziata, così come negli strumenti di regolazione della crisi (artt. 54-55 CCII), la protezione del patrimonio opera solo su richiesta del debitore⁷: la domanda potrà proporsi contestualmente all'istanza di nomina dell'esperto depositata presso la Camera di Commercio, ma anche successivamente, nel corso della composizione negoziata. Nel primo caso, la protezione del patrimonio avrà effetto dal momento della pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese (momento che segna l'inizio del percorso)⁸; nel secondo, il *dies a quo* coincide con la pubblicazione della relativa istanza nel medesimo registro.

L'efficacia immediata delle misure protettive nei termini anzidetti è comunque provvisoria, essendo condizionata, da un lato, alla proposizione di una domanda giudiziale volta alla loro conferma, revoca o modifica (il ricorso di cui discorre l'art. 19, comma 1, CCII) e, dall'altro lato, all'accoglimento di quella domanda da parte del tribunale, all'esito del procedimento descritto dall'art. 19 CCII: quello deputato ad ospitare anche la cognizione e la decisione sulle eventuali istanze dell'imprenditore volte ad ottenere, ove occorra, l'adozione di provvedimenti cautelari necessari a condurre a termine le trattative⁹.

⁷ Il legislatore del D.L. n. 118/2021 si allinea così alla Dir. UE n. 1023/2019, che imponeva infatti agli Stati membri di abrogare l'automaticità della protezione del patrimonio, legata al mero accesso ad un quadro di ristrutturazione preventiva (benché tale non possa qualificarsi la composizione negoziata della crisi).

⁸ È l'accettazione dell'esperto che rende pendente il percorso, non già la semplice istanza di nomina, depositata dall'imprenditore ai sensi dell'art. 17, co. 1, CCII (art. 2 D.L. n. 118/2021): in questo senso, Trib. Palermo, 26 novembre 2021, in *www.dirittodellacrisi.it* che ha condivisibilmente dichiarato il fallimento di una società, escludendo ogni rilievo alla circostanza che la fallenda avesse depositato istanza di nomina dell'esperto, ritenendo che, ai fini della preclusione prevista dall'art. 6 D.L. n. 118/2021, fosse necessaria la pubblicazione dell'accettazione dell'esperto; v. anche Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, in *www.dirittodellacrisi.it*.

La pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese condiziona anche la legittimità dell'intervento del tribunale, ai fini del rilascio delle autorizzazioni di cui all'art. 22 CCII (art. 10 D.L. n. 118/2021), onde attribuire ad un finanziamento il crisma della prededucibilità o consentire il trasferimento di un'azienda o di un suo ramo ad un cessionario, sollevando quest'ultimo dall'accollo cumulativo dei crediti pregressi). *Contra*, Trib. Treviso, 22 dicembre 2021, in *www.dirittodellacrisi.it*, con nota di A. DENTAMARO, *Composizione negoziata della crisi, mancata nomina dell'esperto e autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili ex art. 10 D.L. 118/2021*, che invece ha autorizzato alla prededucibilità un finanziamento prima ancora che la Camera di commercio avesse provveduto a nominare l'esperto.

⁹ M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari*, cit., p. 3 (ma anche 5-6, testo e nt. 9); A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 3; si v. se si vuole, L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, in *Le nuove misure di regolazione della crisi d'impresa*, cit., p. 59 ss.

2. – Il catalogo delle misure protettive fruibili nella composizione negoziata trova luogo nell'art. 18 CCII: spetta all'imprenditore scegliere se e di quali avvalersi, stabilire chi siano i soggetti che intende farne destinatari (sul profilo della selettività soggettiva, v. *infra*).

1) Nell'art. 18, compare, anzitutto, il divieto per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, ovvero sui beni e i diritti per mezzo dei quali quest'ultimo esercita la sua attività di impresa.

La misura evoca il cd. *automatic stay*, che nel regime previgente conseguiva alla pubblicazione della domanda di concordato preventivo ex art. 168 l.fall. nel registro delle imprese.

Le divergenze rispetto alla norma della legge fallimentare sono più d'una. Di là dal fatto che non siamo in presenza di una procedura concorsuale e che lo *stay* esecutivo e cautelare oggi non è più automatico ma *on demand* (perché subordinato ad istanza di parte) l'art. 18 CCII (così come l'art. 54, comma 2, CCII nel contesto degli strumenti di regolazione della crisi) amplia la portata oggettiva del divieto di azioni esecutive e cautelari, esteso anche quelle che hanno ad oggetto non solo beni di proprietà del debitore, ma anche beni e diritti con cui il debitore esercita l'attività di impresa.

Si avalla, in questo modo, quella lettura in senso dinamico del concetto di patrimonio del debitore (comprensiva anche dell'insieme di rapporti giuridici facenti capo a quest'ultimo: dunque, anche beni concessi in *leasing* o in locazione al debitore) che una parte della giurisprudenza di merito aveva accolto applicando l'art. 168 legge fall.¹⁰.

¹⁰ Trib. Frosinone, 19 giugno 2020, in *DeJure*; Trib. Roma, 13 agosto 2018, *ivi*; Trib. Udine, 24 settembre 2017, in *www.unijuris.it*; Trib. Milano, 19 agosto 2015, in *Dir. fall.*, 2016, II, p. 539; Trib. Milano, 17 luglio 2015, in *www.ilcaso.it*, con nota favorevole di N. TRAVERSO, *Concordato preventivo, divieto di esecuzioni e nozione di "patrimonio del debitore" ai sensi dell'art. 168 l.f.: commento alle ordinanze del tribunale di Milano, del 17/7/2015 e 19/8/15*; Trib. Frosinone 24 ottobre 2014, in *Il fall.*, 2015, 835. In senso contrario, Trib. Venezia, 22 dicembre 2016, in *www.ilfallimentarista.it*; Trib. Bari, 6 ottobre 2016, in *www.ilprocessocivile.it*; Trib. Bergamo, 28 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Aosta, 20 febbraio 2014, *ivi*; Trib. Bolzano, 22 marzo 2013, *ivi*; Trib. Terni, 16 ottobre 2012, in *Il fall.*, 2013, p. 499; Trib. Milano, 18 marzo 1985, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 496.

Per una sintesi delle diverse posizioni assunte dagli A. quanto all'interpretazione del concetto di patrimonio ex art. 168 l. fall., M. Spadaro, *La protezione del patrimonio del debitore in concordato preventivo, tra interpretazione estensiva dell'art. 168 l. fall. e nuove misure protettive e cautelari previste dal codice della crisi*, in *Il fall.*, 2017, p. 521.

Oggi, dunque, lo *stay* esecutivo può colpire anche le esecuzioni forzate intraprese dai proprietari per il rilascio degli immobili (in cui si svolge l'attività commerciale), se l'imprenditore, che ne è il conduttore, si è avvalso della protezione del patrimonio, nell'accedere alla composizione negoziata¹¹.

Da un punto di vista processuale, l'inibitoria si traduce in una improcedibilità temporanea dell'esecuzione forzata¹², che decorre dal momento in cui la misura protettiva acquista efficacia (ossia dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese) e cessa con la revoca della misura che può intervenire: i) quasi nell'immediato, se il debitore non dovesse chiederne tempestivamente la conferma *ex art.* 19 o se il tribunale ne rigettasse l'istanza per mancanza di presupposti; ii) dopo la conferma delle misure, se v'è istanza dei creditori o dell'esperto motivata sul presupposto dell'eccessivo pregiudizio dei creditori o della non funzionalità delle misure protettive al buon esito delle trattative (*art.* 19, co. 6, CCII).

Fin dal momento in cui la misura produce effetti (dunque a prescindere dal provvedimento di conferma) il giudice dell'esecuzione, su istanza del debitore esecutato, è tenuto a provvedere ai sensi dell'*art.* 623 c.p.c., limitandosi a prendere atto dell'arresto temporaneo del processo, senza alcun potere di sindacato¹³. Si tratta di un provvedimento non impugnabile, i cui effetti cessano quando, archiviata la composizione negoziata, i creditori riassumeranno l'esecuzione ai sensi dell'*art.* 627 c.p.c. Il *dies a quo*, dal quale computare il termine dei sei mesi di cui alla norma da ultimo citata, decorrerà da quando il provvedimento di revoca, pronunciato ai sensi dell'*art.* 20, comma 6, CCII non sarà più reclamabile *ex art.* 669-*terdecies* c.p.c.

¹¹ Trib. Asti 3 marzo 2022, in www.ilcaso.it; Trib. Venezia, 6 febbraio 2023, *ivi*, che ha esteso le misure protettive agli immobili di proprietà di soci e garanti; Trib. Vicenza, 1° agosto 2022, in www.fallimentiesocietà.it.

¹² Che sarà solo il g.e. a poter disporre. Pertanto, una volta concessa la misura protettiva, se l'azione esecutiva venisse ugualmente intrapresa, la questione se quell'azione potesse essere iniziata o proseguita sarà di competenza esclusiva del giudice dell'esecuzione e potrà essere oggetto dei rimedi previsti dal III libro del c.p.c.: Trib. Milano, 5 agosto 2022, in www.dirittodellacrisi.it. Di recente, si v. anche Cass., 26 luglio 2023, n. 22715.

¹³ Discute nel dettaglio della compatibilità o meno, con il percorso di risanamento, degli atti esecutivi, di cui il giudice potrebbe disporre comunque il compimento a norma dell'*art.* 626 c.p.c. (in particolare, la liberazione degli immobili pignorati e la pronuncia del decreto di trasferimento di immobili aggiudicati prima che la misura divenisse efficace), R. D'ALONZO, *La composizione negoziata della crisi e l'interferenza delle misure protettive nelle procedure esecutive individuali*, in *Riv. esec. forz.*, 2021, pp. 889-890.

L'improcedibilità temporanea – qui come nel caso in cui le misure protettive accompagnino la domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi¹⁴ – non comporta l'inefficacia del pignoramento già compiuto. Pertanto, in caso di espropriazione presso terzi, non vi sarà alcuna liberazione delle somme pignorate (che, se versate sul conto corrente, rimarranno indisponibili per il debitore fino al raggiungimento di quanto precettato, aumentato della metà: art. 546, co. 1, c.p.c.)¹⁵. Non si verifica alcun effetto di estinzione dell'esecuzione, che potrà avvenire, semmai, solo a conclusione del percorso di composizione negoziata (mediante rinuncia dei creditori, ex art. 632 c.p.c.) e sempre che il suo esito non coincida con quello dell'apertura di una procedura concorsuale¹⁶.

2) La seconda misura protettiva indicata nell'art. 18 CCII consiste nel divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione che non siano stati concordati con l'imprenditore. La norma non riproduce integralmente il contenuto del vecchio art. 168 l. fall., che contemplava anche l'inopponibilità delle ipoteche iscritte nei 90 giorni antecedenti il deposito della domanda di concordato preventivo (e che, in quel contesto, resta tutt'ora un effetto destinato a prodursi *ex lege* in forza dell'art. 46 CCII).

La scelta (diversa) compiuta dall'art. 18 si giustifica perché, nella composizione negoziata, non v'è l'esigenza di impedire ai creditori l'acquisto di posizioni di vantaggio rispetto agli altri, nemmeno quando ciò avvenga a ridosso dell'accesso al percorso¹⁷. Del resto, quand'anche la composizione negoziata sfociasse in un accordo (art. 23) non v'è la necessità di rispettare alcun ordine di distribuzione delle somme, sì che non si pone un problema di violazione della *par condicio*.

Si è ricordato che il debitore che accede al percorso resta *in bonis*, non subisce alcuno spossessamento, nemmeno in forma attenuata: questo spiega perché l'art. 18 precisa che l'imprenditore, pur quando si avvalga delle misure protettive, rimanga libero di effettuare pagamenti e di compiere atti

¹⁴ Trib. Roma, 24 luglio 2020, in *DeJure*.

¹⁵ Trib. Milano, 26 gennaio 2022, in *www.dirittodellacrisi.it* e in *Riv. es. forz.* 2022, p. 295 ss. con commento di D. CAPEZZERA e A. FAROLFI; Trib. Napoli Nord, 26 ottobre 2022, in *www.osservatorio-oci.org*.

¹⁶ Trib. Milano 26 gennaio 2022, cit., che si rifà, al riguardo, a Cass., 2 dicembre 2015, n. 25802.

¹⁷ G. RANA, *Le misure protettive e cautelari*, cit., pp. 285 e 288. F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c.*, in *www.ilfallimentarista.it*, 7 ottobre 2021, p. 7; Trib. Bergamo, 24 febbraio 2022, *Il fall.*, 2022, p. 1091 ss.

di ordinaria e straordinaria amministrazione (benché con il *caveat* imposto dall'art. 21, comma 2, CCII)¹⁸, dunque anche di concedere ipoteche¹⁹.

3) Ai creditori, colpiti dalle misure protettive già indicate, è inibito, per ciò solo, l'esercizio di poteri di autotutela negoziale nei confronti del debitore: essi non possono risolvere il contratto, rifiutarne l'adempimento, anticiparne la scadenza o modificarla in danno del debitore, per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori alla pubblicazione dell'istanza di nomina dell'esperto. È una misura protettiva pensata per garantire la continuità aziendale, tant'è vero che la norma si riferisce ai creditori che siano parti di contratti di durata: la sterilizzazione di quel potere di autotutela negoziale consegue *ex lege* nei confronti di coloro che siano destinatari dello *stay* esecutivo e cautelare²⁰.

Peraltro, a mo' di contrappeso, volto a tutelare anche la posizione dei creditori, l'ultimo periodo dell'art. 18, comma 5, CCII legittima gli stessi a sospendere l'adempimento dei contratti pendenti finché le misure protettive non siano state confermate. In ogni caso, l'eventuale inadempimento di crediti maturati successivamente alla richiesta di misure protettive (per l'appunto già efficaci) legittimerà il creditore ad avvalersi delle clausole *ipso facto*²¹.

Una previsione particolare è rivolta agli istituti bancari, ai quali l'art. 16, comma 5, preclude la sospensione o la revoca degli affidamenti per il solo fatto che il debitore abbia fatto accesso alla composizione negoziata della crisi, a meno che ciò non sia richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale, previa comunicazione, in ogni caso, delle ragioni della

¹⁸ In questo senso, dunque, si è scritto che la protezione del patrimonio nella composizione negoziata costituisce una "moratoria unilaterale", perché volta a cristallizzare la situazione patrimoniale esistente nel momento in cui si accede al percorso negoziale, senza però impedire i pagamenti spontanei che provocherebbero pregiudizi a cascata per i creditori ma al contempo sanzionando il compimento di atti non coerenti con le trattative, al punto da comportare la revoca delle misure protettive, previa segnalazione scritta dell'esperto al giudice: I. PAGNI - M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata*, cit., 1480.

¹⁹ Per il Trib. Ivrea, 17 febbraio 2023, in *www.ilcaso.it*, si tratterebbe di un effetto "naturale" dell'istanza di conferma delle misure protettive, che, al pari dell'inibitoria dei poteri di autotutela negoziale nei confronti dei creditori interessati dallo *stay* esecutivo e cautelare, consegue automaticamente alla dichiarazione dell'imprenditore di volersi avvalere di tale *stay*.

²⁰ Trib. Bergamo, 8 maggio 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Modena, 26 dicembre 2022, *ivi*; Trib. Padova, 12 ottobre 2022, in *www.ilcaso.it*; Trib. Pescara, 9 maggio 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*.

²¹ In questo senso, Trib. Firenze, 28 novembre 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*; M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., 78.

decisione assunta dalle banche²². Ciò significa che, prima ancora che (o a prescindere dal fatto che) il debitore abbia dichiarato di avvalersi di misure protettive, le banche non possono revocare o sospendere gli affidamenti in corso, solo perché l'imprenditore sia entrato in composizione negoziata. Si tratta di un divieto che opera *ex lege* (diversamente da quello imposto dall'art. 18, comma 5, che invece opera di rimessa se il debitore ha dichiarato di avvalersi delle misure protettive)²³.

4) La richiesta di misure protettive comporta, per ciò solo, anche l'inibitoria della pronuncia della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale.

Si tratta di una misura *sui generis* perché, da un lato, essa opera quand'anche non sia stata espressamente richiesta²⁴. L'effetto inibitorio decorre da quando il debitore abbia dichiarato di volersi avvalere delle (altre) misure protettive²⁵ e, dall'altro lato, non esige un vaglio di fondatezza da parte del tribunale in sede di conferma²⁶.

Appaiono peraltro opportune alcune precisazioni: proprio perché la norma discorre di inibitoria della (sola) sentenza, non è precluso ai creditori, ai sindaci o al p.m.²⁷ di depositare l'istanza di liquidazione giudiziale,

²² In argomento, G. PRESTI, *Le banche e la composizione negoziata della crisi*, in www.dirittodellacrisi.it; S. BONFATTI, e S. RIZZO, *La "vigilanza prudenziale" nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, ivi; A. JORIO, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2023, p. 122.

²³ Trib. Padova, 25 settembre 2023, in www.dirittodellacrisi.it.

²⁴ Discorre di sospensione *ex lege* della procedura prefallimentare, Trib. Lecce, 23 maggio 2022, in www.dirittodellacrisi.it.

²⁵ Così, condivisibilmente, App. Firenze, 21 marzo 2023, in www.dirittodellacrisi.it, che ha rigettato il reclamo proposto avverso la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, proposto dal debitore che, in pendenza del procedimento *ex art. 41 CCII*, aveva proposto istanza di accesso alla composizione negoziata. I giudici di secondo grado hanno motivato il rigetto osservando che la mancata conferma delle misure protettive, al pari della mancata richiesta, non preclude al tribunale concorsuale l'apertura della liquidazione giudiziale.

²⁶ Trib. Mantova, 1° giugno 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Trento, 23 settembre 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Vicenza, 18 febbraio 2022, in www.fallimentiesocietà.it; Trib. Roma, 3 febbraio 2022, in www.ilcaso.it.

²⁷ È invece precluso l'accesso alla composizione negoziata al debitore, che abbia già proposto istanza di autoliquidazione (l'art. 25-*quinquies* CCII). Vero è che la norma, al primo comma, fa generico riferimento alla presentazione di un ricorso *ex art. 40*, senza precisare che esso rappresenta una ragione ostativa all'accesso alla composizione negoziata solo quando provenga dal debitore (in questo senso anche F. LAMANNA, *Il Codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, cit., p. 143). Tanto che una interpretazione letterale dell'art. 25-*quinquies* potrebbe indurre a ritenere che la preventiva domanda di liquidazione giudiziale, anche quando proposta da un soggetto diverso dal debitore, impedisca a quest'ultimo di chiedere la

accompagnata, se del caso, dalla richiesta di misure cautelari *ex art.* 54, comma 1, CCII: se questa vi sarà, il tribunale concorsuale, chiamato a stabilire se concedere o non concedere i provvedimenti richiesti (art. 55, comma 2), dovrà tener conto delle misure protettive confermate in sede di composizione negoziata.

Nell'ipotesi opposta (in cui l'istanza di apertura della liquidazione giudiziale preceda l'accesso alla composizione negoziata), sarà il tribunale adito *ex art.* 19 a dover tener conto, ai fini della conferma delle misure protettive, delle misure cautelari già efficaci *ex art.* 54, comma 1, CCII. Resta inteso che il procedimento *ex art.* 41 CCII, già pendente al momento dell'accesso alla composizione negoziata, subirà una sorta di arresto temporaneo (o di sospensione *sui generis*), sino alla sua archiviazione²⁸.

5) Il quadro delle misure protettive si completa con l'art. 20 CCII che legittima il debitore (al momento della richiesta di nomina dell'esperto, ma anche in momento successivo) ad avvalersi, sino alla chiusura del percorso, della sospensione degli obblighi previsti dagli artt. 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-*bis*, commi 4, 5, 6, e 2482-*ter* c.c., evitando che si verifichi lo scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, comma 1, numero 4), e 2545-*duodecies* del codice civile..

Anche in questo caso, così come in quello previsto per l'inibitoria della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, la misura protettiva non esige conferma da parte del tribunale²⁹; la sua efficacia decorre dalla pubblicazione dell'accettazione della nomina dell'esperto nel registro delle

nomina dell'esperto (così hanno concluso Trib. Palermo, 22 maggio 2023 e Trib. Pesaro, 21 agosto 2023, entrambi in www.dirittodellacrisi.it; in senso opposto, invece, Trib. Bologna, 23 giugno 2023, *ivi*; Trib. Tempio Pausania, 12 ottobre 2023, *ivi*; Trib. Trani, 30 settembre 2023, *ivi*; Trib. Arezzo, 27 ottobre 2022, *inedita*; Trib. Torre Annunziata, 20 luglio 2023, in www.ilcaso.it). Quella fondata sul dato letterale (che induce a precludere l'accesso alla composizione negoziata della crisi in presenza di un ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale, proposto da un soggetto diverso dal debitore) è, a mio modo di vedere, una lettura non condivisibile, che trova a mio avviso smentita proprio nell'art. 19 CCII. La norma, nel chiedere al tribunale, adito per la conferma delle misure protettive nella composizione negoziata, di tener conto di eventuali misure cautelari, concesse nel procedimento di liquidazione giudiziale, dimostra come l'istanza di cui all'art. 40 CCII (quando ovviamente non provenga dal debitore stesso) possa precedere l'istanza di nomina dell'esperto *ex art.* 17 CCII.

²⁸ G. RANA, *Il non facile coordinamento tra composizione negoziata, regolazione concorsuale della crisi e iniziative cautelari*, in *Il fall.*, 2022, p. 153 ss.; Trib. Lecce, 23 maggio 2022, in www.ilcaso.it.

²⁹ Trib. Mantova, 1° giugno 2022, *cit.*; Trib. Trento, 23 settembre 2022, *cit.*; Trib. Padova, 20 luglio 2022, *cit.*, che pure, un poco equivocamente, discetta di "conferma di una misura *ex lege*"; analogamente, Trib. Padova, 25 febbraio 2022.

imprese e cessa a partire dalla pubblicazione, nel medesimo registro, del provvedimento con il quale il giudice revoca le misure protettive o rigetta l'istanza di conferma (artt. 20, comma 2; 18, comma 4; 19, comma 6, CCII).

L'art. 18, comma 3, precisa che sono esclusi dalle misure protettive i lavoratori. Questo trattamento di *favor* trova giustificazione nell'art. 6, comma 2, Dir. 1023/2019, cui già il legislatore del D.L. n. 118/2021 (che quell'esclusione conteneva) si era ispirato: la *ratio* di tutela dei lavoratori è legata all'esigenza, cui si accorda l'intera disciplina della composizione negoziata, di salvaguardare il bene "azienda" nel tentativo di darle continuità (diretta o indiretta). Non si assiste qui ad alcun riparto dell'attivo, sicché invocare, ad es., il privilegio riconosciuto ai crediti maturati dai lavoratori non sarebbe conferente.

L'esenzione dalle misure protettive, di cui essi beneficiano, non è priva di ricadute processuali posto che li legittima a proseguire un'esecuzione, in cui fossero intervenuti o a promuoverne una nuova³⁰. La situazione è simile a quella cui si assiste, nel processo esecutivo, quando viene inibita dal giudice d'appello l'efficacia esecutiva della sentenza di condanna, con la quale il creditore precedente abbia instaurato l'azione esecutiva. Circostanza, questa, che non preclude la prosecuzione dell'esecuzione in corso se vi siano intervenuti creditori muniti di titolo esecutivo. All'imprenditore non resterà che affrettarsi ad adempiere perché il lavoratore rinunci all'intervento, ovvero domandare la conversione del pignoramento (quando l'oggetto pignorato è un *asset* aziendale), benché la somma sarà parametrata sul valore del bene in origine pignorato, quale che sia l'importo del credito per il quale il lavoratore è intervenuto.

3. – La natura, schiettamente negoziale, della composizione negoziata giustifica la libertà dell'imprenditore nella scelta dei soggetti da coinvolgere nelle trattative. La selettività, che costituisce un tratto caratterizzante l'istituto³¹, si riflette anche sull'estensione soggettiva della protezione del patrimonio, che l'imprenditore è libero di ritagliare a suo piacere, scegliendo

³⁰ Per contro, questo trattamento di *favor* non si spinge sino a legittimare i lavoratori ad insistere per la dichiarazione giudiziale del debitore in composizione negoziata. Ferma restando la legittimità dell'iniziativa *ex art.* 40 CCII, è escluso che il procedimento *ex art.* 41 CCII possa proseguire solo perché promosso da un lavoratore. Ragionare in senso contrario significherebbe attribuire al lavoratore il ruolo di arbitro delle trattative che caratterizzano la composizione negoziata (in questi termini, App. Potenza, 27 dicembre 2022, in *Il fall.*, 2023, p. 521 con nota di R. BELLÉ, *Misure protettive nella composizione negoziata e pronuncia sul fallimento o sulla liquidazione giudiziale. Crediti dei lavoratori e profili sistematici*).

³¹ I. PAGNI - M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata*, cit., p. 1480.

se destinare le misure protettive all'intera compagine dei creditori, ovvero ad alcuni soltanto di essi: una protezione, insomma, cd. su misura³².

Questa soluzione, già adombrata dall'art. 6, comma 5, D.L. n. 118/2021, trova un'esplicita conferma nell'art. 18 CCII, che, dopo aver precisato che le misure protettive di cui l'imprenditore può avvalersi sono limitate ai creditori interessati (comma 1), ribadisce che l'imprenditore può circoscrivere gli effetti delle misure protettive a determinate categorie di creditori o a determinati creditori (comma 3).

La possibilità per l'imprenditore di selezionare i destinatari delle misure protettive dà ragione del perché la composizione negoziata solleciti interrogativi inediti: ci si chiede come si individuino i destinatari delle misure protettive; fino a quale momento una selezione delle misure (o dei loro destinatari) possa essere compiuta; se, come e quando sia possibile ampliare l'ambito soggettivo delle misure già operanti, o domandarne di nuove quando già è in corso la composizione negoziata (se, ad esempio, profittando della pendenza del procedimento di conferma *ex* art. 19 CCII ovvero, necessariamente, con una nuova istanza di applicazione); in forza di quali criteri il giudice valuti la scelta compiuta dall'imprenditore e confermi dunque le misure richieste; infine, quali strumenti di reazione vadano riconosciuti ai creditori destinatari di una misura protettiva.

A questi quesiti, si affiancano quelli, già discussi, relativi alle conseguenze che il divieto di azioni esecutive individuali importa sulle esecuzioni in corso.

La risposta al primo degli interrogativi richiamati (*i.e.*: come l'imprenditore può scegliere chi inibire nell'esercizio del potere esecutivo) sta nella strumentalità della misura protettiva a garantire una buona riuscita delle trattative, dunque il risanamento dell'impresa, quale che ne sia la modalità. Se l'obiettivo è quello di salvaguardare il complesso aziendale dallo smembramento, la protezione del patrimonio potrà dirigersi, anzitutto, verso i creditori che l'imprenditore considera strategici e che intenda coinvolgere nelle trattative, impedendolo loro di azionare un titolo esecutivo esistente, o di avvalersi di un titolo esecutivo che si stanno procurando. In questo senso, dunque la misura protettiva può colpire anche un creditore in possesso di un decreto ingiuntivo non esecutivo: fermo restando che il giudizio di opposizione *ex* art. 645 c.p.c. promosso dal debitore potrà proseguire, la sentenza che lo rigettasse, riconoscendo il diritto del creditore, non legittimerà quest'ultimo a promuovere l'esecuzione forzata o ad iscrivere un'ipoteca giudiziale, *ex* art. 2818 c.c. Come correttamente osservato in giurisprudenza, non è affatto essenziale che i creditori, per essere

³² G. RANA, *Le misure protettive e cautelari*, cit., p. 288.

destinatari delle misure protettive, abbiano già notificato un atto di precetto o avviato il processo esecutivo: potrà trattarsi di tutti quei soggetti, la cui condotta si ponga (o sia in grado di porsi) in posizione antagonista rispetto a quella del debitore³³.

A maggior ragione, la protezione del patrimonio potrà operare nei confronti di creditori, strategici e non, che abbiano già instaurato un processo esecutivo, vuoi pignorando un bene cruciale per l'esercizio dell'attività di impresa, vuoi attraverso un pignoramento presso terzi: in questo caso, la *ratio* dell'inibitoria sarà quella di evitare che in pendenza delle trattative venga dispersa della liquidità³⁴.

Infine, giova rammentare che, per impedire la vendita o l'assegnazione forzata di un bene pignorato, l'imprenditore sarà tenuto ad avvalersi dello *stay* esecutivo non solo nei confronti del creditore procedente, ma anche di coloro che siano intervenuti muniti di titolo esecutivo. Se così non fosse, l'effetto inibitorio verrebbe confermato dal tribunale solo nei confronti del creditore destinatario della misura, lasciando impregiudicato il potere degli altri di proseguire l'esecuzione³⁵.

4. – La selettività delle misure protettive può operare fin dalla presentazione dell'istanza alla Camera di commercio: l'imprenditore può stabilire, già allora, se inibire l'esercizio del potere esecutivo alla generalità dei creditori o ad alcuni soltanto di essi (quelli, ad es., che si ritiene di invitare al tavolo delle trattative), ovvero se precludere solo la prosecuzione delle esecuzioni pendenti³⁶.

Lo si poteva ricavare dalla lettura dell'art. 6, commi 1 e 4, e dall'art. 7, D.L. n. 118/2021, e ancor più nitidamente emerge dall'art. 18 CCII, il cui comma 1 – nel ribadire che l'imprenditore, all'atto di istanza di nomina dell'esperto (ma anche dopo) può dichiarare di volersi avvalere di misure protettive del patrimonio – precisa appunto che quelle misure prenderanno effetto (dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto) nei confronti di coloro che sono interessati³⁷. La protezione del patrimonio non opera *ex lege*

³³ In questi precisi termini, Trib. Milano, 24 febbraio 2022, in *www.ilcaso.it*; Trib. Pescara 5 maggio 2022, *ivi*.

³⁴ Trib. Milano, 26 gennaio 2022, in *www.dirittoellacrisi.it*.

³⁵ In giurisprudenza, si v. che Trib. Bergamo 19 gennaio 2022, in *www.dirittoellacrisi.it* che, in sede di conferma delle misure protettive, ha imposto all'imprenditore di integrare il contraddittorio con tutti coloro che rivestivano la qualità di parte dell'esecuzione in corso, di cui si chiedeva l'inibitoria.

³⁶ I. PAGNI - M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata della crisi*, cit., p. 1482.

³⁷ L. PANZANI, *La composizione negoziata dopo lo schema di decreto legislativo del C.d.M. del 17 marzo 2022*, in *www.dirittoellacrisi.it*, 19 aprile 2022, pp. 13-14.

nei confronti di tutti i creditori, ma solo di quelli che il debitore abbia individuato.

La limitazione, in senso soggettivo, delle misure protettive potrebbe avvenire anche in un momento successivo, con il deposito del ricorso per la loro conferma (deposito che l'art. 19 CCII esige sia perfezionato il giorno successivo alla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese).

Con la domanda di conferma, l'imprenditore, che si sia inizialmente avvalso della protezione *erga omnes*, potrà chiederne la conferma rispetto ad alcuni soltanto dei creditori, o solamente ad alcune categorie di essi³⁸.

In questo caso, l'effetto protettivo *erga omnes* cesserà con il deposito dell'ordinanza che il giudice emetterà a valle dell'udienza³⁹; la protezione del patrimonio continuerà invece ad operare nei confronti dei soli creditori, che l'imprenditore abbia individuato nel ricorso *ex art. 19 CCII*, sempre che questo sia stato loro notificato, insieme al decreto di fissazione d'udienza⁴⁰.

Resta inteso che nulla vieta all'imprenditore di domandare la conferma delle misure protettive verso la generalità dei creditori, a condizione, peraltro, che in questo caso il contraddittorio sia correttamente instaurato nei confronti di tutti⁴¹.

³⁸ I. PAGNI, M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata della crisi*, cit., p. 1481.

³⁹ Come ha concluso Trib. Milano, 24 febbraio 2022, cit.

⁴⁰ Non spetta dunque al giudice stabilire chi siano i creditori ai quali il ricorso ed il pedissequo decreto di fissazione d'udienza dovranno essere notificati. *Contra*, Trib. Mantova, 1° giugno 2022, cit.

⁴¹ Nella vigenza del D.L. n. 118/2021, parte della giurisprudenza aveva escluso la possibilità di una un'inibitoria generalizzata, osservandosi che, in questo modo, si sarebbe finito "per abrogare *de facto* l'art. 161, comma 6, per il tramite di un uso alternativo, generalizzato e senza il corredo del controllo del commissario giudiziale" dello strumento della composizione negoziata (così Trib. Bergamo, 22 aprile 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*, ma per una analoga conclusione anche Trib. Roma, 3 febbraio 2022, cit. e Trib. Bergamo, 24 febbraio 2022, cit.; Trib. Mantova, 1° giugno 2022, cit.).

Il rilievo, a mio avviso, non coglie nel segno perché mostra di confondere due piani: quello dell'ammissibilità della richiesta di una conferma generalizzata dello *stay* esecutivo e cautelare (esito, questo, né l'art. 7, D.L. n. 118/2021 né l'art. 19 CCII escludono) e quello della fondatezza della domanda (vale a dire: la strumentalità della protezione del patrimonio, *erga omnes*, ad assicurare un buon esito delle trattative senza arrecare eccessivo pregiudizio ai creditori; risultato che il giudice potrebbe ritenere non raggiunto nel caso concreto, anche alla luce delle ragioni ostative manifestate dai creditori, con cui il contraddittorio sia stato integrato: in questo senso, Trib. Milano, 27 febbraio 2022, in *Il fall.*, 2022, p. 1091 ss. Hanno invece confermato una misura protettiva *erga omnes*: Trib. Padova, 25 febbraio 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*; Id., 3 giugno 2022, *ivi*; Trib. Salerno, 10 maggio 2022, in

Altrettanto possibile è l'ampliamento soggettivo delle misure protettive, in pendenza della composizione negoziata: lo chiarisce l'art. 18, comma 1, CCII, purché l'istanza sia presentata "con le modalità di cui all'art. 17, comma 1". Si rende, cioè, necessaria la preventiva pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, seguita dal deposito del ricorso *ex art.* 19 CCII, ai fini della sua conferma⁴².

5. – L'esigenza di evitare la disgregazione degli *asset* aziendali tramite misure temporanee dal contenuto diverso da quello, tassativo⁴³, delle misure

www.dirittodellacrisi.it; Trib. Bergamo, 5 aprile 2022, in *www.ilcaso.it*; Trib. Firenze, 29 dicembre 2021, cit.

⁴² Solo in questo modo la misura protettiva, una volta confermata in sede giudiziale potrà essere iscritta nel registro delle imprese. In mancanza, il funzionario della Camera di commercio non potrebbe iscrivere alcunché, essendo mancata la pubblicazione della preventiva istanza di applicazione.

Ciò spiega perché l'imprenditore non possa ampliare il novero dei destinatari delle misure protettive, limitandosi a notificare all'interessato il ricorso con il quale sia richiesta la proroga di quelle già operanti. Il caso si è già prospettato in giurisprudenza (Trib. Bergamo, 22 aprile 2022, cit.), benché in quel contesto il rigetto della domanda sia stato diversamente motivato: secondo il tribunale, l'assenza di un contraddittorio con i creditori interessati in fase di proroga delle misure protettive (*arg. ex art.* 19, comma 5, CCII), impedirebbe di sentire i creditori destinatari delle nuove misure protettive e tanto meno raccogliere il parere dell'esperto. Su questi profili, si v. § 9.

⁴³ È un profilo che vede concorde la maggior parte della dottrina: M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari*, cit., p. 3; L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 59; F. DE SANTIS, *Sub artt. 18-19*, cit., pp. 1201-121; A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari e composizione negoziata della crisi*, cit., pp. 5-7; A. TEDOLDI, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 360; F. LAMANNA, *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi di impresa*, Milano, 2022, p. 25; *contra*, F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c.*, cit., p. 5; S. LEUZZI, *Una rapida lettura dello schema del D.L. recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 5 agosto 2021, p. 5.

Ciò che distingue le misure protettive da quelle cautelari è la disciplina, posto che mentre le prime prendono effetto per il solo fatto che l'imprenditore dichiara di volersene avvalere (salvo successiva conferma da parte del giudice), le misure cautelari restano assoggettate al regime previsto dal c.p.c.: hanno anch'esse un'efficacia provvisoria, perché limitata alla pendenza della composizione negoziata della crisi ma producono effetto solo a seguito dell'ordinanza di accoglimento della relativa istanza (da presentarsi con lo stesso ricorso con cui si chiede conferma della misure protettive): la residualità rispetto a queste ultime giustifica il fatto che entrambe vengono trattate nello stesso procedimento. Cfr., se si vuole, L. BACCAGLINI,

protettive, ovvero tramite misure destinate a soggetti diversi dai creditori, è garantita dal ricorso ai provvedimenti cautelari che il giudice, su istanza del debitore, può concedere. Lo prevedeva l'art. 7, comma 1, D.L. n. 118/2021, oggi riprodotto nell'art. 19, comma 1, CCII.

Anche la definizione di misure cautelari, che si ritrova nell'art. 2 lett. q), comprende quelle destinate ad operare nella composizione negoziata, là dove si fa riferimento alla necessità di assicurare il buon esito delle trattative tramite provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore.

Si tratta di misure dalla durata provvisoria, dal contenuto necessariamente atipico perché destinate ad operare *de residuo* rispetto alle misure protettive⁴⁴, di cui condividono la finalità, nonché la previsione che l'unico legittimato a chiederle sia il debitore⁴⁵.

Dalle misure protettive, quelle cautelari divergono però quanto alla disciplina: lungi dal rispondere ad un regime di semi-automaticità, la loro efficacia resta subordinata all'accoglimento della domanda, che sarà trattata e decisa nel procedimento *ex art. 19 CCII*.

La strumentalità delle misure cautelari rispetto al buon esito delle trattative spiega perché l'art. 19, comma 7, CCII precisi che non trovano applicazione gli artt. 669-*octies*, primo secondo e terzo comma, e 669-*novies* c.p.c.: non v'è appunto alcun onere di instaurare un giudizio di merito, per preservare l'efficacia di quelle misure⁴⁶.

Rinviando oltre per i profili che attengono al tempo, ai presupposti e al procedimento funzionale alla loro concessione, giova qui soffermarsi sul possibile contenuto dei provvedimenti cautelari.

Proprio la loro atipicità, ne rende impossibile una esaustiva descrizione nel concreto. La fantasia dei professionisti che assistono l'imprenditore

Il procedimento di conferma, revoca o modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari, cit., p. 635 ss.

⁴⁴ Trib. Milano, 22 novembre 2023, in www.dirittodellacrisi.it, che ha rigettato l'istanza cautelare volta all'inibitoria della efficacia esecutiva dei titoli posseduti dai creditori dell'impresa entrata in composizione negoziata, trattandosi di un effetto proprio delle misure protettive.

⁴⁵ È escluso che la domanda possa essere proposta dall'esperto (Trib. Pescara 5 maggio 2022, in www.dirittodellacrisi.it); così come è inammissibile la richiesta dell'imprenditore di domandare un provvedimento cautelare il cui contenuto sia individuato dall'esperto (Trib. Milano 24 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it) o addirittura al giudice (Trib. Lecce 22 giugno 2022, *ivi*).

⁴⁶ L. BOGGIO, *Misure protettive e cautelari: riflessioni sulla strumentalità nei diversi contesti procedurali*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1445; sul concetto di strumentalità delle misure cautelari nella composizione negoziata, v. anche A. CARRATTA, *Le misure cautelari e protettive nel CCI dopo il d. lgs. 83/2022*, cit., p. 883.

sconta, tuttavia, un limite proprio di qualsiasi provvedimento cautelare atipico, secondo i principi che emergono dal codice di rito: non può trattarsi di provvedimenti dagli effetti irreversibili, né di misure che producano effetti che solo l'autonomia negoziale (o una sentenza) potrebbe far conseguire⁴⁷.

In questo senso, è stata respinta (a mio avviso correttamente) la richiesta di un provvedimento cautelare che sospendesse, in capo al debitore, il pagamento delle rate di *leasing* dovute alla controparte *in bonis*, sul rilievo che il potere di incidere sul contenuto di un contratto spetta esclusivamente alle parti e non al giudice⁴⁸; per quanto sopra affermato, è da

⁴⁷ Si tratta dei limiti che incontrano i provvedimenti d'urgenza diretti ad assicurare provvisoriamente gli effetti di sentenze costitutive e di mero accertamento: l'ordinanza cautelare potrà sì anticipare la soddisfazione degli obblighi consequenziali alla pronuncia di tali sentenze, là dove, e nella misura in cui, ciò sia necessario a preservare il richiedente da un pregiudizio imminente e irreparabile, ma mai produrre *in toto* gli effetti di tali sentenze, particolarmente quelli che conseguono al loro passaggio in giudicato, e che incidono, perciò, irrimediabilmente sulla sfera giuridica del loro destinatario (in argomento, e per ulteriori riferimenti, E. VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in S. CHIARLONI, C. CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, II, Torino, 2005, p. 1321 ss.). E così, esemplificando, potrà essere disposta l'attuazione anticipata delle obbligazioni che derivano da un contratto definitivo (il pagamento del prezzo, la consegna dell'immobile), ma giammai disporre in via cautelare gli effetti che potranno discendere solo dall'accoglimento della domanda *ex art. 2932 c.c.* (sul punto, e per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, P. BERTOLINI, *Sub art. 700 c.p.c.*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, III, Milano, 2018, p. 423 ss.; v. anche A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *I provvedimenti d'urgenza*, Torino, 2016, spec. p. 242 ss.).

⁴⁸ Trib. Trento, 23 settembre 2022, in *Dejure*; Trib. Padova, 2 marzo 2023, in www.dirittodellacrisi.it che però ha rigettato il ricorso per mancata prova del *periculum in mora*; *contra*, Trib. Catania, 25 luglio 2022, in www.dirittodellacrisi.it che ha accolto la richiesta dell'imprenditore di sospensione dei pagamenti rateizzati a favore dell'INPS da parte del debitore: problema, questo, solo lambito, ma non risolto, per assorbenti ragioni di rito, da Trib. Catania, 14 giugno 2022, *ivi*.

Condivisibile, invece, la posizione del Trib. Modena, 26 dicembre 2022, che ha escluso l'ammissibilità di una misura cautelare volta ad imporre ad una parte contrattuale la prosecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive già cessato, atteso che l'autorità giudiziaria può costituire, modificare ed estinguere rapporti giuridici nei soli casi previsti dalla legge fra cui non rientra la tutela del buon esito delle trattative per il risanamento dell'impresa (nel caso di specie l'imprenditore richiedeva la prosecuzione di contratti di fornitura energetica già risolti). In arg. anche Trib. Milano, 19 febbraio 2022, in *Dejure*, che ha ritenuto inammissibile la richiesta di un provvedimento cautelare volto a disporre l'inefficacia del recesso da un contratto di apertura di credito (e, conseguentemente, la riattivazione di linee di credito già cessate al momento della presentazione dell'istanza). In termini adesivi, P. BORTOLUZZI, *Sub art. 19 CCII*, cit., p. 120 ma già F. DE SANTIS, *Sub art. 18 CCII*, cit., p.

escludersi a mio avviso che tramite un provvedimento cautelare sia possibile ottenere lo scioglimento di un contratto. Invece, appare ammissibile l'istanza di sospensione degli effetti di un contratto, che sollevi provvisoriamente entrambe le parti dall'adempimento delle prestazioni negoziali.

È stata invece discutibilmente concessa, in via cautelare, la sospensione di contratti bancari di affidamento e di finanziamento su fatture, con divieto per gli istituti di credito di estinguere per compensazione (nella misura dell'importo incassato) il credito da essi vantato nei confronti dell'imprenditore, lasciando quest'ultimo nella piena disponibilità di quelle somme⁴⁹.

Ancora. Posto che le misure protettive si dirigono soltanto nei confronti dei creditori dell'imprenditore, ma non di soggetti terzi, è possibile una misura cautelare volta ad inibire al creditore l'escussione di fideiussori del debitore⁵⁰. In questo caso i terzi devono essere sentiti: lo impone l'art. 19, comma 4, CCII.

Se ammissibile, la misura sarà accolta, al ricorrere dei presupposti comuni ad ogni provvedimento cautelare: il *fumus boni iuris*, qui da intendersi quale strumentalità della misura al buon esito delle trattative⁵¹, e il *periculum in mora*, da ricondursi al pregiudizio che il debitore subirebbe in caso di mancata concessione del provvedimento⁵².

6. – Il procedimento volto alla conferma delle misure protettive (e/o a rilascio dei provvedimenti cautelari) è descritto dall'art. 19 CCII, più volte richiamato, che molto ricorda – a conferma dell'immanente natura cautelare

124 secondo cui sarebbe inammissibile un provvedimento cautelare con cui si imponesse al creditore un *facere*.

⁴⁹ Trib. Parma, 10 luglio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; in senso analogo, Trib. Firenze, 28 novembre 2022, in www.dirittodellacrisi.it; *contra*, Trib. Firenze, 7 febbraio 2023, in www.osservatorio-oci.org.

⁵⁰ In arg. Trib. Avellino, 5 dicembre 2022, in www.ilcaso.it, che si è limitato a respingere la conferma di una misura *protettiva* di *stay* esecutivo che l'imprenditore aveva avanzato contro i creditori che avevano promosso un'esecuzione forzata dei confronti dei suoi garanti; Trib. Venezia, 6 febbraio 2023, in www.ilcaso.it pare invece aver riqualificato *ex officio* come cautelari le misure protettive che la società aveva chiesto a tutela non solo del proprio patrimonio ma anche di quello dei propri soci e dei garanti, con decorrenza degli effetti dal momento della proposizione della domanda.

⁵¹ Declina, tuttavia, il *fumus* in termini di ragionevole probabilità che le trattative conducano al risanamento, Trib. Mantova, 9 marzo 2023, in www.dirittodellacrisi.it.

⁵² F. DE SANTIS, Sub artt. 18-19, cit., p. 128; A. CARRATA, *Misure protettive e cautelari e composizione negoziata della crisi*, in ristrutturazioni aziendali, p. 9. In giurisprudenza, Trib. Savona, 27 marzo 2023, in www.ilcaso.it.

che connota sia le misure protettive sia quelle cautelari – quello cautelare uniforme *ex art. 669-bis ss. c.p.c.*, pure richiamato (art. 19, comma 7).

L'art. 19, comma 1, impone al debitore, il giorno successivo alla pubblicazione dell'accettazione della nomina da parte dell'esperto nel registro delle imprese, di depositare presso il tribunale competente ai sensi dell'art. 27 CCII una domanda giudiziale (nella forma del ricorso, che dovrà essere sottoscritto da un difensore) con cui si chiede la conferma delle misure protettive di cui si sia già avvalso. Quello stesso ricorso potrà anche contenere l'istanza di misure cautelari, se l'imprenditore le ritiene opportune. Si stabilisce che, entro 30 giorni dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese, sia pubblicato anche il numero di ruolo generale del procedimento instaurato.

Il mancato rispetto dei termini qui indicati è causa di improcedibilità della domanda. Lo prevede l'art. 19, comma 1, CCII secondo cui l'omesso o il ritardato deposito del ricorso importa l'inefficacia delle misure protettive che il giudice può dichiarare senza necessità di fissare udienza⁵³.

Si tratterà, ovviamente, di una declaratoria di improcedibilità parziale se il ricorso abbia quale *petitum*, oltre che la conferma delle misure protettive, la concessione di misure cautelari: il procedimento in questo caso dovrà proseguire (e il giudice sarà tenuto a fissare un'udienza) per la sola cognizione e istruzione sulle istanze cautelari⁵⁴.

L'ipotesi sopra richiamata non è l'unica in cui il giudice può revocare l'efficacia delle misure protettive, senza la necessità di instaurare il contraddittorio. L'ultima parte dell'art. 19, comma 3, stabilisce che «gli effetti protettivi prodotti ai sensi dell'art. 18, comma 1, cessano altresì se, nel termine di cui al primo periodo, il giudice non provvede a fissare udienza».

Si tratta di capire quando ciò possa accadere.

Un caso potrebbe essere quello in cui il debitore avesse omesso di depositare, insieme al ricorso, i documenti analiticamente elencati dall'art.

⁵³ Va da sé che, se il ricorso non sarà stato depositato, non sarà possibile una declaratoria giudiziale di inefficacia (F. LAMANNA, *Composizione negoziata*, cit., p. 79). In questi casi, dovrebbe essere la stessa Camera di commercio a provvedere d'ufficio alla cancellazione della istanza di applicazione delle misure protettive.

In arg., Trib. Genova, 13 marzo 2023, in www.dirittodellacrisi.it. Nel caso di specie, preso atto del tardivo deposito del ricorso, il giudice, sospinto da "ragioni di economia processuale", ha dichiarato l'inefficacia delle misure protettive, ha invitato il debitore a riproporre domanda, senza iscrizione di un nuovo procedimento, e contestualmente fissato udienza di conferma delle (nuove) misure protettive, stabilendo in ogni caso che la loro efficacia decorresse dal momento in cui il ricorso fosse stato accolto.

⁵⁴ M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., p. 8, testo e nt. 18; G. COSTANTINO, *Le «misure cautelari e protettive»*, cit., p. 11.

19, comma 2, CCII, senza i quali il tribunale non è in grado di stabilire se le misure protettive di cui il debitore si sia avvalso siano funzionali al buon esito delle trattative⁵⁵, e non comportino un eccessivo sacrificio per i creditori e i terzi (ciò vale, in particolar modo, per il piano finanziario, la descrizione della situazione patrimoniale finanziaria e la dichiarazione prevista dalla lett. e) dell'art. 19, comma 2, CCII)⁵⁶. Vero è che, in luogo di un rigetto *de plano* dell'istanza (a mio avviso ammissibile)⁵⁷, nei 10 giorni successivi al deposito del ricorso (termine entro il quale l'udienza dovrebbe essere fissata) il giudice, con decreto, potrebbe assegnare al debitore un termine, all'interno di quell'arco temporale, per integrare la produzione documentale richiesta (un po' come accadeva – mutato quel che c'è da mutare – *ex art. 162 l. fall.*, ma anche nel procedimento per ingiunzione, *ex art. 640 c.p.c.*)⁵⁸. In tal caso, il giudice potrà evitare di fissare l'udienza quando, nonostante la sollecitazione, la documentazione non risultasse completa⁵⁹.

V'è poi un altro caso in cui le misure protettive sono destinate a perdere di effetto, senza che il giudice fissi l'udienza. In forza dell'art. 25-*quinquies* CCII, l'accesso alla composizione negoziata della crisi è precluso all'imprenditore nei cui confronti sia pendente uno strumento di regolazione della crisi, o che vi abbia rinunciato da meno di quattro mesi. In presenza di

⁵⁵ Si tratta dei bilanci degli ultimi tre esercizi oppure, quando non è tenuto al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta; una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima del deposito del ricorso; l'elenco dei creditori, individuando i primi dieci per ammontare, con indicazione dei relativi indirizzi di posta elettronica certificata, se disponibili, oppure degli indirizzi di posta elettronica non certificata per i quali sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella; un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare; una dichiarazione avente valore di autocertificazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata; l'accettazione dell'esperto nominato ai sensi dell'art. 17 con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata.

⁵⁶ L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 61.

⁵⁷ Concordemente, F. DE SANTIS, *Sub artt. 18-19*, cit., pp. 129-130.

⁵⁸ La soluzione in parola è avvalorata dalla prassi di numerosi tribunali: v. ad es. Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, in www.dirittodellacrisi.it, con nota parzialmente adesiva rispetto ad altri profili di F. DE SANTIS, *Istanza di conferma delle misure protettive e coeva pendenza delle procedure giudiziali pattizie: primi rompicapi*; Trib. Milano, 17 gennaio 2022, *ivi*; Trib. Avellino, 27 gennaio 2022, *ivi*; v. anche Trib. Viterbo, 14 febbraio 2022, in www.ilcaso.it; Trib. Bologna, 8 novembre 2022, in www.dirittodellacrisi.it. In senso contrario, F. DE SANTIS, *Sub artt. 18-19*, cit., p. 129, nt. 36.

⁵⁹ *Contra*, A. TEDOLDI, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, cit., p. 372.

una siffatta situazione, a ben vedere, già la commissione nominata dalla Camera di Commercio dovrebbe rigettare l'istanza di nomina dell'esperto (arg. *ex art.* 17, comma 3, lett. d) che richiede all'imprenditore di depositare, insieme all'istanza di nomina dell'esperto, una dichiarazione in cui il primo attesti di non aver depositato ricorsi ai sensi dell'art. 40⁶⁰. Quand'anche, per avventura, l'esperto dovesse essere nominato e dovesse accettare l'incarico, l'eventuale ricorso depositato dall'imprenditore per la conferma delle misure protettive dovrà essere dichiarato inammissibile. Ancora una volta, senza la necessità per il giudice di fissare l'udienza⁶¹.

Potrebbe altresì capitare che, per ragioni legate al carico di lavoro, il magistrato non riesca ad emettere il provvedimento nei dieci giorni previsti dalla norma. Anche per questa ipotesi, è pensata la norma: le misure protettive, efficaci a far data dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese, verranno meno ma *ex nunc*; l'imprenditore sarà tenuto a riproporle, nei modi indicati dagli artt. 17, primo comma e 18 (pubblicando cioè l'istanza nel registro delle imprese e depositando ricorso presso il tribunale competente *ex art.* 27 CCII, il giorno successivo)⁶².

Al netto delle ipotesi sin d'ora descritte, il giudice è sempre tenuto a fissare l'udienza per la conferma, la revoca o la modifica delle misure protettive, ovvero per la concessione delle misure cautelari.

⁶⁰ M. MONTANARI, *I rapporti della composizione negoziata della crisi con i procedimenti concorsuali*, in *Le nuove misure di composizione della crisi di impresa*, cit., p. 99, cui *adde* R. GUIDOTTI, *La crisi di impresa nell'era Draghi*, cit., p. 9.

⁶¹ Già nella vigenza del D.L. n. 118/2021 la questione si è affacciata in giurisprudenza, anche se – per la verità – ciò che risultava controverso, nel caso di specie, era se il concordato preventivo dovesse considerarsi ancora pendente. L'imprenditore, infatti, si era limitato a depositare una dichiarazione di rinuncia alla domanda senza attendere la dichiarazione di improcedibilità del concordato da parte del giudice. Il tribunale, adito dall'imprenditore per la conferma delle misure protettive, ha rigettato l'istanza, evocando un precedente di legittimità che esige la formale adozione di un provvedimento di improcedibilità (Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, cit. che in motivazione si richiama a Cass. 7 dicembre 2020, n. 27939. In arg., A. CRIVELLI, *La rinuncia alla domanda di concordato: procedimento e provvedimenti conseguenti*, nota a Trib. Perugia, 21 dicembre 2018, in *Il fall.* 2019, p. 1386 ss.). E ciò anche al fine di evitare un ricorso strumentale alla composizione negoziata (profilo, questo, sul quale fa perno esclusivo il pensiero di F. DE SANTIS, *Istanza di conferma delle misure protettive*, cit., p. 11 il quale, se da un lato riconosce che la semplice dichiarazione di rinuncia al concordato possa legittimare l'imprenditore ad accedere alla composizione negoziata, dall'altro lato ammette che il giudice, adito per la conferma delle misure protettive, potrebbe rigettare l'istanza del debitore, ritenendo che la mera rinuncia alla procedura concorsuale sia sintomo della volontà di abuso del percorso negoziale intrapreso).

⁶² P. BORTOLUZZI, *Sub art. 19 CCII*, cit., p. 120.

Il termine indicato dall'art. 19, comma 3, CCII è legato al deposito del decreto per la fissazione dell'udienza; per contro la norma non specifica entro quando l'udienza vada celebrata. Tuttavia, trattandosi di stabilire la sorte di misure che comprimono i diritti dei creditori, già efficaci, è evidente che l'udienza dovrà svolgersi a stretto giro, onde vagliare se si tratti davvero di misure necessarie ad assicurare lo svolgimento delle trattative. Qui potrebbe invocarsi in via analogica la previsione contenuta nell'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c., per cui l'udienza dovrà essere convocata al più tardi quindici giorni dopo l'emissione del decreto⁶³.

Il secondo quesito che ha interessato gli interpreti, quanto al procedimento *ex art. 19*, riguarda l'individuazione dei soggetti chiamati a contraddire in udienza. La norma si occupa solo delle modalità di notifica del ricorso presentato dal debitore e del decreto di fissazione dell'udienza, stabilendo che il giudice provveda a stabilire le forme di notificazione che egli ritenga più opportune, in forza dell'art. 151 c.p.c. I primi commenti – ma anche la giurisprudenza – hanno espresso preferenza per l'impiego dello strumento telematico, prescrivendo l'invio del ricorso e del decreto alla casella di posta elettronica certificata ovvero, qualora questa non sia conosciuta, ad un indirizzo di posta elettronica di cui sia possibile verificare la titolarità in capo al destinatario⁶⁴. Conclusione, questa, corretta e in parte indotta anche dallo stesso art. 19, là dove – nel prescrivere al debitore il deposito dell'elenco dei primi dieci creditori per ammontare delle rispettive spettanze – richiede di indicare anche il loro indirizzo PEC.

Al di là delle possibili modalità di notifica, l'art. 19, comma 3, CCII non aggiunge altro, mentre il comma 4, nel descrivere ciò che il giudice dovrà compiere all'udienza, prescrive che siano sentite le *parti* e precisa che, quando le misure protettive o quelle cautelari riguardano soggetti terzi, anche questi debbano essere sentiti.

Fermi i destinatari della misura cautelare⁶⁵, si è posta la questione chi siano le altre controparti del debitore nel procedimento *ex art. 19*, dal momento che le misure protettive – quanto meno in astratto – possono colpire la generalità dei creditori, ed operare *in incertam personam*.

⁶³ L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 62; F. DE SANTIS, *Sub artt. 18-19*, cit., p. 130.

⁶⁴ Tra i tanti e tra i primi, Trib. Roma 24 dicembre 2021, in www.dirittodellacrasi.it.

⁶⁵ È evidente che in questi casi si tratta di soggetti predeterminati, che possono essere creditori ma anche terzi, dal momento che le esigenze di protezione del patrimonio possono riguardare anche beni che non appartengono al creditore ma sui quali viene comunque esercitata l'attività di impresa.

La legge non prende espressa posizione sul punto: l'art. 19, comma 3, lett. c) si limita a prevedere, come accennato, che il debitore allegghi al suo ricorso anche un elenco dei primi dieci creditori per importo dovuto.

All'indomani dell'entrata in vigore del D.L. n. 118/2021 le risposte fornite dagli interpreti non sono state uniformi.

C'è chi ha fatto riferimento a tutti i creditori che avessero già intrapreso un'esecuzione forzata nei confronti del debitore⁶⁶ e chi, invece, ha ampliato la platea anche a coloro che, pur in possesso di un titolo esecutivo, avessero anche solo minacciato l'inizio di un'esecuzione forzata mediante la notifica del precetto⁶⁷; c'è chi ha menzionato anche i creditori che avessero depositato istanza per la dichiarazione di fallimento⁶⁸; v'è chi invece ha valorizzato il richiamo all'elenco dei primi dieci creditori, per ammontare della debenza, individuando in costoro i legittimi contraddittori nel procedimento *ex art. 19*⁶⁹.

Il problema si pone soprattutto quando la conferma della protezione del patrimonio sia chiesta nei confronti della generalità dei creditori: in questo caso tutti dovrebbero considerarsi incisi dalla misura, sicché il debitore avrebbe l'onere di notificare a tutti il ricorso e il pedissequo decreto di fissazione d'udienza⁷⁰, ferma restando la possibilità di una costituzione spontanea in udienza del creditore, che abbia appreso *aliunde* della pendenza del giudizio (ad es., consultando il registro delle imprese, sul quale dev'essere pubblicato il numero di ruolo del procedimento)⁷¹.

⁶⁶ F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari*, cit., p. 7. In giurisprudenza, si v., ad esempio, Trib. Firenze, 29 dicembre 2021, in www.dirittodellacrisi.it.

⁶⁷ G. COSTANTINO, *Le «misure cautelari e protettive»*, cit., p. 10.

⁶⁸ F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari*, loc. cit. Sul punto, peraltro, va detto che l'inibitoria della sentenza dichiarativa di fallimento è misura che non richiede alcuna conferma da parte del giudice, in seno al procedimento *ex art. 19 CCII*. Il che, dunque, non credo renda indefettibile, a pena di reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.*, l'instaurazione del contraddittorio con il creditore che abbia formulato istanza per la dichiarazione di fallimento. Così, Trib. Roma, 3 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it.

⁶⁹ L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 61; in senso analogo, M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., pp. 11-12, sul rilievo che in sede di conferma delle misure protettive, nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi in cui esse sono destinate a colpire la generalità dei creditori, non è prevista l'instaurazione del contraddittorio con alcun destinatario della misura.

⁷⁰ In senso contrario, Trib. Roma, 3 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it che ha ritenuto inammissibile la richiesta del debitore, formulata con ricorso, di estendere il divieto di azioni esecutive e cautelari alla massa indifferenziata dei creditori.

⁷¹ Trib. Milano, 27 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Milano, 24 febbraio 2022, *ivi*, secondo cui il creditore non destinatario di alcuna notifica potrà far

Se all'udienza si constati che il contraddittorio non è stato correttamente instaurato con i destinatari del provvedimento cautelare richiesto, o della misura protettiva già effettiva, il giudice potrà disporre un breve rinvio d'udienza, per consentire al creditore di costituirsi, previa ricezione della notifica del ricorso e del decreto.

In giurisprudenza sono invalse letture meno rigorose, che circoscrivono l'onere del debitore di notificare il ricorso e il decreto soltanto ai creditori che avessero già instaurato azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore⁷² e a quelli concretamente attinti dalle misure protettive, anche quando la richiesta di misure protettive fosse destinata a tutti i creditori⁷³.

Così ricostruito il problema dell'individuazione dei destinatari del ricorso e del decreto di fissazione d'udienza, il senso della norma che impone al debitore di indicare i primi dieci creditori per consistenza con i rispettivi indirizzi di posta elettronica starebbe in ciò: quand'anche non destinatari di alcuna misura protettiva, il giudice può ascoltarli per assumere da loro sommarie informazioni⁷⁴.

Nel tentativo di bilanciare le esigenze di speditezza e di semplificazione con il principio del contraddittorio, si è ritenuto che assumano il ruolo di parti nel procedimento di conferma delle misure protettive solo i creditori che, al momento dell'accesso alla composizione negoziata del loro debitore,

valere la violazione del proprio diritto di difesa mediante reclamo, pur dichiarando inammissibile l'istanza di conferma delle misure dirette ai creditori che non avevano ricevuto la notifica del ricorso.

⁷² Trib. Firenze, 29 dicembre 2021, cit., che ha ritenuto corretta la notifica del ricorso al solo esperto, dal momento che il debitore aveva dichiarato che non sussistevano azioni esecutive e cautelari pendenti al momento dell'accesso alla composizione negoziata della crisi; Trib. Mantova, 1° giugno 2022, cit.; Trib. Roma 24 dicembre 2022, cit.; Trib. Lecce, 22 giugno 2022, *ivi*.

⁷³ Così, in particolare Trib. Bergamo, 19 gennaio 2022, *www.dirittodellacrisi.it* che ha ordinato al debitore di instaurare il contraddittorio anche con i creditori che fossero intervenuti nella procedura esecutiva immobiliare di cui chiedeva l'inibitoria.

Nel senso che il ricorso e il decreto di fissazione d'udienza debbano essere notificati ai soli creditori che abbiano già avviato azioni esecutive e cautelari (o a coloro che sono concretamente attinti da quelle misure, come ad es. i creditori intervenuti in un'esecuzione forzata già pendente), A. CARRATTA, *Le misure cautelari e protettive nel CCI dopo il d. lgs. 83/2022*, cit., p. 856. Alla medesima conclusione perviene M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., p. 79, secondo il quale tutti gli altri creditori (e così, ad es., coloro che al momento della domanda di conferma delle misure protettive siano in possesso di un titolo esecutivo non ancora azionato) potranno divenire parti del procedimento se il giudice, al modo di quanto prevede l'art. 107 c.p.c., ne disponga la convocazione. In arg., P. BORTOLUZZI, *Sub art. 19 CCII*, pp. 19-20.

⁷⁴ I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi*, cit., p. 11; P. BORTOLUZZI, *Sub art. 19 CCII*, p. 20; M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., p. 79.

abbiamo già intrapreso esecuzioni forzate o avessero domandato misure cautelari (anche in seno al procedimento di apertura della liquidazione giudiziale); peraltro – si è aggiunto – resta fermo il potere del tribunale di disporre anche la convocazione di altri creditori (solo potenzialmente interessati dalle misure protettive, perché, ad es., in possesso di un titolo esecutivo non ancora azionato), al modo di una chiamata *iussu iudicis*, ex art. 107 c.p.c.⁷⁵

All'indomani della pubblicazione del D.L. n. 118/2021, gli interpreti si sono interrogati sulle ragioni del mancato richiamo del p.m. nel testo di legge. Già in quel contesto, si era osservato come quella compiuta dal legislatore fosse stata una scelta consapevole, dettata dall'idea che non si è all'interno di una procedura concorsuale ma di un percorso negoziale⁷⁶. L'art. 12 comma 3 CCII stabilisce oggi che «alla composizione negoziata non si applica l'art. 38», e che l'applicazione di tale norma resta invece ferma nel caso dei procedimenti ex artt. 19 e 22 CCII.

Il senso della disposizione (e in particolare dei richiami agli artt. 19 e 22) dovrebbe a mio avviso ravvisarsi in ciò: la segnalazione giudiziale della *notitia decotiois* al p.m. potrà avvenire se uno stato di insolvenza reversibile emerga nel corso del procedimento di conferma delle misure protettive, del rilascio delle autorizzazioni previste dall'art. 22, nonché, vi è da credere, anche in sede di revoca ex art. 19, comma 5⁷⁷.

