Euroconference LEGAL
L'aggiornamento settimanale per l'Avvocato
TeamSystem LEGAL

Edizione di martedì 7 marzo 2017

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Nuove tecnologie e Studio digitale

Il processo tributario telematico:prospettive per il futuro
di **Giuseppe Vitrani**

Famiglia e successione

La bigenitorialità e l'affidamento del figlio al padre
di **Giuseppina Vassallo**

Diritto del Lavoro

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo
di **Evangelista Basile**

DIRITTO D'IMPRESA, Diritto e reati societari

Rafforzata la tutela delle microimprese da prassi commerciali scorrette nei rapporti con altre imprese
di **Carlo Biasior**

Diritto Bancario

Rapporti bancari e data certa
di **Fabio Fiorucci**

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La desistenza dell'unico creditore istante dopo la dichiarazione di fallimento non determina la revoca della sentenza di fallimento

di **Alexandra Aliotta**

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La desistenza dell'unico creditore istante dopo la dichiarazione di fallimento non determina la revoca della sentenza di fallimento
di **Alexandra Aliotta**

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Ancora sul reclamo cautelare nel processo telematico: deposito cartaceo o digitale?
di **Giorgio Giuseppe Poli**

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Ancora sul reclamo cautelare nel processo telematico: deposito cartaceo o digitale?
di **Giorgio Giuseppe Poli**

Impugnazioni

Appello incidentale proposto dopo lo spirare del termine di decadenza e autosufficienza del ricorso per cassazione
di **Lorenzo Di Giovanna**

Procedimenti di cognizione e ADR

Il difetto di procura alle liti è sanabile? La Corte conferma ma "con riserva"
di **Adele Sangrigoli**

Procedimenti di cognizione e ADR

Sul valore probatorio della sentenza di patteggiamento
di **Marco Russo**

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Nuove tecnologie e Studio digitale

Il processo tributario telematico:prospettive per il futuro
di **Giuseppe Vitrani**

DIRITTO D'IMPRESA, Diritto e reati societari

Rafforzata la tutela delle microimprese da prassi commerciali scorrette nei rapporti con altre imprese
di **Carlo Biasior**

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Nuove tecnologie e Studio digitale

Il processo tributario telematico:prospettive per il futuro

di **Giuseppe Vitrani**

La struttura del processo telematico tributario genera un approccio ambivalente: un certo rimpianto per alcune soluzioni strategiche che indubbiamente ne rendono farraginosa la gestione ma anche la consapevolezza dell'esistenza di amplissimi margini di intervento che potrebbero generare un'enorme semplificazione del rito processuale tributario. Iniziamo dalle criticità, che sono note ma anche facilmente risolvibili:

- certamente dovrà essere risolto al più presto il problema dell'allegazione dei file attestanti la regolarità della notificazione del ricorso a mezzo PEC, stante che ancora oggi, in attesa di modifiche delle regole tecniche o del manuale di gestione documentale, non è garantita la reperibilità degli stessi all'interno del fascicolo informatico;
- dovrà altresì essere ampliata la dimensione massima dei file depositabili, oggi di soli 5 MB e dunque certamente esigua a fronte di documenti corposi quali possono ad esempio le perizie tecniche. Allo stato attuale, ove le dimensioni superino quelle consentite, occorre provvedere ad uno "spezzettamento" dei documenti con conseguente dilatazione dei tempi di deposito per il professionista;
- ancora, si ritiene non si possa prescindere dall'eliminazione dell'obbligo di apposizione della firma digitale su ogni documento prodotto. Se, come pare acclarato, tale onere fosse stato introdotto per rispettare le regole tecniche sulla conservazione sarebbe sufficiente considerare che, a tali fini, è del tutto inutile la firma del professionista in calce a documenti da lui non formati (quali appunto le produzioni documentali propriamente dette) per giungere alle auspicate conclusioni. Semmai, si potrà porre un problema di attestazione di conformità al momento della presa in carico del fascicolo da parte dell'archivio informatico, ma si tratterebbe comunque di una fase successiva non gestita dal professionista;
- altra problematica (questa volta in termini di sicurezza) riguarda gli accessi al S.I.G.I.T.: è opportuno che venga al più presto implementato l'accesso con CNS in alternativa al più instabile e meno sicuro accesso con UserID e password; ciò proprio al fine di rendere più sicuro il sistema;
- ancora, e da ultimo, sarebbe ottima cosa introdurre poteri di autenticazione per i professionisti, sulla scorta di quanto già accade nel processo civile telematico e nel processo amministrativo telematico. Si eliminerebbero così i dubbi circa la possibilità di iscrivere a ruolo per via telematica un ricorso notificato con modalità analogica e si renderebbe possibile anche la notificazione della sentenza a mezzo pec.

È evidente che tali interventi renderebbero molto più semplice e completo l'utilizzo dei servizi

del PTT.

C'è però sullo sfondo una grossa possibilità di sviluppo del sistema, che potrebbe rendere questo processo davvero una delle piattaforme informatiche più agevoli da utilizzare nell'ambito della gestione del contenzioso.

Ci riferiamo alla possibilità che, riformando radicalmente il meccanismo di avvio del contenzioso, non si preveda più la previa notificazione e la successiva iscrizione a ruolo ma si invertano i fattori e si preveda l'iscrizione a ruolo e la successiva notificazione.

Conseguentemente, quantomeno in primo grado, la notificazione del ricorso (e del decreto di fissazione dell'udienza) potrebbero essere effettuate alla controparte attraverso il sistema pubblico di connettività (o al massimo attraverso la PEC).

A supporto di tale possibilità c'è peraltro un solido appiglio normativo e cioè l'art. 16 bis del d. lgs. 546 del 1992 ove si prevede che le comunicazioni di segreteria per le pubbliche amministrazioni vengano effettuate, appunto, attraverso il sistema pubblico di connettività.

Posto che nel processo tributario le parti resistenti sono quasi sempre pubbliche amministrazioni, o comunque dotate di PEC, ben si potrebbe realizzare un sistema del genere, eliminando tutte le problematiche connesse alla regolare instaurazione del contraddittorio e dando così la possibilità alle parti e ai magistrati di esaminare più celermente le questioni nel merito.

Famiglia e successione

La bigenitorialità e l'affidamento del figlio al padre

di **Giuseppina Vassallo**

Ancora prima della riforma della filiazione del 2012, la legge n. 54/2006, aveva modificato le norme contenute nel codice civile nell'ambito della separazione dei coniugi, relative all'affidamento e al mantenimento dei figli, prevedendo espressamente (art. 4, comma 2) l'applicazione delle nuove disposizioni anche in caso di divorzio e di procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati**.**

La legge ha recepito il principio della bigenitorialità come diritto fondamentale del minore, già sancito dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989 ratificata con la legge n. 176/1991 e successivamente dalla Carta di Nizza del 2000.

L'affido condiviso ha rovesciato il precedente concetto di affidamento secondo cui salvo casi particolari, era interesse del minore un affidamento esclusivo ad un genitore (solitamente la madre), salvo il diritto di visita attribuito all'altro genitore.

In base al principio della bigenitorialità quale diritto del bambino, oggi l'affidamento deve, come regola generale, essere condiviso tra entrambi i genitori.

Questo non vuol dire che non si debba stabilire una residenza prevalente del minore per la sua stabilità e per conservare il suo precedente habitat familiare.

Il principio di piena bigenitorialità e quello di parità genitoriale hanno davvero condotto, nella pratica, all'abbandono del criterio della "maternal preference" nell'affidamento o nel collocamento prevalente dei minori?

Ha fatto discutere la sentenza della Corte di Cassazione 14 settembre 2016 n. 18087, che ha applicato il principio, secondo cui se i figli sono di età prescolare o scolare, la madre è il genitore con il quale i bambini devono convivere prevalentemente, secondo il criterio presuntivo della "maternal preference", anche se il padre ha eccellenti capacità genitoriali e ha avuto i minori in tenera età in collocazione paritaria.

Applicando il criterio presuntivo della c.d. *maternal preference*, viene calpestato l'interesse morale e materiale dei figli e violato l'art. 337 ter c.c. che tutela il diritto alla bigenitorialità?

Occorre ricordare la pronuncia di poco successiva del Tribunale di Milano – decreto 19 ottobre 2016 – il quale non si è uniformato al criterio della *maternal preference* nello stabilire la collocazione dei minori.

Tale criterio interpretativo, secondo i giudici milanesi, non è previsto dagli articoli 337 ter e seguenti del codice civile ed è in contrasto con la stessa ratio ispiratrice della legge n. 54 del 2006 sull'affidamento condiviso, oltre che con le fonti di diritto internazionali.

Il principio della piena bigenitorialità e quello della parità genitoriale hanno portato all'abbandono del criterio della "maternal preference" in favore di un altro modello, quello del "*gender neutral child custody law*".

Il principio ispiratore nella decisione da parte del giudice ai fini dell'affidamento del minore, deve essere quello della neutralità del genitore affidatario, potendo essere sia il padre, sia la madre, in base al solo preminente interesse del minore.

La giurisprudenza di merito è sempre più orientata nel tutelare la genitorialità paterna anche in presenza di minore in tenera età, partendo dal presupposto secondo cui le competenze di un genitore si accrescono anche con la pratica. Nell'ambito dell'affidamento condiviso è stata individuata una "cornice minima" di tempi di permanenza con ciascun genitore anche nel caso di minore dell'età di due anni.

Sempre secondo il Tribunale di Milano – decreto del 14 gennaio 2015 – la genitorialità si apprende facendo i genitori. La "cornice minima" dei tempi di permanenza con ciascun genitore comprende del tempo infrasettimanale e il fine settimana, in modo da garantire una certa continuità di vita col genitore non collocatario, ferma restando la conservazione di un habitat principale del minore (cfr. Corte App. Catania decreto 16 ottobre 2013 e Trib. Milano 3 giugno 2014).

Posto che la genitorialità si apprende facendo i genitori, se s'impedisce a un genitore di esercitare il suo ruolo, questi non raggiungerà un livello di competenza adeguata.

Come dire *genitori non si nasce ma si diventa*. E' da considerarsi un luogo comune, il fatto che un padre non sia in grado di occuparsi di un figlio piccolo, un pregiudizio che mina l'uguaglianza che deve esistere tra i genitori.

Diritto del Lavoro

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo

di **Evangelista Basile**

Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 7 dicembre 2016, n. 25192

Licenziamento – Giustificato motivo oggettivo – Soppressione del posto di lavoro – Posizioni omogenee – Criteri – L. 223/1991 – Altri parametri

MASSIMA

Quando il giustificato motivo oggettivo si identifica nella soppressione di un posto di lavoro in presenza di più posizioni fungibili, in quanto occupate da lavoratori con professionalità sostanzialmente omogenee, non essendo utilizzabile il criterio dell'impossibilità di repêchage, il datore di lavoro deve improntare l'individuazione del soggetto da licenziare il datore ai principi di correttezza e buona fede, ai sensi dell'art. 1175 c.c. in tale contesto, l'art. 5 l. 223/91 offre uno standard idoneo ad assicurare che la scelta sia conforme a tale canone; tuttavia, non può escludersi l'utilizzabilità di altri criteri purchè non arbitrati, ma improntati a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati.

COMMENTO

Nella sentenza in commento, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso proposto dal lavoratore, addetto alle mansioni di inserimento dati e contatti con clienti, licenziato per giustificato motivo oggettivo, confermando la pronuncia della Corte d'Appello secondo cui il licenziamento era legittimo in quanto il datore aveva rispettato i principi nella scelta dei lavoratori da licenziare. Dal giudizio risultava che a fronte di esigenze di diminuzione dei costi per riduzione di fatturato, la Società aveva scelto di licenziare il dipendente che, a parità di mansioni, comportava un costo maggiore per l'azienda, che era risultato il meno performante e che, infine, aveva altri redditi su cui contare. Sul punto, la Suprema Corte ricorda che la costante giurisprudenza di legittimità ha affermato che, a fronte di più posizioni fungibili, in quanto occupate da lavoratori con professionalità sostanzialmente omogenee, il datore di lavoro deve comunque procedere secondo i principi di correttezza e buona fede ex art. 1175 c.c., al pari di ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio. In merito alla decisione del recesso, tali principi trovano i relativi criteri nell'art. 5 l. 223/1991, i quali possono trovare, per analogia, applicazione anche nel caso di licenziamento individuali. Tuttavia, i Giudici di legittimità affermano che non può escludersi il ricorso ad altri criteri, purchè non arbitrari, ma improntati a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati. Alla luce di tale tesi, i Giudici de quo hanno riconosciuto la piena correttezza della decisione datoriale basata su criteri ritenuti razionali e conformi all'art. 1175 c.c. In altre

parole, il maggior costo della retribuzione, il minore rendimento lavorativo, le condizioni economiche complessive di ciascun lavoratore appaiono criteri ragionevoli in quanto oggettivamente enucleabili tra fatti riferibili alla comune esperienza con riguardo alle qualità e alle condizioni personali del lavoratore. Tali criteri, peraltro, si prestano, singolarmente e in concorso tra loro, alla elaborazione di una graduatoria e dunque consentono, su basi oggettive, una comparazione tra tutti i lavoratori interessati dalla riduzione dell'organico in quanto assegnati a posizioni di lavoro fungibili.

Principali precedenti giurisprudenziali

Conformi: Cass. Civ. 7046 del 2011.

Articolo tratto dalla Rivista Euroconference "IL GIURISTA DEL LAVORO"

DIRITTO D'IMPRESA, Diritto e reati societari

Rafforzata la tutela delle microimprese da prassi commerciali scorrette nei rapporti con altre imprese

di **Carlo Biasior**

L'art. art. 7, comma 1, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, ha introdotto nel codice del consumo le «microimprese», estendendo a loro la disciplina delle prassi commerciali scorrette, ora applicabili anche ai rapporti tra operatori professionali e «microimprese».

La definizione di microimpresa si trova all'art. 18, lett. d-bis) del codice del consumo, dove per "microimprese" si intendono le "entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003".

All'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo) dopo le parole: "relativa a un prodotto" sono aggiunte, infine, le seguenti: "nonché alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese. Per le microimprese la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n.145."

