

Edizione di martedì 19 gennaio 2016

PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE

[Disconoscimento della scrittura privata: il dubbio non ne esclude la validità](#)

di Marco Russo

IMPUGNAZIONI

[L'estensione degli effetti dell'impugnazione del garante in favore del garantito](#)

di Domenico Cacciatore

PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

[Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione: l'ultima parola della Suprema Corte](#)

di Francesca Ferrari

PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

[Il procedimento di mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo](#)

di Carlo Cipriani

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDSUALI

[La Cassazione si pronuncia sulla \(in\)ammissibilità del concordato di gruppo](#)

di Riccardo Fava

IMPUGNAZIONI

[Improcedibile l'appello iscritto con velina: la questione alle Sezioni unite](#)

di Angelo Nicotra

PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

[L'ascolto del minore nel procedimento di separazione giudiziale](#)

di Rita Lombardi

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDATARIE

[Non vi è notevole sproporzione, che consente di sospendere la aggiudicazione, se il prezzo di aggiudicazione non è inferiore di almeno la metà rispetto al valore del bene](#)

di Alexandra Aliotta

NON SOLO DIRITTO

[Bancomat e responsabilità della banca](#)

di Fabio Fiorucci

DIRITTO BANCARIO

[Bancomat e responsabilità della banca](#)

di Fabio Fiorucci

NON SOLO DIRITTO

[I privilegi processuali del creditore fondiario](#)

di Fabio Fiorucci

PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE

Disconoscimento della scrittura privata: il dubbio non ne esclude la validità

di **Marco Russo**

Trib. Aosta, 15 ottobre 2015

[Scarica la sentenza](#)

Procedimento civile – Prova documentale – Scrittura privata – Disconoscimento – Onere – Dichiarazioni aggiunte (C.c. art. 2702; c.p.c. artt. 214, 215, 216)

[1] E' valido il disconoscimento della scrittura privata, con conseguente onere per la parte che ha prodotto il documento di chiederne la verifica giudiziale, anche nell'ipotesi in cui la parte che procede al disconoscimento aggiunga alla dichiarazione interpretazioni del significato della sottoscrizione che non ne escludono l'autenticità

IL CASO

Il convenuto procede ad una complessa contestazione dell'autenticità della scrittura privata prodotta nei suoi confronti, corredando l'affermazione di non aver mai apposto la sottoscrizione con la tesi per cui, qualora tale firma fosse risultata autentica, in ogni caso ad essa non avrebbe potuto attribuirsi altro significato che quello di una mera "presa visione" (e non di una vera e propria accettazione) della proposta contrattuale formulata nel testo.

LA SOLUZIONE

Il Tribunale di Aosta ritiene che la scrittura privata sia stata compiutamente disconosciuta ex art. 215, comma 1, n. 2 c.p.c., non ravvisandosi, nella prospettazione di interpretazioni del significato della firma, un'attenuazione degli effetti ricondotti dalla norma all'affermazione di non riconoscere la propria sottoscrizione.

LE QUESTIONI

La decisione appare in contrasto con quanto sino ad oggi statuito dalla giurisprudenza in ordine al requisito della "formalità" della dichiarazione di cui all'art. 214, comma 1 c.p.c.

Costituisce infatti massima tralatizia quella per cui la prescindibilità da "formule sacramentali" (Cass., 21 novembre 2011, n. 24456, in *Mass. Giur. it.*, 2011) non esclude la necessità di un'esplicita e incondizionata esclusione che la scrittura sia autentica.

In particolare, è stato richiesto che il soggetto che procede al disconoscimento, nell'affermare

“inequivocamente” (Cass., 19 luglio 2012, n. 12448, in *Giust. civ.*, 2012, I, 2297; Cass., 7 agosto 2003, n. 11911, in *Orient. Giur. lav.*, 2003, 598; Cass., 1° luglio 2002, n. 9543, in *Foro it.*, 2004, 237) di non aver mai sottoscritto il documento, deve rendere una dichiarazione “specificata” e “determinata” (Cass., 20 agosto 2014, n. 18042, in *Mass. Giur. it.*, 2014).

E’ stata ad esempio esclusa la validità, a tal fine, della dichiarazione di stile per cui la parte “non può fare altro che dichiarare di non conoscere la documentazione prodotta” (Cass., 15 dicembre 1988, n. 6823, in *Mass. Giur. it.*, 1988).

Neppure è ammesso, da parte della giurisprudenza, che il disconoscimento sia accompagnato da ulteriori difese tese a fornire una “diversa versione dei fatti” rispetto a quella emergente dal documento sottoscritto: la parte che ha prodotto il documento non ha onere di chiedere il giudizio di verifica quando il disconoscimento si sia limitato ad una dichiarazione “generica”, “frammista ad altre difese o meramente sottintesa in una diversa versione dei fatti” (Cass., 12448/2012, cit.).

I suddetti requisiti non sembrano ricorrere nella fattispecie decisa dal Tribunale di Aosta, nella quale il convenuto, suggerendo l’interpretazione da attribuirsi alla sottoscrizione, lungi dall’escludere aveva addirittura presupposto, sia pure in via subordinata, che la firma fosse stata da lui realmente apposta.

Infine l’approfondimento dottrinale sulla funzione c.d. dichiarativa della sottoscrizione, con ciò intendendosi l’attitudine del segno nominale a garantire l’effettiva attribuzione della paternità della scrittura a chi ne appare il sottoscrittore (v. sul punto Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960, 155), rende poco persuasivo l’ulteriore argomento sostenuto dal convenuto nel caso di specie. La pretesa “mancanza di una volontà” delle conseguenze derivanti dalla sottoscrizione è infatti “assolutamente irrilevante”, stante l’ “effetto giuridico indisponibile” che l’ordinamento fa discendere dall’apposizione del segno nominale: così Laserra, *La scrittura privata*, Napoli, 1959, 81 s. e nello stesso senso, più recentemente, Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, 453, secondo cui la firma “incorpora” nel documento “il segno stabile di identificazione del sottoscrittore”, il quale “se ne assume la paternità”.

IMPUGNAZIONI

L'estensione degli effetti dell'impugnazione del garante in favore del garantito

di **Domenico Cacciatore**

Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707

Pres. Rovelli, Rel. Frasca

[Scarica la sentenza](#)

Chiamata in garanzia – Impugnazione del garante avente ad oggetto il rapporto principale – Garanzia propria ed impropria – Rilevanza – Esclusione – Litisconsorzio necessario – Sussistenza – Estensione degli effetti anche al garantito – Sussistenza (Cod. civ., art. 1917 c.c.; Cod. proc. civ., artt. 102, 106, 331)

[1] L'impugnazione del garante volta a mettere in discussione in tutto o in parte il rapporto principale tra creditore e garantito – sia che si tratti di garanzia propria sia che si tratti di garanzia impropria, e tanto nel caso in cui la chiamata si sia esaurita nella sola richiesta di estensione soggettiva al garante dell'accertamento sul rapporto principale, quanto nel caso in cui ad essa sia stata cumulata una vera e propria domanda di garanzia – giova anche al garantito senza che sia necessaria la proposizione di impugnazione anche da parte di quest'ultimo, attesa la struttura necessaria del litisconsorzio.

CASO

[1] Il Giudice di Pace, a definizione di un giudizio promosso da un soggetto danneggiato, accoglieva le domande risarcitorie proposte dall'attore e condannava la parte convenuta e, per essa, la compagnia assicuratrice (terza chiamata in garanzia), al risarcimento del danno.

La compagnia assicuratrice proponeva appello, osservando, tra l'altro, che i danni riconosciuti non erano stati provati. Si costituivano in giudizio anche le altre parti.

Il Tribunale accoglieva l'appello proposto dalla compagnia assicuratrice, osservando, tuttavia, che, non essendo stato proposto appello incidentale da parte del garantito, la condanna al risarcimento andava confermata nei confronti di quest'ultimo.

Avverso tale sentenza proponeva ricorso per cassazione il garantito, deducendo tra gli altri motivi, anche la violazione degli artt. 102 e 336 c.p.c. e 1917 c.c.

La questione veniva rimessa alle Sezioni Unite.

SOLUZIONE

[1] La questione posta al vaglio delle Sezioni Unite è riassumibile nel seguente quesito: la riforma della sentenza, conseguente all'accoglimento dell'appello proposto dal garante e fondato su una questione concernente il rapporto principale (nella specie l'entità del danno), giova anche al garantito che non abbia proposto una propria impugnazione?

Le Sezioni Unite, esaminando diverse variabili, hanno statuito che, tanto nell'ipotesi in cui la chiamata in garanzia sia limitata alla sola estensione soggettiva dell'accertamento sul rapporto principale al garante, tanto nel caso in cui alla stessa sia cumulata la domanda di garanzia, l'impugnazione del garante opera anche in favore del garantito.