Il richiamo, per quanto non espressamente disposto, al procedimento cautelare uniforme, contenuto nell'art. 19 CCII, lascia intendere che – rispetto alle misure cautelari – sia possibile invocare l'art. 669-sexies, primo comma, c.p.c. Là dove perciò ricorrano particolari ragioni di urgenza, è possibile domandare al giudice la pronuncia di un decreto inaudita altera

⁷⁵ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., 79.

⁷⁶ A. JORIO, *Composizione negoziata e pubblico ministero*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 22 dicembre 2022, p. 2; M. FABIANI, *Postilla ad Alberto Jorio*, *ivi*, p. 1.

⁷⁷ Per questa lettura, v. da ultimo Trib. Santa Maria Capua Vetere, 29 settembre 2023, in *www.dirittodellacrisi.it* ma già la relazione del Massimario della S.C. 15 settembre 2022, reperibile in *www.cortedicassazione.it*. Benché l'imprenditore resti *in bonis* durante il percorso, il compimento di qualsiasi atto di straordinaria amministrazione, egli è tenuto ad informare preventivamente l'esperto della volontà di compiere un atto di straordinaria amministrazione o un pagamento in grado di pregiudicare le trattative va fatto oggetto di preventiva informativa. Il compimento di quell'atto, senza che l'esperto sia stato informato o in presenza di un dissenso espresso da parte dell'esperto, obbliga quest'ultimo ad effettuare una segnalazione al tribunale, che revocherà le misure protettive e cautelari concesse. Sarà proprio in questa circostanza che il giudice segnalerà al pubblico ministero l'eventuale insolvenza del debitore. A. JORIO, *Composizione negoziata e pubblico ministero*, cit., p. 3; M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., p. 77.

parte con il quale la misura sia concessa, salva successiva conferma, revoca o modifica a valle dell'udienza che il giudice avrà fissato.

7. – Nella disciplina delle misure protettive, assumono un'importanza centrale l'udienza e il tipo di istruttoria che il giudice è chiamato a compiere, con l'ausilio di un consulente nominato ai sensi dell'art. 68 c.p.c. È anche dal richiamo a questa figura che si coglie quale sia il ruolo che il giudice riveste in questa parentesi giurisdizionale.

Si è scritto che, nel momento in cui è chiamato a confermare o meno le misure protettive, o a rilasciare le misure cautelari richieste dal debitore, il tribunale deve operare un bilanciamento tra gli interessi del debitore e le aspettative dei creditori: «un ruolo nevralgico, di grande responsabilità, che impone probabilmente una professionalità del tutto nuova, perché ciò che si richiede al giudice è di cogliere le dinamiche dell'impresa da una prospettiva diversa, per verificare l'utilità di un percorso che dovrebbe restituire valore e benessere collettivo ai consociati e nuove opportunità all'imprenditore, senza pregiudicare ingiustamente i creditori»⁷⁸. A questo serve l'ausiliario nominato *ex art. 68 c.p.c.*, che non potrà essere l'esperto, e che sarà chiamato a verificare le potenzialità ma anche le criticità dell'impresa (dunque, verosimilmente, un aziendalista)⁷⁹.

Altrettanto rilevante è il ruolo che l'esperto svolge in udienza.

La sua audizione non serve (tanto o soltanto) a conoscere lo stato delle trattative (che si trovano, spesso, ad uno stadio iniziale) quanto piuttosto a riferire dell'esito del test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento e del progetto di piano di risanamento, allegato alla domanda di conferma delle misure protettive e dell'eventuale interlocuzione con gli organi di controllo dell'impresa; ad appurare se possa considerarsi veritiero e completo il quadro rappresentato dall'imprenditore e se il progetto di piano proposto non sia esclusivamente finalizzato alla ristrutturazione dei debiti, con un contenuto schiettamente liquidatorio⁸⁰.

⁷⁸ I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata*, in L. DE SIMONE, M. FABIANI, S. LEUZZI (a cura di), *Le nuove misure di regolazione della crisi di impresa*, speciale Diritto della crisi, 2021, p. 10.

⁷⁹ M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., p. 79; A. JORIO, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 118.

⁸⁰ Trib. Bergamo, 15 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Bergamo, 15 marzo 2022, *ivi*; Trib. Livorno, 8 febbraio 2023, *ivi*; Trib. Mantova, 23 marzo 2023, in *Ristrutturazioni aziendali*, 14 maggio 2023; Trib. Ferrara, 21 marzo 2022, www.iffallimentarista.it; Trib. Parma, 26 settembre 2023, in www.dirittodellacrisi.it.

Sentendo l'esperto il giudice potrebbe convincersi di non dover confermare lo *stay* di azioni esecutive rispetto a creditori che abbiano pignorato beni appartenenti ad un ramo di azienda diverso da quello che l'imprenditore intende cedere ad un terzo⁸¹.

Non è un caso che l'art. 19, comma 4, CCII (discostandosi in parte dall'art. 7, D.L. n. 118/2021) precisi che l'esperto è chiamato dal tribunale ad esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste ad assicurare il buon esito delle trattative.

Rispetto allo *stay* delle azioni esecutive, l'audizione dell'esperto può servire a comprendere se l'inibitoria riguardi davvero esecuzioni in cui siano stati pignorati *asset* strategici. Esemplificando: è verosimile pensare che il giudice convalidi l'inibitoria di un'azione esecutiva pendente, se il pignoramento cada su un bene funzionale all'attività di impresa. Per la stessa ragione, potrebbe essere confermata l'inibitoria all'acquisto di un diritto di prelazione non concordato con l'imprenditore: si vuole evitare che un *asset* aziendale finisca gravato da un'ipoteca quando quel bene possa essere ceduto a un terzo, disposto a proseguire l'attività di impresa.

All'udienza saranno presenti anche i creditori interessati dalle misure protettive, i quali potranno rappresentare le ragioni della loro eventuale opposizione (paventando, ad esempio, una possibile situazione di crisi a catena, oppure l'eccessivo pregiudizio che essi rischierebbero di subire se la vendita forzata del bene pignorato fosse sospesa, tenuto conto del deprezzamento che il bene subirebbe se fosse venduto a distanza di tempo). Il giudice potrebbe non confermare lo *stay* di un'esecuzione forzata promossa da un creditore ipotecario, se essa sia già giunta all'aggiudicazione e si dimostri che il prezzo di vendita è in linea con la perizia⁸².

Il tribunale può assumere informazioni anche da creditori che non risultano interessati dalle misure protettive, ma che figurano nell'elenco che il debitore deve depositare insieme al ricorso *ex art.* 19, comma 2, CCII.

Tra quelli incisi dalle misure protettive, rientra anche il creditore che abbia depositato istanza di apertura della liquidazione giudiziale. È opportuno che il contraddittorio venga esteso anche nei suoi confronti, senza peraltro che l'omessa notifica del ricorso *ex art.* 19 CCII comporti alcuna conseguenza sul piano della tenuta della misura⁸³.

⁸¹ Per questo esempio, M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., p. 14.

⁸² Trib. Torino, 23 febbraio 2022, in *www.ilcaso.it*.

⁸³ In questo senso, mi pare eccessiva la conclusione cui giunge il Trib. Roma, 3 febbraio 2022, cit., che nega la legittimazione passiva in capo al creditore istante per la liquidazione giudiziale.

In generale, l'audizione dell'esperto, unita all'interlocuzione dei creditori interessati dalle misure comparsi all'udienza (o che abbiano depositato memorie), appare determinante per stabilire la funzionalità delle misure protettive ad un risanamento dell'impresa.

Ciò che risulta controverso, fra gli interpreti, è se la strumentalità delle misure protettive rispetto alla buona riuscita delle trattative debba oggetto di un vaglio in astratto o possa spingersi sino ad un sindacato in concreto.

Nel primo caso, sarebbe sufficiente una valutazione in negativo, ossia la dimostrazione che, confermate le misure protettive, il risanamento non risulti manifestamente implausibile, in ragione di una palese inettitudine del progetto di piano di risanamento⁸⁴.

Nel secondo caso, invece, il giudice dovrebbe valutare, in concreto, la ragionevolezza e la solidità delle assunzioni del progetto di piano di risanamento⁸⁵.

La natura schiettamente negoziale del percorso, unita al fatto che la conferma delle misure protettive avviene in fase di avvio della composizione negoziata (quando il piano di risanamento può essere anche solo tratteggiato a grandi linee ed è verosimilmente soggetto a modifica, anche in ragione

⁸⁴ Trib. Padova, 2 marzo 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Bergamo, 8 maggio 2023, *ivi*; Trib. Ravenna, 17 marzo 2023, in *www.ilcaso.it*; Trib. Modena, 3 dicembre 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Bergamo, 25 maggio 2022, *ivi*; Trib. Avellino, 16 maggio 2022; Trib. Salerno, 9 maggio 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*. Cfr. anche Trib. Bologna, 8 novembre 2022, che pur considerando il raggiungimento del risanamento di impervia realizzazione, ritiene possibile confermare le misure protettive, constatando che l'alternativa liquidatoria soddisferebbe in misura minore le aspettative dei creditori.

Apparentemente ancora più blando sembra il vaglio compiuto da Trib. Prato, 22 aprile 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*, secondo cui il giudice in sede di conferma, tenuto conto del parere dell'esperto, verificherebbe solo la disponibilità dei creditori a partecipare alle trattative. Si tratta di un provvedimento emesso nella vigenza del D.L. n. 118/2021, quando il progetto di piano di risanamento non compariva tra i documenti da allegare alla domanda di conferma delle misure protettive (benché nel caso di specie, l'esperto avesse dato conto della strategia di risanamento immaginata dall'impresa). Considerazioni analoghe valgono per Trib. Bergamo, 25 maggio 2022, *cit.*; Trib. Milano 21 luglio 2022.

⁸⁵ Trib. Palermo, 2 marzo 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Salerno, 13 febbraio 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Lecco, 2 gennaio 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Mantova, 1° giugno 2022, *cit.*; Trib. Roma, 10 ottobre 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Mantova, 20 dicembre 2022, in *www.ilcaso.it*; Trib. Viterbo, 14 febbraio 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Sulmona, 22 novembre 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Firenze, 29 luglio 2022, in *www.osservatorio-oci.org*. Si tratta di una soluzione che io stessa avevo accolto (L. BACCAGLINI - F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, *cit.*, p. 64).

dell'andamento delle trattative) induce a ritenere preferibile la prima delle due soluzioni prospettate.

Il giudice, in fase di conferma, non potrebbe (né dovrebbe) saggiare la fattibilità del piano di risanamento (di cui oltretutto è richiesto solo un progetto)⁸⁶. Sono le conclusioni dell'esperto, in ordine alla prospettiva di risanamento dell'impresa, unite alle dichiarazioni rese in udienza dai creditori che dovrebbe indurre il giudice a confermare o revocare le misure.

8. – Nel confermare le misure protettive il tribunale è chiamato a prevederne la durata.

Solo ove occorra, dispone l'art. 19 comma 4, al giudice è richiesto di fissare un termine per le misure cautelari; in mancanza, esse perderanno effetto con il provvedimento di archiviazione della composizione negoziata (art. 17, comma 8).

Anche la durata delle misure protettive rappresenta una novità del CCII, imposta dalla dir. UE 1023/2019. L'art. 8 CCII, collocato tra i principi generali, stabilisce che le misure protettive non possano avere una durata superiore ai dodici mesi, anche non consecutivi, tenuto conto di eventuali proroghe o rinnovi: un termine, quello introdotto, che comprende sia le misure protettive che si affiancano alla domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi, sia quelle che operano nella composizione negoziata. Il termine annuale non soffre la sospensione feriale dei termini, *ex art. 1 l. 742/1989*, vuoi in ragione della matrice cautelare propria delle misure protettive, vuoi in virtù della inequivocabile previsione dell'art. 9 CCII⁸⁷.

Nel caso della composizione negoziata della crisi, il legislatore attribuisce al giudice la facoltà di fissare la durata delle misure protettive, da

⁸⁶ Cfr. però Trib. Salerno, 28 marzo 2023, in *Dir. fall.*, 2023, p. 752 con nota adesiva di G.B. FAUCEGLIA, *Osservazioni in tema di accesso alla composizione negoziata delle crisi e del diniego di misure protettive*, che invece, in sede di reclamo avverso l'ordinanza del Trib. Salerno, 7 marzo 2023, in *www.ilcaso.it*, ha ritenuto corretto il *modus procedendi* del provvedimento impugnato, che è entrato nel merito del parere reso dall'esperto, qualificandolo come atto con valenza sostanzialmente interlocutoria.

⁸⁷ Trib. Brescia, 5 agosto 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*; analogamente, ma facendo leva sull'eccessivo sacrificio che deriverebbe ai creditori dall'applicazione della sospensione feriale, Trib. Torino, 22 agosto 2022, *ivi*; *contra*, Trib. Padova, 10 giugno 2022, in *www.ilcaso.it* che, peraltro senza motivazione, ha attribuito alle misure protettive una durata massima di 120 giorni, in aggiunta alla sospensione feriale dei termini.

un minimo di 30 a un massimo di 120 giorni⁸⁸. Si tratta di un termine prorogabile, anche più di una volta, fino a 240 giorni⁸⁹.

La proroga, che è subordinata ad un'istanza delle parti (dunque, in astratto anche di un creditore) e al parere positivo dell'esperto, può essere concessa se è funzionale a condurre a termine le trattative, se si dimostri, cioè, che sussiste una ragionevole probabilità di risanare l'azienda, ciò che risulterebbe compromesso dal venir meno delle misure. È infine necessario che la proroga non comporti un eccessivo pregiudizio in capo ai creditori destinatari delle misure⁹⁰: lo dispone l'art. 19, comma 5, che, diversamente dal comma 6 (dettato per la revoca delle misure protettive) non chiarisce se la decisione esiga la preventiva instaurazione del contraddittorio con gli interessati, mediante fissazione di udienza⁹¹.

La giurisprudenza di merito, pur avendo accolto a riguardo soluzioni differenti, ritiene in ogni caso indispensabile la prova del fatto che tutti i creditori coinvolti dalle misure protettive siano stati previamente informati e abbiano espresso il loro assenso, o comunque la loro non opposizione, anche per assenso implicito a seguito dell'instaurazione del contraddittorio; rimane tuttavia ferma la possibilità di sindacare un dissenso manifestamente preconcepito, immotivato o irragionevole derivante da assenza di collaborazione alle trattative⁹².

Infine, se la richiesta di proroga sia funzionale al buon esito delle trattative, non può escludersi la richiesta di una seconda proroga, purché la durata complessiva della protezione non superi 240 giorni⁹³.

Per ragioni simmetriche a quelle previste per la proroga, è possibile domandare la revoca delle misure protettive. L'art. 19, comma 6, cit., esige un'apposita istanza del debitore, dei creditori, ovvero una segnalazione dell'esperto. Ciò potrà accadere ogni qualvolta quest'ultimo intenda archiviare la composizione negoziata, ovvero quando le misure protettive

⁸⁸ La decorrenza del termine coincide con pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza di applicazione delle misure protettive (se richieste in pendenza del percorso) o con la pubblicazione dell'accettazione dell'esperto (se l'imprenditore se ne sia avvalso fin da subito); non dal provvedimento di conferma emesso dal giudice. Trib. Bologna 8 novembre 2022, cit.; Trib. Milano 26 gennaio 2022, cit.

⁸⁹ Trib. Milano 14 luglio 2022, in *www.ilcaso.it*.

⁹⁰ Trib. Mantova, 9 marzo 2023, in *www.dirittodellacrisi.it*

⁹¹ Lo escludono, ad esempio, Trib. Bergamo, 22 aprile 2022; Trib. Avellino, 7 dicembre 2022; Trib. Modena, 1° dicembre 2022; Trib. Mantova, 9 marzo 2023, cit.; Trib. Mantova, 9 marzo 2023, in *www.ilcaso.it*. Hanno invece fissato udienza, Trib. Milano, 14 maggio 2022, in *www.dirittodellacrisi.it*; Trib. Milano, 21 luglio 2022; Trib. Milano, 14 luglio 2022, cit.

⁹² Con queste esatte parole, Trib. Milano, 14 maggio 2022, cit.

⁹³ Trib. Milano, 14 luglio 2022, cit.

che già operano appaiano sproporzionale rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori, oppure incapaci di soddisfare il buon esito delle trattative.

9. – La novità di maggior rilievo introdotta dal CCII, nella disciplina delle misure protettive, riguarda la soluzione al problema, se il loro venir meno (per revoca o scadenza del termine assegnato dal giudice) abbia effetto retroattivo o irretroattivo. Nel silenzio del D.L. n. 118/2021 l'esito non poteva considerarsi scontato, potendo in effetti concludersi che la cessazione della protezione del patrimonio avesse efficacia retroattiva, con conseguente reviviscenza degli effetti di tutti gli atti compiuti in violazione delle misure protettive. Era questa una soluzione già sostenuta in dottrina, nella vigenza della legge fallimentare per il diverso caso in cui, a seguito della proposizione di una domanda di concordato in bianco, il debitore non avesse provveduto a depositare il piano e la documentazione d'accompagnamento entro la scadenza del termine assegnato dal giudice. A tal proposito, si era osservato come, in questi casi, l'imposizione di un vincolo sul patrimonio si riveli del tutto priva di giustificazione, ancorché *a posteriori*, dal momento che nessuna procedura concorsuale è stata aperta⁹⁴.

Il CCII, invece, compie una scelta diversa e stabilisce che, in caso di revoca o cessazione delle misure protettive, il divieto di acquisire diritti di prelazione, se non concordati con l'imprenditore, viene meno a far data dalla revoca o dalla cessazione delle misure. La soluzione è la stessa che si legge all'art. 55, comma 7, CCII quanto alla sorte delle misure protettive, che accompagnano una domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi.

La questione è destinata a porsi in tutti quei casi in cui, in violazione dell'ombrello protettivo, un creditore abbia promosso un'azione esecutiva, domandando il pignoramento, quando l'iniziativa doveva essergli inibita, ovvero quando, in violazione dell'art. 18 CCII, sia stata iscritta un'ipoteca non concordata con il debitore.

L'art. 19, comma 8, si occupa espressamente di questa seconda ipotesi, stabilendo che il divieto di acquisire diritti di prelazione viene meno a far data dalla revoca o dalla cessazione delle misure protettive. L'efficacia della protezione in questo caso cessa *ex nunc*, condannando all'illegittimità l'iscrizione ipotecaria che sia stata *medio tempore* effettuata.

Il fatto che non sia stato espressamente previsto che quell'illegittimità sia dichiarata dal tribunale, con il provvedimento con cui dichiara cessati o

⁹⁴ M. MONTANARI, *La protezione del patrimonio*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 667; ID., *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, *ivi*, 2017, p. 461.

revocati gli effetti delle misure protettiva, lascia aperta la questione, quale sia l'impatto di quella iscrizione (che, pur illegittima, non sia stata cancellata) sulla successiva circolazione dell'immobile⁹⁵. A ben vedere, però, il problema è destinato a porsi soltanto se, archiviata la composizione negoziata, non si abbia l'apertura di uno strumento di regolazione della crisi ovvero una liquidazione giudiziale. In questo secondo caso, è facile immaginare che il creditore (asseritamente munito di causa di prelazione) sarà ammesso al chirografo; la liquidazione concorsuale del bene su cui insisteva l'ipoteca illegittimamente iscritta comporterà la purgazione di quell'iscrizione. Nel caso, invece, in cui il debitore abbia scelto di proporre domanda di accesso ad uno strumento, quanto meno quando si tratti di concordato preventivo, opererà l'effetto di inopponibilità delle ipoteche iscritte nei 90 giorni antecedenti alla domanda di concordato (che opera tutt'ora *ex lege*, in forza dell'art. 46 CCII). In tutti gli altri casi, invece, sarà necessario promuovere un apposito giudizio per provvedere alla cancellazione dell'ipoteca, come prevede l'art. 2884 c.c.

L'art. 19, comma 8, CCII prende posizione solo sulla sorte dell'ipoteca iscritta in spregio al divieto di cui all'art. 18 e traccia, solo per questa precisa ipotesi, la cessazione degli effetti protettivi con efficacia irretroattiva. Se ne ricava che per le altre misure protettive (lo *stay* esecutivo e cautelare), il venir meno della protezione salva gli atti esecutivi compiuti *medio tempore*. Ciò significa che eventuali pignoramenti disposti, durante il periodo in cui era efficace la misura protettiva, debbono considerarsi legittimamente compiuti, una volta che essa sia venuta meno⁹⁶.

Abstract

PROTECTIVE AND PROVISIONAL MEASURES DURING THE NEGOTIATED SETTLEMENT OF A BUSINESS CRISIS

Il contributo affronta un tema inedito ed attuale: quello della protezione del patrimonio dell'imprenditore, in pendenza della composizione negoziata della crisi. Nuovo è questo istituto, nato con il D.L. n. 118/2021 e poi trasfuso nel CCII; nuove sono anche le questioni che si pongono quando si voglia impedire che il patrimonio del debitore sia oggetto di iniziative processuali e stragiudiziali dei creditori. Il raggiungimento di questo obiettivo è affidato alle misure protettive e a quelle

⁹⁵ Gli artt. 2881 e 2884 c.c. subordinano infatti la cancellazione dell'ipoteca alla pronuncia di un provvedimento passato in giudicato o in alternativa alla sussistenza di un atto con il quale il creditore manifesti in consenso alla cancellazione

⁹⁶ In arg. cfr., se si vuole, L. BACCAGLINI, L. CALCAGNO, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, in L. DE SIMONE, M. FABIANI, S. LEUZZI (a cura di), *Studi sull'avvio del Codice della crisi*, in *Diritto della crisi. Speciale riforma*, 2022, p. 80; M. FABIANI, *Sistema, principi e regole*, cit., p. 80.

cautelari. Il lavoro analizza le une e le altre, ne ripercorre la disciplina, anche alla luce della numerosa giurisprudenza già espressasi.

This essay addresses a new and topical issue: the protection of the debtor's assets during the negotiated settlement of the crisis. This institute, that was introduced by D.L. n. 118/2021 and then transfused into the CCIL, is new as well as the issues that arise when the debtor's assets are to be prevented from being the object of procedural and extrajudicial initiatives by creditors. The achievement of this objective is entrusted to protective and provisional measures. The paper analyzes the one and the other, reviews their discipline in the light of the numerous case law already expressed.

FORMULARI, INTELLIGENZA ARTIFICIALE E ONLINE LEGALTECH COMPANIES: EVOLUZIONE O RIVOLUZIONE?*

PAOLO COMOGLIO

Professore associato nell'Università di Genova

ELENA GRASSO

Ricercatore nell'Università di Genova

SOMMARIO: 1. Nuove tecnologie, semplificazione del diritto e “consumerizzazione” dei formulari. – 2. Una definizione minimale di intelligenza artificiale. – 3. AI e online legaltech companies: verso una “uberizzazione” dei formulari e delle professioni legali. – 4. AI, formulari e vita quotidiana: stato dell'arte. – 5. Il crepuscolo delle figure professionali tradizionali: Avvo, LegalZoom e Rocket Lawyer. – 6. Dai formulari tradizionali ai formulari intelligenti: alle origini di una differenza tra *civil law* e *common law*.

1. – Gli sviluppi tecnologici hanno sempre avuto un impatto significativo sul diritto. In effetti, oggi non pare più necessario chiedersi “se” le nuove tecnologie cambieranno la legge, ma “come” la cambieranno. Naturalmente, poiché le nuove tecnologie sono in continua evoluzione, è difficile capire quali saranno gli sviluppi in futuro¹.

Questo è il motivo per cui l'obiettivo dell'analisi di queste brevi riflessioni non è quello di dare risposte, ma di evidenziare i problemi che possono sorgere.

Anzitutto, sembra possibile partire da una constatazione abbastanza ovvia: si può dire, infatti, che il diritto è sempre in costante lotta tra semplificazione e formalismo. La richiesta di semplificare la legge rappresenta un ideale, anzi, forse addirittura un vero e proprio mito. Ma come ogni ideale, è fondamentalmente impossibile da raggiungere. Inoltre, senza forme, sarebbe praticamente impossibile proteggere un diritto. In effetti, si può dire che i formulari rappresentino in modo emblematico

* Per quanto frutto di studio e riflessioni congiunte, i paragrafi da 1 a 3 sono di Paolo Comoglio, mentre i paragrafi da 4 a 6 sono di Elena Grasso.

¹ SHEPPARD, *Warming up to inscrutability: How technology could challenge our concept of law*, in 68 U.T.L.J., 2018, 36. Cfr. anche Benyekhlef (a cura di), *AI and Law: a Critical Overview*, Montreal, 2021.

questa intrinseca ambivalenza. L'evoluzione dei formulari può essere letta proprio nella prospettiva di una progressiva semplificazione del diritto².

Inizialmente, le "formule" erano "il" diritto. Come giustamente osservato, "nell'antica Roma l'influsso della forma è fondamentale. Alle sue origini, la legge è prima di tutto un rito che opera in un universo incantato. Il gesto è pesante, il discorso performativo e la solennità delle forme garantiscono l'efficacia della legge"³.

La rigidità di questo sistema ha portato gradualmente al suo superamento. Tuttavia, le formule non sono andate perdute. Abbiamo assistito, per così dire, al loro graduale deterioramento. Infatti, le formule si sono progressivamente trasformate in compendi, i formulari per l'esattezza. Inizialmente, i formulari avevano una funzione mista. Si potrebbe anche parlare dei formulari come di una "fonte minore" del diritto: soprattutto nel Medioevo, i formulari venivano utilizzati anche per fare una ricognizione delle consuetudini in vigore. Non è un caso che allora i formulari fossero parte integrante dei trattati giuridici.

A poco a poco, però, i formulari hanno perso questa funzione, diventando progressivamente dei semplici strumenti di ausilio nella redazione di atti giuridici. Progressivamente, si sono staccati dagli altri testi giuridici e sono diventati, per così dire, un genere letterario autonomo, tanto da non richiedere nemmeno l'indicazione dei nomi degli autori, come se la raccolta delle formule non richiedesse alcuna specifica attività intellettuale. A tal proposito, è stato osservato che « ce qui a changé, c'est l'autorité confiée à ce qui fut très longtemps et devrait toujours être qu'un outil à l'usage des praticiens et des justiciables »⁴.

In realtà, questo degrado delle forme è probabilmente più apparente che reale. In effetti – e bisogna davvero ammetterlo – i giuristi sono sempre stati affascinati dal formalismo⁵; si può dire che le formule contenute nei formulari hanno spesso influenzato in modo significativo l'applicazione del diritto, come una sorta di fonte "nascosta" o "minore" del diritto⁶.

² SINISI, *Formulari e cultura giuridica notarile nell'età moderna. L'esperienza genovese*, Milano, 1997, *passim*.

³ GUILLEMARD, KERNEIS, MENETREY, *La vie formulaire – Entre procédure judiciaire et dérive administrative du droit d'hier à aujourd'hui*, in 8 *Revue int. droit proc.*, 2018, 322..

⁴ V., ancora, GUILLEMARD, KERNEIS, MENETREY, *La vie formulaire – Entre procédure judiciaire et dérive administrative du droit d'hier à aujourd'hui*, cit., 342.

⁵ In generale, sull'attrattiva del formalismo per gli avvocati, si veda SATTA, *Il formalismo nel processo*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 45.

⁶ SINISI, *Formulari e cultura giuridica notarile nell'età moderna. L'esperienza genovese*, cit., 22 ss.

Ciò è tanto più evidente nel caso delle norme processuali, dove c'è il grande rischio che le forme si trasformino in vuoti formalismi privi di effettivo significato. Questa contraddizione è tipica praticamente di tutti i codici processuali: all'affermazione del principio della libertà di forma spesso segue una procedura altamente dettagliata e strutturata; non è un caso che l'importanza dei formulari nella procedura sia tuttora in costante aumento⁷.

Tuttavia, va anche notato che l'evoluzione delle forme (e del diritto stesso) può essere analizzata anche in parallelo con l'evoluzione delle tecniche di documentazione, in una prospettiva che potremmo quindi chiamare "documentale"⁸. In generale, si può giustamente notare che « les documents eux-mêmes se sont transformés. Leur nombre, leur forme, leur contenu et leur fonction ont changé en lien avec l'organisation des sociétés et aussi avec les performances quantitatives et qualitatives des technologies de représentation »⁹.

In effetti, ogni innovazione nelle tecniche di scrittura e documentazione ha influenzato in modo significativo l'evoluzione delle forme giuridiche e, soprattutto, processuali. Detto questo, questi due fattori evolutivi (la necessità di semplificazione e gli sviluppi tecnologici) possono portare a una nuova evoluzione delle forme e degli stessi formulari. In particolare, probabilmente non pare azzardato che, proprio a causa delle nuove tecnologie digitali, si potrà presto parlare di "formulari intelligenti".

Naturalmente, si tratta di un problema complesso che richiederebbe riflessioni più approfondite. Tuttavia, non sembra un caso che prima dell'invenzione della stampa (quando era certamente difficile e costoso redigere documenti scritti), i formulari fossero utilizzati principalmente dalle burocrazie statali e dai notai. Invece, proprio a partire dall'invenzione della stampa, si è verificata un'ampia diffusione dei formulari, anche a quelli che oggi potremmo definire come operatori privati del diritto. Proprio l'invenzione della stampa può essere vista come uno dei fattori determinanti che hanno determinato la progressiva evoluzione dei formulari in strumenti di ausilio all'attività professionale.

⁷ In tal senso, v. GUILLEMARD, KERNEIS, MENETREY, *La vie formulaire – Entre procédure judiciaire et dérive administrative du droit d'hier à aujourd'hui*, cit., 319.

⁸ In generale, sull'influenza delle tecniche di documentazione sul diritto, si veda VISMANN, *Files. Diritto e tecnologia dei media*, Stanford, 2008, trad. ing. Di *Medientechnik und Recht*, Francoforte sul Meno, 2000, 61 ss. e BURKE, *Una storia sociale della conoscenza II. Dall'enciclopedia a Wikipedia*, Cambridge, 2012, 197.

⁹ SALAÜN, *Visto, letto, su. Les architectes de l'information face à l'oligopoly du web*, Paris, 2012, 27. Dello stesso autore, vedi Id., *Perché il documento è importante... e come si sta trasformando*, in *Monist*, 2014, 97 (2), 187.

Ebbene, seguendo questa prospettiva documentale e tecnologica, sembra possibile prevedere che, proprio in considerazione delle più recenti innovazioni tecnologiche (e, in particolare, dell'intelligenza artificiale generativa), si possa aprire una nuova fase nell'evoluzione dei formulari¹⁰. Ad esempio, la facilità con cui è oggi possibile reperire informazioni su Internet sta progressivamente portando a una progressiva "divulgazione" dei formulari. Infatti, prima di internet, solo i professionisti del diritto conoscevano e utilizzavano i moduli. Anzi, possiamo dire che ne erano gelosi, per non svelare ai loro clienti i trucchi del mestiere. Con internet, invece, non è più così. Chiunque ha libero accesso a modelli o formulari di atti giuridici. A questo proposito, potremmo parlare di una vera e propria "consumerizzazione" dei formulari. Appare inevitabile che l'ormai imminente utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale non possa che accentuare ulteriormente questo fenomeno¹¹.

2. – Senza dubbio, l'argomento è molto complesso. D'altro canto, la nozione stessa di intelligenza artificiale è ambigua. Anzi, secondo alcuni, un'espressione del genere sarebbe vuota e fuorviante¹².

D'altra parte, per definire il concetto di intelligenza artificiale, bisognerebbe prima definire cosa si intende per intelligenza umana, ovvero individuare le caratteristiche distintive del pensiero umano, questione ancora incerta e dibattuta, soprattutto tenendo in considerazione i continui progressi delle neuroscienze¹³.

¹⁰ Sulle possibili applicazioni delle nuove tecnologie nella redazione degli atti e dei pareri legali, cfr., a titolo puramente esemplificativo, PHELPS, ASHLEY, *"Alexa, Write a Memo": The Promise and Challenges of AI and Legal Writing*, in 26 *Legal Writing: J. Legal Writing Inst.*, 2022, 329.

¹¹ In generale, anche per ulteriori riferimenti, cfr. ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in The Digital Age*, Cambridge, 2017, passim e spec. 234 ss., R. SUSSKIND, D. SUSSKIND, *The Future of The Professions, How Technology Will Transform the Work of Human Experts*, 231, Oxford, 2015, REMUS, LEVY, *Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law*, in 30 *Geo. J. Legal Ethics*, 2017, 501.

¹² KAPLAN, *Intelligenza Artificiale. Guida al futuro prossimo*, Roma, 2017 (da cui è tratta la citazione), trad. it. di *Artificial Intelligence. What Everyone Needs to Know*, New York, 2016; HILL, *What an Algorithm Is, Philos.*, 2016, 35, WEINBERGER, *La stanza intelligente. La conoscenza come proprietà della rete*, Torino, 2012, 7.

¹³ M. TARUFFO, *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?*, cit., 1247, ID., *Processo e neuroscienze. Cenni generali*, in *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 309, M. TARUFFO, J. NIEVA FENOLL (coord.), *Neurociencia y proceso judicial*, Madrid, 2013, M. Julià Pijoan, *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada. Una reflexión acerca de la neuropredicción*, Madrid, 2020, D. PATTERSON, M.S. PARDO (a cura di), *Philosophical foundations of Law and Neuroscience*, Oxford, 2016,

In ogni caso, sembra possibile, in modo generale e forse anche un po' generico, definire "intelligente" un programma informatico in grado di replicare (la cosiddetta IA "forte"), o almeno simulare (la cosiddetta IA "debole"), tutto o parte del processo decisionale umano¹⁴.

Al momento, in realtà, non esistono ancora forti programmi di intelligenza artificiale¹⁵. Al contrario, l'approccio "debole" è quello che dà i migliori risultati ed è alla base dei programmi di IA più utilizzati, anche nei procedimenti giudiziari, come dimostrano chiaramente i programmi utilizzati per l'esame dei documenti nella fase di *discovery* del processo federale statunitense¹⁶.

Pertanto, ai fini di queste brevi riflessioni, è possibile immaginare programmi "intelligenti" in grado di svolgere compiti che, se eseguiti dall'uomo, richiedono l'uso dell'intelligenza per risolvere i problemi posti da tali compiti. Tuttavia, questa definizione deve essere chiarita e specificata, sia dal punto di vista funzionale che strutturale. Ai fini di queste brevi riflessioni, infatti, sembra possibile prendere come punto di partenza la definizione di intelligenza artificiale utilizzata nella proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, definizione secondo cui sono considerati "intelligenti" tutti i sistemi che, anche senza tecniche di machine learning, sono in grado di "generare risultati come contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono"¹⁷.

Tuttavia, questa definizione appare eccessivamente ampia, soprattutto ai fini di questo breve articolo: invero, dal punto di vista funzionale si potrebbe considerare intelligente anche un programma in grado di

L. SHAPIRO, *Embodied Cognition*, London-New York, 2011, RUMIATI, *Decisioni giudiziarie e neuroscienze seduttive*, in *Giornale italiano di psicologia*, 2016, 777.

¹⁴ J. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., 99, Ferrari, Becker, *Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório*, in NUNES, DOS SANTOS LUCON, WOLKART, *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*, Salvador, 2021, 291, KEATS CITRON, PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in 89 *Wash. L. Rev.*, 2014, 6, Nissan, *Tecnologie digitali e impatto attuale e prevedibile dell'intelligenza artificiale sull'avvocatura, il giudizio, la polizia e le forze dell'ordine*, in 32 *AI & Soc.*, 2017, 441.

¹⁵ FLORIDI, *La 4° rivoluzione. Come l'infosfera sta rimodellando la realtà umana*, Oxford, 2014, 140.

¹⁶ HUME, *Prepararsi per il prossimo futuro: apprendimento profondo e legge*, in Baron, LOSEY, BERMAN (a cura di), *Prospettive sulla codifica predittiva. e altri metodi di ricerca avanzata per l'operatore legale*, Chicago, 2016, 559.

¹⁷ Cfr., in tal senso, la definizione di intelligenza artificiale contenuta nella proposta di cui all'articolo 3, paragrafo 1, relativa a un quadro normativo europeo in materia di intelligenza artificiale; Per leggere il testo della proposta <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/policies/regulatory-framework-ai>.

automatizzare compiti che, pur richiedendo l'uso dell'intelligenza, si basano su poche variabili facilmente identificabili all'inizio del processo decisionale. Questi tipi di programmi sono generalmente inclusi nella nozione di intelligenza artificiale. Tuttavia, per quel che qui interessa sembra preferibile limitare la definizione di intelligenza artificiale, includendovi, cioè, esclusivamente programmi in grado di svolgere compiti complessi, ovvero compiti che richiedono un processo decisionale basato su molti parametri (ossia in tutti i casi in cui è necessario prendere decisioni in condizioni di incertezza).

In effetti, un programma di intelligenza artificiale che automatizza processi decisionali semplici, altro non è che l'evoluzione di fenomeni di automazione già da tempo presenti e conosciuti. Viceversa, è proprio con riferimento alle decisioni complesse, ossia alle decisioni da prendere in situazioni di incertezza che i programmi di intelligenza artificiale stanno facendo la differenza rispetto alle tecnologie utilizzate in precedenza.

Ma non è tutto. I programmi di intelligenza artificiale attualmente in uso si basano essenzialmente su algoritmi che, elaborando una grande quantità di dati e ricavandone delle correlazioni, sono in grado di prendere decisioni che sembrano umane¹⁸. Tuttavia, al di là di questo schema di base, gli algoritmi differiscono l'uno dall'altro poiché le tecniche che i programmatori utilizzano per l'analisi dei dati sono molto diverse fra loro¹⁹.

Dal punto di vista funzionale, per quanto estremamente variegata fra loro, fra le varie tecniche di elaborazione dei dati appare importante distinguere i programmi di intelligenza artificiale ad apprendimento automatico. In effetti, alcuni programmi di intelligenza artificiale si basano su algoritmi in grado di apprendere dalla propria esperienza, ovvero programmi che, indipendentemente dalla tecnica utilizzata (reti neurali, *machine learning*, deep learning, ecc.), sono in grado di riprogrammarsi da soli (modifica delle istruzioni iniziali del programmatore per tenere conto dei dati elaborati gradualmente)²⁰.

Ebbene, ai fini che qui ci interessano, sembra possibile fare riferimento a una nozione più specifica di intelligenza artificiale, nozione quindi limitata

¹⁸ J. NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., 99.

¹⁹ BURRELL, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, 2; MCKINLAY, *Evidence, Explanation and Predictive Data Modelling*, in *Philos. Technol.*, 2017, 463.

²⁰ GROSSMAN, CORMACK, *Technology-Assisted Review in EDiscovery can be more effective and more efficient than exhaustive Manual Review*, in 17 *Rich. J.L. & Tech.*, 2011, 82; D. NERSESSIAN, R. MANCHA, *From Automation to Autonomy: Legal and Ethical Responsibility Gaps in Artificial Intelligence Innovation*, in 27 *Michigan Technology Law Review*, 2020, 55

ai soli programmi di intelligenza artificiale che imparano dalla propria esperienza. In effetti, solo questi programmi paiono presentare le tre caratteristiche tipiche e davvero distintive di un programma di intelligenza artificiale: la complessità, ovvero un programma basato su istruzioni informatiche estremamente complesse; la segretezza, cioè un programma protetto dal diritto d'autore; e la contro intuitività, dal momento che la continua riprogrammazione impedisce a una persona umana di comprendere – almeno facilmente – i fattori che hanno portato il programma a decidere in un certo modo.

In questo contesto, ed esclusivamente ai fini di questo saggio, sembra possibile considerare come programmi di intelligenza artificiale solo quelli che, oltre ad essere in grado di prendere decisioni complesse, sono anche in grado di riprogrammarsi. In effetti, a differenza delle altre caratteristiche, la controintuitività è proprio la caratteristica degli strumenti di Intelligenza Artificiale che pone le sfide più innovative in ambito legale²¹.

In effetti, un software, anche se straordinariamente complesso, non crea particolari problemi se è comprensibile da un essere umano o, comunque, da un esperto del settore (come un informatico). In questo caso, i problemi sono simili a quelli che esistono da molto tempo rispetto all'uso di un perito. Viceversa, nel caso dei programmi di apprendimento automatico, nessuno, nemmeno chi li avrebbe programmati, può capire esattamente cosa fa il software; proprio questa caratteristica funzionale crea dubbi e incertezze (soprattutto per quanto riguarda l'individuazione delle responsabilità in caso di danni causati dai sistemi di IA)²².

3. – Come accennato, l'intelligenza artificiale copre un'ampia gamma di tecniche, per giunta in rapida evoluzione. Per quanto riguarda questa analisi, però, come si è già detto, sono i programmi di intelligenza artificiale ad apprendimento automatico che paiono porre i problemi più delicati. Ad esempio, non pare azzardato ipotizzare che, anche nel breve periodo, saranno disponibili dei “formulari intelligenti”, ovvero formulari che, parafrasando una bella espressione usata da Antoine Garapon e Jean

²¹ W.N. PRICE, A.K. RAI, *Clearing Opacity through Machine Learning*, in 106 *Iowa L Rev.*, 2021, 775; ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in The Digital Age*, cit., 234 ss., Remus, Levy, *Can Robots Be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law*, cit., 501.

²² V., a tal proposito, SAMOILI, LÓPEZ COBO, GÓMEZ, DE PRATO, MARTÍNEZ-PLUMED, DELIPETREV, *AI Watch. Defining Artificial Intelligence. Towards an operational definition and taxonomy of artificial intelligence*, EUR 30117 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020.

Lassègue a proposito delle prove nel loro libro sulla "Giustizia digitale", parlano "da soli"²³.

Ci sono già molte ricerche in questo ambito, ma soprattutto esistono già diverse aziende (le cosiddette *legaltech companies*) che hanno l'obiettivo di creare e gestire commercialmente programmi di intelligenza artificiale in grado di assistere l'utente nella redazione di atti giuridici²⁴.

Sembra quindi possibile affermare di essere all'inizio di una nuova fase evolutiva dei formulari. Proprio per questo appare necessario analizzare la loro eventuale nuova funzione e le loro possibili conseguenze sulle professioni legali²⁵.

Innanzitutto, è necessario valutare se vi sia la necessità di una regolamentazione normativa specifica per i formulari intelligenti. In particolare, si pone la questione se la legge debba imporre requisiti di affidabilità a tali sistemi. Questa esigenza certamente non si è mai posta nel caso dei formulari tradizionali; trattandosi di semplici strumenti di aiuto al professionista, è sempre spettato a quest'ultimo decidere se utilizzare e come adattare i vari modelli inseriti nei formulari; ed è sempre il professionista che si assume la responsabilità dell'uso dei formulari. Questo ragionamento, però, non sembra più valido nel caso di formulari intelligenti, soprattutto per quelli in cui l'utente venisse guidato nella stesura di atti senza l'intervento di un professionista.

Il problema è evidentemente serio e richiede di verificare se, proprio per questo, la legge dovrebbe imporre specifici requisiti di affidabilità per i formulari intelligenti. Apparentemente, il problema non sembra differire dai modelli di documenti giuridici attualmente disponibili su internet. In effetti, si potrebbe pensare che chiunque sappia che un modello di documento

²³ A. GARAPON, J. LASSEGUE, *Justice digitale*, Paris, 2018, 175. Sul tema, cfr., ancora recentemente, PHELPS, ASHLEY, "Alexa, Write a Memo": *The Promise and Challenges of AI and Legal Writing*, cit., 329.

²⁴ SLAMA, LOUIS, *Étude comparative d'outils d'intelligence artificielle offerts par les legaltechs aux professionnels du droit*, 2023, 56, document de travail n° 33, <https://www.cyberjustice.ca/publications/etude-comparative-des-outils-offerts-par-les-legaltechs-aux-professionnels-du-droit/>

²⁵ Tra i tanti articoli e libri dedicati alle possibili trasformazioni delle professioni legali indotte dall'intelligenza artificiale, segnaliamo, tra gli altri, ENGSTROM (a cura di), *Legal Tech and the Future of Civil Justice*, Cambridge, 2023, R. SUSSKIND, *Tomorrow's lawyers: an introduction to your future*, Oxford, 2013; R. SUSSKIND, D. SUSSKIND, *The future of the professions: how technology will transform the work of human experts*, cit., Davis, *Of Robolawyers and Robojudges*, in 73 *Hastings L.J.*, 2022, 1173, ROSTAIN, *Robots versus Lawyers: A User-Centered Approach*, in 30 *Geo. J. Legal Ethics* 2017, 559, MCGINNIS, PEARCE, *The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services*, in 82 *Fordham L. Rev.*, 2014, 3041.

trovato su Internet non è di per sé affidabile e immediatamente utilizzabile. Tuttavia, questa percezione può sfumare nel caso di un formulario intelligente. In questo caso, l'utente potrebbe essere più facilmente indotto a considerare affidabile il prodotto sviluppato dal sistema di IA che lo ha guidato passo dopo passo nel processo di riempimento.

In effetti, la proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (in via di imminente approvazione) non pare prendere in considerazione questo profilo di rischio, non considerando l'uso dell'intelligenza artificiale a fini di consulenza predittiva come attività ad alto rischio. Infatti, secondo tale proposta, solo i sistemi di IA ad alto rischio sarebbero regolamentati (e quindi certificati); tuttavia, i formulari intelligenti non parrebbero rientrare in un settore ad alto rischio. In effetti, il punto 8 dell'allegato III della proposta considera ad alto rischio solo i sistemi di IA «destinati ad assistere le autorità giudiziarie», così implicitamente escludendo dall'ambito di applicazione formulari utilizzati al di fuori dell'attività giurisdizionale²⁶.

Al netto delle possibili modificazioni prima dell'emanazione definitiva del regolamento, questa impostazione non pare condivisibile. Si pensi, ad esempio, a una persona che consulta un programma di giustizia predittiva e, basandosi unicamente sulla soluzione prevista da tale programma, decida di non intraprendere un'azione legale. Appare francamente difficile pensare che un simile uso di un programma di intelligenza artificiale non sia ad alto rischio; e ciò anche a tacere dei possibili gravi conflitti di interesse che potrebbero insorgere fra il proprietario-gestore dei formulari intelligenti (magari interessato a disincentivare o a incentivare una determinata tipologia di contenzioso) e gli utenti.

Ma non è solo una questione di regolamentazione normativa. Anche supponendo che la legge garantisca l'affidabilità dei moduli intelligenti, l'uso di questi programmi può avere un impatto molto significativo sulle professioni legali²⁷.

Si potrebbe parlare di una possibile “uberizzazione” delle professioni legali, con una rottura del (ormai già incrinato) monopolio degli avvocati. Si

²⁶ Cfr. allegato I alla proposta di regolamento europeo (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/policies/regulatory-framework-ai>).

²⁷ Sulla possibilità che gli strumenti di intelligenza artificiale siano presto in grado di offrire consigli e indicare scenari processuali, si vedano J.P. DAVIS, *Of Robolawyers and Robojudges*, in *Hastings Law Journal*, 2022, 1173 ss., ASHLEY, *Artificial Intelligence and Legal Analytics: New Tools for Law Practice in The Digital Age*, Cambridge, 2017, *passim* e spec. 234 ss., R. SUSSKIND, D. SUSSKIND, *The future of the professions: how technology will transform the work of human experts*, cit., DAVIS, *Of Robolawyers and Robojudges*, in 73 *Hastings L.J.*, 2022, 1173, MCGINNIS, PEARCE, *The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services*, in 82 *Fordham L. Rev.*, 2014, 3041.

potrebbe anche azzardare, addirittura, l'uso di formulari intelligenti come nuova forma di patrocinio a spese dello Stato. È in questo senso, quindi, che ci si può chiedere se il prossimo uso dell'intelligenza artificiale nelle professioni legali rappresenti una mera evoluzione dei formulari o se, al contrario, ci si trovi di fronte a una vera e propria rivoluzione.

4. – Il rapporto fra diritto e tecnologia sta diventando sempre più critico e ciò non solo per quanto riguarda la regolazione dell'intelligenza artificiale in sé, ma anche per ciò che concerne l'organizzazione e la fruizione di assistenza e servizi legali. La tecnologia sta infatti aiutando gli avvocati attraverso un'ampia gamma di servizi automatizzati come la scrittura, l'editing e l'assemblaggio della documentazione e sta anche rimodellando il modo in cui gli avvocati trovano i loro clienti.

Per la maggior parte dei fruitori dei servizi giuridici, questi sviluppi hanno una connotazione positiva poiché in genere riducono i costi e aumentano l'accessibilità, l'efficienza e il livello di trasparenza di tutto ciò che orbita intorno al mondo del diritto, che, come abbiamo visto nel corso del tempo, è stato gelosamente custodito dai giuristi. Uno dei motivi per cui chi necessitava di assistenza legale tradizionalmente si affidava alle raccomandazioni di amici o familiari per quanto riguarda la scelta di un avvocato era la scarsa credibilità delle informazioni reperibili “per sentito dire” sulla qualità dei servizi legali forniti. D'altro canto, in termini di efficacia, trovare il professionista giusto fa parte della soluzione di un problema e la possibilità di accedere a chi offre i servizi ritenuti più adatti è il più delle volte appannaggio delle classi più agiate e culturalmente avanzate. Per questo motivo, i potenziali vantaggi derivanti da soluzioni basate sull'IA sono particolarmente significativi per i consumatori a medio e basso reddito, che non hanno i mezzi per soddisfare un'ampia gamma di esigenze legali di base, spesso urgenti.

Anche se la maggior parte delle riflessioni della dottrina riguarda attualmente l'utilizzo degli strumenti di IA da parte dei giudici, molte delle questioni attorno alle quali in oggi si dibatte si concentrano sugli attori del processo e sulla loro attività nella costruzione preliminare dell'edificio della giustizia. Tra questi vi sono gli operatori del diritto, come gli avvocati. La misura in cui la tecnologia trasformerà la pratica del diritto è pertanto messa in discussione e tale spinta arriva dai Paesi dove le innovazioni tecnologiche applicate al diritto sono più proattive, come avviene negli Stati Uniti²⁸: in

²⁸ J. O. MCGINNIS, R. J. PEARCE, *The Great Disruption: How Machine Intelligence Will Transform the Role of Lawyers in the Delivery of Legal Services*, in *Fordham Law Review*, Vol. 82, Issue 6, 2014, p. 3041 ss.

questo contesto, alcuni prevedono un futuro in cui l'intelligenza artificiale forense sostituirà in gran parte gli esseri umani nella fornitura di consulenza legale e nella redazione di documenti, mentre è già assodato di come essa sia ampiamente utilizzata nella revisione e nella redazione di atti giuridici²⁹.

Tuttavia, per gli avvocati, le conseguenze della tecnologia sono oggetto di visioni diverse, sovente in aperto contrasto tra di loro. Molti commentatori sostengono che l'innovazione tecnologica e la standardizzazione possano aiutare gli avvocati ad aumentare i profitti riducendo i costi. D'altra parte, molti ritengono che la loro indipendenza e i loro profitti siano minacciati dall'aumento del numero di moduli online, dagli algoritmi computerizzati e dalla concorrenza con i prezzi proposti dai fornitori di servizi in Internet. È un processo che non può essere arrestato e che postula il fatto che le innovazioni tecnologiche sono destinate a rimanere, e hanno un'indiscutibile valenza sociale, che può contribuire a soddisfare le esigenze giuridiche più di routine delle classi popolari e medie: in alcuni contesti, che si tratti della redazione di testamenti o della costituzione di società a responsabilità limitata, l'intelligenza artificiale sta già sostituendo gli avvocati³⁰.

Si tratta ovviamente di un fenomeno che riguarda gli USA più che il vecchio continente, come dimostra chiaramente la storia delle piattaforme LegalZoom, Rocket Avocat e Avvo Legal Services³¹. Nei grandi spazi aperti del Nord America, l'idea di un pacchetto che fornisca l'accesso a servizi standardizzati per sposarsi, divorziare o fare testamento ha avuto un certo

²⁹ R. DIPSHAN, *Looking Beyond Document Review, Legal Is Branching Out with Artificial Intelligence*, (23 luglio 2018), accessibile al link www.law.com/legaltechnews/2018/07/23/looking-beyonddocument-review-legal-is-bmncing-out-with-artificial-intelligence/?slreturn=20190128214952; W. HENDERSON, *What the Jobs Are: New Tech and Client Needs Create a New Field of Legal Operations*, in A.B.A. J. (Oct. 2015), accessibile al link www.abajournal.com/magazine/article/what-the-jobs-are.

³⁰ Si veda il rapporto *Legal Services Corporation. 2017. The Justice Gap: Measuring the Unmet Civil Legal Needs of Low-income Americans*. Prepared by NORC at the University of Chicago for Legal Services Corporation, Washington, DC.

³¹ Bisogna fare una distinzione tra queste tre innovazioni: Avvo Legal Services, un servizio chiuso nel luglio 2018 a seguito di pressioni da parte delle autorità di regolamentazione per aver violato le regole etiche, ha automatizzato l'esperienza di acquisto, non il lavoro in sé. Per mantenere il successo, Avvo aveva bisogno di continuare ad attirare potenziali clienti, il che ha reso necessario l'acquisto di pubblicità. L'innovazione riguarda la connessione attraverso la piattaforma del cliente e del professionista, mentre Rocket Avocat e LegalZoom sono caratterizzati da tariffe fisse per i servizi attuali. Cfr. B. H. BARTON E D. L. RHODE, *Access to Justice and Routine Legal Services: New Technologies Meet Bar Regulators*, in 70 *Hastings L.J.* (2019) p. 955 ss.

successo³² mentre in altri casi sono le associazioni che promuovono l'incontro di presone vulnerabili con avvocati specializzati che non avrebbero magari potuto reperire da sole³³.

In ogni caso, i servizi gratuiti o a pagamento basati su moduli che guidano l'utente a effettuare da solo scelte inerenti a una procedura a contenuto giuridico mediante l'utilizzo di un'interfaccia costruita su un sistema di domande e risposte sono diventati sempre più sofisticati. Tuttavia, in questo caso il rischio di una polverizzazione della responsabilità civile è molto elevato e il rischio di non sapere a chi allocare la colpa di un eventuale errore è probabile che abbia un impatto più grave sui consumatori della classe medio-bassa.

5. – La difficoltà di profilare un cliente cui vendere determinati servizi e qualcosa che ben conosce il diritto dei consumatori³⁴. A tale proposito, si spreca in dottrina i riferimenti al consumatore medio, anche se quest'ultimo è un miraggio che nel corso del tempo è sensibilmente cambiato: nella maggior parte dei casi, il consumatore medio è considerato chi acquista o si serve di beni di consumo in modo ragionevolmente informato, attento e saggio. Tuttavia, quando una pratica commerciale si rivolge specificamente a un determinato gruppo di consumatori, il consumatore medio è individuato facendo riferimento al membro medio di tale gruppo. In questo senso, la questione che si pone nell'utilizzo di servizi giuridici online è quella dell'effettiva consapevolezza dei consumatori nell'utilizzo di strumenti che spesso hanno la caratteristica di essere più economici rispetto ai servizi legali tradizionali, accessibili in modo immediato, semplici e veloci da utilizzare. La realtà sociale è ormai superata in termini di lavoro, organizzazione e commercio e, pertanto, è inevitabile

³² A. SOHN, *Easier Path to Divorce? Go Online*, in *N.Y. Times*, Feb. 8, 2018,

³³ Si vedano le attività finanziate da TIME'S UP, *Legal Defense Fund*, che mira ad aiutare le persone che hanno subito molestie sessuali o ritorsioni sul lavoro a farsi avanti per chiedere giustizia mettendole in contatto con avvocati per una consulenza iniziale gratuita. In alcuni casi, il TIME'S UP Legal Defense Fund aiuta a pagare le spese legali e l'assistenza alle pubbliche relazioni. Per maggiori informazioni si rimanda al sito <https://nwl.org/times-up-legal-defense-fund/legal-help-for-sex-discrimination-and-harassment/>.

³⁴ A. SACCOMANI, *Le nozioni di consumatore e di consumatore medio nella direttiva 2005/20/CE*, in E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano 2007, p. 141s; R. Incardona, C. Poncibò, *The Average Consumer Test in the unfair Commercial Practices Directive: Liberal and Anti-paternalistic or Simply Approximate?*, in *Journal of Consumer Policy Issue*, vol. 30, n.1, 2007, pp. 21-38.

che il giurista si interroghi sull'asimmetria del rapporto tra tecnologia e consumatori più vulnerabili³⁵.

In quest'ottica, l'esperienza di Avvo è stata pionieristica: essendo prima di tutto un sito in cui i clienti possono trovare degli avvocati, Avvo ha avuto il merito di rendere pubblico ciò che gli ordini professionali hanno fatto con riluttanza, ovvero ha reso accessibili i provvedimenti disciplinari e i casi di illeciti deontologici degli avvocati, nonché le citazioni effettuate dai loro clienti.³⁶

I proventi di Avvo traevano origine dall'acquisto di pubblicità o servizi da parte degli avvocati per raggiungere il numero più grande di clienti possibile e questo si realizzava attraverso un forum di domande e risposte che ha portato gli avvocati iscritti a dare brevi risposte ai quesiti posti. Queste risposte sono state poi organizzate in guide che forniscono una panoramica su un problema specifico. Il vantaggio di partecipare a un sistema del genere era che costituito dal fatto che gli avvocati che ricevevano una valutazione positiva vedevano la propria reputazione crescere in modo rapido e senza bisogno di essere portata alla conoscenza di terzi attraverso il lento meccanismo del passaparola.

La piattaforma si è evoluta nella direzione di chiedere agli utenti un compenso fisso per un determinato servizio reso da un avvocato scelto tra i professionisti più vicini. Una volta che il professionista ha accettato l'incarico, la piattaforma trattiene una commissione a titolo di diritto di agenzia. Questo pagamento, camuffato da diritto di agenzia, è stato sempre più visto da un numero crescente di organismi professionali nei vari stati americani come il pagamento di una raccomandazione. A differenza di Avvo, LegalZoom e Rocket Lawyer hanno invece ideato moduli intelligenti che non devono essere confusi con la consulenza legale³⁷.

³⁵ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari, 2011; G. ALPA, "Consumatori e utenti, il problema dell'informazione", in *Dir. inf. e inform.*, 1985, p. 86 ss., evidenzia la progressiva legalizzazione dell'informazione e rileva lo squilibrio culturale, causato da un'accentuata disparità di conoscenze tecniche e di informazione tra le parti.

³⁶ Vedi *Brown v. Avvo*, in cui un avvocato ha citato in giudizio Avvo (e ha perso la causa) per i danni causati dalla pubblicizzazione di un ordine emesso contro di lui dal Washington State Law Enforcement Board. *Brown v. Avvo, Inc.*, 525 F. Supp. 2d 1249.

³⁷ G. ORUM HERNANDEZ, *Rocket Lawyer, LegalZoom Register in NJ; Avvo Weighing Pullout*, *Legaltech News* 11 luglio 2017. Si veda N.J. *Supreme Court Advisory Comm. On Prof I Ethics*; per lo Stato di New York, si veda N.Y. *State Bar Ass'n Comm. on Prof I Ethics*, Op. 1132 (8 agosto 2018). Si veda anche *Easy Legal Documents at Yours Fingertips*, Rocket law www.rocketlawyer.com/legal-documents (visitati il 1° agosto 2023); LegalZoom <https://www.legalzoom.com/forms>.

Altri siti, invece, offrono all'utente la possibilità di predisporre online in pochi minuti alcune tipologie di contratti su misura (es. apertura di società, partite IVA e costituzione di associazioni). La necessità di semplificare gli atti giuridici ha indotto anche la magistratura italiana a invocare l'utilizzo di moduli più semplici: ad esempio, nel febbraio 2019, il Tribunale di Torino e il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati della stessa città, al fine di velocizzare la procedura e assistere gli operatori del diritto, hanno sottoscritto un protocollo che prevede lo sviluppo di moduli giudiziari standardizzati nell'ambito della procedura di sfratto per morosità, con l'espressa indicazione che il loro utilizzo si tradurrà in un miglior trattamento economico per l'avvocato in termini di pagamento delle spese di giudizio³⁸. Il tribunale dello Stato di New York è andato oltre, predisponendo un modulo di sfratto che offre 17 motivi agli inquilini per contestare le richieste dei proprietari³⁹.

Naturalmente, la formazione di alcuni documenti online ha reinventato il rapporto tra avvocato e cliente. I servizi disponibili online hanno ovviamente il vantaggio di economicità, accessibilità, semplicità e velocità nel loro utilizzo. Allo stesso tempo, influiscono sulla qualità del servizio, che può essere fornito anche da un non avvocato, tra i quali annoveriamo i cosiddetti *kit fai-da-te*. Molti Stati federati degli Stati Uniti hanno siti che forniscono agli utenti moduli semplici o interattivi per completare atti giuridici comuni come divorziare, cambiare piani genitoriali o rispondere a un'ingiunzione per gli arretrati dell'affitto⁴⁰.

In questo caso, i moduli intelligenti tendono a svolgere funzioni simili a quelle del notaio o del *Mckenzie friend* del Regno Unito, dove, ad esempio, la consulenza legale non rientra nella categoria delle "attività riservate" ai soli avvocati. Una ricerca ha a questo proposito dimostrato che, anche in presenza di avvocati, se c'è la possibilità di rivolgersi a personalità alternative, anche se meno qualificate, i consumatori spesso preferiscono rivolgersi queste ultime⁴¹. I consumatori inoltre acquistano sempre di più online e se nell'acquisto di beni il prezzo è un elemento decisivo,

³⁸ Disponibile all'indirizzo www.tribunale.torino.giustizia.it/FileTribunali/70/Sito/Protocolli/28.02.2019_Protocollo%20d'intesa%20tra%20Tribunale%20e%20Consiglio%20dell'Ordine%20degli%20Avvocati%20per%20la%20liquidazione%20delle%20spese%20di%20lite%20nei%20proc edimenti%20di%20convalida%20di%20sfratto.pdf

³⁹ Answering in Writing and Verification, N.Y.C. Housing Ct., accessibile al sito www.perma.cc/F8B7-BKA5.

⁴⁰ Serv. Legale Corp. Valutazione del sito web a livello statale: Rapporto per la comunità di giustizia 5-7 (2017), www.perma.cc/2DLT-ZPEV.

⁴¹ R.L. SANDERFUR, *The Fulcrum Point of Equal Access to Justice: Legal and Nonlegal Institutions of Remedy*, in 42 *Loy. L.A. L. Rev.*, 2009, p. 949 ss.

nell'acquisto di servizi, soprattutto di servizi legali, la velocità della risposta fornita e la chiarezza nella rappresentazione delle fasi del processo giudiziario sono elementi assai importanti, che non hanno bisogno di essere forniti da un avvocato ma possono essere egregiamente da non avvocati. Certamente, quanto più il problema è percepito dal cliente come un problema complesso, tanto meno è probabile che questi si rivolga a non-avvocati⁴².

6. – Come abbiamo visto, l'uso delle forme nel diritto dell'antica Roma costituiva la procedura processuale ordinaria a partire dal III secolo a.C. e per tutto il periodo classico sorse l'esigenza di offrire protezione anche a coloro che non potevano esercitare *legis actiones*, cioè i cittadini non romani, e per proteggere le nuove situazioni giuridiche che si crearono con l'espansione dei territori romani.

Nei paesi di *civil law*, la procedura si svolge secondo i moduli utilizzati dagli avvocati per la redazione di ciascun documento finalizzato all'avvio di una specifica procedura legale⁴³. Sebbene la disciplina del processo civile abbia il suo fulcro nell'udienza e la parola parlata debba prevalere sulla parola scritta, la difesa civile è ancora affidata prevalentemente agli atti della difesa, ai testi contenuti nelle citazioni, nei ricorsi, e nelle varie memorie difensive, che sono caratterizzati da un linguaggio specialistico spesso di difficile comprensione per i non addetti ai lavori⁴⁴.

Nei paesi di *common law*, la presenza di giurie nei tribunali solleva la questione della comprensione delle norme giuridiche affrontate da soggetti che non hanno necessariamente un background giuridico⁴⁵.

Per questo motivo, l'utilizzo di forme intelligenti si è sviluppato soprattutto nel mondo anglosassone. *Legal tech* è un termine che si riferisce

⁴² D. KRAFT et al., *Stratcom Strategic Commons, Revisione quinquennale della regolamentazione paralegale: risultati della ricerca. Rapporto finale per la Law Society Upper Canada* 6 (2012)

⁴³ G. CHIOVENDA, *Memorie difensive*, F. Cipriani (a cura di), Bologna, 2005; B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001, 32 e 189 ss.

⁴⁴ A. GAMBARO, *La prospettiva del privatista*, in F. Bambi-B. Pozzo (a cura di), *L'italiano giuridico che cambia, Atti del Convegno di Firenze del 1° ottobre 2010*, Firenze, 2012, spec. 34. F. SABATINI, *Dalla lingua comune al linguaggio del legislatore e dell'avvocato*, in A. MARIANI MARINI, M. PAGANELLI (a cura di), *L'avvocato è il processo. Le tecniche della difesa*, Milano, 2003, 7. T. DE MAURO, *Linguaggio giuridico: profili storici, sociologici e scientifici*, in Aa.Vv., *Linguaggio e giustizia*, Centro Pontino di Iniziative Giuridico-Sociali, Ancona, 1986, 18

⁴⁵ v., ad esempio, J.N. LÉVI, A. GRAFFAM WALKER (a cura di), *Language in the Judicial Process*, New York-Londra, 1990.

in senso lato all'adozione di tecnologie e software innovativi per semplificare e migliorare i servizi legali. I moduli intelligenti sono sempre più utilizzati se la questione legale è relativamente semplice. La bassa complessità della questione giuridica trattata aiuta il consumatore ad essere il motore della ricerca di una soluzione. In particolare, è stato dimostrato che in casi abbastanza semplici, la presenza di un avvocato non aumenta esponenzialmente le possibilità di un esito favorevole. Uno studio del Michigan ha confrontato i risultati di coloro che chiedono il divorzio senza rappresentanza registrata, utilizzando un modulo interattivo o utilizzando i servizi di un avvocato. Sorprendentemente, i risultati sono stati abbastanza simili⁴⁶.