In occasione del recepimento della direttiva 2005/29/CE sulle prassi commerciali sleali tra imprese e consumatori (fenomeno che ricomprende anche la pubblicità ingannevole a danno di consumatori), le tutele, dal lato soggettivo, per così dire, si sono sdoppiate: il decreto legislativo n. 145 del 2007, dando attuazione alla direttiva 2006/114/CE e all'art. 14 della direttiva 2005/29/CE, reca ora la disciplina generale della pubblicità commerciale applicabile *solo* ai rapporti tra operatori professionali e il decreto legislativo n. 146 del 2007, dando attuazione alla Direttiva n. 2005/29/CE, ha introdotto nell'ordinamento italiano (artt. da 18 a 27-*quater* del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 2006, codice del consumo) la disciplina delle pratiche commerciali scorrette applicabile *solo* ai rapporti tra imprese e consumatori (la disciplina delle prassi commerciali sleali comprende la pubblicità ingannevole e comparativa scorretta a danno dei consumatori).

Quindi l'equiparazione delle microimprese ai consumatori avviene solamente per la tutela da prassi commerciali aggressive e rappresenta un'unicità italiana.

Le prassi commerciali scorrette sono vietate. La contrarietà alla diligenza professionale e la

capacità di falsare le scelte economiche del consumatore medio (microimpresa media) sono i due parametri utili per individuare un comportamento commerciale scorretto.

La diligenza professionale rappresenta il parametro principale per valutare la correttezza di un comportamento commerciale. La diligenza professionale è un concetto, dinamico, che raffronta, di volta in volta, in ciascun caso concreto, l'attività del professionista con l'integrità delle scelte d'acquisto del consumatore e della microimpresa. E' il parametro che ci dice quale sia il livello atteso di conoscenza (dei prodotti, del mercato), di competenza (conoscenza e rispetto delle leggi applicabili), di organizzazione (efficace allocazione delle risorse a presidio delle varie fasi della produzione, distribuzione/vendita e post/vendita) dell'impresa nella sua attività di promozione, vendita o fornitura di prodotti o servizi nei diversi mercati: la diligenza professionale varierà in base alla complessità dei prodotti e dei servizi offerti, in relazione al mercato considerato.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) è l'Autorità a cui l'art. 27 del codice del consumo ha affidato, in via esclusiva, il controllo sulle pratiche commerciali scorrette.

Aver affidato il controllo delle prassi commerciali scorrette a forme di *public enforcement*, ha impresso una forza propulsiva significativa al consumerismo in Italia e al diritto privato del mercato: esemplari, a riguardo, paiono le norme a tutela del consumatore adottate a seguito di valutazioni di scorrettezza da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato, quali, ad esempio, a) l'introduzione di un termine perentorio per la chiusura di un contratto di conto corrente; b) il divieto della prassi bancaria di subordinare la concessione di un mutuo all'acquisto di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca o all'apertura del conto corrente; c) il divieto della *no show rule*.

Tra le microimprese, i professionisti che le assistono e le associazioni che le rappresentano pare non esserci piena consapevolezza della portata dello strumento normativo loro esteso, che permette di fare proprie le tutele dei consumatori e su cui, si è andata formando una cospicua giurisprudenza che apre la porta a forme di tutela degli interessi collettivi, con importante ricadute per i mercati.

Diritto Bancario

Rapporti bancari e data certa

di **Fabio Fiorucci**

Nei rapporti bancari, la 'certezza' della data assume rilevanza in numerose circostanze, ad esempio nei crediti garantiti da pegno, nelle garanzie fideiussorie oltre che, naturalmente, nel fallimento.

Una recente decisione della Cassazione (22 dicembre 2016, n. 26778) affronta la questione della attuale rilevanza, ai fini del conseguimento della data certa, del timbro datario apposto dalle Poste.

Come noto, *ex* art. 2704, comma 1, c.c., la prova della data della scrittura privata – che non sia stata autenticata, né registrata, né riprodotta in atti pubblici – può essere fornita anche da un fatto che stabilisca "in modo egualmente certo" la data di formazione del documento.

Secondo il risalente orientamento formatosi quando il servizio postale era espletato in via esclusiva dallo Stato tramite sue aziende (artt. l e 3 d.p.r. 29.3.1973, n. 156-Codice Postale) e le persone addette ai servizi postali erano considerate pubblici ufficiali ovvero incaricati di pubblico servizio (art. 12 Codice postale), se la scrittura privata non autenticata forma un unico corpo con il foglio sul quale è stato impresso un timbro postale, la data risultante da quest'ultimo deve ritenersi come data certa della scrittura, perché la timbratura eseguita in un pubblico ufficio deve considerarsi equivalente ad un'attestazione autentica che il documento è stato inviato nel medesimo giorno in cui essa è stata eseguita (Cass. l ottobre 1999, n. 10873; Cass. 23 aprile 2003, n. 6472; Cass. 14 giugno 2007, n. 13912; Cass. 28 maggio 2012, n. 8438).

Attualmente, il d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261, emanato in attuazione della direttiva 97/67/CE che ha liberalizzato i servizi postali, da un lato, consente alle imprese private che abbiano ottenuto apposita licenza dall'Amministrazione (art. 5, comma l, d.lgs. 261/1999), di svolgere l'attività di "fornitore di un servizio postale" e, dall'altro, ha previsto che per esigenze di ordine pubblico siano affidati in via esclusiva al "fornitore del servizio universale", ossia all'organismo che fornisce l'intero servizio postale su tutto il territorio nazionale – oggi Poste Italiane s.p.a. – soltanto i servizi inerenti le notificazioni o le comunicazioni di atti a mezzo posta, connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla legge 20 novembre 1982, n. 890, e successive modificazioni (art. 4, lett. a), d.lgs. 261/1999).

Ne consegue che tutti i fornitori di servizi postali all'attualità possono certamente eseguire "invii postali", cioè curare la trasmissione della corrispondenza – fatta eccezione per gli atti giudiziari -, ma l'eventuale timbro datario apposto sul plico consegnato dal mittente non può valere a rendere certa la data di ricezione, trattandosi qui di una attività d'impresa resa da un

soggetto privato, il cui personale dipendente non risulta munito di poteri pubblicistici di certificazione della data di ricezione della corrispondenza trattata (Cass. 22 dicembre 2016, n. 26778).

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La desistenza dell'unico creditore istante dopo la dichiarazione di fallimento non determina la revoca della sentenza di fallimento

di **Alexandra Aliotta**

Cass. civ., ord. 5 maggio 2016, n. 8980, Pres. Ragonesi – Est. Genovese

[1] Procedure concorsuali – Dichiarazione di fallimento – Iniziativa – Desistenza o rinuncia del creditore istante successiva alla dichiarazione di fallimento – Effetti – Accoglimento del reclamo – Esclusione.

(r.d. 16 marzo 1942 n.267, disciplina del fallimento, art. 6,15,16 e 18).

[1] *La desistenza o rinuncia dell'unico creditore istante successiva alla dichiarazione di fallimento non è idonea a determinare l'accoglimento del reclamo proposto dal fallito e, conseguentemente, non consente la revoca della sentenza di fallimento*

CASO

[1] A seguito dell'istanza presentata da un unico creditore il Tribunale di Bergamo ha dichiarato il fallimento di una impresa individuale.

Il titolare della Ditta individuale ha proposto reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento innanzi alla Corte di appello.

In sede di reclamo è stato depositato un atto di desistenza dell'unico creditore istante, ma la Corte di appello non ha dato rilievo alla rinuncia del creditore poiché era intervenuta successivamente alla pubblicazione della sentenza di fallimento.

Pertanto la Corte di Appello, ritenendo comunque sussistenti i presupposti per il fallimento, ha rigettato il reclamo.

Avverso la sentenza della Corte di merito il fallito ha proposto ricorso per cassazione sollevando diversi motivi.

Con il primo motivo ha dedotto che la Corte Appello, a seguito della desistenza dell'unico

creditore procedente, doveva revoca la sentenza di fallimento non essendo più prevista la dichiarazione di fallimento di ufficio.

La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso ed ha affermato che la desistenza o rinuncia dell'unico creditore istante successiva alla dichiarazione di fallimento non è idonea a determinare l'accoglimento del reclamo.

SOLUZIONE

[1] Con la pronuncia in epigrafe la Corte di Cassazione ha affrontato la questione della rilevanza della desistenza dell'unico creditore istante sulla dichiarazione di fallimento ed ha affermato che la desistenza o rinuncia ha effetti solo se anteriore alla pubblicazione della sentenza di fallimento.

In motivazione la Suprema Corte ha dato atto degli indirizzi ermeneutici consolidati sul punto.

La Corte, richiamando l'orientamento ormai dominante, ha osservato in primo luogo che l'iniziativa del creditore istante, o di altro soggetto legittimato, deve permanere per tutta la durata della procedura e che quindi la rinuncia dell'unico creditore intervenuta anteriormente alla pubblicazione della sentenza di fallimento, pur se depositata solo in sede di reclamo avverso quest'ultima, determina la carenza di legittimazione di quel creditore e la conseguente revoca sentenza di fallimento (Cass. 19 settembre 2013 n. 21478).

Tanto premesso la Suprema Corte ha afferma che il caso deciso dalla Corte di Appello era differente.

Segnatamente, il creditore aveva rinunciato alla istanza (*rectius*: *domanda*) di fallimento con dichiarazione resa in data successiva alla pubblicazione della sentenza di fallimento.

Sulla base delle superiori considerazioni, la Suprema Corte ha affermato che l'atto di desistenza o la rinuncia dell'unico creditore determina la revoca della sentenza di fallimento, per la carenza della legittimazione dell'unico istante, solo se anteriore alla pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

QUESTIONI

[1] La decisione della Cassazione affronta la questione degli effetti della desistenza dell'unico creditore istante sulla dichiarazione di fallimento ripercorrendo gli orientamenti giurisprudenziali già consolidati al fine di chiarire alcuni punti controversi che avevano dato luogo a pronunce contrastanti sul punto.

Con questa pronuncia la Corte di Cassazione ha chiarito l'incidenza della desistenza dell'unico creditore istante sulla dichiarazione di fallimento, dando rilievo fondamentale al momento in cui tale rinuncia interviene.

La Suprema Corte richiama i principi già espressi in precedenti pronunce in materia di rinuncia all'istanza di fallimento e chiarisce i rigidi presupposti che consentono di attribuire efficacia alla rinuncia dell'unico creditore nell'ipotesi in cui questa venga depositata dopo la pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

Secondo la Suprema Corte, è comunque necessario che la rinuncia, pur se conosciuta successivamente, sia comunque intervenuta nella fase prefallimentare, ossia prima della pronuncia di fallimento: solo in questo caso la rinuncia o la desistenza fa venire meno la legittimazione ad agire dell'unico creditore e, se anche depositata dopo la dichiarazione di fallimento (ovvero in sede di reclamo), ne determina comunque la revoca.

Nel caso di specie, invece, la desistenza era successiva alla pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento e non poteva produrre effetti.

La pronuncia in commento è condivisibile poiché contempera diversi principi: da un lato sottolinea l'ammissibilità del deposito dell'atto di rinuncia per la prima volta in sede di reclamo (atteso che il giudizio di reclamo, per i procedimenti regolati dalla disciplina fallimentare riformata *ex* d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è caratterizzato da effetto devolutivo pieno, per il quale non si applicano i limiti dell'appello, di cui agli artt. 342 e 345 c.p.c., ed è quindi consentito depositare nuovi documenti), dall'altro chiarisce in modo perentorio che l'atto di desistenza, in qualunque momento se ne abbia conoscenza, deve comunque essere anteriore alla sentenza di fallimento per determinarne la revoca.

Questo principio trova il suo fondamento nel fatto che la dichiarazione di fallimento, pur se pronunciata su istanza di un unico creditore, una volta intervenuta, spiega effetti *erga omnes* nei confronti di tutti i creditori e di tutti i soggetti pur rimasti estranei alla procedura prefallimentare.

Segnatamente la procedura prefallimentare non è riducibile ad un processo tra parti contrapposte in quanto è idonea a dar luogo (nel caso di accoglimento della domanda) ad un accertamento costitutivo valevole *erga omnes* (in questo senso fra le tante Cass. 6.11.2013 n. 24968)

Ne consegue l'indisponibilità del procedimento da parte del singolo creditore successiva alla pubblicazione della sentenza di fallimento e l'inefficacia ed irrilevanza di ogni manifestazione di volontà.

Dopo la dichiarazione di fallimento, infatti, il Curatore rappresenta gli interessi di tutti i creditori della massa e, in sede di reclamo, sta in giudizio a tutela di tutti i creditori.

Pertanto il potere e la legittimazione del creditore istante sono consumati e qualunque manifestazione di volontà o atto del creditore è irrilevante sulle sorti del giudizio di reclamo.

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

La desistenza dell'unico creditore istante dopo la dichiarazione di fallimento non determina la revoca della sentenza di fallimento

di **Alexandra Aliotta**

Cass. civ., ord. 5 maggio 2016, n. 8980, Pres. Ragonesi – Est. Genovese

[1] Procedure concorsuali – Dichiarazione di fallimento – Iniziativa – Desistenza o rinuncia del creditore istante successiva alla dichiarazione di fallimento – Effetti – Accoglimento del reclamo – Esclusione.

(r.d. 16 marzo 1942 n.267, disciplina del fallimento, art. 6,15,16 e 18).

[1] *La desistenza o rinuncia dell'unico creditore istante successiva alla dichiarazione di fallimento non è idonea a determinare l'accoglimento del reclamo proposto dal fallito e, conseguentemente, non consente la revoca della sentenza di fallimento*

CASO

[1] A seguito dell'istanza presentata da un unico creditore il Tribunale di Bergamo ha dichiarato il fallimento di una impresa individuale.

Il titolare della Ditta individuale ha proposto reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento innanzi alla Corte di appello.

In sede di reclamo è stato depositato un atto di desistenza dell'unico creditore istante, ma la Corte di appello non ha dato rilievo alla rinuncia del creditore poiché era intervenuta successivamente alla pubblicazione della sentenza di fallimento.

Pertanto la Corte di Appello, ritenendo comunque sussistenti i presupposti per il fallimento, ha rigettato il reclamo.

Avverso la sentenza della Corte di merito il fallito ha proposto ricorso per cassazione sollevando diversi motivi.

Con il primo motivo ha dedotto che la Corte Appello, a seguito della desistenza dell'unico

creditore procedente, doveva revoca la sentenza di fallimento non essendo più prevista la dichiarazione di fallimento di ufficio.