Tale effetto è determinato dalla struttura necessaria del litisconsorzio e dal fatto che è lo stesso garantito a realizzare l'estensione soggettiva della legittimazione a contraddire sul rapporto principale. Al riguardo, non rileva la natura della garanzia (propria o impropria).

QUESTIONI

[1] L'*iter* logico-argomentativo seguito dalla Suprema Corte prende le mosse dalle questioni generali riguardanti il processo cumulativo che si realizza per effetto della chiamata in garanzia (art. 106 c.p.c.), nonché dal definitivo superamento della tradizionale distinzione tra garanzia propria ed impropria già messa in crisi dalle critiche della dottrina e di parte della giurisprudenza (in dottrina, v. Gambineri, *Garanzia e processo*, Milano, I e II, 2002; in giurisprudenza cfr. Cass., sez. un., 12 marzo 2009, n. 5965).

Le Sezioni Unite, rilevando che la distinzione tra garanzia propria ed impropria potrebbe avere valore solo descrittivo, pongono l'accento sulle conseguenze e sugli effetti dell'estensione del contraddittorio sul rapporto principale nei confronti del garante. Vengono messe in luce, da un lato, l'unicità del rapporto oggetto di contestazione e, dall'altro, l'inscindibilità delle cause (art. 331 c.p.c.) determinata dall'estensione al garante dell'accertamento sul rapporto principale.

L'estensione sul piano soggettivo e, conseguentemente oggettivo, della legittimazione a contraddire sul rapporto principale, pertanto, fa sì che nell'ambito del processo si realizzi un litisconsorzio, insorto per effetto della chiamata del terzo garante; di conseguenza, l'eventuale accertamento sfavorevole per il garantito, legittima il garante – titolare del rapporto dipendente – ad impugnare le statuizioni pregiudizievoli per il garantito e, quindi, per esso stesso, tenuto a manlevare il primo dagli effetti pregiudizievoli della condanna.

Il rapporto sostanziale oggetto delle statuizioni impugnate, infatti, come detto, finisce per essere unico e, quindi, gli effetti favorevoli derivanti dall'accoglimento del gravame non possono che estendere i loro effetti anche nei confronti del garantito, la cui responsabilità verrebbe esclusa a monte ed in relazione al rapporto pregiudiziale, determinando così il venir meno dell'obbligo di manleva.

Con la pronuncia in commento, pertanto, viene superato il precedente e diverso orientamento

giurisprudenziale.

Tale precedente orientamento, infatti, ancorato alla tradizionale distinzione tra garanzia propria ed impropria, facendo leva sulla scindibilità dei giudizi con riferimento alle ipotesi di garanzia impropria, escludeva l'applicabilità dell'art. 331 c.p.c. e non ammetteva l'estensione degli effetti dell'impugnazione del garante in favore del garantito (v., *ex multis*, Cass., sez. II, 27 giugno 2006, n. 14813).

Centro Studi Forense – Euroconference ti consiglia:

PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione: l'ultima parola della Suprema Corte

di **Francesca Ferrari**

Cass. 3 dicembre 2015, n. 24629

[Scarica la sentenza](#)

Decreto ingiuntivo – Opposizione – mediazione obbligatoria – interpretazione costituzionalmente conforme al canone della ragionevole durata del processo e dell'efficienza processuale – interesse al giudizio – opponente. (C.p.c. artt. 633 ss.; D.leg. 28/2010 art. 5)

[1] Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo una volta che il giudice si sia pronunciato sulla provvisoria esecuzione, l'onere, a pena di improcedibilità, di attivare la procedura di mediazione, nelle materie in cui è obbligatoria, incombe sul debitore opponente.

CASO

[1] La Corte di Cassazione afferma che l'onere di attivare la mediazione deve allocarsi «presso la **parte** che ha **interesse al processo** e ha il **potere di iniziare** il processo».

Nel procedimento per **decreto ingiuntivo**, cui segue l'**opposizione**, la difficoltà di individuare il soggetto gravato deriva dal fatto che si verifica un'**inversione logica tra rapporto sostanziale e rapporto processuale**.

Tuttavia, il criterio ermeneutico guida dell'interesse e del potere di introdurre il giudizio di cognizione deve essere correttamente declinato anche nel caso di specie. In base a tale criterio è l'opponente la parte che ha il potere e l'interesse ad introdurre il giudizio di opposizione e su cui pertanto deve gravare l'onere della mediazione obbligatoria.

In caso di mancata attivazione del procedimento di mediazione l'opposizione sarà **improcedibile**.

SOLUZIONE

La Cassazione muove dalla considerazione che l'onere di esperire il tentativo di mediazione obbligatoria incombe sulla parte processuale che ha interesse ad attivare un giudizio di cognizione e, quindi, l'interesse ad accertare nel merito i termini del rapporto sostanziale che

lega le parti con le garanzie proprie dell'ordinario processo di cognizione. Il **criterio ermeneutico dell'interesse** al processo quale parametro guida ai fini della individuazione della parte gravata è **conseguenza logica** di una **interpretazione** dell'art. 5 d. leg. 28/2010 **conforme** alla sua **ratio deflattiva** e al **canone costituzionale della ragionevole durata del processo**.

Nel caso del **procedimento per decreto ingiuntivo** si delinea una **particolarità**: ad una prima fase, introdotta dal creditore del rapporto obbligatorio, che si conclude con la pronuncia di un decreto ingiuntivo, segue – solo in via **eventuale** – l'instaurazione del **giudizio di cognizione**, volto a vagliare *funditus* la pretesa del creditore.

In particolare in siffatto procedimento speciale si delinea una **inversione logica** tra rapporto sostanziale e rapporto processuale, nel senso che il creditore del rapporto sostanziale diventa il convenuto nel giudizio di cognizione.

Assumendo quale criterio ermeneutico guida nella soluzione del problema quello della **efficienza e della ragionevole durata del processo**, la Corte osserva che attraverso il decreto ingiuntivo, l'**attore** ha scelto una **linea deflattiva** coerente con la logica dell'efficienza processuale. È invece l'opponente la parte processuale che **intende precludere la via breve** (del decreto ingiuntivo) **per percorrere la via più lunga** (del giudizio di cognizione/opposizione).

La soluzione di far gravare l'obbligo di esperire il tentativo di mediazione sul creditore sostanziale/opposto in sede processuale, appare a giudizio della Corte peraltro del tutto irrazionale nonché frutto di un errato automatismo logico.

Come noto, sussiste da tempo un **contrasto tra i giudici di merito** in ordine all'esatta individuazione della parte processuale onerata nel procedimento per ingiunzione dall'attivazione della procedura di mediazione, nei casi in cui questa è prescritta obbligatoriamente dalla legge.

L'art. **5 del d.leg. 28/2010** prevede per le materie espressamente indicate che «l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale».

Ai sensi del **comma 4 lett a)** la citata disposizione non trova tuttavia applicazione nel procedimento per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione ex artt. 648 e 649 c.p.c. (il Consiglio nazionale forense a suo tempo aveva sostenuto che l'esclusione di cui alla norma citata avrebbe dovuto razionalmente applicarsi all'intero procedimento di ingiunzione, inclusa l'opposizione; in tal senso pare esprimersi anche A. Tedoldi, *sub* art. 652 c.p.c., in *Commentario del codice di procedura civile*, dir da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, vol. VII, t. 1, Milano, 882).

La corretta individuazione della parte gravata dall'onere della mediazione implica, come evidente, rilevanti e significative conseguenze sulla **sorte del decreto** ingiuntivo nel caso di mancata attivazione della procedura in parola.

Ad avviso di alcuni Tribunali (esemplare in tal senso Trib. Varese, ord., 18 maggio 2012, *Giur. it.*, 2012, 2620, con nota adesiva di A. Tedoldi), l'improcedibilità della causa per mancato assolvimento dell'onere di esperire la mediazione, che grava sul creditore-opposto nella sua qualità di attore sostanziale sarebbe di per sé idonea a travolgere anche il decreto ingiuntivo già emesso (nello stesso senso cfr. anche A. Tedoldi, *sub art.* 652 c.p.c., cit., 885)

Viceversa, altri Tribunali (così Trib. Firenze, 30 ottobre 2014; Tribunale di Rimini, 5 agosto 2014; Trib. Firenze, 21 aprile 2015; Trib. Nola 24 febbraio 2015; Trib. Bologna 20 maggio 2015) avevano sostenuto che, gravando l'onere della mediazione sull'opponente (in tal senso in dottrina Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, a cura di A. Romano, 2012, Milano, 245), il decreto ingiuntivo – in caso di improcedibilità della causa – sarebbe comunque idoneo ad acquistare efficacia esecutiva ed autorità di cosa giudicata, posto che l'omissione dell'attivazione del procedimento di mediazione «al di là della terminologia utilizzata dal Legislatore e della sanzione prevista (improcedibilità della domanda giudiziale, anche in appello), altro non è se non una forma qualificata di inattività delle parti per avere le stesse omesso di dare esecuzione all'ordine del giudice. E' noto che secondo la legge processuale l'inattività delle parti rispetto a specifici adempimenti comporta, di regola, l'estinzione del processo» e che, ove questa si verifichi con riferimento al giudizio di opposizione, il decreto ingiuntivo ex art. 653 c.p.c. che non ne sia già munito acquista efficacia esecutiva. La tesi opposta conduce poi – secondo i sostenitori di questa posizione – inevitabilmente a configurare una sorta di improcedibilità postuma del decreto ingiuntivo del tutto estranea all'ordinamento (in tal senso cfr. Lupoi, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in www.judicium.it).