In questo senso, le prestazioni del consumatore sono senza dubbio un fattore di successo delle forme interattive. Per quanto riguarda la soddisfazione del consumatore, poiché i servizi legali sono "*credence goods*", vale a dire servizi in cui l'elevato grado di asimmetria informativa non consente al cliente di identificare *ex ante* il tipo di servizio di cui ha bisogno, né di valutare *ex post* la qualità del servizio ricevuto, la valutazione della qualità del servizio ricevuto è complessa: il cliente spesso si lamenta di non essere richiamato al telefono, cioè di essere largamente trascurato e ha difficoltà nel distinguere tra una mancanza di ascolto che produce effetti giuridici o una mancanza di ascolto che comporta solo una valutazione scadente dei rapporti avvocato-cliente⁴⁷.

Più semplice è il servizio richiesto, più i servizi paralegali sono percepiti come in grado di soddisfare le esigenze dei clienti, indipendentemente dalla laurea in giurisprudenza, ma piuttosto in virtù dell'esperienza maturata nel settore⁴⁸. Per questo motivo è sempre più unito il fronte di coloro che sono

⁴⁶ Bridgeport Consulting, Michigan Legal Help Evaluation Report 6, 23 (2015) disponibile al link <https://mplp.org/sites/default/files/2020-02/michigan-legal-help-evaluation-report-1-15.pdf>.

⁴⁷ R.L. SANDEFUR, *Legal Advice from Nonlawyers: Consumer Demand, Provider Quality, and Public Harms*, in 16 *Stan. J. C.R. & C.L.* 2020, 284 ss.

⁴⁸ M. MILLEMAN et al., *Rethinking the Full-Service legal Representation Model: A Maryland Experiment*, in 30 *Clearinghouse Rev., Journal of Poverty Law*, vol. 30, 1997, 1178; R. MOORHEAD, A. SHERR, L. WEBLEY, S. ROGERS, L. SHERR, A. PATERSON, S. DOMBERGER, (2001). *Quality and Cost: Final Report on the Contracting of Civil, Non-Family Advice and Assistance Pilot: Final Report on the Contracting of Civil, Non-Family Advice and Assistance Project*. The Stationery Office; H. Genn et Y. Genn, *The effectiveness of representation at tribunals* (Report to Lord Chancellors; Queen Mary College, University of London) 1989 accessibile al sito www.ucl.ac.uk/judicial-institute/sites/judicial-institute/files/effectiveness_of_representation_at_tribunals.pdf ; Legal Services Consumer Panel, *Regulating Will-Writing* (2011), p. 24, accessibile link ali

favorevoli alla regolamentazione di alcune figure professionali che forniscono servizi legali⁴⁹.

Il rapporto tra il ruolo delle forme e i servizi legali resi dai non avvocati può non essere immediatamente percepito, ma trova il suo punto di caduta nella resistenza degli ordini professionali⁵⁰.

E' stata dimostrata l'efficacia dei kit per il divorzio e per il testamento utilizzati dai cittadini americani, senza bisogno di avvocati. In particolare, gli studi citati hanno dimostrato che gli errori commessi dai professionisti non superano significativamente quelli commessi dai profani. Naturalmente, l'efficacia dell'uso di un modulo dipende dall'alfabetizzazione informatica dei consumatori, e spesso provoca una diminuzione dell'innovazione giuridica perché il modulo guida l'utente lungo un percorso prefissato e difficile da modificare. Inoltre, più intelligente è la forma, più nubi si addensano intorno alla questione della responsabilità, che è al centro della differenziazione tra *common law* e *civil law*.

Abstract

FORMS, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ONLINE LEGALTECH COMPANIES: EVOLUTION OR REVOLUTION?

L'importanza dei formulari è sempre stata cruciale sin dai tempi dell'antichità, quando erano gelosamente custoditi dagli operatori del diritto che se ne servivano in quanto imprescindibili strumenti di ausilio all'attività professionale. L'avvento delle nuove tecnologie e la facilità con cui è oggi possibile reperire informazioni su Internet ha portato ad una progressiva divulgazione dei formulari e a una consumerizzazione dei "formulari intelligenti", ovvero formulari idonei ad assistere l'utente nella redazione di atti giuridici. Il servizio così offerto postula una rivisitazione della loro regolamentazione normativa, che non è presa in sufficiente considerazione dalla proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale, non considerando l'uso dell'intelligenza artificiale a fini di consulenza predittiva come attività ad alto rischio. Eppure, le esperienze nordamericane attestano che i formulari intelligenti e la consulenza legale a vario titolo offerta anche al di fuori dei servizi resi dagli avvocati costituiscono per le classi meno abbienti una risorsa non trascurabile, soprattutto nei casi più semplici o percepiti come tali.

https://www.legalservicesconsumerpanel.org.uk/publications/research_and_reports/documents/ConsumerPanel_WillwritingReport_Final.pdf

⁴⁹ J.C. HAN, *The Good Notario: Exploring Limited Licensure for Non-Attorney Immigration Practitioners*, in 64 *Vill. L. Rev.*, 2019, 165, sp. 190-191, disponibile in <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol64/iss2/1>; A.E. CARPENTER, *Trial and Error: Lawyer and Nonlawyer advocates*, in 42 *L. & Soc. Inquiry*, 2017, p. 1049 ss.

⁵⁰ D.L. RHODE & L. B. RICCA, *Protecting the Profession or the Public? Rethinking Unauthorized-Practice Enforcement*, in 82 *Fordham L. Review*, 2014, p. 2591-92.

The importance of forms has always been crucial since ancient times, when they were jealously guarded by legal practitioners who used them as essential tools to assist their professional activity. The advent of new technologies and the ease with which it is now possible to find information on the Internet has led to a progressive dissemination of forms and a consumerization of "intelligent forms", i.e. forms suitable for assisting the user in drafting legal documents. The service thus offered postulates a review of their regulatory regulation, which is not taken into sufficient consideration by the proposed European regulation on artificial intelligence, not considering the use of artificial intelligence for predictive consultancy purposes as a high-risk activity. Yet, North American experiences attest that intelligent forms and legal advice of various kinds offered even outside of the services provided by lawyers constitute a non-negligible resource for the less well-off classes, especially in the simplest cases or those perceived as such.

**GLI EFFETTI DELLE CONDOTTE OMISSIVE DELLE PARTI,
IN SEDE ARBITRALE E GIUDIZIALE,
QUANTO ALLE CONTESTAZIONI CIRCA LA (IN)VALIDITÀ
DELLA CONVENZIONE ARBITRALE**

ALBERT HENKE

*Professore associato
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. Casi di “invalidità” della convenzione arbitrale e loro rilevanza in sede arbitrale: le disposizioni rilevanti dell’art. 817 c.p.c. – 3. Gli effetti delle condotte omissive delle parti in sede arbitrale quanto alla determinazione della *potestas iudicandi* dell’arbitro. – 4. Condotte omissive delle parti in sede arbitrale, disciplina delle questioni pregiudiziali ed impugnazione del lodo. – 5. *Potestas iudicandi* dell’arbitro ed effetti delle condotte omissive delle parti in sede giudiziale nel regime dell’art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c.

1. – Il tema degli effetti della mancata proposizione dell’eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell’organo adito in presenza di una convenzione arbitrale, in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, è stato parzialmente inciso dal D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 che, in conformità all’ampio mandato conferito dalla legge-delega del 14 maggio 2005, n. 80¹, ha riformato il diritto dell’arbitrato in Italia, introducendo una serie di novità normative relative al problema dei rapporti - e conflitti - tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, per decenni - soprattutto in ragione del precedente vuoto legislativo - al centro di un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza. Le disposizioni rilevanti, tuttavia, sono piuttosto scarse ed involute e lasciano aperti non pochi problemi interpretativi e di coordinamento². Per il tema che ci occupa, rilevano, in particolare, gli artt.

¹Su cui v. P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile. Commentario*, II, Bologna, 2007, 1768 ss.; G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell’arbitrato. Commentario agli artt. 806 – 840 c.p.c. Aggiornato alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Padova, 2010, 281 ss.

²V., in tal senso, B. CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l’arbitrato*, in *Giusto proc. civ.* 2009, 397 ss., per il quale l’intervento riformatore, che non avrebbe apportato particolari novità rispetto al passato, non risolve tutti i gravi problemi che la dottrina aveva evidenziato in passato. V. anche S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 319, per il quale, con la riforma, si assisterebbe, di fatto, ad una sorta di ritorno all’antico, avendo il legislatore per lo più recepito molte delle soluzioni, ma

817 e 819 *ter* c.p.c., che disciplinano il problema dell'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale, dalla prospettiva, rispettivamente, del primo (art. 817 c.p.c.) e del secondo (art. 819 *ter* c.p.c.), in parte codificando orientamenti interpretativi già consolidati, in parte scontandovisi, in parte, infine, introducendo una disciplina integralmente nuova. Il fatto che entrambe le norme contemplino, quale effetto "minimo" della condotta omissiva, una *preclusione processuale per la parte negligente* (consistente, in entrambe le sedi, nell'impossibilità di sollevare l'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito in un momento successivo all'inutile decorso del termine preclusivo³ e nell'impossibilità di impugnare, per quello stesso motivo, la successiva decisione di merito), è tendenzialmente fuori discussione. Esse hanno però dato origine a non pochi contrasti interpretativi, in ragione del loro carattere oscuro e lacunoso e del fatto che solo quella che disciplina la *fattispecie nell'ambito del giudizio statale* ricollega espressamente, alla condotta omissiva, una conseguenza peculiare, che pare, ad una prima lettura, andare *ben al di là* della mera preclusione processuale, di cui, però, non è agevole cogliere l'esatta portata. Se ne darà conto nel prosieguo.

Quanto all'art. 817 c.p.c.⁴, della versione ante-riforma esso mantiene la medesima rubrica ("*Eccezione di incompetenza*"), ma contiene una disciplina normativa molto più articolata. Rispetto al precedente scarno dettato normativo (riprodotto ora nell'ultimo comma del nuovo art. 817 c.p.c.), che si limitava a disciplinare le conseguenze della mancata proposizione dell'eccezione *sull'esorbitanza delle conclusioni delle altre parti* dai limiti della convenzione arbitrale, il nuovo testo, oltre a riconoscere espressamente il potere degli arbitri di decidere sulla propria "competenza", include le ipotesi (e le conseguenze sul procedimento arbitrale) di contestazioni alla loro *potestas iudicandi* sollevate *al di fuori* del procedimento arbitrale, delineando, per

anche delle incongruenze, che caratterizzavano l'orientamento giurisprudenziale più risalente.

³ Lo sottolinea M. BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Il giusto proc. civ.* 2006, 79, alla luce del principio del divieto di *venire contra factum proprium*. Nel contesto normativo pre-riforma, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, 1ª ed., Vol. IV, 2, Milano, 1959-1962, 281, parlava in proposito di "*acquiescenza*", sia pure *preventiva*, come conseguenza del comportamento omissivo e inequivoco della parte, secondo un meccanismo simile all'art. 157, comma 2, c.p.c.

⁴ Che, secondo P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1768, non troverebbe una fonte diretta nella legge-delega, che non si esprime sulle specifiche questioni che la nuova norma affronta. La legge-delega, in effetti, si era limitata a prevedere che il Governo disciplinasse: "(...) in generale i rapporti fra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio".

ciascuna fattispecie di contestazione (all'interno o all'esterno della procedura arbitrale), uno specifico regime processuale (termini della rispettiva proponibilità⁵ e conseguenze della mancata proposizione). Nello specifico, la norma condensa, in soli tre commi, quattro diversi tipi di contestazione alla *potestas iudicandi* arbitrale, per quanto l'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., nel consentire l'impugnabilità del lodo se esso abbia: "(...) pronunciato fuori dei limiti della convenzione di arbitrato (...)", facesse in origine erroneamente riferimento ad un inesistente comma 4 ("(...) ferma la disposizione dell'art. 817, 4° comma (...)")⁶. Nel tentativo di coordinare le disposizioni della norma in esame con il disposto di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., la dottrina prevalente⁷ aveva suggerito di leggere l'art. 817 c.p.c. in questione *come se si riferisse a quattro, anziché a tre, commi*⁸.

Il comma 1 codifica espressamente, per la prima volta, il principio *Kompetenz Kompetenz*⁹, statuendo che: "(...) gli arbitri decidono sulla loro

⁵ Sebbene non si richiedano formule sacramentali per la rituale proposizione dell'eccezione di incompetenza degli arbitri, è tuttavia necessario che la parte illustri le ragioni poste a fondamento dell'eccezione stessa, tali da qualificare la questione fatta valere, distinguendola così da altre ragioni che possano risultare non fondate o inammissibili, *non essendo sufficiente invocare genericamente una qualche forma di invalidità della convenzione arbitrale*: così Cass. 15 febbraio 2021, n. 3840, in *Dir. giust.* 2021 e in *Guida dir.* 2021, 21. V. anche Cass. 18 settembre 2023, n. 26765, che ha censurato un'eccezione di incompetenza degli arbitri formulata in modo vago e non inequivoco (quando, trattandosi di eccezione in senso stretto, ci si sarebbe attesi una formulazione puntuale ed articolata), giustificando la condotta dell'arbitro che correttamente non l'aveva considerata tale.

⁶ Sul discutibile accorpamento di due statuizioni e sull'asserita svista tipografica v. E.F. RICCI, *L'arbitrato e il tipografo legislatore (Elogio della 'rientranza')*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 631 ss.; P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1775, nt. 16.

⁷ Per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., Milano, 2011, 387, ove si trova una riformulazione "corretta", in quattro commi, dell'art. 817 c.p.c.

⁸ I rinvii operati dal n. 1) (che contiene tutt'ora l'inciso: "(...) ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma") e dal n. 4) (che conteneva l'inciso: "(...) ferma la disposizione dell'articolo 817, quarto comma") dell'art. 829, comma 1, avrebbero dovuto dunque essere interpretati *come se si riferissero*, il primo, alla seconda parte del comma 2 e, il secondo, al comma 3 dell'art. 817. L'ultima riforma dell'arbitrato, adottata con il D.Lgs. n. 149/2022, ha infine provveduto all'eliminazione dell'inciso "*ferma la disposizione dell'art. 817, 4° comma (...)*".

⁹ Il codice del 1940 non conteneva alcuna disposizione sul principio *Kompetenz Kompetenz*. Ciononostante, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, sia statale che arbitrale, non nutrivano dubbi sulla sua applicabilità *anche all'arbitrato* (salvo, forse, in relazione alla possibilità, per l'arbitro, di decidere della propria "competenza" in caso di contestazione alla stessa sorta in sede giudiziale; v. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923, 87 ss., 104 ss.). Principio cui veniva riconosciuta più o meno la medesima estensione attuale,

competenza”, ogniqualevolta, nel corso del giudizio arbitrale, siano contestate (*necessariamente dalla parte*, trattandosi di eccezioni non rilevabili d’ufficio¹⁰), la validità, il contenuto o l’ampiezza della convenzione di arbitrato, nonché la regolare costituzione degli arbitri. Nonostante la disomogeneità dell’oggetto delle eccezioni delineate dal comma 1 (riguardando le contestazioni su validità, contenuto e ampiezza del patto arbitrale *direttamente la fonte stessa* del potere arbitrale - i.e. la convenzione arbitrale -, mentre quella sulla regolare costituzione degli arbitri un diverso tipo di vizio procedurale, che ben potrebbe convivere con la piena validità ed efficacia del patto arbitrale), la trattazione congiunta di dette eccezioni in relazione al potere cognitivo e decisorio del giudice si giustifica per il fatto che esse comunque incidono sul corretto ed effettivo esercizio della *potestas iudicandi* dell’arbitro¹¹ e, dunque, sull’*arbitrabilità* – lato *sensu* intesa – della disputa¹². Altre tipologie di contestazioni sono menzionate dai commi 2 (*inesistenza, invalidità e inefficacia* della convenzione arbitrale) e 3 (*esorbitanza* delle conclusioni delle parti rispetto ai limiti del patto arbitrale), *non, tuttavia, in relazione al potere cognitorio dell’arbitro*, bensì in riferimento alla previsione di un termine – a pena di preclusione – per il rispettivo rilievo ad istanza di parte (individuato, nel primo caso, *nella prima difesa successiva all’accettazione degli arbitri*; nel secondo caso, in un momento non meglio specificato, *purché nel corso dell’arbitrato*).

La formulazione della norma di cui all’art. 817 c.p.c. è alquanto

attribuendo cioè agli arbitri il potere di decidere su *tutte le questioni attinenti alla propria competenza* (ivi comprese quelle attinenti alla interpretazione del patto arbitrale e alla compromettibilità della lite), in linea con le soluzioni adottate dalla maggioranza degli ordinamenti a livello internazionale (con la rilevante eccezione, forse unica, dell’ordinamento americano, su cui si permette di rinviare a A. HENKE, *Il diritto americano e l’incerto fondamento del principio Kompetenz-Kompetenz in materia di arbitrato*, in *Dir. comm. int.* 2011, 3, 739 ss.). Per riferimenti v. C. CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano, 2004, 3845 ss.

¹⁰ Per granitico orientamento della giurisprudenza e della dottrina, l’eccezione di arbitrato costituisce un’eccezione in senso proprio e stretto, come tale non rilevabile d’ufficio: v., *ex multis*, Cass. 28 febbraio 2019, n. 5824 e Cass. 6 novembre 2015, n. 22748. Trattandosi di eccezione relativa, essa può essere sempre oggetto di rinuncia ad opera della parte che l’ha sollevata: Cass. 13 novembre 1992, n. 12208.

¹¹ *Contra* G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del Codice di procedura civile. Artt. 806-840*, 2ª ed., Bologna, 2007, 468 e G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell’arbitrato*, cit., 283, per i quali i vizi attinenti alla costituzione degli arbitri, non avendo ad oggetto la volontà delle parti di compromettere la lite, non riguarderebbero propriamente la ripartizione della *potestas iudicandi* fra giudice ed arbitro, rilevando esclusivamente all’interno del procedimento arbitrale in cui siano occorsi.

¹² V. F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 773 ss.

disarmonica. Sussiste, ad esempio, una discrasia fra le questioni cui si riferisce il comma 1 e quelle prese in considerazione dal comma 2, rimanendo il dubbio se la disciplina prevista per le une si estenda o meno anche alle altre. In particolare, non è chiaro se *anche* i vizi menzionati nel comma 2 rientrino nel cono d'ombra del potere cognitivo-decisorio degli arbitri, allorché debbano “decidere” sulla propria competenza (che il comma 1 riferisce in maniera espressa *unicamente* alle ipotesi ivi menzionate¹³) e, per converso, se *anche* le contestazioni relative ai profili menzionati nel comma 1, *ma non nel comma 2*, siano soggette allo stesso termine preclusivo cui si riferisce la seconda parte del comma 2. Considerata la sostanziale analogia tra i (o almeno alcuni dei) vizi attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale distribuiti dal legislatore nelle diverse disposizioni, verrebbe da pensare che non vi è ragione per differenziare, in relazione a quelle tipologie di contestazione, il regime concernente il termine preclusivo. Con l'eccezione relativa al contenuto o ampiezza del patto arbitrale di cui al comma 1, ad esempio, si mira, nella sostanza, a far valere l'*inesistenza* di un patto arbitrale *rispetto alla porzione di controversia* bensì dedotta nel giudizio arbitrale, *ma non compresa nell'originaria stipulazione delle parti*. Tuttavia è dubbio se all'eccezione attinente al contenuto o all'ampiezza del patto arbitrale debba estendersi il termine preclusivo *più stringente* della prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri (valorizzando in tal caso l'analogia strutturale dell'eccezione in questione rispetto a quelle contemplate dalla seconda parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c.), oppure se vada applicato il termine *più flessibile* di cui all'espressione “nel corso dell'arbitrato” (valorizzando la contiguità di collocazione normativa rispetto all'eccezione di irregolare costituzione degli arbitri, rispetto alla quale l'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c. - nel prevedere la possibilità dell'annullamento del lodo se gli arbitri non siano stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del titolo VIII “Dell'arbitrato” -, richiede come condizione che la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale, *senza però specificare un termine preclusivo più preciso*). A ben vedere, tuttavia, anche altre sono le incongruenze che emergono da una formulazione particolarmente involuta della norma¹⁴.

¹³ C. CONSOLO, *Le impugnazioni di sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, 296, include altresì l'inesistenza tra il ventaglio di ipotesi cui si riferisce il comma 1. Più dubitativo P.L. NELA, *Sub art. 817*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1777, per il quale: “È possibile che il legislatore qui non abbia menzionato l'ipotesi di inesistenza di convenzione arbitrale per mera dimenticanza, ma non è neppure da escludere che ciò sia fatto ad arte”.

¹⁴ Ad esempio, non è chiaro se l'involuta formulazione della prima parte del comma 2 (“Questa disposizione [il richiamo è al primo comma] si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del

Cercando di mettere un po' d'ordine tra le diverse disposizioni, va preliminarmente osservato che la "concretizzazione" dei vizi oggetto delle contestazioni espressamente menzionate dall'art. 817 c.p.c. (sulla cui portata, contenuto ed estensione la norma non fornisce indicazione alcuna), non pare compito eccessivamente arduo, in ragione di una tendenziale convergenza che emerge dalle riflessioni della dottrina e altresì dalla prassi applicativa.

Così – seguendo l'ordine in cui le diverse contestazioni sono elencate dai tre commi della disposizione –, per quanto attiene alle contestazioni relative alla (in)validità (menzionata sia nel primo, sia nel secondo comma), si ritiene che detta nozione non debba interpretarsi rigidamente alla stregua delle analoghe nozioni e/o categorie civilistiche. In particolare, la classica distinzione tra nullità e annullabilità, propria della dommatica civilistica, funzionale, *inter alia*, all'applicazione di un diverso regime di rilevanza del vizio, non è esportabile in ambito arbitrale, ove vige, sempre e comunque, il principio della rilevanza del vizio *ad istanza di parte*¹⁵. La nozione di (in)validità arbitrale va piuttosto ricostruita tenendo presenti sia la disciplina speciale contenuta negli artt. 807 e 808 c.p.c. (e, quindi, le norme dettate *specificamente* per l'istituto arbitrale: si pensi, ad esempio, alla mancanza dei

procedimento"), che estende l'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* a contestazioni sui profili menzionati nel comma 1, *anche ove sollevate in un contesto diverso dal giudizio arbitrale*, investe anche i diversi profili menzionati nella seconda parte del comma 2 (inesistenza e inefficacia del patto arbitrale). L'unico vizio che rientra nell'alveo di entrambe le disposizioni (operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* e soggezione al termine preclusivo) è quello dell'*invalidità* (menzionato infatti sia nel primo, sia nel secondo comma), che pare tuttavia soggetto a sua volta ad un regime intrinsecamente contraddittorio, qual è quello risultante dal combinato disposto degli artt. 817, comma 2, c.p.c. (per il quale: "La parte che non eccepisce *nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri* l'incompetenza di questi per (...) invalidità (...) della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo (...)") e 829, comma 1, n. 1 c.p.c. (motivo che consente l'annullamento del lodo: "(...) se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma"). Tale ultimo inciso, infatti, stando al dato letterale, richiamerebbe il termine preclusivo non della *prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri*, ma quello ("nel corso del procedimento arbitrale") riferito al vizio dell'esorbitanza delle conclusioni. Ancora, non è chiaro se l'espressione di cui al comma 3 "nel corso dell'arbitrato" debba essere intesa *in senso letterale* (consentendo, dunque, alla parte di sollevare l'eccezione *per tutta la durata del procedimento*, financo per la prima volta al momento della precisazione delle conclusioni – o comunque in un momento che, nel giudizio arbitrale, corrisponda a questa fase), oppure se debba essere "integrata" – nell'ottica di un coordinamento sistematico tra le diverse disposizioni di cui all'art. 817 c.p.c. – con un termine più specifico.

¹⁵ Sul punto v. E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, 69 ss.; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, 17 ss.

requisiti di forma previsti dall' art. 807 e 808), sia la disciplina “generale” dei contratti (si pensi, ad esempio, alla presenza di vizi del consenso), sia, infine, la normativa processuale e sostanziale generale (si pensi, ad esempio, alla mancanza di capacità o di legittimazione delle parti)¹⁶.

Per quanto riguarda, invece, le contestazioni sul *contenuto* e sull'*ampiezza* della convenzione di arbitrato, si ritiene che esse abbiano ad oggetto i casi in cui una parte censuri il deferimento, in arbitrato, di controversie *sin dall'inizio* non rientranti nel patto arbitrale originariamente stipulato¹⁷, come tali distinte da quelle cui si riferisce l'ultimo comma dell'art. 817 c.p.c. (*esorbitanza delle conclusioni di una delle parti dai limiti della convenzione di arbitrato*), che presuppongono, invece, che le domande originariamente devolute alla cognizione arbitrale *rientrassero nell'ambito di applicazione della convenzione*, discendendo la loro esorbitanza dai limiti della pattuizione originaria da conclusioni, formulate successivamente all'avvio del procedimento arbitrale, su cui le parti abbiano richiesto agli arbitri una pronuncia *con efficacia di giudicato*¹⁸. Nei casi dubbi, la determinazione del *contenuto* e dell'*ampiezza* della convenzione di arbitrato dovrebbe potersi avvalere della norma di cui all'art. 808 *quater* c.p.c., chiaramente ispirata a un *favor arbitratus*, secondo cui la convenzione arbitrale deve essere interpretata nel senso in cui essa *si estende a tutte le controversie* derivanti dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce.

Quanto al vizio di *irregolare costituzione degli arbitri*, esso è ad esempio

¹⁶ Così E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 72 e 75; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 84.

¹⁷ G. RAMPAZZI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, 6 ed., Padova, 2009, 2543 ss. V. anche G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 471 ss., per il quale tali questioni: “(...) sono le uniche alle quali dovrebbe attagliarsi la nozione di ‘competenza’ degli arbitri in senso tecnico e ciò poiché l'arbitro dovrebbe ritenersi incompetente tutte le volte che la questione portata al suo esame fuoriesca in tutto o in parte dalla convenzione di arbitrato”. Come esempio si pensi al cumulo di una domanda con *causa petendi* extracontrattuale (risarcimento del danno di immagine; accertamento del diritto di proprietà di cui la parte alleggi l'avvenuta usucapione) con domande invece fondate sul contratto contenente la convenzione di arbitrato (risoluzione del contratto e condanna alle restituzioni). V. in proposito v. E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 147; F. GODIO, *Lodi parziali e lodi non definitivi - (In)competenza e (in)validità della clausola compromissoria: accertamento sempre incidenter tantum ad opera degli arbitri?*, nt. a Cass. S.U. 18 novembre 2016, 23463, in *Giur. it.* 2017, 1, 157.

¹⁸ Ove si tratti invece di cognizione *in via meramente incidentale*, come si ricava dal novellato art. 819, comma 1, c.p.c., non vi è alcun limite al potere degli arbitri, anche qualora siano coinvolte materie non arbitrabili, salvo che la legge non ne imponga una decisione con efficacia di giudicato.

integrato da un'irregolare accettazione dell'incarico da parte degli arbitri o dalla mancanza, in essi, della capacità legale d'agire¹⁹; da una nomina degli arbitri²⁰ (nonché una loro sostituzione, riconsunzione, rimozione²¹) avvenuta in violazione delle modalità e delle forme espressamente stabilite dalle parti²²; o, ancora, da violazioni delle norme di cui al Titolo III (quali quelle che disciplinano la formazione del collegio arbitrale in caso di processo litisconsortile); o, infine, dall'assenza, in capo agli arbitri, delle qualità particolari indicate dalle parti nella convenzione arbitrale²³.

Il comma 2 (che, come detto, non si occupa dell'estensione del potere di cognizione/decisione dell'arbitro alle contestazioni alla propria "competenza", ma - unicamente - dell'effetto preclusivo conseguente alla mancata o intempestiva proposizione delle relative eccezioni) si riferisce alle contestazioni (oltre che, come già detto, della validità, altresì di quelle) che investono l'esistenza e l'efficacia della convenzione arbitrale²⁴. Nella prima

¹⁹Capacità d'agire che il nuovo art. 812 c.p.c. ha espressamente posto come unico requisito necessario per la nomina ad arbitro. Per un commento alla norma v. G. RAMPAZZI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve*, cit., 2523 ss.

²⁰Per riferimenti alle diverse tipologie di contestazioni attinenti alla nomina degli arbitri v. V. SANGIOVANNI, *Numero e modo di nomina degli arbitri tra arbitrato ordinario e arbitrato societario*, in *Corr. giur.* 2005, 1133 ss.; A. BLANDINI, *La clausola compromissoria nell'arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo*, in *Riv. dir. comm.* 2007, I, 585 ss.; E. OCCHIPINTI, *L'oggetto della clausola compromissoria e la nomina dell'organo giudicante nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.* 2005, 597 ss.; N. SOLDATI, *Sindaci-arbitri: nullità della clausola compromissoria statutaria tra doveri di terzietà e imparzialità della nomina*, nt. a Cass. 30 marzo 2007, n. 7972, in *Riv. arb.* 2009, 296 ss. Per esempi di casi emblematici decisi dalla giurisprudenza, v., *ex multis*, Cass., 8 marzo 2001, n. 3389; Cass., 4 giugno 1992, n. 6866; Cass., 26 settembre 1997, n. 9453; Cass., 2 dicembre 2005, n. 26257; Cass., 29 novembre 1999, n. 13306.

²¹Sulle problematiche in tema di regolare costituzione del tribunale arbitrale originanti dalle fattispecie di riconsunzione degli arbitri v. A. BALDI, *Ipotesi di riconsunzione e rapporto arbitri-parti*, in *Riv. arb.* 2006, 186 ss.; L. BERGAMINI, *Riconsunzione giudiziale e riconsunzione amministrata dell'arbitro*, in *Riv. arb.* 2010, 251 ss.; A. PANZAROLA, *Intorno ai rimedi per denunciare la parzialità dell'arbitro*, in *Riv. arb.* 2010, 675 ss.

²²O dal regolamento arbitrale richiamato dalle parti nel patto arbitrale o, in alternativa, dalle norme di legge applicabili nel caso la rimozione e sostituzione non avvengano ad opera delle parti.

²³V. Cass. 8 marzo 2001, n. 3389; Cass. 4 giugno 1992, n. 6866; Cass. 26 settembre 1997, n. 9453; Cass. 2 dicembre 2005, n. 26257; Cass. 29 novembre 1999, n. 13306. Sul tema v. anche A. BLANDINI, *La clausola compromissoria nell'arbitrato societario*, cit., 585 ss.; E. BERGAMINI, *Riconsunzione giudiziale*, cit., 251 ss.

²⁴Anche in relazione a tali contestazioni valga quanto detto sulla nozione di (in)validità, ossia che non vi è una rigorosa corrispondenza con le nozioni civilistiche. V., in proposito, E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 72 e 75 ss.; L.

nozione si tende a far rientrare, in linea di principio, le ipotesi in cui *manchi del tutto* una (valida) stipulazione della convenzione di arbitrato riconducibile ad una o a tutte le parti²⁵. Alla nozione di *inefficacia* della convenzione arbitrale (forse la categoria di vizi più numerosa, oggetto di regolamentazione in diverse disposizioni del codice di procedura civile, delle stesse disposizioni in materia di arbitrato²⁶ e di leggi speciali)

SALVANESCHI, *Arbitrato*, sub art. 817 c.p.c., in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 562 ss.

²⁵ Ad esempio per mancato scambio dei consensi. V. P.L. NELA, *L'inesistenza della convenzione arbitrale rituale dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 976; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 83 ss. Non ci pare corretta la tesi (in voga, oltre che tra la dottrina che aderisce alla tesi della mera preclusione processuale della condotta omissiva della parte – ma v. *contra* R. MARENGO, *Commento all'art. 806 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, Milano, 1994, 6; ID., *Commento all'art. 817 c.p.c.*, *ivi*, 132 ss. – anche in parte della giurisprudenza: v., da ultimo, Cass. 25 gennaio 2022, n. 2066), secondo cui, *in caso di originaria e totale carenza di potere degli arbitri*, il successivo comportamento delle parti non varrebbe a sanare il vizio. Se è vero, infatti, che non risulta in tal caso invocabile il disposto dell'art. 829, comma 1, n. 4 c.p.c., in relazione all'art. 817 c.p.c. (che si riferisce unicamente al superamento, da parte degli arbitri, dei limiti loro imposti dal compromesso), è altrettanto vero che l'*originaria e totale carenza di potere degli arbitri* integra un'ipotesi di *inesistenza* della convenzione *espressamente sanabile*, ai sensi del comma 2 dell'art. 817 c.p.c., dalla mancata proposizione, ad opera della parte interessata, della relativa eccezione nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri. In questo senso v. anche E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Commento all'art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato - Titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile - Artt. 806-840*, 3a ed., Bologna, 2016, 778 ss., secondo cui le indicazioni ricavabili dalla riforma del 2006, tra cui: "(...) l'intento di convertire ogni possibile vizio all'iniziativa delle parti secondo binari predeterminati, lungo un cammino rinfoltito di preclusioni" e, più in generale, l'esigenza di attribuire al lodo: "la massima stabilità, in coerenza con il principio di certezza giuridica", osterebbero al riconoscimento della categoria dell'*inesistenza* del lodo come conseguenza dell'*inesistenza* dell'accordo compromissorio. In tal senso, da ultimo, anche L. BIANCHI, *La controversia sulla convenzione arbitrale*, Napoli, 2023, 117 ss., spec. nt. 83. Nel senso di non distinguere tra ipotesi di *mera invalidità* della convenzione e *sua radicale inesistenza* è anche l'orientamento favorevole alla ricostruzione della condotta omissiva delle parti in termini di stipulazione tacita di un patto arbitrale (ma v., in senso critico rispetto a questa impostazione, A. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, nt. a Cass. 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. arb.* 2006, cit., 106, nt. 37).

²⁶ Si veda, ad esempio, il comma 2 dell'art. 816 *septies* c.p.c., per cui l'omesso versamento degli anticipi delle spese, nell'importo ed entro i termini determinati dagli arbitri, comporta l'*inefficacia* della convenzione d'arbitrato limitatamente alla lite ad essi devoluta, su cui v. E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 92 ss.; F. TIZI, *I costi del processo arbitrale*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 593 ss.; G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 466, nt. 4; M. COMASTRI, A. MOTTO, *Sub art. 816 septies c.p.c. Anticipazione delle spese*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina*

dovrebbero invece essere in linea di principio ricondotte tutte quelle ipotesi in cui un patto arbitrale, *originariamente valido*, non sia più idoneo, *per motivi sopravvenuti*, a produrre l'effetto di derogare alla giustizia statale in favore di quella arbitrale.

Il comma 3 dell'art. 817 c.p.c., infine, si riferisce alle ipotesi di *esorbitanza delle conclusioni delle parti dai limiti della convenzione arbitrale*. Detto della differenza tra questo tipo di contestazione²⁷ e quello contemplato dal comma 1 in relazione al *contenuto* e all'*ampiezza* della convenzione arbitrale²⁸, il vizio in questione è integrato ogniqualvolta i profili esorbitanti rispetto alla convenzione arbitrale siano fatti oggetto di *conclusioni precise e specifiche*, su cui si chiedi agli arbitri una pronuncia *in via principale e con efficacia di giudicato*, non essendo a tal fine sufficiente la proposizione di *semplici difese*²⁹. Come vedremo nel prosieguo trattando del potere degli arbitri rispetto alle questioni incidentali regolato dall'art. 819 c.p.c., secondo taluno l'omessa proposizione dell'eccezione ad opera della parte interessata avrebbe l'effetto di radicare la *potestas iudicandi* arbitrale³⁰. Più precisamente, ove una parte proponga una domanda di accertamento incidentale su

dell'arbitrato. *Commentario agli artt. 806 – 840 c.p.c. Aggiornato alla legge 18 giugno 2009*, n. 69, Padova 2010, 276 ss.

²⁷ Che, come detto, riguarda conclusioni esorbitanti rispetto ad un patto arbitrale, nel cui ambito di applicazione rientravano tuttavia le domande originariamente formulate dalle parti.

²⁸ Che hanno ad oggetto dispute dedotte con la domanda e risposta di arbitrato, ma non rientranti nell'ambito di applicazione della convenzione arbitrale.

²⁹ Cass. 11 aprile 1983, n. 2250, in *Foro it.* 1983, I, 1237, nt. C.M. BARONE. Un caso di esorbitanza riguarda, ad esempio, l'erronea qualificazione, in via interpretativa, come "rituale", di una clausola di arbitrato irrituale, improponibile dunque per la prima volta in sede di impugnazione del lodo ove non tempestivamente dedotta in arbitrato ex art. 817 c.p.c.: così Cass. 25 gennaio 2022, n. 2066; v. anche App. Roma, 22 giugno 2020, n. 3024, in *Giur. it.* 2021, 3, 665, nt. M. STELLA.

³⁰ Tanto in relazione alla formulazione delle conclusioni estranee all'accordo compromissorio, quanto in relazione alla mancata proposizione dell'eccezione, si dovrà tener conto del comportamento dei difensori, senza che rilevi l'eventuale effettiva volontà della parte di ampliare l'ambito della competenza arbitrale: ciò sin da Cass. 24 maggio 1968, n. 1583, in *Riv. dir. proc.* 1969, 703 ss., nt. E.F. RICCI, *Contro l'istruzione probatoria segreta nel processo arbitrale*. Si ritiene, peraltro, che, mentre l'estensione dell'oggetto del giudizio arbitrale a materia non rientrante nell'ambito di applicazione del patto arbitrale possa ricondursi all'esercizio di una sorta di *discrezionalità tecnica* (come tale consentito ad un difensore, anche in difetto di apposita procura in tal senso), l'estensione del *thema decidendum* a materia espressamente esclusa dalle parti nella clausola compromissoria esulerebbe dai poteri del difensore, risolvendosi, *de facto*, in un atto di disposizione del diritto in contesa ai sensi dell'art. 84, comma 2 c.p.c.: in tal senso v. Coll. arb. Roma 4 luglio 1994, in *Riv. arb.* 1995, nt. F. LEPRI. V. anche S. BOCCAGNA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile. Commentario*, 6ª ed., Milano, 2018, 1389.

questioni anche astrattamente compromettibili, *ma di fatto non compromesse* (e dunque *estranee* all'accordo compromissorio), e *l'altra parte non ne eccipisca l'esorbitanza* dai limiti della convenzione arbitrale, gli arbitri sarebbero legittimati a decidere sulla questione *con efficacia di giudicato*, precludendo alla parte inerte qualsivoglia contestazione in sede di impugnazione del lodo³¹; ove, invece, manchi una domanda di accertamento incidentale, gli arbitri si limiteranno a conoscere delle conclusioni esorbitanti in via incidentale³².

Sebbene la seconda parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c., nonché il suo comma 3, contemplino le *medesime* conseguenze per la condotta omissiva delle parti (impossibilità, per la parte interessata, di impugnare il lodo), sono tuttavia diversi i termini preclusivi previsti per le due tipologie di contestazione (che hanno ad oggetto, rispettivamente, l'incompetenza degli arbitri per *inesistenza, invalidità o inefficacia* della convenzione di arbitrato e *l'esorbitanza delle conclusioni delle altre parti* dai limiti della convenzione arbitrale): in relazione alle prime, che rappresentano una novità introdotta dalla riforma³³, il limite è individuato nella *prima difesa successiva*

³¹ In questo senso, già prima della riforma, v. F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 305 ss.; *contra*, L. MONTESANO, *Domanda e questioni nei giudizi arbitrali*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 630 ss. Per un'ipotesi peculiare di decisione, potenzialmente con efficacia di giudicato, su questione esorbitante v. F. GODIO, *Lodi parziali e lodi non definitivi*, cit., 157 ss., che si riferisce al caso della domanda di accertamento incidentale, *ex art. 34 c.p.c.*, della questione della validità della clausola compromissoria, seguita dalla mancata "doppia eccezione" del convenuto circa l'esorbitanza della domanda di accertamento dal perimetro oggettivo della convenzione arbitrale, *ex art. 817, comma 3 c.p.c.* (la prima avrebbe dovuto riguardare la questione dell'invalidità della convenzione). Lascia tuttavia perplessi la riconduzione di questa fattispecie all'ipotesi di domanda esorbitante. Se è vero infatti che la convenzione di arbitrato abbraccia controversie relative o sorgenti dal contratto *e non quelle sulla convenzione medesima*, la decidibilità di queste dovrebbe rientrare nel perimetro della cognizione degli arbitri in virtù del principio *Kompetenz Kompetenz*: l'efficacia "di giudicato" dell'accertamento compiuto da questi su quelle dipenderà piuttosto dall'adesione o meno alla tesi dell'efficacia esterna delle decisioni su questioni di rito. Sul tema ci sia consentito il rinvio a A. HENKE, *I conflitti di potestas iudicandi tra arbitro e giudice statale nel diritto italiano e comparato*, Torino, 2022, *passim*.

³² Sulla cognizione e decisione delle questioni incidentali v., *infra*, il par. 4. Un meccanismo di sanatoria (*recte*: di competenza allargabile nella dinamica del contraddittorio), non dissimile dal nostro art. 817, comma 3 c.p.c., è previsto in vari strumenti normativi internazionali e stranieri: dalla Convenzione di Ginevra del 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale (art. 5, comma 1), all'ordinamento inglese (combinato disposto degli artt. 31, n. 2 e 73 EAA), alla Legge Modello dell'UNCITRAL (art. 4).

³³ Nel contesto del precedente impianto normativo, non essendo comminata alcuna espressa decadenza, si riteneva che le eccezioni relative all'inesistenza, invalidità o inefficacia del patto arbitrale, nonché quelle relative all'irregolare

*all'accettazione degli arbitri*³⁴; in relazione alla seconda, già contemplata dalla precedente versione dell'art. 817 c.p.c.³⁵, in un momento non meglio specificato, *purché nel corso dell'arbitrato*. Ora, il comma 1, n. 1 dell'art. 829 c.p.c. menziona, tra i vizi del patto arbitrale, idonei a condurre all'annullamento del lodo, *la sola invalidità* e contiene l'inciso: "(...) *ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma*". Il termine *invalidità* utilizzato in questa sede, lungi dal riferirsi *unicamente ed esclusivamente* all'analogo termine menzionato nei primi due commi dell'art. 817 c.p.c. (escludendo, cioè, le differenti fattispecie ivi giustapposte attinenti al contenuto e all'ampiezza del patto arbitrale di cui al comma 1, o quelle dell'inesistenza e dell'inefficacia di cui al successivo comma 2), inevitabilmente include tutti gli altri vizi (*genetici o sopravvenuti*) del patto arbitrale, contemplati dall'art. 817 c.p.c. *nella sua interezza* (e dunque tutte le ipotesi di sua nullità, annullabilità, inefficacia e inesistenza) - salvo quello dell'irregolare costituzione degli arbitri, cui è dedicato un motivo espresso, il n. 2 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.³⁶ -; ne discenderebbe, in caso contrario, l'assenza di un rimedio impugnatorio per quei vizi, *pur se tempestivamente denunciati nel corso del giudizio arbitrale*. Per il fatto che, d'altra parte, il richiamo al comma 3 dell'art. 817 c.p.c., contenuto nel comma 1, n. 1 dell'art. 829 (in relazione al vizio dell'*invalidità* del patto arbitrale), deve essere in realtà inteso - a causa di una svista tipografica del legislatore - come un riferimento *all'ultima parte del comma 2* della

costituzione degli arbitri, fossero bensì rimesse all'iniziativa delle parti, potendo tuttavia essere dedotte per la prima volta anche in sede d'impugnazione del lodo, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 1, c.p.c. Per riferimenti v. E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 117; G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 288. Tale soluzione non appare oggi più praticabile, data la sua incompatibilità con il dato normativo: v. E.F. RICCI, *Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo*, nt. a CGUE, 26 ottobre 2006, C-168/05, in *Riv. dir. proc.* 2007, 1086; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 2007, 364. Va peraltro ricordato che in passato, con riferimento a particolari ipotesi (ad esempio il caso della clausola compromissoria conclusa da un incapace), non sono mancate opinioni favorevoli al *rilievo officioso* dell'invalidità della convenzione arbitrale: in tal senso v. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3ª ed., Napoli, 1964, 791; più di recente, per un'opinione eterodossa in giurisprudenza, v. Cass. 3 giugno 2004, n. 10561.

³⁴ Come esplicitato nella Relazione illustrativa del decreto legislativo, tale previsione risponderebbe ai principi di *lealtà* e di *autoresponsabilità*. V. M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 364.

³⁵ V., per riferimenti, C. RASIA, *Il conflitto transnazionale tra giurisdizione ordinaria e arbitrato sulla medesima lite. Spunti su un principio di «lis alibi pendens» nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1074.

³⁶ Per quanto, sotto il profilo definitorio, pure il vizio concernente l'invalida o irregolare costituzione del collegio arbitrale sarebbe riconducibile alle ipotesi di nullità: v. Cass. 14 marzo 2023, n. 7335.

disposizione, il combinato disposto degli artt. 817 e 829 c.p.c. implica non solo che l'arbitro potrà conoscere e decidere delle contestazioni volte a far valere l'inesistenza³⁷, così come la nullità³⁸, l'annullabilità³⁹, l'inefficacia⁴⁰ o altre gravi irregolarità della convenzione arbitrale (e, dunque, che il principio *Kompetenz Kompetenz* abbraccia anche quest'ultime ipotesi), ma altresì che *tutti i vizi appena menzionati* (al pari di quelli espressamente menzionati dal comma 2 dell'art. 817 c.p.c.) *debbano essere invocati dalla parte entro il medesimo termine* (la prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri), affinché quella parte sia legittimata ad impugnare il lodo in un momento successivo⁴¹. Sarebbe del resto irragionevole che la rilevazione del vizio di invalidità, che si colloca a metà strada tra quello, *più grave*, dell'inesistenza e quello, *meno grave*, dell'inefficacia, fosse essa solo soggetta al termine preclusivo della prima difesa, mentre gli altri due, senza alcuna comprensibile *ratio*, fossero invece soggetti al termine diverso, e più "liberale", della deduzione *durante tutto il corso del giudizio arbitrale*⁴². In definitiva, le eccezioni di cui ai commi 1 e 2 della norma, pur nel loro diverso atteggiarsi (esistenza, validità, contenuto, efficacia, ampiezza del patto compromissorio e regolare costituzione degli arbitri), mirano tutte all'identico fine di provocare una chiusura in rito del giudizio arbitrale per carenza della *potestas iudicandi* in capo agli arbitri, precludendo loro una decisione sul merito.

Come detto, fanno eccezione a quanto sopra, da un lato, il vizio di irregolare costituzione degli arbitri, per cui l'art. 829 c.p.c. (al comma 1, n. 2) prevede un motivo di impugnazione *autonomo* rispetto a quello relativo all'invalidità (*e inesistenza e inefficacia*) del patto arbitrale ("*... se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del presente titolo (...)*"), richiedendo bensì che esso sia oggetto di espressa eccezione dinanzi agli arbitri, ma non necessariamente nella prima difesa, essendo sufficiente che "*... la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale*

³⁷ Ad esempio, perché non vi è mai stato un incontro di volontà e dunque manca un vero e proprio patto arbitrale.

³⁸ Ad esempio, per vizi di forma.

³⁹ Ad esempio, per difetto di capacità o per vizi del consenso.

⁴⁰ Ad esempio, per motivi sopravvenuti.

⁴¹ In tal senso v. anche E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 176; S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo "rituale"*, in *Riv. arb.* 2005, 843 ss.

⁴² Sul punto v. anche S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato* (l. n. 80/2005 e d.lgs. n. 40/2006), *Quaderni dell'associazione italiana per l'arbitrato*, Milano, 2006, 185 ss.

(...)»⁴³; dall'altro, il vizio di esorbitanza delle conclusioni, formulate dalle altre parti, rispetto ai limiti della convenzione arbitrale, rispetto al quale nuovamente l'art. 829 (al comma 1, n. 4) prevede un motivo di impugnazione *autonomo* rispetto a quello previsto per l'invalidità del patto arbitrale ("*... se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'articolo 817 (...)*": il comma 3 dell'art. 817 c.p.c. si limita a richiedere, come visto, che il vizio venga rilevato *nel corso del procedimento arbitrale*). V'è da chiedersi se l'espressione generica utilizzata dal legislatore sia *intenzionale* (finalizzata, cioè, a delineare un termine preclusivo *appositamente diverso* per questa ipotesi, rispetto a quello menzionato nel comma 2 dell'art. 817 c.p.c.), oppure se esso sia frutto di un mancato coordinamento tra le diverse disposizioni dell'art. 817 c.p.c., sì da richiedere un'integrazione mediante un termine preclusivo *più specifico*. Riteniamo che, in ragione di una non perfetta sovrapponibilità delle due categorie di eccezioni (esorbitanza dai limiti del patto, da un lato; inesistenza, invalidità e inefficacia del patto, dall'altro), la scelta del legislatore di prevedere *due termini preclusivi diversi* non sia frutto di una svista⁴⁴, ma, contrariamente a quanto sostenuto da autorevole dottrina, sia intenzionale e debba pertanto essere rispettata, in quanto non priva di fondamento⁴⁵. Invero, se le questioni relative all'esistenza, validità ed efficacia di un patto arbitrale, rappresentando il presupposto ineliminabile per la sussistenza della *potestas iudicandi* dell'arbitro, emergono, di norma (a condizione, beninteso, che la parte interessata non rimanga inerte) *in una fase preliminare della procedura*, l'esorbitanza delle conclusioni dai limiti del patto può emergere anche, e per la

⁴³ L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 561; P.L. NELA, *Sub art. 817*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1777.

⁴⁴ Difficile, infatti, pensare ad una svista "tipografica" rispetto ad una presunta intenzione del legislatore di trattare, *in maniera identica*, le due eccezioni sotto il profilo del regime della loro rilevazione, a fronte di una loro collocazione in due commi distinti e altresì il loro *espresso* assoggettamento a due distinti termini decadenziali.

⁴⁵ In tal senso v. anche L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 561, per cui, sotto il profilo del termine preclusivo per la rispettiva proposizione: "*(...) le diverse eccezioni [vanno] differenziate secondo quella che è la scansione temporale dettata sia dalla norma in esame, che dall'art. 829, 1° comma, n. 2, cod. proc. civ., lasciando l'onere di immediato rilievo alle sole nullità che riguardano lo svolgimento del procedimento in senso proprio, nonché a quelle ove la specificazione normativa sia già in questo senso, come avviene per l'inesistenza, l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato che, a stretto rigore, riguardano anch'esse un elemento presupposto del procedimento arbitrale e non il suo svolgimento*".

prima volta, in una fase molto avanzata⁴⁶, in ragione della struttura elastica e flessibile di questa, che inevitabilmente risente delle regole di volta in volta applicabili⁴⁷, delle decisioni adottate dall'arbitro nell'esercizio del potere discrezionale di conduzione del procedimento⁴⁸ e dell'ampio spazio generalmente lasciato all'autonomia delle parti (sicché si possono avere scambi di allegazioni diversi ed ulteriori rispetto a quelli previsti dalle norme del codice di rito, nonché possibili riaperture della fase istruttoria, anche in prossimità della fase conclusiva dell'arbitrato⁴⁹). Si tratta di variabili che possono incidere su modalità e tempistica della determinazione del *thema decidendum*, che è possibile non emerga fin da subito nella sua completezza, andandosi invece progressivamente a cristallizzare solo (appunto) *nel corso dell'arbitrato*. È dunque verosimile, oltre che molto probabile, che solo *nel corso dell'arbitrato* (e dunque successivamente allo scambio della prima difesa successiva alla costituzione degli arbitri), emerga che una o più conclusioni di alcune delle parti esorbitino dai limiti della convenzione arbitrale⁵⁰. Nel contesto normativo attuale, esigenze minime di coordinamento (soprattutto di tipo sistematico, alla luce, in particolare, della previsione del comma 2 dell'art. 817 c.p.c.) rendono preferibile ritenere che l'eccezione *de qua* – che

⁴⁶ Sul punto v. G. RUFFINI, *Sub art. 817*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 292, che evidenzia la diversa gravità alla base dell'eccezione in questione rispetto a quella prevista dal comma 2 dell'art. 817 c.p.c., presupponendo in ogni caso la prima un patto arbitrale esistente.

⁴⁷ Che possono essere quelle della *lex arbitrii*, applicabili *by default*, oppure quelle di un'istituzione arbitrale, espressamente richiamate dalle parti.

⁴⁸ L'art. 816 *bis* c.p.c. (in cui è confluito il disposto del vecchio art. 816 c.p.c.) prevede che le parti possano stabilire, nel compromesso, nella clausola compromissoria o in un atto scritto successivo (purché *anteriore* all'inizio del giudizio), le norme che gli arbitri sono chiamati ad osservare nel procedimento e che, in mancanza di tali norme, gli arbitri abbiano facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengano più opportuno, in ogni caso assegnando alle parti i termini per la presentazione di documenti, memorie e repliche. Su tali profili v. A. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria*, cit., 98.

⁴⁹ Si vedano, ad esempio, gli artt. 30 e 31 del Regolamento arbitrale della Camera Arbitrale di Milano, ai sensi dei quali, rispettivamente: "*Il Tribunale Arbitrale, sentite le parti, decide sull'ammissibilità di domande nuove, tenuto conto di ogni circostanza, incluso lo stato del procedimento*" (art. 30) e: "*(...) Dopo la chiusura dell'istruzione, le parti non possono proporre nuove domande, compiere nuove allegazioni, produrre nuovi documenti o proporre nuove istanze istruttorie, salva diversa determinazione del Tribunale Arbitrale*" (art. 31, comma 3).

⁵⁰ Lo stesso dicasi dei vizi attinenti alla regolare costituzione del collegio arbitrale (comunque meno gravi di quelli di inesistenza, invalidità o inefficacia dell'accordo compromissorio, nella misura in cui incidono non già sull'*an* della scelta arbitrale delle parti, ma unicamente sull'investitura dello specifico collegio) che potrebbero emergere *ben dopo la prima difesa successiva* all'accettazione degli arbitri.

prima della riforma si riteneva potesse essere proposta *in qualsiasi momento*, purché anteriormente alla pronuncia del lodo⁵¹, e dunque anche per la prima volta nella comparsa conclusionale⁵² – vada sollevata, a pena di decadenza, quantomeno nella prima difesa successiva alla formulazione delle conclusioni esorbitanti⁵³.

Al regime previsto per i casi contemplati, rispettivamente, dai commi 2 e 3 dell'art. 817 c.p.c., si sottrae, per espressa previsione normativa (ultima parte del comma 2 della norma), il caso della *non arbitrabilità* della disputa (rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento arbitrale e sempre deducibile dalla parte, *anche eventualmente per la prima volta*, in sede di impugnazione per nullità⁵⁴) e, per taluno, le ipotesi in cui la parte

⁵¹ V. Cass. 22 gennaio 1999, n. 565, che faceva salvo il compimento di atti incompatibili con la volontà di avvalersi di detta eccezione; Cass. 7 agosto 1993, n. 8563; App. Napoli 22 marzo 1996, in *Gius.* 1996, 1414.

⁵² In tal senso v. Cass. 22 gennaio 1999, n. 565; M. LONGO, *Osservazioni in tema di efficacia della clausola compromissoria*, nt. a Coll. arb. Ferrara, 30 ottobre 1998, in *Riv. arb.* 2002, 379.

⁵³ Così S. BOCCAGNA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1390; v. anche F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 778 ss.; E. OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, in AA.VV. *Il nuovo processo arbitrale*, Milano, 2006, 104 ss.; ID., *La cognizione degli arbitri*, cit., 112. *Contra*, G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 474; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, 215 ss. Ma v. C. CONSOLO, *Autonomia diretta delle parti vs discrezionalità dei difensori – e residualmente degli arbitri come mandatarî – negli snodi dell'arbitrato quale giudizio isonomico*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 1373, per il quale si tratterebbe di eccezione: "(...) da svolgersi con relativo agio ossia "nel corso dell'arbitrato" (non occorre qui la prima difesa successiva alla formulazione della domanda esorbitante, neppure la udienza di p.c. segna un limite, rilevando la eccezione svolta negli scritti conclusionali salvo ogni ragionevole riflesso sul riparto delle spese di lite)". L'art. 817 c.p.c. non contempla un termine preclusivo autonomo per le ipotesi in cui i vizi cui esso si riferisce (in combinato disposto con l'art. 829 c.p.c.) siano determinati da *fatti sopravvenuti*. Si ritiene, in tal caso, alla luce delle *rationes* sottese ai termini espressamente riferiti ai vizi contemplati dalla norma, che la relativa eccezione debba essere *formulata entro il primo momento utile*, ossia, verosimilmente, *entro la prima difesa successiva all'insorgenza del fatto o alla conoscenza che le parti abbiano avuto di tali fatti*: così C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., Padova, 2012, II, 171; E. OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, cit., 104 ss.; G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 289; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 364.

⁵⁴ Anzi, per taluno, vista la gravità del vizio, il lodo che abbia pronunciato su controversia non arbitrabile sarebbe addirittura *inesistente*, contestabile senza limiti di tempo in ragione della non operatività, in tal caso, del principio della conversione delle nullità in motivi di gravame: così S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, 200 ss.; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 686 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 609 ss.; C.

interessata ad eccepire la carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri (per invalidità o inefficacia della convenzione, o per l'esorbitanza dei *petita* avversari dal patto compromissorio) non prenda parte al giudizio arbitrale⁵⁵.

Ciò che, in definitiva, emerge dall'art. 817 c.p.c., esaminato nel suo complesso, è dunque la *sanabilità di qualunque vizio del patto arbitrale* (salva la non arbitrabilità della disputa), ove sia mancato un rilievo tempestivo (secondo le tempistiche e modalità sopra viste)⁵⁶. In quest'ottica, come opportunamente rilevato da taluno, i termini preclusivi contemplati dall'art. 817 c.p.c. non sarebbero altro che espressione di un principio generale, codificato dall'art. 829, comma 2, c.p.c., a mente del quale la parte che: "(...) non [abbia] eccepito nella prima istanza o difesa la violazione di un regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo"⁵⁷.

3. – Con specifico riferimento al tema degli effetti della mancata proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito in presenza di una convenzione arbitrale, si trattasse dell'arbitro o del giudice statale, si è discusso, in passato, prima della riforma del 2006, se essa si risolvesse in una mera *preclusione processuale*, rappresentata dall'impossibilità di invocare quella stessa censura in un momento successivo nel corso del giudizio (o, invocando quella medesima censura, di impugnare, in un secondo momento, la decisione), senza ricadute sul piano "sostanziale", i.e. sulla esistenza, validità ed efficacia del patto arbitrale (lasciando dunque impregiudicata, ad esempio, la facoltà, per entrambe le parti, di instaurare *successivamente* un procedimento arbitrale sulla base dell'originario patto compromissorio non invocato dinanzi al giudice

CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, 209 ss.; F.P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.* 1995, 15 ss.

⁵⁵ Su tale ultimo profilo, non poco dibattuto, ritorneremo *infra*, alla nota 75.

⁵⁶ Così, espressamente, Cass. 4 giugno 2021, n. 15613, in *Guida al diritto* 2021, 31.

⁵⁷ C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 2014, 526 ss., che individua la *ratio* del combinato disposto delle disposizioni (che rendono irrilevante ogni vizio della convenzione arbitrale, ove non rilevato tempestivamente), nell'intenzione del legislatore di *favorire una decisione nel merito della lite*, lasciando alle parti la più ampia autonomia nel decidere del loro interesse ad una definizione delle loro dispute pur in presenza di vizi del patto arbitrale. La scelta del legislatore di escludere che una *valida* convenzione arbitrale sia requisito di validità degli atti compiuti dall'arbitro (ivi compreso il lodo) avrebbe anticipato una linea di tendenza dell'ordinamento, culminante, in anni recenti, nell'attuale formulazione dell'art. 38 c.p.c. Tale norma, in virtù del regime adottato, avrebbe eroso la tradizionale distinzione tra criteri di competenza *forti* e *deboli* (che rimane invece rilevante ai sensi dell'art. 45 c.p.c.).

statale). Oppure se detta condotta omissiva, conseguenza della mancata o intempestiva proposizione della relativa eccezione (ma anche, sebbene tale ulteriore profilo fosse maggiormente controverso, dell'omessa partecipazione *tout court* della parte al procedimento), fosse idonea a trascendere i confini del processo, andando ad incidere sul piano sostanziale *direttamente sulla convenzione arbitrale*, nell'un caso (omessa contestazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro), determinandone una sorta di *stipula* o *validazione tacita* (o la formazione di un compromesso tacito sulle questioni in esso originariamente non ricomprese che fossero però state oggetto di una domanda esorbitante⁵⁸) e, nell'altro caso (omessa invocazione della convenzione arbitrale dinanzi al giudice statale), determinandone una sorta di *risoluzione tacita* o *estinzione*. La questione, non poco problematica e controversa, aveva (ed ha) evidenti ricadute sul problema del rapporto con un eventuale giudizio statale pendente sulla medesima causa, in quanto un'eventuale efficacia "esterna" delle summenzionate fattispecie farebbe venir meno la *potestas iudicandi* dell'altro organo, finendo così per operare (seppur indirettamente e, per così dire, *non intenzionalmente*) – mediante l'imposizione di una chiusura in rito in quell'altro giudizio –, quale *strumento di coordinamento tra le due procedure parallele, preventivo* rispetto alla necessità di attendere la pronuncia di una decisione di merito e la sua eventuale spendita nell'altro giudizio⁵⁹.

⁵⁸ In tal senso E. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Novissimo Dig. It.*, III, Torino, 1959, 801. Di recente la tesi è stata sostenuta da L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817*, cit., 566; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 5° ed., Milano, 2009, 389; E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c. (nota a CGE, 26 ottobre 2006, C-168/05)*, in *Riv. arb.*, 2006, 690 ss., secondo la quale il comportamento della parte che, convenuta in arbitrato, ometta di formulare l'eccezione d'incompetenza dovrebbe invece valere come surrogato della forma scritta prevista per la conclusione della convenzione arbitrale ancora mancante o come convalida del precedente negozio arbitrale invalido; nel primo caso, l'art. 817 c.p.c. verrebbe a porsi come norma che eccezionalmente consente la conclusione di un contratto tramite comportamento concludente, mentre, nel secondo caso, la norma varrebbe quale convalida di un negozio nullo ai sensi dell'art. 1423 c.c.

⁵⁹ Va precisato che il riferimento non è qui al caso della *preventiva rinuncia implicita* alla facoltà di sollevare l'eccezione di compromesso, o al *successivo abbandono tacito* dell'eccezione sollevata in precedenza, su cui non vi erano mai stati (né vi sono tutt'ora) dubbi, anche se la giurisprudenza ha chiarito che una tale rinuncia deve potersi desumere da atti certi ed univoci, tali cioè da rilevare in modo inequivocabile la volontà della parte di desistere dall'eccezione stessa, quali, ad esempio, la mancata (o tardiva) proposizione dell'eccezione e lo spontaneo ricorso della parte al giudice ordinario, inconciliabile, secondo la giurisprudenza, con la volontà di avvalersi del patto compromissorio. V. Cass. 19 giugno 1962, n. 1575; Cass. 19 maggio 1962, n. 1157; Cass. 18 ottobre 1961, n. 2202; Cass. 27 giugno 1961, n. 1547, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1095 e in *Foro it.*, 1961; I, 1306; Cass. 9 dicembre 1958, n. 3860. Come ulteriore esempio di rinuncia

In passato, talune posizioni in linea di principio favorevoli alla tesi delle ricadute “sostanziali” della mancata o intempestiva proposizione dell’*exceptio compromissi*⁶⁰ si sono spinte sino al punto di prospettare, per il caso di pronuncia nel merito da parte degli arbitri, il fondamento del cui potere s’era asseritamente estinto *proprio per la mancata invocazione del patto arbitrale dinanzi al giudice statale*, la fattispecie di un lodo emanato in carenza di patto compromissorio (ritenuta financo più grave di quella di un lodo pronunciato sulla base di un compromesso nullo, ma esistente), tanto da ricollegarvi la (parimenti più grave) sanzione dell’*inesistenza giuridica*⁶¹, censurabile (a differenza del regime applicabile alla nullità, per cui era previsto il rimedio dell’impugnazione ex art. 829, comma 1, n. 1, c.p.c.), *in ogni tempo e in ogni sede*: “(...) *ad esempio anche innanzi al giudice presso il quale è stata sollevata la*

all’eccezione di arbitrato, si menziona anche il caso della parte, convenuta dinanzi al giudice ordinario, che svolga le sue difese, proponendo, ad esempio, domanda riconvenzionale: così Cass. 16 dicembre 1992, n. 13317; Cass. 29 gennaio 1993, n. 1142, in *Foro it.* 1993, I, 1091. Secondo S. IZZO, *Appunti sull’eccezione di compromesso e sulla sentenza che la decide*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Studi sull’arbitrato offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 454, peraltro, la tendenza della giurisprudenza, nel previgente sistema, era quella di richiedere un comportamento *ulteriore e attivo* del convenuto, il quale, oltre a non sollevare l’eccezione, avrebbe dovuto proporre domanda riconvenzionale (in questo senso v., *ex multis*, Cass. 16 dicembre 1992 n. 13317, in *Riv. arb.* 1993, 629; Cass. 30 maggio 2007, n. 12736, in *Foro it.* 2007, *Arbitrato* n. 132).

⁶⁰Nel senso che la mancata proposizione dell’eccezione di incompetenza comportasse una tacita integrazione dell’accordo compromissorio, v. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 848; T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Noviss Dig. It.*, Torino, 1958, 889; L. BIAMONTI, voce *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 926, per il quale: “(...) *le parti possono estendere o restringere la portata del compromesso anche successivamente alla sua stipulazione, mediante il deferimento agli arbitri di questioni non comprese inizialmente nella cognizione arbitrale, con la rinuncia a sollevare nel corso del procedimento l’eccezione di incompetenza (art. 817 c.p.c.)*”. Per G. SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, cit., 231, se una parte non sollevava alcuna eccezione a fronte della deduzione *ex adverso* di conclusioni inerenti ad un oggetto non rientrante nei limiti del compromesso, l’ampliamento dell’oggetto del contratto compromissorio discendeva direttamente dalla legg: “(...) *perché la preclusione dell’art. 817 c.p.c. si applica anche se non fosse stato nelle intenzioni delle parti ampliare l’oggetto del compromesso*”. V. per riferimenti C. VELLANI, N. IRTI (a cura di), *Dizionario dell’arbitrato*, Torino, 1997, 292 ss.