La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso ed ha affermato che la desistenza o rinuncia dell'unico creditore istante successiva alla dichiarazione di fallimento non è idonea a determinare l'accoglimento del reclamo.

SOLUZIONE

[1] Con la pronuncia in epigrafe la Corte di Cassazione ha affrontato la questione della rilevanza della desistenza dell'unico creditore istante sulla dichiarazione di fallimento ed ha affermato che la desistenza o rinuncia ha effetti solo se anteriore alla pubblicazione della sentenza di fallimento.

In motivazione la Suprema Corte ha dato atto degli indirizzi ermeneutici consolidati sul punto.

La Corte, richiamando l'orientamento ormai dominante, ha osservato in primo luogo che l'iniziativa del creditore istante, o di altro soggetto legittimato, deve permanere per tutta la durata della procedura e che quindi la rinuncia dell'unico creditore intervenuta anteriormente alla pubblicazione della sentenza di fallimento, pur se depositata solo in sede di reclamo avverso quest'ultima, determina la carenza di legittimazione di quel creditore e la conseguente revoca sentenza di fallimento (Cass. 19 settembre 2013 n. 21478).

Tanto premesso la Suprema Corte ha afferma che il caso deciso dalla Corte di Appello era differente.

Segnatamente, il creditore aveva rinunciato alla istanza (*rectius*: *domanda*) di fallimento con dichiarazione resa in data successiva alla pubblicazione della sentenza di fallimento.

Sulla base delle superiori considerazioni, la Suprema Corte ha affermato che l'atto di desistenza o la rinuncia dell'unico creditore determina la revoca della sentenza di fallimento, per la carenza della legittimazione dell'unico istante, solo se anteriore alla pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

QUESTIONI

[1] La decisione della Cassazione affronta la questione degli effetti della desistenza dell'unico creditore istante sulla dichiarazione di fallimento ripercorrendo gli orientamenti giurisprudenziali già consolidati al fine di chiarire alcuni punti controversi che avevano dato luogo a pronunce contrastanti sul punto.

Con questa pronuncia la Corte di Cassazione ha chiarito l'incidenza della desistenza dell'unico creditore istante sulla dichiarazione di fallimento, dando rilievo fondamentale al momento in cui tale rinuncia interviene.

La Suprema Corte richiama i principi già espressi in precedenti pronunce in materia di rinuncia all'istanza di fallimento e chiarisce i rigidi presupposti che consentono di attribuire efficacia alla rinuncia dell'unico creditore nell'ipotesi in cui questa venga depositata dopo la pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

Secondo la Suprema Corte, è comunque necessario che la rinuncia, pur se conosciuta successivamente, sia comunque intervenuta nella fase prefallimentare, ossia prima della pronuncia di fallimento: solo in questo caso la rinuncia o la desistenza fa venire meno la legittimazione ad agire dell'unico creditore e, se anche depositata dopo la dichiarazione di fallimento (ovvero in sede di reclamo), ne determina comunque la revoca.

Nel caso di specie, invece, la desistenza era successiva alla pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento e non poteva produrre effetti.

La pronuncia in commento è condivisibile poiché contempera diversi principi: da un lato sottolinea l'ammissibilità del deposito dell'atto di rinuncia per la prima volta in sede di reclamo (atteso che il giudizio di reclamo, per i procedimenti regolati dalla disciplina fallimentare riformata *ex* d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è caratterizzato da effetto devolutivo pieno, per il quale non si applicano i limiti dell'appello, di cui agli artt. 342 e 345 c.p.c., ed è quindi consentito depositare nuovi documenti), dall'altro chiarisce in modo perentorio che l'atto di desistenza, in qualunque momento se ne abbia conoscenza, deve comunque essere anteriore alla sentenza di fallimento per determinarne la revoca.

Questo principio trova il suo fondamento nel fatto che la dichiarazione di fallimento, pur se pronunciata su istanza di un unico creditore, una volta intervenuta, spiega effetti *erga omnes* nei confronti di tutti i creditori e di tutti i soggetti pur rimasti estranei alla procedura prefallimentare.

Segnatamente la procedura prefallimentare non è riducibile ad un processo tra parti contrapposte in quanto è idonea a dar luogo (nel caso di accoglimento della domanda) ad un accertamento costitutivo valevole *erga omnes* (in questo senso fra le tante Cass. 6.11.2013 n. 24968)

Ne consegue l'indisponibilità del procedimento da parte del singolo creditore successiva alla pubblicazione della sentenza di fallimento e l'inefficacia ed irrilevanza di ogni manifestazione di volontà.

Dopo la dichiarazione di fallimento, infatti, il Curatore rappresenta gli interessi di tutti i creditori della massa e, in sede di reclamo, sta in giudizio a tutela di tutti i creditori.

Pertanto il potere e la legittimazione del creditore istante sono consumati e qualunque manifestazione di volontà o atto del creditore è irrilevante sulle sorti del giudizio di reclamo.

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Ancora sul reclamo cautelare nel processo telematico: deposito cartaceo o digitale?

di **Giorgio Giuseppe Poli**

Tribunale di Bari; ordinanza 18 ottobre 2016

Procedimento civile – Processo civile telematico – Deposito degli atti – Reclamo cautelare – Natura – Conseguenze (Cod. proc. civ., artt. 121, 156, 669 *terdecies*; d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, art. 16 *bis*).

[1] *Il vizio formale derivante dal deposito in forma cartacea, anziché telematica, del reclamo cautelare deve intendersi sanato per effetto del raggiungimento dello scopo ai sensi dell'art. 156, comma 3, c.p.c., in ragione del corretto instaurarsi del contraddittorio processuale e dell'assenza di qualsiasi lesione del diritto di difesa della parte resistente.*

Tribunale di Trani; ordinanza 5 settembre 2016

Procedimento civile – Processo civile telematico – Deposito degli atti – Reclamo cautelare – Natura – Conseguenze (Cod. proc. civ., artt. 121, 156, 669 *terdecies*; d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, art. 16 *bis*).

[2] *Anche ove si qualificasse il reclamo come atto endoprocessuale, la costituzione in forma cartacea è da ritenersi pienamente ammissibile, non esistendo alcuna norma che sanzioni con l'inammissibilità il deposito in forma diversa da quella telematica, se la costituzione per tale via è conforme alle prescrizioni di legge che la disciplinano, in virtù dei principi di libertà delle forme e del raggiungimento dello scopo, consistente nell'instaurazione del contraddittorio tra le parti.*

CASO

La giurisprudenza pugliese, ben rappresentata dai due provvedimenti in epigrafe, torna a pronunciarsi sulla *vexata quaestio* relativa alla forma, cartacea o telematica, cui dovrebbe soggiacere il deposito del reclamo cautelare (v. in precedenza Trib. Foggia, 15 maggio 2015, in *www.eclegal.it*, con nota di G.G.Poli, *La nozione di atto "endoprocessuale" ai fini del deposito telematico obbligatorio: lo strano caso del reclamo cautelare*, nel senso della natura endoprocessuale del reclamo; Trib. Trani 20 ottobre 2015, inedita, nel senso della natura di atto introduttivo del reclamo cautelare; Trib. Trani 24 novembre 2015, in *www.altalex.com*, invero riferita alla natura, ritenuta endoprocedimentale, del ricorso *ex* art. 669 *duodecies* c.p.c.).

Stando al tenore letterale dell'art. 16 *bis*, commi 1 e 9 *ter*, d.l. 179/2012, l'obbligo di deposito con modalità «esclusivamente» telematica è imposto in relazione agli atti processuali (e documenti) prodotti in giudizio, dinanzi ai Tribunali e alle Corti d'appello, dai difensori «delle parti precedentemente costituite».

Pur nell'estrema equivocità di quest'ultima locuzione, sembra di doversene ricavare la necessità che il deposito dell'atto in forma digitale si riallacci ad una già avvenuta, e perdurante, costituzione in giudizio della parte: in altre parole, che la parte (*rectius* il suo difensore) sia obbligata ad avvalersi della forma telematica ogni qual volta si accinga a depositare un atto o un documento successivo alla propria costituzione nell'ambito di un determinato "grado" di giudizio. Mentre, per gli atti di costituzione in giudizio (dell'attore e del convenuto) resta salva la possibilità di scelta della parte tra deposito tradizionale o deposito in formato digitale, quest'ultimo ormai sempre ammesso in relazione a qualsiasi atto processuale (anche diverso da quelli successivi alla costituzione) in forza del comma 1 *bis* del richiamato art. 16 *bis*.

Peraltro, come già sottolineato in altra occasione (sia consentito rinviare a G.G.Poli, *La nozione di atto "endoprocessuale"*, cit.; in giurisprudenza v., negli esatti termini, Trib. Vasto, 15 aprile 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Locri, ord. 20 ottobre 2016, in *www.eclegal.it*, con nota di S. Calvigioni, *Sull'ammissibilità del reclamo cautelare depositato in forma cartacea*), la questione si complica, e non poco, in tutti i procedimenti di natura bifasica o in quei giudizi caratterizzati dalla presenza di eventuali "appendici" o subprocedimenti volti, *lato sensu*, al riesame o al completamento della tutela concessa con il provvedimento reso nella prima fase: si pensi, solo per fare qualche esempio, al deposito dell'atto per l'«inizio del giudizio di merito» *ex* art. 669 *octies* c.p.c.; al deposito del ricorso per l'attuazione dei provvedimenti cautelari, aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare e non fare, *ex* art. 669 *duodecies* c.p.c.; al deposito dell'atto di «prosecuzione» del giudizio di merito possessorio *ex* art. 703, comma 4, c.p.c.; al deposito degli atti della fase istruttoria dei giudizi di separazione o divorzio; a quello degli atti introduttivi e di costituzione nel giudizio di opposizione alla fase sommaria del c.d. "Rito Fornero" *ex* art. 1, comma 51°, l. n. 92/2012.

Il dubbio interpretativo ha poi ragione di porsi anche nei casi di riassunzione del processo, avvenga essa dinanzi al giudice originariamente adìto, a seguito di una stasi processuale (ad es. interruzione, sospensione), o dinanzi ad un giudice diverso, come ad esempio in conseguenza del difetto di competenza.

In relazione a ciascuna di tali ipotesi, occorre appurare se la costituzione originariamente effettuata dalle parti nella prima fase del giudizio possa effettivamente continuare a spiegare effetti anche nella seconda fase, al fine di stabilire se gli atti che introducono tale fase successiva siano anch'essi soggetti all'obbligo di deposito telematico, in quanto retti dall'originaria costituzione in giudizio e, dunque, da considerarsi "endoprocessuali".

Perché se, invece, sussistesse un onere di costituirsi nuovamente in giudizio, a pena di dichiarazione di contumacia, nella fase o subprocedimento successivi al primo, allora le parti

sarebbero libere di depositare in cartaceo gli atti di costituzione in tale seconda fase: il che val quanto dire che la costituzione originaria perderebbe effetto.

Con particolare riferimento al reclamo cautelare, la soluzione della questione (relativa alla necessità ovvero alla mera facoltà di deposito in via telematica) finisce dunque per intrecciarsi fatalmente con la qualificazione del ricorso *ex* art. 669 *terdecies* c.p.c. alla stregua di atto meramente prosecutorio dell'unitario giudizio cautelare iniziato dinanzi al giudice di prima istanza o viceversa come atto introduttivo di un nuovo ed autonomo «grado» di giudizio (a carattere impugnatorio) e, in quanto tale, depositabile anche nel tradizionale formato analogico (in senso diverso v. M. Lupano, *Estensione dell'obbligo di deposito telematico e conseguenze della sua violazione*, in *Giur. it.*, 2016, 2633, secondo cui la disputa sulla natura del reclamo non può influire sulla modalità del deposito, in quanto a fondare la possibilità di deposito cartaceo basterebbe la necessità di nuova costituzione in giudizio nella fase di reclamo. Ma, a nostro avviso, in tanto è lecito parlare di necessità di nuova costituzione in giudizio, in quanto si ritenga che il reclamo introduca un vero e proprio "grado", autonomo rispetto a quello svoltosi dinanzi al giudice cautelare di prime cure, perché altrimenti – come avviene in altri procedimenti bifasici: ad es. quello di separazione e divorzio – la costituzione originaria potrebbe anche rendere superflua o comunque ininfluente una nuova costituzione nella seconda fase).

SOLUZIONE

Entrambe le pronunce si attestano su un ragionevole punto di equilibrio, che potrebbe sdrammatizzare gli effetti della disputa interpretativa in atto tra diversi giudici di merito: anche a voler qualificare il reclamo cautelare come atto proveniente da una parte già costituita in giudizio, il vizio derivante dall'erroneo deposito dello stesso in forma cartacea sarebbe sanabile ai sensi dell'art. 156, comma 3°, c.p.c., avendo l'atto (una volta accettato dalla cancelleria) comunque raggiunto la sua funzione tipica, consistente nella instaurazione del contraddittorio – notifica del reclamo e decreto di fissazione di udienza alla controparte – senza arrecare alcuna apprezzabile lesione al diritto di difesa della parte reclamata (ancor più significativo è che questa soluzione sia stata avallata, in uno dei provvedimenti in epigrafe, dallo stesso estensore che in altro procedimento – Trib. Trani 24 novembre 2015, cit. – aveva statuito nel senso dell'inammissibilità del deposito cartaceo di un atto da qualificarsi come "endoprocessuale", sul presupposto della violazione dell'affidamento riposto dalla controparte nella trasmissione dell'atto per via telematica).