In dottrina si è per la verità profilata anche una tesi per così dire intermedia, secondo la quale l'individuazione della parte onerata di instaurare il procedimento di mediazione dovrebbe variare a seconda che la necessità di attivare il procedimento medesimo sia determinata dall'ordinanza di sospensione dell'esecuzione provvisoria del decreto (imponendo in questo caso l'onere sull'opposto) oppure dalla concessione dell'esecuzione provvisoria ex art. 648 c.p.c., prevedendo in questo caso che sia onerato l'opponente (cfr. G. Minelli, *sub art.*

5. *Condizioni di procedibilità e rapporti con il processo*, in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di M. Bove, Padova, 2011, 191). La soluzione da ultimo citata peraltro lascia insoluto il problema in tutti i casi in cui manchino le pronunce ex artt. 648 o 649 c.p.c., ipotesi questa nella quale si ritiene che in ogni caso il giudice debba disporre la mediazione cd. delegata (cfr. in tal senso A. Tedoldi, *sub art.* 652 c.p.c., cit., 883; Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., 244).

La Corte di cassazione, con la pronuncia in commento, pone dunque **fine al dibattito**, peraltro con argomentazioni condivisibili in termini di **efficienza del processo civile** e **deflazione del carico contenzioso**.

I termini del dibattito, a giudizio della Corte, vanno infatti ricostruiti avendo riguardo al criterio informatore della parte cui spetta l'impulso processuale e che ha interesse ad incardinare il giudizio di merito. La peculiarità del procedimento per ingiunzione fa sì, infatti,

che l'impulso processuale faccia capo all'attore formale (ossia al debitore opponente) nel giudizio di opposizione. Soltanto quando l'opposizione sia dichiarata procedibile riprendono le normali posizioni delle parti ai fini dell'istruzione probatoria, ma nella fase che precede il giudizio, è il solo debitore opponente il soggetto che vanta un interesse a dare impulso al giudizio di cognizione.

Sebbene la Corte non si esprima *expressis verbis* sul punto, si può ragionevolmente dedurre che in difetto di assolvimento di tale onere, la causa debba essere dichiarata improcedibile e, che per l'effetto, il **decreto ingiuntivo si consolidi** acquistando carattere definitivo.

Peraltro ove si sposasse la tesi contraria, secondo la quale alla dichiarazione di improcedibilità seguirebbe non già la definitività del decreto ingiunto, bensì la sua revoca e lo scopo deflattivo perseguito dall'art. 5 d. leg. 28/2010 sarebbe totalmente disatteso. In tale ipotesi, inoltre il creditore sarebbe legittimato a riproporre la medesima domanda, con ogni conseguenza rispetto al principio della ragione durata del processo.

Centro Studi Forense – Euroconference ti consiglia:

PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Il procedimento di mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo

di **Carlo Cipriani**

La Corte di cassazione si pronuncia, per la prima volta, sul controverso art. 5 d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, stabilendo a quale parte del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo spetti l'onere di esperire il tentativo di mediazione. Si tratta di una decisione che gli operatori del diritto attendevano da tempo. Essa dovrebbe, infatti, favorire il consolidamento di un'uniforme interpretazione sul punto da parte dei nostri giudici, mettendo così finalmente al riparo l'avvocatura dai pericolosi disorientamenti della giurisprudenza di merito.

La Corte di cassazione, con la sentenza Cass. 3 dicembre 2015, n. 24629, ha statuito che, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, l'onere di esperire il tentativo di mediazione va posto a carico del debitore opponente. Prima di esaminare la decisione della Suprema Corte pare opportuno riepilogare sinteticamente i termini della questione.

L'art. 5 d.leg. n. 28/2010 prevede che l'omesso esperimento della mediazione prevista *ex lege* (comma 1 *bis*) o disposta dal giudice (comma 2) comporta l'improcedibilità della «domanda giudiziale». L'art. 5 del d.leg. cit., prescrive, inoltre, che, dal preventivo esperimento della mediazione, devono essere esentati i «procedimenti di ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione» (comma 4, lett. a).

Senonché, la normativa appena richiamata non chiarisce su quale parte incomba l'onere di esperire il tentativo di mediazione nell'ipotesi in cui, instaurato dall'ingiunto il giudizio di opposizione a d.i., siano stati emessi dal Giudice i provvedimenti sulle istanze ex artt. 648 e 649 c.p.c.

Prima dell'intervento della Cassazione, si sono consolidate, nella giurisprudenza di merito, due contrapposte interpretazioni.

Secondo una prima interpretazione, minoritaria, l'onere di esperire la mediazione nel giudizio di opposizione deve essere posto a carico del creditore opposto. Pertanto, nell'ipotesi di mancata attivazione della mediazione, l'improcedibilità colpirebbe la «domanda giudiziale» originariamente proposta in via monitoria, determinando la revoca del decreto ingiuntivo (cfr. Trib. Ferrara 4 novembre 2015; Trib. Firenze 12 novembre 2015; in dottrina, Tedoldi, *Mediazione obbligatoria e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giur. it.*, 2012, 2620).

Tale interpretazione fa leva principalmente sul dato letterale dell'art. 5, 1° comma, d.leg. n. 28/2010 che pone la condizione di procedibilità «a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione».

Gli è che, nell'opposizione a d.i., chi agisce in giudizio non è l'opponente debitore il quale – eccezion fatta per l'ipotesi agisce in riconvenzionale – non propone in giudizio alcuna domanda ma si limita a resistere all'iniziativa processuale portata avanti dal creditore; ciò sulla base, del consolidato orientamento per il quale per effetto dell'opposizione non si verifica alcuna inversione della posizione sostanziale delle parti in giudizio, nel senso che il creditore mantiene la veste di attore e l'opponente quella di convenuto.

In secondo luogo, si è sostenuto che tale interpretazione avrebbe il vantaggio di non lasciare alla discrezionalità della parte creditrice la possibilità di addossare sull'ingiunto anche l'onere di mediazione.

L'opponente, infatti, dopo aver subito l'ingiunzione in assenza di contraddittorio, si vedrebbe pure costretta ad esperire un tentativo di mediazione che non sarebbe a lei spettato, qualora la domanda giudiziale fosse stata proposta in via ordinaria.

Una seconda interpretazione, maggioritaria, si è espressa in senso contrario, ritenendo che l'onere di esperire il tentativo di mediazione, nel giudizio di opposizione a d.i., debba spettare al debitore opponente. Pertanto, in caso di mancata attivazione della mediazione, l'improcedibilità colpirebbe solo il giudizio di opposizione e non il decreto ingiuntivo che, anzi, si consoliderebbe divenendo definitivo (cfr. Trib. Nola, 24.2.2015; Trib. Monza, I sez., 2.3.2015, est. Mariconda; Trib. Monza, I sez., 31.3.2015, est. Mariconda; Trib. Bologna, II sez. 13.6.2015, est. Costanzo; Trib. Genova, III sez., 15.6.2015, est. Bellingeri; Trib. Monza, I sez., 2.7.2015, est. Mariconda; Trib. Chieti 8.9.2015, est. Ria; in dottrina, v. Lupoi, *Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile*, in *judicium.it*; Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*⁴, II, Bari, 2015, 28).