⁶¹Nel senso che la carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri desse luogo ad una sorta di nullità – inesistenza del lodo, deducibile per la prima volta in sede di impugnazione e, per taluni, *rilevabile anche d’ufficio* in ogni stato e grado del processo, v. Cass. 1981, n. 5942; Cass. S.U. 1982, n. 4317, in *Giur. it.* 1983, I, 1, 761; Cass. S.U. 1982 n. 4934, in *Giur. it.* 1983, I, 1, 755; G. TARZIA, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1995, 162; F.P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.* 1995, 13 ss.; C. PUNZI, voce *Arbitrato*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 29.

eccezione compromissoria o l'eccezione di giudicato arbitrale, oppure in una autonoma azione di accertamento negativo o, infine, in sede di opposizione all'esecuzione avviata sulla base di un titolo costituito dal lodo" ⁶².

Nel contesto ante-riforma 2006, merita altresì di essere segnalata la tesi peculiare della TOMBARI⁶³ (che si discostava sensibilmente dall'orientamento dominante delle "vie parallele"), per la quale: "(...) la stipulazione di un valido compromesso importa[va], come riflesso, il venire meno dell'interesse ad agire giudizialmente" ⁶⁴. Secondo l'autrice, la mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione di compromesso (eccezione in senso stretto rilevabile solo ad istanza di parte e in limine litis⁶⁵), integrava un: "(...) atto concludente, dal quale dedurre, coordinandolo con l'atto di proposizione della domanda da parte dell'attore, una rinuncia tacita delle parti al negozio di compromesso precedentemente concluso" ⁶⁶. L'omesso rilievo dell'esistenza di un patto arbitrale, a fronte dell'iniziativa giudiziale della controparte, avrebbe avuto l'effetto di una implicita manifestazione di volontà delle parti di recedere dal precedente accordo: "(...) il quale, una volta rescisso per questa via, non potrà più essere invocato in maniera rilevante" ⁶⁷. Un lodo pronunciato dagli arbitri, nonostante l'omessa (o intempestiva) eccezione di carenza di potestas iudicandi del giudice adito in ragione dell'esistenza di un valido patto

⁶² Sul regime applicabile al vizio di inesistenza del lodo, v., in senso conforme alle opzioni riferite nel testo, Cass. 25 settembre 1964, n. 2333, in *Foro it.* 1964, I, 1926; Cass. 28 febbraio 1964, n. 458, in *Foro it.* 1964, I, 1293; Cass. 22 aprile 1963, n. 1026, in *Giust. civ.* 1963, I, 1560; Cass. 27 luglio 1982, n. 4317; Cass. 6 gennaio 1983, n. 66; Cass. 18 gennaio 1984, n. 404.

⁶³ Nel quadro di una concezione sostanzialmente privatistica del fenomeno arbitrale, per la G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc.* 1059 ss. gli arbitri erano dei privati svolgenti un'attività privata, la cui deliberazione aveva il valore di un *atto privato di accertamento*, cui la legge, previo ottenimento da parte dello stesso dell'*exequatur* pretorile, conferiva l'efficacia tipica della sentenza.

⁶⁴ Corsivo nostro. Secondo l'autrice, con il patto compromissorio le parti disponevano non tanto del diritto ad agire in giudizio (come sostenevano, ad esempio, CHIOVENDA e REDENTI), quanto piuttosto della *situazione sostanziale stessa*, che veniva delimitata e deferita dalla decisione degli arbitri: "(...) è poi questa modificazione giuridica negoziale che, qualificata ormai come fatto, induce una modificazione automatica, indiretta delle situazioni soggettive processuali dei soggetti compromittenti" (G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico*, cit., 1057).

⁶⁵ Essendo il compromesso atto di autonomia privata, dal necessario rispetto del principio dispositivo conseguiva che gli effetti collegati ad esso, proprio perché derivanti da un atto "autonomo", dovessero essere sottratti al potere di controllo e di rilevazione del giudice, per essere invece rimessi alla esclusiva disponibilità delle parti (G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico*, cit., 1072).

⁶⁶ G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico*, cit., 1074.

⁶⁷ G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico*, cit., 1074.

arbitrale, sarebbe dunque risultato nullo, o addirittura inesistente, per *carenza assoluta di patto compromissorio*. In relazione al tema dei possibili conflitti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, la TOMBARI distingueva due ipotesi: da un lato, quella in cui vi fosse stata *un'espressa revoca* dell'incarico conferito agli arbitri (che non dava luogo ad alcun problema di coordinamento tra i due procedimenti, venendo automaticamente meno quello arbitrale e rimanendo aperte le sole vertenze attinenti al rapporto privatistico di locazione d'opera che legavano le parti agli arbitri); dall'altro, quella in cui le parti, per qualsivoglia ragione, avessero invece adito il giudice *senza informarne gli arbitri*. In tale ultimo caso, a seconda che gli arbitri *fossero venuti o meno a conoscenza* della contemporanea pendenza dell'altro processo sulla medesima causa, si sarebbero aperti diversi scenari. Invero, sebbene, in entrambe le ipotesi, il patto dovesse considerarsi *tacitamente risolto*, la rilevanza della *consapevolezza* degli arbitri poteva avere implicazioni diverse: nel primo caso, l'eventuale conflitto tra lodo e sentenza andava risolto secondo i principi applicabili al caso più generale di conflitto fra due giudicati statali sullo stesso oggetto; nel secondo caso, invece, gli arbitri avrebbero dovuto sospendere il procedimento, senza pronunciarsi sul merito, né depositare il lodo presso il pretore⁶⁸, in quanto: *"(...) solo il compromesso conferisce giuridica rilevanza all'atto degli arbitri, che altrimenti rimarrebbe indifferente per l'ordinamento al pari di un qualsiasi giudizio privato"*⁶⁹. L'elemento peculiare della tesi della TOMBARI risiedeva non tanto nel fatto che essa attribuisse un'efficacia *sostanziale* al comportamento della parte che, convenuta dinanzi al giudice statale, *omettesse* di proporre tempestivamente l'eccezione di patto compromissorio *in limine litis* (tesi invero abbastanza diffusa nel vigore del precedente impianto normativo); quanto, piuttosto, nell'attribuzione di un valore decisivo ad un *profilo soggettivo*, rappresentato dalla *consapevolezza* degli arbitri circa la contemporanea pendenza di un giudizio ordinario sulla medesima causa. Non era tuttavia chiara l'utilità del concorso di un presupposto di tipo soggettivo (la *consapevolezza* degli arbitri), quando appariva sufficiente quello oggettivo (la condotta processuale delle parti) a determinare una *risoluzione tacita dell'accordo* e a sancire, di riflesso, l'invalidità della decisione arbitrale, come tale soggetta all'impugnazione per nullità, *salvo poi decidere sotto quale profilo* (nn. 1 o 4 del

⁶⁸ Le opinioni espresse dall'autrice sono molto risalenti (lo scritto richiamato nelle note è del 1964), quando ancora, secondo il codice di procedura civile in vigore, il deposito del lodo era affidato agli arbitri. La riforma dell'83 aveva modificato questo aspetto, rimettendo il procedimento per ottenere l'*exequatur* all'iniziativa della parte vittoriosa.

⁶⁹ G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico*, cit., 1081.

prev. art. 829, comma 1, c.p.c.)⁷⁰. Né l'autrice si peritava di indicare la soluzione da adottare in relazione a una serie di altre situazioni astrattamente ipotizzabili⁷¹.

Al di là di questa particolare ricostruzione, *sub Julio* la maggioranza di dottrina e giurisprudenza sposava la tesi degli *effetti solo endo-processuali delle condotte omissive delle parti*, in sede rispettivamente arbitrale e giudiziale, senza alcuna ripercussione sulle vicende dell'altro giudizio e senza alcun risvolto sul piano sostanziale, ossia dell'esistenza, validità o efficacia della convenzione arbitrale⁷².

Tesi che, secondo chi scrive, deve essere altresì riproposta nel contesto normativo attuale. La mancata o intempestiva contestazione dei vizi attinenti, *lato sensu*, alla *potestas iudicandi* arbitrale⁷³ integrerebbe cioè una *mera preclusione di natura processuale*⁷⁴ (anche se è controverso se ciò valga

⁷⁰ G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico*, cit., 1080. L'oggettivo venir meno della *potestas iudicandi* degli arbitri, in conseguenza dell'estinguersi del patto compromissorio, era evidenziata con insistenza dall'autrice: "(...) il venir meno del compromesso non è di per sé causa immediata dell'impossibilità dell'attività arbitrale, ma lo diventa mediatamente, in quanto annulla il presupposto della rilevanza giuridica dell'atto di mero accertamento degli arbitri".

⁷¹ Si pensi, ad esempio, ad un rigetto dell'eccezione proposta (con conseguente pronuncia di merito) nel giudizio ordinario, instaurato successivamente a quello arbitrale; o alla mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione nel giudizio ordinario, *previamente instaurato*; o alla mancata 'costituzione' della parte convenuta. In tali casi, non era chiaro se l'assenza del presupposto in base al quale potesse dirsi legittimamente instaurato l'eventuale successivo giudizio arbitrale imponesse agli arbitri di sospendere il procedimento (laddove fossero a conoscenza della pendenza del procedimento ordinario – potendo viceversa quest'ultimo proseguire in mancanza della detta consapevolezza); oppure se l'*instaurazione successiva* del procedimento arbitrale comportasse la *riaffermazione* della volontà delle parti di avvalersi di tale strumento alternativo di tutela, ripristinando così l'accordo precedente e facendo conseguentemente venir meno l'interesse dell'attore ad agire per via giudiziaria.

⁷² In tal senso v. Cass. 14 febbraio 1979, n. 965, in *Rep. Foro it.* 1979, voce *Arbitrato e compromesso*, 85 e Cass. 24 marzo 1962, n. 600, in *Giur. it.* 1963, I, 1, 496. Per riferimenti v. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, 542.

⁷³ V. E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., 690 ss., per la quale, anche in caso di estinzione o chiusura in rito del procedimento arbitrale, l'accordo arbitrale convalidato o costituito in corso di causa *rimarrà valido ed efficace*, vincolando le parti alla via arbitrale. Per L. SALVANESCHI, *Arbitrato sub art. 817 c.p.c.*, cit., 565 questa impostazione dovrebbe condurre a ritenere il compromesso *valevole con esclusivo riferimento a quella stessa controversia*, destinato pertanto a operare solo nell'ipotesi di estinzione del giudizio.

⁷⁴ Nel senso che la mancata o intempestiva proposizione della contestazione alla *potestas iudicandi* arbitrale integri una mera preclusione processuale, esaurendo i suoi effetti all'interno del processo, v. L. BIANCHI, *La controversia sulla convenzione di arbitrato*, cit., 116 ss., per il quale: "(...) la lettera della legge depone in favore della

anche per la parte la cui omessa proposizione dipenda dal fatto di *non aver*

qualificazione del fenomeno in esame in termini esclusivamente processuali”; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 3ª ed., Padova, 2012, 555; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 208; R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza del procedimento arbitrale e del giudizio ordinario*, in *Riv. dir. proc.* 2019, 192 ss.; F.P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, 11° ed., Milano, 2021, 198 (sebbene tale Autore avesse in precedenza individuato, nella condotta omissiva delle parti, una sorta di *accordo compromissorio tacito, senza tuttavia rilevanza esterna al processo*); M. LONGO, *Autorità giudiziaria e arbitrale*, in M. RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR e conciliazione*, Bologna 2009, 459 ss.; G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 467 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, cit., 562 ss.; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 77 ss. e 151 ss. Anche la giurisprudenza prevalente è orientata nel senso della mera preclusione processuale: v., *ex multis*, in relazione al comma 2 dell'art. 817 c.p.c., Cass. 28 febbraio 2019, n. 5824, per la quale il mancato rilievo della "incompetenza" dell'arbitro non implica che tra le parti si debba ritenere concluso un nuovo compromesso per allargare la materia del decidere, perchè in tale ipotesi l'art. 817 c.p.c. non avrebbe un suo fondamento nell'operato processuale delle parti, ma nella loro volontà contrattuale, che non viene invece in considerazione nella specie, in cui si è solo di fronte alla inattività di una delle parti. In relazione al comma 3 dell'art. 817 c.p.c., v. App. Napoli, 4 luglio 2018, n. 3347 che, sull'assunto della riconduzione della mancata proposizione dell'eccezione in arbitrato nell'ambito processuale (mera preclusione processuale), evidenzia come debba farsi riferimento – sia per ciò che attiene alla formulazione delle conclusioni, sia per ciò che attiene alla proposizione dell'eccezione – *al comportamento dei difensori*, senza che da ciò possa inferirsi un'eventuale volontà delle parti di estendere l'originario ambito della competenza arbitrale. Vero è che gli orientamenti giurisprudenziali risultano a volte ondivaghi, come dimostrano quelle pronunce che, nella mera proposizione di una domanda in sede giudiziale, rientrante nell'ambito di applicazione di una convenzione arbitrale, hanno ravvisato una rinuncia implicita alla stessa: v., in tal senso (per vero in un caso in cui trovava applicazione il regime ante-riforma 2006), Cass. S.U. 6 luglio 2016, n. 13722, in *Le Società*, 2016, 12, 1397, nt. adesiva (sul punto) di M. BOVE, *Decadenza dell'azione e clausola compromissoria* per la quale, nel caso di specie trovava senz'altro applicazione: "(...) il principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte per il quale, qualora la parte promuova nei confronti dei medesimi contraddittori un giudizio davanti al giudice ordinario avente identità, totale o parziale, di oggetto, tale comportamento costituisce implicita rinuncia ad avvalersi della clausola compromissoria, restando, così, ad essa preclusa la possibilità di far successivo ricorso al procedimento arbitrale". In tema v. anche Cass. 20 maggio 2013, n. 12247; (per la domanda monitoria) Cass., 11 novembre 2011, n. 23651; Cass. 23 maggio 2006, n. 12121; Cass. 15 luglio 2004, n. 13121, in *Foro it.*, I, 2004, c. 3357; Arb. Unico Treviso 14 febbraio 2005, in *Riv. arb.*, 2005, 393, nt. N. SOTGIU, *Rinuncia (parziale) al patto compromissorio, preclusioni e sospensione del procedimento*. Per una critica alle tesi che, da un lato, deducono *dalla sola condotta dell'attore* che adisce il giudice ordinario l'effetto estintivo dell'accordo arbitrale e, dall'altro, riferiscono quest'ultimo a tutte le potenziali controversie rientranti nell'ambito di applicazione del patto v., da ultimo, L. BIANCHI, *La controversia sulla convenzione di arbitrato*, cit., 193.

preso attivamente parte al giudizio arbitrale⁷⁵), che si traduce

⁷⁵ Escludono che incorra nelle preclusioni contemplate dall'art. 817 c.p.c. la parte che non abbia partecipato al giudizio, consentendole, dunque, di sollevare le contestazioni alla *potestas iudicandi* arbitrale, per la prima volta, in sede di giudizio di impugnazione per nullità, sempre che tale vizio non sia già stato rilevato *ex officio* dagli arbitri – ove possibile – nel corso del procedimento, G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 290 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2° ed., Padova 2012, 532; ID., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Vol. III, Torino 2010, 202; C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, in L.P. COMOGGIO et al. (a cura di), *Commentario*, cit., 507 ss., spec. 529; E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., 679 ss., spec. 690 ss.; F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 117 ss.; ID., *Parte "assente" nel processo arbitrale ed eccezione di incompetenza*, nt. Cass. 28 febbraio 2019, n. 5824, in *Riv. arb.* 2, 2019, 299 ss. Tale orientamento rileva, in particolare, che la disposizione di cui all'art. 817 c.p.c. sembra ricollegare l'effetto preclusivo solo all'esercizio della prima difesa e non anche al decorso del termine per la stessa, dando cioè rilievo non tanto al comportamento omissivo in sé della parte, quanto solo a quello della parte che si difenda attivamente nel merito delle lite, senza però difendersi sul punto della "competenza" arbitrale, assumendo, con ciò, una condotta incompatibile con la volontà di invocarne asseriti vizi. La soluzione opposta finirebbe per interpretare la condotta di una parte che, con la sua assenza, ha dimostrato di non voler assoggettarsi alla giustizia arbitrale, come volontà, invece, di attribuire agli arbitri il potere esclusivo di decidere sulla propria *potestas iudicandi*. Ma v. M. BOVE, *La giustizia privata*, 4° ed., Milano, 2018, 72, per il quale: "(...) la parte interessata nel momento in cui è convenuta, perché destinataria della domanda di arbitrato, è comunque chiamata a rispondere solidalmente per le spese e gli onorari degli arbitri anche in caso di suo completo disinteresse". Anche per la giurisprudenza maggioritaria la preclusione processuale derivante dalla mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione nel giudizio arbitrale si verifica solo nei confronti della parte che abbia attivamente partecipato al giudizio, non, invece, nei confronti del soggetto rimasto assente, con la conseguenza che quest'ultimo potrà adire il giudice ordinario perché accerti che il lodo, comunque emesso pur in mancanza di clausola compromissoria, sia inefficace o inesistente nei suoi confronti. V., in tal senso, da ultimo, Cass. 28 febbraio 2019, n. 5824, in *Diritto & Giustizia*, 40, 2019, 21 ss., nt. I. PIETROLETTI, *Il lodo può essere impugnato per incompetenza degli arbitri, anche da chi non ha partecipato al giudizio arbitrale*; in *Riv. arb.* 2, 2019, 299 ss., nt. F.P. LUISO, *Parte "assente" nel processo arbitrale ed eccezione di incompetenza*; in *GiustiziaCivile.com*, con nota critica di G. TOTA, *Difetto di potestas iudicandi dell'arbitro, mancata partecipazione del convenuto al giudizio arbitrale e conseguenze sull'impugnazione del lodo*; secondo tale autrice, in mancanza di una norma espressa sul punto: "(...) nulla autorizza ad attribuire alla 'contumacia' nel processo arbitrale un regime diverso (e di maggior favore per il contumace) da quello dell'omologo istituto previsto dagli artt. 290 ss. c.p.c.". Sul mancato avveramento di preclusioni a carico della parte "contumace" in un arbitrato irrituale, v. anche Cass. 24 febbraio 2006, n. 4156, in *Foro it.* 2007, I, 2212, nt. E. D'ALESSANDRO.

Per l'orientamento opposto, nel senso cioè che la preclusione processuale si manifesterebbe anche nei confronti della parte che non abbia partecipato attivamente al giudizio, v. G. TOTA, *Difetto di potestas iudicandi dell'arbitro*, cit.; S. IZZO, *La convenzione*

nell'impossibilità, per la parte negligente, di contestare successivamente, nel corso del giudizio arbitrale o di quello giudiziale, la competenza dell'arbitro o del giudice e altresì di impugnare il futuro lodo⁷⁶ o la futura sentenza, per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale, non tempestivamente invocati nel corso del giudizio ⁷⁷; con esclusione, pertanto, di qualsivoglia efficacia sul piano sostanziale e/o esterna. Da tale condotta non discenderebbe, invece, né la *formulazione tacita* di un patto prima inesistente o la *sanatoria* di un patto prima invalido, né alcuna *efficacia extraprocessuale* dell'avvenuta cristallizzazione del patto arbitrale, sotto forma di vincolo, nei confronti di un altro arbitro o del giudice statale che dovessero confrontarsi, in un momento successivo, con la questione della *potestas iudicandi* arbitrale⁷⁸.

arbitrale nel processo, cit., 201 ss.; BOVE, *La giustizia privata*, cit., 71 ss.; ID., *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 365; L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, sub art. 817 c.p.c., cit., 602 ss.; Cass. 24 marzo 1962, n. 600, in *Giust. civ.* 1962, I, 1743. Secondo chi scrive, questo secondo approccio appare più convincente. Invero, da un punto di vista testuale, nell'attuale formulazione dell'art. 817 c.p.c. non è ravvisabile alcun indizio che induca a leggere la norma come riferibile esclusivamente alla parte "costituita". Inoltre, sarebbe l'ordinamento a imporre al convenuto l'onere di partecipare al giudizio al fine di far valere le eccezioni che siano rimesse alla sua esclusiva disponibilità. D'altra parte, l'eccezione con cui si voglia fare valere di fronte al giudice dello stato l'esistenza di un patto arbitrale si preclude, ai sensi di art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c., decorso il termine per il deposito della comparsa di risposta, a prescindere dal fatto che il convenuto sia o meno contumace; sicché, non si capirebbe perché due situazioni analoghe debbano essere trattate diversamente. Va poi rilevato che, impedendosi il maturarsi della preclusione processuale nel caso in cui il convenuto sia 'contumace', si avrebbe l'effetto di impedire che la questione possa essere trattata dinanzi agli arbitri, senza che ciò tuttavia implichi alcuna sanatoria, con la conseguenza che gli arbitri potrebbero trovarsi costretti (in quanto impossibilitati a rilevare il vizio d'ufficio) a pronunciare un lodo *che sanno benissimo essere invalido* per carenza di un valido patto arbitrale, passibile quindi di essere travolto in sede di giudizio di nullità.

⁷⁶ V. Cass. 4 giugno 2021, n. 15613.

⁷⁷ Salvo ritenere detto termine, in caso di invalidità o inefficacia *sopravvenute* rispetto al termine espressamente indicato dall'art. 817 c.p.c. (la prima memoria successiva all'accettazione da parte degli arbitri), *posticipato* almeno fino alla prima difesa successiva alla loro sopravvenienza (così F.P. LUIO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 116; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche vol.3. I procedimenti speciali e l'arbitrato*, 2° ed., Torino 2009, 201 ss.), a condizione che, a quella data, il vizio sia conosciuto o conoscibile, pena, altrimenti, una inaccettabile compressione dei diritti di difesa della parte che, al limite, dovrebbe poter essere in grado di sollevare quei vizi, incolpevolmente non conosciuti prima, anche per la prima volta in sede di impugnazione del lodo.

⁷⁸ Nel senso che il comportamento concludente di entrambe le parti (ravvisabile, rispettivamente, nell'instaurazione del giudizio arbitrale ad opera dell'attore e nella mancata proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* da parte del convenuto) produce effetti pure *sul piano sostanziale*, integrando una tacita

Per il solo fatto della mancata contestazione di un patto arbitrale in sede arbitrale, dunque, il giudice statale non sarebbe in alcun modo obbligato a rigettare come inammissibile o improponibile una domanda su un oggetto rientrante nell'ambito di applicazione di quel patto, né dovrebbe spogliarsi di una causa nel frattempo istruita per sopravvenuta carenza della propria *potestas iudicandi*, conseguente all'inutile decorso, in sede arbitrale, del

manifestazione di volontà compromissoria, idonea – a seconda dei casi – a convalidare, ex art. 1423 c.c., l'accordo arbitrale nullo, ovvero a surrogare la forma scritta prevista per la conclusione della convenzione d'arbitrato ancora mancante o per le domande eccedenti i limiti dell'originario patto arbitrale, v., E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., 679 ss., spec. 690 ss. e A. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria*, cit., 93 ss., spec. 102, per il quale, ove si ricostruisse il fenomeno alla stregua di un meccanismo di preclusione, il comportamento omissivo finirebbe per gravare anche sulla parte non costituita *apud arbitros*. L'autore da ultimo citato, sebbene in relazione ad una fattispecie soggetta al regime normativo ante-riforma del 2006, ritiene che la proposizione dell'eccezione di esorbitanza delle conclusioni delle parti, *dopo aver esplicitato attività difensiva nel merito*, avrebbe efficacia equipollente alla mancata proposizione dell'eccezione medesima, in quanto sollevata *quando la parte era decaduta dal potere di farla valere*: essa, pertanto, non varrebbe ad impedire la decisione degli arbitri sulla domanda proposta ai sensi degli artt. 817 e 829, comma 1, n. 4 c.p.c.

Va ricordato che la tesi dell'efficacia, *sul piano sostanziale*, della condotta omissiva della parte era particolarmente in voga al tempo dell'orientamento *negozialista* inaugurato dalle S.U. nel 2000. Secondo Cass. 21 settembre 2004, n. 18917, gli atti compiuti ed i poteri esercitati da una parte nell'ambito di un procedimento arbitrale, rispetto ad una domanda esorbitante rispetto ai limiti oggettivi della convenzione di arbitrato, non rilevavano in termini di attività *di natura processuale* (idonea, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 817 e 829 comma 1, n. 4 c.p.c., a determinare o ad impedire l'estensione della cognizione arbitrale), quanto piuttosto *sul piano dell'attività di interpretazione dell'ambito oggettivo della convenzione di arbitrato*, quale comportamento rilevante ai sensi dell'art. 1362, comma 2 c.c. (utile, dunque, per la determinazione della loro comune volontà circa il contenuto stesso). Per una critica all'implicazione che la Corte trae dall'assunto della natura negoziale del fenomeno arbitrale, che non sarebbe logicamente necessaria, v. A. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria*, cit., 93 ss.

Ad ogni modo, non tutti i fautori della tesi dell'efficacia, *sul piano sostanziale*, della condotta omissiva della parte attribuiscono a detta efficacia risvolti "esterni", sì da consentire alle parti, in caso di estinzione del giudizio o sua chiusura in rito, di instaurare un nuovo processo arbitrale sulla base di quel "nuovo" patto (convalidato o concluso (tacitamente) *ex novo*), cui sarebbero vincolate. A favore di un'efficacia "esterna" - che a chi scrive pare inevitabile una volta adottata la prospettiva "sostanzialista" (così, anche, L. BIANCHI, *La controversia sulla convenzione di arbitrato*, cit., 116) - v. E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., 693; G. RUFFINI, *Sub art. 817*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 290; M. BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo rituale*, cit., 536. Contra E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 78; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., Torino, 2015, 186; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 478 ss. e 548 ss.

termine entro cui contestare la competenza degli arbitri.

Per cominciare, è il testo stesso delle disposizioni di cui alla seconda parte del comma 2 e al comma 3 dell'art. 817 c.p.c. a espressamente ricollegare alla mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione *unicamente* l'impossibilità, per la parte, di impugnare il lodo arbitrale per il motivo oggetto dell'eccezione. Va osservato che il comma 2 dell'art. 817 c.p.c.⁷⁹, norma analoga a quella di molte legislazioni arbitrali straniere, estende al caso dell'inesistenza, invalidità ed inefficacia del patto arbitrale una regola preclusiva bensì già codificata in passato, *ma solo con riferimento al caso dell'inosservanza dei limiti dell'accordo compromissorio*⁸⁰, rispetto al quale, peraltro, la formulazione dell'eccezione era consentita, sempre solo su istanza di parte, durante tutto il corso del giudizio arbitrale e altresì, per la prima volta, in sede di impugnazione per nullità del lodo⁸¹. La natura di eccezione *in senso stretto* della contestazione di esorbitanza ha come conseguenza non solo il fatto che la parte interessata, che abbia omissso di sollevare tale eccezione, non possa, per quel motivo, impugnare il lodo, ma anche, secondo alcuni⁸², l'emersione di un obbligo degli arbitri di pronunciare su tali conclusioni, non potendo essi rilevarne d'ufficio l'esorbitanza. Una loro pronuncia, che rifiutasse di prendere posizione su quelle conclusioni, sarebbe censurabile dinanzi al giudice ordinario mediante l'impugnazione per nullità – in quanto appunto frutto di un inammissibile rilievo d'ufficio della loro esorbitanza –, verosimilmente in base ad un'interpretazione *estensiva* del motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 12 ("(...) se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed

⁷⁹ L'art. 817 c.p.c. non contiene una prescrizione analoga a quella che, nel processo ordinario, impone alla parte che formuli l'eccezione d'incompetenza di indicare il giudice che essa ritiene competente: v. Cass. 20 luglio 2022, n. 22764.

⁸⁰ V. Cass. 22 gennaio 1999, n. 565; Cass. 7 agosto 1993, n. 8563.

⁸¹ V., in tal senso, Cass. 26 gennaio 2001, n. 1086, in *Giust. civ.* 2001, I, 2422; Cass. 25 agosto 1998, n. 8410, in *Riv. arb.* 455, nt. M.C. GIORGETTI, *Il difetto di potestas iudicandi degli arbitri rituali*.

⁸² Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del Codice di procedura civile. Artt. 806-840*, 2ª ed., Bologna, 2007, 727. Diversamente, infatti, si consentirebbe agli arbitri di rilevare officiosamente un vizio, che la legge rimette invece alle parti. Così opinando, si dovrebbe quindi ritenere che, ove gli arbitri si astengano dal pronunciare sulla domanda esorbitante, pur in assenza di eccezioni da parte dei litiganti, la loro statuizione potrà essere impugnata per omessa pronuncia. V. D. BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del Codice di procedura civile. Artt. 806-840*, 2ª ed., Bologna, 2007, 330, che però ipotizza il decorso di un nuovo termine per il deposito del lodo dal momento dell'accettazione della domanda nuova.

eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato")⁸³. Tuttavia, sembra più corretto ritenere che, laddove la domanda sia proposta in corso di causa (ossia dopo che gli arbitri abbiano formalizzato l'accettazione dell'incarico, eventualmente concordando anche un compenso con le parti, oppure quando essi non possano più usufruire dell'intero termine previsto dall'art. 820 c.p.c.), sia comunque necessario conseguire il consenso del giudice privato, il quale ovviamente potrà essere manifestato anche per fatti concludenti⁸⁴.

Ciò detto, il ravvisare in una condotta delle parti una determinata conseguenza giuridica, nella specie la rinuncia al diritto a rivolgersi al giudice statale come conseguenza della mancata contestazione della convenzione arbitrale, è, prima di tutto, una *quaestio voluntatis*⁸⁵. In assenza di elementi certi, oggettivi, concludenti ed inequivocabili, non sempre il comportamento omissivo delle parti in arbitrato può essere letto nel senso di denunciare una *chiara ed univoca volontà* di rinunciare al giudice statale per investire l'arbitro della cognizione di tutte le controversie sorgenti da un determinato contratto; ciò anche alla luce, tra l'altro, della regola generale per cui, in mancanza di espressa previsione normativa, *le rinunce non si possono presumere*⁸⁶. Opinando diversamente, sarebbe necessario verificare di volta in volta la sussistenza, in capo alla parte, della volontà di sanare i vizi del patto compromissorio o di ampliarne i confini⁸⁷. D'altra parte, non sarebbe corretto trattare indistintamente, sotto il profilo degli effetti "estintivi", due circostanze non poco divergenti tra loro quali, da un lato, la mancata proposizione *tout court* dell'eccezione e, dall'altro, la sua proposizione solo *tardiva* (al di fuori cioè dei limiti preclusivi contemplati

⁸³ Così A. BRIGUGLIO, in R. VACCARELLA, G. VERDE (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, IV, Torino, 1997, 862.

⁸⁴ L. SALVANESCHI, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 602; G. RUFFINI, *Sub art. 817*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 293.

⁸⁵ Così G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 219; Cass. 8 agosto 1951, n. 2462, in *Giur. it.* 1952, I, 1, 348.

⁸⁶ Merita di essere menzionata, in proposito, l'interessante decisione di Coll. arb, *Arbitrato C. C. I.*, n. 7407/HV, reso a Parigi il 28 settembre 1993, in *Riv. arb.* 1994, 789, nt. A. GIARDINA, *Autonomia della clausola compromissoria e rinuncia all'arbitrato*, ove si statuiva che, alla stregua del diritto italiano (che governava il contratto), il comportamento della parte attrice, che aveva omesso di proporre eccezione di arbitrato in sede giudiziale, non potesse interpretarsi come *rinuncia implicita* alla facoltà di avvalersi della clausola arbitrale, proprio perché – si statuiva nel lodo – per l'ordinamento italiano *la rinuncia ad un diritto deve risultare da un comportamento inequivoco e, in caso di dubbio, deve essere esclusa*.

⁸⁷ Il che sarebbe foriero di non pochi problemi ogni qual volta la stipula del patto compromissorio sia soggetta a particolari oneri autorizzativi, come nel caso in cui una delle parti sia la pubblica amministrazione.

dall'art. 817 c.p.c.). Sarebbe invero difficile sostenere, in quest'ultimo caso, che vi sia stata la volontà della parte onerata della proposizione dell'eccezione di rinunciare ad invocare il vizio inficiante la convenzione arbitrale, dato che la sua condotta, pur se implementata in modo negligente e tale da impedire il conseguimento dello scopo perseguito (ottenere il rigetto in rito del giudizio), dimostra esattamente l'opposto⁸⁸.

Un ulteriore ostacolo all'accoglimento della tesi degli effetti "sostanziali" ci pare ravvisabile nei principi generali in materia contrattuale, in particolare in quello secondo cui il negozio *revocatorio* di un precedente atto giuridico (il c.d. *contrarius consensus*) dovrebbe, in linea di principio, assumere la *medesima forma* del negozio da revocare. Sebbene, infatti, manchi, nell'ordinamento, una norma che espressamente imponga, per il *contrarius consensus*, la stessa forma del negozio *revocando* (con la conseguente elaborazione di posizioni dottrinali anche conflittuali, tanto in un senso quanto nell'altro⁸⁹), la giurisprudenza si è sempre mostrata granitica nell'affermare che: "(...) la forma scritta per la risoluzione convenzionale di un contratto è necessaria quando identica forma sia prescritta ad *substantiam* per la stipulazione del contratto stesso"⁹⁰, ammettendo, di conseguenza, la *risolubilità* di un contratto *per facta concludentia* solo laddove, per questo, non fosse prescritta la forma scritta a pena di nullità⁹¹. Ora,

⁸⁸ V. G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 219. Nell'ipotesi di proposizione tardiva, secondo l'autore si poteva asserire: "(...) non già che le parti hanno rinunciato alla competenza arbitrale, bensì che le parti tornano ad essere soggette alla competenza del giudice ordinario".

⁸⁹ Tra i sostenitori della tesi secondo cui le pattuizioni con cui vengono risolti *contratti formali* sarebbero soggette all'onere della forma scritta, a pena di nullità, e che quindi, a maggior ragione, non sia ipotizzabile una loro risoluzione tacita *per facta concludentia*, v. M. DOGLIOTTI, A. FIGONE *et al.* (a cura di), *Giurisprudenza del contratto, casi e materiali*, Milano, 1998, 299; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988; in precedenza E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1952, 251, secondo cui la revoca sarebbe governata dal principio: "(...) della identità o corrispondenza del *contrarius actus*, per cui lo scioglimento o il mutamento del vincolo che sia stato prima disposto, deve seguire nelle medesime forme e con l'osservanza dei medesimi requisiti cui era legato il negozio da revocare".

⁹⁰ Così Cass. 7 marzo 1992, n. 2772; Cass. 15 maggio 1998, n. 4906: "Nel caso di contratto di trasferimento della proprietà immobiliare, per la cui validità la legge richiede la forma scritta ad *substantiam*, anche lo scioglimento per mutuo consenso deve risultare da atto scritto"; Cass. 27 novembre 1997, n. 11939.

⁹¹ V. Cass. 10 settembre 1992, n. 10354, per la quale: "(...) la risoluzione per mutuo consenso di un contratto per il quale non sia richiesta la forma scritta ad *substantiam* (...) può risultare anche da un comportamento tacito concludente"; Cass. 24 giugno 1997, n. 5639, in *Giur. it.*, 1998, 425; Cass. 11 novembre 1986, n. 6586, in *Giust. civ. Mass.* 1986, fasc. 11, secondo cui: "(...) il mutuo consenso allo scioglimento del contratto di locazione infranovennale, come di qualunque altro negozio per il quale non sia richiesta la forma scritta

l'attuale testo dell'art. 807, comma 1 c.p.c., al pari della versione precedente della medesima norma, prescrive che il *compromesso* debba, *a pena di nullità*, essere *fatto per iscritto* e determinare l'oggetto della controversia. Nello specificare *cosa debba intendersi per forma scritta*, il comma successivo della norma non fa alcun riferimento – al contrario di quanto accade in altri ordinamenti, ad esempio in quello tedesco – alla fattispecie di stipula o conclusione dell'accordo *per facta concludentia*, limitandosi a disporre che la forma scritta si intende rispettata anche quando la volontà delle parti sia espressa secondo una serie di modalità ivi espressamente elencate ("*(...) per telegrafo o telescrivente telefascimile o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti teletrasmessi*").

Parimenti, l'art. 808, comma 1 c.p.c., in tema di *clausola compromissoria*, statuisce che le parti: "*(...) nel contratto che stipulano o in un atto separato*", possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri e, quanto alla forma, che la clausola compromissoria debba risultare da *atto avente la forma richiesta per il compromesso* ai sensi dell'art. 807 (che, appunto, non contempla la possibilità che una mera condotta delle parti sia idonea ad integrare, tacitamente o implicitamente, i requisiti per la formazione di un compromesso o di una clausola compromissoria validi). La forma scritta richiesta dagli artt. 807 e 808 c.p.c., d'altra parte, non è elemento meramente "*estrinseco*", nella misura in cui si attaglia a manifestazioni di volontà aventi un contenuto *specifico e ben determinato* (nel caso del compromesso, essa deve consentire di *determinare l'oggetto della controversia*; nel caso della clausola compromissoria, deve stabilire che *le controversie nascenti dal contratto* in cui essa è inclusa siano decise da arbitri). È improbabile che i requisiti di forma scritta richiesti per il venire in essere di un valido patto arbitrale possano dirsi integrati da una *fattispecie a formazione progressiva*, ossia – a fronte di una domanda di arbitrato proposta da una parte in assenza di un valido patto arbitrale – dalla condotta dell'altra parte che proceda in ogni caso a nominare il proprio arbitro (senza formulare eccezioni in ordine all'esistenza e validità del patto arbitrale) e, successivamente, a partecipare allo scambio delle memorie processuali. Invero, risalire, *univocamente e senza ambiguità*, dalla condotta delle parti e dal contenuto degli atti scritti e delle memorie depositate e scambiate nel corso del giudizio *al preciso ambito oggettivo e soggettivo di efficacia di un accordo arbitrale non scritto* appare operazione tutt'altro che agevole,

a pena di nullità, può risultare anche da una manifestazione tacita di volontà, cioè da fatti univoci che attestino la concorde volontà delle parti di non dare ulteriore corso al contratto stesso e di liberarsi dalle rispettive obbligazioni".

inevitabilmente foriera di conflitti fra divergenti interpretazioni tra le parti contendenti.

Potrebbero poi sorgere problemi nella fase dell'eventuale riconoscimento del lodo all'estero ai sensi delle disposizioni della Convenzione di New York. In base ad essa, infatti, la parte, che intenda ottenere il riconoscimento del lodo all'estero, deve produrre, oltre al lodo originale o una sua copia autenticata, *l'originale dell'accordo cui si riferisce l'art. II, comma 2 della Convenzione* (ossia un accordo redatto in forma scritta, espressione con cui si intende: "(...) una clausola compromissoria inserita in un contratto, o un compromesso, firmati dalle parti oppure contenuti in uno scambio di lettere o di telegrammi") o una sua copia autenticata, con, eventualmente, una sua traduzione per il caso in cui l'accordo non sia stato redatto in una lingua ufficiale del paese in cui si chiede il riconoscimento. Ove l'ordinamento del riconoscimento non consenta alla parte vittoriosa in arbitrato di avvalersi – secondo quanto contemplato dall'art. VII, comma 1 della Convenzione – di altri e più favorevoli accordi multilaterali o bilaterali sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali o di leggi o trattati più favorevoli ivi in vigore, *in mancanza di un accordo redatto in forma scritta* il giudice del riconoscimento si troverebbe in difficoltà nel valutare la sussistenza dei suddetti requisiti formali in base all'insieme di condotte e atti delle parti (memorie, istanze o repliche), che dovrebbero essere ricostruiti attraverso un attento e dispendioso scrutinio⁹².

Ancora, la risoluzione consensuale (come anche la stipula) di un patto arbitrale è di norma *atto della parte*, come emerge dall'art. 84 c.p.c., di cui il legale non ha, in linea di principio, a meno che non gli sia stato espressamente conferito, il potere di *disposizione*⁹³. Non è dunque verosimile

⁹² Vero è che la reazione del giudice richiesto del riconoscimento e dell'esecuzione di un lodo estero dipenderà dalla disciplina che riterrà di applicare per determinare l'esistenza, la validità e altresì l'ambito oggettivo della convenzione arbitrale. Ove accedesse ad un'interpretazione estensiva dell'espressione "secondo la legge del paese dove la sentenza è stata emessa" (di cui all'art. V, 1 lett. a)), non potrà che riconoscere non solo la preclusione maturata ex art. 817 c.p.c. sull'esistenza, validità e ambito oggettivo della convenzione, ma altresì, ove contemplato dall'ordinamento di origine, la formazione o estensione tacite di detta convenzione: in tal senso v. A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, Padova, 1999, spec. 207 ss.; M. BOVE, *Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e codice di procedura civile*, in *Riv. arb.* 2006, 21 ss., spec. 47. Specularmente, in base a detta impostazione, il giudice italiano richiesto di rifiutare il riconoscimento di un lodo estero in ragione della sua esorbitanza rispetto al perimetro oggettivo della convenzione arbitrale, non potrà rigettare la richiesta facendo applicazione della sanatoria contemplata dall'art. 817, comma 3 c.p.c., ove sconosciuta all'ordinamento di origine.

⁹³ C. CONSOLO, *Autonomia diretta delle parti vs discrezionalità*, cit., 1362. Da tale ricostruzione "solo processuale" della condotta omissiva riferibile ai difensori

che detto atto di parte possa essere sostituito dalla condotta omissiva del suo difensore, nell'ambito di un procedimento cui la prima non abbia personalmente preso parte⁹⁴.

Infine, l'accoglimento della tesi dell'efficacia, *anche sul piano sostanziale*, dell'omessa contestazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro imporrebbe al giudice statale adito con una domanda avente lo stesso oggetto (o oggetto connesso) dedotta in arbitrato, un *onere di cognizione aggiuntivo* rispetto alla mera valutazione della esistenza e validità della convenzione arbitrale, consistente, appunto, nel *monitorare* la tipologia, il contenuto e gli effetti del comportamento processuale di una delle parti del giudizio *nell'ambito di un altro e diverso giudizio (quello arbitrale)*. Di tutto ciò non v'è traccia alcuna nel diritto positivo⁹⁵.

discende l'efficacia *solo endoprocessuale* della validazione o estensione oggettiva della pattuizione arbitrale, limitata pertanto a quel giudizio arbitrale nel quale l'eccezione non è stata proposta.

⁹⁴ Così R. MARENGO, *Sub art. 817*, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 134. L'efficacia di mera preclusione processuale, discendente dalla mancata proposizione dell'eccezione, implica che, per aversi convalida, per omessa eccezione, della incompetenza degli arbitri, si farà esclusivo riferimento alla condotta del difensore. Così già Cass. 14 febbraio 1979, n. 965, in AG. OO. PP., 1979, II, 50; Cass. 24 marzo 1962, n. 600. Nel senso che: "(...) sia la formulazione del quesito delle conclusioni esorbitanti dall'ambito del patto compromissorio, sia l'eccezione" possano provenire dai soli difensori v. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, 541 ss.

L'adesione alla tesi opposta (delle ricadute, *sul piano sostanziale*, dell'omissione) implica che non si possa prescindere dalla verifica dell'effettiva sussistenza della volontà delle parti di pervenire ad una stipulazione di una pattuizione arbitrale *per facta concludentia*: così A. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria*, cit., 99 ss. In relazione agli enti collettivi pubblici e privati la riconduzione della condotta omissiva delle parti in sede arbitrale ad una fattispecie meramente endo-processuale esonera dalla necessità di richiedere un'apposita delibera di approvazione degli organi competenti (G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 290. V. anche Cass. 14 febbraio 1979, n. 965, in Arch. giur. OO. PP. 1979, II, 50).

⁹⁵ Allargando un po' lo sguardo, altre fattispecie processuali, in qualche modo accostabili – per struttura, contenuto o funzione – a quella di cui qui si discute, ricevono il medesimo trattamento processuale quando si tratti di valutare le conseguenze giuridiche di condotte omissive delle parti. Si pensi, ad esempio, alla mancata proposizione di un'eccezione di compensazione, all'omessa formulazione di una domanda riconvenzionale o alla mancata effettuazione di una chiamata in causa di un terzo, in relazione alle quali si è correttamente osservato che: "(...) la conseguenza è che in quel processo non avranno rilevanza, rispettivamente, il controdiritto di credito o il diritto connesso verso la controparte o verso il terzo; ma non certo che tali diritti si estinguano, sul piano del diritto sostanziale. Essi potranno essere fatti valere in un separato giudizio". V. in proposito, R. MARENGO, *Conseguenze della omissione dell'exceptio compromissi*, in Riv. arb. 1994, 343, nt. Coll. arb. 30 novembre 1993. Ma si pensi anche

Se l'impostazione seguita è corretta, ne discende che, in caso di instaurazione di un nuovo processo arbitrale fondato sulla medesima convenzione arbitrale, rispetto alla quale si sarebbe in precedenza verificata la mancata contestazione, pur se su un oggetto diverso⁹⁶, *l'estensione oggettiva* di quella convenzione non potrà che rimanere quella originaria, non rientrandovi quelle domande, eccezioni e/o questioni relativamente alle quali non sia stata tempestivamente sollevata, nel corso del precedente procedimento arbitrale, contestazione circa la loro riconducibilità all'ambito applicativo della convenzione. Parimenti, se il giudizio arbitrale, per qualsivoglia ragione, non dovesse giungere alla decisione sul merito, in un eventuale successivo giudizio statale sulla stessa lite un'*exceptio compromissi* potrebbe senz'altro essere paralizzata contro-eccependo l'esorbitanza delle domande o questioni dedotte nel giudizio statale dai limiti del patto originariamente stipulato, dato che la mancata tempestiva proposizione di quella medesima contestazione nel corso del precedente giudizio arbitrale non avrebbe in alcun modo permanentemente inciso sul perimetro oggettivo o soggettivo del patto compromissorio originario⁹⁷; continuerebbero

al caso di mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione di carenza di giurisdizione, in relazione alla quale il prec. art. 37, comma 2, c.p.c. prevedeva che il giudice italiano potesse bensì decidere nel merito la controversia, senza tuttavia che ciò sottraesse al giudice straniero, che riteneva di esserne fornito, la giurisdizione a decidere della stessa (V. Coll. arb. 30 novembre 1993).

⁹⁶ Si pensi, del resto, a tutti i casi in cui il lodo venga annullato per un motivo che in realtà lascia indenne il patto compromissorio: incapacità degli arbitri, vizi relativi alla nomina degli stessi, mancato rispetto del termine perentorio previsto per la nomina del lodo e così via. In tali casi, la convenzione arbitrale sulla cui base si è svolto il giudizio arbitrale e che mantiene la propria validità ed efficacia, continua a non comprendere l'oggetto a cui si riferiva la domanda esorbitante dai limiti del compromesso, avverso la quale la parte interessata non aveva sollevato alcuna eccezione (così, già prima della riforma, E. FAZZALARI, *Osservanza dovuta al patto compromissorio: quando il suo vincolo perdura dopo la dichiarazione di nullità del lodo*, in *Riv. arb.* 1992, 272 ss.; R. MARENGO, *Conseguenze della omissione dell'exceptio compromissi*, cit., 346).

⁹⁷ Per una conclusione simile, nell'ambito di un'analisi dei limiti in cui l'ordinamento consente all'autonomia privata di intervenire con efficacia dispositiva della nullità, senza nel contempo contraddire alla regola codicistica dell'insanabilità, tramite convalida, del contratto nullo, v. S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 2018, 3, 1029 ss., per il quale è difficile sostenere che un comportamento processuale, quale il mancato esercizio di una mera difesa quale quella relativa alla *quaestio nullitatis* della clausola, possa interpretarsi quale espressione di un intento validativo di essa; sicchè tanto la dichiarazione resa in sede processuale da un consumatore di non intendere avvalersi della nullità della clausola vessatoria, quanto il comportamento processuale del consumatore incompatibile con la volontà di questi all'impugnativa della clausola, costituirebbero vicende che restano circoscritte all'ambito processuale in cui rispettivamente la dichiarazione sia resa o il comportamento sia tenuto, senza alcuna

pertanto ad esulare, da detta *exceptio*, domande e questioni, *ulteriori* rispetto a quelle coperte dalla formulazione originaria del patto arbitrale, corrispondenti alle conclusioni esorbitanti presentate in sede arbitrale, *ma non contestate*⁹⁸.

La tesi qui sostenuta, del resto, non dovrebbe stupire, se si pensa che la giurisprudenza maggioritaria e gran parte della dottrina sono sempre state restie ad ammettere una qualsivoglia efficacia “esterna” della pronuncia dell’arbitro (ma anche del giudice statale) affermativa o declinatoria della propria *potestas iudicandi*, alla luce dell’asserita incomprimibilità del principio *Kompetenz Kompetenz* e, più di recente, di un’espressa disposizione introdotta dalla riforma - il comma 2 dell’art. 819 *ter* c.p.c. - (pur se successivamente mitigata dall’intervento della Corte costituzionale del 2013), secondo cui nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli artt. 44, 45, 48, 50 e 295. Apparirebbe anomalo, in altri termini, attribuire *efficacia esterna ad una mera condotta processuale di una parte* (spesso posta in essere inconsapevolmente o senza intenzione di produrre i relativi effetti, e dunque in assenza di un’univoca manifestazione di volontà chiaramente espressa), concretantesi nell’obbligo di un giudice statale - chiamato successivamente a confrontarsi con la questione della esistenza e validità di un patto arbitrale (tacitamente costituito o validato in conseguenza dell’omessa contestazione in sede arbitrale) - di tenere ferma, senza possibilità di discussione, la sussistenza della *potestas iudicandi*

valenza dispositiva del diritto o di sanatoria, in senso sostanziale, della nullità della clausola. Diritto e clausola che rimarrebbero dunque azionabili o invocabili in un diverso procedimento (medesime conclusioni dovrebbero attagliarsi all’ipotesi in cui il consumatore radichi la controversia in conformità a una clausola abusiva che, in tesi, gli è sfavorevole). Secondo questa impostazione, argomentare diversamente (in termini, cioè, di effetti sul piano sostanziale delle condotte omissive delle parti nel processo) assurgerebbe a procedimento ermeneutico privo di riscontro nel dato normativo, anzi confliggente con i principi che informano l’ordinamento processuale vigente. Nello stesso senso v. ID., *La rilevabilità d’ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo “atto” della Corte di Giustizia*; C. giust. Ce, 17 dicembre 2009, C-227/08, in *Contratti* 2009, 12, 1115 ss. e 1123, nt. 14; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2009, 70; A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, 350; *contra* S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d’ufficio e convalida*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino 2009, 28 ss.; M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, 131 e ss. V. anche G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e Mercato* 2012, 1, 28 che, in relazione al tema del rapporto tra insanabilità dell’atto ed indisponibilità successiva dell’azione, sottolinea che: “(...) altro è la suscettibilità o meno di sanatoria, altro (...) la disponibilità negoziale, per il soggetto legittimato ad esperirla, dell’azione di nullità”.

⁹⁸ Così anche M. BOVE, *La giustizia privata*, 2ª ed., Padova 2013, 43.

arbitrale, quando una tale efficacia “esterna” è sempre stata negata ad un *provvedimento decisivo* emesso da un organo (*privato*, nell’un caso e *pubblico*, nell’altro) *dotato di funzioni aggiudicatorie* e contenente un accertamento reso in applicazione delle rilevanti norme di legge e nel contraddittorio tra le parti.

4. – Per il tema che ci occupa, anche altre norme modificate dalla riforma del 2006 rivestono importanza sistematica, consentendo una più adeguata sistematizzazione delle molte interferenze che possono verificarsi tra arbitrato e giurisdizione statale in corrispondenza dei diversi stadi e dei diversi snodi delle rispettive procedure. Il riferimento è, in particolare, agli artt. 819 (rubricato “*Questioni incidentali*”) e 829 c.p.c. (rubricato “*Casi di nullità*”).

L’art. 819 c.p.c., che disciplina il potere di cognizione e decisione dell’arbitro sulle questioni *incidentali* (in particolare sulle questioni pregiudiziali di merito) insorte durante un procedimento arbitrale, ha stravolto il sistema previgente, che si fondava su uno sbilanciamento dei poteri di cognizione, rispettivamente, dell’arbitro e del giudice statale⁹⁹, di fatto equiparandoli¹⁰⁰. Per autorevole dottrina, infatti, la norma rappresenterebbe: “(...) *uno degli elementi portanti della chiave di lettura delle norme*” introdotte dalla riforma, nel senso della *piena equiparazione* della giurisdizione privata a quella statale¹⁰¹. A seguito della riforma, è oggi

⁹⁹ Il precedente sistema si fondava, infatti, su un evidente sbilanciamento dei poteri, rispettivamente, del giudice statale e dell’arbitro (per la situazione pre-riforma v. F. DANOVI, *La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, cit., 32 ss.; P.L. NELA, *Questioni pregiudiziali nel giudizio arbitrale* (il nuovo art. 819 c.p.c.), in *Riv. dir. proc.*, 1995, 171 ss.; L. MONTESANO, *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensione dei processi*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1 ss.; E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 167 ss.). Al primo era riconosciuto il potere di estendere la propria cognizione a *tutte le questioni pregiudiziali* che costituissero passaggio logico necessario per pervenire alla decisione della causa nel merito, mentre al secondo era consentito conoscere, in via incidentale, *unicamente* delle questioni pregiudiziali aventi ad oggetto rapporti *astrattamente* compromettibili (anche se, di fatto, *non compromessi*⁹⁹). Ogniquale volta sorgesse, nel corso del giudizio arbitrale, una questione incidentale relativa bensì a materia *non compromettibile*, ma rilevante per la decisione della causa nel merito, che si riteneva l’arbitro non potesse non solo *decidere con cognizione piena* (e, dunque, con efficacia di giudicato), ma *nemmeno conoscere incidentalmente*, non rimaneva che l’opzione della sospensione del giudizio.

¹⁰⁰ Secondo G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, 5ª ed. [Appendice di V. VERDE], Torino, 2015, 129, la nuova disciplina esalterebbe l’autosufficienza e l’impermeabilità del singolo arbitrato.

¹⁰¹ Così L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile. Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, Bologna, 2014, 641.

consentito anche agli arbitri (analogamente a quanto già disposto dagli artt. 35 e 36 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 per l'arbitrato societario nascente da clausola statutaria¹⁰²) di conoscere, *in via incidentale*, di tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, *anche di quelle vertenti su materie non compromettibili*, con l'unico limite rappresentato dalla necessità che queste ultime debbano essere decise, per legge, *con efficacia di giudicato*¹⁰³. In quest'ultimo caso, è il successivo art. 819 *bis*, comma 1, n. 2, c.p.c. a prevedere espressamente che gli arbitri debbano sospendere il procedimento, indipendentemente dal fatto che la controversia relativa al rapporto pregiudiziale non compromettibile *penda o meno in sede giudiziale*. Al di fuori di questa ipotesi, l'arbitrato può oggi svolgersi senza la "minaccia" di arresti o sospensioni conseguenti all'insorgenza (spontanea o artatamente provocata da una parte animata da intenti dilatori) di questioni che, senza gli espedienti normativi congegnati dal legislatore, finirebbero verosimilmente per essere attratte nell'alveo della competenza del giudice statale¹⁰⁴. La cognizione di questioni incidentali relative a controversie su

¹⁰² Su cui v. la Relazione al progetto di legge 7123/XIII legislatura; A. TEDOLDI, *Le questioni pregiudiziali di nullità nell'arbitrato rituale: dall'art. 819 cod. proc. civ. all'arbitrato societario* (art. 35, 3° comma d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5), in www.judicium.it, in particolare al par. 11; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, cit., 648 ss.

¹⁰³ La *ratio* della norma è da ravvisare in ciò, che spetta alle parti delimitare i limiti oggettivi di ciò che dovrà essere coperto da giudicato, pena, in caso contrario, la violazione del principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. V., in proposito, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed. [Appendice di V. VERDE], Torino 2015, 128 ss. Per un'analisi della nuova disposizione v. M. BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in www.judicium.it, par. 4; P.L. NELA, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna 2007, 1785 ss. Critico sulla conoscibilità, da parte degli arbitri, di questioni pregiudiziali non compromettibili è D. VOLPINO, *Osservazioni in tema di pregiudizialità*, cit., 475 ss. Sul fatto che l'art. 819 c.p.c. consenta all'arbitro di conoscere di tutte le questioni pregiudiziali con una "decisione" finalizzata unicamente alla pronuncia sul merito, ma inidonea ad essere fatta valere in un altro processo, v. Cass. 9 gennaio 2008, n. 178.

¹⁰⁴ La sostanziale equiparazione così raggiunta tra i poteri di cognizione dell'arbitro e del giudice è ulteriormente puntellata dal fatto che, alla luce della *tendenziale indifferenza del giudizio arbitrale alla pendenza di un giudizio statale sulla medesima causa o su causa connessa* (oggi sancita dal combinato disposto degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c.), nel caso in cui la questione pregiudiziale compromettibile (rientrante o meno nel patto arbitrale) o non compromettibile (purché non debba essere decisa *ex lege* con efficacia di giudicato), oltre che insorta in sede arbitrale, sorga contestualmente dinanzi ad un giudice ordinario, o venga ivi proposta come domanda autonoma, si avranno *due procedimenti distinti e reciprocamente indipendenti*, non operando né la litispendenza, né la continenza, né la sospensione *ex art. 819 bis c.p.c.* (dato che si sta parlando di dispute compromettibili), né, infine, l'istituto della sospensione per pregiudizialità *ex art. 295 c.p.c.*, la cui applicabilità ai rapporti

diritti disponibili può riguardare sia questioni che *rientrano* sia questioni che *non rientrano* nell'ambito del patto arbitrale, perché, non imponendosi una decisione con efficacia di giudicato, ma solo una cognizione *incidenter tantum*, risultano entrambe soggette alla medesima disciplina dettata dall'art. 819 c.p.c. Le questioni pregiudiziali *compromettibili* possono peraltro trasformarsi in *cause pregiudiziali* (da decidere, quindi, con efficacia di giudicato) su domanda *anche di una sola parte, purché rientrino nella convenzione arbitrale*¹⁰⁵. In caso contrario, la decisione con efficacia di giudicato è subordinata alla *richiesta di tutte le parti* (integrando, tale ipotesi, un ampliamento dell'ambito originario del patto arbitrale).

Il coordinamento tra questa norma e le previsioni di cui al comma 3 dell'art. 817 c.p.c. (che impone alla parte, che intenda eccepire che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale, l'onere di farlo *nel corso dell'arbitrato*, pena l'impossibilità di impugnare successivamente, *per questo motivo*, il lodo arbitrale) non è affatto scontato, in quanto, a fronte di una richiesta di pronuncia su una questione pregiudiziale non contemplata dall'accordo compromissorio, la controparte potrebbe reagire in due modi distinti: limitarsi a *non eccepire* l'incompetenza degli arbitri o *aderire esplicitamente* all'istanza¹⁰⁶. Secondo una prima ricostruzione, nel primo caso (ove cioè una parte proponga domanda di accertamento incidentale su questione bensì compromettibile, ma *estranea* all'accordo compromissorio e l'altra parte *non eccepisca* l'esorbitanza di questa dai limiti della convenzione arbitrale), gli arbitri dovrebbero limitarsi a conoscere della questione *incidenter tantum*, senza alcun effetto sulla convenzione arbitrale, mentre, nel secondo caso, gli arbitri deciderebbero con efficacia di

arbitro-giudice è espressamente esclusa dall'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c. V. S. MENCHINI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 324.

¹⁰⁵ Per quanto riguarda i limiti temporali della proposizione di una domanda di accertamento incidentale su questione compromettibile, rientrante nel patto arbitrale (da formalizzare con una semplice istanza contenente specifica indicazione del *petitum* e della *causa petendi*: v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, cit., 652), in linea di principio non dovrebbero sussistere preclusioni diverse da quelle insite nell'esigenza di rispettare il principio del contraddittorio, salvo che l'arbitrato sia retto da una speciale disciplina del procedimento ai sensi dell'art. 816 c.p.c. Su tali profili v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, cit., 652 ss.; F. DANOVI, *La pregiudizialità nel giudizio arbitrale*, in M. RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato*, cit., 679.

¹⁰⁶ V. Cass. 11 agosto 2022, n. 24689, per la quale l'adesione all'eccezione di incompetenza arbitrale proposta dalla controparte determina l'immediata e definitiva caducazione del potere di giudizio in capo agli arbitri, i quali, conseguentemente, non possono più statuire sulla propria competenza, neppure nel caso in cui, prima della loro pronuncia, l'eccezione suddetta sia stata rinunciata.

giudicato e si avrebbe un *ampliamento* dell'ambito di applicazione della convenzione, opponibile in ogni altro giudizio¹⁰⁷. Secondo una diversa ricostruzione, in entrambi i casi l'arbitro potrebbe decidere della questione compromettibile, ma esorbitante, *con efficacia di giudicato*¹⁰⁸: il requisito previsto dal comma 2 dell'art. 819 c.p.c. (necessità della "richiesta di tutte le parti") risulterebbe in tal caso integrato dalla *mancata eccezione della controparte*, che assurgerebbe a *consenso implicito* a non contrastare l'ampliamento oggettivo della sfera decisoria del giudizio¹⁰⁹. La rituale e tempestiva proposizione dell'eccezione di incompetenza obbligherebbe invece sempre gli arbitri a conoscere e decidere della questione *solo in via incidentale*¹¹⁰. La domanda di accertamento incidentale non varrebbe invece mai a trasformare la questione *in causa pregiudiziale* ove si tratti di *questione non compromettibile, che debba essere decisa, per legge, con efficacia di giudicato*¹¹¹ (ipotesi, per la verità,

¹⁰⁷ Così P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1798 ss.

¹⁰⁸ S. BOCCAGNA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, 260. In questo senso, già prima della riforma, v. F. DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit., 305 ss.; *contra* L. MONTESANO, *Domanda e questioni nei giudizi arbitrali*, cit., 630 ss.

¹⁰⁹ In tal senso v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, cit., 654; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., cit., 194, testo e nota 556; F. DANOVI, *La pregiudizialità nel giudizio arbitrale*, in M. RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato*, cit., 683. Per una differenziazione tra le due fattispecie v. invece M. A. ZUMPANO, *Sub art. 819*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 861 ss.; S. MENCHINI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 322, nt. 16. Per G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 294, il meccanismo di cui all'art. 817 c.p.c. non sarebbe suscettibile di subire limitazioni, nel caso in cui la domanda esorbitante riguardi una questione pregiudiziale.

¹¹⁰ V. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, I, 542; E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione*, cit., 168. Non è invece mai richiesto il consenso degli arbitri (pur essendo essi messi di fronte ad un allargamento dell'oggetto del processo, con conseguente ampliamento della loro prestazione contrattuale), che potranno eventualmente rinunciare al proprio mandato: v. V. M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 82.

¹¹¹ Le differenze che residuano tra giudizio arbitrale e giudizio statale in tema di questioni pregiudiziali risiedono dunque nel fatto che, da un lato, al contrario dell'arbitro, il giudice statale può conoscere direttamente anche delle questioni pregiudiziali che devono essere decise con efficacia di giudicato; dall'altro, che, quando la decisione di quelle questioni con efficacia piena travalichi la sua competenza, la questione potrà comunque essere decisa dall'autorità giudiziaria ma, in virtù del meccanismo di attrazione della causa di cui all'art. 34 c.p.c., non dal giudice adito, bensì dal giudice superiore.

molto poco frequente).

Secondo chi scrive è tuttavia alquanto opinabile ravvisare - *ai fini della decisione con efficacia di giudicato* - nell'inerzia di una parte (l'omessa contestazione dell'esorbitanza) a seguito della richiesta di una sola parte (tra l'altro nemmeno formulata in maniera espressa, ma indirettamente desumibile dalla deduzione di domande e questioni esorbitanti) quella "(...) richiesta di tutte le parti" di cui al comma 2 dell'art. 819 c.p.c., anche perchè giammai la condotta omissiva della parte può condurre alla tacita estensione dell'ambito di applicazione della convenzione originaria.

L'impianto normativo risulta peraltro lacunoso (seppur senza apprezzabili conseguenze, trattandosi di casi molto poco frequenti), là dove non considera l'ipotesi di questione pregiudiziale *compromettibile*, ma, *di fatto, non compromessa*¹¹², che debba essere decisa per legge con efficacia di giudicato. Stando al tenore letterale delle disposizioni vigenti, sembrerebbe non esservi rimedio alla situazione di stallo che verrebbe a crearsi, non essendo gli arbitri nella condizione di definire la controversia sul diritto dipendente. Gli arbitri non potrebbero infatti decidere la questione *con efficacia di giudicato*, stante l'estraneità originaria della questione alla convenzione arbitrale e la sua mancata deduzione nel corso del giudizio *ad iniziativa delle parti*; né essi potrebbero limitarsi a risolverla *in via incidentale*, trattandosi di questione che costituisce oggetto di accertamento incidentale *ex lege*. In una situazione analoga, la sospensione del giudizio in attesa della definizione della causa pregiudiziale (cui procederebbe senz'altro il giudice statale) appare preclusa all'arbitro, perché, da un lato, non si rientra in alcuna delle tassative ipotesi di sospensione previste dall'art. 819 *bis* c.p.c.¹¹³ e, dall'altro, il comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. esclude espressamente l'applicabilità, nei rapporti tra arbitrato e processo statale, dell'art. 295 c.p.c.¹¹⁴.

¹¹² Neppure successivamente alla stipulazione dell'accordo originario, per espressa richiesta delle parti o, implicitamente, in virtù della mancata eccezione della parte, *nel corso dell'arbitrato*, circa l'esorbitanza della questione, a fronte dell'istanza unilaterale presentata dalla controparte.