La giurisprudenza è sul punto divisa tra chi ritiene che il reclamo cautelare costituisca mera prosecuzione dell'unitario giudizio cautelare instaurato dinanzi al primo giudice e sia dunque soggetto alle forme del deposito "esclusivamente" telematico, la cui inosservanza darebbe luogo alla inammissibilità (Trib. Torino, 6 marzo 2015, in *www.lanuovaproceduracivile.com*; Trib. Foggia, 15 maggio 2015, cit.; Trib. L'Aquila, 14 luglio 2016, in *Giur. it.*. 2016, 2630) inesistenza (Trib. Vasto, 15 aprile 2016, cit.) o nullità insanabile del deposito cartaceo (Trib. Locri, 20 ottobre 2016, cit.); chi, condividendo la premessa sulla natura del reclamo come atto interno all'unitario procedimento cautelare, ritiene tuttavia sanabile il vizio derivante dal deposito

dell'atto in forma cartacea, in assenza di una espressa sanzione di inammissibilità ed a condizione che vi sia stata la regolare costituzione del contraddittorio tra le parti (cfr. Trib. Ancona, 28 maggio 2015, in *www.lanuovaproceduracivle.com*; Trib. Torino, 26 gennaio 2015, in *www.processociviletelematico.it*; nonché i due provvedimenti in commento); chi, infine, valutato il reclamo cautelare come atto introduttivo di un procedimento del tutto autonomo rispetto a quello di primo grado, ritiene pienamente legittima la facoltà di scelta della parte tra deposito cartaceo o digitale (Trib. Vercelli 4 agosto 2014, in *Giur. it.*, 2015, 368, con nota di G.G. Poli, *Sulle nuove (forme di) nullità degli atti ai tempi del processo telematico*; Trib. Asti, 23 marzo 2015, in *www.lanuovaproceduracivile.com*; Trib. Roma, 8 novembre 2016, *ibid.*).

QUESTIONI

A parere di chi scrive, il dubbio sulle modalità del deposito non avrebbe comunque ragione di porsi nella specie, essendo ravvisabili sufficienti indici interpretativi nel senso della natura schiettamente impugnatoria del reclamo cautelare, e non meramente prosecutoria della prima fase (in questo senso v. A. Carratta, *La fase del reclamo* in AA.VV, *I procedimenti cautelari*, opera diretta da A. Carratta, Bologna, 2013, 356, cui si rinvia per ulteriori riferimenti di dottrina anche in senso difforme, tra cui v., per tutti, G. Arieta, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, in *Giur. cost.*, 1994, 2047; Id., *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 414, espressosi in favore della natura prosecutoria del rimedio, quale fase di un unico procedimento. In questo senso v. anche, da ultimo, G. Balena, *Riflessioni minime circa l'obbligatorietà del deposito telematico degli atti e dei documenti*, in *Giusto processo civ.*, 2016, 596, per cui il reclamo non instaura mai un giudizio a sé stante nel quale sia necessaria un'autonoma costituzione) con il corollario che non può attribuirsi efficacia ultrattiva alla costituzione effettuata dalla parte in primo grado e che, sussistendo in sede di reclamo la necessità di una nuova costituzione in giudizio, non v'è alcun obbligo (ma solo la facoltà) di effettuare il deposito del reclamo in forma telematica.

Questi indici consistono: 1) nella necessaria alterità del giudice del reclamo rispetto a quello di primo grado che, facendo venire meno il contatto tra parti e giudice originario, fa cessare anche l'efficacia della costituzione in giudizio effettuata nel primo grado cautelare (v., pur in altro ambito, A. Saletti, *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981, 283, secondo cui quando muta uno degli elementi del binomio giudice-parti, è necessaria la rinnovazione della costituzione); 2) nella circostanza che il giudizio di reclamo si svolge sullo stesso oggetto dell'ordinanza reclamata e non può perciò intendersi come prosecuzione o ampliamento della fase celebrata dinanzi al tribunale in composizione monocratica; 3) nella previsione del potere del giudice del reclamo di sospendere l'esecuzione del provvedimento cautelare, il che conferma la funzione di controllo sull'operato del giudice di primo grado.

Questa conclusione sembra avallata anche dalla lettura offerta da Corte cost. n. 78/2015 (in *Foro it.*, 2015, I, 3049, con nota di N. Minafra e in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 704 ss., con nota di D. Dalfino) che, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale del procedimento di opposizione al c.d. Rito Fornero, nella parte in cui non prevede l'obbligo di astensione per il giudice che abbia reso l'ordinanza che decide in via semplificata sul ricorso

del lavoratore, ha affermato in motivazione (se pur in via di *obiter*) che il reclamo cautelare integra «una vera e propria impugnazione», così superando il precedente specifico di Corte cost. n. 65/1998 (in *Giur. it.*, 1998, I, 2245) secondo cui tale mezzo doveva considerarsi più propriamente una prosecuzione dell'unico giudizio cautelare.

A ciò si aggiunga che per il reclamo cautelare sono previsti una autonoma iscrizione al ruolo ed il pagamento del relativo contributo unificato che, pur rappresentando adempimenti di carattere burocratico/fiscale inidonei ad incidere sulla natura dell'atto, sono la spia del carattere autonomo del procedimento, se si considera che, per un verso, l'iscrizione della causa sul ruolo coincide con la costituzione in giudizio (v. art. 168 c.p.c.) e che l'onere di corrispondere il contributo unificato è riferito, dall'art. 9 d.p.r. n. 115/2002, a "ciascun grado di giudizio", ed è infatti calcolato per il reclamo in misura pari a quello previsto per qualsiasi giudizio di impugnazione (v. infatti la Circolare Ministeriale del 5 luglio 2002 che nel, rimarcare l'obbligo di versamento del c.u. per il reclamo cautelare, giustificava invece l'esenzione dal contributo per la fase del c.d. "merito possessorio" proprio in ragione della unitarietà del procedimento possessorio).

Quanto infine alle conseguenze dell'atto erroneamente depositato in cartaceo anziché in telematico – nell'ottica, qui contestata, che il reclamo debba considerarsi "endoprocessuale" – sembra di potersi condividere l'impostazione salvifica che si fa strada nella recente giurisprudenza, secondo cui l'eventuale vizio discendente dal deposito irrituale merita comunque di essere sanato ogni qual volta l'atto sia stato accettato dalla cancelleria.

A questo proposito, occorre però precisare che la soluzione di affidare un potere/dovere di rifiuto dell'atto al sindacato della cancelleria non appare del tutto convincente né dal punto di vista giuridico né dal punto di vista pratico: l'art. 74 disp. att. c.p.c., nell'affidare al cancelliere l'onere di verificare «la regolarità anche fiscale degli atti e documenti», gli attribuisce un compito di controllo meramente formale sulla loro effettiva esistenza e produzione e sulla corrispondenza tra quanto dichiarato dalla parte (nell'indice del fascicolo) e quanto effettivamente depositato, ma non lo autorizza ad effettuare valutazioni di carattere giuridico (peraltro assai complesse, come nel caso della supposta natura endoprocessuale del reclamo) necessariamente riservate al giudice (v. in questo senso, tra le altre, Cass. 19 novembre 1999, n. 12858; 19 settembre 1992, n. 10737). D'altronde, l'unico caso in cui si configura un dovere di rifiuto degli atti da parte della cancelleria è disciplinata dall'art. 73, comma 2, disp. att. c.p.c., nell'ipotesi limite in cui il fascicolo di parte «non contenga le copie degli atti» e, in quanto norma eccezionale, pare di stretta interpretazione.

Senza considerare lo scenario, non improbabile, per cui all'interno dello stesso ufficio giudiziario o della stessa sezione convivano orientamenti contrastanti sulla natura, endoprocesuale o introduttiva, del reclamo cautelare (o di altro atto processuale per cui possono ripresentarsi simili dubbi): davvero si può credere che il cancelliere debba assumere l'iniziativa di rifiutare il deposito in presenza di una questione fortemente controversa tra gli stessi giudici?

Certo, nulla esclude in concreto che il cancelliere opponga un rifiuto al deposito cartaceo: ed in tal caso, ciò non sarebbe neppure fonte di particolari problemi, potendo l'avvocato provvedere al deposito in forma telematica dell'atto stesso, nell'arco della stessa giornata, anche dopo l'orario di chiusura delle cancellerie (v. art. 16 *bis*, comma 7, d.l. 179/2012 cit.).

Tuttavia, una volta varcati i controlli di cancelleria, avvenuta utilmente la fissazione dell'udienza e istituito il contraddittorio con la controparte, l'eventuale vizio dell'atto è ineluttabilmente destinato ad essere sanato dal raggiungimento dello scopo che, valutato oggettivamente, non può che coincidere con la realizzazione del contatto tra parti e ufficio giudiziario (v., in quest'ultimo senso, Cass. 12 maggio 2016, n. 9772 riferita all'ipotesi, inversa a quella che ci occupa, di erroneo deposito in formato telematico di un atto introduttivo, nel periodo transitorio in cui tale possibilità non era ancora espressamente consentita dalla legge; in dottrina v. E. Zucconi Galli Fonseca, *L'incontro tra informatica e processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2015, 1210; nel senso della nullità insanabile del deposito cartaceo non autorizzato v. invece B. Brunelli, *Le prime (superabili) difficoltà di funzionamento del processo civile telematico*, *ibid*., 264 ss.).

Nel senso della mera irregolarità o, al più, della nullità sanabile del vizio milita anche l'orientamento della giurisprudenza di legittimità (v. Cass., sez. un., 4 marzo 2009, n. 5160, in *Foro it*., 2010, I, 587; in senso diverso v., però, Cass. 21 maggio 2013, n. 12391, in *Foro it*., 2013, voce *Procedimento civile*, n. 195) occupatasi dell'ipotesi, in qualche modo assimilabile, del deposito irrituale a mezzo posta di un atto introduttivo, al di fuori dei procedimenti in cui la legge consente eccezionalmente di derogare al deposito *brevi manu* in cancelleria: il rilievo per cui nel nostro caso ad essere violata sarebbe non solo la forma del deposito ma anche la forma dell'atto processuale in sè (v. in questo senso Trib. Vasto 15 aprile 2016, cit.; Trib. Locri, 20 ottobre 2016, cit.) non appare decisivo, se si considera che anche per la violazione delle prescrizioni di forma dell'atto telematico non vi sono nella disciplina tecnica del p.c.t. sanzioni espresse che consentano di prescindere da quelle ordinariamente previste in tema di nullità degli atti processuali dagli artt. 156 e ss. c.p.c.

L'adozione, pur erronea, della forma cartacea, per la redazione e per il deposito dell'atto, non costituisce certo un modello o un "canale comunicativo" sconosciuto al processo civile, ed anzi quella cartacea è ancora in molti casi la forma esclusivamente utilizzata per il deposito degli atti introduttivi.

Se cosi è, appare incongruo ragionare in termini di inammissibilità o addirittura inesistenza dell'atto, sia perché la previsione della forma "esclusivamente" telematica del deposito per alcuni atti non basta di per sé, in assenza di comminatoria espressa, a determinare una sanzione così grave ed insanabile, sia perché la possibilità di ricavare in via interpretativa ipotesi innominate o extratestuali di inammissibilità è assai controversa in dottrina e viene per lo più riferita a gravi deviazioni dal modello legale di riferimento, che nella specie non sembrano sussistere in ragione della tendenziale fungibilità tra forma cartacea e telematica (sulla nozione di inammissibilità e sulla possibilità di estensione ad ipotesi non previste dalla legge cfr. R. Poli, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 320 ss., spec.

329).

L'adesione alla tesi della irregolarità consentirebbe, poi, al giudice di ordinare la riparazione dell'atto *ex* art. 182 c.p.c., disponendo il deposito in formato nativo telematico dell'atto erroneamente consegnato in cartaceo: il che consentirebbe anche di recuperare quella utilità aggiuntiva, connaturata al processo telematico, derivante dalla possibilità di consultare e fruire degli atti in formato digitale per il giudice e per le parti.

Al fine di evitare che questa interpretazione finisca per legittimare una generale disapplicazione dell'obbligo di deposito telematico degli atti, la violazione delle prescrizioni formali attinenti alle modalità di deposito potrebbe trovare una valida sanzione – ma solo qualora non vi siano dubbi sulla natura endoprocessuale dell'atto depositato: si pensi ad es. alle memorie *ex* art. 183 c.p.c. – sul piano della condanna alle spese processuali ex art. 92 c.p.c., quale ipotesi di trasgressione ai doveri di lealtà e probità (in questo senso sembrano potersi leggere anche le indicazioni rivenienti dal d.d.l. n. 2284, attualmente all'esame della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica)[*].

[*] Il presente scritto è stato redatto nell'ambito dell' Intervento cofinanziato dal Fondo di Sviluppo e Coesione 2007-2013 – APQ Ricerca Regione Puglia "Programma regionale a sostegno della specializzazione intelligente e della sostenibilità sociale ed ambientale – FutureInResearch".

Procedimenti di cognizione e ADR, PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Ancora sul reclamo cautelare nel processo telematico: deposito cartaceo o digitale?

di **Giorgio Giuseppe Poli**

Tribunale di Bari; ordinanza 18 ottobre 2016

Procedimento civile – Processo civile telematico – Deposito degli atti – Reclamo cautelare – Natura – Conseguenze (Cod. proc. civ., artt. 121, 156, 669 *terdecies*; d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, art. 16 *bis*).

[1] *Il vizio formale derivante dal deposito in forma cartacea, anziché telematica, del reclamo cautelare deve intendersi sanato per effetto del raggiungimento dello scopo ai sensi dell'art. 156, comma 3, c.p.c., in ragione del corretto instaurarsi del contraddittorio processuale e dell'assenza di qualsiasi lesione del diritto di difesa della parte resistente.*

Tribunale di Trani; ordinanza 5 settembre 2016

Procedimento civile – Processo civile telematico – Deposito degli atti – Reclamo cautelare – Natura – Conseguenze (Cod. proc. civ., artt. 121, 156, 669 *terdecies*; d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, art. 16 *bis*).

[2] *Anche ove si qualificasse il reclamo come atto endoprocessuale, la costituzione in forma cartacea è da ritenersi pienamente ammissibile, non esistendo alcuna norma che sanzioni con l'inammissibilità il deposito in forma diversa da quella telematica, se la costituzione per tale via è conforme alle prescrizioni di legge che la disciplinano, in virtù dei principi di libertà delle forme e del raggiungimento dello scopo, consistente nell'instaurazione del contraddittorio tra le parti.*

CASO

La giurisprudenza pugliese, ben rappresentata dai due provvedimenti in epigrafe, torna a pronunciarsi sulla *vexata quaestio* relativa alla forma, cartacea o telematica, cui dovrebbe soggiacere il deposito del reclamo cautelare (v. in precedenza Trib. Foggia, 15 maggio 2015, in *www.eclegal.it*, con nota di G.G.Poli, *La nozione di atto "endoprocessuale" ai fini del deposito telematico obbligatorio: lo strano caso del reclamo cautelare*, nel senso della natura endoprocessuale del reclamo; Trib. Trani 20 ottobre 2015, inedita, nel senso della natura di atto introduttivo del reclamo cautelare; Trib. Trani 24 novembre 2015, in *www.altalex.com*, invero riferita alla natura, ritenuta endoprocedimentale, del ricorso *ex* art. 669 *duodecies* c.p.c.).