Tale seconda interpretazione si fonda sulle seguenti argomentazioni:

- (i) il procedimento monitorio non richiede il previo passaggio in mediazione (art. 5, 4 comma), che è invece previsto solo in caso di opposizione; dunque, l'improcedibilità non potrebbe che colpire solo il giudizio di opposizione, considerato che **il debitore opponente è la sola parte avente interesse** a coltivare detto giudizio;
- (ii) la tesi contraria, secondo cui l'improcedibilità, verificatasi nel corso del giudizio di opposizione e comunque successivamente alla pronuncia sulle istanze ex artt. 648 e 649 c.p.c., dovrebbe comportare la caducazione del decreto ingiuntivo introdurrebbe un regime speciale di **improcedibilità postuma**, non prevista dal nostro ordinamento;
- (iii) per quanto l'opposizione a d.i. costituisca un ordinario giudizio di cognizione di primo grado, è innegabile che esso presenti alcuni caratteri tipici dell'impugnazione; infatti, è

sull'ingiunto che grava l'onere di proporre tempestivamente l'opposizione (641 c.p.c.), di costituirsi (647 c.p.c.) e di evitare che il giudizio di opposizione si estingua (art. 653 c.p.c.) se vuole impedire che il decreto ingiuntivo si consolidi.

Tali norme evidenziano la sussistenza di un **principio di c.d. stabilità del decreto ingiuntivo**.

Orbene, in questo contesto sistematico, pare illogico sostenere che l'improcedibilità del giudizio di opposizione debba comportare la caducazione anche del decreto ingiuntivo, tanto più quando tale provvedimento sia stato già dichiarato provvisoriamente esecutivo (642-648 c.p.c.);

(iv) l'opposta interpretazione finirebbe inoltre irragionevolmente per contrastare proprio con le **finalità deflative che sono alla base del d.leg. n. 28/2010**. Essa implicherebbe, infatti, un inutile spreco di attività processuale riguardante tutta l'attività compiuta dal giudice fra il deposito del decreto ingiuntivo e la declaratoria di improcedibilità dell'opposizione (ivi inclusa la pronuncia sulle istanze ex artt. 648 e 649 c.p.c.). E ciò in quanto, qualora l'improcedibilità colpisse il decreto ingiuntivo, il creditore, nella normalità dei casi, procederà a riproporre *ex novo* la domanda monitoria, determinando un più che probabile nuovo giudizio di opposizione e dunque, una duplicazione di processi a fronte della medesima questione.

La Corte di cassazione, con la sentenza n. 24629/2015, ha risolto il citato contrasto giurisprudenziale, aderendo a detto secondo orientamento e onerando l'opponente di esperire il tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda. La Corte interpreta l'art. 5 d.leg. n. 28/2010 conformemente alla sua *ratio* e, dunque, alla luce del principio costituzionale di ragionevole durata del processo e in funzione dell'efficienza processuale.

La norma – afferma la S.C. – attraverso il meccanismo della mediazione obbligatoria, mira a rendere il processo l'*extrema ratio*. Per questo, atteso che il creditore – optando per l'azione in via monitoria – ha già scelto la linea deflattiva coerente con la logica dell'efficienza processuale, è solo il debitore ad aver il **potere e l'interesse** ad introdurre il giudizio di merito, «cioè la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore». E', dunque, su quest'ultimo che deve gravare l'onere della mediazione obbligatoria.

Si tratta di una sentenza che merita piena adesione, non solo perché condivisibile nelle argomentazioni e nella soluzione prospettata, ma anche perché dovrebbe favorire il consolidamento di un'uniforme interpretazione sul punto da parte della giurisprudenza di merito.

In secondo luogo, la S.C., interpretando l'art. 5 d.lgs. n. 28/2010 conformemente alla sua *ratio* e individuando il soggetto onerato nella parte che ha il **potere e l'interesse** al giudizio, ha forse fornito la chiave di lettura delle altre ipotesi previste dal legislatore in cui l'obbligo di dar vita al procedimento di mediazione diviene attuale solo nella eventuale fase a cognizione piena. E così, ad esempio, nel procedimento di convalida di sfratto, in caso di ordinanza di rilascio con riserva delle eccezioni dell'intimato (art. 667 c.p.c.), graverà solo su quest'ultimo (in assenza di altre domande della parte intimante), quale parte interessata alla prosecuzione della fase a cognizione piena, l'onere di esperire la procedura di mediazione. Inoltre, la eventuale declaratoria d'improcedibilità travolgerà la sola fase a cognizione piena e non l'ordinanza di

rilascio.

Da ultimo, è probabile che la chiave interpretativa fornita dalla Suprema Corte possa condizionare il dibattito intorno agli effetti del mancato esperimento del procedimento di mediazione che fosse disposto dal giudice **in sede d'appello** (art. 5, 2° comma). Anche in appello, infatti, la «*procedibilità della domanda giudiziale*» è subordinata all'esperimento della mediazione. Sicché, alla luce dell'orientamento della S.C., l'ordine del giudice dovrebbe essere posto a carico dell'appellante – che ha il potere e l'interesse all'impugnazione – e l'eventuale inosservanza dovrebbe determinare l'improcedibilità dell'appello, con conseguente passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, e non della domanda originariamente proposta.

Centro Studi Forense – Euroconference Ti consiglia:

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCURSUALI

La Cassazione si pronuncia sulla (in)ammissibilità del concordato di gruppo

di **Riccardo Fava**

Cass., sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20559 (sent.) Pres. Ceccherini – Rel. Nazzicone

[Scarica la sentenza](#)

Concordato preventivo – Gruppi societari – Concordato di gruppo – Inammissibilità (r.d. 16 marzo 1942 n. 267, legge fallimentare, art. 161)

Concordato preventivo – Competenza territoriale – Inderogabilità (r.d. 16 marzo 1942 n. 267, legge fallimentare, artt. 9, 161)

[1] Il decreto che omologa un c.d. concordato preventivo di gruppo va cassato senza rinvio perché l'ordinamento giuridico italiano non contempla il concordato preventivo di gruppo.

[2] È principio generale in tema di procedure concorsuali l'inderogabilità della competenza territoriale.

IL CASO

Una società in nome collettivo avente sede in La Spezia, costituita mediante conferimento dell'intero patrimonio di quattro società di capitali, proponeva ricorso per l'ammissione al concordato preventivo avanti al Tribunale di La Spezia, unitamente alle quattro società di capitali in qualità di soci illimitatamente responsabili.

La nuova s.n.c. era stata costituita con sede in La Spezia entro l'anno precedente alla presentazione del ricorso, al contrario, le altre società-socie avevano la propria sede legale in Milano, ma che avevano trasferito in La Spezia solo pochi giorni prima della presentazione della proposta di concordato.

La società in nome collettivo e le rispettive socie venivano tuttavia ammesse alla procedura di concordato preventivo avanti al Tribunale di La Spezia in ragione del loro legame di gruppo societario. La proposta e il piano venivano approvati dai creditori e il Tribunale emetteva il decreto di omologazione.

Contro il decreto di omologazione veniva proposto reclamo avanti la competente Corte di appello, che ne dichiarava l'inammissibilità, in quanto i creditori reclamanti non avevano

proposto opposizione nel giudizio di omologazione. Il provvedimento della Corte d'appello veniva impugnato con ricorso per cassazione tramite il quale veniva reiterata l'eccezione di incompetenza per territorio per violazione degli artt. 28 c.p.c., art. 9 e 161 l.fall. in riferimento alle quattro società di capitali aventi sede in Milano, ammesse anch'esse al concordato preventivo avanti al Tribunale di La Spezia.

LA SOLUZIONE

La Corte di cassazione rileva che l'attuale sistema del diritto fallimentare, in particolare per quanto attiene al concordato preventivo, non prevede una disciplina al riguardo del concordato di gruppo.

Osserva inoltre che l'art. 161, 1° comma, l. fall. non prevede l'attrazione degli altri fori a favore di quello della capogruppo, o di altro foro, allorché le società coinvolte abbiano sede legale in circondari diversi.

In conseguenza afferma che in assenza di una disciplina sul concordato di gruppo la competenza ad accertare lo stato di insolvenza appartiene al Tribunale del luogo in cui la singola impresa ha la sede principale, senza che a tale criterio possa derogarsi per ragioni di connessione con altre procedure relative a società diverse facenti parte di un gruppo.

LE QUESTIONI

La sentenza in esame rileva innanzitutto che nell'ordinamento giuridico italiano non è contemplata una disciplina del concordato preventivo di gruppo e, quale conseguenza, ritiene che nelle crisi gruppo societario permane sempre la competenza territoriale del Tribunale nel cui circondario l'impresa in stato di crisi ha la propria sede principale, ovvero sia il luogo in cui si trova il centro direttivo ed amministrativo degli affari dell'impresa (in questo senso, da ultimo: Cass. sez. un. 25 giugno 2013, n. 15872).

Nell'ipotesi di crisi *infra* gruppo occorrerà pertanto sia la società capogruppo, sia le singole società controllate interessate dalla crisi, dovranno richiedere l'ammissione alla procedura di concordato preventivo singolarmente e presso i rispettivi Tribunali territorialmente competenti. Tale principio, a ben vedere, rende concretamente impraticabile una risoluzione concordataria della crisi di gruppo ove si intendano realizzare operazioni straordinarie che interessino le società aventi sedi in circondari diversi e ove si intenda già solo prospettare un piano comune a tutte le società.