¹¹³ Che contempla, appunto, solo le questioni che debbono bensì essere decise con efficacia di giudicato, ma limitatamente ai casi in cui esse vertano *su materia non compromettibile*. V. V. AMONDOLAGINE, *Sui rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria: brevi considerazioni sulla potestas iudicandi degli arbitri e l'art. 819 ter c.p.c.*, nt. a Collegio arbitrale Roma, 19 gennaio 2018, in *Riv. arb.* 2018, 2, 267 ss., che esclude l'applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell'art. 295 c.p.c. da parte del secondo giudice in attesa che quello adito per primo si esprima sulla propria competenza, attesa la mancata previsione di tale fattispecie fra quelle tassativamente previste dall'art. 819 *bis* c.p.c. in tema di sospensione del procedimento arbitrale.

¹¹⁴ Osserva infatti S. MENCHINI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 320, che: "(...) se vi è disaccordo, in quanto anche

Onde aggirare tale *impasse* procedurale, e altresì al fine di evitare l'incoerenza di disciplina rispetto a fattispecie sostanzialmente simili¹¹⁵, taluni autori ritengono doversi fare qui applicazione, in via analogica, della norma di cui all'art. 819 *bis*, comma 1, n. 2, c.p.c., integrandola *come se prevedesse*, oltre all'ipotesi ivi espressamente codificata, *anche* quella qui prospettata. Ciò anche in considerazione del fatto che la sottrazione, agli arbitri, del potere di cognizione incidentale discenderebbe, nel caso in esame, *non dalla natura compromettibile o meno del diritto* oggetto della questione pregiudiziale, *ma dalla necessità, per legge, del suo accertamento con efficacia piena*¹¹⁶. Tuttavia, la norma di cui all'art. 819 *bis* c.p.c. è *inequivoca* nel limitare l'ipotesi della sospensione ai casi da essa *espressamente* contemplati, ostando, in ragione del carattere tassativo di quelli, ad una sua estensione analogica. Va poi considerato che il rimedio della sospensione è sempre strumento gravoso, perché costringe le parti ad attendere non solo la decisione (giudiziale) sulla questione pregiudiziale, *ma financo il suo passaggio in giudicato*, vanificando di tal fatta i benefici tradizionalmente associati alla scelta delle parti per la via arbitrale. Per tale motivo è ragionevole ritenere che l'assenza di accordo tra le parti imponga una pronuncia di chiusura in rito del giudizio per improcedibilità della domanda, essendo gli arbitri stati privati, *per volontà delle parti* (pur se espressa in negativo e *per facta concludentia*), del potere di decidere della questione. Tale conclusione ci pare del resto maggiormente in linea con l'intenzione delle parti, sia con quella *originaria* (manifestata mediante la stipula della convenzione arbitrale e mirante a devolvere alla giustizia privata la risoluzione delle dispute delle parti *nella loro interezza*, escludendo qualsivoglia competenza o cognizione dell'autorità giudiziaria), sia con quella *successiva*, manifestata attraverso una condotta omissiva e non cooperativa, mirante a precludere, almeno allo stato, una qualsivoglia

solo una parte non accetta di deferire al giudice privato la controversia pregiudiziale, questo, non avendo il potere di decidere *principaliter* il diritto pregiudiziale, né di conoscerlo *incidenter tantum*, non è in condizione di pronunciare sulla domanda proposta". V., per l'inapplicabilità, in arbitrato, dell'art. 295 c.p.c., nell'ipotesi di contemporanea pendenza della stessa causa davanti al giudice ordinario, Cass. 9 gennaio 2008, n. 178, in *Foro it.*, 2009, I, 2501. Sull'inapplicabilità dell'art. 295 c.p.c. ai rapporti arbitro-giudice v. anche, con motivazione particolare, Cass. 6 ottobre 2020, n. 21497, in *Guida al diritto* 2020, 48, 68, per la quale la natura privata dell'arbitrato impedirebbe la possibilità per il giudice di sospendere la causa in attesa della definizione di una lite pendente in sede arbitrale.

¹¹⁵ S. MENCHINI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 338.

¹¹⁶ S. MENCHINI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 322; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, cit., 603 ss.

decisione degli arbitri sul merito.

Anche le novità apportate dal legislatore del 2006 al rimedio dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, cui s'è già fatto qualche cenno in precedenza, concorrono a delineare il quadro complessivo della disciplina degli effetti delle condotte omissive delle parti in sede arbitrale. La *ratio* che sottende il riordino della disciplina dell'impugnazione del lodo è quella di *accrescerne la stabilità*, limitandone il controllo da parte del giudice dello Stato¹¹⁷, in linea con il fine perseguito dal legislatore in relazione alla generalità delle disposizioni introdotte *ex novo* dalla riforma, ravvisabile nella volontà di puntellare il più possibile l'autonomia del giudizio arbitrale rispetto a interferenze, incursioni, revisioni o controlli dell'autorità giudiziaria statale¹¹⁸.

La nuova formulazione del motivo di cui al n. 1, comma 1, art. 829 c.p.c., che contempla l'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale: "(...) *se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma*", è in realtà solo apparentemente più ampia di quella precedente, che

¹¹⁷ S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 458.

¹¹⁸ Tale *ratio* emerge, in particolare, dal comma 3 e dal comma 2 dell'art. 829 c.p.c. Ciò detto, è fuori discussione che, in relazione all'interpretazione della convenzione di arbitrato, l'ambito della cognizione sia della Corte d'Appello che della Corte di legittimità si estenda all'*apprezzamento diretto del "fatto processuale"*, inteso nella sua accezione ampia, che comprende tutti i fatti, *anche esterni al processo*, dai quali dipenda la soluzione della questione (con cognizione piena e pieni poteri di apprezzamento su esistenza, validità, portata ed effetti di detta convenzione): v., in tal senso, Cass. S.U. 22 maggio 2012, n. 8077, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1642 ss., nt. adesiva di F. FERRARI, *Il giudizio sul "fatto processuale" in Cassazione*; Cass. S.U. 26 novembre 2008, n. 28166, che ha ritenuto di poter esaminare direttamente il contenuto di una convenzione accessoria alla concessione di un servizio pubblico, stipulata fra concedente e concessionario, al fine di risolvere una questione di giurisdizione; Cass. S.U. 2 aprile 2007, n. 8095. Per l'applicazione di tali principi al caso dell'esorbitanza del lodo rispetto all'ambito oggettivo della convenzione di arbitrato (sull'assunto che trattasi di vizio *in procedendo* o di attività, tale da determinare, per espressa previsione di legge, la nullità del lodo arbitrale ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.), v. M. GRADI, *Arbitrato rituale - Cognizione sulla potestas giudicandi degli arbitri nelle fasi di impugnazione del lodo arbitrale*, in *Giur. it.* 2016, 7, 1691 ss.; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 384; M. DE SANTIS, *Prove di elasticità del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.: l'impugnabilità di un lodo ultra vires*, nt. App. Milano 1 luglio 2014, in *Giur. it.* 2015, 1, 91. V., da ultimo, Cass. 14 febbraio 2023, n. 4531, per la quale, nel decidere su un'istanza di regolamento di competenza, la Corte di cassazione può accertare, trattandosi di un fatto processuale, la validità e l'efficacia della convenzione arbitrale con i medesimi poteri del giudice del merito.

faceva riferimento alla sola: “(...) nullità del compromesso”¹¹⁹. Se già prima della riforma la giurisprudenza era dell’opinione che (la precedente formulazione del) art. 829 c.p.c. non ostasse a far valere praticamente *tutte le ipotesi* di inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale, investendo essa ogni fattispecie in cui fosse messa in discussione, *per qualsiasi motivo*, l’esistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri¹²⁰, in relazione all’attuale formulazione della norma la giurisprudenza continua a non dubitare della sua idoneità a ricomprendere non solo l’invalidità in senso stretto, ma anche l’inesistenza, l’inefficacia e, più in generale: “(...) ogni fattispecie in cui sia messa in discussione, per qualsiasi motivo, la mancanza di potestas iudicandi degli arbitri”¹²¹. Come già evidenziato a margine dell’analisi dell’art. 817 c.p.c., ciò che in definitiva emerge dal combinato disposto delle disposizioni in tema di rapporti arbitro-giudice (sia dalla prospettiva dell’uno che dell’altro) e di impugnazione per nullità del lodo è la tendenziale *sanabilità di qualunque vizio del patto arbitrale* (salva la non arbitrabilità della disputa), *ove sia mancato un rilievo tempestivo* (secondo le tempistiche e modalità a suo tempo esaminate). Insomma, i termini preclusivi contemplati dall’art. 817 sarebbero in definitiva espressione di un principio generale, codificato dall’art. 829, comma 2, c.p.c., a mente del quale la parte che: “(...) non [abbia] *eccepito nella prima istanza o difesa la violazione di un regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo*”¹²². Specularmente a quanto disposto dal legislatore in riferimento alla nullità degli atti del processo dinanzi al giudice

¹¹⁹ S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell’arbitrato*, cit., 643.

¹²⁰ V., *ex multis*, Cass. 29 aprile 2004, n. 8206, in *Foro amm. cds* 2004, 1305; Cass. 27 gennaio 2001, n. 1191, in *Riv. arb.* 2002, 303, nt. D. AMADEI; Cass. 21 maggio 1998, n. 5059; Cass. 25 gennaio 1997, n. 781, in *Riv. arb.* 1997, 529, nt. M. BOVE.

¹²¹ Tale conclusione si giustifica anche in virtù del richiamo al comma (3, ma da intendersi, per via dell’errore tipografico di cui si è detto, come riferentesi al comma) 2 dell’art. 817 c.p.c., che si riferisce appunto alle contestazioni della competenza arbitrale in ragione dell’asserita inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale. In tal senso v., in giurisprudenza, Cass. 7 luglio 2017, n. 20899; Cass. 8 ottobre 2014, n. 21215; Cass. 29 aprile 2004, n. 8206; Cass. 27 gennaio 2001, n. 1191, in *Riv. arb.* 2002, 303, nt. D. AMADEI, *Note in tema di inesistenza di accordo compromissorio per arbitrato rituale e impugnazione per nullità del lodo*. In tal senso, in dottrina, v. S. LA CHINA, *L’arbitrato. Il sistema e l’esperienza*, 4ª ed., Milano, 2011, rist. con aggiornamenti, 156; E. MARINUCCI, *L’impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 76 ss. Per una rassegna di vizi del patto arbitrale idonei a dare luogo all’invalidità del titolo di investitura degli arbitri v. E. BENIGNI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile. Commentario*, 6ª ed., Milano, 2018, 1495 ss.

¹²² C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, in L.P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commentario*, cit., 526.

statale (artt. 156 ss. c.p.c.), dunque, le irregolarità, invalidità ed illegittimità procedurali (nullità sia formali che extra-formali) in tanto rilevano quali potenziali motivi di impugnazione del lodo, in quanto non si sia realizzata la fattispecie “sanante” di cui al comma 2 dell’art. 829 c.p.c.¹²³. Il concetto è ribadito espressamente sia dal n. 2 (“se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del presente titolo, *purché la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale*”) che dal n. 4 (“se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d’arbitrato, *ferma la disposizione dell’articolo 817*”) del comma 1 dell’art. 829 c.p.c.¹²⁴

Con riferimento all’ipotesi in cui gli arbitri non siano stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del titolo VIII, mentre l’art. 829, comma 2 c.p.c. (che si occupa della sanatoria in caso di violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale) non prende *specificamente* in considerazione detti vizi - sebbene essi ben potrebbero essere ascritti, in linea di principio, alla categoria di cui alla detta violazione - e individua come termine preclusivo “la prima istanza o difesa successiva”, gli artt. 829, comma 1 n. 2 e 817, comma 1 (che invece detti vizi menzionano *espressamente e specificamente*) rimandano ad un termine preclusivo *diverso*,

¹²³ Così S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo ‘rituale’*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell’arbitrato*, cit., 190, che evidenzia opportunamente come la sanatoria di cui al comma 2 dell’art. 829 c.p.c. non possa ovviamente operare rispetto ai motivi di nullità che colpiscono *direttamente ed esclusivamente* (non, dunque, in via derivata, discendenti cioè dall’invalidità di atti del procedimento) il lodo, sia sotto il profilo della forma, che sotto quello del contenuto (coperti dai nn. 3, 4, 11 e 12 della medesima disposizione).

¹²⁴ Se i nn. 2 e 3 del comma 1 non fanno altro che riprodurre il testo precedente delle norme corrispondenti, il n. 4 è invece la risultante dello smembramento (in quattro distinte disposizioni, rispettivamente gli attuali nn. 4, 10, 11 e 12) della precedente versione del n. 4, che si riferiva ad un lodo che avesse: “(...) *pronunciato fuori dei limiti del compromesso o non [avesse] pronunciato su alcuno degli oggetti del compromesso (...)*”. Nello specifico, i vizi contemplati dal nuovo n. 4 sono ascrivibili a due tipologie distinte: da un lato, una pronuncia *fuori dei limiti della convenzione di arbitrato* (su cui v. Cass. 23 febbraio 2016, n. 3481; Cass. 7 agosto 1993, n. 7563; Cass. 22 marzo 2013, n. 7282; App. Milano 1° luglio 2014, in *Giur. it.* 2015, 172, nt. E. MARINUCCI; App. Milano 8 agosto 2016, in *Riv. arb.* 2017, 1, 115 ss., nt. S. BOCCAGNA, *Spunti in tema di violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel giudizio arbitrale*; Cass. 24 marzo 2011, n. 6842, in *Riv. dir. proc.* 2012, nt. G. CANALE. Per ulteriori ipotesi v. M.L. SERRA, *L’impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, Napoli, 2016, 300; E. BENIGNI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1500 ss.); dall’altro, una pronuncia sul merito di una controversia, *in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso* (su cui v. App. Milano 1° luglio 2014, in *Riv. arb.* 2015, 83 ss., nt. M. DE SANTIS, *Prove di elasticità del motivo di impugnazione*, cit. e, per riferimenti, S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo “rituale”*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell’arbitrato*, cit., 181).

individuabile nella deducibilità della nullità *nel giudizio arbitrale*¹²⁵. Con riferimento, invece, al vizio di esorbitanza delle conclusioni delle parti dai limiti della convenzione arbitrale – la cui disciplina, nel contesto anteriore alla riforma del 2006, fungeva da puntello alla tesi della *manca di termini* entro cui le parti dovevano far valere i profili d'incompetenza degli arbitri¹²⁶ –, il legislatore, con il combinato disposto degli artt. 817, comma 3 e 829, comma 1, n. 4 c.p.c., ha *espressamente* previsto un termine di deducibilità *meno stringente* (“*nel corso del procedimento arbitrale*”), rispetto a quelli più rigidi, rispettivamente, *della prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri* e *della prima istanza o difesa successiva (alla constatata violazione)* ricollegabili a censure, rispetto a quella di esorbitanza, ora *diverse* (inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato), ora *più generiche* (la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, cui solo astrattamente - e *forzatamente* - potrebbe essere ricondotto il vizio di esorbitanza). S'è già detto della sostanziale affinità, sotto il profilo logico e funzionale, di tutte queste contestazioni. Il fatto che mirino tutte all'identico risultato di paralizzare, temporaneamente o definitivamente, la procedibilità dell'arbitrato, potrebbe indurre l'interprete ad optare per un trattamento *uniforme od omogeneo* del termine preclusivo per il relativo rilievo (comunque precluso per la prima volta in sede di impugnazione), ad esempio integrando quello *generico e ampio* (“*nel corso dell'arbitrato*”) - ricollegato alle eccezioni attinenti al contenuto e all'ampiezza del patto, all'irregolare costituzione del tribunale arbitrale o, appunto, all'esorbitanza dai limiti della convenzione arbitrale - con i termini decadenziali *più specifici e stringenti* di cui agli artt. 817, comma 2 (i.e. *la prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri*¹²⁷) e 829, comma 2 c.p.c. (i.e. *la prima istanza o difesa successiva alla violazione*), previsti, rispettivamente, per le censure di inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale o per quelle concernenti la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale. Ciò implicherebbe, ad

¹²⁵ Così secondo la prima disposizione, che richiama quella analoga contenuta nella seconda – dove appunto si usa l'espressione “*nel corso dell'arbitrato*” –; il comma 2 dell'art. 817 c.p.c., invece, che non fa alcun riferimento ai vizi attinenti alla costituzione del tribunale, ma solo a quelli attinenti ad altri tipi di vizi – inesistenza, invalidità e inefficacia –, contiene un termine preclusivo più stringente, i.e. la “*prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri*”.

¹²⁶ Cass. 7 agosto 1993, n. 8563.

¹²⁷ Come esplicitato nella Relazione illustrativa del decreto legislativo, tale previsione risponde al “*principio di lealtà processuale*”, nonché al “*principio di autoreponsabilità*”. Essa consente, quindi, alla parte convenuta di attivarsi non immediatamente all'atto di nomina del proprio arbitro, ma entro il primo termine successivo alla costituzione del collegio giudicante; v. M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 364.

esempio, che l'eccezione d'incompetenza dovrebbe essere formulata, a pena di decadenza, *nella prima difesa successiva alla proposizione della domanda esorbitante*.

Tuttavia, un'interpretazione letterale delle norme (essendo proprio il tenore letterale del comma 3 dell'art. 817 c.p.c. a consentire la formulazione dell'eccezione di esorbitanza *indipendentemente dal momento in cui sia stata proposta la domanda o conclusione esorbitante*¹²⁸), in uno con il principio *ubi lex voluit, dixit* e, infine, il criterio della *prevalenza della regola speciale rispetto a quella generale*, inducono ad attenersi a quanto – di fatto espressamente e distintamente – previsto dal legislatore per le diverse ipotesi e, dunque, nei casi *de quibus*, ai termini più flessibili che rimandano all'espressione “nel corso dell'arbitrato”. In ogni caso, il rilievo tardivo dell'eccezione di esorbitanza (anche sino all'ultima udienza dinanzi al collegio arbitrale o sino allo scambio delle difese finali¹²⁹) verrebbe adeguatamente riequilibrato dalla necessità di rispettare, sempre e comunque, il principio del contraddittorio¹³⁰.

5. – Il problema dei rapporti e conflitti tra arbitrato e giurisdizione statale in presenza di una convenzione di arbitrato *dalla prospettiva del giudice statale* (ivi compreso quello degli effetti della mancata proposizione, in sede giudiziale, dell'*exceptio compromissi*¹³¹, pacificamente non rilevabile d'ufficio¹³²) è disciplinato - colmando una lacuna del precedente impianto

¹²⁸ Come rileva C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., Padova, 2012, 547, alla norma, in quanto dedicata a un'ipotesi speciale d'incompetenza, deve riconoscersi una portata derogativa della previsione contenuta nell'art. 829 c.p.c.

¹²⁹ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 215. ss.

¹³⁰ Ma v. quell'orientamento secondo il quale lo svolgimento di difese nel merito, rispetto alla domanda esorbitante, integrerebbe un comportamento incompatibile con la volontà di avvalersi dell'eccezione d'incompetenza e, pertanto, precluderebbe alla parte la possibilità di impugnare il lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4 c.p.c.: v. Cass. 22 gennaio 1999, n. 565.

¹³¹ Si tratta di eccezione propria e in senso stretto: avendo ad oggetto la prospettazione di un fatto impeditivo dell'esercizio della giurisdizione statale, in un giudizio statale va proposta dalle parti nei tempi e nei modi propri delle eccezioni di merito non rilevabili d'ufficio: così Cass. 22 settembre 2020, n. 19823; Cass. 28 febbraio 2019, n. 5824.

¹³² V., *ex multis*, Cass. 5 giugno 2019, n. 15300 (nell'ambito del procedimento sommario di cognizione); App. Venezia, 6 aprile 2017, n. 762; Trib. Potenza, 17 dicembre 2019, n. 1041. Ma v. Cass. 28 febbraio 2019, n. 5824, per la quale la questione dell'invalidità, come dell'inesistenza della clausola compromissoria per arbitrato rituale, in quanto eccezione processuale, sarebbe rilevabile *anche d'ufficio*, essendo strumentale all'accertamento di un *error in procedendo*. Secondo Cass. 25 ottobre 2017, n. 25254, in *Riv. arb.* 2018, 4, 678, in caso di proposizione cumulativa delle eccezioni pregiudiziali in rito di clausola per arbitrato rituale e

normativo - dall'art. 819 *ter* c.p.c., rubricato "*Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria*". L'ultima parte del comma 1 individua nella comparsa di risposta il termine perentorio per la proposizione dell'eccezione di "incompetenza" del giudice in ragione della convenzione di arbitrato¹³³, collegando alla sua omessa o intempestiva proposizione una conseguenza non del tutto chiara nella sua effettiva portata, consistente, cioè, nell'*esclusione della competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in sede giudiziale*. La norma è, in un certo senso, speculare a quella dell'art. 817 c.p.c., sebbene questa si limiti a disporre l'impossibilità di impugnazione del lodo per un motivo attinente alla contestazione cui si riferisce l'eccezione, senza contemplare conseguenze *ulteriori* rispetto all'effetto *endoprocessuale* della preclusione a quella impugnazione.

La norma, nonostante l'apparente linearità, si caratterizza per non poche zone d'ombra.

Per cominciare, non è chiara l'individuazione del *momento esatto* a partire dal quale dovrebbe verificarsi la summenzionata controversia esclusione della competenza arbitrale (rispetto a chi v'è peraltro da chiedersi - ossia solo per il giudice o anche per l'arbitro - come vedremo nel prosieguo), conseguente alla condotta omissiva della parte. Non è chiaro, cioè, se detto effetto si produca *per il solo fatto della mancata proposizione dell'eccezione*, con la conseguenza che al semplice decorso del termine preclusivo gli arbitri dovrebbero chiudere il

incompetenza territoriale, con specifica graduazione in tal senso del loro esame, il giudice di merito sarebbe vincolato all'osservanza dell'ordine indicato, sicchè, ove il giudice adito non si pronunci sull'eccezione di clausola arbitrale, limitandosi ad esaminare solo l'eccezione subordinata di incompetenza territoriale - in tal modo affermando la *potestas decidendi* del giudice statale e ritenendo con decisione implicita insussistente la competenza arbitrale -, il relativo provvedimento in rito non sarebbe contestabile *ex officio* dal giudice *ad quem*, stante i limiti invalicabili dell'art. 45 c.p.c., ma esclusivamente suscettibile di impugnazione attraverso il rimedio del regolamento necessario di competenza *ex art.* 42 c.p.c., restando, in difetto, definitivamente radicata la competenza dinanzi al giudice territorialmente indicato come competente, davanti al quale la causa sia stata riassunta ai sensi dell'art. 44 c.p.c.

¹³³ La soggezione dell'*exceptio compomissi* in sede ordinaria al termine decadenziale individuato nella comparsa di risposta assimila l'eccezione in questione a quelle *in senso proprio*, che oggi, indipendentemente dalla loro natura (di rito o di merito) devono essere *in ogni caso* dedotte secondo il meccanismo previsto dall'art. 167, comma 2 c.p.c., *con esclusione, dunque, di ogni possibilità di rilievo di ufficio*: così F.P. LUIO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 124; L. SALVANESCHI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile. Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, Bologna, 2014, 679 ss.

procedimento con un lodo declinatorio¹³⁴. Oppure se *l'effetto* (parzialmente) *estintivo* della competenza arbitrale (i.e. limitatamente alla controversia dedotta in giudizio) presupponga non solo la mancata tempestiva eccezione, ma anche *la decisione sul merito da parte del giudice ordinario*, sicché, per tutto il periodo anteriore alla pronuncia della decisione, la convenzione arbitrale conserverebbe la sua efficacia¹³⁵. Ad opinione di chi scrive, l'utilizzo dell'espressione *decisa* (... "in quel giudizio") pare più il frutto di un'inesattezza o disattenzione del legislatore, che non della *precisa volontà* di posticipare gli effetti della condotta omissiva al termine del giudizio, concluso da un pronunciamento sul merito. Invero, è proprio a partire dalla scadenza del termine per la proposizione dell'eccezione di incompetenza del giudice statale che si evince l'intenzione delle parti di *non avvalersi dell'opzione originariamente scelta* per una risoluzione non-giudiziale della disputa (in ciò sostanzialmente aderendo alla condotta dell'attore che, per primo, mediante l'instaurazione del giudizio statale, aveva dimostrato di non volere dare seguito all'opzione arbitrale originariamente abbracciata). Senza contare che tale lettura appare maggiormente in linea con l'impianto normativo complessivo introdotto dalla riforma (nonché con la sostanziale equiparazione, che chiaramente emerge da quest'ultima, tra giustizia privata e giustizia statale), perché rifletterebbe la soluzione adottata per la condotta omissiva della parte nel procedimento arbitrale, ove la sanzione dell'impossibilità di impugnare il lodo in un momento successivo per il motivo dell'incompetenza arbitrale viene ricollegata al *mero fatto dell'inutile decorso del termine per la proposizione della relativa eccezione* (prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri).

Ci pare dunque più corretto leggere l'espressione adottata dal comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. come se intendesse "limitatamente alla controversia dedotta (non, invece, decisa) in quel giudizio". Conclusione ancor più sensata se l'intento del legislatore non fosse soltanto "sanzionare" una condotta omissiva della parte, quanto piuttosto (come taluni sostengono anche in

¹³⁴ Così F.P. LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 124 ss., per il quale la norma di cui all'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c. avrebbe essenzialmente una funzione di coordinamento preventivo tra i due giudizi, arbitrale e statale; nello stesso senso v. E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, 103.

¹³⁵ Come sembrano ritenere M. BOVE, in *Giusto proc. civ.* 2006, 71 ss.; ID., *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice*, cit., 369; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Vol. III – Tomo II: *Arbitrato. Entrata in vigore delle nuove discipline sul giudizio di cassazione e sull'arbitrato. Con il commento alla disciplina transitoria della Legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di arbitrato e cassazione*, Padova 2009, III, 2, 884; G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 375.

ragione dell'espressione particolarmente pregnante utilizzata dalla norma - tesi che tuttavia qui si contesta, come vedremo subito appresso,) *utilizzare la condotta omissiva nel giudizio statale come meccanismo di coordinamento preventivo* tra quest'ultimo e il giudizio arbitrale (già pendente o *instaurando*)¹³⁶, dando rilievo "esterno" all'abbandono dell'opzione arbitrale (per quanto *limitatamente a quella controversia*) e così puntellando la continuazione del giudizio statale attraverso l'eliminazione della pendenza parallela di un giudizio in sede arbitrale sulla medesima causa. In quest'ottica, infatti, non avrebbe senso posticipare l'efficacia del coordinamento *a valle*, facendo cioè dipendere la produzione degli effetti previsti da un evento *futuro e incerto* (qual è la decisione *sul merito* da parte del giudice statale) e assistere, nel frattempo, alla celebrazione di due giudizi paralleli, in luogo di intervenire *a monte* delle due procedure. Da un punto di vista pratico, d'altra parte, l'opzione di condizionare la produzione degli effetti *lato sensu* "consuntivi" dell'efficacia del patto arbitrale alla pronuncia sul merito da parte del giudice statale avrebbe il duplice, non auspicabile, effetto, da un lato, di consentire (con soluzione *praeter legem*, perché non prevista dalla norma) che il patto compromissorio venga meno nel momento in cui si verifica la condotta omissiva, *per poi venir riesumato* e riacquistare la propria efficacia ove il giudice statale non dovesse giungere alla pronuncia di merito, ma si limitasse a pronunciare una declinatoria in rito (con un duplice effetto, dunque, dapprima *estintivo del patto arbitrale e poi risolutivo dello stesso effetto estintivo*); dall'altro - sempre adottando, per un momento, la tesi, invero opinabile, dell'efficacia "esterna" di tale condotta omissiva - di costringere l'arbitro, in caso di pendenza parallela di un giudizio arbitrale, a chiudere in rito il giudizio per la sopravvenuta cessazione di efficacia del patto arbitrale, salvo poi costringere le parti alla costituzione, *ex novo*, dello stesso (o di altro) tribunale arbitrale, *ove il giudice statale non dovesse giungere alla pronuncia sul merito sulla lite*.

Ma veniamo alla controversa espressione utilizzata dalla norma, secondo cui, cioè, la mancata proposizione dell'eccezione: "(...) *esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*", che non è per nulla di facile decifrazione. Invero, da un lato, non è chiaro se con detta espressione il legislatore abbia inteso circoscrivere gli effetti della condotta omissiva esclusivamente alla specifica controversia dedotta, consentendo per l'effetto che la convenzione arbitrale, anche in pendenza del

¹³⁶ In tal senso v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 219; E. RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso*, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 642; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 369; E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 1181.

giudizio statale in cui detta condotta omissiva si sia verificata, continui ad essere valida ed efficace in relazione ad altre controversie, connesse o meno con quella dedotta (come parrebbe doversi desumere dal comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., secondo cui: *“La competenza degli arbitri non è esclusa (...) dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice”*)¹³⁷. Dall'altro lato, non è chiaro se detta “esclusione della competenza arbitrale” identifichi una mera preclusione processuale, idonea a “far venir meno la *potestas iudicandi* degli arbitri” nel solo ambito giudiziale e ai limitati fini della decidibilità della causa giudiziale nel merito (precludendo solo la possibilità di contestare successivamente, in quel medesimo giudizio, la competenza del giudice statale in ragione dell'esistenza di una convenzione arbitrale e di impugnare, per questo stesso motivo, la futura sentenza del giudice). Oppure se integri una “paralisi” della procedibilità della via arbitrale unicamente in relazione alla controversia dedotta in giudizio, impedendo, cioè, la proposizione della domanda di arbitrato o la prosecuzione del giudizio arbitrale eventualmente pendente sulla controversia, *senza tuttavia alcuna ricaduta sul piano sostanziale e dunque sul patto arbitrale*. Oppure, ancora, se la suddetta: *“(...) esclusione della competenza arbitrale”* integri – come sostenuto in passato da un certo orientamento, peraltro controverso – una *vera e propria rinuncia alla (e/o risoluzione tacita della) convenzione arbitrale*.

La differenza, come ognuno vede, non è di poco momento, perché, verificatasi una mera preclusione processuale, sia in costanza del giudizio statale, sia in caso di esaurimento del temporaneo “impedimento” rappresentato dalla pendenza del giudizio ordinario, la convenzione arbitrale permanerebbe efficace ed idonea a fondare la *potestas iudicandi* di un arbitro (già costituito o da costituire), che verrebbe invece travolta dall'occorrenza rinuncia e/o risoluzione tacita del patto arbitrale conseguente al suo mancato rilievo dinanzi al giudice.

In dottrina e giurisprudenza, se vi è una generale convergenza sul fatto

¹³⁷ In tal senso v. S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 321, per il quale l'unico effetto della mancata e/o irrituale proposizione dell'eccezione di arbitrato deve essere individuato nella preclusione di avvalersi della clausola in questione in quella determinata controversia, *senza alcuna influenza sulla clausola e sui profili di sua validità ed efficacia*. In tal senso, in giurisprudenza, v. Cass. 20 febbraio 2015, n. 3464, secondo cui *“La rinuncia a far valere la clausola compromissoria in occasione di una controversia insorta tra i contraenti non comporta di per sé una rinuncia definitiva e complessiva della clausola arbitrale e, cioè, una rinuncia anche in relazione ad ogni altra controversia che possa insorgere tra i contraenti, diversa da quella per la quale entrambe le parti, o la parte interessata, hanno ritenuto di rinunciare, essendo la rinuncia limitata alla specifica controversia cui si accede”*.

che la mancata o intempestiva proposizione dell'*exceptio compromissi* in sede giudiziale¹³⁸ non abbia ripercussioni sul piano sostanziale, nel senso, cioè, che essa non implicherebbe una rinuncia *tout court* al patto arbitrale¹³⁹, si registrano, invece, non pochi contrasti sull'esatta portata di quella condotta: se cioè le si possa attribuire anche un'efficacia extraprocessuale, sotto forma di vincolo dell'arbitro - o di ogni altro giudice - a ritenere definitivamente *insussistente* il patto arbitrale, quantomeno in relazione alla controversia *decisa* nel giudizio in cui quella condotta si sia verificata. Per taluno, alla condotta omissiva della parte nel giudizio statale si collegherebbe solo un'efficacia *endoprocessuale*, *ad instar* di quanto avviene in sede arbitrale¹⁴⁰, mentre altri le

¹³⁸ In giurisprudenza si tendono ad applicare due regimi distinti, rispettivamente, all'*exceptio compromissi* relativa ad un patto per un arbitrato avente sede in Italia, rilevabile, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta (Cass. 24 settembre 2015, n. 18978; Cass. 6 novembre 2015, n. 22748, entrambe in *Giur. it.* 2016, 351) e ad un'eccezione relativa ad un patto per *arbitrato estero*, assoggettata alla disciplina di cui agli artt. 4 e 11, l. n. 218 del 1995, rispetto alla quale è esperibile il regolamento di giurisdizione (Cass. S.U. 26 maggio 2015, n. 10800, in *Corr. giur.* 2016, 531). Una distinzione che non ha mancato di essere criticata in dottrina, sia rispetto al regime di rilevanza, sia rispetto all'esperibilità del regolamento di giurisdizione, che, si afferma, dovrebbe essere o ammissibile in entrambi i casi, o in nessun caso (v., in particolare, M. BOVE, *La giustizia arbitrale*, 4ª ed., cit., nt. 10). Ad ogni modo, dopo la fase "negozialista" imposta dalla decisione delle Sezioni Unite n. 527 del 2000, la giurisprudenza è piuttosto granitica nel considerare entrambe le eccezioni *di rito* e *non di merito*: Cass. S.U. 25 ottobre 2013, n. 24153, ord.; Cass. 6 novembre 2015, n. 22748, in *Giur. it.* 2016, 351; Cass. 12 novembre 2015, n. 23176; Cass. 21 gennaio 2016, n. 1101.

¹³⁹ V. tuttavia, Cass. 6 novembre 2015, n. 22748, per cui le parti possono optare per una decisione da parte del giudice ordinario: "(...) non solo espressamente, mediante un accordo uguale e contrario a quello raggiunto con il compromesso, ma anche tacitamente, attraverso l'adozione di condotte processuali convergenti verso l'esclusione della competenza arbitrale, alla quale faccia riscontro la mancata proposizione dell'eccezione di arbitrato". Per l'applicazione di detto principio al caso della domanda riconvenzionale proposta a seguito della proposizione dell'eccezione di arbitrato v. Cass. 30 maggio 2007, n. 12736; ma v., contra, più di recente, Cass. 30 luglio 2018, n. 20139.

¹⁴⁰ Con la conseguenza che, laddove il giudizio ordinario si estingua o comunque non pervenga ad una decisione sul merito, la convenzione arbitrale manterrà intatta la propria efficacia: così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 221; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 98; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 321. Così, ci pare anche D. BUONCRISTIANI, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2022, 1, 414 ss., per il quale, da un lato, la parte può consapevolmente scegliere di non contestare la *potestas iudicandi*, senza con questo voler concludere tacitamente un nuovo compromesso, ovvero senza voler rendere inefficace la convenzione arbitrale limitatamente a quella specifica controversia; dall'altro, non sarebbe corretto imporre al convenuto una «tonalità impugnatoria» non voluta e, ancor prima, in violazione del principio

attribuiscono un'efficacia *esterna*, idonea ad incidere sulla *potestas iudicandi* degli arbitri, operante alla stregua di *meccanismo di coordinamento indiretto* tra la procedura giudiziale e quella arbitrale (e, dunque, quale correttivo al principio, insito nel sistema delle "vie parallele", della reciproca indipendenza, autonomia e indifferenza delle procedure, arbitrali e giudiziali, vertenti sulla medesima causa), nella misura in cui la sopravvenuta *inefficacia* del patto arbitrale determinata dalla mancata o intempestiva proposizione dell'*exceptio compromissi* in sede giudiziale imporrebbe all'arbitro, dinanzi al quale sia stato previamente o successivamente instaurato un giudizio sulla medesima causa pendente dinanzi al giudice statale (sulla base della convenzione oggetto della mancata eccezione in sede giudiziale), di chiudere in rito il giudizio¹⁴¹. Nell'ambito dei diversi orientamenti v'è poi chi ricollega l'effetto dell'omessa eccezione, rispettivamente individuato, *immediatamente* a far data dall'inutile decorso del termine entro cui detta eccezione avrebbe dovuto essere sollevata (effetto che persisterebbe anche ove il giudizio statale dovesse concludersi senza una decisione nel merito, per estinzione o perché il giudice abbia ritenuto di chiudere il giudizio in rito)¹⁴²; e chi, invece, richiede comunque che, alla mancata proposizione dell'eccezione, faccia seguito una pronuncia di merito da parte del giudice statale¹⁴³ (o

consensualistico, prescindere dall'effettiva (e non soltanto prospettata) esistenza di una valida e vincolante convenzione arbitrale.

¹⁴¹ Così F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 786, per il quale, in virtù della peculiare formulazione del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., che non trova riscontro nella formulazione della disposizione speculare di cui all'art. 817 c.p.c., l'omessa o intempestiva proposizione dell'eccezione produrrebbe conseguenze non solo all'interno del processo statale, che non troverebbe più alcun ostacolo alla sua vocazione a giungere ad una decisione sul merito della lite per la mera presenza di una convenzione arbitrale, ma, altresì, all'esterno, in particolare su un giudizio arbitrale che su quella convenzione si fondi, parallelamente pendente o instaurato successivamente, destinato ad una chiusura in rito ove venga ivi eccepita, *tempestivamente* (ovvero entro i termini di cui all'art. 817, comma 2, c.p.c.) l'inefficacia sopravvenuta della convenzione. In tal senso v. anche S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti*, cit., 321.

¹⁴² In tal caso, infatti, non avendo rilevanza alcuna gli sviluppi successivi del giudizio (e, tantomeno, il fatto che questo si concluda o meno con una decisione sul merito), non sarebbe contemplabile una successiva "riemersione" o "riesumazione" dell'efficacia della convenzione, inesorabilmente estinta per la mancata tempestiva proposizione della relativa eccezione: v. E. ODORISIO, *Prime osservazioni*, cit., 253 ss. spec. 272, n. 83; G. RAMPAZZI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, 5ª ed., Padova, 2007, 2221.

¹⁴³ In tal senso F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 786, per il quale ove, nel giudizio statale, non si dovesse giungere ad una decisione sul merito, non potrebbe più sostenersi che la convenzione arbitrale sia inefficace; G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove*

addirittura il suo passaggio in giudicato¹⁴⁴), in mancanza della quale la *potestas iudicandi* arbitrale o non verrebbe mai meno¹⁴⁵ (ravvisandosi nella pronuncia del giudice statale una sorta di condizione *sospensiva* dell'estinzione - non ancora verificatasi - della competenza arbitrale, sicché, in ipotesi di estinzione del giudizio statale o di sua chiusura in rito, la "competenza" arbitrale permanerebbe integra perché mai venuta meno); oppure, pur se in precedenza venuta meno in conseguenza della mancata proposizione dell'eccezione, risorgerebbe a seguito dell'eventuale estinzione del giudizio statale o della sua chiusura in rito¹⁴⁶ (ravvisandosi nella pronuncia del giudice statale una sorta di condizione *risolutiva* dell'estinzione - già verificatasi - della competenza arbitrale, che, in mancanza di detta pronuncia, riacquisterebbe efficacia, nonostante fosse venuta meno a seguito dell'inutile decorso del termine per la relativa eccezione).

Dette ricostruzioni suscitano non poche perplessità. La variante della "condizione *risolutiva* dell'estinzione", oltre ad apparire macchinosa, è priva di riscontri nel dato normativo, posto che nell'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c.

leggi civili commentate, Padova, 2007, 375, 412; L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, sub art. 817 c.p.c., in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile. Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, Bologna, 2014, 593 ss. V., più in generale, gli autori citati alle nt. seguenti.

¹⁴⁴ In tal senso v. M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit.; E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 272. *Contra* R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza*, cit., 195, per il quale l'esclusione della competenza arbitrale si verificherebbe già con l'emanazione della sentenza di primo grado, senza che sia necessario attenderne il passaggio in giudicato.

¹⁴⁵ In tal senso v. G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2007, 375, 412; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 369 ss.; ID., *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Giust. proc. civ.* 2006, 73 ss. V. anche B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 884 e L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, sub art. 817 c.p.c., in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile. Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, Bologna, 2014, 593 ss. e sub 819 *ter c.p.c.*, 678, per i quali la lettura, secondo la quale la competenza arbitrale verrebbe meno semplicemente in conseguenza della mancata proposizione dell'eccezione, sarebbe preclusa proprio dall'adozione del sistema delle "vie parallele".

¹⁴⁶ F.P. LUISO, *op. ult. cit.*, 787; ID., *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 125 ss., per il quale la soluzione secondo cui l'esclusione della competenza arbitrale si verificherebbe nel momento stesso in cui l'eccezione non venga tempestivamente sollevata, salvo venir meno nel momento in cui divenga definitiva la chiusura in rito del processo, appare più conforme alla *ratio* della norma; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti*, cit., 321; S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso*, cit., 455; ID., *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 219 ss.; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, cit., 95.

non è dato ravvisare alcun riferimento ad un *doppio effetto*, dapprima *estintivo del patto arbitrale* e poi, nel caso di chiusura in rito del giudizio statale, *risolutivo del precedente effetto estintivo*. D'altra parte, la variante per cui solo la decisione di merito fonderebbe la (*sopravvenuta*) inefficacia della convenzione arbitrale conseguente alla mancata proposizione tempestiva della relativa eccezione (permanendo la convenzione, fino a detta pronuncia, *integra ed efficace*), oltre a non consentire alcun coordinamento tra le due procedure in una fase preliminare, rappresenterebbe, per l'eventuale parallelo giudizio arbitrale, una spada di Damocle, idonea ad azzerare *ex post* tutta l'attività ivi compiuta; e ciò non solo ove si ritenga di far discendere la produzione dell'efficacia extraprocessuale dal *passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, anziché dalla sua pronuncia*¹⁴⁷, ma anche

¹⁴⁷ Come, secondo M. BOVE, *La giustizia privata*, 4ª ed., cit., 57, parrebbe ragionevole ritenere alla luce del fatto che *solo in tale momento* verrebbe sancita l'impossibilità del raggiungimento dello scopo della convenzione arbitrale, per la sua *sopravvenuta e definitiva inefficacia*, con la conseguenza che gli arbitri dovrebbero chiudere in rito il giudizio per due motivi: per rispetto del principio del *ne bis in idem*, e per l'ormai sopraggiunta inefficacia del patto arbitrale. Un lodo ciononostante emesso dagli arbitri sarebbe censurabile in sede di impugnazione per nullità per conflitto pratico di giudicati, ai sensi del motivo di cui al n. 8 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c. *Contra*, R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza del procedimento arbitrale*, cit., 192 ss., per il quale la semplice decisione di merito del giudice statale (anche se soggetta ad impugnazione) sarebbe idonea a prevalere sul lodo, ove venga pronunciata prima che il lodo diventi inoppugnabile: questo perché l'esclusione della competenza arbitrale di cui al comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. discenderebbe come conseguenza diretta dalla decisione di merito della disputa, che a sua volta segue la mancata proposizione dell'eccezione di compromesso, comportando la nullità del lodo per carenza della *potestas judicandi*. Condizione perché ciò si verifichi non sarebbe, dunque, il passaggio in giudicato della decisione del giudice statale, ma che il lodo che abbia pronunciato (in maniera implicita o espressa) sulla "competenza" degli arbitri *non sia già divenuto irretrattabile*, ché, altrimenti, "l'esclusione" della competenza degli arbitri verrebbe resa irrilevante ai sensi dell'art. 161 c.p.c. Su tali profili v. anche Cass. 7 luglio 2014, n. 15452, in *Giur. it.* 2014, 1816 e Cass. 20 febbraio 2015, n. 3464, in *Guida al diritto* 2015, fasc. 20, 73 ss., in cui viene peraltro precisato che la rinuncia ad avvalersi della convenzione arbitrale riguarda in ogni caso la singola lite, non, invece, l'opzione per la via arbitrale nel suo complesso. Osserva S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti*, cit., 322, che la sentenza potrebbe intervenire *anche a distanza di anni* dalla definizione del procedimento arbitrale, assistendosi in tal caso a una situazione in cui la lite finirebbe con l'essere definita solo *precaramente*, con un lodo esposto al rischio di caducazione postuma. Il passaggio in giudicato della sentenza sul merito dovrebbe di per sé stessa rappresentare una circostanza idonea ad impedire l'instaurazione o la prosecuzione del procedimento arbitrale; per cui, secondo l'autore, non avrebbe avuto molto senso sancire, attraverso una disposizione *ad hoc*, un effetto già previsto dall'ordinamento. Così anche S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 222.

in quest'ultimo caso, posto che la riforma o cassazione della decisione di merito nelle fasi di impugnazione rischierebbe di riesumare la "competenza" degli arbitri e la legittimità del giudizio arbitrale.

Una serie di considerazioni induce chi scrive a ritenere che l'infelice formulazione del legislatore, secondo cui la mancata proposizione dell'*exceptio compromissi*: "(...) esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio", rimandi, anche nell'ambito di un giudizio statale, ad una *mera preclusione processuale*, senza ripercussioni sostanziali e/o "esterne", in *primis* sul patto arbitrale e, dipoi, sul giudizio arbitrale parallelamente pendente¹⁴⁸.

Da un lato, infatti, quanto alle ricadute di tipo sostanziale, va osservato che attribuire un effetto sostanziale ad una condotta omissiva (nel giudizio arbitrale si trattava della stipulazione tacita di un patto arbitrale prima inesistente o della convalida di un patto prima invalido; qui si tratterebbe della rinuncia e/o risoluzione tacita di un patto valido) confligge con due principi: quello secondo cui un mero comportamento concludente non può supplire ai requisiti di forma scritta, ove questi siano previsti *ad substantiam* (com'è per il caso della convenzione arbitrale); e quello secondo cui l'eccezione di patto arbitrale nel giudizio statale, in quanto eccezione riservata alla parte, può essere oggetto di valida rinuncia *solo ad opera della parte medesima*, non, invece, del suo difensore. Dall'altro lato, per quanto attiene alla limitazione degli effetti della condotta omissiva *all'interno del processo* (ad esclusione, dunque, di ricadute non solo sul piano sostanziale – i.e. sul patto arbitrale –, *ma altresì sul procedimento arbitrale parallelo*), ci viene in soccorso, per cominciare, il dato letterale. Invero, l'espressione "*esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*" non implica necessariamente che vi sia un *impatto esterno* della condotta omissiva tenuta dal convenuto nel giudizio statale (nello specifico, sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro); potrebbe voler semplicemente dire che, *nell'ambito del giudizio statale in cui si sia verificata l'omissione*, e limitatamente alla controversia di cui sia stato investito, il giudice statale *deve considerare come non attualmente sussistente* (e, per questo, dunque, "*escludere*") la competenza dell'arbitro, con la conseguenza che esso non dovrà procedere ad alcuno scrutinio circa la validità ed efficacia della convenzione arbitrale perché la questione dell'allocazione della *potestas iudicandi*, per quanto riguarda il giudizio statale e limitatamente alla controversia dedotta, è pacifica; a maggior ragione il giudice statale non potrebbe, per questo motivo, declinare la propria competenza e chiudere in rito il giudizio.

¹⁴⁸ Così anche, da ultimo, L. BIANCHI, *La controversia sulla convenzione di arbitrato*, cit., 186 ss.

D'altra parte, se il coordinamento preventivo tra le due procedure fosse davvero l'obiettivo del meccanismo della "consumazione" della competenza arbitrale limitatamente alla controversia "decisa" nel giudizio statale, non si capirebbe la soluzione "a senso unico", con attribuzione di un rilievo "esterno" *unicamente* alla mancata eccezione del patto arbitrale *in sede giudiziale* e non anche, specularmente, a quella *in sede arbitrale* (trattandosi, in questa e in quella sede, di condotte del tutto analoghe). L'art. 817 c.p.c., infatti, dalla omessa o intempestiva contestazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro non solo non fa derivare alcuna stipulazione tacita di un patto arbitrale, prima inesistente (o la convalida di un patto prima invalido) sulla cui base instaurare, contestualmente o successivamente all'arbitrato pendente, un altro giudizio arbitrale¹⁴⁹, *ma nemmeno comporta l'improcedibilità di un giudizio ordinario su domande rientranti nell'ambito di applicazione del patto tacitamente formatosi*, incardinato prima o dopo l'inizio del giudizio arbitrale. Una soluzione così "sbilanciata" tra i due giudizi striderebbe non poco con la riforma del 2006, che non solo ha sancito l'equiparazione, *quoad effectum*, e dunque rispetto al rispettivo prodotto finale, tra la giustizia arbitrale e quella statale (equiparazione ribadita dai successivi importanti pronunciamenti della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, *in primis* quelli del 2013), ma, attraverso la codificazione del sistema delle "vie parallele", ha riaffermato i principi dell'*autonomia e indipendenza* del giudizio arbitrale rispetto a interferenze dell'autorità giudiziaria, che in passato hanno assunto forme anche particolarmente gravose (si pensi all'istituto, coniato dalla giurisprudenza, della *vis attractiva*). Attribuire efficacia "esterna" alla condotta omissiva delle parti in sede giudiziale (*ex art. 819 ter*, comma 1 c.p.c.), *ma non a quella in sede arbitrale* (art. 817 comma 2, c.p.c.) - al di là dell'ingiustificabile disparità di trattamento tra i due giudizi -, nel reciproco coordinamento tra le due opzioni rimediali finirebbe per favorire *proprio quella che le parti*, mediante la stipulazione del patto arbitrale (che, in assenza di vero e proprio esame sulla sua validità condotto dal giudice statale, si presume in principio valido ed efficace), *avevano inteso evitare*. Un esito agli antipodi delle scelte di politica legislativa compiute da altri ordinamenti (*in primis*, quello francese), e forse altresì "vittima" di antichi pregiudizi circa la natura ontologicamente superiore, per la risoluzione delle controversie, della giurisdizione statale rispetto a quella privata, considerata quale *minus quam iurisdictio*.

Ancora, attribuire alla condotta omissiva occorsa nel giudizio statale effetti esterni a quel giudizio rischierebbe di entrare in conflitto con la previsione di cui all'art. 817, comma 2 c.p.c., secondo cui il potere degli

¹⁴⁹ Così M. BOVE, *La giustizia privata*, 4ª ed., cit., 54 ss.

arbitri di decidere sulla propria competenza: “(...) *si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*”. Si faccia il caso in cui, in sede statale, risulti controverso, e dunque oggetto di contestazione, se l’eccezione sia stata o meno effettivamente proposta, se la proposizione sia stata o meno tempestiva e così via. Stando al dettato di cui all’art. 817, comma 2 c.p.c., gli arbitri dovrebbero *conservare intatta la loro autonomia di giudizio* circa la (persistente) sussistenza della loro *potestas iudicandi*, pur a fronte della sua contestazione – ad opera del convenuto – in ragione dell’asserita (ma controversa) efficacia estintiva di detta *potestas* conseguente alla condotta omissiva tenuta dalla controparte nel giudizio statale: si sarebbe infatti senz’altro di fronte ad una situazione in cui *i poteri degli arbitri sono contestati per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*. Far dunque “meccanicamente” discendere, dalla condotta omissiva di una parte dinanzi al giudice statale, un’efficacia “paralizzante” la procedibilità del giudizio arbitrale (imponendo agli arbitri di limitarsi a constatare il venir meno del loro potere decisorio e, per l’effetto, a chiudere in rito il giudizio), svuoterebbe di contenuto e pregnanza la norma di cui all’art. 817, comma 2 c.p.c. Si potrebbe bensì argomentare che gli arbitri, pur mantenendo, *sotto il profilo formale*, il potere di decidere su quella contestazione (*sopravvenuta e in altra sede*), avrebbero tuttavia le mani legate sotto il profilo contenutistico, in quanto vincolati *al fatto* della sopravvenuta perdita di efficacia del patto arbitrale. Tuttavia, da un lato, tale conclusione scontrerebbe la maggior pregnanza ed incisività attribuite ad una condotta omissiva (tra l’altro non supportata da una chiara manifestazione di volontà, univocamente espressa) rispetto a quelle tradizionalmente riconosciute ad una *decisione statale sulla questione della competenza arbitrale*, sulla cui efficacia ‘esterna’, in ragione della vigenza, *anche in arbitrato*, del principio *Kompetenz Kompetenz*, si è per anni espressa più di una riserva¹⁵⁰ (oggi in certo qual modo codificata dal comma 2 dell’art. 819 *ter* c.p.c., poi parzialmente attenuata, nella sua portata, dall’intervento della Corte costituzionale). Dall’altro lato, si sarebbe di fronte ad una palese compressione, anzi, a ben vedere, di un vero e proprio svuotamento di quello stesso principio *Kompetenz Kompetenz* che il disposto di cui al comma 2 dell’art. 817 c.p.c. (“(...) *anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*”) pare invece aver inteso non solo riaffermare, *ma financo*

¹⁵⁰ Secondo F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 783, dalla riconosciuta ammissibilità di domande giudiziali aventi ad oggetto l’invalidità o l’inefficacia della convenzione di arbitrato non dovrebbe necessariamente desumersi un’efficacia vincolante della pronuncia di incompetenza resa dal giudice ordinario nei confronti degli arbitri e viceversa.

*rafforzare*¹⁵¹. La preclusione di cui al comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., dunque, si limita a rendere immune la competenza del giudice statale da possibili contestazioni, nella misura in cui preclude l'esperibilità, avverso la sua decisione affermativa, del regolamento di competenza. Non incide in alcun modo, invece, sul potere dell'arbitro di proseguire il giudizio instaurato dinanzi a lui o sul potere delle parti di deferire la medesima disputa in arbitrato o di contestare la competenza del giudice in un successivo processo, incardinato eventualmente *ex novo* a seguito dell'estinzione di quello in cui si sia verificata la preclusione¹⁵².

Le considerazioni che precedono ci pare valgano senz'altro nel caso in cui il procedimento arbitrale *preceda* quello ordinario, avendo in tal caso la parte già avuto occasione di manifestare la propria volontà di avvalersi della giustizia privata, sicché apparirebbe irragionevole attribuire alla sua passività dinanzi al giudice statale il significato di una rinuncia alla stessa¹⁵³. Ma identica conclusione dovrebbe estendersi alla situazione inversa (di previa instaurazione del giudizio statale), alla luce anche del fatto che l'art. 819 *ter* c.p.c. (da interpretare secondo quanto illustrato in precedenza) non distingue tra le due ipotesi.

Abstract

¹⁵¹ Così G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 509 ss., per il quale: "(...) se attribuissimo all'art. 819 *ter* il senso per cui la mancata proposizione dell'eccezione di incompetenza di fronte al giudice ordinario si riflette sul giudizio arbitrale impedendo la pronuncia del lodo, sarebbe come se l'arbitro fosse costretto a pronunciare la propria incompetenza senza che di fronte a lui fosse sollevata quella eccezione che l'art. 817, comma 3° ritiene essenziale per la pronuncia in oggetto".

¹⁵² V., in tal senso, Cass. 20 febbraio 2015, n. 3464, per la quale la rinuncia ad avvalersi di una clausola compromissoria contenuta in un giudizio ormai concluso non può operare anche in un successivo giudizio relativo ad una controversia derivante sempre dal medesimo contratto, ma avente diverso *petitum* e *causa petendi*.

¹⁵³ Per l'inapplicabilità della norma al caso in cui l'arbitrato sia stato instaurato preventivamente rispetto al giudizio ordinario, v. E. RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso* cit., 640; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., 885. Ove si ritenga che il meccanismo preclusivo sia destinato a operare anche in caso di previa pendenza del giudizio arbitrale, la previsione in questione rappresenterebbe di fatto una vistosa deroga al principio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c., sulla cui applicabilità in sede arbitrale (attesa la qualifica dell'*exceptio compromissi* in termini di eccezione d'incompetenza), non dovrebbero esserci dubbi: R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino 2008, 202 ss.

**THE EFFECTS OF THE OMISSIONS OF THE PARTIES, IN ARBITRATION AND
STATE COURT PROCEEDINGS, AS TO THE DETERMINATION OF THE
(IN)VALIDITY OF AN ARBITRATION AGREEMENT**

Il contributo affronta il tema degli effetti delle condotte omissive delle parti, in sede sia arbitrale che giudiziale, in relazione all'onere di proposizione della carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito in presenza di una convenzione arbitrale. Dopo aver esaminato i diversi casi di, *lato sensu*, "invalidità" del patto arbitrale (per sua inesistenza, nullità, inefficacia) e di carenza di potere decisorio degli arbitri per la loro irregolare costituzione, l'autore analizza, alla luce della giurisprudenza più recente, il regime approntato dal legislatore della riforma del 2006 (solo lievemente ritoccato dalla recente riforma Cartabia): non solo gli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., che si occupano dei rapporti e conflitti di "competenza" tra arbitro e giudice statale, dalla prospettiva, rispettivamente, del primo e del secondo, ma altresì, in una più ampia prospettiva sistematica, gli artt. 819 c.p.c. (questioni incidentali) e 829 c.p.c. (casi di nullità del lodo). Contrariamente alle posizioni di certa dottrina, l'autore conclude nel senso che gli effetti delle condotte omissive delle parti in relazione all'onere di proposizione della carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito in presenza di una convenzione arbitrale, sia in sede arbitrale che giudiziale, si limitano ad una preclusione processuale, che esaurisce cioè i propri effetti all'interno del procedimento in cui si sia verificata, senza alcuna efficacia esterna (sul potere decisorio dell'altro organo o sull'eventuale prosecuzione dell'altro procedimento già iniziato) e senza alcuna ricaduta sul piano sostanziale sull'esistenza e validità del patto arbitrale. Ciò implica che la preclusione a contestare la competenza dell'organo adito maturata nell'ambito di un procedimento, non rende necessariamente valido ed efficace il patto, che potrà essere contestato nell'ambito di un diverso e successivo procedimento. Tale conclusione, allineando il regime applicabile alle condotte omissive delle parti sia in arbitrato che nel giudizio statale, è in linea con la ratio ispiratrice della riforma del 2006, che ha inteso, quanto più possibile e sotto una molteplicità di profili, equiparare la giurisdizione privata e quella pubblica, preservando al contempo la rispettiva autonomia ed indipendenza.

*The paper addresses the issue of the effects of the omissions of the parties, both in arbitration and in court proceedings, in relation to the objection of potestas iudicandi of the adjudicatory body seised in the presence of an arbitration agreement. After an exam of the various cases of, lato sensu, "invalidity" of the arbitration agreement (due to its non-existence, nullity, ineffectiveness) and lack of decision-making power of the arbitrators due to their irregular constitution, the author analyses, in the light of the most recent case law, the regime introduced by the 2006 law reform (only slightly modified by the recent Cartabia reform): not only artt. 817 and 819 *ter* c.p.c., which deal with the relationships and conflicts of jurisdiction between arbitrator and state judge, from the perspective, respectively, of the first and the latter, but also, in a broader systematic perspective, artt. 819 c.p.c. (incidental*

matters) and 829 c.p.c. (cases of nullity of the award). Contrary to the positions of certain doctrine, the author concludes in the sense that the effects of the omissive conduct of the parties, both in arbitration and in court, are limited to a procedural preclusion (“preclusione processuale”), which exhausts its effects within the proceedings in which it occurred, without any external effect (on the decision-making power of the other body or on the possible continuation of the other proceedings already started), as well as without any substantial impact on the existence and validity of the arbitration agreement. This implies that the preclusion to challenge the jurisdiction of the body seised in the context of arbitration or judicial proceedings does not necessarily render the agreement valid and effective: therefore the latter may be still be challenged in the context of a different and subsequent proceeding. This conclusion, aligning the regime applicable to the omissions of the parties both in arbitration and in state proceedings, is in line with the inspiring rationale of the 2006 reform, which aimed, as much as possible and under a variety of profiles, to equate the private and the public jurisdiction, while preserving their respective autonomy and independence.

**PROCEDIMENTO PER LE CONTROVERSIE DI MODESTA ENTITÀ EX
REG. (CE) N. 861/2007 E GIUDIZIO SECONDO EQUITÀ NECESSARIA
DEL GIUDICE DI PACE**

MARTINO ZULBERTI

Ricercatore

nell'Università di Milano

SOMMARIO: 1. Piano dell'indagine. – 2. Criterio di decisione e procedimento per le controversie di modesta entità. – 3. Il contenuto della domanda giudiziale. – 4. Domanda riconvenzionale e criterio di decisione. La domanda riconvenzionale fondata sul contratto o sul fatto posto a fondamento della domanda principale. – 5. (*Segue*). ...e quella non fondata sul contratto o sul fatto a fondamento della domanda principale – 6. L'appello avverso la sentenza resa secondo equità. – 7. (*Segue*). Esiti del giudizio d'appello e criterio di decisione. – 8. Il procedimento di riesame *ex art. 18 Reg. n. 861/07*. – 9. (*Segue*). Esiti del procedimento di riesame e criterio di decisione.

1. – Al fine «agevolare l'accesso alla giustizia tanto per i consumatori quanto per le imprese, riducendo le spese e accelerando i procedimenti civili nelle controversie rientranti nel suo campo di applicazione», il Reg. (CE) n. 861/07 ha introdotto un procedimento uniforme, semplificato e a trattazione tendenzialmente scritta per le controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale di modesta entità di valore non superiore a € 5.000,00 (esclusi interessi, diritti e spese), alternativo ai procedimenti previsti dalla normativa vigente negli Stati membri¹.

¹ Sul campo di applicazione del Regolamento, si vedano, nella dottrina italiana, C. ASPRELLA, *Il «procedimento europeo per le controversie di modesta entità»*, in *Giur. merito*, 2008, 40; EAD., *Procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Ilprocessocivile.it*, 2018; P. BERTOLI, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme: l'ingiunzione di pagamento e le controversie di modesta entità*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 395 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento uniforme per le controversie di modesta entità*, Torino, 2008; EAD., *Regolamento 11 luglio 2007, n. 861 istitutivo di un procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, in *www.judicium.it*; EAD., *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità. Caratteri generali e ambito di applicazione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni*, in F.C. VILLATA (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia di recupero transnazionale dei crediti*, Milano, 2021, 99 ss.; A. FRASSINETTI, *Le regole procedurali del Regolamento (CE) sulle controversie di modesta entità*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 984; M.L. GUARNIERI, *Processo civile italiano e titoli esecutivi europei*, Pisa, 2022; A. LEANDRO, *Il procedimento europeo per*

Il presente scritto intende focalizzarsi sul criterio di decisione che va seguito nell'ambito di tale procedimento, muovendo dalla considerazione che il Reg. n. 861/07 non stabilisce se la domanda vada decisa secondo diritto o secondo equità.

Si pone dunque il quesito se, quando tale procedimento si svolga in Italia, trovi applicazione il primo comma dell'art. 113 c.p.c., che sancisce la regola per la quale il giudice decide la causa secondo diritto, salvo che le parti gli abbiano attribuito il potere di decidere secondo equità, e il secondo comma del medesimo articolo, stando al quale il giudice di pace decide secondo equità (c.d. necessaria), nel rispetto dei principi informativi della materia, le controversie di valore inferiore ad € 1.100,00, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi con le modalità di cui all'art. 1342 c.c.².

le controversie di modesta entità, in *Riv. dir. int.* 2009, 87; P.C. RUGGIERI, *La European Small Claims Procedure (Reg. CE n. 861/2007) in Italia: un (rimediabile?) insuccesso*, in *Federalismi*, 2020, 283; M. GIACALONE, S. SAJEDEH SALEHI, *The European Small Claims Procedure: Implementation and Enforcement Revisited in Italy and Belgium*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2020, 189; M. MELLONE, A. PANCALDI, *Il nuovo regolamento comunitario sulle controversie di modesta entità*, in *Dir. Unione Europea*, 2008, 281 ss.; D. NOVIELLO, *I moduli standard di domanda e di replica nel regolamento small claims*, in M.A. LUPOI (a cura di), *Tutele e procedure giudiziarie europee*, 329 ss.; L. PICCININNI, *Il nuovo regolamento europeo per le controversie di modesta entità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 1213 ss.; F. ROTA, *Il Regolamento (CE) n. 861/2007 dell'11 luglio 2007*, in M. TARUFFO, V. VARANO (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile europeo*, Torino, 2011, 337 ss.; ID., *Règlement (CE) n. 861/2007 di 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges. Aperçu du droit espagnol et du droit italien. Droit italien*, in L. CADIET, E. JEULAND, S. AMRANI-MEKKI (diretto da), *Droit processuel civil de l'Union Européenne*, Paris, 2011, 294 ss.; E. SALOMONE, *Il Regolamento Ce n. 861 del 2007 sul procedimento per le controversie di modesta entità e le ADR in ambito comunitario*, in P. BIAVATI, M.A. LUPOI (a cura di), *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2008, 135 ss.; A. TEDOLDI, *Procedimento sommario di cognizione*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura civile*, Bologna, 2013, 100 ss.; D. TURRONI, *Oral hearing management under E.S.C.P. Regulation*, in *Revista Italo-Espanola de Derecho Processual*, 2022, 137 ss.

² La nozione e la struttura del giudizio di equità è oggetto di divergenti interpretazioni, anche tenuto conto che varie sono le norme che prevedono che il giudice (o gli arbitri) possano decidere secondo equità, stabilendo peraltro che esso debba svolgersi talvolta nel rispetto dei principi informativi della materia (art. 113, comma 2, c.p.c.), altre in quello dei principi generali dell'ordinamento (artt. 412 e 412 *quater* c.p.c.) e in altre ancora in apparenza non è posto alcun limite (artt. 114 e 822 c.p.c.). È dunque a taluno sembrato che il giudizio d'equità assuma un contenuto differente nei vari contesti in cui opera (G. FINOCCHIARO, voce *Equità (Giudizio di)*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ., Aggiornamento*, III, 1, Torino, 2007, 508 ss.). Fra chi preferisca considerare in prospettiva unitaria le ipotesi di giudizio secondo equità, varie sono state le proposte ricostruttive. Le divergenze d'opinione concernono

Il problema non è di poco conto se si considera che, da un lato, le controversie rientranti nel campo d'applicazione del Regolamento sono principalmente di competenza del giudice di pace e, dall'altro lato, la soglia del giudizio d'equità necessaria – oggi di € 1.100,00 – sarà innalzata ad € 2.500,00 a fronte di quella di € 5.000,00 prevista per l'applicabilità del Regolamento³.