Stando al tenore letterale dell'art. 16 *bis*, commi 1 e 9 *ter*, d.l. 179/2012, l'obbligo di deposito con modalità «esclusivamente» telematica è imposto in relazione agli atti processuali (e documenti) prodotti in giudizio, dinanzi ai Tribunali e alle Corti d'appello, dai difensori «delle parti precedentemente costituite».

Pur nell'estrema equivocità di quest'ultima locuzione, sembra di doversene ricavare la necessità che il deposito dell'atto in forma digitale si riallacci ad una già avvenuta, e perdurante, costituzione in giudizio della parte: in altre parole, che la parte (*rectius* il suo difensore) sia obbligata ad avvalersi della forma telematica ogni qual volta si accinga a depositare un atto o un documento successivo alla propria costituzione nell'ambito di un determinato "grado" di giudizio. Mentre, per gli atti di costituzione in giudizio (dell'attore e del convenuto) resta salva la possibilità di scelta della parte tra deposito tradizionale o deposito in formato digitale, quest'ultimo ormai sempre ammesso in relazione a qualsiasi atto processuale (anche diverso da quelli successivi alla costituzione) in forza del comma 1 *bis* del richiamato art. 16 *bis*.

Peraltro, come già sottolineato in altra occasione (sia consentito rinviare a G.G.Poli, *La nozione di atto "endoprocessuale"*, cit.; in giurisprudenza v., negli esatti termini, Trib. Vasto, 15 aprile 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Locri, ord. 20 ottobre 2016, in *www.eclegal.it*, con nota di S. Calvigioni, *Sull'ammissibilità del reclamo cautelare depositato in forma cartacea*), la questione si complica, e non poco, in tutti i procedimenti di natura bifasica o in quei giudizi caratterizzati dalla presenza di eventuali "appendici" o subprocedimenti volti, *lato sensu*, al riesame o al completamento della tutela concessa con il provvedimento reso nella prima fase: si pensi, solo per fare qualche esempio, al deposito dell'atto per l'«inizio del giudizio di merito» *ex* art. 669 *octies* c.p.c.; al deposito del ricorso per l'attuazione dei provvedimenti cautelari, aventi ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare e non fare, *ex* art. 669 *duodecies* c.p.c.; al deposito dell'atto di «prosecuzione» del giudizio di merito possessorio *ex* art. 703, comma 4, c.p.c.; al deposito degli atti della fase istruttoria dei giudizi di separazione o divorzio; a quello degli atti introduttivi e di costituzione nel giudizio di opposizione alla fase sommaria del c.d. "Rito Fornero" *ex* art. 1, comma 51°, l. n. 92/2012.

Il dubbio interpretativo ha poi ragione di porsi anche nei casi di riassunzione del processo, avvenga essa dinanzi al giudice originariamente adìto, a seguito di una stasi processuale (ad es. interruzione, sospensione), o dinanzi ad un giudice diverso, come ad esempio in conseguenza del difetto di competenza.

In relazione a ciascuna di tali ipotesi, occorre appurare se la costituzione originariamente effettuata dalle parti nella prima fase del giudizio possa effettivamente continuare a spiegare effetti anche nella seconda fase, al fine di stabilire se gli atti che introducono tale fase successiva siano anch'essi soggetti all'obbligo di deposito telematico, in quanto retti dall'originaria costituzione in giudizio e, dunque, da considerarsi "endoprocessuali".

Perché se, invece, sussistesse un onere di costituirsi nuovamente in giudizio, a pena di dichiarazione di contumacia, nella fase o subprocedimento successivi al primo, allora le parti

sarebbero libere di depositare in cartaceo gli atti di costituzione in tale seconda fase: il che val quanto dire che la costituzione originaria perderebbe effetto.

Con particolare riferimento al reclamo cautelare, la soluzione della questione (relativa alla necessità ovvero alla mera facoltà di deposito in via telematica) finisce dunque per intrecciarsi fatalmente con la qualificazione del ricorso *ex* art. 669 *terdecies* c.p.c. alla stregua di atto meramente prosecutorio dell'unitario giudizio cautelare iniziato dinanzi al giudice di prima istanza o viceversa come atto introduttivo di un nuovo ed autonomo «grado» di giudizio (a carattere impugnatorio) e, in quanto tale, depositabile anche nel tradizionale formato analogico (in senso diverso v. M. Lupano, *Estensione dell'obbligo di deposito telematico e conseguenze della sua violazione*, in *Giur. it.*, 2016, 2633, secondo cui la disputa sulla natura del reclamo non può influire sulla modalità del deposito, in quanto a fondare la possibilità di deposito cartaceo basterebbe la necessità di nuova costituzione in giudizio nella fase di reclamo. Ma, a nostro avviso, in tanto è lecito parlare di necessità di nuova costituzione in giudizio, in quanto si ritenga che il reclamo introduca un vero e proprio "grado", autonomo rispetto a quello svoltosi dinanzi al giudice cautelare di prime cure, perché altrimenti – come avviene in altri procedimenti bifasici: ad es. quello di separazione e divorzio – la costituzione originaria potrebbe anche rendere superflua o comunque ininfluente una nuova costituzione nella seconda fase).

SOLUZIONE

Entrambe le pronunce si attestano su un ragionevole punto di equilibrio, che potrebbe sdrammatizzare gli effetti della disputa interpretativa in atto tra diversi giudici di merito: anche a voler qualificare il reclamo cautelare come atto proveniente da una parte già costituita in giudizio, il vizio derivante dall'erroneo deposito dello stesso in forma cartacea sarebbe sanabile ai sensi dell'art. 156, comma 3°, c.p.c., avendo l'atto (una volta accettato dalla cancelleria) comunque raggiunto la sua funzione tipica, consistente nella instaurazione del contraddittorio – notifica del reclamo e decreto di fissazione di udienza alla controparte – senza arrecare alcuna apprezzabile lesione al diritto di difesa della parte reclamata (ancor più significativo è che questa soluzione sia stata avallata, in uno dei provvedimenti in epigrafe, dallo stesso estensore che in altro procedimento – Trib. Trani 24 novembre 2015, cit. – aveva statuito nel senso dell'inammissibilità del deposito cartaceo di un atto da qualificarsi come "endoprocessuale", sul presupposto della violazione dell'affidamento riposto dalla controparte nella trasmissione dell'atto per via telematica).

La giurisprudenza è sul punto divisa tra chi ritiene che il reclamo cautelare costituisca mera prosecuzione dell'unitario giudizio cautelare instaurato dinanzi al primo giudice e sia dunque soggetto alle forme del deposito "esclusivamente" telematico, la cui inosservanza darebbe luogo alla inammissibilità (Trib. Torino, 6 marzo 2015, in *www.lanuovaproceduracivile.com*; Trib. Foggia, 15 maggio 2015, cit.; Trib. L'Aquila, 14 luglio 2016, in *Giur. it.*. 2016, 2630) inesistenza (Trib. Vasto, 15 aprile 2016, cit.) o nullità insanabile del deposito cartaceo (Trib. Locri, 20 ottobre 2016, cit.); chi, condividendo la premessa sulla natura del reclamo come atto interno all'unitario procedimento cautelare, ritiene tuttavia sanabile il vizio derivante dal deposito

dell'atto in forma cartacea, in assenza di una espressa sanzione di inammissibilità ed a condizione che vi sia stata la regolare costituzione del contraddittorio tra le parti (cfr. Trib. Ancona, 28 maggio 2015, in *www.lanuovaproceduracivle.com*; Trib. Torino, 26 gennaio 2015, in *www.processociviletelematico.it*; nonché i due provvedimenti in commento); chi, infine, valutato il reclamo cautelare come atto introduttivo di un procedimento del tutto autonomo rispetto a quello di primo grado, ritiene pienamente legittima la facoltà di scelta della parte tra deposito cartaceo o digitale (Trib. Vercelli 4 agosto 2014, in *Giur. it.*, 2015, 368, con nota di G.G. Poli, *Sulle nuove (forme di) nullità degli atti ai tempi del processo telematico*; Trib. Asti, 23 marzo 2015, in *www.lanuovaproceduracivile.com*; Trib. Roma, 8 novembre 2016, *ibid.*).

QUESTIONI

A parere di chi scrive, il dubbio sulle modalità del deposito non avrebbe comunque ragione di porsi nella specie, essendo ravvisabili sufficienti indici interpretativi nel senso della natura schiettamente impugnatoria del reclamo cautelare, e non meramente prosecutoria della prima fase (in questo senso v. A. Carratta, *La fase del reclamo* in AA.VV, *I procedimenti cautelari*, opera diretta da A. Carratta, Bologna, 2013, 356, cui si rinvia per ulteriori riferimenti di dottrina anche in senso difforme, tra cui v., per tutti, G. Arieta, *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, in *Giur. cost.*, 1994, 2047; Id., *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 414, espressosi in favore della natura prosecutoria del rimedio, quale fase di un unico procedimento. In questo senso v. anche, da ultimo, G. Balena, *Riflessioni minime circa l'obbligatorietà del deposito telematico degli atti e dei documenti*, in *Giusto processo civ.*, 2016, 596, per cui il reclamo non instaura mai un giudizio a sé stante nel quale sia necessaria un'autonoma costituzione) con il corollario che non può attribuirsi efficacia ultrattiva alla costituzione effettuata dalla parte in primo grado e che, sussistendo in sede di reclamo la necessità di una nuova costituzione in giudizio, non v'è alcun obbligo (ma solo la facoltà) di effettuare il deposito del reclamo in forma telematica.

Questi indici consistono: 1) nella necessaria alterità del giudice del reclamo rispetto a quello di primo grado che, facendo venire meno il contatto tra parti e giudice originario, fa cessare anche l'efficacia della costituzione in giudizio effettuata nel primo grado cautelare (v., pur in altro ambito, A. Saletti, *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981, 283, secondo cui quando muta uno degli elementi del binomio giudice-parti, è necessaria la rinnovazione della costituzione); 2) nella circostanza che il giudizio di reclamo si svolge sullo stesso oggetto dell'ordinanza reclamata e non può perciò intendersi come prosecuzione o ampliamento della fase celebrata dinanzi al tribunale in composizione monocratica; 3) nella previsione del potere del giudice del reclamo di sospendere l'esecuzione del provvedimento cautelare, il che conferma la funzione di controllo sull'operato del giudice di primo grado.

Questa conclusione sembra avallata anche dalla lettura offerta da Corte cost. n. 78/2015 (in *Foro it.*, 2015, I, 3049, con nota di N. Minafra e in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 704 ss., con nota di D. Dalfino) che, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale del procedimento di opposizione al c.d. Rito Fornero, nella parte in cui non prevede l'obbligo di astensione per il giudice che abbia reso l'ordinanza che decide in via semplificata sul ricorso

del lavoratore, ha affermato in motivazione (se pur in via di *obiter*) che il reclamo cautelare integra «una vera e propria impugnazione», così superando il precedente specifico di Corte cost. n. 65/1998 (in *Giur. it.*, 1998, I, 2245) secondo cui tale mezzo doveva considerarsi più propriamente una prosecuzione dell'unico giudizio cautelare.

A ciò si aggiunga che per il reclamo cautelare sono previsti una autonoma iscrizione al ruolo ed il pagamento del relativo contributo unificato che, pur rappresentando adempimenti di carattere burocratico/fiscale inidonei ad incidere sulla natura dell'atto, sono la spia del carattere autonomo del procedimento, se si considera che, per un verso, l'iscrizione della causa sul ruolo coincide con la costituzione in giudizio (v. art. 168 c.p.c.) e che l'onere di corrispondere il contributo unificato è riferito, dall'art. 9 d.p.r. n. 115/2002, a "ciascun grado di giudizio", ed è infatti calcolato per il reclamo in misura pari a quello previsto per qualsiasi giudizio di impugnazione (v. infatti la Circolare Ministeriale del 5 luglio 2002 che nel, rimarcare l'obbligo di versamento del c.u. per il reclamo cautelare, giustificava invece l'esenzione dal contributo per la fase del c.d. "merito possessorio" proprio in ragione della unitarietà del procedimento possessorio).

Quanto infine alle conseguenze dell'atto erroneamente depositato in cartaceo anziché in telematico – nell'ottica, qui contestata, che il reclamo debba considerarsi "endoprocessuale" – sembra di potersi condividere l'impostazione salvifica che si fa strada nella recente giurisprudenza, secondo cui l'eventuale vizio discendente dal deposito irrituale merita comunque di essere sanato ogni qual volta l'atto sia stato accettato dalla cancelleria.

A questo proposito, occorre però precisare che la soluzione di affidare un potere/dovere di rifiuto dell'atto al sindacato della cancelleria non appare del tutto convincente né dal punto di vista giuridico né dal punto di vista pratico: l'art. 74 disp. att. c.p.c., nell'affidare al cancelliere l'onere di verificare «la regolarità anche fiscale degli atti e documenti», gli attribuisce un compito di controllo meramente formale sulla loro effettiva esistenza e produzione e sulla corrispondenza tra quanto dichiarato dalla parte (nell'indice del fascicolo) e quanto effettivamente depositato, ma non lo autorizza ad effettuare valutazioni di carattere giuridico (peraltro assai complesse, come nel caso della supposta natura endoprocessuale del reclamo) necessariamente riservate al giudice (v. in questo senso, tra le altre, Cass. 19 novembre 1999, n. 12858; 19 settembre 1992, n. 10737). D'altronde, l'unico caso in cui si configura un dovere di rifiuto degli atti da parte della cancelleria è disciplinata dall'art. 73, comma 2, disp. att. c.p.c., nell'ipotesi limite in cui il fascicolo di parte «non contenga le copie degli atti» e, in quanto norma eccezionale, pare di stretta interpretazione.

Senza considerare lo scenario, non improbabile, per cui all'interno dello stesso ufficio giudiziario o della stessa sezione convivano orientamenti contrastanti sulla natura, endoprocesuale o introduttiva, del reclamo cautelare (o di altro atto processuale per cui possono ripresentarsi simili dubbi): davvero si può credere che il cancelliere debba assumere l'iniziativa di rifiutare il deposito in presenza di una questione fortemente controversa tra gli stessi giudici?