Centro Studi Forense – Euroconference ti consiglia:

IMPUGNAZIONI

Improcedibile l'appello iscritto con velina: la questione alle Sezioni unite

di **Angelo Nicotra**

Cassazione civile, sez. II, 18 dicembre 2015, n. 25529

[Scarica sentenza](#)

Impugnazioni – Appello – Costituzione in giudizio – Iscrizione a ruolo con “velina” – Improcedibilità – Limiti – Rimessione alle Sezioni Unite (Cod. proc. civ., art. 348)

[1] *È opportuno richiedere un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite in ordine alle conseguenze dell'iscrizione a ruolo “con velina” delle cause di appello: se comporti di per sé l'improcedibilità del giudizio di gravame, oppure dia luogo a una nullità sanabile; in questa seconda ipotesi, se per evitare l'improcedibilità il deposito dell'originale dell'atto di impugnazione debba necessariamente avvenire entro la prima udienza, oppure possa essere utilmente effettuato nel prosieguo del giudizio, oppure ancora se sia già di per sé sufficiente (ipotesi che in giurisprudenza non risulta essere stata prospettata) la costituzione stessa in giudizio dell'appellato, in quanto dimostrativa dell'avvenuto raggiungimento dello scopo dell'atto.*

CASO

[1] Parte soccombente in un giudizio innanzi al Tribunale di Roma impugna avanti la competente Corte di secondo grado la sfavorevole pronuncia con due atti. Iscrive a ruolo il primo in copia, quindi anche il secondo, ma nel procedimento non deposita mai l'originale con la relata. Controparte si costituisce, eccependo l'improcedibilità ex art. 348 c.p.c., essendo avvenuta la costituzione attorea non nelle forme di rito, le quali non prevederebbero, appunto, l'iscrizione a ruolo con velina. Soccombente sull'eccezione sollevata, ricorre in Cassazione.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte, appurato un contrasto giurisprudenziale, rimette le questioni rilevanti per il caso alle Sezioni Unite.

QUESTIONI

[1] L'art. 348 c.p.c., come noto, commina la sanzione della improcedibilità all'appello per il quale l'appellante non abbia proceduto alla costituzione a norma dell'art. 347 c.p.c., che fa rinvio all'art. 165 c.p.c., dettato per il giudizio di primo grado. Quest'ultima norma impone all'attore di costituirsi, entro dieci giorni dalla notificazione della citazione, depositando tra

l'altro, l'originale dell'atto.

Accade frequentemente che l'originale della citazione, consegnata all'ufficiale giudiziario per la notifica, non venga riconsegnata all'attore nel termine (tra l'altro, difficilmente conoscibile per il notificante) di 10 giorni dal perfezionamento della notifica per il convenuto. L'assenza di sanzioni testuali ha permesso alla giurisprudenza di avallare, sia per il primo che per il secondo grado, la prassi di cancelleria della cd. "iscrizione con velina", ovvero con copia della citazione, recante uno schema non riempito della relata, identico a quello presente sull'originale e sulla copia consegnata per la notifica, e predisposto per essere riempito dall'ufficiale giudiziario ben definita in (vd. Cass., sez. III, 8 maggio 2012, n. 6912), argomentando sul fatto che la mancata produzione dell'originale notificato implica una mera irregolarità o comunque una nullità sanata per raggiungimento dello scopo (Cass., sez. I, 9 dicembre 2004, n. 23027 e Cass., 13 agosto 2004, n. 15777).

Nel 2008, premesso che l'art. 348 cod. proc. civ. è volto a favorire il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado e che l'improcedibilità non è sanabile, la Cassazione aveva ritenuto che non fosse procedibile l'appello iscritto con velina (Cass., sez. II, 1 luglio 2008, n. 18009 e Cass., sez. III, 4 gennaio 2010, n. 10).

La più recente giurisprudenza (Cass., sez. II, 21 giugno 2013, n. 15715; Cass. n. 6912/2012, cit.) ha invece sottolineato, sul piano letterale, che *«l'improcedibilità dell'appello è comminata dall'art. 348 c.p.c., comma 1, per l'inosservanza del termine di costituzione dell'appellante, ma non anche per il mancato rispetto delle forme di costituzione»*.

La decisione rimessa alle Sezioni Unite, alla stregua delle convincenti considerazioni rese dalle recenti pronunce del 2012 e del 2013, non sembra presentare particolare complessità.

In ragione del principio del raggiungimento dello scopo, atteso il controllo fidefacente sulla conformità delle copie sottoposte all'Ufficiale Giudiziario, il quale difficilmente si oppone ad apporre un bollo di ricevuto su una copia, non consegnata, può concludersi che l'obbligo di produrre l'originale notificato potrebbe essere limitato solo al caso di contestazione della controparte costituita o di contumacia e ciò anche per non appesantire inutilmente i tempi del processo.

Quindi, salva la concessione di termini, il processo, in questi casi, non dovrebbe andare avanti finché non sia prodotto l'originale notificato o effettuata regolarmente la rinotificazione autorizzata a favore della parte costituita.

Non sembra, invece, sussistano ragioni per impedire l'eventuale deposito dell'originale notificato anche dopo la prima udienza, in mancanza di contestazioni di parte appellata costituita.

Può, inoltre, concordarsi sul fatto che il luogo in cui deve verificarsi la regolare costituzione, quindi la sua tempestività, sia l'udienza di prima comparizione, nella quale è prassi sia

dichiarata l'improcedibilità, sia a norma dell'art. 348 che dell'art. 348 *bis* c.p.c.

Incidentalmente, deve rilevarsi che l'utilità pratica della risoluzione delle questioni poste appare oggi limitata, attesa la possibilità dei difensori di notificare non avvalendosi dell'ausilio dell'U.G.

Infatti, la notifica ai sensi della l. 53/94, anche a mezzo PEC, al procuratore costituito consente di avere, normalmente, riscontro immediato della ricezione della copia notificata dell'atto di appello, talché l'impatto della decisione richiesta al supremo consesso di nomofilachia sembra dover avere ripercussioni principalmente ai casi in cui la notifica PEC non sia consentita, ovvero nel caso di controparte persona fisica non costituita in primo grado.

Centro Studi Forense – Euroconference ti consiglia:

PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

L'ascolto del minore nel procedimento di separazione giudiziale

di Rita Lombardi

Cass. Sez. I., 29 settembre 2015 n. 19327

[Scarica la sentenza](#)

Famiglia – Procedimento di separazione giudiziale – Ascolto del minore – Necessità.

(C.c. artt. 315 *bis*, 336 *bis*, 337 *bis* c.c.; disp. att. c.c. art. 38 *bis*)

[1] *In virtù degli artt. 315 bis, 336 bis, 337 bis c.c. e 38 bis disp. att. c.c. – espressione delle convenzioni di New York del 1989 e di Strasburgo del 2003 – è obbligatorio l'ascolto del minore in tutti i procedimenti in cui si assumono provvedimenti che lo riguardano, salvo che l'audizione sia manifestamente superflua o si ponga in contrasto con il suo interesse, nel qual caso il giudice deve darne atto con provvedimento motivato.*

CASO

[1] In un procedimento di separazione personale in cui ambedue i coniugi chiedono sia l'addebito della separazione che l'affidamento dei figli minori, i giudici romani di prime e seconde cure dispongono in ordine a quest'ultimo punto senza il previo ascolto della prole. Propone ricorso in cassazione la moglie denunciando – tra l'altro – la violazione dell'art. 12, della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, dell'art. 6 Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, nonché dell'art. 155 *sexies* c.c., per la mancata audizione nel processo di separazione della minore non affidatole. La Cassazione accoglie il ricorso per tale motivo e rinvia alla Corte d'Appello, in diversa composizione, affinché si proceda a siffatta audizione.

SOLUZIONE

[1] La Corte di cassazione, richiamate le fonti sovranazionali sull'obbligo di sentire il minore nei procedimenti che lo investono e tracciata l'evoluzione normativa del sistema italiano sul punto, rimarca che, in ragione della previsione del novello art. 336 *bis* c.c., che sostituisce l'art. 155 *sexies* c.c., il giudice è obbligato ad ascoltare il minore nel processo che lo riguarda giustificando l'omesso ascolto solo la contrarietà con l'interesse del minore o la superfluità dello stesso, evenienze che nella specie non sussistevano.