Si tratta dunque di stabilire, per un verso, quale sia il criterio di giudizio applicabile nell'ambito di un giudizio regolato dal Reg. n. 861/07, quando esso si svolga in Italia, e, per altro verso, qualora si dovesse concludere per l'applicabilità dell'equità necessaria anche nell'ambito del procedimento per le controversie di modesta entità, quali siano i corollari in punto di svolgimento del procedimento.

2. – La questione se l'art. 113, comma 2, c.p.c. venga in rilievo nell'ambito del procedimento per le controversie di modesta entità va risolto alla luce dell'art. 19 Reg. n. 861/07, il quale stabilisce che, per quanto non previsto dal regolamento stesso, il procedimento è disciplinato dal diritto processuale dello Stato membro in cui si svolge⁴. In ragione della riconosciuta natura processuale dell'art. 113, comma 2, c.p.c.⁵, è possibile ritenere che esso trovi applicazione nell'ambito del procedimento per le

infatti sia la natura (oggettiva secondo alcuni, soggettiva secondo altri) del giudizio, sia la struttura dello stesso, fino all'individuazione dei limiti imposti al giudice (per una ricostruzione delle varie tesi, cfr. G. FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova, 2001, 17 ss.). Fra questi diversi orientamenti mi pare preferibile quello per il quale l'equità opererebbe limitatamente al momento di determinazione delle conseguenze giuridiche previste per la fattispecie: il giudizio equitativo, in sostanza, si snoderebbe in due momenti, una prima fase *ex iure* relativa alla qualificazione della fattispecie; una seconda fase, quella propriamente equitativa, nella quale il giudice potrebbe incidere sulle conseguenze previste dalla legge anche dando rilievo a fatti non "tipizzati" dal diritto (in argomento cfr., *si vis*, M. ZULBERTI, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, Torino, 2008, 26 ss.).

³ L'art. 27, comma 1, lett. a), numero 3) del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 116, ha innalzato la soglia ad € 2.500,00. Questa modifica ai sensi dell'art. 32, comma 3 del d.lgs. 116 cit., come da ultimo modificato dall'art. 8-bis, comma 1, lett. b), d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, conv., con modif., in l. 28 febbraio 2020, n. 8, le disposizioni di cui all'art. 27 citato entrano in vigore il 31 ottobre 2025.

⁴ C. ASPRELLA, *Il «procedimento europeo per le controversie di modesta entità»*, cit., 40; A. FRASSINETTI, *Le regole procedurali del Regolamento (CE) sulle controversie di modesta entità*, cit., 984; A. LEANDRO, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, cit., 87; P.C. RUGGIERI, *La European Small Claims Procedure (Reg. CE n. 861/2007) in Italia: un (rimediabile?) insuccesso*, cit., 283; M. GIACALONE, S. SAJEDEH SALEHI, *The European Small Claims Procedure: Implementation and Enforcement Revisited in Italy and Belgium*, cit., 189.

⁵ A. NASI, voce *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 120.

controversie di modesta entità⁶. Pertanto, le controversie di valore inferiore a € 1.100,00 saranno decise secondo equità, salvo che la domanda si fondi su moduli o formulari, dovendo in quest'ultimo caso essere decise secondo diritto⁷.

⁶ Avevo ritenuto che questa soluzione fosse soggetta ad una eccezione. La decisione secondo equità necessaria mi era sembrata da escludere quanto la controversia importi «l'applicazione di norme di conflitto di rango comunitario, ipotesi nella quale il giudice di pace dovrebbe, a nostro avviso, decidere secondo diritto in quanto una decisione secondo equità finirebbe per togliere ogni rilievo alla norma di conflitto» (M. ZULBERTI, *Note sull'impugnazione delle sentenze del giudice di pace rese secondo equità necessaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 308 s.). L'idea muoveva da una considerazione del giudizio di equità come un giudizio nel quale il giudice individuava la norma equitativa alla luce della quale decidere la controversia e nel quale i principi informativi della materia, il cui rispetto è imposto dall'art. 113, comma 2, c.p.c., costituiscono meri limiti esterni, entro i quali possono operare i poteri equitativi del giudice. In questa prospettiva la scelta della norma equitativa applicabile prescinde dalle norme di diritto astrattamente applicabili. L'art. 113, comma 2, c.p.c. avrebbe pertanto duplice natura: non sarebbe solo norma processuale, ma anche norma sulla produzione giudica (R. MARTINO, *L'equità del giudice di pace*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 132). Ne sarebbe discesa una «interferenza fra l'art. 113, comma 2, c.p.c. e le norme di diritto internazionale privato, da risolversi con la prevalenza di queste ultime ove di rango superiore alla prima» (M. ZULBERTI, *loc. ult. cit.*) con la conseguenza che la decisione in tal caso avrebbe in ogni caso dovuto essere resa secondo diritto, segnatamente quello applicabile in base alla norma di conflitto. *Re melius perpensa*, non ritengo di poter più aderire a tale impostazione, avendo successivamente abbracciato una differente concezione del giudizio secondo equità (cfr. la nota precedente): esso si snoda dunque in due momenti, una prima fase *ex iure* relativa alla qualificazione della fattispecie e una seconda fase, quella propriamente equitativa, nella quale il giudice potrebbe incidere sulle conseguenze previste dalla legge anche dando rilievo a fatti non "tipizzati" dal diritto. Per questa ragione la ricerca della legge applicabile al merito si impone anche nell'ambito del giudizio di equità e non è posta fuori gioco dall'art. 113, comma 2, c.p.c. (sul punto, se si vuole, M. ZULBERTI, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, cit., 116 ss., ove la soluzione affermativa era stata predicata con specifico riferimento agli arbitrati di equità con elementi di estraneità, ma che può essere estesa anche ai giudizi d'equità avanti al giudice).

⁷ La giurisprudenza ha predicato la possibilità di un'applicazione analogica della disposizione in parola, sostenendo che, poiché l'esigenza della decisione secondo diritto risponderebbe alla necessità che le controversie inerenti a contratti stipulati tramite moduli o formulari siano decise in modo uniforme in quanto tali rapporti sono sottoposti ad uniformità di disciplina, analoga regola dovrebbe applicarsi anche a controversie relative a contratti che, similmente, soggiacciono ad una uniformità di disciplina, benché non conclusi con le modalità di cui all'art. 1342 c.c.: cfr., fra le molte, Cass. 21 dicembre 2017, n. 30678. In senso giustamente critico avverso tale orientamento, cfr. G. FINOCCHIARO, *sub* artt. 113-114, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di*

Invero, ci si potrebbe chiedere se il giudizio equitativo si imponga anche qualora il valore della domanda superi il limite di valore previsto all'art. 113, comma 2, c.p.c.⁸. L'interrogativo è sollecitato dal fatto che l'art. 10 Reg. n. 861/07 esclude la necessità della difesa tecnica nell'ambito del procedimento in parola e, secondo un certo ordine di idee, vi sarebbe un legame fra non obbligatorietà della difesa tecnica e giudizio d'equità. Si è osservato infatti che, per un verso, il ricorso al difensore sarebbe giustificato nell'ambito dei giudizi di diritto⁹ e non in quelli d'equità avanti al giudice di pace, caratterizzati da snellezza e semplicità¹⁰ e, per altro verso, il limite di € 1.100,00 del giudizio equitativo è corrispondente a quello entro cui la parte, avanti al giudice di pace, può stare in giudizio senza il ministero di un difensore secondo quanto previsto dall'art. 82, comma 1, c.p.c..

V'è più di un argomento che induce a prediligere una soluzione opposta¹¹.

In primo luogo, è da escludere che la facoltatività della difesa tecnica poggi sulla semplicità di un giudizio d'equità necessaria. Al contrario il giudizio di equità è perfino più complesso di quello secondo diritto¹², essendo il giudice – secondo l'impostazione preferibile¹³ – tenuto prima a qualificare i fatti secondo diritto, potendo fare uso dei poteri equitativi solo per incidere sulle conseguenze previste dalla legge e dunque le parti devono essere in grado di difendersi sotto il profilo non solo del diritto, ma anche dell'equità.

In secondo luogo, l'esclusione dell'obbligo di difesa tecnica sancito all'art. 82 c.p.c. per le controversie avanti al giudice di pace di valore inferiore ad € 1.100,00 prescinde dal criterio di giudizio, tenuto conto che le cause, anche di valore inferiore a detta soglia, sono da decidersi secondo diritto qualora originino da contratti stipulati tramite moduli o formulari. A ciò si aggiunga che la modifica alla soglia di valore del giudizio d'equità necessaria, che dal 31 ottobre 2025 sarà innalzata a € 2.500,00¹⁴ non è stata accompagnata da una corrispondente modifica della soglia di valore della

procedura civile, II, Torino, 2012, 349, nonché, se vi vuole, M. ZULBERTI, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, cit., 41.

⁸ La questione è sollevata da C. ASPRELLA, *Procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, cit., § 6.

⁹ Cfr. F. ROTA, *Il giudice di pace*, in M. TARUFFO (a cura di), *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 1993, 93, per il quale con l'introduzione del criterio di giudizio equitativo dovrebbe conseguentemente venir meno la necessità di assistenza tecnica.

¹⁰ Cass. 30 aprile 2014, n. 9556.

¹¹ Come conclude anche C. ASPRELLA, *Loc. ult. cit.*

¹² Sul punto si veda, se si vuole, M. ZULBERTI, *Le impugnazioni*, cit., 6.

¹³ V. *supra*, nota 2.

¹⁴ Cfr. *supra*, nota 3.

causa, indicata all'art. 82, comma 1, c.p.c., entro cui la difesa tecnica è facoltativa.

In terzo luogo, l'esclusione dell'obbligo di difesa tecnica previsto dal Regolamento vale in relazione ai procedimenti avanti tanto al giudice di pace, quanto al tribunale, quando la controversia di modesta entità rientra nella sua competenza. E in questi ultimi il giudizio d'equità necessaria non ha spazio applicativo, riferendosi – quanto meno per il primo grado – l'art. 113, comma 2, c.p.c. al solo procedimento avanti al giudice di pace.

3. – Ci si chiede se la domanda introduttiva – che l'art. 4 Reg. n. 861/07 prevede che sia formulata utilizzando il modulo di domanda standard A allegato allo stesso – di un giudizio secondo equità debba avere il medesimo contenuto di quella di un giudizio secondo diritto. Chi si è occupato di questo specifico tema ha affermato che quando «la controversia deve essere decisa secondo equità, l'indicazione di specifiche norme di diritto risulta al contempo impossibile e inutile»¹⁵, in quanto il giudice di pace non applicherebbe nessuna norma di diritto sostanziale.

Ciò potrebbe sembrare ancor più in linea con il contenuto che la domanda giudiziale per taluno dovrebbe avere nell'ambito del procedimento in esame. Si è infatti osservato che l'art. 12 Reg. n. 861/07, là ove stabilisce che «L'organo giurisdizionale non obbliga le parti a sottoporre valutazioni giuridiche della controversia»¹⁶ escluderebbe l'obbligo per l'attore di qualificare giuridicamente la domanda. E, secondo alcuni, vi sarebbe dunque una differenza con la disciplina di cui all'art. 164, n. 4 c.p.c., il quale richiede che l'attore indichi, oltre ai fatti, anche «gli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda»¹⁷. La normativa europea sarebbe piuttosto in linea con l'art. 318 c.p.c., il quale stabilisce che la domanda introduttiva del giudizio avanti al giudice di pace debba contenere l'esposizione dei fatti e l'indicazione del suo oggetto avrebbe il significato di escludere che i fatti vadano qualificati giuridicamente¹⁸.

¹⁵ G. FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, Padova, 2001, 79.

¹⁶ Sotto questo profilo la versione francese del Regolamento appare più chiara rispetto a quella italiana nel senso di riferire il campo di applicazione dell'art. 12 cit. alla qualificazione giuridica della domanda: «*La juridiction n'oblige pas les parties à assortir la demande d'une qualification juridique*».

¹⁷ E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto*, cit., 63.

¹⁸ M. MELLONE, A. PANCALDI, *Il nuovo regolamento comunitario sulle controversie di modesta entità*, cit., 304. In argomento, cfr. D. NOVELLO, *I moduli standard di domanda e di replica nel regolamento small claims*, in M.A. LUPOI (a cura di), *Tutele e procedure giudiziarie europee*, secondo la quale l'applicabilità dell'art. 318 c.p.c. non sposterebbe i termini dell'indagine condotta con riferimento all'art. 163 c.p.c.

Queste differenze sono alla base di un dibattito relativo alla determinazione dell'oggetto del processo nell'ambito del procedimento di cui al Reg. n. 861/2007, riecheggiando teorie, dai più oggi abbandonate, volte a individuare l'oggetto del processo con i fatti dedotti¹⁹. Si tratta, però, di un dibattito, quello della determinazione dell'oggetto del processo e dei correlativi limiti oggettivi del giudicato, che non incide sul profilo che ci interessa, riguardando, piuttosto, la possibilità di qualificare giuridicamente la domanda introduttiva di un giudizio secondo equità. A questo proposito a me pare che la non necessità di qualificare giuridicamente la domanda non escluda che l'attore possa comunque procedere ad una tale qualificazione che, pur sempre, non sarà vincolante per il giudice e prospettata a titolo di ipotesi.

Siffatta ipotesi di qualificazione potrà essere formulata anche con la domanda introduttiva di un giudizio equitativo avanti al giudice di pace. La soluzione discende infatti dalla nozione che si accolga di un tale giudizio, in relazione al quale – come si è sopra visto – il giudice è tenuto a qualificare *ex iure* la fattispecie, incidendo i poteri equitativi sulla determinazione delle conseguenze giuridiche. In questa prospettiva spetterà perciò alle parti indicare altresì quei fatti che possano giustificare l'eventuale utilizzo dei poteri equitativi da parte del giudice per discostarsi dalle conseguenze giuridiche previste dalla norma di legge astrattamente applicabile.

L'atto introduttivo potrebbe essere per l'attore l'unica sede in cui lo stesso ha la facoltà di dedurre i fatti, tenuto conto che il procedimento di cui al Reg. n. 861/07, tendenzialmente cartolare, non prevede, di regola, l'assegnazione di termini per ulteriori scritti difensivi ove, in ipotesi, detti fatti potrebbero essere dedotti. I fatti (o altre considerazioni) irrilevanti *ex iure*, ma non sotto il profilo dell'equità, andranno pertanto allegati dall'attore nel modulo di domanda A, al par. 8.1, là dove gli è richiesto di indicare «i motivi della domanda».

¹⁹ E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto*, cit., 64; P.C. RUGGIERI, *La European Small Claims Procedure*, cit. Peraltro, nel senso che, avanti al giudice di pace, il legislatore avrebbe optato a favore della tesi della sostanziazione, prevedendo all'art. 318 c.p.c. la necessità della esposizione nella domanda dei soli fatti, cfr. B. CAPPONI, *sub* art. 27, in *Il giudice di pace. Commento alla l. 374/1991*, Napoli, 1992, 186. Ma, in senso contrario, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3^a ed., II, Napoli, 1960, 351, per il quale l'atto introduttivo non deve contendere «la menzione degli elementi di diritto se non in quanto siano necessari per l'individuazione dell'oggetto». Mi pare che, in una direzione simile a quest'ultima, vi sia chi si è indirizzato in ordine al Reg. n. 861/07 affermando che «qualora l'indicazione della norma di diritto sia indispensabile per l'identificazione della domanda, essa dovrà essere esplicitata, in ossequio alle regole generali, a pena della sua indeterminatezza»: cfr. A. FRASSINETTI, *Le regole procedurali*, cit., 972.

4. – Se dunque nel procedimento per controversie di modesta entità v'è margine per il giudizio d'equità necessaria, merita domandarsi se possano essere predicati gli stessi principi, affermati in relazione ad un procedimento regolato dalla legge processuale nazionale, in punto di modifica del criterio di decisione a seguito della proposizione di domanda riconvenzionale che debba essere decisa secondo diritto e che pur rientri nella competenza del giudice di pace.

A questo proposito si afferma che il giudice dovrebbe decidere l'intera causa secondo diritto quando, in presenza di un cumulo di domande, alcune di esse dovrebbero essere decise secondo equità, in ragione del valore, ed altre secondo diritto. Questa conclusione, ad ogni modo, va circoscritta ai casi in cui il cumulo si realizzi in considerazione dei vincoli di connessione per pregiudizialità, accessorietà e garanzia previsti dall'art. 40, comma 7, c.p.c.²⁰, giusta il quale, in caso di domande cumulate proposte davanti al tribunale ed al giudice di pace, quest'ultimo deve dichiarare la connessione a favore del primo. Si tratta infatti di una disposizione che fissa oltre una regola sulla competenza, altresì un principio di unitarietà della decisione, da intendersi anche come unicità della regola decisionale fra domande in tal

²⁰ Le opinioni al riguardo sono peraltro varie. Una prima tesi ha affermato che nel processo cumulato la regola del giudizio d'equità possa applicarsi a quella sola fra le cause connesse per la quale sia prevista per legge: cfr. A. GIUSSANI, *Competenze, riti ed effetti della connessione*, in M. TARUFFO (a cura di), *Le riforme della giustizia civile*, 2^a ed., Torino, 2000, 177. Secondo altro orientamento il giudice dovrebbe decidere le domande secondo diritto sulle questioni comuni e secondo equità sulle questioni proprie esclusivamente dell'una o dell'altra: cfr. A. RONCO, *Domande connesse davanti al giudice di pace: osmosi della regola di giudizio ed individuazione del mezzo di impugnazione*, in *Giur. it.*, 2004, 1188. Un'ulteriore opinione ha ritenuto invece che l'intera decisione vada resa secondo diritto: cfr. B. CAPPONI, *Connessione e processo simultaneo davanti al giudice di pace*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 173; G. FINOCCHIARO, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri*, cit., 33. Tale impostazione è stata accolta anche da altri, con l'esclusione, però, delle ipotesi di cumulo causale ed improprio o semplice *ex art.* 33 c.p.c.: cfr. S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, cit., 189; F.P. LUISO, sub art. 40, in C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 51. La giurisprudenza ha parimenti affermato l'idoneità del cumulo ad incidere sul criterio di decisione, limitando però tale soluzione ai casi in cui la decisione sulle domande connesse implichi l'accertamento di un fatto costitutivo, impeditivo o modificativo comune ad entrambe ovvero che l'accoglimento o il rigetto di una implichi il rigetto o l'accoglimento dell'altra: cfr. Cass. 21 settembre 2007, n. 19536. In argomento, anche per ulteriori riferimenti, cfr. R. MARTINO, *Il giudice di pace e l'equità. Tra etica, diritto positivo e Costituzione*, Bari, 2018, 98 ss. e R. TISCINI, *Modificazioni della competenza per ragioni di connessione. Difetto di giurisdizione, incompetenza e litispendenza*, Artt. 31-40, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2016, 365 ss.

modo connesse: è infatti riconosciuto che, in caso di cumulo davanti al tribunale le domande, che *naturaliter* sarebbero state decise *ex aequo et bono* dal giudice di pace, siano decise secondo diritto²¹.

Nell'ambito del procedimento *ex Reg. n. 861/07*, il convenuto può proporre domanda riconvenzionale, con le modalità indicate all'art. 5, comma 6, attraverso il medesimo modulo A utilizzato dall'attore per la domanda introduttiva. La nozione di domanda riconvenzionale si è detto che sarebbe autonoma rispetto a quella della riconvenzionale regolata dal diritto processuale nazionale. Ciò in quanto il considerando 16 del Regolamento precisa che essa va ricavata dall'art. 6, par. 3, Reg. (CE) n. 44/2001, che corrisponde all'art. 8, n. 3 Reg. (UE) 1215/2012, il quale discorre di «domanda riconvenzionale derivante dal contratto o dal fatto su cui si fonda la domanda principale», sicché tale dovrebbe essere anche la domanda riconvenzionale che può essere proposta nel contesto del *small claims procedure*²².

Quando ciò avvenga entrambe le domande saranno trattate nell'ambito del procedimento di cui al Reg. n. 861/07. Se quella riconvenzionale sia da decidersi secondo diritto, ritengo che i principi predicati in relazione al sopravvenuto mutamento del criterio decisorio applicabile trovino estensione anche qui. In altri termini, se ricorrono i nessi di connessione sopra richiamati, di pregiudizialità, accessorietà o garanzia, entrambe le domande andranno decise secondo diritto; diversamente, quella principale continuerà a dover essere decisa secondo equità.

5. – È discusso il trattamento processuale della domanda riconvenzionale che non si fondi sul medesimo contratto o fatto di quella principale.

Secondo una prima opinione, la riconvenzionale dovrebbe essere separata e trattata secondo la *lex fori* a condizione che sussista sulla stessa la giurisdizione italiana, anche in caso di connessione c.d. forte – ad esempio per pregiudizialità-dipendenza – fra domanda principale e

²¹ In questo senso avevo concluso nel mio studio sul tema: cfr., se si vuole, M. ZULBERTI, *Le impugnazioni*, cit., 40.

²² E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità. Caratteri generali e ambito di applicazione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni*, in F.C. VILLATA (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia di recupero transnazionale dei crediti*, Milano, 2021, 114 s.; A. FRASSINETTI, *Le regole procedurali*, cit., 977; F. ROTA, *Il Regolamento (CE) n. 861/2007 dell'11 luglio 2007*, cit., 350; X.E. KRAMER, *Small claim, simple recovery? The European Small Claims Procedure and its implementation in the Member States*, in *ERA Forum*, 2011, 122.

riconvenzionale²³. Per contro, v'è chi sostiene che il giudice dovrebbe respingere in rito la domanda riconvenzionale e proseguire con le forme del procedimento *ex* Reg. n. 861/07 la trattazione di quella principale, salvo che fra esse non vi sia un rapporto di connessione c.d. forte, come si avrebbe in caso di pregiudizialità-dipendenza o incompatibilità; ipotesi in cui si imporrebbe, per evitare giudicati contrastanti, il *simultaneus processus* con conversione del rito e trattazione di entrambe le domande secondo il rito ordinario²⁴. A fondamento di quest'ultima soluzione si osserva che la stessa sarebbe da ricercare nell'art. 4, comma 4, Reg. n. 861/07 – la cui applicazione analogica alla domanda riconvenzionale è stabilita dal successivo art. 5, comma 7 – nella parte in cui prevede che la domanda irricevibile debba essere respinta²⁵.

Ciò posto, non mi sembra di poter aderire a nessuna delle sopra riferite impostazioni. Quanto alla prima, predicare la separazione nei casi di connessione forte significa accettare il rischio di giudicati contrastanti e, nell'ipotesi in cui le domande siano caratterizzate da un rapporto di pregiudizialità-dipendenza, difficilmente si potrebbe negare la sospensione *ex* art. 295 c.p.c. del processo relativo alla domanda dipendente.

Quanto alla seconda tesi, mi sembra contraddittorio affermare l'inammissibilità della domanda riconvenzionale e al contempo ammettere che, se il rapporto di connessione è forte, la proposizione della stessa impone il mutamento del rito e il suo esame del merito: o la domanda riconvenzionale, che non si fonda sul contratto o sul fatto posto a base di quella principale, è per ciò solo sempre inammissibile o non lo è.

A monte, comunque, va respinta l'idea che il Reg. n. 861/07 sancisca l'inammissibilità della domanda riconvenzionale non ricompresa nel suo campo d'applicazione. L'orientamento in parola si fonda su una previsione, l'art. 4, comma 4, la quale si limita a sancire il rigetto della domanda irricevibile, ma non individua i presupposti di irricevibilità, che pertanto vanno ricavati altrove. Il Regolamento, al contrario, detta una regola opposta con specifico riferimento alla domanda riconvenzionale che, per ragioni di valore, non rientra nel campo di applicazione del Regolamento, prevendo

²³ E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*, cit., 115, la quale osserva che, trattandosi di una domanda che non soddisfa i requisiti di cui all'art. 8, n. 3 reg. 1215/2012, la giurisdizione non potrebbe fondarsi sulle ragioni di connessione ivi previste. Quand'anche si aderisse a questa prospettiva interpretativa, a me non pare che la sussistenza della giurisdizione italiana possa essere condizione per la trattazione della domanda secondo la *lex fori*, quanto, piuttosto, condizione per l'esame nel merito della stessa.

²⁴ A. FRASSINETTI, *Le regole procedurali*, cit., 978.

²⁵ A. FRASSINETTI, *loc. ult. cit.*

l'art. 8, comma 7 che «se la domanda riconvenzionale eccede il valore limite di cui all'articolo 2, paragrafo 1, la domanda principale e la domanda riconvenzionale non sono esaminate secondo il procedimento europeo per le controversie di modesta entità, ma conformemente alle pertinenti norme di procedura applicabili nello Stato membro in cui si svolge il procedimento».

Il procedimento deve proseguire secondo il rito previsto dalla *lex fori*, escludendosi dunque l'inammissibilità della domanda riconvenzionale per il sol fatto di non rientrare fra le controversie soggette al rito. Si tratta di un principio che può essere esteso in via analogica ad altri casi in cui la domanda riconvenzionale esula dalla sfera d'applicazione del Regolamento, con la conseguenza che tanto quella principale quanto la riconvenzionale non ricompresa nel suo campo d'applicazione andranno esaminate conformemente alle norme processuali dello Stato in cui si svolge il procedimento.

Ciò significa che l'esame della domanda riconvenzionale dovrà informarsi ai principi processuali nazionali e sarà dunque alla luce di essi che andrà altresì verificata la sua ammissibilità. Quando il processo si svolga in Italia, verrà così in rilievo il dibattito relativo all'ammissibilità delle domande riconvenzionali che non soddisfano i requisiti di connessione previsti dall'art. 36 c.p.c., in quanto non dipendono dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione²⁶.

Si possono al punto trarre dunque le conseguenze in ordine al tema che ci occupa.

La domanda principale e quella riconvenzionale verranno trattate congiuntamente e potranno trovare applicazione i principi predicati per i

²⁶ Il dibattito è noto: v'è chi nega l'ammissibilità della domanda riconvenzionale che non soddisfa i requisiti di connessione previsti dall'art. 36 c.p.c. (V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1954, 125 ss.; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1993, 62; G. TARZIA, C.E. BALBI, voce *Riconvenzione*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 673; E. VULLO, *La domanda riconvenzionale nel processo ordinario di cognizione*, Milano, 1995, 274 s.), chi la ritiene ammissibile, seppure qualora rientri nella competenza del giudice adito (A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 246 ss.; G. FRANCHI, *Della competenza per connessione*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, Torino, 1973, I, 1, 352) e chi afferma che l'art. 36 c.p.c. sarebbe norma sulla competenza, dalla quale non si potrebbero ricavare i presupposti di ammissibilità della domanda riconvenzionale, ma, al contempo, neppure sarebbe sufficiente la sola connessione soggettiva richiedendo comunque la sussistenza di un «collegamento obiettivo» fra la domanda principale e la domanda riconvenzionale tale da rendere opportuno il *simultaneus processus*, opportunità che da valutarsi dal giudice di merito in relazione ai singoli casi di specie (in questo senso è la giurisprudenza prevalente: cfr., tra le altre, Cass. 12 giugno 2014, n. 13410).

procedimenti regolati dal diritto interno. E, come si è visto²⁷, il *simultaneus processus* non impone sempre che il giudizio d'equità ceda il passo a quello di diritto quando la domanda connessa sia soggetta a quest'ultimo criterio di decisione, ma solo a fronte di connessione per pregiudizialità, accessorietà o garanzia.

6. – Si pone poi il problema relativo a come lo svolgimento del procedimento, disciplinato dal Reg. n. 861/07, si concili con il principio del contraddittorio. Si è infatti di fronte a quella che è – come (condivisibilmente) rilevato – «una parodia del processo, che si risolve in giudizio dato normalmente per corrispondenza (...), fatto di moduli *multiple choice*, da compilare apponendo crocette e procedendo per gradi e successivi passaggi cartacei (...) secondo forme burocratiche (...) che riducono il processo a freddo e distaccato esercizio amministrativo, vuoto simulacro del contraddittorio e del contesto dialogico che dovrebbe ontologicamente connotarlo»²⁸.

Ciò non esclude però che il principio del contraddittorio debba trovare spazio anche nell'ambito di tale procedimento. Con riferimento al giudizio d'equità siffatto principio impone che le parti siano messe a conoscenza il prima possibile dei criteri equitativi che il giudice intende utilizzare, in modo da poter indirizzare le proprie attività difensive assertive ed istruttorie e garantire che siano messe in condizione di interloquire²⁹. Si tratta dunque di stabilire come ciò debba avvenire quanto il giudizio d'equità si innesta nell'ambito del procedimento per le controversie di modesta entità.

Il principio vale sia che si aderisca alla ricostruzione che lascia al giudice ampio margine nella scelta della regola equitativa, la cui previa conoscenza appare necessaria per poter conoscere i fatti rilevanti da allegare, sia che si ritenga che – come si è detto appare preferibile – i poteri equitativi operino in termini più ristretti, potendo il giudice d'equità solo correggere o temperare gli effetti giuridici previsti dalla norma positiva astrattamente applicabile. In questa seconda prospettiva, le parti devono essere rese edotte non tanto della regola decisoria, quanto dei criteri in base ai quali il giudice potrà valutare se esercitare o meno i poteri equitativi.

²⁷ Cfr. *supra*, § 4.

²⁸ A. TEDOLDI, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 104.

²⁹ Cfr., tra gli altri, E.F. RICCI, *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 395; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., cit., 93; M. DE CRISTOFARO, *sub art. 21*, cit., 172; C. FERRI, *Contraddittorio e poteri decisorio del giudice*, in *Studi urbinati*, Milano, 1984, 74 s.; A. BARLETTA, *Extra e ultra petizione. Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*, Milano, 2012, 36 s.; C. DI IASI, *Il «processo di equità» e il contraddittorio sulla definizione della regola equitativa*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 136.

Quando è l'attore a dedurre fatti o considerazioni rilevanti ai fini dell'utilizzo dei poteri equitativi, il convenuto potrà prendere posizione con la replica depositata ai sensi dell'art. 5, par. 3 Reg. n. 861/07. Più problematico è invece di stabilire in quale modo si realizzi il contraddittorio quando è il convenuto a dedurre considerazioni rilevanti ai fini del giudizio d'equità, tenuto conto che non è prevista possibilità di una replica dell'attore, limitata dall'art. 5, par. 6 al caso in cui il convenuto proponga domanda riconvenzionale.

L'art. 7 Reg. n. 861/07 prevede che «Entro trenta giorni dalla ricezione della replica del convenuto o dell'attore entro il termine di cui all'articolo 5, paragrafo 3 o 6, l'organo giurisdizionale emette una sentenza oppure: a) richiede alle parti ulteriori dettagli in merito alla controversia entro un periodo di tempo determinato non superiore a trenta giorni; oppure b) assume le prove a norma dell'articolo 9; oppure c) ordina la comparizione delle parti ad un'udienza da tenersi entro trenta giorni dall'ordinanza». Si potrebbe immaginare che il contraddittorio si realizzi attraverso l'assegnazione di termini per «ulteriori dettagli in merito alla controversia», ai sensi lett. a) dell'art. 7 oppure essere garantito da un'udienza, in applicazione della lett. c) del medesimo articolo.

La prima soluzione sembra quella preferibile.

Nell'ambito di un giudizio secondo equità il contraddittorio sui criteri equitativi dovrebbe essere la regola e se esso fosse garantito attraverso la possibilità delle parti di interloquire sempre in udienza, si finirebbe per invertire la regola che sovrintende lo svolgimento del procedimento nel quale la fissazione dell'udienza rappresenta l'eccezione rispetto alla trattazione cartolare, come si desume dall'art. 5, paragrafo 1-bis a mente del quale «L'organo giurisdizionale procede a un'udienza esclusivamente se ritiene che non sia possibile emettere la sentenza sulla base delle prove scritte o su richiesta di una delle parti»³⁰.

Si impone, però, di verificare se effettivamente le due eccezioni ivi menzionate non vengano in rilievo. La prima giustifica la fissazione dell'udienza sulla scorta di ragioni di ordine probatorio e non pare tanto invocabile per il profilo qui in esame. La seconda, invece, si ricollega alla richiesta di parte, la quale può formulare tale istanza per qualunque ragione³¹ e, dunque, potrebbe anche richiedere la fissazione dell'udienza a fine di illustrare al giudice gli aspetti rilevanti sotto il profilo dell'equità.

³⁰ Sull'idea che il procedimento debba essere cartolare e la fissazione d'udienza costituire l'eccezione v'è concordia di opinioni: cfr., fra gli altri, L. VERRAGOSO MESQUITA, C. MAQUES CEBOLA, *European Small Claim Procedure. An effective process? A proposal for an online platform*, in *Access to Justice in Eastern Europe*, 2022, 10.

³¹ D. TURRONI, *Oral hearing management under E.S.C.P. Regulation*, cit., 139.

Ritengo però che, in un tal caso, il giudice possa comunque rifiutare di disporre l'udienza, sull'assunto che un contraddittorio cartolare ben può garantire l'equa trattazione del procedimento. A differente conclusione si dovrebbe però pervenire, se si aderisce all'idea per quale, nel caso in cui l'istanza provenga da parte non difesa da un avvocato, il giudice sarebbe tenuto a fissare l'udienza³². Quand'anche si accogliesse questa tesi – che non mi sento ad ogni modo di accogliere – ritengo però che, in un'ottica di contenimento dei costi, andrebbe data preferenza alla fissazione dell'udienza da tenersi attraverso tecnologie di comunicazione a distanza, come previsto dall'art. 8 Reg. n. 861/07³³.

7. – Quanto ai mezzi di impugnazione, il Regolamento non detta alcuna disciplina relativa all'impugnazione contro la decisione resa all'esito del procedimento, prevedendo solamente la possibilità di chiedere il riesame della stessa nei casi indicati all'art. 18, di cui si dirà oltre. L'impugnabilità della decisione e la disciplina del procedimento sono dunque regolati dal diritto processuale nazionale, in ragione del richiamo ad esso operato dall'art. 19 Reg. per quanto da quest'ultimo non previsto.

La decisione pronunciata dal giudice di pace sarà soggetta ad appello in tribunale ai sensi dell'art. 339, comma 1, c.p.c.³⁴. Tuttavia, quando la sentenza è stata pronunciata secondo equità necessaria dal giudice di pace, le censure proponibili con l'appello saranno quelle indicate dall'art. 339, comma 3, c.p.c., stando al quale la decisione è appellabile "esclusivamente" per violazione delle norme sul procedimento, norme costituzionali, comunitarie, per violazione dei principi informatori della materia e per

³² D. TURRONI, *Oral hearing*, cit., 159.

³³ L'art. 127-bis c.p.c. prevede che «Lo svolgimento dell'udienza, anche pubblica, mediante collegamenti audiovisivi a distanza può essere disposto dal giudice quando non è richiesta la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice. Il provvedimento di cui al primo comma è comunicato alle parti almeno quindici giorni prima dell'udienza. Ciascuna parte costituita, entro cinque giorni dalla comunicazione, può chiedere che l'udienza si svolga in presenza. Il giudice provvede nei cinque giorni successivi con decreto non impugnabile, con il quale può anche disporre che l'udienza si svolga alla presenza delle parti che ne hanno fatto richiesta e con collegamento audiovisivo per le altre parti. In tal caso resta ferma la possibilità per queste ultime di partecipare all'udienza».

³⁴ Conformemente a quanto sostenuto nel testo, la comunicazione del Governo Italiano ai sensi dell'art. 25, comma 1, lett. g) del Regolamento è stata nel senso che «Le decisioni del giudice di pace possono essere impugnate mediante appello al tribunale ordinario. Le decisioni del tribunale ordinario possono essere impugnate mediante appello alla corte di appello». Cfr., in argomento, E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento uniforme per le controversie di modesta entità*, cit., 93 ss.

violazione delle norme sul procedimento. Questa previsione troverà dunque applicazione anche all'appello avverso le sentenze secondo equità rese nell'ambito di un procedimento *ex Reg. n. 861/2007*³⁵.

Il giudizio di secondo grado avverso le sentenze secondo equità necessaria si configura come un mezzo di impugnazione a critica vincolata e si caratterizza per una struttura bifasica, costituita da una prima fase rescindente, nella quale viene valutata la fondatezza dei motivi, una seconda fase rescissoria, volta, previo espletamento dell'istruttoria che si renda eventualmente necessaria, ad una nuova decisione sul merito; si tratta di fasi fra loro logicamente distinguibili seppure cronologicamente fuse³⁶. Ricorre una significativa differenza rispetto all'appello "comune" in relazione al quale una siffatta struttura viene comunemente respinta.

L'appello nei confronti delle sentenze del giudice di pace rese secondo equità è dunque un procedimento di una certa complessità, che implica che l'appellante riesca a individuare censure riconducibili nell'alveo di quelle astrattamente proponibili³⁷ e che proponga le proprie difese tenendo conto anche degli sviluppi della possibile fase rescissoria cui potrebbe procedere il giudice d'appello, il tutto nel rispetto comunque dei requisiti di forma imposti in generale, a pena di inammissibilità, agli atti d'appello dall'art. 342 c.p.c.³⁸.

La predisposizione dell'atto di appello, ancor più ove indirizzato alla riforma di una sentenza d'equità, richiede conoscenza del diritto sostanziale e processuale. Il che induce a chiedersi se nel giudizio di impugnazione trovi applicazione l'art. 10 Reg. n. 861/2007, che esclude l'obbligo di rappresentanza da parte di un avvocato. Secondo un'opinione, l'art. 359 c.p.c., nello stabilire l'applicabilità all'appello delle norme dettate per il procedimento avanti al tribunale in primo grado, andrebbe letto come rinvio alle norme che hanno disciplinato il procedimento di primo grado: potrebbe

³⁵ A. FRASSINETTI, *Le regole procedurali*, cit., 984; M. GIACALONE, S. SAJEDEH SALEHI, *The European Small Claims Procedure*, cit., 189; P.C. RUGGIERI, *La European Small Claims Procedure*, cit., 283.

³⁶ Cfr., *si vis*, M. ZULBERTI, *L'impugnazione*, cit., 54 s.

³⁷ Sia sufficiente, ad esempio, richiamare il dibattito relativo alla nozione di principi regolatori della materia, la cui violazione può essere fatta valere con l'appello, ma dei quali il legislatore non offre alcuna definizione. In arg., se si vuole, cfr. M. ZULBERTI, *L'impugnazione*, cit., 70 ss.

³⁸ «(...) L'appello deve essere motivato, e per ciascuno dei motivi deve indicare a pena di inammissibilità, in modo chiaro, sintetico e specifico: 1) il capo della decisione di primo grado che viene impugnato; 2) le censure proposte alla ricostruzione dei fatti compiuta dal giudice di primo grado; 3) le violazioni di legge denunciate e la loro rilevanza ai fini della decisione impugnata».

dunque argomentarsi l'estensione all'appello della regola sancita dall'art. 10 poc'anzi richiamato della facoltatività della difesa tecnica³⁹.

Mi sembra tuttavia preferibile la soluzione opposta, che obbliga le parti nel giudizio di appello a essere rappresentate da un avvocato. L'esclusione dell'obbligo della difesa tecnica riposa sull'idea che si tratterebbe di una previsione volta a favorire l'accesso alla giustizia. Sono però dell'idea che la difesa tecnica sia invero garanzia a presidio del diritto di difesa e non l'opposto: per queste ragioni, mi sembra prevalga la previsione di cui all'art. 82, comma 3, c.p.c. relativa all'obbligo di rappresentanza tecnica nei giudizi avanti al tribunale, nell'ambito di un procedimento d'appello, caratterizzato da tecnicismi il cui mancato rispetto è sanzionato con l'inammissibilità dell'impugnazione.

8. – Anche nel caso di appello di sentenze rese su controversie di modesta entità, trova applicazione l'art. 354 c.p.c., sicchè sarà possibile una rimessione della causa in primo grado. In forza della norma richiamata nella versione introdotta dal d.lgs. n. 149/22 ciò si verificherà quando il giudice del gravame «dichiara la nullità della notificazione dell'atto introduttivo, riconosce che nel giudizio di primo grado doveva essere integrato il contraddittorio o non doveva essere estromessa una parte, oppure dichiara la nullità della sentenza di primo grado a norma dell'art. 161, secondo comma», vale a dire la sentenza mancante della sottoscrizione del giudice⁴⁰.

³⁹ E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento uniforme*, cit., 95.

⁴⁰ Nel caso di rimessione in primo grado, si pone il problema delle modalità di riassunzione, cui le parti devono procedere entro tre mesi dalla notificazione della sentenza ex art. 354 c.p.c. Il richiamo operato dall'art. 19 Reg. n. 861/07 al diritto processuale nazionale dovrebbe far pensare che trovi applicazione l'art. 125 disp. att. c.p.c., il quale dispone che – quando la legge non preveda diversamente – alla riassunzione si proceda con comparsa da notificare alla controparte, che deve contenere «1) l'indicazione del giudice davanti al quale si deve comparire; 2) il nome delle parti e dei loro difensori con procura; 3) il richiamo dell'atto introduttivo del giudizio; 4) l'indicazione dell'udienza in cui le parti debbono comparire, osservati i termini stabiliti dall'articolo art. 163-bis del codice; 5) l'invito a costituirsi nei termini stabiliti dall'articolo 166 del codice; 6) l'indicazione del provvedimento del giudice in base al quale è fatta la riassunzione, e, nel caso dell'art. 307 primo comma del codice, l'indicazione della data della notificazione della citazione non seguita dalla costituzione delle parti, ovvero del provvedimento che ha ordinato la cancellazione della causa dal ruolo».

L'art. 125 disp. att. c.p.c. stabilisce che la comparsa contenga l'invito a comparire ad un'udienza. Questa previsione appare incompatibile con il procedimento di cui al Reg. n. 861/07 caratterizzato dall'assenza di udienze, le quali vengono fissate dal giudice, ove ne ravvisi la necessità. Va pertanto escluso che l'atto di riassunzione contenga l'invito a comparire ad un'udienza fissata dalla parte che procede alla riassunzione. Si potrebbe ipotizzare che la comparsa non debba

Se non ricorrerà alcuno dei casi indicati dall'art. 354 c.p.c., il giudice di secondo grado deciderà il merito con pronuncia sostitutiva di quella gravata. In questa ipotesi verrà in rilievo il quesito relativo all'applicabilità del giudizio d'equità necessario nel contesto di un procedimento di secondo grado; quesito che poggia sulla premessa che l'art. 113, comma 2, c.p.c. riguarderebbe solo il procedimento avanti al giudice di pace. Vero è però che in senso contrario si è affermato che la decisione del tribunale adito in seconde cure avverso una sentenza secondo equità necessaria, dovrebbe essere parimenti informata al medesimo criterio di decisione⁴¹. E questo principio dovrebbe valere anche se il primo grado è stato regolato dal Reg. n. 861/07.

9. – L'art. 18 Reg. n. 861/07 prevede che il convenuto possa chiedere il riesame della sentenza quando a) non gli è stato notificato il modulo di domanda o, nel caso si sia tenuta un'udienza, non è stato citato a comparire a tale udienza in tempo utile e in modo tale da consentirgli di provvedere alla propria difesa; oppure b) non ha avuto la possibilità di contestare la domanda a causa di forza maggiore o di circostanze eccezionali a lui non

prevedere l'indicazione dell'udienza richiesta dal n. 4) dell'art. 125 disp. att. c.p.c. e sia sufficiente il deposito entro il termine, tenuto conto che il modello procedimentale applicabile in generale avanti al giudice di pace è quello del rito semplificato di cognizione, il cui atto introduttivo è il ricorso e non la citazione ad udienza fissa.

Si viene in ogni caso a porre il problema di quale sia il termine per la costituzione della controparte. Si potrebbe ritenere che un tale termine sia quello di trenta giorni che ha il convenuto per replicare alla domanda introduttiva di cui all'art. 5, par. 3, Reg. n. 861/07, applicato in via analogica. E l'avviso di detto termine si potrebbe pensare venga dato alla controparte, *mutatis mutandis*, ai sensi del n. 5) dell'art. 125 disp. att. c.p.c.

Rimangono tuttavia aperti vari interrogativi che in questa sede ci si può solo limitare a segnalare. In primo luogo, quando la parte è rimasta totalmente esclusa dal giudizio di primo grado, vuoi per nullità della notificazione della citazione o di pretermissione di un litisconsorte necessario, si pone il problema se la domanda giudiziale debba essere portata a conoscenza con la notificazione del modulo A o se possa essere sufficiente la trascrizione dello stesso nella comparsa ai sensi dell'art. 125 disp. att. c.p.c.. In secondo luogo, in queste ipotesi il convenuto deve avere la possibilità di replicare alla domanda dell'attore, ricevendo il modulo C allegato al Regolamento, parzialmente compilato nella sez. I dall'organo giurisdizionale. In terzo luogo, qualora si dovesse ritenere che la comparsa in riassunzione, che contenga la trascrizione della originaria domanda, vada notificata alla parte rimasta esclusa dal procedimento, si finirebbe per modificare le modalità di instaurazione del contraddittorio previste dal Regolamento, che impone che al convenuto sia notificata non solo la domanda, ma anche i documenti e il predetto modulo C.

⁴¹ Così R. MARTINO, *Il giudice di pace*, cit., 141 e *ivi* ulteriori riferimenti.

imputabili; eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, abbia omissso di impugnare la sentenza.

In un primo tempo, v'era stato chi aveva ritenuto che l'istanza dovesse rivolgersi allo stesso giudice che aveva pronunciato la sentenza; oggi invece appare prevalente (e preferibile) l'idea che quella istanza debba proporsi al tribunale, mediante impugnazione con atto d'appello⁴². In questi termini, si è espresso anche il Governo italiano con la comunicazione prevista dall'art. 25, lett. h) del Regolamento⁴³, indicando nel tribunale ordinario l'organo competente per il riesame delle decisioni del giudice di pace, e stabilendo che, «quanto alla procedura si applicano le norme che disciplinano le impugnazioni (art. 323 ss. c.p.c.)».

Il riesame, dunque, nell'ordinamento italiano viene ricondotto agli ordinari mezzi di impugnazione. Ne discende che, quando la sentenza è resa secondo equità, il mezzo di gravame attraverso il quale si chiede il riesame è l'appello di cui all'art. 339, comma 3, c.p.c., comportando di stabilire se i motivi di riesame indicati all'art. 18 Reg. n. 861/07 possano essere ricondotti nell'alveo dei motivi d'appello «esclusivamente» spendibili contro una sentenza secondo equità necessaria⁴⁴.

⁴² In questo senso: C. ASPRELLA, *Il «procedimento europeo per le controversie di modesta entità»*, cit., 5, per la quale il riesame costituirebbe una condizione di procedibilità dell'impugnazione; L. PICCININNI, *Il nuovo regolamento europeo per le controversie di modesta entità*, cit., 1222; M. MELLONE, A. PANCALDI, *Il nuovo regolamento comunitario*, cit., 313. A questa opinione, fatta propria in una prima comunicazione del Governo italiano sul punto, si era replicato che i motivi di riesame sono qualificati dal Regolamento come motivi di nullità della sentenza e dunque l'opzione interpretativa a favore dell'impugnazione si imporrebbe alla luce del principio per il quale i motivi di nullità si convertono in motivi di impugnazione: cfr. F. ROTA, *Il Regolamento (CE) n. 861/2007*, cit., 357; cfr. A. LEANDRO, *Il procedimento europeo*, cit., 88. In questa linea di pensiero, cfr. altresì M. BINA, *Il procedimento europeo per le controversie di modesta entità*. Reg. CE n. 861/2007, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1642.

⁴³ Il Reg. n. 861/07, come modificato dal Reg. n. 2421/15, ha previsto all'art. 25, paragrafo 1, lett. h) che gli Stati membri comunichino alla Commissione entro il 31 dicembre 2017, «le procedure per la domanda di riesame a norma dell'articolo 18 e gli organi giurisdizionali competenti per tale riesame».

⁴⁴ L'interrogativo di cui al testo differisce dal problema che si è posto con riferimento al Reg. n. 805/2004, il cui art. 19 prevede che una decisione possa essere certificata come titolo esecutivo europeo solo se il debitore, conformemente alla legislazione dello Stato membro di origine, è legittimato a chiedere il riesame «nel caso in cui: a) i) la domanda giudiziale o un atto equivalente o, se del caso, le citazioni a comparire in udienza siano stati notificati secondo una delle forme previste all'articolo 14, e ii) la notificazione non sia stata effettuata in tempo utile a consentirgli di presentare le proprie difese, per ragioni a lui non imputabili, o b) il debitore non abbia avuto la possibilità di contestare il credito a causa di situazioni di forza maggiore o di circostanze eccezionali per ragioni a lui non imputabili». Si è al

A me pare che si possa affermare che i motivi a fondamento del riesame possano essere fatti valere attraverso l'appello a critica limitata di cui all'art. 339, comma 3, c.p.c.

Per un verso, l'art. 18, paragrafo 1, lett. a) stabilisce che il riesame sia possibile quando al convenuto non è stato notificato il modulo di domanda o, nel caso si sia tenuta un'udienza, non è stato citato a comparire a tale udienza in tempo utile e in modo tale da provvedere alla propria difesa. In entrambi i casi si verte nell'ambito di *errores in procedendo* attinenti alla *vocatio in ius* e che si concretizzano nella violazione del principio del contraddittorio. Questi vizi potranno dunque essere dedotti, nell'ambito dell'appello ex art. 339, comma 3, c.p.c., sotto il profilo della violazione delle norme sul procedimento.

Per altro verso, il medesimo art. 18, lett. b) permette al convenuto di ottenere il riesame quando non è stato nella possibilità di contestare la domanda a causa di forza maggiore o di circostanze eccezionali a lui non imputabili. Questo motivo, a ben vedere, appare difficilmente qualificabile come *error in procedendo*, né sembra vengano in rilievo gli altri motivi di appello indicati all'art. 339, comma 3, c.p.c., che riguardano violazione di norme sostanziali. L'art. 18, ultimo comma, Reg. n. 861/07 stabilisce però che, ricorrendo uno qualsiasi dei motivi di cui al primo comma, la sentenza è nulla, sicché la nullità della sentenza, nel contesto in esame, va predicata anche in assenza di un vero e proprio *error in procedendo*.

Il tema diviene dunque se la nullità della sentenza possa essere dedotta con l'appello a critica limitata previsto dall'art. 339, comma 3, c.p.c. Con il d. lgs. 40/06, che ha novellato tale comma, il legislatore ha trasposto nell'art. 339, comma 3, c.p.c. quei motivi che, nel previgente regime di impugnazione

proposito dubitato che l'appello a critica limitata di cui all'art. 339, comma 3, c.p.c. costituisca un rimedio pieno, in fatto e diritto, secondo quanto richiesto dalla Corte di Giustizia (v. sentenza 17 dicembre 2015, in C-300) affinché una sentenza possa essere certificata come titolo esecutivo europeo: A. LEANDRO, *Note a margine del Regolamento sul TEE*, in F.C. VILLATA (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia di recupero transnazionale dei crediti*, Milano, 2021, 95, nonché, seppure in termini dubitativi, F.C. VILLATA, *Il Regolamento sul titolo esecutivo europeo. Caratteri generali, ambito di applicazione e provvedimenti certificabili*, in F.C. VILLATA (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia di recupero transnazionale dei crediti*, cit., 34. Merita peraltro osservare come difficilmente i dubbi sollevati con riferimento all'idoneità dell'appello di cui all'art. 339, comma 3, c.p.c. a soddisfare i requisiti del riesame di cui al Reg. n. 805/2004 siano estensibili al Reg. n. 861/07, in ragione della diversità di disciplina prevista in relazione al riesame nei due Regolamenti, essendo differenti i presupposti che giustificano il riesame della sentenza, ricorrendo i quali solo il Reg. n. 861/07 sancisce espressamente la nullità della sentenza.

delle sentenze secondo equità necessaria, erano riconosciuti spendibili avverso tali decisioni attraverso il ricorso per cassazione, cui le sentenze equitative erano soggette. Ed era principio consolidato quello secondo cui la sentenza d'equità potesse impugnarsi per «violazione delle norme sul procedimento e nullità della sentenza» ai sensi dell'art. 360, n. 4 c.p.c. Analoga portata precettiva dovrà pertanto riconoscersi all'attuale motivo d'appello per «violazione delle norme sul procedimento».

Sarà dunque possibile far valere sotto tale motivo anche la nullità della sentenza *ex art. 18*, ultimo comma, Reg. n. 861/07.

10. – L'opzione interpretativa volta a ricondurre il riesame nell'ambito del sistema delle impugnazioni implica di interrogarsi quale ne sia l'esito. È questo un profilo che va risolto alla luce della disciplina processuale nazionale, riguardando lo svolgimento del giudizio di impugnazione⁴⁵. Se le ragioni di riesame vanno dedotte con l'appello, ci si deve chiedere se il giudice di secondo grado, riscontrata la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 18 Reg. n. 861/07 per il riesame e, dunque, la nullità della sentenza sancita dall'ultimo comma di detto articolo, debba decidere il merito o, dichiarata la nullità, rimettere il procedimento al giudice di primo grado o, ancora, limitarsi ad una pronuncia meramente rescindente.

Il principio generale per il quale il giudice di appello decide sul merito, con effetto sostitutivo, è derogato nei casi indicati all'art. 354 c.p.c. in cui il giudizio ha esito rescindente con rinvio al giudice di primo grado. V'è dunque da domandarsi se i motivi di riesame (che, come si è visto, comportano la nullità della sentenza a mente dell'ultimo comma dell'art. 18 Reg.) siano o meno ascrivibili alle ipotesi in cui il giudice di secondo grado deve limitarsi a pronunciare la nullità della sentenza, rimettendo la causa in primo grado oppure a rendere una pronuncia meramente rescindente.

In primo luogo, ci si può chiedere se, quando al convenuto non è stato notificato il modulo di domanda (art. 18, lett. a), prima ipotesi, Reg. n. 861/07), si verta nell'ipotesi di rimessione in primo grado prevista in caso di nullità della notificazione dell'atto introduttivo.

Anzitutto, credo che siano riconducibili all'ipotesi in cui l'atto introduttivo «non è stato notificato» tanto il caso di mancata notifica, quanto quello di notifica nulla. Nel primo, la soluzione può essere trovata alla luce di quel consolidato orientamento che distingue tra notificazione nulla e

⁴⁵ Il giudizio di impugnazione – salva la previsione dell'art. 16 Reg. n. 861/07 in punto di spese di lite applicabile alle impugnazioni – è disciplinato dal diritto processuale nazionale: sul punto, v. E. D'Alessandro, *Il procedimento uniforme*, cit., 94 s.

notificazione omessa o inesistente, affermando che in tale secondo scenario il giudice d'appello deve solo pronunciare la nullità della sentenza impugnata⁴⁶, dovendo il giudizio essere reintrodotta in primo grado. Nel secondo caso, vale a dire di nullità della notifica dell'atto introduttivo, si impone invece la rimessione della causa in primo grado ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c.⁴⁷.

In secondo luogo, qualora il convenuto non è stato citato in tempo utile e in modo tale da consentirgli di provvedere alla propria difesa (art. 18, lett. a), seconda ipotesi), si verte, a mio avviso, nell'ambito della nullità dell'atto introduttivo relativa alla *vocatio in ius*. Il quesito interpretativo attinente alle conseguenze, in appello, del rilievo di una nullità dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado per vizi della *vocatio in ius* è peraltro oggetto di contrasti interpretativi che hanno giustificato l'intervento delle Sezioni Unite⁴⁸.

⁴⁶ Cfr., *ex multis*, Cass. 28 aprile 2021, n. 11219; Cass. 20 ottobre 2016, n. 21219; Cass. 12 aprile 2006, n. 8608.

⁴⁷ M.L. GUARNIERI, *Processo civile italiano e titoli esecutivi europei*, cit., 124.

⁴⁸ In estrema sintesi, v'è chi sostiene che il giudice d'appello debba chiudere in rito il processo, chi ritiene applicabile in via analogica l'art. 354 c.p.c., nella parte in cui prevede l'esito meramente rescindente dell'appello nel caso di nullità della notificazione della citazione introduttiva del primo grado e, ancora, chi afferma che il giudice debba decidere il merito, previa rinnovazione delle attività difensive precluse al contumace in primo grado. In quest'ultima prospettiva, bisognerebbe distinguere fra l'attività processuale già espletata, che sarebbe stata nulla per dipendenza ai sensi dell'art. 159 c.p.c. e dunque da rinnovare *ex art.* 162, comma 1, c.p.c. e le attività rimesse all'iniziativa del convenuto e precluse in appello, le quali, in applicazione dell'art. 294 c.p.c. sarebbero possibili solo se l'appellante dia prova che la nullità dell'atto introduttivo gli abbia precluso di avere utile e tempestiva conoscenza del processo (Cass. 7 maggio 2013, n. 10580). Questa tesi è stata sottoposta a vaglio critico da Cass. 25 giugno 2021, n. 18297, la quale ha chiesto l'intervento compositore delle Sezioni Unite osservando che «l'idea di affidare all'art. 294 c.p.c. (oltre alla disciplina dell'ipotesi riguardante la richiesta di rimessione in termini da parte del contumace che si costituisce nel giudizio di primo grado invocando il compimento di attività che gli sarebbero precluse, anche) la regolamentazione delle conseguenze in appello dell'erronea dichiarazione di contumacia avvenuta in primo grado nonostante la nullità dell'atto di citazione per mancato rispetto dei termini a comparire, non sembri, sul piano sistematico, del tutto convincente, muovendo, detta prospettiva, dall'imprescindibile presupposto (non necessariamente desumibile dal sistema) della sussistenza di un onere processuale del convenuto di costituirsi in ogni caso in giudizio là dove abbia ricevuto un atto nullo che non gli abbia impedito di avere nozione del processo (eventualmente al solo fine di denunciare la rilevata nullità)». Per una dettagliata ricostruzione del dibattito, cfr. C. DELLE DONNE, *Appello per nullità dell'atto introduttivo del primo grado e attività soggette a preclusione: gli opposti fronti delle Sezioni Unite e della recente riforma del processo civile*, in *www.judicium.it*.

Sul punto l'intervento delle Sezioni Unite ha sancito il principio⁴⁹ per il quale qualora il processo sia proseguito in assenza di costituzione in giudizio del convenuto, alla deduzione della nullità come motivo di gravame consegue che il giudice di appello, non ricorrendo un'ipotesi di rimessione della causa al primo giudice, deve ordinare, in quanto possibile, la rinnovazione degli atti compiuti nel grado precedente, mentre l'appellante, già dichiarato contumace, può chiedere di essere rimesso in termini per il compimento delle attività precluse se dimostra che la nullità della citazione gli ha impedito di avere conoscenza del processo⁵⁰.

Come si è osservato, questa soluzione, tuttavia, non potrebbe più essere predicata⁵¹, alla luce della modifica apportata dal d.lgs. n. 149/22 all'ultimo comma dell'art. 354 c.p.c., il quale stabilisce «Se il giudice d'appello riconosce sussistente la giurisdizione negata dal primo giudice o dichiara la nullità di altri atti compiuti in primo grado, ammette le parti a compiere le attività che sarebbero precluse e ordina, in quanto possibile, la rinnovazione degli atti a norma dell'articolo 356». Ciò significherebbe che la dichiarazione in appello della nullità dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado comporterebbe, oltre alla rinnovazione degli atti cui la nullità si estende, l'automatica restituzione del convenuto nell'esercizio dei poteri processuali che non ha esercitato in primo grado, a prescindere dalla dimostrazione che la nullità gli ha in concreto precluso di conoscere della pendenza del processo⁵².

⁴⁹ Non andato esente da critiche: cfr. C. DELLE DONNE, *Appello per nullità dell'atto introduttivo*, cit., § 3 ss., per la quale la disciplina delle nullità dell'atto introduttivo è posta a garanzia del contraddittorio, che «ha natura bidirezionale ponendo domanda e difesa in una dimensione di corrispondenza/interdipendenza strutturale perché funzionale a preservare la parità delle armi in una prospettiva della decisione finale»; B. BRUNELLI, *Le Sezioni Unite tornano sui poteri e doveri del giudice in caso di costituzione del contumace in appello*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, n. 877 ss.

⁵⁰ Cass., sez. un., 26 gennaio 2022, n. 2258.

⁵¹ L. SALVANESCHI, *L'appello riformato*, in *www.judicium.it*, § 10; S. BOCCAGNA, *Le nuove norme sulle impugnazioni in generale e sul giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 664 s.

⁵² Questa interpretazione non è però pacifica. L'idea che sarebbe possibile una rimessione automatica in termini sarebbe da respingere, in quanto in senso opposto deporrebbe sia un'esigenza di coerenza sistematica, «derivante dal regime della contumacia cd. involontaria di cui all'art. 294, comma 1, c.p.c., ma pure la circostanza che la riforma dell'erronea pronuncia declinatoria della giurisdizione (l'altra fattispecie menzionata dalla disposizione in esame) non potrebbe in alcun modo giustificare, ovviamente, il superamento delle preclusioni maturate nel giudizio di primo grado. Il 3° co. dell'art. 354 c.p.c. va pertanto inteso nel senso che l'ammissione delle parti al compimento delle 'attività che sarebbero precluse' presuppone che sussistano comunque i presupposti per la loro rimessione in termini»: cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., II, Napoli, 2023, 439 s. In questa direzione

Infine, nell'ipotesi di impossibilità di contestazione della domanda per fatti non imputabili (art. 18, lett. b) Reg. n. 861/07), non vertendosi in alcuna delle ipotesi di rimessione in primo grado di cui all'art. 354 c.p.c., il giudice d'appello, a valle del rilievo della nullità, renderà una nuova decisione nel merito.

Sulla scorta di queste premesse, viene da interrogarsi se nei vari esiti possibili del procedimento d'appello avanti al tribunale (rimessione in primo grado, pronuncia della nullità e chiusura in rito del processo, decisione nel merito da parte del giudice d'appello), il parametro decisorio equitativo sia salvaguardato. Senz'altro ciò avviene nel caso di esito rescindente, con o senza rimessione in primo grado, posto che vuoi in quanto il giudizio sia riassunto in primo grado, vuoi in quanto la domanda viene riproposta, troverà applicazione davanti al giudice di pace l'art. 113, comma 2, c.p.c.

Nel caso in cui, per contro, il tribunale, quale giudice d'appello, sia chiamato a decidere nel merito, viene in rilievo il problema già sopra enunciato, se trovo o meno applicazione analogica l'art. 113, comma 2, c.p.c.⁵³.

Abstract

SMALL CLAIMS PROCEDURE PURSUANT TO REGULATION (EC) NO. 861/2007 AND EX AEQUO ET BONO JUDGMENT BEFORE THE JUSTICE OF THE PEACE

Il saggio affronta l'interrogativo se il giudizio di equità necessaria previsto dall'art. 113, comma 2, c.p.c. trovi applicazione anche qualora il procedimento sia disciplinato dal Reg. (CE) n. 861/2007 e, per l'ipotesi di risposta affermativa, quali siano le conseguenze sia sullo svolgimento del processo in primo grado, sia nei suoi sviluppi impugnatori.

The essay addresses the question of whether the judgment of necessary equity provided for in Art. 113, paragraph 2, of the Code of Civil Procedure also applies if the proceedings are governed by Regulation (EC) No. 861/2007 and, in the affirmative, which are the consequences on the proceedings at first instance and on appeal.

anche A. RONCO, *Il giudizio di appello (e le disposizioni sulle impugnazioni in generale)*, in *Giur. it.*, 2023, 725 s.

⁵³ Cfr. *supra*, § 8, nota 32.

RIFLESSIONI SULLA *POTESTAS CAUTELARE* DEGLI ARBITRI

LAURA DURELLO

Ricercatore

nell'Università di Ferrara

SOMMARIO: 1. La competenza degli arbitri e quella concorrente sussidiaria del giudice ordinario nella fase di autorizzazione. – 2. La competenza per la fase di modifica/revoca e di inefficacia. – 3. La competenza esclusiva del giudice ordinario per la fase di reclamo cautelare. – 4. *Segue*. E per la fase di attuazione.

1. – Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149¹, che ha, tra gli altri, modificato l'art. 818 c.p.c. e introdotto gli artt. 818 *bis* e *ter* c.p.c., nel dare attuazione ai principi contenuti all'art. 1, comma 15°, lett. c) dalla legge delega n. 206/2021, ha introdotto una disciplina della tutela cautelare arbitrale con riguardo al profilo del conferimento del relativo potere, del reclamo avverso il provvedimento che nega o autorizza la misura e, infine, delle modalità di attuazione².

¹ Decreto legislativo del 10 ottobre 2022, n. 149 «Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata», in G.U. n. 243 del 17 ottobre 2022.

² Sulla recente riforma in materia arbitrale V. C. PUNZI, *Le prospettive di riforma dell'arbitrato offerte dalla legge delega «per l'efficienza del processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 611 ss.; A. CARLEVARIS, M. BENEDETTELLI, A. BRIGUGLIO, A. CAROSI-E. MARINUCCI, A. PANZAROLA, L. SALVANESCHI, B. SASSANI, *Commento ai principi in materia di arbitrato della legge delega n. 206 del 21 novembre 2021, art. 1 c. 15*, in *Riv. arb.*, 2022, p. 3 ss.; L. SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 614 ss.; ID., *Arbitrato e tutela cautelare della prova (passato-presente-futuro)*, in *Riv. arb.*, 2022, p. 323 ss.; ID., *Le nuove norme in materia di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 738 ss.; V. AMENDOLAGINE, *Gli arbitri e le misure cautelari: oggi e domani*, in *Riv. arb.*, 2021, p. 721 ss.; E. DALMOTTO, *L'impatto della prossima riforma dell'arbitrato comune e societario sulla sospensione delle delibere assembleari*, in *Le società*, 2022, p. 639 ss.; M.C. GIORGETTI, *Commento alle novità in materia di arbitrato introdotte dal decreto legislativo n. 10 ottobre 2022, n. 149*, in *Judicium*, 2022; A. CARLEVARIS, *La legge-delega per la riforma dell'arbitrato: verso il riconoscimento dei poteri cautelari degli arbitri?* in *Riv. dir. internazionale*, 1/2022, p. 158 ss.; G. TOTA, *I poteri cautelari degli arbitri nella legge di delega n. 206/2021*, in *Judicium*, 2/2022, p. 169 ss.; M.A. ZUMPANO, *ADR e riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia*, 2021, p. 135 ss.; M. FARINA, *Arbitrato*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, (a cura di) Tiscini, Pisa, 2023, p. 1196 ss.; A. BRIGUGLIO, *Il*

La novella contiene un evidente e decisivo – nonché tanto augurato – cambio di prospettiva rispetto al passato: le parti con la convenzione di arbitrato o con atto separato anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale possano ora attribuire agli arbitri, oltre al potere di decidere la controversia, anche quello di emanare le misure all'uopo necessarie per apprestare una tutela cautelare ai diritti dedotti in giudizio.