Certo, nulla esclude in concreto che il cancelliere opponga un rifiuto al deposito cartaceo: ed in tal caso, ciò non sarebbe neppure fonte di particolari problemi, potendo l'avvocato provvedere al deposito in forma telematica dell'atto stesso, nell'arco della stessa giornata, anche dopo l'orario di chiusura delle cancellerie (v. art. 16 *bis*, comma 7, d.l. 179/2012 cit.).

Tuttavia, una volta varcati i controlli di cancelleria, avvenuta utilmente la fissazione dell'udienza e istituito il contraddittorio con la controparte, l'eventuale vizio dell'atto è ineluttabilmente destinato ad essere sanato dal raggiungimento dello scopo che, valutato oggettivamente, non può che coincidere con la realizzazione del contatto tra parti e ufficio giudiziario (v., in quest'ultimo senso, Cass. 12 maggio 2016, n. 9772 riferita all'ipotesi, inversa a quella che ci occupa, di erroneo deposito in formato telematico di un atto introduttivo, nel periodo transitorio in cui tale possibilità non era ancora espressamente consentita dalla legge; in dottrina v. E. Zucconi Galli Fonseca, *L'incontro tra informatica e processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2015, 1210; nel senso della nullità insanabile del deposito cartaceo non autorizzato v. invece B. Brunelli, *Le prime (superabili) difficoltà di funzionamento del processo civile telematico*, *ibid*., 264 ss.).

Nel senso della mera irregolarità o, al più, della nullità sanabile del vizio milita anche l'orientamento della giurisprudenza di legittimità (v. Cass., sez. un., 4 marzo 2009, n. 5160, in *Foro it*., 2010, I, 587; in senso diverso v., però, Cass. 21 maggio 2013, n. 12391, in *Foro it*., 2013, voce *Procedimento civile*, n. 195) occupatasi dell'ipotesi, in qualche modo assimilabile, del deposito irrituale a mezzo posta di un atto introduttivo, al di fuori dei procedimenti in cui la legge consente eccezionalmente di derogare al deposito *brevi manu* in cancelleria: il rilievo per cui nel nostro caso ad essere violata sarebbe non solo la forma del deposito ma anche la forma dell'atto processuale in sè (v. in questo senso Trib. Vasto 15 aprile 2016, cit.; Trib. Locri, 20 ottobre 2016, cit.) non appare decisivo, se si considera che anche per la violazione delle prescrizioni di forma dell'atto telematico non vi sono nella disciplina tecnica del p.c.t. sanzioni espresse che consentano di prescindere da quelle ordinariamente previste in tema di nullità degli atti processuali dagli artt. 156 e ss. c.p.c.

L'adozione, pur erronea, della forma cartacea, per la redazione e per il deposito dell'atto, non costituisce certo un modello o un "canale comunicativo" sconosciuto al processo civile, ed anzi quella cartacea è ancora in molti casi la forma esclusivamente utilizzata per il deposito degli atti introduttivi.

Se cosi è, appare incongruo ragionare in termini di inammissibilità o addirittura inesistenza dell'atto, sia perché la previsione della forma "esclusivamente" telematica del deposito per alcuni atti non basta di per sé, in assenza di comminatoria espressa, a determinare una sanzione così grave ed insanabile, sia perché la possibilità di ricavare in via interpretativa ipotesi innominate o extratestuali di inammissibilità è assai controversa in dottrina e viene per lo più riferita a gravi deviazioni dal modello legale di riferimento, che nella specie non sembrano sussistere in ragione della tendenziale fungibilità tra forma cartacea e telematica (sulla nozione di inammissibilità e sulla possibilità di estensione ad ipotesi non previste dalla legge cfr. R. Poli, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, 320 ss., spec.

329).

L'adesione alla tesi della irregolarità consentirebbe, poi, al giudice di ordinare la riparazione dell'atto *ex* art. 182 c.p.c., disponendo il deposito in formato nativo telematico dell'atto erroneamente consegnato in cartaceo: il che consentirebbe anche di recuperare quella utilità aggiuntiva, connaturata al processo telematico, derivante dalla possibilità di consultare e fruire degli atti in formato digitale per il giudice e per le parti.

Al fine di evitare che questa interpretazione finisca per legittimare una generale disapplicazione dell'obbligo di deposito telematico degli atti, la violazione delle prescrizioni formali attinenti alle modalità di deposito potrebbe trovare una valida sanzione – ma solo qualora non vi siano dubbi sulla natura endoprocessuale dell'atto depositato: si pensi ad es. alle memorie *ex* art. 183 c.p.c. – sul piano della condanna alle spese processuali ex art. 92 c.p.c., quale ipotesi di trasgressione ai doveri di lealtà e probità (in questo senso sembrano potersi leggere anche le indicazioni rivenienti dal d.d.l. n. 2284, attualmente all'esame della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica)[*].

[*] Il presente scritto è stato redatto nell'ambito dell' Intervento cofinanziato dal Fondo di Sviluppo e Coesione 2007-2013 – APQ Ricerca Regione Puglia "Programma regionale a sostegno della specializzazione intelligente e della sostenibilità sociale ed ambientale – FutureInResearch".

Impugnazioni

Appello incidentale proposto dopo lo spirare del termine di decadenza e autosufficienza del ricorso per cassazione

di **Lorenzo Di Giovanna**

Cass. civ., sez. VI, ord. 6 febbraio 2017 n. 3081

Impugnazioni civili – Appello incidentale – Termine – Proposizione entro venti giorni dalla data dell'udienza – Necessità – Differimento della prima udienza ex art. 168 bis, co. 5, c.p.c. – Termine a ritroso computato dall'udienza differita (Cod. proc. civ., artt. 343, 166 e 168 *bis*, co. 5)

Impugnazioni civili – Ricorso per cassazione – Autosufficienza – Censura della tardività dell'appello incidentale per mancato rispetto degli artt. 343 e 166 c.p.c. – Indicazione della data effettiva della prima udienza di comparizione – Necessità – Indicazione delle ragioni del differimento – Necessità (Cod. proc. civ., artt. 166, 168 *bis*, co. 4 e 5, 343, 366, nn. 3 e 6)

Impugnazioni civili – Appello incidentale tardivo – Proposizione dopo la scadenza del termine lungo per impugnare – Ammissibilità (Cod. proc. civ., artt. 327 e 344)

[1] *Ai sensi dell'art. 343, co. 1, c.p.c. l'appello incidentale si propone, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta, all'atto della costituzione in cancelleria ai sensi dell'art. 166 c.p.c.; tuttavia, ove il giudice si avvalga della facoltà di differimento, ex art. 168 bis, co. 5, c.p.c. il termine per la proposizione dell'appello incidentale va calcolato assumendo come riferimento la data dell'udienza differita, e non quella originariamente indicata nell'atto di citazione.*

[2] *In virtù del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, il ricorrente, che denunci la tardività dell'appello incidentale perché proposto oltre il termine di venti giorni dall'udienza, deve indicare, a pena di inammissibilità, la data effettiva in cui si è tenuta la prima udienza dinanzi alla corte d'appello e, nel caso in cui questa non coincida con la data indicata nella citazione, deve specificare se il differimento dell'udienza sia stato disposto ai sensi del quarto o del quinto comma dell'art. 168 bis c.p.c.*

[3] *L'art. 334 c.p.c. consente alla parte contro la quale è proposta l'impugnazione di proporre l'impugnazione incidentale anche quando per essa è decorso il termine lungo per impugnare ai*

sensi dell'art. 327 c.p.c.

CASO

[1-2] Una società proponeva appello incidentale avverso la sentenza che la aveva vista soccombente relativamente ad una delle plurime domande proposte.

Vagliata l'ammissibilità e dell'appello principale e dell'appello incidentale, i giudici del gravame si pronunciavano per l'accoglimento nel merito di quest'ultimo.

Pertanto, l'appellante principale, si decideva a proporre ricorso per cassazione per motivi di diritto, deducendo la violazione degli artt. 343, 166 e 325 c.p.c.

In particolare, la ricorrente si doleva del fatto che l'appello incidentale era da considerarsi inammissibile.

Difatti, a suo dire, la costituzione in giudizio dell'appellato incidentale sarebbe avvenuta tardivamente rispetto al termine previsto dagli artt. 343 e 166 c.p.c. Inoltre, l'appello incidentale sarebbe risultato altresì tardivo e irricevibile in quanto proposto oltre l'anno dalla pubblicazione della sentenza di primo grado (art. 327 c.p.c.).

Il ricorrente, allo scopo di provare le proprie asserzioni, si limitava ad allegare unicamente il proprio atto di citazione in appello e ad indicare la data di costituzione in giudizio dell'appellante incidentale. Lo stesso mancava dunque di precisare e di dimostrare che l'udienza fissata nel proprio atto d'appello aveva avuto luogo regolarmente e che non vi era stato alcun differimento.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte premette che l'appello incidentale è da considerarsi inammissibile, per violazione dell'art. 343 c.p.c., allorché lo stesso sia stato presentato oltre il termine di venti giorni computato a ritroso dall'udienza fissata in citazione o differita ai sensi dell'art. 168 *bis*, co. 5, c.p.c. In caso di rinvio d'ufficio ai sensi del co. 4 dell'art. 168 *bis* c.p.c., invece, il termine di venti giorni va calcolato comunque dall'udienza fissata in citazione e non da quella di effettivo e differito svolgimento.

[2] La maturazione della decadenza deve essere dimostrata dal ricorrente.

Alla luce del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, il ricorrente è onerato ad indicare cumulativamente:

1) la data dell'udienza fissata in citazione;

2) la data effettiva in cui si è tenuta la prima udienza dinanzi alla corte di appello;

3) nel caso in cui non vi sia coincidenza tra la data dell'udienza fissata e quella dell'udienza effettiva, se vi sia stato rinvio d'ufficio ai sensi del co. 4 dell'art. 168 *bis* c.p.c. ovvero rinvio conseguente all'esercizio, da parte del giudice, della facoltà di differimento di cui al co. 5 dello stesso art. 168 *bis* c.p.c.

Nel caso di specie, dal momento che il ricorrente non aveva fornito tali indicazioni, il ricorso è stato dichiarato inammissibile.

[3] Inoltre, la Corte precisa che la proposizione dell'impugnazione incidentale oltre la scadenza del termine per impugnare non è di per sé causa di inammissibilità, dal momento che l'art. 334 c.p.c. consente espressamente l'impugnazione incidentale tardiva.

QUESTIONI

Con la pronuncia in epigrafe la Suprema Corte ha affermato la necessità da parte dell'appellante principale di rendere nota l'indicazione della data della prima udienza allo scopo di provare la tardività della costituzione in giudizio dell'appellante incidentale.

[1] È ben noto infatti che l'appello incidentale, a seguito della riforma del 1990, debba essere proposto perentoriamente con comparsa di risposta depositata in cancelleria almeno venti giorni prima dell'udienza indicata nell'atto di citazione.

La regola non subisce eccezioni per il caso in cui l'udienza prescritta non abbia avuto luogo, ma vi sia stato soltanto un rinvio d'ufficio della stessa.

In quest'ultima ipotesi, infatti, secondo giurisprudenza consolidata, non essendovi alcun richiamo del codice di rito – *sub* art. 166 c.p.c. – all'art. 168 *bis*, co. 4, c.p.c., non opera il differimento dei termini di decadenza per la proposizione dell'appello incidentale. Ed ancora, essendo lo slittamento in questione strumentale alle esigenze dell'ufficio, non vi è ragione (Cfr. Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 461, in *Giur. it.*, 1790 ss., con nota di A. Gili) di concedere più tempo alla parte per costituirsi. Pertanto, in tali casi, l'appello incidentale proposto oltre gli steccati codicistici è da considerarsi inammissibile.

Nell'ipotesi di differimento ad opera del giudice, invece, secondo questa giurisprudenza, è lo stesso legislatore – richiamando l'art. 168 *bis*, co. 5, nel testo dell'art. 166 c.p.c. – a prevedere un'ipotesi eccezionale di deroga al termine perentorio di cui all'art.166 c.p.c. (v., da ultimo, Cass. civ., sez. II, 20 dicembre 2013, n. 28571).

Ed, infatti, in quest'ultimo caso il differimento si spiega anche considerando il diverso scopo della norma. Esso consiste nel garantire al giudice ed alla parte convenuta un margine di tempo ulteriore, più lungo, per l'analisi di fattispecie che ad una prima lettura si presentano come particolarmente complesse. Da qui il differimento anche del termine di costituzione in giudizio, a presidio del diritto di difesa della parte appellata/convenuta.

Poste tali premesse, giova rilevare che l'interpretazione giurisprudenziale riferita ha suscitato non poche perplessità in dottrina (si veda Guarnieri, *Art. 168 bis c.p.c. e appello incidentale: la colta distinzione tra prima udienza "slittata" e prima udienza "differita" colpisce ancora"*, in *Riv. dir. proc*, 2014, 777 ss.).

Si è obiettato infatti che la distinzione tra prima udienza "slittata", per ragioni d'ufficio, e prima udienza differita, per volere del giudice, risulterebbe irragionevole.

Ed invero, ove si consideri che la *ratio* degli artt. 343 e 166 c.p.c. è volta a favorire il convenuto/appellato, ci si chiede perché non estendere tale trattamento di favore anche per le ipotesi di rinvio d'ufficio dell'udienza. Le mere esigenze procedurali infatti non eliderebbero in radice che, in questo modo, il giudice avrà più tempo per l'analisi del fascicolo, mentre la parte convenuta sarà costretta a depositare in anticipo le proprie controdeduzioni. Ciò soprattutto se l'udienza rinviata sia spostata a mesi ovvero ad anni di distanza da quella fissata in citazione.

Peraltro, dal momento che nella prassi non è sempre agevole per gli interessati intendere e, conseguentemente, provare il motivo del rinvio dell'udienza, potrebbero porsi seri dubbi di legittimità costituzionale (comunque non condivisi dalla Consulta: v. *supra*).

[2] Ciò posto, la sentenza in commento suscita interesse soprattutto nella parte in cui individua gli oneri che incombono in capo al ricorrente che decida di denunciare la tardività della proposizione dell'impugnazione incidentale.

E, difatti, alla luce del chiesto requisito dell'autosufficienza (per un quadro completo si veda Picozzi, *Autosufficienza del ricorso per cassazione: rassegna giurisprudenziale 2016 gennaio-maggio*), la Corte ritiene che il ricorrente non possa limitarsi ad allegare la data di fissazione dell'udienza per come emerge dal proprio atto di citazione.