QUESTIONI

[1] La sentenza in esame rimarca l'obbligatorietà dell'ascolto del minore minore ultradodicenne o comunque capace di discernimento ad opera del giudice nel procedimento di

separazione giudiziale e, in generale, in ogni processo in cui il giudice è chiamato a rendere provvedimenti che incidono nella sua sfera personale, specificando che le uniche deroghe consentite a tale incombente sono quelle di cui all'art. 336 *bis* c.c. (negli stessi termini v. Cass. 2 agosto 2013 n. 18538, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Filiazione* n. 77). In tal senso si è orientata la giurisprudenza di legittimità successivamente alla pronuncia delle sezioni unite del 21 ottobre 2009, n. 22238 (in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1468 ss. con nota di Danovi, *L'audizione del minore nei processi di separazione e divorzio tra obbligatorietà e prudente apprezzamento*; in *Fam e dir.* 2010, 4, 364, con nota di Graziosi, *Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo*), resa dopo l'inserimento nel codice civile dell'art. 155 *sexies* (l. n. 54/2006 sull'affidamento condiviso), con la quale si era puntualizzato che l'omissione dell'audizione della prole minore determina la nullità del processo e del relativo provvedimento decisorio. La nuova concezione del figlio minore inteso non più come "oggetto di tutela" ma come "soggetto titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi ed azionabili" era stata, invece, più attentamente evidenziata da Cass. 11 febbraio 2010, n. 7282, in *Fam. dir.* 2011, 268 con nota di Querzola, *La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile*; negli stessi termini di quest'ultima nella giurisprudenza di merito v. Trib. Varese 24 gennaio 2013, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Separazione di coniugi*, n.183.

Sul piano sovranazionale il cammino verso il riconoscimento dell'ascolto come diritto del minore ha avuto avvio – come evidenzia la pronuncia in esame – con la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (art.12 co. 1 e 2), cui hanno fatto seguito la Convenzione europea di Strasburgo del 25 gennaio 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli (artt. 3-5), la Convenzione di Strasburgo del 15 maggio 2003 sulle relazioni personali (art. 6) ed, altresì, il Regolamento Ce n. 2201 del 27 novembre 2003 (art. 23), la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2009, e le Linee guida del Consiglio d'Europa del 2010 (su cui v. Tommaseo, *Il processo familiare e minorile italiano nel contesto dei principi europei*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 1265).

Nel nostro ordinamento il primo passo a favore dell'audizione del minore nel processo, sia pur come attività rimessa alla discrezionalità del giudice, è da ricondurre alla l. n.74 del 1987 che ha inciso sulla l. n. 898/70 (la legge sul divorzio: v. gli artt. 4 co. 8 e 6 co. 9), applicabile, in ragione dell'art. 23 della medesima legge, anche al giudizio di separazione.

Ma è solo con l' introduzione dell'art. 155-*sexies* c.c. ad opera della legge n. 54/2006 che viene delineato il diritto del minore all'ascolto. A seguito delle riforme di cui alla l. 10 dicembre 2012 n. 219 e del d.lgs. 154/2013 in materia di filiazione l'istituto è stato più attentamente disciplinato (v. gli artt. 315 *bis*, 336 *bis*, e 337 *octies* c.c.; l'art. 38 *bis* disp. att. c.p.c. e il modificato art. 4 co. 8 l. 898/70).

Resta comunque ancora aperto il dibattito sull'ascolto del minore nell'ambito del procedimento di separazione consensuale, ex art. 711 c.p.c., e di divorzio su domanda congiunta, ex art. 4 co.16 l. div.: a favore dell'obbligatorietà dell'audizione, in un'ottica di generalizzazione del diritto del minore all'ascolto v. Graziosi, *Profili processuale della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.* 2006, 1866; Nascosi, *La separazione*

consensuale e il divorzio su ricorso congiunto, in *I processi di separazione e di divorzio*, a cura di Graziosi, Torino, 2011, 307 ss.; reputa, invece, non necessaria detta assunzione, in ragione della mancata conflittualità tra coniugi in tali procedimenti, Lombardi, *I procedimenti fondati sull'accordo tra le parti*, in *Trattato della separazione e divorzio*, cura di M.A. Lupoi, II, Ravenna, 2015, II, 523 ss.; escludono altresì l'automatismo dell'ascolto del minore Querzola, *L'ascolto del minore*, ivi, 274 ss., spec. 281 ss.; Danovi, *L'ascolto del minore nel processo civile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 1614 ss.; M.A. Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1063. A sostegno di tale conclusione sembra essersi posto il legislatore con la riforma di cui al d.lgs. 132/2014, convertito con significativi emendamenti, nella l. n. 162 del 2014, con la quale si è riconosciuta ai coniugi la possibilità di addivenire alla separazione, al divorzio e alla modifica delle relative condizioni attraverso il procedimento di negoziazione assistita, ossia con un procedimento che si svolge dinanzi agli avvocati. Si tratta di uno schema procedimentale che esclude detto ascolto, esclusione rimarcata dalla previsione di cui all'art. 56 del codice deontologico forense.

Sulla natura (*lato sensu* istruttoria) dell'ascolto del minore, sulle modalità di assunzione di esso e sulla sua valutazione ad opera del giudice v., tra gli altri, v. Danovi, *L'ascolto del minore*, cit., 1599 ss.; Querzola, *L'ascolto del minore*, cit., 278 ss.; Sul vizio della sentenza priva di motivazione in ordine alla capacità di discernimento del minore o riguardo al mancato rispetto dell'opinione dello stesso minore da parte del giudice, da far valere attraverso il ricorso per cassazione, v. Ruffini, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 1257 ss. Limita l'obbligatorietà dell'ascolto al primo grado e, di conseguenza, esclude il rinnovo di esso in appello Cass. 2 luglio 2014, n. 15143, non mass.

Corte di Cassazione, sez. I Civile, 29 settembre 2015, n. 19327

Presidente Forte – Relatore Dogliotti

Svolgimento del processo

Con ricorso in data 22-3-2004, B. Daniela chiedeva al Tribunale di Roma dichiararsi separazione personale dal coniuge D.V.V., con addebito allo stesso, affidamento dei figli minori L., L. ed E. a sè, assegnazione della casa coniugale, riconoscimento di un assegno di mantenimento per sè e per i figli.

Si costituiva il D.V., proponendo domanda di addebito alla moglie, affidamento dei figli a se, in subordine affido congiunto, in ulteriore subordine, in caso di affido alla madre, ampie modalità di frequentazione con il padre, determinazione di un assegno mensile soltanto per i figli, non superiore ad euro 1200,00.

All'udienza presidenziale, il Presidente autorizzava i coniugi a vivere separati, affidava i figli alla madre, cui assegnava la casa coniugale e determinava in Euro 1500,00 il contributo di mantenimento ai figli da parte del padre.

Con sentenza non definitiva del 21-3-2007, il Tribunale di Roma pronunciava la separazione personale dei coniugi.

Con sentenza definitiva in data 10-9-2008, il predetto tribunale dichiarava l'addebitabilità della separazione al marito, affidava i figli minori, collocati presso la madre, ai Servizi sociali, assegnava alla B. la casa coniugale, determinava in Euro 1800,00 il contributo paterno per il mantenimento dei figli. Proponeva appello la B., chiedendo l'affidamento a se dei minori L. ed E., la determinazione in Euro 2400,00 dell'assegno per figli e assegno di mantenimento per in Euro 800,00.

Si costituiva il D.V., chiedendo il rigetto dell'appello principale e, in via incidentale, l'addebito soltanto alla moglie.

La Corte d'appello di Roma, con sentenza in data 17-2-2012, confermava l'affidamento di E. al servizio sociale, essendo ormai maggiorenni gli altri figli, elevava l'assegno per essi ad Euro 2200,00, confermava l'esclusione per l'assegno della moglie, revocava la pronuncia di addebito della separazione al D.V..

Ricorre per cassazione la B..

Resiste con controricorso il D.V., che deposita due memorie difensive.

Motivi della decisione

Con il primo motivo, la ricorrente lamenta vizio di motivazione, là dove la Corte d'appello aveva confermato l'affidamento della minore ai Servizi sociali.

Con il secondo, violazione dell'art. 3 Convenzione di New York sui diritti dei minori del 1989, ratificata con L.n. 176 del 1991, nonché erronea valutazione dell'interesse della minore E., essendo l'affidamento ai Servizi, nella specie, in contrasto con l'interesse della minore stessa.

Con il terzo, violazione dell'art. 12, predetta convenzione e nonché dell'art. 6 Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori, ratificata con L.n.77 del 2003 nonché degli artt. 155 sexies c.c. sul mancato ascolto della minore.

Con il quarto, violazione dell'art. 156 e 143 c.c., nonché vizio di motivazione, sul mancato accoglimento della domanda di assegno per la moglie.

Per ragioni sistematiche va dapprima esaminato il terzo motivo relativo al mancato ascolto della minore: la Corte d'appello non vi aveva provveduto nonostante epoca di dieci anni, ne avesse fatto richiesta con lettera versata in atti, risultava, secondo la ricorrente, capace di discernimento, come da certificazione medica e relazione scolastica. Né risultava che la minore fosse stata sentita in primo grado.