Invero, una timida apertura del nostro ordinamento al riconoscimento del potere cautelare in capo agli arbitri era già intervenuta in forza del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 che nel modificare l'art. 818 c.p.c. aveva previsto che il divieto in esso contenuto per gli arbitri di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari, non dovesse più considerarsi assoluto inserendo nel testo del citato articolo la clausola «salva diversa disposizione di legge».

Ciò si coordinava con la previsione di cui all'art. 35, comma 5°, d.lgs. 5/2003 – oggi trasfuso nell'art. 838 *ter* comma 4° c.p.c. – che, in tema di arbitrato societario, attribuisce agli arbitri il potere di sospendere l'efficacia delle delibere assembleari³.

Tale innovazione rispetto al regime previgente era però attenuata dal carattere meramente inibitorio del potere cautelare conferito agli arbitri non implicante una fase di attuazione della misura.

Non solo, ogni qual volta pur essendo stata proposta domanda di arbitrato e il collegio arbitrale non fosse ancora costituito, la giurisprudenza riconosceva all'autorità giudiziaria ordinaria la competenza ad emanare la misura cautelare di inibitoria della delibera, in forza del richiamo dello stesso art. 2378 c.c. ovvero reputando esperibile la tutela d'urgenza *ex* art. 700 c.p.c.⁴. Si era così delineato, nell'ambito dell'arbitrato societario, un

potere cautelare degli arbitri, introdotto dalla riforma del rito civile, e la inevitabile interferenza del giudice ("evviva il cautelare arbitrale!", ma le cose non sono poi così semplici), in Judicium, 2023; F.P. LUISO, Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile, Milano, 2023, p. 333 ss.; F. CORSINI, La riforma dell'arbitrato nell'ambito del d.lgs. n.149 del 2022, in Riv. trim. dir. proc. civ., p. 113 ss.; F. PORCARI, La riforma dell'arbitrato, in La riforma del processo civile, (a cura di) Dalfino, 2023, c. 545 ss.; B. DE SANTIS, Il potere cautelare degli arbitri. Note di primo commento ad una riforma attesa, in Judicium, 2023; A. CAROSI, Finalmente la potestà cautelare agli arbitri: vecchie e nuove questioni, con una postilla sull'arbitrato irrituale, in Judicium, 2023; L. CONTE, La nuova tutela cautelare in arbitrato: brevi riflessioni sulle principali novità della Riforma, in Giust. civ., 2023, p. 497 ss.

³ Sull'argomento v. A. VILLA, *Arbitrato e tutela cautelare*, cit., p. 524 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., p. 634 ss.

⁴ V. solo per citarne alcune Trib. Roma, 26 aprile 2018, n. 2378, in *Foro it.*, 2018, I, 3321; Trib. Milano, 12 marzo 2018, in *Giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano 17 marzo 2009, in *Riv. arb.*, 2009, p. 311 ss., con nota di A. VILLA, *Una poltrona per due: la sospensione delle delibere assembleari fra giudice privato e giudice statale*. V. anche E.

sistema di competenza concorrente sussidiaria⁵ in cui l'intervento del giudice statale era configurabile qualora, nel lasso di tempo tra la notificazione della domanda di arbitrato alla controparte e la costituzione del tribunale arbitrale, ragioni di urgenza avessero richiesto l'emanazione di misure cautelari.

Il recente intervento riformatore si pone proprio sulla strada già tracciata dalla disciplina dell'arbitrato societario pur presentando delle peculiarità.

In particolare, l'art. 818 c.p.c. così novellato dispone che la *potestas* cautelare conferita agli arbitri è esclusiva e sorge per effetto dell'accettazione dell'incarico.

Al contempo, prevede che prima della costituzione del collegio arbitrale, pur se in presenza di una clausola attributiva della competenza cautelare, spetta all'autorità giudiziaria pronunciarsi sull'istanza avanzata dalla parte.

In primis si deve osservare che la scelta della riforma è stata quella di configurare un potere cautelare arbitrale solo in presenza di una volontà espressa in tal senso delle parti contenuta nella convenzione di arbitrato o in atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio ovvero attraverso il richiamo a regolamenti arbitrali. Il potere degli arbitri di pronunciare provvedimenti cautelari non è, dunque, stato configurato come una prerogativa connaturale alla funzione dichiarativa dagli stessi svolta ma come un ulteriore «facoltà» che viene espressamente conferita dalle parti.

Questa scelta si colloca, quindi, in una posizione opposta a quella adottata nell'arbitrato societario dove – lo ricordiamo – l'art. 838 *ter*, comma 4°, c.p.c. (già art. 35, comma 5°, d.lgs. 5/2003) prevede il conferimento *ex lege* al tribunale arbitrale, investito del merito, del potere di concedere la sospensione della delibera assembleare.

Singolare appare, quindi, la circostanza che all'interno del nostro codice di rito convivono ipotesi in cui il potere cautelare arbitrale è concepito come

ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato societario nell'applicazione della giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 935 ss.; EAD., *Clausola compromissoria statutaria e fallimento del socio*, in *Soc.*, 2016, p. 84 ss.; F.P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 705 ss.; G. RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1524 ss. *Contra* nel senso della competenza esclusiva degli arbitri Trib. Napoli 10 novembre 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 1960 ss.; Trib. Napoli 8 marzo 2010, in *Soc.*, 2010, 1050 ss.; G. ARIETA, F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova 2004, p. 663; L. IANNICELLI, *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Salerno 2008, p. 396.

⁵ Sulla configurabilità di una competenza sussidiaria in capo all'autorità giudiziaria anche in altri ordinamenti v. A. CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006, 36 ss.

una prerogativa della funzione dichiarativa svolta dagli arbitri e altre in cui il medesimo potere necessita di una manifestazione espressa di volontà delle parti.

Va da sé, che la *potestas* cautelare arbitrale, troverà un maggior spazio applicativo nell'ambito degli arbitrati amministrati⁶ piuttosto che in quelli *ad hoc*, in forza della possibilità riconosciuta dall'art. 818 c.p.c. di conferire questo potere anche attraverso il richiamo a regolamenti arbitrali, che, solitamente, al loro interno disciplinano forme di tutela cautelare di promanazione arbitrale⁷. Non si può nascondere, infatti, che la portata applicativa delle disposizioni di nuovo conio implica un'attenzione e una sensibilità che spesso non appartengono agli operatori pratici al momento della redazione della convenzione di arbitrato o comunque di un patto successivo alla stessa⁸. Forse, sarebbe stato opportuno, alla stregua di quanto si verifica anche in altri ordinamenti⁹, attribuire *ex lege* il potere cautelare agli arbitri riservando alle parti il potere di escluderlo.

Al contempo, in un'ottica di valorizzazione del disposto normativo, si può ipotizzare che le parti di comune accordo, in pendenza del giudizio arbitrale, possano conferire il potere cautelare agli arbitri previa loro accettazione¹⁰. Tale effetto potrà essere raggiunto in virtù di una sorta di

⁶ Cfr. L. SALVANESCHI, *ivi*.

⁷ V. ad esempio all'art. 26.1 del Regolamento della Camera arbitrale di Milano che prevede espressamente che il collegio arbitrale, salvo diverso accordo delle parti, possa «adottare tutti i provvedimenti cautelari, urgenti e provvisori, anche di contenuto anticipatorio, che non siano vietati da norme inderogabili applicabili al procedimento»; o all'art. 28 § 1 del Regolamento di arbitrato ICC che consente al tribunale arbitrale di «adottare ogni misura provvisoria o cautelare che ritenga opportuna».

⁸ L. SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile*, cit., p. 626 rileva che «Si tratta di una previsione che rende più timido il nuovo approccio normativo nel passaggio da un sistema chiuso a uno di totale apertura e che nell'uso concreto potrebbe limitare la portata generale della previsione». In senso conforme F. CORSINI, *op.cit.*, p. 124.

⁹ Si pensi, ad esempio, all'art. 183, comma 1°, della legge svizzera di diritto internazionale privato prevede che «Salvo diverso accordo, il tribunale arbitrale può ordinare misure provvisorie o misure conservative su richiesta di una parte». E ancora in Inghilterra alla sez. 39 dell'*Arbitration Act 1996* «The parties are free to agree that the tribunal shall have power to order on a provisional basis any relief which it would have power to grant in a final award. This includes, for instance, making—(a) a provisional order for the payment of money or the disposition of property as between the parties, or (b) an order to make an interim payment on account of the costs of the arbitration».

¹⁰ Così M. FARINA, *op.cit.*, p. 1196. In senso conforme L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 753 ss.

«accordo» successivo tra le parti¹¹ in virtù del disposto dell'art. 819 *ter* c.p.c. ovvero a seguito della mancata proposizione dell'eccezione di incompetenza cautelare nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri.

Ciò posto, qualora si rendesse necessario concedere dei provvedimenti cautelari, volti a salvaguardare il successivo lodo di merito, prima dell'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri è riconosciuta la competenza del giudice ordinario¹², al fine di colmare quei vuoti di tutela che si possono verificare ogni qualvolta vi sia l'urgenza di provvedere e il collegio arbitrale non sia ancora costituito.

Sulla scorta dei principi più sopra richiamati elaborati dalla giurisprudenza nell'ambito dell'arbitrato societario¹³, il ricorso al giudice dovrà essere riconosciuto anche qualora, dopo l'accettazione, venga a mancare uno degli arbitri e, quindi, nelle more della sostituzione dell'arbitro ovvero della ricostituzione del collegio, la *potestas* cautelare non possa essere esercitata; o, ancora, nell'ipotesi di sospensione del procedimento arbitrale ad opera degli arbitri a seguito della proposizione dell'istanza di ricsuzione *ex* art. 815, ult. comma, c.p.c. Si pensi anche al caso in cui il collegio arbitrale già costituito, ai sensi dell'art. 816 *septies* c.p.c. subordini la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili determinando la misura dell'anticipazione a carico di ciascuna parte. Ecco che, sino all'esito del pagamento, gli arbitri potrebbero rifiutarsi di provvedere sulla domanda cautelare¹⁴. E dunque la parte per ottenere la tutela cautelare richiesta sarà

¹¹ In tal senso L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 754, rileva che «le parti stesse, l'una formulando la domanda cautelare davanti al giudice e l'altra omettendo di sollevare apposita eccezione, si accordino per rinunciare nel caso concreto alla competenza cautelare degli arbitri, consentendo così il radicarsi della competenza cautelare del giudice cui sarà precluso il rilievo officioso della propria incompetenza. Questa soluzione, che non sarebbe sostenibile in un sistema in cui il potere decisorio degli arbitri fosse loro attribuito dalla legge, lo diviene pienamente nel sistema accolto dal nuovo art. 818 c.p.c., che rimette alle parti il potere di conferire o di non conferire agli arbitri competenza cautelare e quindi di disporre nel caso concreto del potere già conferito». L'a. rileva, inoltre, in maniera condivisibile, che nel sistema delineato dalla riforma in cui la competenza cautelare è attribuita dalle parti e non dalla legge «a fronte di una competenza cautelare attribuita agli arbitri dalle parti riterrei quindi che le parti stesse, l'una formulando la domanda cautelare davanti al giudice e l'altra omettendo di sollevare la relativa eccezione, si accordino per rinunciare nel caso concreto alla competenza cautelare degli arbitri, consentendo così il radicarsi della competenza cautelare del giudice cui sarà precluso il rilievo officioso della propria incompetenza».

¹² V. nota 5.

¹³ V. nota 4.

¹⁴ In tal senso V. V. AMEDOLAGINE, *op.cit.*, p. 721 ss.

costretta a provvedere al pagamento non essendo ipotizzabile in questa ipotesi il ricorso all'autorità giudiziaria.

Non solo, le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, hanno la possibilità di modulare il potere cautelare che intendono conferire agli arbitri, attribuendo agli stessi una competenza «generale» ovvero limitata alla pronuncia di sole alcune tipologie di misure.

Così facendo, la delimitazione del perimetro operativo del potere cautelare arbitrale per volontà negoziale delle parti, farà riaffiorare la competenza del giudice ordinario per le fattispecie espressamente escluse dalla convenzione di arbitrato.

In questa prospettiva, si deve reputare, altresì, che le parti, possano configurare una competenza sussidiaria del giudice ordinario, anche dopo l'accettazione degli arbitri, in caso di inoperatività del tribunale arbitrale nelle ipotesi in cui, ad esempio, venga a mancare la collegialità perché un arbitro è stato recusato.

Del resto, va osservato che nell'ambito dell'arbitrato amministrato i regolamenti spesso prevedono il c.d. arbitrato d'urgenza. Si pensi, ad esempio, all'art. 44 del Regolamento della Camera arbitrale di Milano che prevede appunto una procedura volta all'emissione dei provvedimenti cautelari – fino alla costituzione del Tribunale Arbitrale – da parte di un arbitro di urgenza appositamente nominato, al quale gli atti vengono trasmessi entro cinque giorni e che provvede entro i successivi venti giorni nel contraddittorio delle parti (o in caso di assoluta urgenza entro i successivi cinque giorni *inaudita altera parte*)¹⁵.

Una simile previsione regolamentare si dovrà coordinare con il nuovo art. 818 c.p.c. che attribuisce, prima dell'accettazione degli arbitri, la competenza a pronunciare le misure cautelari all'autorità giudiziaria.

In linea di principio, prima della costituzione del collegio arbitrale, si potrebbe configurare una competenza concorrente in forza della quale le parti potranno rivolgersi sia all'istituzione arbitrale per la nomina di un arbitro di urgenza, sia all'autorità giudiziaria per l'emanazione della misura cautelare all'uopo necessaria¹⁶.

¹⁵ Sul nuovo Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, v. M. FARINA, *Il nuovo regolamento della Camera Arbitrale di Milano all'alba dell'entrata in vigore delle nuove norme in tema di poteri cautelari degli arbitri*, in *Judicium*, 2023. In senso analogo, gli artt. 2, 8 e 27 del Regolamento dell'AIA, prevedono un comitato di intervento competente ad adottare i provvedimenti d'urgenza altrimenti di competenza del costituendo collegio arbitrale.

¹⁶ In tal senso v. anche M. FARINA, *Il nuovo regolamento della Camera Arbitrale di Milano all'alba dell'entrata in vigore delle nuove norme in tema di poteri cautelari degli arbitri*, cit., § 5.

Come più sopra evidenziato, la competenza degli arbitri è esclusiva dopo l'accettazione dell'incarico, dunque, non si rinvergono ragioni ostative a che le parti, prima di tale momento, possano ricorrere alternativamente al giudice ovvero allo strumento messo a disposizione dal regolamento dell'istituzione arbitrale dalle stesse richiamato nella convenzione di arbitrato.

Se appare ragionevole che le parti, prima della costituzione del collegio arbitrale, possano configurare ipotesi di intervento sussidiario dell'autorità giudiziaria – financo una competenza concorrente in caso di arbitrato amministrato – non resta che verificare se l'autonomia contrattuale potrebbe spingersi sino a prevedere una concorrenza piena tra i due organi anche dopo l'intervenuta accettazione degli arbitri.

Non vi è dubbio, infatti, che dal punto di vista dell'effettività della tutela cautelare la competenza concorrente piena del giudice statale consentirebbe alle parti di «beneficiare della facoltà di scegliere tra i due organi tenendo conto della natura della misura, dell'ordinamento nel quale essa è destinata a trovare attuazione, dell'urgenza e di ogni altra circostanza rilevante»¹⁷.

In altri termini, nonostante la scelta operata a favore degli arbitri in sede di convenzione, la fattispecie concreta e la tipologia di misura richiesta potrebbero indurre la parte a preferire il ricorso all'autorità giurisdizionale anziché agli arbitri.

Nonostante il pregio degli argomenti a sostegno della configurabilità di una competenza concorrente, la nuova disposizione normativa nel momento in cui qualifica «esclusiva» la *potestas* cautelare attribuita agli arbitri inibisce, a nostro avviso, alle parti, nell'ambito della loro autonomia negoziale, di modulare in tali termini la competenza cautelare in corso di arbitrato stante la natura inderogabile della previsione¹⁸.

¹⁷ A. CARLEVARIS, *op. ult. cit.*, p. 42 ss.; ID., *La legge-delega per la riforma dell'arbitrato: verso il riconoscimento dei poteri cautelari degli arbitri?*, cit., p. 157 ss. rileva che «l'inadeguatezza dei poteri arbitrali si manifesta ancora più chiaramente rispetto a provvedimenti la cui efficacia dipenda dal produrre effetti anche in capo a soggetti terzi rispetto all'accordo compromissorio, ovviamente preclusi agli arbitri a causa dei limiti soggettivi della convenzione arbitrale ed invece disponibili all'autorità giudiziaria. Si pensi al provvedimento che inibisca l'escussione di una garanzia bancaria o assicurativa accessoria al rapporto contrattuale contenente l'accordo compromissorio, che potrebbe rilevarsi pienamente efficace solo se diretta anche nei confronti della banca o della compagnia assicurativa garante».

¹⁸ In questo senso v. anche M. FARINA, *Arbitrato*, cit., p. 1199; L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 754. *Contra* nel senso che anche dopo l'accettazione degli arbitri sia possibile configurare una competenza concorrente tra i due organi v. F. CORSINI, *op.cit.*, p. 126.

Da ultimo, si deve osservare che qualora debbano essere richieste misure cautelari che coinvolgano terzi estranei alla convenzione di arbitrato, si dovrà necessariamente fare ricorso all'autorità giudiziaria giusta l'impossibilità per gli arbitri di vincolare terzi estranei¹⁹. Quindi, in tali ipotesi, a prescindere dalla volontà delle parti espressa nella clausola attributiva della *potestas* cautelare agli arbitri, il ricorso all'autorità giudiziaria dovrà reputarsi imprescindibile.

2. – In forza dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c. si deve reputare che anche con riguardo ai provvedimenti cautelari arbitrali possa trovare applicazione, con gli opportuni adattamenti, la disciplina del rito cautelare uniforme e, dunque, nel caso di specie, la disciplina contenuta agli artt. 669 *novies* e *decies* c.p.c.²⁰, dedicati, rispettivamente, a regolare l'inefficacia e la revoca e modifica della misura cautelare.

Con riguardo all'individuazione dell'organo preposto a pronunciare in merito a tali istanze di revoca e modifica, si deve evidenziare che alla luce della nuova formulazione dell'art. 669 *decies* c.p.c., all'adeguamento della misura cautelare attraverso l'esercizio del potere di modifica e/o revoca possa procedere l'arbitro, pendente il relativo giudizio, tanto nell'ipotesi in cui la misura cautelare sia stata concessa *ante causam* dall'autorità giudiziaria, sia nell'ipotesi in cui sia stata concessa dal medesimo arbitro²¹.

Qualora, invece, si tratti di un provvedimento di natura anticipatoria soggetto al regime di strumentalità attenuata, in mancanza dell'instaurazione del giudizio arbitrale di merito, la parte che intenda ottenere la modifica e/o revoca della stessa dovrà rivolgersi al giudice ordinario che ha reso la misura²². In caso di estinzione del giudizio di merito

¹⁹ In questo senso A. BRIGUGLIO, *op.cit.*, § 3.

²⁰ Sul tema della modifica e revoca del provvedimento cautelare v. S. RECCHIONI, *op.cit.*, p. 765 ss.; G. ARIETA, *Le cautele. Il processo cautelare*, in *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2011, p. 1075 ss.

²¹ A. BRIGUGLIO, *op.cit.*, § 9 evidenzia che «Se invece, pur in presenza di un accordo compromissorio che assegna agli arbitri competenza cautelare, il provvedimento è stato del tutto legittimamente emanato dal giudice perché richiesto prima della costituzione del collegio o dell'accettazione dell'arbitro unico, a chi si chiede la revoca o modifica? Si potrebbe opinare nel senso della competenza di chi ha emanato la misura, per evitare che agli arbitri sia riservato il potere di incidere sull'efficacia di un provvedimento del giudice dello Stato. E non escludo che molti ragioneranno così».

²² A. BRIGUGLIO, *op.cit.*, § 9 ipotizzando una ricostituzione del tribunale arbitrale osserva invece che «se il giudizio di merito è deferito ad arbitri, chi pronuncia sulla revoca e modifica del "700" emanato a) dal giudice prima della costituzione del collegio, ovvero b) dagli arbitri dopo, qualora il giudizio arbitrale non inizi o si estingua? Applicando con un minimo di coerenza quanto sopra, e nel modo

pendente, spetterà al giudice che ha pronunciato la misura provvedere sulla modifica/revoca della stessa, mentre qualora sia stata pronunciata dagli arbitri dovrà essere riconvocato il collegio arbitrale affinché provveda a tale incombenza²³.

Passando, poi, all'istituto dell'inefficacia è necessario analizzare le singole previsioni contenute all'art. 669 *novies* c.p.c. in relazione alle peculiarità del provvedimento cautelare emanato dagli arbitri.

In particolare, troverà applicazione la fattispecie di inefficacia della misura cautelare a carattere conservativo per estinzione del procedimento arbitrale di merito²⁴. Ai sensi dell'art. 669 *novies*, comma 2°, c.p.c. competente sull'istanza di inefficacia sarà il tribunale arbitrale che ha pronunciato la misura²⁵. Peraltro, oggi, il disposto normativo in esame, è stato anch'esso oggetto di parziale modifica da parte della riforma, e prevede che sull'inefficacia si provveda, anche in caso di contestazione, con ordinanza²⁶.

Quanto alle fattispecie di inefficacia di cui all'art. 669 *novies*, comma 3°, c.p.c. per mancato versamento della cauzione ovvero per pronuncia di lodo non definitivo che abbia dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stata concessa la misura cautelare, sarà di competenza del tribunale arbitrale che ha emanato il provvedimento dichiararne l'inefficacia con il lodo stesso ovvero con un'ordinanza resa nel corso del giudizio nel contraddittorio tra le parti.

possibilmente più semplice l'art. 669 *decies*, c. 2, dovrebbe ritenersi che pronunci sempre il giudice se il provvedimento cautelare è stato da lui emanato, e pronuncino sempre gli arbitri rispetto a provvedimento da essi emanato. E ciò in modo da limitare la singolare ultrattività dei poteri e dell'impegno degli arbitri al solo caso in cui essi stessi abbiano disposto la cautela».

²³ L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 768; A. BRIGUGLIO, *ivi*.

²⁴ Esula dal nostro campo di indagine la fattispecie di inefficacia della misura cautelare conservativa ottenuta *ante causam* per mancato inizio del giudizio di merito. In questa ipotesi, infatti, la misura cautelare sarà stata concessa dall'autorità giudiziaria stante la mancata costituzione del tribunale arbitrale e, dunque, non si pongono problematiche di sorta, essendo il medesimo organo statuale competente a pronunciarsi sull'intervenuta inefficacia.

²⁵ In tal senso anche L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 769; A. BRIGUGLIO, *op.cit.*, § 10.

²⁶ Nella sua versione originaria l'art. 669 *novies* c.p.c. così disponeva «il giudice che ha emesso il provvedimento, su ricorso della parte interessata, convocate le parti con decreto in calce al ricorso, dichiara, se non c'è contestazione, con ordinanza avente efficacia esecutiva, che il provvedimento è divenuto inefficace e dà le disposizioni necessarie per ripristinare la situazione precedente. In caso di contestazione l'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il provvedimento cautelare decide con sentenza provvisoriamente esecutiva, salva la possibilità di emanare in corso di causa i provvedimenti di cui all'articolo 669-*decies*».

Infine, in ordine alle modalità di esecuzione dei provvedimenti da adottarsi in conseguenza della declaratoria di inefficacia o di revoca della misura cautelare, si deve reputare che poiché le misure ripristinatorie sono disposte dagli arbitri che hanno emanato la cautela divenuta inefficace, non si rinvergono ragioni ostative all'applicazione delle forme di attuazione di cui all'art. 818 *ter* c.p.c. assimilando l'intervento ripristinatorio a quello di attuazione della cautela²⁷.

3. – L'art. 818 *bis* c.p.c. prevede che avverso il provvedimento arbitrale che concede o nega la misura cautelare è esperibile il reclamo *ex* art. 669 *terdecies* c.p.c. per i motivi di cui all'art. 829, comma 1°, c.p.c., in quanto compatibili, e per contrarietà all'ordine pubblico.

Il reclamo da proporre nei quindici giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o notificazione del provvedimento se anteriore, è attribuito alla competenza della corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato.

Con riguardo alla fase di impugnazione, quindi, non essendo possibile prevedere la costituzione di un collegio arbitrale di seconda istanza, la scelta del legislatore è caduta inevitabilmente sull'autorità giudiziaria.

Si tratta di un'opzione che implica un'interferenza del giudice ordinario, ma al contempo garantisce la possibilità di riesame – se pur limitato – del provvedimento cautelare arbitrale che, ricordiamo, essere stata preclusa nella previgente disciplina dell'arbitrato societario²⁸.

Lo strumento di controllo esperibile contro il provvedimento cautelare arbitrale si presenta come uno mezzo di impugnazione a critica vincolata attraverso il quale possono essere dedotti soli i motivi di cui all'art. 829, comma 1°, c.p.c. ovvero quelli di impugnazione del lodo rituale, in quanto compatibili, e la contrarietà all'ordine pubblico²⁹.

I suddetti motivi – cuciti sul lodo – dovranno essere rimodellati sul provvedimento cautelare; si pensi, per fare un esempio, al n. 4 del comma 1°, dell'art. 829 c.p.c. dove la pronuncia fuori dei limiti della convenzione di

²⁷ In tal senso v. anche L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 770.

²⁸ Oggi, per effetto dell'intervenuta riforma, l'art 838 *ter*, comma 4°, c.p.c. prevede espressamente che l'ordinanza di sospensione dell'efficacia della delibera assembleare pronunciata dagli arbitri sia reclamabile ai sensi dell'art. 818 *bis* c.p.c.

²⁹ In proposito L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 760, richiama come esempio la «pronuncia di provvedimenti cautelari abnormi e non ammessi nel nostro ordinamento e quindi emessi in violazione del nostro ordine pubblico processuale, o a violazioni di regole fondamentali compiute in sede cautelari».

arbitrato dovrà essere intesa come pronuncia in difetto di potere cautelare degli arbitri o al n. 6 ovvero alla pronuncia dopo la scadenza del termine stabilito, motivo che potrebbe trovare applicazione qualora le parti nel conferire il potere cautelare agli arbitri abbiano fissato un termine per la pronuncia del provvedimento. Altresì, non si vedono ragioni che ostacolino il richiamo al motivo n. 2 ovvero l'invalidità della convenzione d'arbitrato. Si potrebbe, inoltre, reputare che nell'ambito del n. 1 possa essere ricondotto il caso in cui le parti non abbiano conferito agli arbitri il potere cautelare.

Del pari potranno trovare applicazioni i motivi³⁰: n. 5 mancanza nel provvedimento della motivazione, del dispositivo o della sottoscrizione degli arbitri; n. 7 inosservanza nel corso del sub procedimento arbitrale delle forme prescritte dalle parti a pena di nullità; n. 9 inosservanza del principio del contraddittorio nell'ambito del giudizio cautelare; n. 11 contraddittorietà tra parti del dispositivo ovvero tra dispositivo e motivazione; n. 12 se il provvedimento non ha pronunciato su alcune delle domande proposte dalle parti in conformità alla convenzione.

Stante il mancato richiamo ad opera dell'art. 818 *bis* c.p.c. al comma 3° dell'art. 829 c.p.c., è esclusa, invece, l'impugnazione del provvedimento cautelare arbitrale per violazione delle norme di diritto relative al merito della controversia e ciò neppure se le parti hanno previsto l'impugnabilità del lodo per violazione delle stesse. In questo modo, pur garantendo un controllo sull'esercizio del potere cautelare degli arbitri si preclude una forte ingerenza da parte dell'autorità giudiziaria³¹ in sede di reclamo.

Non va poi trascurato che alcuni dei motivi di cui all'art. 829 c.p.c., come ad esempio l'invalidità della convenzione d'arbitrato, si prestano ad inficiare in egual misura sia l'ordinanza cautelare arbitrale, sia il successivo lodo.

In tale ipotesi, l'eventuale accoglimento del reclamo da parte della corte d'appello si tradurrà in una proiezione dell'esito della successiva eventuale impugnazione del lodo. Esso non comporterà alcun accertamento vincolante in ordine alla validità della convenzione arbitrale e il giudizio arbitrale potrà

³⁰ G. TOTA, *op.cit.*, p. 178 part. n. 28 rileva che la difficoltà di estendere i vizi attinenti ad un lodo decisorio quali ad esempio ai nn. 6 (inosservanza del termine stabilito per la pronuncia del lodo), 8 (contrarietà del lodo ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti) e 10 (mancata pronuncia sul merito della controversia in un caso in cui il merito doveva essere deciso) dell'art. 829 c.p.c. V. anche F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli del codice di procedura civile*, cit., p. 352 esclude la possibilità di impugnare la misura cautelare per i motivi di cui ai nn. 5, 10, 12 in quanto riferibili solo al lodo.

³¹ Così L. SALVANESCHI, *L'arbitrato nella legge delega per la riforma del processo civile*, cit., p. 627.

proseguire. Tuttavia, è stato osservato che la pronuncia resa dalla corte d'appello in sede di reclamo potrà «indurre le parti, soprattutto quando il merito della lite sia ancora del tutto impregiudicato a ben ponderare la proposizione di un reclamo fondato su motivi che possono poi coinvolgere anche il lodo, nella consapevolezza che in questo caso l'interferenza del giudice nel procedimento arbitrale, pur meramente fattuale e psicologica, è inevitabile»³².

Va, poi, osservato che il nuovo disposto normativo non fornisce elementi idonei a comprendere, se a seguito dell'annullamento della misura cautelare per uno dei motivi di cui all'art. 829, comma 1°, c.p.c. alla corte d'appello competa anche il *judicium rescissorium* diretto ad emanare un nuovo provvedimento.

Da un certo angolo visuale, si è osservato che il richiamo operato dall'art. 818 *ter* c.p.c. all'art. 669 *terdecies* c.p.c. deve reputarsi integrale e comprensivo anche della disciplina contenuta al comma 4° che consente al giudice del reclamo di assumere informazioni ed acquisire nuovi documenti e di conoscere delle circostanze e dei motivi sopravvenuti al momento della proposizione del reclamo³³. Tali elementi sarebbero idonei a configurare il giudizio di reclamo della corte d'appello non solo come un'impugnazione meramente rescindente ma anche sostitutiva della pronuncia cautelare arbitrale³⁴.

Va da sé che tale opzione interpretativa consente al giudice del reclamo di rivalutare il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* già valutati dal tribunale arbitrale nella fase autorizzativa della misura con ingerenza dell'autorità giudiziaria in materia cautelare di esclusiva competenza arbitrale.

Ecco, allora, che si potrebbe immaginare, in forza di una applicazione analogica con l'art. 830, comma 2°, c.p.c., che in caso di annullamento per i motivi di cui all'art. 829, comma 1°, nn. 5, 6, 7, 8 9, 11 e 12, c.p.c. salvo che le parti non abbiano previsto diversamente nella convenzione arbitrale, la corte d'Appello possa anche pronunciare la misura cautelare.

Sotto altro punto di vista, la percorribilità dello strumento del reclamo solo a fronte della deduzione di determinati motivi di nullità fa emergere l'idea che alla corte d'appello quale giudice del reclamo non siano trasferiti –

³²L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 761.

³³L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 762.

³⁴ Sulla natura sostitutiva del reclamo avverso la misura cautelare arbitrale, v. anche A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, § 8.

così come avviene invece nel rito cautelare uniforme – i poteri cautelari già in capo agli arbitri³⁵.

Abbracciando una concezione meramente rescindente del giudizio di impugnazione, peraltro in sintonia con le indicazioni della legge delega e con le considerazioni sino a qui svolte, la corte d'appello si limiterà, quindi, a revocare la misura cautelare senza poter procedere ad un riesame del *fumus* del diritto sottoposto a cautela ovvero delle circostanze idonee a dimostrare i fatti lesivi che l'istante sta subendo o può subire a seguito della violazione del diritto sottoposto a cautela (ovvero del *periculum in mora*).

Va da sé che qualora il reclamo sia stato esperito contro il provvedimento di diniego, la corte d'appello dovrebbe limitarsi a revocare il medesimo senza decidere il merito cautelare.

Tale opzione interpretativa in sintonia con la competenza esclusiva cautelare riconosciuta agli arbitri dal disposto dell'art. 818-bis c.p.c.³⁶ al contempo, rischia di compromettere la stessa fruttuosità della tutela cautelare che per essere effettiva deve essere immediata. Non vi è dubbio, infatti, che a seguito di una pronuncia meramente rescindente le parti dovrebbero rivolgersi nuovamente agli arbitri con un evidente ritardo nella concessione della misura³⁷.

Al contempo, riconoscere alla corte d'appello il potere di esaminare il merito cautelare quando le parti hanno devoluto tale potere agli arbitri, pare porsi in assoluto contrasto con la competenza esclusiva riconosciuta dalla legge. Dunque, si deve concludere nel senso che la corte d'appello deve limitarsi a revocare il provvedimento cautelare.

Strettamente connesso alla natura dell'esame demandato alla corte d'appello in sede di reclamo, è il coordinamento con il regime di revoca e modifica previsto dall'art. 669 *decies* c.p.c.

Sul punto si osserva che il reclamo avverso il provvedimento cautelare arbitrale essendo concepito, come si dirà meglio *infra*, quale strumento a

³⁵ F. CORSINI, *op.cit.*, p.127 rileva che «il reclamo non può essere utilizzato per rimettere in discussione il merito, essendo stato concepito come un rigido rimedio di legalità».

³⁶ In tal senso F.P. LUIO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli del codice di procedura civile*, cit., p. 353.

³⁷ A. CAROSI, *op.cit.*, § 10. rileva che «alla corte d'appello competente debba riconoscersi il potere di concedere il provvedimento cautelare, ove ravvisi il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*, e ciò sia in caso di accoglimento del reclamo avverso l'ordinanza arbitrale di diniego sia in caso di accoglimento del reclamo contro l'ordinanza arbitrale di concessione emessa da un tribunale arbitrale, ad esempio, incompetente o non correttamente nominato».

critica vincolata non deputato ad un riesame del merito³⁸ non consente alla corte d'appello di conoscere delle istanze di revoca e/o modifica che andranno formulate innanzi al tribunale arbitrale.

Per evitare interferenze tra le due forme di controllo, si deve reputare che tali richieste potranno essere avanzate all'arbitro solo a seguito dell'esaurimento della fase di reclamo o della scadenza del termine di proposizione.

Questa appare anche la scelta più congeniale alla natura meramente rescindente del reclamo del provvedimento cautelare arbitrale, nei termini più sopra espressi, e alla competenza cautelare esclusiva dell'arbitro.

4. – Sul punto il nuovo articolo 818 *ter* c.p.c. prevede che l'attuazione del provvedimento cautelare arbitrale³⁹ sia disciplinata dall'articolo 669 *duodecies* c.p.c.⁴⁰, sotto il controllo del tribunale nel cui circondario si trova la sede dell'arbitrato o, se la sede dell'arbitrato non è in Italia, il tribunale del luogo in cui la misura cautelare deve essere attuata. In ordine, poi, all'attuazione dei sequestri viene fatta salva l'applicazione degli art. 677 ss. c.p.c. con competenza attribuita al tribunale del luogo in cui la misura cautelare deve essere attuata.

La norma ad una prima lettura potrebbe sembrare in perfetta coerenza con il rilievo pacifico per cui gli arbitri, benché ora possano essere muniti dalle parti di *potestas* cautelare, sono comunque privi di potestà esecutiva⁴¹, prescrivendo l'ausilio dell'autorità giudiziaria per la fase deputata all'attuazione della misura cautelare arbitrale.

Le cose, a ben vedere, non stanno esattamente così: la disciplina dell'art. 669-*duodecies* c.p.c. varia a seconda di quale sia la tipologia di obbligo a tutela del quale è stata erogata la cautela. In particolare, l'attuazione della misura cautelare che ha ad oggetto una somma di denaro avviene nelle forme previste per l'espropriazione forzata in quanto compatibili e il giudice competente sarà proprio il giudice dell'esecuzione e non l'organo che ha emesso il provvedimento cautelare.

³⁸ Nel senso che spetti al tribunale arbitrale conoscere della revoca e/o modifica del provvedimento cautelare v. F.P. LUIO, *ivi*; F. CORSINI, *op.cit.*, p. 127.

³⁹ Sull'attuazione delle misure nel rito cautelare uniforme V. S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, p. 882 ss.; G. ARIETA, *op.cit.*, p. 1045 ss.; E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, *passim*.

⁴⁰ Il termine «attuazione» evidenzia inequivocabilmente la consapevolezza della natura di esecuzione forzata «speciale» della procedura in questione V. G. COSTANTINO, *L'espropriazione forzata speciale*, Milano, 1984, pp. 291 e 305.

⁴¹ V. Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527 in *Foro it.*, 2001, I, c. 829.

Mentre l'attuazione delle misure cautelari che hanno ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare, il quale determina la modalità di attuazione.

La nuova disposizione, disattendendo le indicazioni della legge delega⁴², non detta, quindi, una disciplina *ad hoc* dell'esecuzione dei comandi cautelari arbitrali, limitandosi a specificare che la stessa debba avvenire sotto il controllo del tribunale e richiamando quanto più sopra evidenziato in ordine ai provvedimenti cautelari di provenienza giudiziale⁴³.

Il problema interpretativo che si pone è quale sia «il controllo» che il tribunale è chiamato ad esercitare sulla misura cautelare pronunciata dagli arbitri: esso si sostanzia in una forma di «integrazione» del provvedimento cautelare arbitrale ovvero, più limitatamente, il legislatore ha voluto chiarire che le eventuali controversie relative all'attuazione del provvedimento vanno proposte al giudice ordinario?

Con riferimento al primo aspetto, per l'attuazione delle misure aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare è sicuramente necessaria una fase di attuazione davanti al giudice volta a determinarne le modalità. Pur tuttavia in questa fase non è previsto dall'art. 669-*duodecies* c.p.c. alcun controllo, posto che la norma è dettata con riferimento ai provvedimenti del giudice ordinario, ove non si pone alcun problema di controllo da parte del giudice dell'attuazione.

Quanto, invece, all'esecuzione avente ad oggetto obblighi di pagamento, non è previsto alcun procedimento deputato all'attuazione. Anche qui ci si chiede in quale modo vada esercitato il controllo.

In proposito, merita osservare che oggi è parso possibile per la parte vittoriosa munita dell'ordinanza cautelare arbitrale avente ad oggetto somme di denaro rivolgersi all'ufficiale giudiziario e chiederne l'attuazione⁴⁴ senza dover procedere alla richiesta di *exequatur*.

⁴² L'art. 1, comma 15°, lett. c) della legge delega n. 206/2021 che all'art. 1, comma 15°, lett. c) richiedeva al legislatore delegato, tra le altre, di «disciplinare le modalità di attuazione della misura cautelare sempre sotto il controllo del giudice ordinario».

⁴³ Sulla disciplina dell'attuazione nel rito cautelare uniforme v. L. MONTESANO, *Attuazione delle cautele e diritti cautelabili nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 935; S. RECCHIONI, *op.cit.*, p. 882 ss.; G. ARIETA, *op.cit.*, p. 1045 ss.; E. VULLO, *L'attuazione dei provvedimenti cautelari*, Torino, 2001, *passim*.

⁴⁴ L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 771 osserva che sarà sufficiente esibire «come titolo il provvedimento sottoscritto dagli arbitri, come avviene quando l'avente diritto chiede l'esecuzione di un accordo formato in sede di negoziazione assistita o di mediazione, oppure procedere sulla base del medesimo provvedimento all'esecuzione delle diverse misure cautelari previste dall'ordinamento».

La previsione è stata salutata con favore dalla dottrina in quanto, indubbiamente, consente un'abbreviazione dei tempi di attuazione della misura cautelare senza dover attendere il preventivo esito della fase di omologazione richiesta, invece, per il lodo⁴⁵.

Non si può sottacere che la scelta adottata dal legislatore – diversa da quelle accolte in altri ordinamenti dove si contemplan forme di *exequatur* ovvero di assistenza giudiziaria volte a reperire il contenuto del provvedimento cautelare arbitrale⁴⁶ – desta qualche perplessità.

Tale impostazione induce a ritenere che la misura cautelare emanata dagli arbitri sia dotata *ipso iure* – al pari di una sentenza – di esecutorietà, quando, invece il lodo ne è privo per espressa disposizione di legge.

Come noto, la pronuncia degli arbitri deve essere sottoposta ad un controllo di regolarità formale da parte dell'autorità giudiziaria volto ad attribuire l'efficacia *lato sensu* esecutiva, idonea a costituire non solo titolo esecutivo, ma anche idonea all'iscrizione di ipoteca giudiziale e alla trascrizione e annotazione nei pubblici registri⁴⁷.

⁴⁵ L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., pp. 770-771 rileva che «è stato provvidenzialmente evitato nell'ambito della tutela cautelare, che necessità di quella celerità che ogni passaggio davanti al giudice statale comprime»; A. BRIGUGLIO, *Il potere cautelare degli arbitri, introdotto dalla riforma del rito civile, e la inevitabile interferenza del giudice ("evviva il cautelare arbitrale!", ma le cose non sono poi così semplici)*, in *Judicium*, 2023, § 11 evidenzia che «il sistema adottato dall'art.818 ter, e cioè della diretta esecuzione sotto il controllo del giudice e su istanza della parte interessata, è sicuramente assai favorevole alla più celere possibile effettività del provvedimento cautelare arbitrale, se raffrontato al quasi altrettanto favorevole sistema dell'art. 183, c. 2 della legge svizzera sul d.i.p., ove la cooperazione giudiziale è mediata da una richiesta del tribunale arbitrale (al quale evidentemente l'interessato dovrà anzitutto e prudenzialmente indirizzare la propria sollecitazione), e soprattutto ai sistemi che richiedono un previo *exequatur* (quello olandese, pur notoriamente all'avanguardia quanto a *favor arbitrati*, e così anche la attuale versione della Legge-Modello Uncitral agli artt. 17 H e 17 I), o addirittura a quelli che prevedono una sorta di *exequatur* a seguito della richiesta arbitrale o di parte successiva alla mancata esecuzione spontanea (così in Inghilterra secondo la *Sect. 42* dell'*Arbitration Act* del 1996) o un procedimento di *exequatur* con poteri modificativi della cautela assegnati al giudice dello Stato (così in Germania)»; F. CORSINI, *op. cit.*, 128; F. PORCARI, *op.cit.*, c. 583, rileva che le misure cautelari arbitrali godono di un trattamento più favorevole rispetto al lodo.

⁴⁶ Sui modelli di attuazione delle misure cautelari V. A. CARLEVARIS, *The Recognition and Enforcement of Interim Measures Ordered by International Arbitrators*, in *Yearbook of Private International Law*, 2007, p. 507 ss.

⁴⁷ Sul giudizio di omologazione del lodo V. L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 2014, p. 816 ss.; L. DURELLO, *L'omologazione del lodo*, in *L'arbitrato*, (a cura di) Salvaneschi, Graziosi, Milano, 2020, p. 381 ss.

Tralasciando i rilievi mossi in dottrina circa la svalutazione del ruolo e della funzione svolta dall'omologazione⁴⁸, il dato normativo che viene in rilievo, e che deve essere valorizzato anche ai nostri fini, è la necessità di procedere ad *exequatur* per porre in esecuzione il lodo.

Ecco che la circostanza per cui la misura cautelare arbitrale possa essere dotata *ab origine* di esecutorietà è molto singolare. Si pensi, ad esempio, ad un provvedimento cautelare anticipatorio che potrebbe essere, dunque, attuato senza il preventivo passaggio alla fase di *exequatur*, richiesta, invece, per porre in esecuzione il lodo di cui va anticipare gli effetti.

In questa prospettiva, si finirebbe per riconoscere alla misura cautelare arbitrale una forza – esecutiva – che non appartiene al lodo.

Come più sopra anticipato a sostegno dell'immediata esecutorietà del provvedimento cautelare si è richiamato, da un lato, la circostanza che la stessa può essere portata in esecuzione come avviene per l'accordo sottoscritto in sede di negoziazione o di mediazione e, dall'altro, l'assenza di una specifica previsione normativa di munire di *exequatur* la misura cautelare arbitrale⁴⁹.

Tali argomenti non persuadono.

Per quanto riguarda il primo, in quelle ipotesi è espressamente la legge ad attribuire a tali atti di natura negoziale efficacia di titolo esecutivo⁵⁰ e quindi idoneità a dare impulso all'esecuzione forzata.

Ma una simile previsione non è contemplata per le misure cautelari pronunciate dagli arbitri.

Con riferimento al secondo, l'assenza di una specifica disposizione non esclude l'applicabilità della norma generale. È dunque all'art. 825 c.p.c. che va rivolto lo sguardo, là ove prevede che il lodo acquista esecutorietà a seguito del vaglio positivo di *exequatur*. Sembra ragionevole ritenere che tale articolo sia applicabile in via analogica al provvedimento cautelare arbitrale: al pari di quanto avviene per il lodo anche la misura cautelare pronunciata dagli arbitri che di quel lodo ne conserva o anticipa gli effetti, deve essere minuita di *exequatur* ai fini della sua attuazione.

⁴⁸ L. SALVANESCHI, *sub* art. 825, in *Dell'Arbitrato, Commentario del codice di procedure civile*, cit., p. 816; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, p. 162.

⁴⁹ F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli del codice di procedura civile*, cit., p. 355; L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., p. 770.

⁵⁰ V. art. 5 d.l. n. 132/2014 che espressamente prevede che l'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita «sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico»

Peraltro, se l'esecutorietà è l'attitudine di un provvedimento ad essere attuato coattivamente ossia contro la volontà dell'interessato e tale sua attitudine promana dall'autorità giudiziaria, vorrebbe dire equiparare l'arbitro, nell'esercizio del potere cautelare, al giudice.

Non vi è dubbio che ai sensi dell'art. 824-*bis* c.p.c. gli effetti del lodo pronunciato dagli arbitri sono equiparati a quelli di una sentenza, al tempo stesso, però, non si può negare che gli arbitri sono soggetti privati, privi della qualifica di pubblici ufficiali, e agiscono in forza di poteri ad essi conferiti dalla convenzione di arbitrato che è atto di natura negoziale.

Peraltro, in assenza del vaglio formale dell'autorità giudiziaria, non si comprende come si possa, ad esempio, procedere alla trascrizione presso la competente conservatoria dell'ordinanza cautelare di sequestro su beni immobili ai sensi dell'art. 679 c.p.c.

Sul punto, viene in rilievo l'art. 2657 c.c. che sancisce il principio di autenticità della trascrizione immobiliare⁵¹ che si poggia sull'esigenza di certezza collegata all'efficacia probatoria privilegiata degli atti pubblici e delle scritture private autenticate e sul principio di legalità, che richiede un preventivo controllo della legalità dell'atto e della capacità e legittimazione delle parti di esso⁵².

Dunque, la misura cautelare arbitrale in quanto scrittura privata, priva di *exequatur*, per poter essere trascritta dovrà necessariamente essere autenticata dal notaio unitamente alla convenzione di arbitrato⁵³, con evidenti ricadute in termini di tempi e costi per le parti.

Se, dunque, è possibile rintracciare una modalità alternativa all'omologa per procedere alla trascrizione dell'ordinanza cautelare arbitrale, al tempo stesso, in assenza di un'espressa attribuzione normativa di esecutività *ipso iure*, non si rinvergono altre strade se non quella dell'*exequatur* per dotare di efficacia esecutiva il provvedimento reso dagli

⁵¹ Sul principio di autenticità nella trascrizione immobiliare, cfr. G. PETRELLI, *L'autenticità del titolo della trascrizione nell'evoluzione storica e nel diritto comparato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 585.

⁵² G. PETRELLI, *op.cit.*, p. 628 ss.

⁵³ È opportuno osservare che affinché il lodo possa essere trascritto nei pubblici registri necessita del controllo formale compiuto dall'autorità giudiziaria in sede di omologazione che gli attribuisce l'autenticità all'uopo richiesta. In mancanza dell'omologa, il lodo, come ogni altra scrittura privata, per poter essere trascritto dovrà essere autentico dal notaio che lo riceverà in deposito, verbalizzando le dichiarazioni degli arbitri che ne riconoscono la paternità. Non solo, dovranno essere autenticate anche le sottoscrizioni della convenzione di arbitrato in forza della quale sono stati conferiti i poteri agli arbitri. V. sul tema G. PETRELLI, *Arbitrato, trascrizione e altre pubblicità legali*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, cit., p. 349 ss.

arbitri indispensabile ai fini della sua attuazione da parte dell'ufficiale giudiziario.

Per tutte le ragioni esposte si propende nel ritenere che anche la misura cautelare avente ad oggetto somme di denaro emessa dagli arbitri al pari del lodo a cui è strumentalmente legata, necessiti per poter trovare attuazione di un provvedimento dell'autorità giudiziaria che ne dichiari l'esecutorietà *ex art. 825 c.p.c.*⁵⁴.

In questo senso potrebbe, dunque, essere interpretato il «controllo» richiesto dal nuovo art. 818 *ter* c.p.c. in sintonia con quanto previsto dalla legge delega che giustificava l'intervento dell'autorità giudiziaria in sede di attuazione stante l'assenza di poteri coercitivi in capo agli arbitri.

Quanto agli altri tipi di misure cautelari, si potrebbe reputare che il controllo che il tribunale è chiamato a compiere ai sensi dell'art. 818 *ter* c.p.c. debba essere assimilato al giudizio di *exequatur* di cui all'art. 825 c.p.c. e ciò al fine di far conseguire al comando cautelare un'efficacia idonea a dar vita all'attuazione coattiva⁵⁵.

Ciò posto, per dotare il comando cautelare arbitrale di esecutorietà, la parte interessata dovrà, quindi, proporre istanza, depositando presso la cancelleria del giudice competente per l'attuazione il provvedimento in originale o in copia conforme insieme alla convenzione arbitrale.

È ragionevole ipotizzare che questa fase di controllo si svolga con modalità analoghe a quanto previsto dall'art. 825 c.p.c. e con conseguente possibilità di impugnazione del decreto che accoglie o nega l'esecutorietà del provvedimento cautelare⁵⁶.

L'intervento del giudice statale nella fase attuativa del comando cautelare si realizza, quindi, in primo luogo, attribuendo allo stesso efficacia esecutiva attraverso un giudizio di omologazione del tutto analogo a quello

⁵⁴ A. CARLEVARIS, *La legge-delega per la riforma dell'arbitrato: verso il riconoscimento dei poteri cautelari degli arbitri?*, cit., p. 157 ss., illustra tre diversi modelli volti a riconoscere ed eseguire il provvedimento nell'ordinamento, l'*exequatur* ovvero il procedimento di assistenza dell'autorità giudiziaria "secondo cui il giudice dell'esecuzione non si limita a conferire efficacia esecutiva al provvedimento arbitrale, ma assume un autonomo provvedimento il cui contenuto mira a dare attuazione alla misura arbitrale"; ovvero un sistema ibrido previsto dalla legge tedesca secondo cui al giudice, in sede di esecuzione, è riconosciuto un limitato potere di modificare il contenuto del provvedimento arbitrale per renderlo compatibile con il diritto tedesco".

⁵⁵ Sul giudizio di omologazione del lodo v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, Commentario del codice di procedura civile*, cit., p. 816 ss.; L. DURELLO, *L'omologazione del lodo*, in *L'arbitrato*, (a cura di) Salvaneschi, Graziosi, Milano, 2020, p. 381 ss.

⁵⁶ Sul tema v. L. DURELLO, *op.cit.*, pp. 394-395.

del lodo e poi si potrà estendere, a seconda delle fattispecie, fino alla previsione delle modalità di attuazione.

Da ciò consegue che le eventuali difficoltà e/o contestazioni che dovessero sorgere durante la fase attuativa saranno conosciute dal tribunale che opererà, quindi, anche un controllo successivo. Peraltro, aderendo alla tesi dell'immediata attuazione della misura senza il vaglio di *exequatur*, si dovrebbe ritenere che il controllo operato dal tribunale ai sensi dell'art. 818-ter c.p.c. sia solo quello limitato ad eventuali opposizioni.

Da ultimo, in un'ottica di rafforzamento dell'effettività della tutela cautelare si deve reputare che, anche alla luce del riconoscimento anche agli arbitri del potere cautelare, non sussista alcun ostacolo a che le parti chiedano agli arbitri di associare alla pronuncia della misura cautelare anche la condanna ad una misura coercitiva⁵⁷.

Va, infine, osservato che l'art. 614 bis c.p.c. anch'esso novellato dalla riforma⁵⁸, prevede oggi la possibilità che la misura coercitiva possa essere applicata anche dal giudice dell'esecuzione. Dunque, si può reputare che anche in fase di attuazione della misura cautelare arbitrale, la parte possa fare istanza all'autorità giudiziaria affinché venga pronunciata l'*astreinte*⁵⁹.

Abstract

REFLECTIONS ON THE ARBITRATORS' POWER TO ISSUE PRECAUTIONARY MEASURES

Il contributo analizza la disciplina introdotta con la Legge delega n. 206/2021 attuata con il decreto legislativo del 10 ottobre 2022, n. 149, relativa tutela cautelare arbitrale con riguardo al profilo del conferimento del relativo potere, del reclamo avverso il provvedimento che nega o autorizza la misura e, infine, delle modalità di attuazione. L'a. pone in risalto i pregi e i profili di maggior criticità della nuova disciplina normativa proponendo soluzioni interpretative.

⁵⁷ Con riguardo alla possibilità per gli arbitri di associare alla pronuncia del lodo una misura coercitiva, V. A. NASCOSI, *Le misure coercitive indirette rievitate dalla riforma del 2022*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1221, nota 15; C. BESSO, *L'art. 614 bis e l'arbitrato*, in *Giur. it.*, 2014, p. 766; A. CARRATTA, *L'esecuzione forzata indiretta delle obbligazioni di fare infungibile e di non fare: i limiti delle misure coercitive dell'art. 614 bis*, in *Treccani.it*, § 3; M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Judicium*, 2010; B. SASSANI, *Possono gli arbitri pronunciare l'astreinte?*, in *Riv. esec. forz.*, 2018, p. 283; A. DI BERNARDO, *Astreinte in arbitrato: serve la domanda di parte*, in *Judicium*, 2020; I. LOMBARDINI, *Arbitrato e misure coercitive indirette*, in *Riv. arb.*, 2020, p. 45 ss. In senso contrario F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2013, p. 239; F. TEDIOLI, *Osservazioni critiche all'art. 614 bis c.p.c.*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, p. 67.

⁵⁸ Sul nuovo art. 614 bis c.p.c. V. A. NASCOSI, *op.cit.*, p. 1214 ss.

⁵⁹ Cfr. E. DALMOTTO, *op. cit.*, p. 643.

The essay analyzes the regulatory framework introduced by Delegated Law no. 206/2021, implemented through Legislative Decree no. 149 of October 10, 2022, regarding precautionary protection in arbitration. The analysis focuses on the vesting of the corresponding authority, the appeal against the decision to deny or authorize the precautionary measure, and, finally, the methods of implementation of such measure. The article highlights both merits and major criticalities of the new regulatory framework, proposing interpretative solutions.

Trib. Milano, Sez. Spec. Imprese, 12 ottobre 2023, n. 7973
Pres. est. Mambriani

La perdita della continuità aziendale e, in generale, l'esercizio antieconomico dell'attività sociale, sono estranei all'area applicativa della fattispecie di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2, c.c., rientrando in essa la sopravvenuta impossibilità di conseguire non già lo scopo sociale, ossia la realizzazione di un profitto, bensì l'oggetto sociale.

(Omissis). Svolgimento del processo - Motivi della decisione

I. Allegazioni, domande ed eccezioni delle parti.

Con atto di citazione notificato a mezzo posta elettronica certificata in data 20 giugno 2019 (doc. 1), (...) (di seguito: il "Fallimento", nonché, con riferimento alla società fallita: "S." o la "Società") ha convenuto in giudizio avanti al Tribunale di Milano il Dott. (...) (di seguito: R.) ed il Dott. (...) (di seguito: C.), quali ex sindaci della società fallita - rispettivamente il primo quale sindaco effettivo e poi presidente del collegio sindacale dal 29.06.2005 alla data del fallimento; il secondo quale sindaco effettivo dal 28.06.2008 alla data del fallimento -, esercitando nei loro confronti azioni qualificabili ex art. 146 l.f. - cioè azione sociale di responsabilità (artt. 2393 e 2407 c.c.) ed azione dei creditori (artt. 2394, 2394-bis e 2407 c.c.) - e deducendo nei loro confronti, invero in modo assai generico, la violazione degli obblighi di conoscenza, vigilanza, controllo e reazione di cui all'art. 2403 c. c. in relazione a tre condotte di *mala gestio* poste in essere dagli amministratori - solo due dedotte quali titoli risarcitori -, come precisate in memoria ex art. 183 comma 6 n. 1 c.p.c. (pag. 12):

1. Illecita prosecuzione dell'attività economica negli anni 2012/2015 dopo che, al 31.12.2011 cfr. citazione, fg. (...) (le pagine dell'atto di citazione non sono numerate), si era verificata la causa di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2 c.c., cioè la perdita della continuità aziendale;

2. Solo in chiave di supporto strumentale al primo addebito: redazione dei bilanci degli esercizi 2008-2015 in violazione dei principi di verità, chiarezza e correttezza, redigendoli in modo da occultare perdite e passività e da fornire così la base contabile formale utile alla prosecuzione dell'attività economica della Società;

3. omessa vigilanza sulle vicende relative all'aumento di capitale deliberato in data 29.6.2015 con danno di Euro 447.548,07.

Quanto all'addebito di cui al superiore punto 1., la sua formalizzazione è stata univocamente ed inequivocabilmente espressa e ribadita in atto di citazione ai fogli (...), (...), (...), (...) ed al foglio (...) (schema riassuntivo del danno collocato proprio prima delle conclusioni) nonché in memoria ex art. 183 comma 6 n. 1

c.p.c. a pag. 12. Milita altresì nello stesso senso definitivamente la quantificazione del danno che copre esplicitamente il periodo dal 2012 al 2015 ed è indicato in Euro 15.757.647,00 in recepimento di quanto dedotto nella relazione dei CTP (...) (di seguito: Relazione (...) doc. 5 att.) ai 6.2.1 e 6.2.3., quantificazione inizialmente superiore poi corretta al valore indicato nella "Nota di integrazione" del 29.05.2019 (doc. 6).

In particolare, a pag. 93 della Relazione (...) figura lo schema riassuntivo delle ipotesi di danno dedotte da parte attrice che, corretto secondo le indicazioni della Nota di integrazione, riporta:

"Ipotesi di danno *Omissis* (...)"

In particolare, nella Nota di integrazione si legge che la somma di Euro 15.757.647 costituisce il "Pregiudizio economico dell'attività non conservativa, dal 2012 al Fallimento".

Se ne desume, in punto di "*editio actionis*":

a) la conferma della contestazione di prosecuzione illecita dell'attività economica della Società in relazione alla causa di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2 c.c. sub specie di perdita della continuità aziendale, desumibile sia dalla coincidenza tra il momento in cui essa si sarebbe verificata quale indicato negli scritti difensivi attorei utili ed il momento indicato nella Relazione (...), sia dalla conseguente coincidenza del periodo rilevante considerato negli scritti difensivi con quello considerato nella Relazione in questione (2012-2015);

b) la conferma che non è stato mosso un addebito di prosecuzione indebita dell'attività economica della Società a seguito della perdita del capitale sociale, a fronte, da un lato della ripetuta ed assoluta chiarezza dei richiami normativi all'art. 2484 comma 2 n. 2 c.c., dall'altro del mancato richiamo dell'art. 2484 comma 2 n. 4 c.c., dall'altro ancora del riferimento del tutto confuso in atto di citazione alla "perdita del capitale sociale" che sarebbe avvenuta nell'anno 2012, a fronte di indicazioni della Relazione (...) che lo collocavano invece nell'esercizio 2013, infine nel riferimento ad un "dissesto" che si sarebbe verificato dopo la perdita della continuità aziendale e segnatamente "con la chiusura dell'esercizio 2014" (fg. 21), salvo tuttavia doversi notare che il danno relativo a questa confusa e generica allegazione - cioè la differenza dei netti patrimoniali dal 31.12.2014 al 31.12.2015 con detrazione degli oneri di liquidazione (cfr. oggi, il disposto dell'art. 2486, comma 2, c.c. ricettivo di risalente e costante indirizzo giurisprudenziale anche di legittimità) - non è stato a sua volta nemmeno allegato.

- In ogni caso, ogni dubbio in ordine all'estensione del *thema decidendum* è stato definitivamente fugato dallo stesso attore, laddove nella sede deputata, cioè in memoria ex art. 183 comma 6 n. 1 c.p.c., ha precisato:

(i) quanto all'addebito sub (...): "- gli addebiti formulati nei confronti dei convenuti, si risolvono entrambi nella contestazione del mancato adempimento, da parte del Collegio Sindacale di cui gli stessi erano componenti, degli obblighi

di allerta imposti dalla legge e dallo Statuto, con conseguente concorso dei convenuti nella causazione di:

a) un danno derivante dall'illecita prosecuzione dell'attività aziendale successivamente al verificarsi della causa di scioglimento di cui all'art. 2484 comma 1 n. 2 c.c., pari ad Euro 15.757.647,00 (cfr tab. 1 allegata al doc. 6 attoreo) agli stessi attualmente imputato in ragione di 1/7 (atteso il concorso con i tre componenti del Consiglio di amministrazione, con il revisore dei conti e con il terzo componente del Collegio Sindacale) ...;

(ii) quanto all' addebito sub (...):

"... b) un danno derivante dall'omessa vigilanza sulle modalità di apparente esecuzione dell'aumento del capitale sociale deliberato in data 29.6.2015, quantificato (in ragione delle sole attività distrattive poste in essere dal socio apparente I. s.r.l e dai soggetti ad essa collegati, come riepilogate a pagina 31 in atto di citazione) in Euro 447.548,07 ..." (pag. 5);

(iii) Quanto alle operazioni anteriori all'anno 2012, pur menzionate in atto di citazione (pfg. 7 e ss.) e indicate nella Relazione (...) come foriere di danni, il Fallimento ha precisato che esse non sono state contestate come tali, e invece esposte "nella narrativa dell'atto di citazione solo ai fini di una corretta ricostruzione storica" (Pag. 12).

(iv) Nessuna domanda come proposta e formalizzata dal Fallimento nei confronti dei convenuti riguarda danni derivanti da ipotetica prosecuzione dell'attività economica di S. dopo il sopravvenire della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4 c.c.

Le domande attoree come precisate sono fondate essenzialmente sulle risultanze della Relazione (...), sulla relazione ex art. 33 l.f. redatta dal curatore del fallimento (di seguito: la "Relazione ex art. 33") e su provvedimenti del Tribunale di Como che ha negato l'ammissione al passivo dei crediti professionali vantati dai convenuti verso la Società assumendo inadempimenti di costoro agli obblighi derivanti dalla funzione sindacale svolta.

- Si sono costituiti in giudizio i convenuti contestando in fatto ed in diritto ogni avversaria allegazione, deduzione e domanda ed eccependo in particolare:

(i) Nullità dell'atto di citazione per non avere il fallimento attore identificato ed allegato le singole condotte omissive e gli specifici inadempimenti di cui si sarebbero resi protagonisti i convenuti ed essersi limitato ad elencare una serie di atti gestori – per lo più *per relationem* rispetto alla Relazione (...) ed alla Relazione ex art. 33 ed in modo inammissibile – senza che sia stato possibile comprendere in che modo gli stessi, nel concreto, siano risultati pregiudizievoli per la Fallita. Correttamente i convenuti hanno eccepito che le carenti allegazioni che il Fallimento attore avrebbe dovuto esplicitare illustrando i fatti costitutivi del diritto azionato - qui il preteso diritto risarcitorio del Fallimento per somme assai elevate - non possono essere surrogate dai documenti prodotti, secondo costante

giurisprudenza di legittimità. I convenuti hanno poi contestato l'indeterminatezza delle condotte produttive di danno, della identificazione dei danni, della loro quantificazione, dei criteri di ripartizione del danno per quote. Parti convenute ne inferivano la violazione dell'art. 163, nn. 3) e 4) c.p.c. e quindi del loro diritto di difesa e contraddittorio non essendo state poste in grado di comprendere gli addebiti loro mossi con conseguente nullità dell'atto di citazione ex [art. 164](#), comma 4, c.p.c.

(ii) Prescrizione del diritto risarcitorio azionato in causa sub specie di azione sociale di responsabilità ex [art. 2393](#) c.c., atteso che, non trovando applicazione nei confronti dei sindaci il disposto né dell'[art. 2941](#) n. 7 c.c., né dell'[art. 2393](#) comma 4 c.c., la prescrizione decorre dal momento in cui è stato commesso il presunto fatto illecito, a prescindere dalla esteriorizzazione del conseguente danno. Ne consegue che sarebbero prescritte tutte le voci di danno riferite a condotte anteriori al 20 giugno 2014, cioè precedenti di oltre 5 anni la data di notifica dell'atto di citazione. Sarebbero poi ininfluenti le comunicazioni del Fallimento in data 28 aprile 2016 e 21 febbraio 2018, non qualificabili come atti interruttivi della prescrizione in quanto non contenenti specifica richiesta di pagamento né messa in mora.

Con riferimento all'azione dei creditori ex [art. 2394](#) c.c., posto che la giurisprudenza colloca la decorrenza del termine prescrizionale nel momento in cui l'insufficienza patrimoniale diviene percepibile all'esterno, avendo la Relazione (...) collocato la perdita della continuità aziendale di S. nel 2007 per poi divenire "palese" nel 2010, l'azione sarebbe prescritta dal 2012 o, al più tardi, dal 2015. In particolare, la percepibilità dell'insufficienza patrimoniale non potrebbe identificarsi nella dichiarazione di fallimento, essendo quella nozione diversa dall'insolvenza di cui all'art. 5 l.f.

Né si potrebbe fare riferimento al disposto dell'[art. 2947](#) comma 3 c.c., essendo stata archiviata ogni ipotesi accusatoria.

Rimarrebbe dunque esperibile la sola azione di responsabilità sociale per le condotte successive al 20 giugno 2014.

(iii) Mancata produzione in giudizio degli allegati alla Relazione ex art. 33 ed alla Relazione (...).

(iv) Nel merito, in estrema sintesi, i convenuti, preso atto delle inequivoche precisazioni di parte attrice in ordine alle domande proposte, hanno eccepito:

a) la perdita di continuità aziendale non rientra nella disposizione di cui all'[art. 2484](#), comma 1, n. 2 c.c.;

b) in ogni caso S. non aveva perduto la continuità aziendale nell'anno 2012, ma, al più a metà dell'anno 2015, quando si era verificato il mancato perfezionamento dell'aumento di capitale da parte di I. s.r.l. e M., a seguito di tali vicende, nel dicembre dello stesso anno aveva revocato la concessione. Sulla base di tale circostanza, peraltro, il collegio sindacale aveva intimato l'immediata

convocazione dell'assemblea dei soci (doc. 31 conv), cui sarebbero seguiti la messa in liquidazione di lì a due mesi (febbraio 2016) e poi la dichiarazione di fallimento (9 marzo 2016).

c) Nessun danno è stato addebitato ai convenuti in base all'operazione di aumento di capitale deliberato il 29 giugno 2015.

d) Le condotte dissipative contestate: - non sono provate, poiché allegate in base a meri prospetti redatti dalla curatela senza che siano state versate in atti le fatture ed i documenti contabili che dovrebbero fondare le relative contestazioni; - nella prospettiva stessa del Fallimento, costituiscono condotte dolose poste in essere dagli amministratori in concorso ed a favore di soggetti terzi, e sono state perpetrate mediante la realizzazione di operazioni commerciali formalmente corrette, dunque insuscettibili di fondare una responsabilità del collegio sindacale.

- A seguito di chiamata di terzo in manleva e garanzia operata dal convenuto R., si sono costituiti in giudizio "(...)" (di seguito: "L."), deducendo, eccependo e domandando in via principale e graduata, in estrema sintesi, quanto segue:

(i) in via pregiudiziale, la declaratoria della nullità dell'atto di citazione;

(ii) prescrizione dell'azione di responsabilità promossa dal Fallimento nei confronti del convenuto R.;

(iii) nel merito, il rigetto delle domande proposte dal Fallimento nei confronti del convenuto R. perché infondate in fatto e in diritto e, per l'effetto, il rigetto della domanda di manleva/indennizzo avanzata dall'Assicurato nei confronti degli esponenti Assicuratori;

(iv) in ipotesi di condanna o comunque di accertamento di qualsivoglia responsabilità del convenuto R. nella causazione dei danni per cui è causa: l'esclusione e/o limitazione e/o la riduzione dell'eventuale obbligo indennitario dei L. in base alle previsioni di Polizza e di legge (massimale indicato Euro 2.5000.000).

- A seguito di chiamata di terzo in manleva e garanzia operata dal convenuto C., si è costituita in giudizio (...) (di seguito: "U."), deducendo, eccependo e domandando in via principale e graduata, in estrema sintesi, quanto segue:

(i) prescrizione di ogni preteso diritto del convenuto C. ad essere garantito, manlevato e tenuto indenne da U.;

(ii) inefficacia della garanzia di polizza;

(iii) decadenza dai diritti di polizza;

(iv) limite di risarcimento e scoperto;

(v) franchigia di polizza;

(vi) limitazione del massimale di polizza (Euro 300.000).

- Pari convenute, nelle memorie ex art. 183, comma 6, nn. 1 e 3 c.p.c. hanno ampiamente contrastato le allegazioni, eccezioni e domande delle assicurazioni terze chiamate, deducendo, tra l'altro, sia la copertura per l'attività di sindaco, sia la tempestiva denuncia del sinistro (doc. 47 e 49 conv.)

II. Eccezioni preliminari processuali e di merito. Rigetto

Omissis

III. La domanda risarcitoria proposta dal Fallimento ut supra sub (...). Rigetto.

La domanda risarcitoria basata sull'addebito di mala gestio costituito dall'illecita prosecuzione dell'attività economica di S. in chiave non conservativa e con assunzione di nuovo rischio imprenditoriale, dopo il verificarsi della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2 c.c. per carenza di continuità aziendale dall'anno 2012 è anzitutto infondata in diritto.

L'[art. 2484](#), comma 1, n. 2 c.c. prevede che la s.p.a. si scioglie per sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale.

L'oggetto sociale cui la norma si riferisce - per interpretazione letterale perfettamente coerente con la ratio legis (cfr. art. 12 prel.) - non si può che identificarsi nell'attività economica che la società in statuto ha dichiarato di svolgere (art. 2328, comma 2, n. 3 c.c.).

La giurisprudenza ha poi chiarito che quella impossibilità di conseguire l'oggetto sociale deve essere attuale, definitiva ed irreversibile, dunque tale da rendere inutile la permanenza del vincolo sociale.

Viceversa, non rientra nella fattispecie la sopravvenuta impossibilità di conseguire - non già l'oggetto ma - lo scopo generale di ogni società commerciale, cioè la realizzazione di un profitto ([art. 2247](#) c.c.).

Invero, lo scopo della società non può essere confuso con l'attività prevista per conseguirlo - cioè appunto il suo oggetto - non solo per la generale eterogeneità di questi concetti, ma perché lo stesso legislatore opera molto chiaramente la distinzione, sia negli artt. 2328 n. 3, 2463 n. 3, 2437 let. a) c.c. - in cui si parla espressamente di "attività" -, ma soprattutto nell'art. 2497-quater let. a) dove si pone in alternativa una "trasformazione che implica il mutamento del suo scopo sociale" (così, ad esempio la trasformazione della Holding da società lucrativa a società cooperativa o associazione o fondazione), con una delibera "della modifica dell'oggetto sociale che consenta l'esercizio di attività che alterino le condizioni economico-patrimoniali della società eterodiretta".

Ne rimane già per questo confermato che l'esercizio diseconomico dell'attività sociale è estraneo all'area applicativa della fattispecie di scioglimento di cui si discorre.

Ciò posto, i connotati della fattispecie di scioglimento sono comunque incompatibili con quella di (mancanza di) continuità aziendale, come definita generalmente dallo IAS n. 1 e dal Principio di Revisione n. 570.

Occorre notare in premessa che la continuità aziendale è considerata, in relazione al disposto dell'art. 2423-bis, comma 1, n. 1 c.c. dedicato ai "Principi di redazione del bilancio", quale presupposto, di natura prospettica, di valutazione delle voci di bilancio.

In quest'ottica essa è definita dal Principio Contabile Internazionale (IAS) 1 come "capacità dell'impresa di continuare a operare come una impresa in funzionamento" dunque in presenza di alternative realistiche alla liquidazione (24).

Aggiunge, per quel che qui rileva (25):

"Nel determinare se il presupposto dell'impresa in funzionamento è applicabile, la direzione aziendale deve tenere conto di tutte le informazioni disponibili relativamente al prevedibile futuro, che dovrebbe essere almeno relativo, ma non limitarsi, ai dodici mesi dopo la data di riferimento del bilancio. Il grado dell'analisi dipende dalle specifiche circostanze di ciascun caso. Quando l'impresa ha una storia di redditività e di facile accesso alle risorse finanziarie, la conclusione che il presupposto della continuità aziendale sia pertinente può essere raggiunta senza dettagliate analisi. In altri casi, la direzione aziendale potrebbe aver bisogno di considerare una vasta gamma di fattori relativi alla redditività attuale e attesa, ai piani di rimborso dei debiti e alle potenziali fonti di finanziamento alternative, prima di ritenere che sussista il presupposto della continuità aziendale".

Analogamente, il Principio di revisione 570 al 2 prevede:

"il bilancio è redatto assumendo che l'impresa operi e continui ad operare nel prevedibile futuro come un'entità in funzionamento. I bilanci redatti per scopi di carattere generale sono predisposti utilizzando il presupposto della continuità aziendale, a meno che la direzione intenda liquidare l'impresa o interromperne l'attività o non abbia alternative realistiche a tali scelte ...".

E al 5:

"La valutazione della capacità dell'impresa di continuare ad operare come un'entità in funzionamento effettuata dalla direzione comporta una valutazione, in un dato momento, 1 IAS 1, Presentazione del bilancio, paragrafi 25-26. 1-bis OIC 29, Cambiamenti di principi contabili, cambiamenti di stime contabili, correzione di errori, fatti intervenuti dopo la chiusura dell'esercizio, paragrafo 59 c). 4 sull'esito futuro di eventi o circostanze per loro natura incerti. Ai fini di tale valutazione rilevano i seguenti fattori: - il grado di incertezza associato all'esito di un evento o di una circostanza aumenta significativamente quanto più l'evento, la circostanza ovvero l'esito si collocano in un futuro lontano. Per questo motivo, la maggior parte dei quadri normativi sull'informazione finanziaria che richiedono esplicitamente una valutazione da parte della direzione specificano anche il periodo in relazione al quale essa deve prendere in considerazione tutte le informazioni disponibili; - le dimensioni e la complessità dell'impresa, la natura e

le circostanze della sua attività e la misura in cui è soggetta all'influenza di fattori esterni, sono elementi che influiscono sulla valutazione circa l'esito di eventi o circostanze; - qualsiasi valutazione sul futuro si basa sulle informazioni disponibili nel momento in cui viene formulata. Eventi successivi possono dar luogo a esiti non coerenti con valutazioni che erano invece ragionevoli al momento della loro formulazione".

Nelle annesse "Linee guida", sono poi elencati "Eventi o circostanze che possono far sorgere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come un'entità in funzionamento", con la precisazione preliminare che "A3. Seguono esempi di eventi o circostanze che, considerati individualmente o nel loro complesso, possono far sorgere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come un'entità in funzionamento. Tale elenco non è esaustivo e la presenza di uno o alcuni degli elementi riportati di seguito non implica necessariamente l'esistenza di un'incertezza significativa".

Gli esempi di eventi/circostanze che possono fare sorgere dubbi sulla continuità aziendale, sono una ventina, tra indicatori finanziari, gestionali ed "Altri".

Con l'avvertenza che: "La rilevanza di tali eventi o circostanze può spesso essere attenuata da altri fattori. Ad esempio, il fatto che un'impresa non sia in grado di saldare i debiti ordinari può essere compensato da un piano della direzione volto al mantenimento di adeguati flussi di cassa con strumenti alternativi, quali la cessione di attività, la rinegoziazione dei termini di pagamento dei prestiti o l'aumento di capitale. Analogamente, la perdita di un importante fornitore può essere attenuata dalla disponibilità di un'adeguata fonte alternativa di approvvigionamento".

Orbene, se si confronta la nozione di continuità aziendale quale risultante dalle fonti di prassi contabile sopra indicate e la fattispecie normativa di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2 c.c., ci si avvede ben presto di quanto segue.

- La fattispecie di scioglimento attiene ad una valutazione circa una situazione attuale, definitiva ed irreversibile in cui versa la società, mentre la valutazione circa la sussistenza o la mancanza di continuità aziendale è di natura prospettica, cioè ha a che fare con previsioni circa il futuro della società in un determinato arco temporale (12 mesi), e, come tale, attiene ad una situazione non definitivamente cristallizzata ed invece tipicamente reversibile. Si tratta di prospettive valutative all'evidenza non compatibili tra loro.

- Nella "fattispecie" di continuità aziendale rientrano fattori di natura e tipologia disparate, molti dei quali *ictu oculi* estranei al tema della possibilità/impossibilità di conseguire l'oggetto sociale.

- Le fattispecie descritte dall'[art. 2484](#) c.c. sono tipiche e, come tali, esprimono un'esigenza di certezza che non pare compatibile con la natura stessa della valutazione sulla continuità aziendale come connotata nei principi contabili

sopra indicati in termini di "dubbio significativo", connotazione peraltro che ben si accorda con la natura prognostica della valutazione.

- Può accadere che un evento considerato quale "indicatore" utilizzabile per la valutazione circa la sussistenza del presupposto della continuità aziendale possa, di fatto ed in concreto, determinare la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale. Così è, ad esempio, per eventi catastrofici non adeguatamente assicurati o per la revoca di autorizzazioni amministrative a svolgere l'attività oggetto della società. Oppure, come nel caso di specie, per la risoluzione, da parte di M., del contratto di concessione dell'attività di distribuzione di autovetture recanti qual marchio, avvenuta alla fine del 2015. Tuttavia, in tal caso, è giuridicamente irrilevante, ai fini qui considerati, che esso evento determini il venir meno della continuità aziendale, essendo invece rilevante che determini la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale. E, come tale, esso deve essere specificamente allegato e provato dall'attore che deduce il suo verificarsi come causa di scioglimento della società.

Cioè, a fronte di una fattispecie così ampia e tutt'altro che tassativa descritta dalle fonti di prassi contabile, è irrilevante o addirittura fuorviante riferirsi ad essa quando si pretenda l'applicazione di norme che assumono a fattispecie rilevante eventi determinati, linguisticamente designati da significanti diversi, la cui sussistenza o meno bensì rileva ma del tutto indipendentemente dalla circostanza che essi siano eventualmente qualificabili anche in termini di "perdita di continuità aziendale". Così è, ad esempio, per l'insufficienza patrimoniale di cui all'[art. 2394](#) c.c., per la "discesa del capitale sociale sotto il minimo legale" di cui all'art. 2484 comma 1 n. 4 c.c., per il dissesto di cui art. 217, comma 1, n. 4 l.f. (art. 217, comma 1, n. 4 c.c.i.), per l'insolvenza di cui all'art. 5 l.f. (art. 2 let. b c.c.i.).

E così è anche per la situazione di "definitiva perdita della continuità aziendale", di individuazione pratica e priva di referente normativo preciso, quando, come spesso accade, riferita ad un disequilibrio finanziario tale che l'attività svolta risulterebbe irreversibilmente programmata alla distruzione di ricchezza e alla traslazione del rischio di impresa sui creditori o sia fotografata da bilanci prospettici che presentano cash flow negativi e in presenza di indici economico-finanziari negativi dai quali emergerebbe che l'impresa non è più in condizioni di continuare a realizzare le proprie attività.

In tali casi la "definitiva perdita di continuità aziendale" o si risolve in realtà nelle diverse fattispecie normativamente previste di insufficienza patrimoniale, perdita del capitale sociale, insolvenza, dissesto, oppure, ma con diversa rilevanza rispetto al passato, si identifica in una manifestazione di quella prevista dall'[art. 2086](#), comma 2, c.c. che tuttavia non riguarda lo scioglimento della società.

- La sistematica del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza significativamente conferma il quadro interpretativo appena descritto.

Invero la fattispecie di perdita della continuità aziendale è posta dai principi fondanti previsti in materia - quelli stabiliti dal nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c. - a presupposto dell'obbligo di reazione degli amministratori, in forma di adozione ed attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento, in vista del "recupero della continuità aziendale". Con il che è ribadita sia la natura prognostica del relativo giudizio che la sua reversibilità, connotati questi propri anche del concetto di crisi aziendale, quale definito dall'art. 2, let. a) c.c.i.

A tal proposito, in ordine al rapporto tra "crisi" e "perdita di continuità aziendale" letto nel quadro della descrizione di quest'ultima situazione quale restituita dai citati principi contabili e di revisione, non si può mancare di osservare che la prima fattispecie, per come definita, assorbe in sé molti, se non tutti, i parametri finanziari che quei principi ascrivono invece alla "continuità aziendale". Se ne ricava che, sul piano normativo, la situazione di "perdita di continuità aziendale" è definibile per sottrazione dai parametri, criteri ed indicatori previsti dai principi contabili e di revisione, di tutte quegli eventi / situazioni di natura finanziaria che oggi vanno ricondotti alla fattispecie "crisi" di cui all'art. 2, let a) cit.

Ugualmente, situazioni "deficit patrimoniale" o "capitale ridotto al di sotto dei limiti legali" andranno ascritte non già alla fattispecie "perdita di continuità aziendale", essendo piuttosto da ricondurre, per quel che qui rileva, alla fattispecie di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4 c.c.

Né si tratta di distinzioni nominalistiche o inutili, poiché alle diverse fattispecie sopra indicate sono collegate discipline ben diverse in relazione ai poteri e doveri degli amministratori, dei sindaci, dei soci, con altrettanto diverse discipline delle loro responsabilità risarcitorie.

- La lettera delle innovazioni apportate dal "codice della crisi" all'art. 2484, comma 1, c.c., non fa confermare ulteriormente, a contrario (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*), la superiore ricostruzione ermeneutica. È stata aggiunta una fattispecie ulteriore di scioglimento della società data dalla apertura delle procedure di liquidazione giudiziale e controllata (n. 7 bis). Orbene, considerata l'importanza conferita alla situazione di perdita della continuità aziendale nella sistematica del diritto della crisi e la considerazione della liquidazione come *extrema ratio*, sembra ovvio inferirne che, se il legislatore avesse voluto fare anche della prima una causa di scioglimento della società l'avrebbe detto, inserendo un'altra ipotesi oltre l'unica invece aggiunta.

- Lungi dal rivelarsi nominalistico, l'argomento da ultimo espresso ben si accorda con l'intenzione del legislatore, essendo del tutto disfunzionale, in vista del "recupero della continuità aziendale", prevedere che quando essa fosse persa, la società versi in stato di scioglimento, con il conseguente sorgere, in capo agli amministratori, non solo dell'obbligo di attuazione di uno degli strumenti di soluzione della crisi previsti a quel fine, ma anche dell'insorgere della fase

liquidatoria ex artt. 2485 e ss. c.c., comportante di per sé dissoluzione di ricchezza ed assai più difficilmente reversibile ex art. 2487 ter c.c.

Alla stregua delle superiori considerazioni risulta l'estraneità della situazione di "perdita di continuità aziendale" alla fattispecie di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2 c.c.

Nel caso di specie, il Fallimento attore - peraltro con allegazioni del tutto generiche, non precisamente ricavabili a mezzo di altrettanto generici richiami alla Relazione (...) ed alla Relazione ex art. 33 l.f. - ha inteso ricondurre la "perdita di continuità aziendale" - sub specie di disequilibrio finanziario/incapacità prospettica di adempiere alle obbligazioni/indicatori di bilancio negativi/non realizzazione degli assunti del piano di rilancio-risanamento del 2010/falsificazione di bilanci (Relazione (...) 5.4, 6.2.1.) - alla fattispecie di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2 c.c. per desumerne l'inadempimento da parte degli amministratori degli obblighi di cui agli artt. 2485 e ss. c.c. e, in particolare, di quello di gestione esclusivamente conservativa di cui all'art. 2486, commi 1 e 2, c.c.

Alla luce della superiore ricostruzione, non potendosi sussumere la prospettazione di perdita di continuità aziendale quale allegata - peraltro in modo generico ed impreciso - da parte attrice nella fattispecie di cui all'art. 2484 comma 1, n. 2 c.c., risulta insussistente lo stato di scioglimento di S. sulla base del quale il Fallimento ha fondato l'allegazione degli inadempimenti prima degli amministratori ai loro doveri gestori e poi dei sindaci ai loro doveri di vigilanza, controllo e reazione, inadempimenti tutti che, per come allegati, dunque non sussistono.

Ne consegue il rigetto della domanda attorea.

Rimangono assorbite le deduzioni/domande relative agli addebiti di *mala gestio, ut supra* indicati sub I.2., considerata la loro natura dichiaratamente strumentale rispetto alla domanda risarcitoria qui considerata e la mancata formulazione di autonoma domanda risarcitoria che su di essi si fondasse.

IV. La domanda risarcitoria proposta dal Fallimento *ut supra* sub (...). Rigetto.

Il fallimento ha formulato domanda risarcitoria relativamente a:

""... b) un danno derivante dall'omessa vigilanza sulle modalità di apparente esecuzione dell'aumento del capitale sociale deliberato in data 29.6.2015, quantificato (in ragione delle sole attività distrattive poste in essere dal socio apparente I. s.r.l e dai soggetti ad essa collegati, come riepilogate a pagina 31 in atto di citazione) in Euro 447.548,07 ..." (v. I.).

Orbene, per come la domanda è formulata emerge una evidente discrasia tra comportamento negligente ascrivito ai sindaci (la "omessa vigilanza sulle modalità di apparente esecuzione dell'aumento del capitale sociale deliberato in data 29.6.2015") e i danni richiesti.

Questi, infatti, deriverebbero dalle seguenti operazioni, riportate a pag. 46 della Relazione (...) ed a pg. 32 della citazione:

Omissis

In particolare, nella Relazione (...) il danno per Euro 447.548 è direttamente ricollegato non già all'operazione di aumento di capitale deliberato il 29 giugno 2015 in se stessa considerata, bensì ad "operazioni successive" cioè a "condotte pregiudizievoli poste in essere dal dott. (...) e dai soggetti allo stesso riconducibili ai danni di S.", essendo il B. il dominus del socio I. s.r.l. subentrato a seguito della sottoscrizione di quell'aumento di capitale. Ivi si legge:

"Il Curatore ha dettagliato nella propria relazione anche le specifiche condotte di depauperamento patrimoniale poste in essere dal Dott. B. ed i soggetti a lui riconducibili (Sig. (...) e Sig. (...), già noti al tempo, alla cronaca nazionale, per i fatti riguardanti il fallimento del V.C., di cui il Sig. (...) era socio di maggioranza, e per le trattative messe in atto per l'acquisizione del Bologna Calcio, mai eseguita): - "l'imposizione del Sig. (...) quale "responsabile vendite" di S., per un corrispettivo di Euro 14.000,00 mensili (fatturate alla Fallita da I. con causale "messa a disposizione della nostra risorsa (...)") - l'ottenimento del noleggio a (...), per le quali quest'ultima mai provvedeva al versamento dei canoni, viceversa disponendo delle stesse per la vendita a terzi (come riconosciuto dall'amministratore di (...) Sig. (...) nella mail in data 10.7.2015 indirizzata al Dott. (...) che si allega - v. allegato n. 34); - soprattutto, intratteneva ripetuti rapporti con (...) rappresentando alla stessa il "piano di rilancio" di S.. L'ammontare del danno prodotto è ricostruito dal Curatore in Euro 477.548,07, secondo i dettagli di cui all'allegato n. 39 alla relazione *ex art. 33 L.F.*, riepilogati nella seguente tabella (pag. 37 della relazione *ex art. 33 L.F.*)".

Se ne ricava immediatamente ed inequivocabilmente che nessuna delle operazioni commerciali ivi descritte è riconducibile alla condotta contestata dall'attore ai convenuti, cioè appunto l'omessa vigilanza sulla (precedente) operazione di ricapitalizzazione.

L'evidentissima carenza di nesso causale tra la condotta contestata ed i danni che ne sarebbero in tesi derivati è dirimente nel senso del rigetto della domanda attorea.

In ogni caso, anche volendo riferire -ma non si vede come - l'omesso controllo negligente dei sindaci non già all'operazione di ricapitalizzazione, ed invece a condotte degli amministratori poste in essere dopo l'aumento di capitale in rapporto con soggetti terzi gravitanti a vario titolo in S. poiché in vario modo legati al B. e ad I., comunque si giungerebbe ad un esito reiettivo della domanda attorea.

Invero - a prescindere dall'eccepta carenza di prova per mancata produzione della documentazione sottostante, talché l'allegazione attorea si ridurrebbe ad un elenco autoformato - anzitutto non è stato nemmeno dedotto

che il Collegio Sindacale abbia assunto (né dovesse o potesse assumere, non avendone titolo) alcun ruolo nella formalizzazione e nella gestione dei rapporti contrattuali di cui si discute.

In secondo luogo, rientrando peraltro la sottoscrizione dei contratti suddetti nell'oggetto sociale di S. S.p.a. e nell'ordinaria attività operativa aziendale, i sindaci ben difficilmente, pur agendo con diligenza, avrebbero potuto avvedersi di anomalie, peraltro processualmente non allegate e comunque verificatesi solo in fase di esecuzione contrattuale.

Infine, la questione dei mancati pagamenti dei canoni di leasing delle autovetture, in assenza di particolari indici di allarme - nemmeno allegati da parte attrice - non avrebbero potuto essere utilmente rilevati dai sindaci, rientrando tale eventualità nel normale rischio imprenditoriale.

Tali valutazioni sono viepiù confermate dal fatto che si tratterebbe di condotte distrattive/dissipative, di natura dolosa e fraudolenta, commesse in concorso tra amministratori e soggetti terzi, il che renderebbe obiettivamente arduo ipotizzare una concorrente responsabilità colposa ed omissiva dei sindaci.

Dalle superiori considerazioni risulta l'infondatezza della domanda, che deve dunque essere rigettata.

- La complessità della vicenda economico-aziendale di cui si discute, il previo espletamento da parte del fallimento di una CTP e la natura della decisione, in cui la componente processuale ha spiegato un ruolo rilevante, non consentono di ritenere integrati i presupposti della domanda, formulata dai convenuti, di condanna del fallimento attore *ex art. 96 c.p.c. (Omissis)*

L'ESERCIZIO ANTIECONOMICO DELL'ATTIVITÀ DI IMPRESA IMPEDISCE IL "CONSEGUIMENTO" DELL'OGGETTO SOCIALE?

SABRINA MASTURZI
Professore associato
nell'Università di Ferrara

1. – Con il provvedimento che si annota la giurisprudenza di merito torna a occuparsi¹ della sussumibilità della perdita della continuità aziendale nella causa di scioglimento per sopravvenuta impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale (art. 2484, comma 1, n. 2, c.c.).

La sentenza origina dall'azione di responsabilità promossa dal curatore nei confronti del collegio sindacale di società fallita e si fonda sull'addebito agli amministratori, e ai sindaci per omessa vigilanza, per

¹ Tra i precedenti cfr. Trib. Milano, 19 aprile 2016, in *Il societario*, agosto 2016; Trib. Milano, 7 maggio 2012, in *Società*, 2012, p. 839.

illecita prosecuzione dell'attività economica in chiave non conservativa nonostante la perdita della continuità aziendale che, ad avviso del ricorrente, integra la richiamata causa di scioglimento.

Accogliendo le eccezioni mosse dai convenuti alle prospettazioni di parte attrice, il Tribunale adito concludeva per la infondatezza in diritto della domanda risarcitoria assumendo, per ciò che interessa le brevi note che seguono, che:

a) la situazione di perdita di continuità aziendale, e in generale l'esercizio antieconomico dell'attività sociale, sono estranei all'area applicativa della fattispecie di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2, c.c., rientrando in essa la sopravvenuta impossibilità di conseguire non già lo scopo sociale, ossia la realizzazione di un profitto, bensì l'oggetto sociale;

b) la perdita della continuità aziendale si era verificata solo pochi mesi prima della dichiarazione di fallimento e, peraltro, a seguito del mancato perfezionamento di un aumento di capitale e della risoluzione del contratto di concessione dell'attività di distribuzione di autovetture, nella quale si sostanzialmente l'oggetto della fallita. Circostanze, queste, al verificarsi delle quali l'organo di controllo aveva correttamente e prontamente reagito, intimando agli amministratori l'immediata convocazione dell'assemblea per l'adozione degli opportuni provvedimenti che di lì a poco si sarebbero succeduti: la messa in liquidazione della società (febbraio 2016) e la dichiarazione di fallimento (marzo 2016).

2. – È convincimento abbastanza diffuso, sebbene ancora minoritario, quello per cui il venir meno della continuità aziendale integra gli estremi della causa di scioglimento (*ex* art. 2484, comma 1, n. 2, c.c.) per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale², per tale

² In dottrina, nel presupposto del rilievo solutorio del venir meno della continuità aziendale cfr., *ex multis*, E. BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nelle società per azioni*, Milano, 1995, p. 93; G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 223 s.; N. DE LUCA, *Riduzione del capitale ed interessi protetti. Un'analisi comparatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 563; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 627, nota 73; M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli amministratori*, Milano, 2017, p. 71 ss.; F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 1087 ss. e 1091 ss.

Prima della riforma del 2003, cfr. G. COTTINO, *Diritto commerciale*, 1, II, Padova, 1994, p. 242; R. WEIGMANN, *La liquidazione delle società davanti al giudice del lavoro*, Milano, 1985, p. 17, n. 2.

intendendosi quindi non solo l'impossibilità di fatto e giuridica, bensì anche economica, di continuare a realizzare l'attività programmata.

A fronte di tale prospettiva interpretativa sta, invece, una lettura restrittiva della causa *de quo*, proposta in considerazione del rilievo solutorio della stessa e della contraria tendenza normativa alla salvaguardia dei valori e degli interessi sottesi alla conservazione delle attività imprenditoriali: ciò di cui vi è, infatti, evidenza, nella disciplina dello scioglimento delle società di capitali, nel riconoscimento della possibilità di continuare l'impresa anche durante la liquidazione, e nella norma che subordina l'operatività del procedimento dissolutivo alla mancata adozione da parte della assemblea delle modifiche statutarie idonee a neutralizzare (anche) la fattispecie in esame³.

In questa ottica, per l'appunto conservativa, si inserisce l'esegesi riduttiva della causa di scioglimento per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale, che si esprime: *i*) nel confinamento della fattispecie alle sole ipotesi in cui lo statuto indichi in modo sufficientemente circostanziato l'attività dedotta nell'oggetto sociale (le cd. imprese *unius negotii* o con oggetto sociale analiticamente indicato), escludendo così, non solo i casi (meno meritevoli) di oggetto sociale generico, ma anche quelli diffusi nella prassi che, per ragioni di funzionalità, tendono a declinare l'oggetto sociale in modo permanente o plurimo⁴; *ii*) nel riconoscimento del rilievo dissolutivo alla sola impossibilità (giuridica o materiale) dell'oggetto sociale che assuma peraltro carattere oggettivo, assoluto, irreversibile e definitivo: ciò che, in via esemplificativa, si attaglia alle ipotesi di revoca o cessazione dell'autorizzazione amministrativa all'esercizio dell'attività, all'istituzione di una riserva di

In giurisprudenza, Trib. Firenze, Sez. Spec. Impr., 21 dicembre 2021, n. 3302; Trib. Palermo, Sez. Spec. Impr., 8 marzo 2023, n. 1130.

³ G. NICCOLINI, Art. 2485 c.c., in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 2485; G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale*, cit., p. 225 s., ntt. 96-97; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria*, cit., p. 628, nt. 74; M. CENTONZE, Art. 2484, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa-G.B. Portale, a cura di M. Campobasso-V. Cariello-U. Tombari, Milano, 2016, p. 2860.

⁴ Trib. Roma, 16 febbraio 2016; G. FERRI jr-M. SILVA, *In tema di conseguimento dell'oggetto sociale e scioglimento delle società di capitali*, in Studio del Cons. Naz. Notariato del 9 settembre 2014, n. 237-2014/I, p. 8 ss.; G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione delle società per azioni*, nel *Tratt. delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1997, 7***, p. 265 ss.; P. BALZARINI, Art. 2484 c.c., in *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali. Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti-L.A. Bianchi-F. Ghezzi-M. Notari, a cura di L.A. Bianchi e G. Strampelli, Milano, 2016, p. 17.

legge per l'attività esercitata, nonché ad eventi materiali che precludono qualsiasi attività operativa⁵.

Alla luce di tale lettura, rimane da verificare se, anche in considerazione del reinserimento della liquidazione giudiziale tra le cause di scioglimento delle società di capitali - che potrebbe sottendere il rilievo normativo delle condizioni dell'impresa a garantire la prosecuzione dell'attività - le sopraggiunte difficoltà economico-finanziarie, e segnatamente l'incapacità di produrre utili, se non proprio la perdita della continuità aziendale, risultino sufficienti ad integrare la causa di scioglimento per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale; se, quindi, ammesso che l'abbiano mai avuta, abbia ancora senso, e nella positiva a quali condizioni, configurare una sorta di impossibilità "economica" di realizzazione dell'oggetto sociale, idonea ad avvalorare una interpretazione estensiva della fattispecie. L'interesse dell'interprete verso questa materia attiene: i) alle ripercussioni che l'eventuale inclusione dell'esercizio diseconomico dell'attività tra le cause legali di scioglimento produrrebbe sulla sfera dei doveri e delle responsabilità degli organi sociali; ii) alla sindacabilità nel merito della delibera di scioglimento anticipato allorquando in essa si dia atto dell'essersi verificato un fatto che si ritenga per legge provocare la fine della società, facendolo assurgere a presupposto logico-giuridico della delibera, di tal che la sua reale sussistenza diviene condizione di legittimità della decisione che, quindi, non solo è soggetta al riscontro del notaio ed eventualmente del tribunale in sede di omologazione, ma è impugnabile allorquando si fondi su un evento solutorio invero inesistente. In tal caso, il rischio del rifiuto del deposito della delibera per l'iscrizione o dell'omologazione, come anche quello dell'accoglimento di un'eventuale impugnativa, sarebbe scongiurabile ponendo l'antieconomicità della gestione oggetto di una specifica previsione contrattuale di scioglimento, *ex art. 2484, comma 1, n. 7, c.c.*, ovvero assumendo la decisione di liquidazione anticipata, ai sensi dell'*art. 2484, comma 1, n. 6, c.c.*

Come da tempo autorevolmente evidenziato, il dubbio se quella connessa all'oggetto sociale sia un'impossibilità solo giuridico-materiale o anche economica, origina dall'ambiguità lessicale⁶ dell'*art. 2484*,

⁵ Cass., 15 luglio 1996, n. 6410; Cass., 6 aprile 1991, n. 3602; Cass., 21 luglio 1981, n. 4683; Trib. Roma, 16 febbraio 2016; Trib. Napoli, 25 maggio 2011, in *Società*, 2012, p. 387 ss.; Trib. Lecco, 19 febbraio 2007, *ivi*, p. 1027 ss. In dottrina, tra gli altri, cfr. G. NICCOLINI, *Scioglimento*, cit., p.268 ss.; G. FERRI jr-M. SILVA, cit., 7; P. BALZARINI, cit., 17 ss.).

⁶ G. FERRI jr., M. SILVA, *In tema di impossibilità*, cit., p. 2, richiamando C. MONTAGNANI, *Crisi dell'impresa e impossibilità dell'oggetto sociale*, in *Riv. dir. comm.*,

comma 1, n. 2, c.c., che ha, nel tempo, indotto una confusione altresì pure concettuale tra le nozioni di oggetto e di scopo sociale; ciò da cui è derivata la tendenza a qualificare l'incapacità di produrre utili, e dunque per l'appunto un lucro, in termini di impossibilità di realizzare l'attività programmata. Che vi sia un legame indissolubile tra l'oggetto sociale e lo scopo lucrativo non è certo revocabile in dubbio: l'attività è strumentale all'obiettivo sotteso all'investimento in una partecipazione societaria di generare e poi quindi dividere utili, cosicché, mancando la prima, sarebbe impossibile conseguire i secondi e, anzi, neanche sarebbe concepibile onorare il requisito della economicità della gestione che qualifica giuridicamente l'impresa. Inferire, tuttavia, da ciò che anche l'antieconomicità della gestione ovvero la perdita della continuità aziendale ovvero, più genericamente, la non proficuità dell'affare o l'impossibilità di realizzare un lucro, configuri altresì l'impossibilità (allora economica) di conseguire l'oggetto sociale, non è (o, quantomeno, non sempre) sostenibile, tanto sotto il profilo giuridico che economico-aziendale⁷.

3. – Che l'antieconomicità della gestione possa di per sé integrare la causa di scioglimento per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale è idea non condivisibile anche considerando la fattispecie ben più grave di crisi consistente nelle condizioni irreversibilmente programmate alla distruzione di ricchezza e alla traslazione del rischio di impresa su creditori e terzi: nelle situazioni, cioè, che possono sussumersi nella fattispecie dell'insolvenza (art. 2, comma 1, lett. b) CCII). Tale considerazione non appare contraddetta dalla scelta normativa di ripristinare l'apertura della liquidazione giudiziale tra le cause di scioglimento, dopo che la riforma del diritto delle società di capitali

2013, I, p. 245, ove, peraltro, la ricostruzione storica della volontà del legislatore del 1882, come di quello del 1942, di volersi riferire, nella norma, all'oggetto, e non allo scopo, il termine "conseguire" attagliandosi più correttamente solo al primo, con l'esito di voler considerare causa di scioglimento l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale e non l'impossibilità di conseguirlo utilmente.

⁷ G.C. FRÈ, *Società per azioni. Art. 2325-2461, nel Commentario del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 848; A. MAISANO, *Lo scioglimento delle società*, Palermo, 1967, p. 109; C. MONTAGNANI, *Disfunzione degli organi collegiali e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale*, Milano, 1993, part. p. 116 ss., richiamata in senso adesivo da G. NICCOLINI, *Scioglimento*, cit., p. 270 ss.

Post-riforma, cfr. P. BALZARINI, *Sub art. 2484, in Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, nel *Commentario alla riforma delle società*, a cura di L.A. Bianchi e Strampelli, Milano, 2016, p. 18, pur senza motivazione.

aveva espunto il fallimento dall'elencazione di cui all'art. 2484 c.c.⁸ Quella scelta era stata accolta con favore dalla dottrina più consapevole⁹, contraria all'idea della valenza *ex se* dissolutiva della procedura concorsuale, oggi peraltro smentita da diverse disposizioni del Codice della crisi e del diritto societario: *i*) la norma (art. 211, commi 2 e 3, CCII) che consente l'esercizio dinamico, diretto o indiretto, dell'attività quale misura strumentale alla conservazione della continuità aziendale e dell'organismo produttivo, ai fini della migliore liquidazione possibile; *ii*) la disposizione che, consentendo di chiudere la procedura con l'omologazione di un concordato (art. 240 ss., CCII), permette operazioni straordinarie capaci, compatibilmente con la primaria finalità satisfattiva, di assicurare la conservazione dell'impresa, ma anche la prosecuzione dell'attività da cui attingere i flussi finanziari necessari a soddisfare, almeno in parte, i creditori; *iii*) la norma che, chiusa la procedura ai sensi delle lett. *a*) e *b*) dell'art. 233, co. 1, CCII, prevede che il curatore debba convocare l'assemblea ordinaria dei soci per le deliberazioni necessarie ai fini della ripresa dell'attività o della sua cessazione¹⁰, mentre negli altri casi di chiusura non satisfattiva (lett. *c*) e *d*), dell'art. 233, comma 2, CCII), alla cancellazione della società dal registro delle imprese il curatore potrà provvedere solo quando vi sia stata l'integrale liquidazione del patrimonio e la completa definizione dei rapporti sociali, non sia stata concessa l'esdebitazione e i soci non abbiano inteso riattivare la società¹¹

⁸ Contrari all'idea che il fallimento integrasse comunque gli estremi della causa dissolutiva dell'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale: C. MONTAGNANI, *Disfunzione degli organi collegiali*, cit., p. 92 ss.; G. NICCOLINI, *La nuova disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell'estinzione delle società di capitali*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, p. 224, che correttamente riconduceva l'espunzione della procedura concorsuale dalle cause di scioglimento all'abbandono della *ratio* sanzionatoria, sottesa alla valenza dissolutiva che l'impianto della legge fallimentare del '42 annetteva al fallimento. Nel senso opposto, già prima, G. FERRI sr., *Le società*³, nel *Tratt. Vassalli*, Torino, 1987, X, 3, p. 313.

⁹ G. NICCOLINI, *La nuova disciplina dello scioglimento*, cit., p. 224; A. PACIELLO, *Art. 2484*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro, Torino, 2003, 3, p. 239; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*⁶. *Le procedure concorsuali*, Bologna, 2023, p. 344 s. Ne auspicava, tuttavia l'eliminazione, già F. DI SABATO, *Fallimento ed estinzione delle società*, Napoli, s.d., ma 1967, p. 54.

¹⁰ Analogamente, peraltro, dicasi, della chiusura anticipata in pendenza di giudizi (art. 234, comma 6, CCII).

¹¹ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *op. ult. cit.*, p. 351, ove anche l'osservazione per cui, sebbene l'obiettivo del legislatore della riforma sia stato quello di tornare alla situazione ante 2003, che non vedeva alcuna distinzione di regime, per il profilo che qui interessa, fra i diversi tipi societari, neppure tale scopo è stato invero raggiunto, tenuto conto che l'art. 380, reintroducendo la liquidazione giudiziale e, coerentemente, anche la liquidazione controllata, non ha, tuttavia, previsto anche

(art. 233, co. 2, prima parte); iv) la disposizione che estende anche alle società il beneficio dell'esdebitazione, con il che la liberazione dai debiti residui all'esito della liquidazione giudiziale o controllata senza dubbio agevola, sussistendo le condizioni, la prosecuzione dell'attività (art. 278); v) la permanenza, durante la procedura concorsuale, degli organi sociali i quali, infatti, nonostante il ridimensionamento delle competenze, provocato dallo spossessamento, conservano il potere di deliberare modificazioni dell'atto costitutivo, ivi compreso l'aumento del capitale sociale e altre misure che possano favorire il ripristino dell'operatività e della funzionalità dell'impresa. Con riferimento, poi, all'apertura della liquidazione cd. volontaria, non può mancarsi di ricordare che, anche quando provocata dall'apertura della liquidazione giudiziale, essa può sempre essere revocata eliminando la causa di scioglimento e ripristinando l'esercizio dell'attività, ove interrotto, attraverso l'accesso agli istituti del Codice della crisi e la realizzazione di un piano di risanamento pure volto al ripristino delle condizioni necessarie ad assicurare la prosecuzione dell'impresa.

La liquidazione giudiziale (al pari del fallimento) non costituisce, dunque, né ha mai rappresentato, un evento che incide radicalmente e definitivamente sulla struttura, sul funzionamento o sulla esistenza della società, tale da dover condurre inevitabilmente alla sua estinzione o cessazione. D'altro canto, il blocco della gestione del patrimonio e dell'esercizio dell'attività cade inevitabilmente solo sulla sfera del debitore (e dell'organo amministrativo) e, peraltro, per il periodo limitato alla durata della procedura, con l'esito di non essere idoneo, in quanto tale, a determinare necessariamente la fine dell'ente¹².

Tali considerazioni non sono smentite dalla scelta normativa di ripristinare la liquidazione giudiziale tra le cause di scioglimento delle società di capitali¹³, atteso che, come anticipato, l'effetto estintivo sull'impresa al più dipende dall'esito della liquidazione concorsuale¹⁴,

il provvedimento dell'autorità governativa (come nel vecchio art. 2448, co. 2 c.c.): la nuova disciplina origina, pertanto, una nuova disomogeneità rispetto al passato.

¹² Così A. NIGRO, *Liquidazione giudiziale e scioglimento delle società nel decreto correttivo del Codice della crisi*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2021, p. 32 ss.; Id. in A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi*⁶, cit., p. 346 s.

¹³ In questo senso G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, p. 344; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi*⁶, cit., p. 346 s.

¹⁴ Qualunque evento dissolutivo, d'altro canto, costituisce solo il primo degli elementi di una fattispecie a formazione progressiva o complessa diretta a produrre l'estinzione della società, donde lo scioglimento è termine che allude alla fase statica del mero verificarsi della causa dissolutiva, mentre la liquidazione

dall'idoneità cioè di questa a incidere a tal punto sulla struttura e sul funzionamento della società, da determinarne la fine. D'altro canto, la stessa opzione normativa di riconoscere all'insolvenza e, anzi all'apertura della procedura concorsuale della liquidazione giudiziale, una propria autonomia rispetto alle altre fattispecie dissolutive, smentisce, anziché confermarla, la tendenza a equiparare, sotto il profilo dell'ineluttabilità dell'esito, l'insolvenza all'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale: la previsione di entrambe le fattispecie nell'art. 2484 c.c. induce, infatti, a escludere che il perfezionamento di una di esse valga, di per sé, ad integrare anche l'altra¹⁵; e, come si è già avuto modo di dire, non sono le cause di scioglimento in sé a decretare la fine della società e dell'impresa, essendo a tal fine comunque necessaria la fase della liquidazione, ossia della definizione dei rapporti societari in essere.

Considerazioni analoghe possono essere avanzate con riferimento a uno dei (forse il più frequente dei) sintomi¹⁶ di una crisi in atto, ossia la perdita del capitale minimo (art. 2484, comma 1, n. 4, c.c.) la cui efficacia dissolutiva è tuttavia risolutivamente condizionata¹⁷ alla delibera assembleare di ricapitalizzazione – salvo che la società non intenda accedere ad uno strumento di ristrutturazione previsto dal Codice della crisi - o di trasformazione. La relazione fra perdita del capitale minimo e

attiene al momento dinamico, successivo, nel quale occorre assumere le decisioni di cui all'art. 2487 c.c. e procedere alla pubblicità, *ex art. 2487 bis, c.c.*: così, *ex multis*, P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Scioglimento e liquidazione*, cit., p. 98, ove ampi riferimenti bibliografici.

¹⁵ Conf. G. FERRI JR., M. SILVA, *In tema di impossibilità di conseguimento*, cit., p. 4, ove la considerazione per cui l'oggetto sociale ben può essere "conseguito" anche da una società che versa in stato di insolvenza.

¹⁶ È tuttavia opinione comune e fondata che la perdita del capitale sia espressione di una crisi non già dell'impresa e del suo finanziamento, quanto piuttosto e solo dell'investimento dei soci (G. FERRI jr, *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, p. 755; A. PACIELLO, *La funzione normativa del capitale nominale*, in *Studi per F. Di Sabato*, IV, Napoli, 2009, p. 20 ss., il quale riconosce alla disciplina della riduzione obbligatoria del capitale la funzione di impedire al socio di riassegnarsi porzioni di ricchezza della società sintantoché non abbia sopportato personalmente le perdite accumulate; e che non vi sia una necessaria connessione fra perdita del capitale e solvibilità dell'impresa (L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p. 145; ma, analogamente, A. PACIELLO, *op. ult. cit.*, disconoscendo alla disciplina della riduzione obbligatoria del capitale la funzione segnaletica dell'insolvenza).

¹⁷ In questo senso, cfr. Cass. civ., 28 giugno 1980, n. 4089, in *Giur. comm.*, 1983, II, p. 262; Cass. civ., 29 ottobre 1994, n. 8928; Cass. civ., 5 maggio 1995, n. 4923, in *Riv. dir. comm.*, 1996, p. 217; Cass. civ., 22 aprile 2009, n. 9619, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 93.

scioglimento si spiega, infatti, con l'interesse generale ad eliminare dal mercato un'impresa che, senza i provvedimenti destinati a neutralizzare lo stato di crisi (naturalmente alludo alla ricapitalizzazione, essendo la trasformazione rimedio a tal fine neutro), risulta economicamente inefficiente e non in grado di risanarsi con una nuova finanza propria¹⁸.

Anche guardando alle altre cause di scioglimento (così è, ad es., della realizzazione dell'oggetto sociale, del decorso del termine, ma direi anche del recesso, ove si tenga conto dell'effetto neutralizzante della revoca della delibera che lo ha legittimato), può desumersi che a causare ineluttabilmente la dissoluzione dell'impresa, piuttosto che direttamente i nominati eventi, sia solo la scelta dei soci e degli amministratori di non contrastarli, o meglio neutralizzarli, con le misure più opportune e confacenti alle singole situazioni quali, rispettivamente, il rifinanziamento a titolo di capitale di rischio, la modifica dell'attività programmata, la posticipazione del termine di durata della società¹⁹. Provvedimenti questi solo in assenza dei quali l'evento dissolutivo acquisisce il carattere della oggettività, dell'assolutezza e della definitività che origina l'impossibilità di protrarre l'attività sociale e, per essa, l'ineluttabilità della cancellazione della società dal registro delle imprese.

4. – Come è emerso anche dal provvedimento del tribunale meneghino, il tema dei confini applicativi della causa di scioglimento per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale si è posta altresì con riferimento alle situazioni in cui lo squilibrio patrimoniale e/o economico-finanziario dell'impresa origini l'incapacità prospettica di proseguire l'esercizio dell'attività produttiva.

La circostanza di avere sin qui negato all'insolvenza, in sé, l'effetto dissolutivo di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2, c.c., favorisce l'estensione del risultato esegetico sin qui avallato allo stadio meno grave di crisi rappresentato dalla condizione di squilibrio economico-finanziario che comunemente si identifica nella perdita della continuità aziendale. Il tema merita, tuttavia, ulteriori considerazioni, tenuto peraltro conto della relativa frequenza con la quale la giurisprudenza se ne è occupata.

¹⁸ M.S. SPOLIDORO, *Il capitale sociale*, in *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, a cura di P. Abbadessa, A. Rojo, Milano, 1993, p. 86; G. OLIVIERI, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Padova, 1989, p. 130.

¹⁹ Sulla neutralizzabilità dell'insolvenza (o, meglio, del fallimento), come pure delle altre, come causa di scioglimento delle società di capitali, cfr. C. MONTAGNANI, *Crisi dell'impresa*, cit., p. 253, ma già prima in *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, Milano, 1999, p. 29 ss.

La tesi favorevole alla comprensione dell'esercizio diseconomico dell'impresa nell'area applicativa della causa di scioglimento per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale²⁰ è originata dall'adattamento della teoria della sottocapitalizzazione²¹ che, a seguito del progressivo affievolimento del ruolo comunemente ascrivito al capitale sociale, è stata riproposta supplendo al criterio patrimoniale della manifesta inadeguatezza dei mezzi propri, quello dello squilibrio economico-finanziario dell'impresa, con l'esito di collegare, in maniera pressoché *tranchant*, lo scioglimento per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale a una crisi che rende antieconomica la prosecuzione dell'attività.

Tale conclusione, per come formulata, sconta, tuttavia, una certa incoerenza sistematica rispetto ad altre scelte normative in relazione alle quali il legislatore ha dimostrato di privilegiare la conservazione dell'impresa anche rispetto a situazioni di evidente squilibrio economico-finanziario e patrimoniale. Ciò che emerge con netta evidenza, per un verso, dalla rinnovata regolazione dello scioglimento²², e, in particolare, dal collegamento dell'effetto dissolutivo alla mancata adozione di

²⁰ G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 651; G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale*, cit., pp. 223-228; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 323 ss.; F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie*, cit., p. 1074 ss., pp. 1083-1099; Id., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, p. 275-291; A.M. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016, pp. 168 ss. e 176 ss.

²¹ Nel senso che l'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale sia estensibile anche ai casi in cui la società risulta dotata di un capitale (o, più in generale, di un livello di mezzi propri) manifestamente insufficiente alla soddisfazione delle esigenze economico-finanziarie dell'attività programmata, cfr. per tutti G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 51 ss.; e poi in *Tratt. soc. per az.*, diretto da G.E. Colombo-G.B. Portale, I, 2, Torino, 2004, p. 71 ss., da cui si cita; Id., *Capitale sociale e ragionevolezza nelle società di capitali*, in G.B. Portale, *Lezioni pisane di diritto commerciale*, a cura di F. Barachini, Pisa, 2014, p. 50 ss.; Id., *La parabola del capitale sociale nella s.r.l. (dall'«importancia quasi-sacramental» al ruolo di ferro vecchio?)*, in *Riv. soc.*, 2015, 828 ss.; Id., *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con "capitale destinato"* (*Capitale sociale quo vadis?*), in *Riv. soc.*, 2010, 1237 ss.

²² Della maggiore flessibilità, e direi apertura, della disciplina dello scioglimento alle prospettive di conservazione dell'impresa sono altresì prova: i) il superamento dell'operatività di diritto delle cause di scioglimento; ii) la posticipazione degli effetti dello scioglimento all'iscrizione della dichiarazione nel registro delle imprese (art. 2484, comma 3, c.c.); iii) la sostituzione del divieto di compiere nuove operazioni con la più elastica regola di continuazione dell'impresa, pur se nei limiti di una gestione conservativa ex art. 2486 c.c.

opportune modifiche statutarie (art. 2484, comma 1, n. 2 c.c.), e della revocabilità della liquidazione (art. 2487 *ter*, c.c.), previa eliminazione della causa che l'ha originata; per altro, dalla disattivazione della causa di scioglimento per perdite del capitale minimo, qualora l'impresa decida di accedere agli strumenti di regolazione della crisi destinati a garantire il ripristino delle condizioni di operatività dell'impresa per mezzo del recupero del suo equilibrio economico-finanziario. Tale ultimo beneficio regge sul presupposto, non da tutti condiviso²³, che la neutralizzazione degli obblighi di ricapitalizzazione prescritti negli artt. 2447 e 2482 *ter*, c.c., servano a favorire il ricorso tempestivo ai percorsi, giudiziali e non, di soluzione della crisi e, quindi, a permettere il ripristino della continuità aziendale; è evidente, tuttavia, che sarebbe destinato ad essere vanificato ove la causa di scioglimento, così scongiurata, venisse rimpiazzata da quella di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2, c.c.²⁴, sostenendo che la perdita della continuità aziendale rende sempre impossibile la prosecuzione dell'oggetto sociale e, perciò, legittimi lo scioglimento della società.

Le ricadute della perdita della continuità aziendale sulla società dipendono, piuttosto, dalle caratteristiche dello squilibrio a cui si vorrebbe connettere lo scioglimento, essendo a tal fine determinante la natura, reversibile o irreversibile, dello stesso. A tal proposito, occorre considerare che i principi contabili e di revisione²⁵ condizionano il giudizio sulla permanenza della continuità aziendale a un giudizio prospettico volto a valutare "la capacità dell'impresa di continuare a operare come un'entità in funzionamento" nel "prevedibile futuro", identificabile almeno nei 12 mesi successivi; il che impone che si verifichi innanzitutto l'equilibrio economico, inteso come la capacità del sistema aziendale di garantire, attraverso i ricavi, un'adeguata remunerazione dei fattori produttivi impiegati. La presenza di una certa redditività e di un dato grado di capitalizzazione dell'impresa non è, tuttavia, sufficiente ad assicurarne l'equilibrio finanziario, sul quale, infatti, incidono negativamente le asincroniche scadenze di incassi e pagamenti ed eventuali insolvenze delle imprese clienti; d'altro canto, il conseguimento di un utile netto non genera necessariamente cassa, e la presenza in bilancio di attività e riserve di patrimonio netto non implica la sussistenza di risorse finanziarie effettivamente disponibili. Ben può verificarsi, pertanto, un disequilibrio finanziario che, in mancanza di

²³ C. MONTAGNANI, *Crisi dell'impresa*, cit., p. 258 s.

²⁴ Così C. MONTAGNANI, *Crisi dell'impresa*, cit., p. 258 s.

²⁵ Cfr. i principi contabili IAS 1, §§25-26 e OIC5, §§2.2, 2.3, 7, nonché il principio di revisione ISA Italia n. 570.

facile accesso a risorse liquide, può mettere a repentaglio la redditività, i piani di rimborso dei debiti e l'accesso ad alternative forme di finanziamento²⁶. In presenza di circostanze che, come quelle appena tracciate, possono far sorgere dubbi sulla continuità aziendale, gli amministratori devono procedere a valutare e ad accertare la reversibilità di tale condizione, dal momento che la rilevanza dei nominati eventi può essere attenuata da altri fattori²⁷ quali un piano di mantenimento di adeguati flussi di cassa attraverso mezzi alternativi come la cessione di attività non strategiche, la rinegoziazione dei termini di pagamento dei prestiti o l'aumento del capitale. Occorre, pertanto, verificare se, attraverso adeguati piani di risanamento e di ristrutturazione, finanziaria e aziendale, l'impresa possa riuscire a ripristinare la capacità reddituale connessa alla gestione caratteristica; l'eventuale impossibilità di rinegoziare o sostituire i finanziamenti scaduti, l'acclarata incapacità di saldare i debiti alla scadenza, bilanci prospettici con *cash flow* e indici economico-finanziari negativi, inefficienze della gestione idonee a provocare ulteriori perdite, la revoca dei fidi, il crescente indebitamento, l'indisponibilità dei creditori a ulteriori moratorie e la sostanziale idoneità a reperire credito e sostegno finanziario presso soci e/o terzi, costituiscono infatti il segnale dell'assenza di prospettive di riequilibrio economico-finanziario.

Non è, dunque, la perdita della continuità aziendale, in sé, a originare l'impossibilità di un'utile prosecuzione dell'attività d'impresa, quanto - piuttosto e, direi, solo - la condizione di irreversibilità di quello *status* che, tuttavia, o si risolve in determinate e autonome ipotesi legali di scioglimento (perdita del capitale minimo, apertura della liquidazione giudiziale), oppure integra la fattispecie tipizzata nell'art. 2086, comma 2, c.c. ed estranea alle ipotesi legali di liquidazione, che sancisce in capo agli amministratori l'obbligo di non esporre il patrimonio sociale al rischio di ulteriore depauperamento, in pregiudizio delle ragioni dei creditori, e di attivare gli strumenti reattivi messi a disposizione dall'ordinamento per il recupero della continuità aziendale, senza dubbio favorito dal vigente Codice della crisi attraverso la rinnovata disciplina del concordato in continuità aziendale²⁸ e, più in generale, degli strumenti di regolazione della crisi.

²⁶ Così, già M. SANDULLI, *I controlli della società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2009, p. 104.

²⁷ Cfr. le avvertenze del Principio di revisione internazionale (Isa Italia) n. 570, lett. A3.

²⁸ Si vedano, infatti, tra gli altri: i) l'eliminazione della percentuale minima di soddisfacimento dei creditori; ii) la regola per cui la finalità di tali procedure deve

Dal confronto della nozione di continuità aziendale, espressa dai Principi e dalla prassi contabili, con la fattispecie normativa di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2, c.c., emerge peraltro che, mentre quest'ultima esprime un'esigenza di certezza e, perciò, attiene a una situazione attuale, definitiva ed irreversibile, la prima implica invece una valutazione di natura prospettica: connotandosi, pertanto, in termini di dubbio significativo, consiste in una situazione non già definitiva e cristallizzata, bensì tipicamente reversibile. Alcuni fattori significativi della perdita della continuità aziendale sono, peraltro, estranei al tema della possibilità/impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, essendo piuttosto ascrivibili alla invocata nozione di crisi di cui all'art. 2, lett. a) CCII: ciò che ulteriormente contribuisce a rendere le due situazioni incompatibili fra loro o comunque non necessariamente sovrapponibili.

5. – In senso conforme a quanto sin qui avallato, si è pronunciato il Tribunale meneghino escludendo la sussumibilità della perdita della continuità aziendale nella fattispecie di cui all'art. 2484, comma 1, n. 2, c.c., per la duplice ragione che: *i*) nella norma non rientra la sopravvenuta impossibilità di conseguire - non già l'oggetto ma - lo scopo generale di ogni società commerciale, cioè la realizzazione di un profitto; *ii*) i connotati della richiamata fattispecie di scioglimento sono incompatibili con quella della (mancanza di) continuità aziendale, come definita dallo IAS n. 1 e dal Principio di Revisione n. 570. Le fattispecie descritte dall'art. 2484 c.c. sono, infatti, tipiche e, come tali, esprimono un'esigenza di certezza, incompatibile con la natura stessa della valutazione sulla

sostanziarsi nel soddisfacimento dei creditori in misura (non già superiore, come era previsto nel sistema previgente, bensì) non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale e il vantaggio assicurabile ai creditori può apprezzarsi (non già solo in termini quantitativi, bensì) anche sotto forma di altre utilità, anche indirette, derivanti dalla prosecuzione dell'attività, quali ad es. la prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali col debitore; *iii*) la norma per cui i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale; *iv*) le più ampie possibilità di gestione della continuità che, infatti, l'art. 84, comma 1, CCII, individua nella liquidazione dell'attivo, nella continuità aziendale, nell'attribuzione delle attività ad un terzo assuntore, estendendole tuttavia a "qualsiasi altra forma"; *v*) i minori controlli propedeutici all'apertura della procedura di concordato in continuità, rispetto a quelli previsti per il concordato liquidatorio, ridotti infatti alla verifica della ritualità della proposta e della manifesta inidoneità alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali. Sul tema vd., compiutamente, B. INZITARI, *Le mobili frontiere della responsabilità patrimoniale: distribuzione del valore tra creditori e soci nel concordato in continuità secondo la negozialità concorsuale del codice della crisi*, in *Dir. fall.*, 2023, I, p. 443 ss.

continuità aziendale la quale, coerentemente con la natura prognostica della valutazione, si caratterizza, invece, in termini di "dubbio significativo". Come confermato anche dal nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c., che pone la fattispecie della perdita della continuità aziendale a presupposto dell'obbligo di reazione degli amministratori mediante l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento, i connotati della fattispecie della continuità aziendale (ossia la natura prognostica del relativo giudizio e la sua natura reversibile) sono piuttosto comuni al concetto di crisi aziendale (art. 2, lett. a), CCII). Quest'ultimo, peraltro, per come definito, assorbe in sé molti, se non tutti, i parametri finanziari che i nominati principi contabili e di revisione ascrivono invece alla "continuità aziendale"; ne consegue la possibilità di definire la situazione della perdita della continuità aziendale per sottrazione da i parametri, i criteri e gli indicatori che identificano gli eventi e le situazioni di natura finanziaria ricondotti alla "crisi" (art. 2, lett. a), CCII); mentre le situazioni di "deficit patrimoniale" o di "capitale ridotto al di sotto dei limiti legali" ben possono ascrivere alla diversa fattispecie di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4 c.c.

Abstract

DOES THE UNECONOMIC EXERCISE OF BUSINESS ACTIVITY PREVENT THE "ACHIEVEMENT" OF THE CORPORATE PURPOSE?

La perdita della continuità aziendale è estranea alla causa di scioglimento per impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale: in questa non rientra, infatti, la sopravvenuta irrealizzabilità dello scopo sociale, ossia il profitto; e i suoi connotati (certezza e irreversibilità) sono incompatibili con quelli della perdita della continuità aziendale (natura prognostica del relativo giudizio e reversibilità), invece comuni al concetto di crisi aziendale, (art. 2, lett. a), CCII) che, assorbendo in sé molti indici significativi della prima, origina piuttosto l'obbligo in capo agli amministratori (e ai sindaci, nell'adempimento degli obblighi di vigilanza) di reagire mediante l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale (art. 2086, comma 2, c.c.).

The loss of business continuity is extraneous to the cause of dissolution due to the impossibility of achieving the corporate purpose: in fact, this does not include the supervening unrealizability of the corporate purpose, i.e. profit; and its connotations (certainty and irreversibility) are incompatible with those of the loss of business continuity (prognostic nature of the relevant judgment and reversibility), instead common to the concept of business crisis, (art. 2(a), CCII) which, absorbs in itself many significant indices of the first or which, as also confirmed by the new second paragraph of

Art. 2086 Civil Code, is placed as a prerequisite for the directors' obligation to react by adopting and implementing one of the instruments provided by the law for overcoming the crisis and recovering business continuity.

Corte di cassazione, Sez. Un., 5 dicembre 2023, n. 33954 (Pres. Frasca, Est. Criscuolo)

Azione di ingiustificato arricchimento – Sussidiarietà ex art. 2042 c.c. – Nozione e presupposti – Azione principale avente titolo nel contratto o in una specifica disposizione di legge ovvero contemplata da una clausola generale – Differenze.

Normativa di riferimento: Artt. 2042 c.c.

Ai fini della verifica del rispetto della regola di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., la domanda di arricchimento è proponibile ove la diversa azione, fondata sul contratto, su legge ovvero su clausole generali, si riveli carente ab origine del titolo giustificativo. Viceversa, resta preclusa nel caso in cui il rigetto della domanda alternativa derivi da prescrizione o decadenza del diritto azionato, ovvero nel caso in cui discenda dalla carenza di prova circa l'esistenza del pregiudizio subito, ovvero in caso di nullità del titolo contrattuale, ove la nullità derivi dall'illiceità del contratto per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico.

Tribunale di Milano, 6 ottobre 2023, n. 7689 (Pres. est. Gallina)

Mediazione civile e commerciale – Procura speciale – Autentica notarile – necessità – Non sussiste.

Normativa di riferimento: Art. 83 c.p.c.; art. 1392 c.c.; art. 3, comma 3, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28

La procura che conferisce ad un procuratore speciale il potere di partecipare al procedimento di mediazione non richiede di essere autenticata da notaio, richiedendosi solo che la procura abbia la stessa forma del contratto o dell'atto da concludere.

Tribunale di Torino, 15 marzo 2023 (G.I. Cirvilleri)

Udienza di discussione nel procedimento del lavoro – Trattazione scritta – Incompatibilità.

Normativa di riferimento: Artt. 127-ter, 420 c.p.c.

Nel rito del lavoro l'udienza di discussione ex art. 420 c.p.c. non può svolgersi nella forma della trattazione scritta di cui all'art. 127-ter c.p.c.

Hanno contribuito al fascicolo:

Baccaglini, Laura – Professore ordinario nell'Università di Trento

Comoglio, Paolo – Professore associato nell'Università di Genova

Durello, Laura – Ricercatore nell'Università di Ferrara

Grasso, Elena – Ricercatore nell'Università di Genova

Henke, Albert – Professore associato nell'Università di Milano

Maisto, Filippo – Professore ordinario nell'Università della Calabria

Masturzi, Sabrina – Professore associato nell'Università di Ferrara

Minneci, Ugo – Professore ordinario nell'Università di Milano

Zulberti, Martino – Ricercatore nell'Università di Milano