Al contrario, soprattutto nei casi in cui la parte resistente (come nell'ipotesi in esame) eccepisca l'avvenuto differimento dell'udienza ai sensi del co. 5, il ricorso deve indicare chiaramente la data effettiva dell'udienza e il reale fondamento del rinvio (ossia che il rinvio è stato disposto ai sensi del co. 4 dell'art. 168 *bis* c.p.c.).

Pertanto, premesse le difficoltà emerse nella prassi per provare a distinguere i due tipi di slittamento dell'udienza, la posizione della parte resistente, in siffatti casi, potrebbe risultare favorita.

Procedimenti di cognizione e ADR

Il difetto di procura alle liti è sanabile? La Corte conferma ma "con riserva"

di **Adele Sangrigoli**

Cass., 3 ottobre 2016, n. 19663 – *Presidente* CHIARINI – *Relatore* FRASCA

– PROCURA ALLE LITI – PROCURA RILASCIATA PER IL SOLO PRIMO GRADO – APPELLO – DIFETTO DI PROCURA – SANABILITà (C.p.c. artt. 182, secondo comma; 359; 350, secondo comma; L. 69/2009 art. 46, comma 2).

Nel caso in cui l'atto di appello sia stato posto in essere dal difensore sulla base della procura rilasciatagli in primo grado, ancorché non estesa al grado di appello, si verifica una situazione di nullità della procura che, qualora l'appellante produca una procura estesa a quel grado all'udienza ai sensi dell'art. 350, secondo comma c.p.c., risulta spontaneamente sanata in modo rituale dall'appellante, tenuto conto di quanto prevede l'art. 182, secondo comma c.p.c., nel testo introdotto dalla L. n. 69 del 2009.

CASO

Nell'ambito del giudizio d'appello promosso da Tizio avverso la sentenza del Tribunale di Napoli, sezione distaccata di Afragola, che aveva rigettato il suo ricorso volto ad ottenere il rilascio ex art. 1810 c.c. degli appartamenti di cui era comproprietario con la defunta moglie e dati in godimento alle figlie, la Corte d'appello di Napoli dichiarava inammissibile l'interposto appello per mancanza di procura, poiché la stessa, rilasciata per il primo grado di giudizio, non risultava essere estesa al giudizio d'appello, escludendo che a sanare tale mancanza con riferimento al momento del deposito del ricorso in appello fosse idonea la procura notarile depositata spontaneamente dalla parte all'udienza di trattazione ex art. 350 c.p.c..

SOLUZIONE

La Corte cassa con rinvio la sentenza impugnata affermando che nel caso in cui l'atto di appello sia stato posto in essere dal difensore in forza di procura rilasciatagli in primo grado, ancorché non estesa al grado d'appello, si verifica una situazione di nullità della stessa che, tuttavia, può essere spontaneamente sanata ex art. 182, secondo comma c.p.c., nel caso in cui l'appellante produca una procura estesa a quel grado all'udienza di cui all'art. 350, secondo comma c.p.c.

QUESTIONI

Il problema della regolarizzazione della procura viziata, dei suoi effetti e limiti, è stato oggetto di un annoso dibattito giurisprudenziale e dottrinale che ha portato l'art. 182 c.p.c. al centro di un intervento normativo da parte del legislatore del 2009 e di una pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite, nel 2010 (Cass., S.U., 19 aprile 2010 n. 9217, alla quale si deve il pregio di aver sottolineato il carattere doveroso dell'intervento giudiziale chiarendo che "*l'invalidità derivante dall'incapacità processuale della parte è sanabile, appunto perché "può" essere sanata con la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza o con il rilascio delle necessarie autorizzazioni* [..] *ma la sanatoria "deve" essere promossa dal giudice, assegnando un termine alla parte che non vi abbia già provveduto di sua iniziativa").*

Come noto, la L. 18 giugno 2009, n. 69 ha riscritto il solo secondo comma della norma *de qua*, lasciando inalterato il disposto del primo comma. A seguito della novella, molti dubbi sorti in seno alla giurisprudenza in merito alla natura e al tipo di efficacia da riconoscere all'intervento giudiziale furono superati poiché la nuova norma prevedeva espressamente che, analogamente a quanto stabilito dall'art. 164, secondo comma c.p.c. per la nullità della citazione, laddove il giudice rilevi un vizio che determini la nullità della procura ha il dovere (e non la mera facoltà) di concedere alle parti un termine (espressamente qualificato come perentorio) per regolarizzare la propria posizione processuale, precisando inoltre che tale sanatoria ha carattere *ex tunc*, e dunque tale da travolgere sia le decadenze di carattere processuale sia quelle di carattere sostanziale. Anche prima della citata novella, tuttavia, la dottrina sosteneva che l'intervento del giudice fosse doveroso (sul punto, Consolo, Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Le disposizioni generali, Padova, 2004, 19; Liebman, Manuale di diritto processuale civile, a cura di Colesanti – Merlin – Ricci, Milano, 2002, 87; Luiso, Diritto processuale civile, Milano, 2000, 197; Marengo, La discrezionalità del giudice civile, Torino, 1996, 94).

Uno dei temi lasciati aperti dalla nuova formulazione della norma è quello della possibilità di regolarizzare anche la cosiddetta "procura inesistente", *vexata quaestio* su cui, nella pronuncia in esame, il Collegio dichiaratamente omette di prendere posizione, vertendo il caso di specie non tanto in un'ipotesi di appello posto in essere in carenza di rilascio della procura, quanto piuttosto in un caso di appello posto in essere dal difensore sulla base di una procura notarile alle liti rilasciata per il giudizio di primo grado e non espressamente estesa al giudizio d'appello.

È in questa sede appena il caso di segnalare che, nell'ambito di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale tutt'altro che sopito, la recente giurisprudenza di legittimità ha in più di un'occasione confermato la possibilità di estendere la previsione del novellato art. 182 c.p.c. anche all'ipotesi di inesistenza o di mancata produzione in giudizio del negozio rappresentativo. In tal senso si ricorda, tra tutte Cass., 18 febbraio 2016, n. 3181, ai sensi della quale in caso di omesso deposito della procura generale alle liti che sia stata semplicemente enunciata e richiamata negli atti della parte, il giudice, in qualunque stato e grado del processo, non può dichiarare l'invalidità della costituzione senza aver prima provveduto a formulare l'invito a produrre il documento mancante; in senso analogo cfr. anche Cass., 11 settembre 2014, n. 19169 e Cass., 22 maggio 2014, n. 11359.

Nella pronuncia in esame, muovendo dal presupposto per cui l'art. 182 secondo comma c.p.c. debba considerarsi norma tendenzialmente applicabile anche al giudizio d'appello, stante il disposto di cui all'art. 359 c.p.c., la Corte si interroga sulla sua compatibilità con specifico riferimento all'art. 350 secondo comma c.p.c., il quale sancisce l'obbligo per il giudice di secondo grado di verificare la regolarità della costituzione (alla quale il deposito della procura è certamente preordinato) senza tuttavia prevedere la concessione di un termine per regolarizzare la costituzione.

In particolare, alla luce del criterio dettato dall'art. 359 c.p.c., che subordina l'applicabilità della disciplina dettata per il procedimento di primo grado davanti al Tribunale alla sua compatibilità con le norme che disciplinano il giudizio d'appello (capo II), l'intervento del giudice sarebbe astrattamente configurabile nella misura in cui si manifesti in un invito alle parti a regolarizzare la costituzione *hic et inde*, ossia nell'ambito della stessa udienza.

Ne conseguirebbe che l'ordine di rinnovazione della procura prodotta all'atto della costituzione ma nulla e, ancor di più, l'ordine di integrare una procura rilasciata per il precedente grado di giudizio sarebbe da considerarsi incompatibile con una struttura dell'appello, così come emerge dall'art. 350 c.p.c.

Il Collegio, dopo aver chiarito che tale vizio ben avrebbe potuto essere sanato su ordine del giudice d'appello nella stessa udienza, si interroga in merito alla possibilità per lo stesso di concedere alle parti un termine per la regolarizzazione oltre quell'udienza, sottolineando come, nel caso di specie, tale questione appaia non rilevante atteso che la produzione della nuova procura alle liti all'udienza ai sensi dell'art. 350 secondo comma c.p.c. aveva determinato una spontanea sanatoria di un vizio che non era di carenza, bensì di inidoneità della procura.

Parimenti non rilevante nella dinamica del caso *de quo*, la circostanza per cui la nuova procura veniva prodotta nella seconda udienza, dal momento che il rinvio della prima udienza del giudizio d'appello veniva disposto per l'acquisizione del fascicolo di primo grado e, pertanto, l'udienza successiva andava considerata ancora udienza ai sensi del secondo comma dell'art. 350 c.p.c.

In conclusione, con la pronuncia in commento la Suprema Corte sembra recepire *in toto* gli insegnamenti maturati nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, i quali trovano recente conferma in Cass., Sez. Unite, 05 agosto 2016, n. 16598 per la quale, in un'ottica di valorizzazione del dato letterale della norma, la mancanza di una previsione espressa da parte dell'art. 350 secondo comma c.p.c. del potere in capo al giudice dell'appello di invitare l'appellante alla regolarizzazione della costituzione con un'attività successiva all'udienza, unitamente alla circostanza che la norma assegna invece al giudice alcuni poteri che comportano la regolarizzazione sotto altri profili del processo, impone di ritenere che un simile intervento non sia ammissibile da parte del giudice di secondo grado. Viceversa, la norma non vieta, proprio perché trattasi di attività funzionale al controllo della regolarità della costituzione da effettuarsi in udienza, che il giudice, nel rilevare il difetto inerente la

costituzione, possa invitare *hic et inde* l'appellante alla regolarizzazione immediata e che l'appellante possa procedervi nella stessa udienza.

Ne consegue che "*la prescrizione che il controllo della regolarità della costituzione debba avvenire all'udienza di cui all'art. 350 c.p.c. e l'esclusione di un potere del giudice di concedere un termine comportano l'impossibilità anche di un ordine di rinnovazione, perché esso si risolverebbe nella concessione di un termine*".

Procedimenti di cognizione e ADR

Sul valore probatorio della sentenza di patteggiamento

di **Marco Russo**

E' consolidato l'orientamento giurisprudenziale per cui la sentenza penale di applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 e 445 c.p.p., pur non implicando un accertamento capace di fare stato nel giudizio civile (conclusione conforme agli approdi della dottrina processual penalistica, che da tempo sottolinea l'assenza di una vera e propria verifica della colpevolezza dell'imputato: Ferrua, *Il giusto processo*, Bologna, 2005, 77), contiene pur sempre una ipotesi di responsabilità di cui il giudice di merito non può escludere il rilievo senza adeguatamente motivare (Cass., 2 febbraio 2017, n. 2695; Cass., 31 marzo 2015, n. 6582; Cass., 18 aprile 2013, n. 9456; Cass., 6 dicembre 2011, n. 26263; Cass., 19 novembre 2007, n. 23906).

La stessa giurisprudenza precisa talvolta che la sentenza di patteggiamento "esonera la controparte dall'onere della prova e costituisce un importante elemento di prova per il giudice di merito, il quale, ove intenda discostarsene, ha il dovere di spiegare le ragioni per cui l'imputato avrebbe ammesso una sua insussistente responsabilità, ed il giudice penale abbia prestato fede a tale ammissione" (Cass., 29 febbraio 2016, n. 3980).

Le tre conclusioni – ossia i) la *relevatio ab onere probandi*, ii) l'onere di motivazione sulle ragioni per cui l'imputato avrebbe dovuto ammettere un'inesistente responsabilità e iii) l'onere di "ragionata sconfessione" del magistrato penale – si prestano ad alcune critiche, apparendo tutt'al più ultimi echi di quel principio di unità della giurisdizione che, come più volte sottolineato dalla Cassazione (Cass, 18 gennaio 2007, n. 1095; Cass., 25 marzo 2005, n. 6478; Cass., 1° luglio 2004, n. 12093), non trova più cittadinanza nell'ordinamento processuale italiano a far data dall'emanazione codice di procedura penale del 1988, che ha invece abbracciato il nuovo presupposto della separazione delle giurisdizioni, tale per cui il giudice, al di fuori delle ipotesi in cui opera il vincolo del giudicato penale, nel procedere ad un autonomo apprezzamento dei fatti rispetto a quello già operato in altra sede giurisdizionale non può ritenersi soggetto ad alcun particolare onere di motivazione sulle ragioni che lo hanno indotto ad operare una diversa valutazione degli elementi probatori già emersi nell'istruttoria esperita in sede penale (Cass., 17 febbraio 2010, n. 3820; Cass., 23 maggio 1996, n. 4748).

In particolare, la conclusione sub i) non è armonica con la disciplina della confessione, in riferimento alla quale una granitica giurisprudenza richiede l'elemento soggettivo dell'*animus confitendi* (ossia la "volontà e consapevolezza di riconoscere la verità del fatto dichiarato, obiettivamente sfavorevole al dichiarante e favorevole all'altra parte": Cass., 9 aprile 2013, n. 8611) ed esclude che tale profilo sussista laddove, ad esempio, la dichiarazione sia stata effettuata dal datore di lavoro in un verbale ispettivo e dunque sia stata "resa in funzione degli

scopi dell'inchiesta" (Cass., 7 settembre 2015, n. 17702).

Non si vede allora perché un effetto tanto dirompente, quale è quello derivante dall'esonero per la parte dalla dimostrazione del fatto costitutivo della propria pretesa, dovrebbe essere riconosciuto ad una prova atipica, tanto più se evidentemente sprovvista di un elemento invece tradizionalmente richiesto per l'individuazione di una prova legale (tipica).

Le conclusioni sub ii) e iii) non parrebbero invece conciliarsi con l'efficacia persuasiva generalmente assegnata alla sentenza di patteggiamento, ossia quella di un "importante" elemento di prova (così la citata Cass., 2695/2017; Cass., 26 marzo 2012, n. 4804; Cass., 10 giugno 2011, n. 12763; Cass., 3 aprile 2009, n. 8127) o tutt'al più, come più frequentemente affermato dalla giurisprudenza di merito, di un argomento di prova (Trib. Firenze, 30 maggio 2011, in *www.altalex.it*, e Trib. Modena, 24 marzo 2011, in *www.giurisprudenzamodenese.it*).

Se dunque la sentenza ex artt. 444 s. c.p.p. rientra nell'ambito delle "prove" (nella forma debole dell'argomento o in quella più "importante" di prova liberamente valutabile, per usare l'espressione della giurisprudenza), sfugge la ragione sistematica per cui il suo superamento richieda una apposita motivazione: essa dovrebbe essere invece soggetta al pacifico orientamento in base al quale il giudice civile, nella ponderazione del valore da attribuirsi "ad un elemento emergente dall'istruttoria piuttosto che ad un altro", non è tenuto a "dare conto in motivazione del fatto di aver valutato analiticamente tutte le risultanze processuali", dovendosi dare per "implicitamente disattesi" gli elementi probatori "morfologicamente incompatibili con la decisione adottata" (Cass., 12 settembre 2011, n. 18644).

Tanto più che uno dei due oneri si pone in aperta contraddizione con una norma del codice di procedura penale.

E' infatti assai problematica la conclusione sub iii), ossia la necessità di una ricostruzione dei motivi in base ai quali il magistrato penale ebbe a optare per l'emissione di una sentenza di condanna – sia pure nelle forme del patteggiamento – anziché per la dichiarazione d'ufficio della ricorrenza di uno dei casi di proscioglimento, indicati dall'art. 129 c.p.p. nelle ipotesi in cui il fatto "non sussiste" ovvero "l'imputato non lo ha commesso", "non costituisce reato", "non è previsto dalla legge come reato", "è estinto" o, infine, è escluso dalla mancanza di una delle condizione di procedibilità previste dal Titolo III del Libro V del codice di procedura penale.

L'onere parrebbe contraddire il comma 1-*bis* dell'art. 445 c.p.p., che, nell'ottica di incentivazione dell'imputato alla rinuncia al diritto di difendersi in un pubblico dibattimento, nega espressamente alla sentenza di patteggiamento la (pur limitata) efficacia di giudicato nei giudizi civili ed amministrativi invece riconosciuta alle sentenze definitive di condanna o di assoluzione *ex* artt. 651 s. c.p.p.: laddove, in altre parole, è lo stesso legislatore ad aver esplicitamente escluso che il giudice civile sia vincolato alle risultanze dell'accertamento, sembra superfluo assegnare all'estensore il compito di soffermarsi, in motivazione, sulle ragioni che lo hanno indotto a decidere in difformità dalla ricostruzione accolta dal magistrato penale nella sentenza emessa in applicazione della pena su richiesta di parte.

Quanto alle ragioni di chi patteggi la condanna per un reato mai commesso [onere sub ii)], il compito assegnato al giudice civile sembra invece impegnativo.

Il meccanismo premiale sotteso alla disciplina dei riti alternativi al processo penale ordinario, e del patteggiamento in particolare, si fonda sull'allestimento di veri e propri incentivi che possono ragionevolmente indurre l'imputato innocente – ma consapevole della difficoltà di dimostrare in dibattimento la propria innocenza – ad accettare una decisione "allo stato degli atti" come contropartita di una pena magari contenuta nei minimi edittali: tra questi incentivi, si consideri l'immediata interruzione di quella che la dottrina processual penalistica definisce la "pena anticipata" rappresentata dalla partecipazione in sé al processo penale in qualità di imputato (in tal senso Iannaccone, *I rapporti tra processo penale e procedimento tributario alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Fisco*, 2008, 41, 7376); il compromesso di una sentenza che conserva le forme della condanna ma che, nella sensibilità e nell'opinione comuni, non contiene una constatazione incontrovertibile della responsabilità penale; e infine, come si è visto poco sopra, la garanzia dell'inutilizzabilità della sentenza di patteggiamento a fini di prova nel giudizio civile sul risarcimento del danno.

Si osserva infine che l'utilità della ricostruzione dell'*iter* logico adottato dal magistrato penale sembra in ogni caso da limitare alle sole ipotesi, tra quelle considerate dall'art. 129 c.p.p. ai fini del proscioglimento dell'imputato, che risulterebbero astrattamente idonee ad offrire al giudice civile elementi di valutazione sulla fondatezza della domanda formulata dall'attore nel giudizio civile, ossia gli accertamenti vòlti a stabilire se "il fatto non sussiste" o (salvo i casi di eccezionale responsabilità per fatto altrui: v. ad. es. le ipotesi disciplinate dagli artt. 2047, 2048, 2049, 2054 comma 3 c.c., nelle quali l'ipotetica verifica giudiziale che l'imputato "non ha commesso il fatto" non esclude di per sé la possibile responsabilità civile dello stesso soggetto per il fatto commesso da altri) "l'imputato non lo ha commesso".

La stessa idoneità deve invece essere esclusa per le statuizioni con cui il giudice penale dichiari che "il fatto non costituisce reato" o "non è previsto dalla legge come reato" (stante la possibile configurazione delle medesime condotte, come ad esempio quelle di danneggiamento colposo, alla stregua di illeciti civili) o ancora che "il reato è estinto" (ben potendo la condotta l'illecito penale ormai prescritto aver creato, in capo al danneggiato, un diritto al risarcimento del danno ancora azionabile in sede civile) o che "manca una condizione di procedibilità": si pensi, a quest'ultimo proposito, all'omessa presentazione della querela, anch'essa circostanza irrilevante ai fini della decisione del giudice civile sulla fondatezza della pretesa dell'attore – già persona offesa dal reato – all'ottenimento del risarcimento del danno cagionato dalla condotta del convenuto.

Si segnala infine che la L. 27 marzo 2001, n. 97 la quale, in deroga al principio dell'autonomia tra giurisdizioni, ha previsto che nel giudizio disciplinare la sentenza di patteggiamento sia equiparata alla sentenza di condanna e che la sentenza penale irrevocabile di condanna abbia "efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso", al fine (rilevato in dottrina da Dominici, *La*

"'valenza indiziaria" del patteggiamento nel giudizio disciplinare del dipendente pubblico, in *Giur. it.*, 2015, I, 1383) "di dare credibilità alla pubblica amministrazione favorendo la coerenza tra la decisione penale e la pronuncia in sede civile qualora l'imputato, soggetto alla sanzione disciplinare, abbia patteggiato la pena per il medesimo fatto oggetto di accertamento nel giudizio civile".

GESTIONE DELLA PROFESSIONE E SOFTWARE, Nuove tecnologie e Studio digitale

Il processo tributario telematico:prospettive per il futuro

di **Giuseppe Vitrani**

La struttura del processo telematico tributario genera un approccio ambivalente: un certo rimpianto per alcune soluzioni strategiche che indubbiamente ne rendono farraginosa la gestione ma anche la consapevolezza dell'esistenza di amplissimi margini di intervento che potrebbero generare un'enorme semplificazione del rito processuale tributario. Iniziamo dalle criticità, che sono note ma anche facilmente risolvibili:

- certamente dovrà essere risolto al più presto il problema dell'allegazione dei file attestanti la regolarità della notificazione del ricorso a mezzo PEC, stante che ancora oggi, in attesa di modifiche delle regole tecniche o del manuale di gestione documentale, non è garantita la reperibilità degli stessi all'interno del fascicolo informatico;
- dovrà altresì essere ampliata la dimensione massima dei file depositabili, oggi di soli 5 MB e dunque certamente esigua a fronte di documenti corposi quali possono ad esempio le perizie tecniche. Allo stato attuale, ove le dimensioni superino quelle consentite, occorre provvedere ad uno "spezzettamento" dei documenti con conseguente dilatazione dei tempi di deposito per il professionista;
- ancora, si ritiene non si possa prescindere dall'eliminazione dell'obbligo di apposizione della firma digitale su ogni documento prodotto. Se, come pare acclarato, tale onere fosse stato introdotto per rispettare le regole tecniche sulla conservazione sarebbe sufficiente considerare che, a tali fini, è del tutto inutile la firma del professionista in calce a documenti da lui non formati (quali appunto le produzioni documentali propriamente dette) per giungere alle auspicate conclusioni. Semmai, si potrà porre un problema di attestazione di conformità al momento della presa in carico del fascicolo da parte dell'archivio informatico, ma si tratterebbe comunque di una fase successiva non gestita dal professionista;
- altra problematica (questa volta in termini di sicurezza) riguarda gli accessi al S.I.G.I.T.: è opportuno che venga al più presto implementato l'accesso con CNS in alternativa al più instabile e meno sicuro accesso con UserID e password; ciò proprio al fine di rendere più sicuro il sistema;
- ancora, e da ultimo, sarebbe ottima cosa introdurre poteri di autenticazione per i professionisti, sulla scorta di quanto già accade nel processo civile telematico e nel processo amministrativo telematico. Si eliminerebbero così i dubbi circa la possibilità di iscrivere a ruolo per via telematica un ricorso notificato con modalità analogica e si renderebbe possibile anche la notificazione della sentenza a mezzo pec.

È evidente che tali interventi renderebbero molto più semplice e completo l'utilizzo dei servizi

del PTT.

C'è però sullo sfondo una grossa possibilità di sviluppo del sistema, che potrebbe rendere questo processo davvero una delle piattaforme informatiche più agevoli da utilizzare nell'ambito della gestione del contenzioso.

Ci riferiamo alla possibilità che, riformando radicalmente il meccanismo di avvio del contenzioso, non si preveda più la previa notificazione e la successiva iscrizione a ruolo ma si invertano i fattori e si preveda l'iscrizione a ruolo e la successiva notificazione.

Conseguentemente, quantomeno in primo grado, la notificazione del ricorso (e del decreto di fissazione dell'udienza) potrebbero essere effettuate alla controparte attraverso il sistema pubblico di connettività (o al massimo attraverso la PEC).

A supporto di tale possibilità c'è peraltro un solido appiglio normativo e cioè l'art. 16 bis del d. lgs. 546 del 1992 ove si prevede che le comunicazioni di segreteria per le pubbliche amministrazioni vengano effettuate, appunto, attraverso il sistema pubblico di connettività.

Posto che nel processo tributario le parti resistenti sono quasi sempre pubbliche amministrazioni, o comunque dotate di PEC, ben si potrebbe realizzare un sistema del genere, eliminando tutte le problematiche connesse alla regolare instaurazione del contraddittorio e dando così la possibilità alle parti e ai magistrati di esaminare più celermente le questioni nel merito.

E-learning
Seminario on-line
PROCESSO TELEMATICO TRIBUTARIO
CFP: 2 Docenti: Luca Sileni, Giuseppe Vitrani
accedi al sito >

DIRITTO D'IMPRESA, Diritto e reati societari

Rafforzata la tutela delle microimprese da prassi commerciali scorrette nei rapporti con altre imprese

di **Carlo Biasior**

L'art. art. 7, comma 1, D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, ha introdotto nel codice del consumo le «microimprese», estendendo a loro la disciplina delle prassi commerciali scorrette, ora applicabili anche ai rapporti tra operatori professionali e «microimprese».

La definizione di microimpresa si trova all'art. 18, lett. d-bis) del codice del consumo, dove per "microimprese" si intendono le "entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003".

All'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo) dopo le parole: "relativa a un prodotto" sono aggiunte, infine, le seguenti: "nonché alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese. Per le microimprese la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n.145."

In occasione del recepimento della direttiva 2005/29/CE sulle prassi commerciali sleali tra imprese e consumatori (fenomeno che ricomprende anche la pubblicità ingannevole a danno di consumatori), le tutele, dal lato soggettivo, per così dire, si sono sdoppiate: il decreto legislativo n. 145 del 2007, dando attuazione alla direttiva 2006/114/CE e all'art. 14 della direttiva 2005/29/CE, reca ora la disciplina generale della pubblicità commerciale applicabile *solo* ai rapporti tra operatori professionali e il decreto legislativo n. 146 del 2007, dando attuazione alla Direttiva n. 2005/29/CE, ha introdotto nell'ordinamento italiano (artt. da 18 a 27-*quater* del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 2006, codice del consumo) la disciplina delle pratiche commerciali scorrette applicabile *solo* ai rapporti tra imprese e consumatori (la disciplina delle prassi commerciali sleali comprende la pubblicità ingannevole e comparativa scorretta a danno dei consumatori).

Quindi l'equiparazione delle microimprese ai consumatori avviene solamente per la tutela da prassi commerciali aggressive e rappresenta un'unicità italiana.

Le prassi commerciali scorrette sono vietate. La contrarietà alla diligenza professionale e la

capacità di falsare le scelte economiche del consumatore medio (microimpresa media) sono i due parametri utili per individuare un comportamento commerciale scorretto.

La diligenza professionale rappresenta il parametro principale per valutare la correttezza di un comportamento commerciale. La diligenza professionale è un concetto, dinamico, che raffronta, di volta in volta, in ciascun caso concreto, l'attività del professionista con l'integrità delle scelte d'acquisto del consumatore e della microimpresa. E' il parametro che ci dice quale sia il livello atteso di conoscenza (dei prodotti, del mercato), di competenza (conoscenza e rispetto delle leggi applicabili), di organizzazione (efficace allocazione delle risorse a presidio delle varie fasi della produzione, distribuzione/vendita e post/vendita) dell'impresa nella sua attività di promozione, vendita o fornitura di prodotti o servizi nei diversi mercati: la diligenza professionale varierà in base alla complessità dei prodotti e dei servizi offerti, in relazione al mercato considerato.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) è l'Autorità a cui l'art. 27 del codice del consumo ha affidato, in via esclusiva, il controllo sulle pratiche commerciali scorrette.

Aver affidato il controllo delle prassi commerciali scorrette a forme di *public enforcement*, ha impresso una forza propulsiva significativa al consumerismo in Italia e al diritto privato del mercato: esemplari, a riguardo, paiono le norme a tutela del consumatore adottate a seguito di valutazioni di scorrettezza da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e Mercato, quali, ad esempio, a) l'introduzione di un termine perentorio per la chiusura di un contratto di conto corrente; b) il divieto della prassi bancaria di subordinare la concessione di un mutuo all'acquisto di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca o all'apertura del conto corrente; c) il divieto della *no show rule*.

Tra le microimprese, i professionisti che le assistono e le associazioni che le rappresentano pare non esserci piena consapevolezza della portata dello strumento normativo loro esteso, che permette di fare proprie le tutele dei consumatori e su cui, si è andata formando una cospicua giurisprudenza che apre la porta a forme di tutela degli interessi collettivi, con importante ricadute per i mercati.