La nuova disciplina sull'ascolto del minore, contenuta oggi negli artt. 315 bis, 336 bis, 337 bis

c.c. e 38 bis – disp.att. c.c. -, é doverosa espressione, come precisa la ricorrente, di relevantissimi documenti internazionali (e in particolare le convenzioni di New York e Strasburgo).

Già la L. n. 898 del 1970, sul divorzio, con la novella del 1987 aveva previsto l'audizione del minore, ma limitandola notevolmente: il Presidente predisponessa l'ascolto, ove esso fosse strettamente necessario.

Al contrario, la riforma dell'adozione del 2001 e quella del 2006 sull'affidamento condiviso, hanno esplicitamente previsto tale incombente, riguardo al minore dodicenne, ma pure di età inferiore, se capace di discernimento (si tratta evidentemente di consapevolezza e comprensione, limitatamente al senso dell'audizione stessa, e non certo di una vera e propria capacità), come un obbligo e non una mera facoltà.

La giurisprudenza successiva ha confermato la sussistenza di un obbligo, a pena di nullità, e tuttavia ha ammesso che il minore possa essere sentito da un consulente o dal personale dei servizi sociali, anche se ha precisato che sarebbe necessario uno specifico mandato del giudice (tra le altre Cass. S.u.. 22238 del 2009; n. 21651 del 2011; 11687 del 2013).

Oggi l'art. 336 bis c.c. precisa che viene ascoltato dal giudice il minore dodicenne o di età inferiore, se capace di discernimento (tale condizione sarà accertata dal giudice stesso, eventualmente coadiuvato da un ausiliario). Si riconferma l'obbligo dell'ascolto in tutti i procedimenti in cui si assumono provvedimenti che riguardano il fanciullo, salvo che l'audizione sia manifestamente superflua o si ponga in contrasto con il suo interesse, ma di ciò il giudice dovrà dar atto con provvedimento motivato.

L'art. 315 bis c.c. prevede altresì che il minore ultradodicenne e anche di età inferiore, se capace di discernimento, abbia diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.

Va pertanto accolto il relativo motivo del ricorso, con cassazione della sentenza impugnata e rinvio alla Corte d'Appello in diversa composizione, con necessario assorbimento dei primi due dei motivi del ricorso, attinenti all'affidamento della minore.

Nella memoria difensiva, il resistente precisa che è in corso procedimento di divorzio e sarebbe stata emessa sentenza, all'odierna udienza discussione, il difensore ha fatto riferimento a una pronuncia di divorzio in secondo grado. Non è stato peraltro effettuato alcuna produzione al riguardo, e questa Corte non evidentemente tenerne conto.

E' bensì vero che l'avvio di una procedura di divorzio, con discussione sull'affidamento di un minore, e a maggior ragione, l'assunzione di provvedimenti, su cui il giudice potrebbe pronunciarsi anche d'ufficio di regola darebbe luogo a cessazione della materia del contendere tra le parti. Tuttavia, stante la totale incertezza al riguardo, appare evidente e conforme al superiore interesse del minore, la necessità del suo ascolto da parte del giudice. Il giudice del rinvio potrà eventualmente effettuare accertamenti al riguardo.

Va rigettato il quarto motivo di ricorso relativa al mancato accoglimento della domanda di assegno divorzile da parte della B. . Come é noto, nel pronunciare la separazione ai sensi dell'art. 156 c.c. il giudice stabilisce a favore del coniuge cui non sia addebitata la separazione e che non abbia adeguati redditi propri un assegno di mantenimento. L'art. 5 L.n. 898 del 1970 precisa che il tribunale, con la pronuncia di divorzio, dispone l'obbligo per un coniuge di corrispondere periodicamente all'altro un assegno, quando quest'ultimo non abbia mezzi adeguati o non possa procurarseli per ragioni oggettive. La norma era stata così modificata dalla L.n. 74 del 1987, accentuando il profilo assistenziale dell'assegno e avvicinandolo a quello di separazione, con l'uso di un'identica espressione.

La giurisprudenza ha interpretato la nozione di inadeguatezza dei redditi tanto in sede di separazione che in quella di divorzio, nel senso che i mezzi debbano essere tali da consentire al coniuge economicamente più debole di mantenere un tenore di vita analogo a quello che aveva durante la convivenza matrimoniale. Si tratta di interpretazione giurisprudenziale che, subito dopo la novella del 1987 riguardo sul divorzio, fu variamente contrastata: talora si affermò (al riguardo Cass. 1652 del 1990) che l'indagine sull'adeguatezza andava effettuata con riferimento ad un modello di vita economicamente autonomo e dignitoso, come viene a configurarsi di tempo in tempo nella coscienza sociale. D'altra parte, dopo una sentenza a sezioni unite, la n. 11490 del 1990, la prima soluzione, frutto comunque di un'interpretazione giurisprudenziale e non certo indicata nella lettera della norma si consolidò ampiamente (tra le altre più recentemente Cass. 4698/2009). Questa Corte ritiene allo stato di conformarsi alla giurisprudenza nettamente prevalente, pur con l'ovvia considerazione che spesso l'obbligato non può mantenere, con la separazione o con il divorzio, il tenore di vita di cui egli stesso godeva durante la convivenza matrimoniale, e tale situazione non potrà che incidere sul diritto del coniuge economicamente più debole. Nella specie, peraltro, il motivo, pur con riferimento anche a violazione di legge, riguarda per gran parte profili di merito, preclusi in questa sede di legittimità. La sentenza impugnata, con motivazione congrua e non illogica, ha rigettato la domanda della ricorrente, già disattesa in primo grado, evidenziando come, seppur a fronte di una discrepanza reddituale tra i coniugi, la ricorrente non sostenga oneri di alloggio abitando nella casa di proprietà con il marito, gravato da mutuo relativo a detto immobile, ma pure da altro mutuo sulla casa di propria abitazione. La Corte territoriale ha pure considerato i maggiori oneri a carico del marito per il mantenimento dei figli.

Conclusivamente, va rigettato il quarto motivo del ricorso, accolto il terzo, assorbiti gli altri, è cassata la sentenza impugnata, con rinvio, anche per le spese, alla Corte d'Appello di Roma, in diversa composizione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il terzo motivo di ricorso, assorbiti i primi due; rigetta il quarto; cassa la sentenza impugnata, con rinvio anche per le spese alla Corte d'Appello di Roma in diversa composizione. In caso di diffusione del presente provvedimento, omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma dell'art. 52 Dlgs 196/03, in quanto imposto dalla legge.

Centro Studi Forense – Euroconference ti consiglia:

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCURSUALI

Non vi è notevole sproporzione, che consente di sospendere la aggiudicazione, se il prezzo di aggiudicazione non è inferiore di almeno la metà rispetto al valore del bene

di Alexandra Aliotta

Tribunale di Palermo, Sezione Esecuzioni Immobiliari; ordinanza 27 maggio 2015.

[Scarica la sentenza](#)

Esecuzione Forzata – espropriazione immobiliare – aggiudicazione per un prezzo superiore rispetto alla metà del valore – sospensione della vendita – esclusione (art. 586 cod. proc. civ.; art 1448 cod. civ.).

[1] *Non sussistono i presupposti per la sospensione della vendita forzata e la revoca della aggiudicazione ai sensi dell'art. 586 c.p.c. se il prezzo di aggiudicazione supera la metà del valore del bene.*

CASO

[1] Il debitore escusso chiede la sospensione della vendita esponendo che il bene immobile pignorato era stato aggiudicato ad un prezzo notevolmente inferiore rispetto al valore di mercato.

Il Tribunale di Palermo dispone una nuova stima del bene e rigetta la richiesta di sospensione.

In motivazione, il Tribunale rileva che, sulla base della nuova perizia, il prezzo di aggiudicazione era superiore (anche se di poco) rispetto alla metà del valore di stima ed esclude che il prezzo possa essere considerato “*notevolmente inferiore*” rispetto al valore del bene.

SOLUZIONE

[1] In base all'art. 586 cod. proc. civ., la sospensione delle operazioni di vendita è rimessa alla discrezionalità del giudice dell'esecuzione il quale “*può sospendere la vendita quando ritiene che il prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto*”.

Tuttavia la norma non indica la percentuale di scostamento fra i due parametri idonea ad integrare il presupposto di legge.

Nel silenzio della legge, il Tribunale afferma che può farsi ricorso ad altre norme

dell'ordinamento giuridico, ovvero alle norme che disciplinano la rescissione del contratto per lesione (art.1448 c.c.), che – sia pure in un settore differente – quantificano la percentuale al di sopra della quale vi è squilibrio fra le prestazioni economiche.

Segnatamente l'art.1448 c.c. stabilisce che non vi è lesione se la sproporzione fra due prestazioni non eccede la metà.

Sulla base dei principi ricavabili dalle norme richiamate, il Tribunale conclude che la sospensione della vendita può essere disposta solo se il prezzo di aggiudicazione è inferiore a quello di stima di oltre il 50%.

In caso contrario, la differenza fra il valore di stima ed il prezzo è da considerarsi fisiologica al sistema delle vendite giudiziarie: sul punto il Tribunale sottolinea che *“chi partecipa alle vendite forzate accetta di soggiacere ai limiti, alle condizioni e ai rischi di dette vendite (esposizione a ritardi – ad es. per ottenere la liberazione dell'immobile, o a cause di opposizione o ulteriori lungaggini) proprio a fronte di un risparmio economico nell'acquisto rispetto al mercato delle contrattazioni private”*.

QUESTIONI

[1] L'ordinanza si distingue rispetto ai precedenti in materia perché vuole individuare parametri certi (per alcuni precedenti, v. Cass. 3 febbraio 2012 n. 1612 in *Riv. Esec. Forzata* 2012, 1; Cass. 23 febbraio 2010 n. 4344 in *Giust. civ.* 2010, 2, 261).

Questo orientamento restrittivo appare da condividere, perché conferisce maggiore certezza al sistema delle vendite giudiziarie, impedendo che una qualunque sproporzione possa impedire la aggiudicazione e la soddisfazione dei creditori, che è lo scopo delle procedure esecutive.

Sul tema della sospensione della vendita forzata si veda pure di recente Cass. 21 settembre 2015, n. 18451, con nota di Farina, P., *Il (limitato) potere del giudice dell'esecuzione di sospendere la vendita forzata nella più recente interpretazione della Cassazione*, in *Eclegal*, 26 ottobre 2015.

Centro Studi Forense – Euroconference ti consiglia:

NON SOLO DIRITTO

Bancomat e responsabilità della banca

di **Fabio Fiorucci**

La diligenza professionale della banca ex art. 1176, 2° co., c.c., è al centro di una recentissima sentenza della Cassazione (Cass. 19.1.2016, n. 806, [scarica la sentenza](#)).

Nella decisione in commento – relativa ad una truffa al Bancomat – è censurata la violazione, da parte della banca, del dovere di diligenza specifica derivante dal rapporto contrattuale e dalla peculiarità degli obblighi di custodia dello sportello Bancomat. Come precisato nella sentenza, la diligenza professionale deve valutarsi non solo con riferimento all'attività di esecuzione contrattuale in senso stretto ma anche in relazione ad ogni tipo di atto e operazione oggettivamente riferibile ai servizi contrattualmente forniti (nella fattispecie, il servizio Bancomat).

Richiamando un suo precedente giurisprudenziale in argomento (Cass. 13777/2007), la Cassazione ha deciso che “ai fini della valutazione della responsabilità contrattuale della banca per il caso di utilizzazione illecita da parte di terzi di carta bancomat trattenuta dallo sportello automatico, non può essere omessa, a fronte di un'esplicita richiesta della parte, la verifica dell'adozione da parte dell'istituto bancario delle misure idonee a garantire la sicurezza del servizio da eventuali manomissioni, nonostante l'intempestività della denuncia dell'avvenuta sottrazione da parte del cliente e le contrarie previsioni regolamentari; infatti, la diligenza posta a carico del professionista ha natura tecnica e deve essere valutata tenendo conto dei rischi tipici della sfera professionale di riferimento ed assumendo quindi come parametro la figura dell'accorto banchiere”.

Nel cassare la sentenza impugnata, la Suprema Corte ha dunque stabilito che il giudice del rinvio dovrà valutare se il comportamento della banca sia in ordine al riscontrato difetto di manutenzione e custodia, sia in ordine alla condotta accertata del responsabile presente nella sede della medesima, sia in ordine al prelievo largamente eccedente il plafond giornaliero possano integrare il difetto di diligenza ex art. 1176, 2° co., c.c. anche a fronte del comportamento non osservante dell'obbligo contrattuale di non favorire la lettura del PIN e di provvedere al blocco immediato.

Centro Studi Forense – Euroconference consiglia:

DIRITTO BANCARIO

Bancomat e responsabilità della banca

di **Fabio Fiorucci**

La diligenza professionale della banca ex art. 1176, 2° co., c.c., è al centro di una recentissima sentenza della Cassazione (Cass. 19.1.2016, n. 806, [scarica la sentenza](#)).

Nella decisione in commento – relativa ad una truffa al Bancomat – è censurata la violazione, da parte della banca, del dovere di diligenza specifica derivante dal rapporto contrattuale e dalla peculiarità degli obblighi di custodia dello sportello Bancomat. Come precisato nella sentenza, la diligenza professionale deve valutarsi non solo con riferimento all'attività di esecuzione contrattuale in senso stretto ma anche in relazione ad ogni tipo di atto e operazione oggettivamente riferibile ai servizi contrattualmente forniti (nella fattispecie, il servizio Bancomat).

Richiamando un suo precedente giurisprudenziale in argomento (Cass. 13777/2007), la Cassazione ha deciso che “ai fini della valutazione della responsabilità contrattuale della banca per il caso di utilizzazione illecita da parte di terzi di carta bancomat trattenuta dallo sportello automatico, non può essere omessa, a fronte di un'esplicita richiesta della parte, la verifica dell'adozione da parte dell'istituto bancario delle misure idonee a garantire la sicurezza del servizio da eventuali manomissioni, nonostante l'intempestività della denuncia dell'avvenuta sottrazione da parte del cliente e le contrarie previsioni regolamentari; infatti, la diligenza posta a carico del professionista ha natura tecnica e deve essere valutata tenendo conto dei rischi tipici della sfera professionale di riferimento ed assumendo quindi come parametro la figura dell'accorto banchiere”.

Nel cassare la sentenza impugnata, la Suprema Corte ha dunque stabilito che il giudice del rinvio dovrà valutare se il comportamento della banca sia in ordine al riscontrato difetto di manutenzione e custodia, sia in ordine alla condotta accertata del responsabile presente nella sede della medesima, sia in ordine al prelievo largamente eccedente il plafond giornaliero possano integrare il difetto di diligenza ex art. 1176, 2° co., c.c. anche a fronte del comportamento non osservante dell'obbligo contrattuale di non favorire la lettura del PIN e di provvedere al blocco immediato.

Centro Studi Forense – Euroconference consiglia:

NON SOLO DIRITTO

I privilegi processuali del creditore fondiario

di **Fabio Fiorucci**

L'art. 41 t.u.b. disciplina l'esecuzione immobiliare per credito fondiario e i suoi rapporti con la procedura fallimentare.

La norma contempla taluni privilegi procedurali in deroga alla disciplina ordinaria dell'espropriazione immobiliare prevista dal codice di procedura civile, finalizzati a rendere massimamente rapide ed efficaci, per la banca finanziatrice, le azioni esecutive e le operazioni di attribuzione del ricavato delle stesse (la Cassazione ha reiteratamente identificato la natura del privilegio sancito dall'art. 41 t.u.b. come privilegio più che altro di riscossione: Cass. 17.12.2004, n. 23572; Cass. 8.9.2011, n. 18436).

Le peculiarità dell'espropriazione di credito fondiario – non classificabile come un'esecuzione speciale – rispetto a quella ordinaria riguardano *a)* la fase iniziale del processo esecutivo; *b)* il diritto al soddisfacimento anticipato della banca mutuante rispetto al momento ordinario della distribuzione; *c)* il regime del subentro dell'acquirente dei beni pignorati nel finanziamento fondiario erogato dalla banca; *d)* i rapporti tra azione esecutiva e fallimento.

Più nel dettaglio, l'esecuzione immobiliare per credito fondiario si caratterizza:

- per la tipologia del creditore (banca o cessionario qualificato)
- per la correlazione ad un credito garantito da ipoteca di primo grado su immobili
- per l'esclusione dell'obbligo di notificazione del titolo contrattuale
- per la possibilità di iniziare e proseguire l'azione esecutiva sui beni ipotecati anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore
- per il versamento diretto alla banca delle rendite degli immobili ipotecati, al netto degli oneri, da parte del custode, dell'amministratore giudiziario e del curatore fallimentare
- per il versamento diretto del prezzo al creditore fondiario da parte dell'aggiudicatario o dell'assegnatario
- per la possibilità di subentro dell'aggiudicatario, senza necessità di autorizzazione da parte del giudice dell'esecuzione, nel contratto di finanziamento stipulato dal debitore espropriato.

Centro Studi Forense – Euroconference ti consiglia: