

anno I | numero 1 | giugno-luglio 2009

Il Sole **24 ORE**

Guida al Diritto

DOSSIER ON LINE

PROCESSO CIVILE:
VADEMECUM
della RIFORMA

Le schede di lettura

Dalla liquidazione delle spese al procedimento sommario:
il restyling del nuovo rito alla luce della legge 69/2009

www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com

Un “viaggio” nelle nuove regole

Continua il nostro “viaggio” all’interno delle modifiche al rito civile. Dopo la ricostruzione del Codice di procedura civile, alla luce delle innovazioni introdotte dalla legge 18 giugno 2009 n. 69, apparsa in edicola con l’instant book di giugno di «Guida al Diritto», il focus sull’importante riforma si completa con le schede di lettura sul processo civile. Trascorso l’ordinario periodo di vacatio legis, salve le particolari disposizioni legate al regime transitorio, le nuove norme entreranno in vigore il 4 luglio 2009. La “miniriforma” del processo civile è dunque attesa sul “banco di prova” della prima applicazione. Per gli operatori del diritto si tratta di rimodulare l’attività di studio in seguito alle indicazioni fornite dalla legge 69/2009, che incide su principi fondamentali del rito e numerosi istituti di “impiego” comune da parte degli avvocati e magistrati che operano nel settore. Il nostro “cammino” a schede parte dalla liquidazione delle spese, per passare al procedimento sommario e arrivare alle nuove regole sulla giurisdizione.

Testi a cura di **Giuseppe Finocchiaro**

Coordinamento a cura di **Rosa Maria Attanasio e Carmine De Pascale**

SOMMARIO

LE SCHEDE DI LETTURA

- **La liquidazione delle spese** - Una corposa serie di modifiche per contrastare gli abusi del processo **pag. 4**
- **I termini e la rimessione** - Colpo di acceleratore sul rito con un “taglio” dei termini **pag. 8**
- **La testimonianza scritta** - Così l’«accordo tra le parti» apre alla testimonianza scritta **pag. 10**
- **Il ricorso per Cassazione** - Per il «filtro» in Cassazione un riconoscimento di fatto **pag. 13**
- **L’esecuzione degli obblighi** - Con l’arrivo dell’esecuzione “indiretta” si accresce la tutela delle parti **pag. 19**
- **Il procedimento sommario** - Giudizio di cognizione: strada “veloce” per chiudere le controversie **pag. 23**
- **La forma della domanda** - Avvio più rapido dei procedimenti con la presentazione del ricorso **pag. 28**
- **La decisione** - Un’ordinanza a conclusione dell’istruzione sommaria **pag. 32**
- **L’appello** - Sulla presentazione dell’atto di appello resta da sciogliere il nodo della forma **pag. 33**
- **La giurisdizione** - Maggiore effettività della tutela anche se la domanda è sbagliata **pag. 36**

UNA VERA NOVITÀ ANCHE PER CHI GIÀ LA CONOSCE.

Nuova impostazione grafica!

Il settimanale è completamente rinnovato, più ricco e operativo, più interattivo con il sito per offrire un vero servizio di consulenza all'avvocato. La nuova impostazione editoriale permette consultazioni veloci così come approfondimenti accurati. In più, offre numerose esemplificazioni, schemi e tabelle, casi pratici e commenti in grado di risolvere i Suoi dubbi professionali.

Le sezioni: Sommario, Indice Analitico, Primo Piano, Orientamenti, Legislazione, Giurisprudenza, Rubriche.

Nuovi servizi on-line!

Il sito www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com è ora più ricco di informazioni, aggiornamenti e funzionalità.

Scopra come è facile navigare nel nuovo sito, gratuito e riservato ai soli abbonati. Nuove funzionalità, numerose informazioni e aggiornamenti, ricca documentazione. Inoltre, due sezioni completamente dedicate al diritto comunitario e internazionale e alla responsabilità e risarcimento.

E in più, i Dossier compresi nell'abbonamento!

Preziosi fascicoli monografici che fanno il punto della situazione sugli argomenti di particolare interesse e attualità.

In aggiunta ai numeri settimanali di Guida al Diritto, Lei riceverà i preziosi fascicoli monografici che affrontano un particolare argomento di interesse e attualità sotto vari profili, cercando di fare il punto della situazione, grazie anche agli interventi dei migliori esperti della materia.

**Sempre più indispensabile:
si abboni subito!**

COUPON DI ABBONAMENTO

Si, desidero abbonarmi per un anno 47291
003917 **a Guida al Diritto a soli € 229,00**

(50 numeri della **NUOVA** rivista + 9 Dossier mensili + **NUOVI** Servizi on-line)

L'abbonamento dura 12 mesi e decorre dal primo numero raggiungibile.

L'offerta è valida per i nuovi abbonamenti: coloro che sono già abbonati riceveranno un'offerta direttamente al loro recapito.

Non invii denaro ora! Riceverà il bollettino di pagamento direttamente al suo recapito.

 **Il buono d'ordine compilato va inviato via fax al numero: (02 o 06) 3022.5402**

Puoi abbonarti comodamente anche on line
direttamente su

www.shopping24.it

Qui troverai anche tante altre offerte!

SHOPPING

24!
.it



Ragione sociale _____

Cortese attenzione _____

Persona fisica Impresa individuale/professionista Studio associato Società commerciale

Altro Ente privato Ente Pubblico Ente Pubblico non commerciale Ente non commerciale

Via _____

Cap. _____ Loc. _____ Prov. _____

Tel. _____ Cellulare _____

E-mail _____

Partita IVA* _____

Codice Fiscale* _____

* campi obbligatori

Clausola contrattuale: la sottoscrizione dell'offerta dà diritto a ricevere informazioni commerciali su prodotti e servizi delle Società del Gruppo "Il Sole 24 ORE". Se non desidera riceverle barrare la seguente casella

Informativa ex D.Lgs. 196/03: Il Sole 24 ORE S.p.A., Titolare del trattamento, tratta anche elettronicamente i dati personali liberamente conferiti per fornire i servizi indicati e, se lo desidera, per aggiornarli su iniziative e offerte del Gruppo. Potrà esercitare i diritti dell'art. 7, D.Lgs. 196/03 rivolgendosi al Responsabile del trattamento, che è il Responsabile del Coordinamento Commerciale, presso Il Sole 24 ORE S.p.A. - Database Marketing - via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano. L'elenco completo e aggiornato di tutti i Responsabili del trattamento è disponibile, al medesimo indirizzo, presso l'Ufficio Privacy. I dati potranno essere trattati da incaricati preposti agli ordini, al marketing, all'amministrazione, al servizio clienti e potranno essere comunicati alle Società del Gruppo per gli stessi fini della raccolta, a società esterne che svolgono attività connesse all'evasione dell'ordine e all'eventuale invio di nostro materiale promozionale, agli istituti bancari. **Consenso:** Con il conferimento del Suo indirizzo e-mail, del numero di telefax s/o di telefono (del tutto facoltativi) esprime il Suo specifico consenso all'utilizzo di detti strumenti per l'invio di informazioni commerciali.

Gruppo



La cultura dei fatti.



Una corposa serie di modifiche per contrastare gli abusi del processo

L'intervento più significativo prevede che il giudice ogni volta che decide sulle spese possa condannare la parte soccombente al pagamento di una somma a favore della controparte

Alcune modifiche operate dalla legge 69/2009 a disposizioni "sparpagliate" un po' ovunque nel Codice di procedura civile possono essere considerate unitariamente in base alla considerazione che costituiscono tutte espressione del medesimo principio ispiratore inteso a contrastare e ridurre gli abusi del processo.

La tutela delle posizioni giuridiche

Come ben noto, la possibilità di agire in giudizio per la tutela delle proprie posizioni giuridiche - diritti soggettivi e interessi legittimi - costituisce una garanzia assicurata dall'articolo 24 della Costituzione a "tutti": non soltanto, sia cittadini, sia stranieri (comma 1), ma anche, sia ricchi, sia poveri, come dimostrato dall'obbligo costituzionale per il Legislatore ordinario di assicurare «ai non abbienti... i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione» (comma 3).

La possibilità di richiedere e ottenere una tutela giurisdizionale effettiva, come chiarito da tempo dalla dottrina e a più riprese dal Giudice

delle leggi, costituisce uno dei fondamenti essenziali della convivenza civile, specie in considerazione del divieto per i consociati di farsi giustizia da sé.

Quanto precede consente di comprendere il ruolo, imprescindibile e delicatissimo negli equilibri dell'intero sistema giuridico, svolto dall'attività giurisdizionale che, ai sensi dell'articolo 111, comma 1, della Costituzione, si attua nel giusto processo. Ma, nel contempo, impone altresì di configurare in capo al Legislatore ordinario l'obbligo di impedire che lo strumento processuale possa essere oggetto di "abusi", cioè possa essere piegato a fini diversi se non opposti a quelli cui istituzionalmente dovrebbe essere rivolto.

Il processo può essere considerato come un insieme di norme che, nello stabilire le modalità di compimento degli atti, attribuiscono alle parti, non soltanto oneri, ma anche e soprattutto facoltà e poteri. Ogni qualvolta la parte processuale si avvalga di facoltà e poteri, pure concessi espressamente dalla legge, al fine, non di ottenere giustizia, bensì, all'opposto, di impedire alla controparte di avere giustizia, si verifica un uso distorto del processo, che non può essere tollerato dall'ordinamento, ma deve essere combattuto e sanzionato, senza esitazioni, specie considerato che:

- da un lato, il processo è interamente costituito come una serie di garanzie per ciascuna parte che, per definizione, dunque, si prestano a essere oggetto di abuso;
- dall'altro lato, l'abuso dello strumento processuale, non soltanto incide negativamente nei confronti della parte contro cui è compiuto, ma anche, risolvendosi in un aumento della mole di lavoro degli uffici giudiziari, si ripercuote, di riflesso,

sull'intero sistema giudiziario, causando ritardi e disfunzioni a livello generale nell'amministrazione della giustizia.

Le innovazioni al sistema delle spese processuali

Passando a esaminare più nel dettaglio le novità che possono essere accomunate dall'essere rivolte a limitare l'abuso del processo civile, devono, innanzi tutto, prendersi in considerazione le riforme degli articoli 91 e 92, nonché 96 del Cpc (per uno sguardo d'insieme su tutte le possibili pronunce in tema di spese e di condanne per responsabilità aggravata, si veda la tabella che segue, ove sono in corsivo le disposizioni introdotte o modificate dalla riforma).

Per quanto concerne specificamente le spese, il processo civile si ispira al principio cosiddetto "della soccombenza", in virtù del quale ciascuna parte anticipa le proprie spese e, all'esito del processo, il giudice condanna la parte soccombente a sostenere anche quelle dell'avversario risultato vittorioso, salvo che non ricorrano giusti motivi per derogare, in tutto o in parte, a questa regola: in questi casi il giudice può disporre la cosiddetta "compensazione delle spese" (cioè escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice), in base a una valutazione di cui il Legislatore sta cercando sempre più di restringere la discrezionalità del giudice (la legge 28 dicembre 2005 n. 263 aveva già introdotto la necessità di un'esplicita motivazione per disporre la compensazione delle spese).

La legge 69/2009 è intervenuta:

- sia sulla regola generale, rafforzandola ulteriormente: è stato modificato il comma 2 dell'articolo 92, prevedendo che il principio di soccombenza possa essere derogato, ol-

POSSIBILI PRONUNCE IN SEDE DI LIQUIDAZIONE

RIFERIMENTO NORMATIVO	PRESUPPOSTI APPLICATIVI	CONTENUTO
Articolo 91, comma 1, primo periodo	<ul style="list-style-type: none"> ● Accoglimento delle domande di una parte (e soccombenza della controparte) 	<i>Condanna della parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte</i>
Articolo 91, comma 1, secondo periodo	<ul style="list-style-type: none"> ● Esperimento del tentativo di conciliazione ● Accoglimento della domanda (e soccombenza della controparte) in misura non superiore della proposta conciliativa ● Rifiutato della proposta conciliativa senza giustificato motivo 	<i>Condanna della parte vittoriosa al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta (salve le ipotesi di compensazione delle spese)</i>
Articolo 92, comma 1, prima parte	<ul style="list-style-type: none"> ● Accoglimento delle domande di una parte (e soccombenza della controparte) ● Valutazione di alcune spese come eccessive o superflue 	<i>Esclusione dalla condanna al rimborso delle spese, di quelle:</i> <ul style="list-style-type: none"> ● <i>eccessive</i> ● <i>superflue</i>
Articolo 92, comma 1, seconda parte	<ul style="list-style-type: none"> ● Indipendentemente dalla soccombenza ● Trasgressione del dovere di lealtà e probità delle parti 	<i>Condanna di una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili</i>
Articolo 92, comma 2, prima parte	<ul style="list-style-type: none"> ● Soccombenza reciproca 	<i>Compensazione totale o parziale delle spese tra le parti</i>
Articolo 92, comma 2, seconda parte	<ul style="list-style-type: none"> ● Sussistenza di altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione 	
Articolo 96, comma 1	<ul style="list-style-type: none"> ● Accoglimento della domanda (e soccombenza della controparte) ● Aver agito o resistito in giudizio la parte soccombente con malafede o colpa grave ● Aver subito dei danni ● Domanda di parte 	<i>Condanna alle spese e al risarcimento dei danni, liquidati anche d'ufficio</i>
Articolo 96, comma 2	<ul style="list-style-type: none"> ● Accertamento dell'inesistenza del diritto ● Esecuzione di un provvedimento cautelare, trascrizione di una domanda giudiziale, iscrizione dell'ipoteca giudiziale oppure inizio o compimento dell'esecuzione ● Aver agito senza la normale prudenza ● Aver subito dei danni ● Domanda di parte 	
Articolo 96, comma 3	<ul style="list-style-type: none"> ● Pronuncia sulla spese ai sensi dell'articolo 91 (accoglimento delle domande di una parte e soccombenza della controparte) 	<i>Condanna, anche d'ufficio, della parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata</i>

tre che nelle ipotesi espressamente indicate (spese eccessive o superflue; soccombenza reciproca), soltanto in presenza di «gravi ed eccezionali ragioni» (anziché, come previsto in precedenza, semplici «giusti motivi»), che, come già imposto in precedenza, necessitano di una esplicita motivazione;

- sia introducendo una nuova ipotesi in tema di spese: recependo una

previsione già vigente in settori specifici del processo civile (si veda, da un lato, l'articolo 412 del Cpc, come sostituito dal Dlgs 31 marzo 1998 n. 80, nonché, dall'altro lato, l'articolo 40, comma 5, del Dlgs 17 gennaio 2003 n. 5), il nuovo comma 2 dell'articolo 91 stabilisce che il giudice «Se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna

la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta».

Quest'ultima previsione ben dimostra come lo strumento del processo contenzioso, nella prospettiva del Legislatore della riforma deve rappresentare la *extrema ratio*: la parte, seppure vittoriosa, non soltanto

LE NOVITÀ IN TEMA DI SPESE NEL PROCEDIMENTO CAUTELARE

Nel trattare delle novità introdotte in tema di spese, vale segnalare le due modifiche apportate sullo specifico argomento in relazione al procedimento cautelare di cui agli articoli 669-bis e seguenti del Codice di procedura civile.

La prima e più rilevante novità è costituita dalla sostituzione del comma 3 dell'articolo 669-septies: in seguito alla riforma, rimane la previsione in virtù della quale «La condanna alle spese è immediatamente esecutiva», ma viene soppressa l'ulteriore disposizione, secondo cui tale provvedimento, entro il termine di 20 giorni dalla pronuncia in udienza o dalla comunicazione, è soggetta a opposizione nelle forme predisposte per l'opposizione a decreto ingiuntivo ex articoli 645 e seguenti. Si tratta di un intervento di razionalizzazione dei rimedi esperibili avverso le misure cautelari da accogliere con entusiasmo: da quando la Corte costituzionale 23 giugno 1994, n. 253 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 669-terdecies, nella parte in cui non ammette il reclamo ivi previsto anche avverso l'ordinanza con cui sia stata rigettata la domanda di provvedimento cautelare, infatti, si è venuto a creare l'inconveniente per cui avverso i due capi di decisione del medesimo provvedimento cautelare sono esperibili due rimedi differenti, con l'ulteriore absurdità che avverso il provvedimento con cui il giudice si pronuncia sull'istanza cautelare è soggetto a reclamo, cioè nuovamente a una cognizione sommaria, mentre la pronuncia accessoria sulle spese è impugnabile con un diverso strumento che apre un processo a cognizione piena. In seguito alla riforma ogni pronuncia resa con il provvedimento cautelare è suscettibile di essere esclusivamente reclamato, cosicché, essendo indispensabile la trattazione congiunta di tutti i possibili capi del provvedimento, il giudice del reclamo, ove modifichi o revochi la misura cautelare può altresì contestualmente adottare i conseguenti provvedimenti in tema di condanna delle spese.

L'altra modifica operata è più modesta, intervenendo su una lacuna che già unanimemente si riteneva necessario colmare in tal modo. A seguito dell'attenuazione della strumentalità delle misure cautelari anticipatorie, anche il provvedimento emesso ante causam e con cui è concessa la cautela anticipatoria, poiché è potenzialmente idoneo a concludere a tempo indefinito il procedimento avanti al giudice da cui è pronunciato, deve contenere la pronuncia sulle spese. Esattamente in tal senso dispone il nuovo comma 7 dell'articolo 669-octies del Codice di procedura civile.

non può ripetere le spese, ma perfino può vedersi condannare a sostenere quelle della controparte, la quale, invece, sebbene soccombente, abbia formulato una proposta conciliativa risultata all'esito del giudizio pari o superiore a quanto effettivamente doveva.

La nuova condanna del soccombente

Ma tra le misure che si può auspicare possano essere più efficaci nel contrastare gli abusi del processo, è sicuramente da annoverare il nuovo comma 3 dell'articolo 96 del Cpc, inserito dalla legge di riforma sul modello di quanto già recentemente stabilito per il giudizio davanti alla Corte di cassazione (si veda l'articolo 385, comma 4, del Cpc, aggiunto dal Dlgs 2 febbraio 2006 n. 40, e ora abrogato dalla stessa legge 69/2009, così chiaramente dimostrando come quella previsione speciale sia stata "assorbita" in questa di portata generale).

La nuova norma prevede che il giudice, ogni qualvolta provveda sulle spese, possa sempre, anche d'ufficio, «condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata».

Diversamente da quanto era stabilito limitatamente al giudizio di cassazione, non sono previsti né un limite massimo alla condanna, né la necessaria valutazione circa la colpa grave nell'aver proposto la domanda giudiziale o nell'avervi resistito. La colpa grave o la mala fede, peraltro, sembrano dover essere ritenute comunque presupposto indispensabile per la pronuncia della condanna in esame, come desumibile dalla circostanza che la nuova previsione è contenuta nell'articolo relativo alla «Responsabilità aggravata».

Rispetto a questa figura, di cui ai commi 1 e 2 del medesimo articolo 96, la nuova disposizione non contiene alcun riferimento al «danno». Di conseguenza, la pronuncia della condanna a una somma equitativamente determinata:

- da un lato, senza urtare la tradizione giuridica italiana in tema di responsabilità civile, non può né deve essere qualificata come un "danno punitivo";

- dall'altro lato, non richiede né l'allegazione né tanto meno la prova in capo alla parte vittoriosa di aver subito un danno dallo svolgimento della parte.

Immediati corollari di questa consi-

derazione sono che la condanna in esame può essere pronunciata:

- non soltanto in assenza di qualsiasi particolare attività istruttoria;
- ma anche in qualsiasi procedimento, vuoi a cognizione piena (come nel processo ordinario di cognizione, avanti tanto a un giudice di merito, quanto a quello di legittimità), vuoi a cognizione sommaria (come nel nuovo procedimento sommario di cognizione, nonché nei procedimenti cautelare, possessorio e così via).

Unico processo nel quale la nuova norma non sembra poter trovare applicazione è quello esecutivo, nel quale, da un lato, non vi è nessuna parte che possa essere definita esattamente come "soccombente", e, dall'altro lato, il giudice deve liquidare le spese ai sensi dell'articolo (non 91, bensì) 95 del Codice di procedura civile.

Il nuovo strumento è dunque sufficientemente agile da poter trovare ampia diffusione nella prassi, di modo che, come negli auspici, vengano colpite e inibite le condotte di chi, risultato soccombente all'esito del giudizio, abbia abusato degli strumenti del processo. Vale nel contempo avvertire che questa nuo-

IL QUADRO DELLE SANZIONI PECUNIARIE

RIFERIMENTO NORMATIVO	PRESUPPOSTI POSSIBILI PRONUNCE SANZIONATORIE	VECCHIA MISURA DELLA SANZIONE PECUNIARIA	NUOVA MISURA DELLA SANZIONE PECUNIARIA
Articolo 54, comma 3	Ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione Condanna della parte che ha proposto la ricusazione	Penale pecuniaria non superiore a 5 euro	Penale pecuniaria non superiore a 250 euro
Articolo 67, comma 1	Responsabilità per il custode che non esegue l'incarico assunto Oltre alle responsabilità penale e risarcitoria, condanna del custode inadempiente	Penale pecuniaria non superiore a 10 euro	Penale pecuniaria da 250 a 500 euro
Articolo 118, comma 3	Rifiuto del terzo di eseguire l'ordine di ispezione di persone o di cose Condanna del terzo che si rifiuti	Penale pecuniaria non superiore a 5 euro	Penale pecuniaria da 250 a 1.500 euro
Articolo 255, comma 1	Mancata comparizione (o mancata spedizione nei termini della testimonianza scritta) del testimone regolarmente intimato e già sanzionato con una penale pecuniaria da 100 a 1.000 euro Oltre all'accompagnamento coattivo, ulteriore condanna del testimone che reiteri la mancata comparizione	(Nuova previsione)	Penale pecuniaria da 200 a 1.000 euro

va "arma" che è stata consegnata al giudice è assai pericolosa e deve essere usata con particolare cautela e comunque nell'imprescindibile e pieno rispetto del principio del contraddittorio. Di conseguenza, ai sensi del nuovo articolo 101 del Cpc, deve essere sempre provocato il contraddittorio, prima dell'assunzione della deliberazione, in ordine:

- sia, in mancanza di domanda di parte (la quale, considerato che la pronuncia può avvenire anche d'ufficio, deve escludersi incontri qualsiasi preclusione, potendo essere richiesta per la prima volta anche in sede di precisazione delle conclusioni), alla stessa possibilità di pronuncia della condanna;
- sia ai presupposti per la sua emanazione;
- sia ai criteri equitativi da utilizzare per la sua determinazione.

Inasprimento e riorganizzazione delle sanzioni

La nuova pronuncia di condanna di cui al nuovo comma 3 dell'articolo 96 ha come specifica caratteristica, del pari di quelle già previste dalla medesima disposizione, di essere disposta a favore della parte vittorio-

sa costituita in giudizio: con la nuova previsione il Legislatore sembra, dunque, avallare le indicazioni provenienti da una parte della dottrina, secondo cui questa tipologia di provvedimenti possono essere considerate delle specie di "pene private", irrogate dal giudice, ma a favore della parte che ha subito direttamente gli effetti pregiudizievoli dell'abuso del processo.

Ma la riforma in esame è intervenuta altresì sulle «sanzioni pecuniarie processuali», cioè su quei provvedimenti sanzionatori, che possono essere irrogati nel corso del giudizio nei confronti delle parti e dei terzi, ma il cui pagamento deve avvenire a favore dello Stato.

Al riguardo, vale in via preliminare segnalare che l'articolo 67 della legge 69/2009, in senso al Testo unico in materia di spese di giustizia (Dpr 30 maggio 2002 n. 115) ha sostituito il capo dedicato alla riscossione mediante ruolo, con un nuovo titolo II-bis, «Disposizioni generali per spese di mantenimento in carcere, spese processuali, pene pecuniarie, sanzioni amministrative pecuniarie e sanzioni pecuniarie processuali nel processo civile e penale». I nuo-

vi articoli da 227-bis a 227-quater, così, dettano ora una disciplina omogenea e organica per consentire l'effettiva liquidazione e ancor più riscossione di un'ampia serie di provvedimenti sanzionatori che possono essere pronunciati in occasione dello svolgimento dell'attività giurisdizionale.

Oltre che intervenendo sulle norme di portata generale (come si coglie agevolmente dal titolo, le nuove disposizioni ricordate sono destinate a trovare applicazione anche nei processi penali), con specifico riferimento al diritto processuale civile, la riforma ha nel contempo, provveduto ad aggiornare molte delle sanzioni pecuniarie previste nel Codice di rito, come indicato nella tabella riassuntiva in pagina (ove sono evidenziate in grigio le sanzioni che possono essere irrogate ai terzi, anziché alle parti), nonché a inserire una nuova penale pecuniaria nel caso in cui il testimone, già intimato e già sanzionato (con una condanna la cui misura era stata aggiornata dalla legge 28 dicembre 2005 n. 263), reiteri la mancata comparizione, prevedendosi altresì la possibilità dell'accompagnamento coattivo. ■

Colpo di acceleratore sul rito con un “taglio” dei termini

Tra le principali e più immediate novità vi è una drastica riduzione di tutti i termini processuali, la rilevabilità d'ufficio dell'estinzione e l'ampliamento dell'istituto della rimessione

Tra le più rilevanti novità introdotte dalla legge 69/2009, specie con riguardo all'impatto sul pratico svolgimento dell'attività giudiziale a opera degli operatori del processo, devono essere annoverate una serie di disposizioni accumulate dall'aver ridotto la durata di molti termini processuali.

Il quadro completo dei nuovi termini

L'insieme di questi interventi riformatori è riassunto nella tabella riportata nella pagina successiva, in cui sono indicate tutte le disposizioni riformate, con la precisazione dell'istituto interessato, della durata dei termini originario e come risultante in forza della legge 69/2009, nonché, da ultimo, la percentuale di riduzione del termine.

L'intento che forse può essere individuato in questa complessiva riscrittura dei termini processuali è di uniformare la durata di tre mesi, con la sola eccezione del cosiddetto “termine lungo per impugnare”, dimezzato da un anno a sei mesi.

Per comprendere effettivamente la portata dell'intervento riformatore, si deve osservare che tutti i termini che sono stati abbreviati sono termini cosiddetti “acceleratori”, cioè volti ad accelerare lo svolgimento del processo, sicché, anche prima della legge 69/2009, la parte che avesse inteso pervenire più rapidamente alla decisione finale, poteva compiere l'atto richiesto dalla legge in un tempo minore di quello accordatogli dal termine legale, seppure previsto più dilatato dal Cpc anteriormente alla riforma (il medesimo rilievo vale anche per il termine di cui all'articolo 327 del Cpc, atteso che la parte interessata ad accelerare la scelta tra la proposizione dell'impugnazione e il passaggio in giudicato, infatti, già attualmente può notificare alla controparte la sentenza emanata, facendo così decorrere il cosiddetto “termine breve” per la proposizione dell'impugnazione).

L'abbreviazione dei termini compiuta, dunque, concretamente si risolve nel costringere gli avvocati a compiere gli atti processuali in tempi più ravvicinati.

Nell'indicata prospettiva, la legge 69/2009, dunque, intende il principio costituzionale in forza del quale la legge assicura la ragionevole durata del processo, non come un principio posto nell'interesse della parte che abbisogna della tutela giurisdi-

zionale, bensì dell'intero sistema giuridico che non può ammettere che i processi si protraggano troppo a lungo.

La rilevabilità d'ufficio dell'avvenuta estinzione

La conferma che questo sia lo spirito della legge si può trarre dalla nuova formulazione dell'articolo 307, comma 4, ai sensi del quale «L'estinzione opera di diritto ed è dichiarata anche d'ufficio, con ordinanza del giudice istruttore ovvero con sentenza del collegio».

Prima della legge 69/2009, l'estinzione operava di diritto, ma doveva essere eccepita dalla parte interessata prima di ogni altra sua difesa.

Alla base di questo mutamento sembra essere un rovesciamento della concezione fondamentale del processo civile, che prima si svolgeva nell'interesse delle parti e, pertanto, era dominato interamente dal principio cosiddetto “dispositivo”, mentre ora - almeno per quanto concerne la sua estinzione - il principio dispositivo è venuto completamente meno, sicché il giudice può e deve d'ufficio rilevare e dichiarare l'avvenuta estinzione del processo.

Vale sottolineare, però, che qualora il rilievo d'ufficio dell'estinzione non avvenga nella prima udienza, si deve ritenere che il processo possa,

IL REGIME TRANSITORIO

Tutte le riduzioni dei termini processuali, ex articolo 58, comma 1, dell'alegge 69/2009, si applicano soltanto «ai giudizi instaurati dopo la data della sua entrata in vigore», cioè ai processi che non siano ancora pendenti alla data del 4 luglio 2009. Considerato che per processo si deve intendere ogni grado in cui si articola, nonché il/i termine/i per eventualmente proporre le impugnazioni, la riduzione da un anno a sei mesi del termine lungo per l'impugnazione si applicherà soltanto ai processi iniziati in primo grado dopo tale data, restando irrilevante per tutti i giudizi che in tale momento risultano già instaurati.

IL NUOVO "PROGRAMMA"

CPC	OGGETTO	VECCHIO TERMINE	NUOVO TERMINE	% DI RIDUZIONE
Articolo 50	Riassunzione della causa davanti al giudice dichiarato competente	sei mesi	tre mesi	- 50%
Articolo 296	Sospensione del processo su istanza delle parti	quattro mesi	tre mesi	- 25%
Articolo 297	Fissazione della nuova udienza dopo la sospensione	sei mesi	tre mesi	- 50%
Articolo 305	Estinzione del processo a causa della mancata prosecuzione o riassunzione	sei mesi	tre mesi	- 50%
Articolo 307, comma 1	Estinzione del processo per mancata costituzione delle parti o per inattività delle parti a seguito della cancellazione della causa dal ruolo	un anno	tre mesi	- 75%
Articolo 307, comma 3	Estinzione del processo per mancato compimento di attività ordinate dal giudice nel termine da questi fissato	sei mesi	tre mesi	- 50%
Articolo 327	Decadenza dall'impugnazione (termine lungo per impugnare)	un anno	sei mesi	- 50%
Articolo 392	Riassunzione della causa nel giudizio di rinvio dopo la pronuncia della Corte di cassazione	un anno	tre mesi	- 75%

comunque, legittimamente proseguire, risultando impossibile una tardiva pronuncia di estinzione.

Applicabilità generale della rimessione in termini

Occupandosi delle novità introdotte dalla riforma del 2009 in materia di termini si deve segnalare l'aggiunta, in fondo all'articolo 153 del Cpc, di un nuovo comma 2, avente sostanzialmente il medesimo contenuto dell'articolo - contestualmente abrogato - 184-bis del Cpc, in tema di "Rimessione in termini".

La legge 69/2009 ha, dunque, trasferito dall'uno all'altro articolo la previsione in virtù della quale la parte che sia incorsa in decadenze per causa non imputabile, può chiedere di essere rimessa in termini. Tale "trasferimento" della norma ha come essenziali conseguenze che, diversamente dal passato, non si possa più dubitare che tale istituto:

- da un lato, sia applicabile, non soltanto in ogni grado del processo ordinario, ma anche in qualsiasi procedimento giurisdizionale, anche speciale (l'articolo 153, infatti, rientra nel libro I del Codice di rito, relativo alle "Disposizioni generali");
- dall'altro lato, non possa essere invocato in relazione ai termini ordinatori (disciplinati dall'articolo 154 del Cpc), ma soltanto a quelli perentori (di cui, appunto, all'articolo 153).

Proroga per i processi pendenti al 1° marzo 2006

Altra disposizione che deve essere segnalata in materia di termini processuali è l'articolo 58, comma 3, che, interviene sulla disciplina transitoria delle riforme del 2005-2006 che avevano modificato l'articolo 155 del Cpc, relativo al "Computo

dei termini". Ai sensi degli ultimi due commi finali di questo articolo, sono prorogati di diritto al primo giorno seguente non festivo i termini «per il compimento degli atti processuali svolti fuori dell'udienza che scadono nella giornata del sabato», sebbene la giornata del sabato sia a ogni effetto considerata lavorativa, tanto che resta fermo il regolare svolgimento delle udienze e di ogni altra attività giudiziaria, anche svolta da ausiliari.

Ma questi commi in modo inopportuno si applicavano soltanto ai procedimenti instaurati dopo il 1° marzo 2006.

Risolvendo le gravi difficoltà di ordine pratico che discendevano da questo regime differenziato, la legge 69/2009, ha esteso, in modo retroattivo, anche ai processi già pendenti alla data del 1° marzo 2006, l'applicabilità della proroga *ex lege* dei termini per il deposito in cancelleria degli atti scadenti di sabato. ■

Così l'«accordo tra le parti» apre alla testimonianza scritta

Ma, nella diffidenza del Legislatore, dei giudici e degli avvocati, l'effettiva applicazione dell'istituto sarà minima: i meccanismi processuali fondati sul consenso sono destinati all'oblio

Una delle novità che ha destato maggiore interesse tra gli operatori del processo durante l'iter parlamentare della legge 69/2009, è stata senz'altro la "testimonianza scritta", in una con la rubrica del nuovo articolo 257-bis del Codice di procedura civile.

Una possibilità già ammessa nel procedimento arbitrale

Vale precisare che non si tratta di una previsione autenticamente e completamente nuova: seppure limitatamente al solo procedimento arbitrale, il comma 2 dell'articolo 816-ter del Cpc (inserito in seno al Codice di rito dal Dlgs 2 febbraio 2006 n. 40), espressamente prevede che gli arbitri possono, tra l'altro, «deliberare di assumere la deposizione richiedendo al testimone di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono». Quanto precede non esclude che la legge 69/2009 abbia, comunque, un contenuto innovativo: basti confrontare la scarsa disciplina in tema di testimonianza scritta nel processo arbitrale (tutta contenuta nel periodo sopra riportato in modo

pressoché integrale), con la compiuta e complessa regolamentazione del coordinato disposto degli articoli 257-bis, citato, e 103-bis delle disposizioni d'attuazione.

Le condizioni dell'accordo tra le parti"

La testimonianza scritta che può già oggi essere disposta dagli arbitri e quella che - nei giudizi instaurati dopo il 4 luglio 2009 - potrà essere ordinata dal giudice istruttore hanno in comune soltanto un elemento: di fondarsi entrambe sull'accordo delle parti. L'arbitrato, come ben noto, ha come presupposto indispensabile per il suo svolgimento la conclusione della convenzione arbitrale. Del pari, l'articolo 257-bis stabilisce come essenziale presupposto affinché il giudice possa disporre la testimonianza scritta, l'aver raccolto il previo "accordo delle parti".

Si tratta di una condizione che è stata probabilmente inserita per accontentare le obiezioni dei numerosi detrattori, di questa modalità di acquisizione della testimonianza, che lamentano che la stessa si presta a fin troppo facili frodi o usi distorti. Ma, nella diffidenza del Legislatore, dei giudici e degli avvocati, l'effettiva applicazione dell'istituto sarà minima: gli istituti processuali fondati sul consenso delle parti sono destinati all'oblio.

Tra le disposizioni del Codice di rito che risultano meno applicate sono proprio gli articoli 114 («Pronuncia secondo equità a richiesta di parte») e 360, comma 2, (il cosiddetto "ricorso per cassazione per saltum"). Ma questa situazione di fatto non deve sorprendere, ove si consideri che:

- da un lato, nel processo contenzioso, animato dall'antagonistica contrapposizione, una delle regole fondamentali che inevitabilmente è seguita e costantemente osservata da ogni parte è rappresentata pro-

prio dal contrastare sempre e comunque le iniziative e le proposte dell'avversario;

- dall'altro lato, ordinariamente, se una parte ha l'interesse a ottenere il prima possibile la tutela giurisdizionale, l'altro ha l'interesse diametralmente opposto di procrastinare il più possibile l'intervento della pronuncia del giudice.

Gli elementi dell'"accordo tra le parti"

Tornando specificatamente all'esame della nuova disciplina della testimonianza scritta, sempre in ordine al necessario accordo delle parti devono compiersi alcune concorrenti precisazioni:

- innanzi tutto, il riferimento alle "parti" deve essere necessariamente inteso come limitato a quelle costituite in giudizio, atteso che soltanto queste possono attivamente svolgere le proprie difese nel corso del processo; la parte contumace, anche dopo la propria costituzione tardiva, dunque, non potrà lamentarsi che una o più testimonianze siano state assunte secondo questa nuova modalità;

- in secondo luogo, si deve ritenere che, nonostante la lettera dell'articolo, il consenso all'assunzione della testimonianza per iscritto possa validamente provenire dal difensore della parte: ai sensi dell'articolo 84 del Cpc, infatti, il difensore «non può compiere atti che importino disposizione del diritto in contesa, se non ha ricevuto espressamente il potere» e le modalità di assunzione di un mezzo di prova non hanno chiaramente alcuna rilevanza diretta sul diritto in contesa;

- da ultimo, a conferma del rilievo appena svolto, si deve sottolineare che la norma impone, comunque, al giudice di valutare se «tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza» sia opportuno avvalersi del nuovo articolo 257-bis.

(continua a pag. 12)

IL PROCEDIMENTO PER L'ASSUNZIONE DEI TESTI

Testimonianza scritta
(articolo 257-bis del Cpc)

Su accordo delle parti

Il **giudice**, tenuto conto della natura della causa e di ogni altra circostanza

Può **disporre di assumere la deposizione** chiedendo al testimone di fornire **per iscritto** e nel **termine fissato** le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato

La **parte** che ha chiesto l'assunzione

Predisporre il modello di testimonianza (di cui all'articolo 103-bis del dispositivo attuativo del cpc) in conformità agli articoli ammessi

Lo notifica al testimone

Il **testimone**

La testimonianza ha a **oggetto documenti di spesa già depositati** dalle parti

Non spedisce o non consegna le risposte scritte nel termine fissato

Il **giudice può condannare il testimone a una pena pecuniaria** tra 200 e 1.000 euro

Rende la deposizione

- compilando il modello di testimonianza in ogni sua parte:
 - fornendo risposta separata a ciascuno dei quesiti, precisando il quali sono quelli in cui non è in grado di rispondere, indicandone la ragione;
 - avvalendosi della facoltà di astensione, indicando le complete generalità e i motivi di astensione;
- sottoscrivendo la deposizione con firma autenticata (gratuitamente dal segretario comunale o dal cancelliere di un ufficio giudiziario) su ciascuna facciata del foglio di testimonianza, che **spedisce in busta chiusa con plico raccomandato o consegna alla cancelleria del giudice**

La testimonianza può essere resa **mediante dichiarazione sottoscritta dal testimone e trasmessa al difensore della parte nel cui interesse la prova è stata ammessa**

Esaminate le risposte o le dichiarazioni, **il giudice può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o al giudice delegato**

(segue da pag. 10)

La possibilità di interrogare comunque i testi

L'accordo delle parti, dunque, costituisce condizione necessaria per l'assunzione della testimonianza per iscritto, ma non sufficiente, atteso che comunque - in una con quanto stabilito in generale dall'articolo 175 del Cpc, che affida la «Direzione del procedimento» al giudice istruttore - compete a questi stabilire se interrogare in udienza il testimone.

Al riguardo vale anticipare nell'esame della nuova disposizione, l'ultimo comma, che sempre per assicurare il più possibile la veridicità delle dichiarazioni, stabilisce che, anche dopo che, la prova testimoniale sia stata assunta per iscritto, «Il giudice, esaminate le risposte o le dichiarazioni rese, può sempre disporre che il testimone sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato». Il riferimento al "giudice" nella disposizione sopra citata sembra poter essere indistintamente interpretato sia come giudice istruttore, subito dopo la spedizione o la consegna del modulo compilato, sia, come giudice monocratico o come collegio, qualora in fase decisoria si valuti opportuno o conveniente assumere direttamente la deposizione del testimone. La possibilità che viene sempre riconosciuta all'autorità giudiziaria di convocare in udienza il testimone può essere spiegata, non tanto invocando il pur indubitabile carattere speciale ed eccezionale della nuova modalità di assunzione della testimonianza, ma piuttosto la sfiducia di fondo verso la medesima.

La diffidenza e il sospetto verso un testimone che risponde per iscritto alle domande formulate gli sono in grado di spiegare anche tutte le altre disposizioni degli articoli 257-bis e 103-bis citati, tra cui, in particolare, la previsione che la deposizione sia resa attraverso non soltanto la risposta alla domanda, ma anche l'apposizione della sottoscrizione autenticata del testimone.

Si tratta di una previsione che è non soltanto opportuna, ma anche indispensabile, per poter avere certezza

LA SCRITTURA PRIVATA PROVENIENTE DAL TERZO

L'introduzione nell'ambito dell'ordinamento processuale dell'espressa previsione della testimonianza scritta consente (e, anzi, impone) di prendere in considerazione anche la controversa figura della scrittura privata proveniente dal terzo, intorno alla quale giurisprudenza e dottrina non sono finora pervenute a risultati univoci.

Ai sensi dell'articolo 2702 del Cc, come ben noto, «La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza e delle dichiarazioni di chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata riconosciuta». Affinché la norma citata possa trovare applicazione, ovviamente, è indispensabile che il documento scritto rechi la sottoscrizione di una delle parti, risultando così attribuibile a questa la paternità delle dichiarazioni contenute nella scrittura. A più riprese si sono poste, dunque, le questioni dell'ammissibilità e dell'efficacia della prova atipica, costituita dalla scrittura privata recante dichiarazioni attribuibili a un terzo, cioè a una persona che non è parte nel processo, né ne è suo rappresentante.

Onde evitare di consentire una facile elusione del nuovo articolo 257-bis, si deve attualmente ritenere che la scrittura privata proveniente dal terzo sia un mezzo di prova inammissibile, salvo che sia impossibile acquisire la testimonianza, ancorché scritta, del terzo (ad esempio, per essere questi deceduto).

della persona fisica dalla quale provengono le dichiarazioni, ai fini sia della valutazione dell'attendibilità del testimone, sia, ancor di più, dell'eventuale giudizio penale per falsa testimonianza. L'ultimo comma dell'articolo 103-bis, nello stabilire la gratuità e l'esenzione dall'imposta di bollo e da ogni diritto dell'autenticazione della sottoscrizione del testimone, stabilisce che «Le sottoscrizioni devono essere autenticate da un segretario comunale o dal cancelliere di un ufficio giudiziario». Non lasciando la lettera della norma né incertezze né alcun margine discrezionale all'interprete, questa limitazione, con la contestuale esclusione della possibilità che anche altri pubblici ufficiali possano provvedere all'autenticazione, non può non essere oggetto di critica: non soltanto non si riesce pienamente a comprendere la ragione per cui è stata esclusa al notaio la possibilità di autenticare la sottoscrizione apposta alla testimonianza scritta, ma anche si deve considerare che la limitazione a quelle due specifiche tipologie di pubblici ufficiali, presenti soltanto all'interno del territorio nazionale, preclude la possibilità di avvalersi della testimonianza scritta proprio nelle ipotesi in cui questa, probabilmente, sarebbe invece più utile, cioè allorché il testimone si trovi all'estero.

Con specifico riferimento alle modalità di assunzione della testimonianza

per iscritto vale segnalare che l'articolo 257-bis contempla una "agevolazione" nelle formalità da seguire, ove abbia «ad oggetto documenti di spesa già depositati dalle parti». In questa ipotesi, evidentemente a ragione della circostanza che già è stato acquisito in giudizio un principio di prova scritta, il comma 7 dell'articolo 257-bis prevede che la testimonianza «può essere resa mediante dichiarazione sottoscritta dal testimone e trasmessa al difensore della parte nel cui interesse la prova è stata ammessa, senza il ricorso al modello di cui al secondo comma». Nella versione approvata in prima lettura dal Senato, in luogo delle parole «trasmessa al» erano «ricevuta dal», sicché era chiaro che non ci fosse necessità dell'autenticazione della sottoscrizione, atteso che il difensore che riceveva la dichiarazione era tenuto altresì ad attestare l'identità dell'autore della medesima. La lettera della disposizione per come è divenuta legge (e sopra riportata integralmente), invece, sembra imporre, comunque, l'autenticazione della sottoscrizione. Uniche divergenze in questo caso rispetto alle regole ordinarie, dunque, sono:

- da un lato, la non necessità dell'uso del modello di cui all'articolo 103-bis delle disposizioni d'attuazione;
- dall'altro lato, la possibilità che la testimonianza sia trasmessa al difensore, anziché direttamente alla cancelleria del giudice adito. ■

Per il «filtro» in Cassazione un riconoscimento di fatto

Abolito il requisito del «quesito di diritto», la riforma, non ha introdotto un vero meccanismo selettivo di ammissibilità, ma si è limitata a potenziare l'organizzazione interna già esistente in seno alla Suprema corte

La riforma in materia di processo civile che, non soltanto ha più attirato l'attenzione, ma ha anche incontrato maggiori difficoltà di approvazione nel corso dell'iter parlamentare della legge 69/2009 è di sicuro quella relativa alle disposizioni del ricorso per cassazione.

I difetti formali dell'articolo 47 della legge 69/2009

Salva l'abrogazione dell'ultimo comma dell'articolo 385 del Cpc (contenuta nell'articolo 46, comma 20), tutte le altre modifiche al ricorso per cassazione sono recate dall'articolo 47, che - diversamente dagli altri articoli della legge 69/2009 - non procede modificando le disposizioni del Codice di rito seguendo la loro numerazione, bensì in ordine sparso: viene prima inserito il nuovo articolo 360-*bis*, poi è modificato l'articolo 376, viene quindi sostituito l'articolo 380-*bis*, di seguito si abroga l'articolo 366-*bis*, poi si modifica l'articolo 375 e, infine, si inserisce un nuovo articolo 67-*bis* nell'ordinamento giudiziario (Rd 30 gennaio 1941 n. 12).

Il disordinato modo di procedere dell'articolo 47 testimonia le anima-

te discussioni parlamentari che questa parte della riforma ha suscitato: in particolare, questo è l'articolo in materia processuale che, in seconda lettura della Camera, ha subito le più profonde modificazioni, risultando completamente stravolto.

Nella sua versione originale, infatti, la riforma avrebbe dovuto introdurre il cosiddetto «filtro di ammissibilità al ricorso per cassazione». Ma questo istituto nella sua prima formulazione non ha raccolto altro che aspre e violente critiche, che ne hanno censurato sia il fondamento politico, sia, nel merito della disposizione, molti aspetti tecnico-processuali, sia - soprattutto - il contrasto con il principio di cui all'articolo 111, comma 7, della Costituzione, secondo cui «Contro le sentenze... è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge».

Con riferimento a questa specifica parte della riforma, la conformità al dettato costituzionale pare essere l'unico vero pregio del testo definitivamente approvato e divenuto legge 69/2009: per il resto, infatti, non può non lamentarsene la sua imperfezione anche avendo riguardo esclusivamente alla sua fattura formale. In particolare, oltre al già ricordato disordine nel procedere, l'articolo 47 citato:

- innanzi tutto, inserisce il nuovo articolo 360-*bis* del Cpc che presenta al proprio interno un errore marchiano, che ne impedisce una sensata interpretazione letterale. Nella sua originaria stesura, il citato articolo 360-*bis* recitava che «Il ricorso è dichiarato ammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo difforme da precedenti decisioni della Corte; 2) quando il ricorso ha per oggetto una questione nuova o una questione sulla quale la Corte ritiene di pronunciarsi per

confermare o mutare il proprio orientamento...». Nella versione definitivamente approvata, invece, stabilisce che «Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa...». Nella convulsa operazione di inversione del tema dell'articolo 360-*bis* (da «ammissibilità» a «inammissibilità») e di crasi dei primi due numeri, si è erroneamente mantenuto la dicitura «per confermare o», che è ora, invece, palesemente superflua e avrebbe dovuto essere soppressa;

- in secondo luogo, sostituisce integralmente il testo dell'articolo 380-*bis* del Cpc, ma senza preoccuparsi né di adeguare i rinvii espressi a tale disposizione contenuti nel successivo articolo 380-*ter*, né di chiarire quali parti della nuova disposizione siano applicabili - secondo la rubrica destinata a entrare in vigore il 4 luglio 2009 - «per la decisione sull'inammissibilità del ricorso» e quali «per la decisione in camera di consiglio».

Le difficoltà interpretative legate al nuovo meccanismo

A fronte degli evidenziati e incontestabili difetti del testo legislativo di riforma, essendo impraticabile un'interpretazione letterale, al fine di integrare e colmare le lacune e correggere il più possibile le antinomie e le discrepanze esistenti tra gli articoli riformati e quelli preesistenti, l'interprete si trova investito di maggiore discrezionalità. Per rendere maggiormente comprensibili e condivisibili le osservazioni ermeneutiche che seguono, pare opportuno chiarire in via preliminare la fundamenta-

QUANDO SI DICE «NO»

Inammissibilità del ricorso per cassazione (Articolo 360-bis del Cpc)



il ricorso per cassazione è inammissibile quando

1) il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per [confermare o] mutare l'orientamento della stessa

2) è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo

le convinzioni che ne sta alla base: ritenendo di dovere dare prevalenza al sistema integralmente considerato piuttosto che alle singole novità in quanto tali, si è sempre preferito piegare e limitare la portata delle nuove norme a favore di quelle preesistenti piuttosto che seguire l'opzione opposta.

L'abrogazione del requisito del "quesito di diritto"

Passando ad analizzare più nel dettaglio le nuove norme, l'attenzione deve innanzi tutto soffermarsi sulla novità più attesa e sicuramente accolta dai consensi e dall'entusiasmo della quasi totalità degli avvocati: l'abrogazione, a poco più di tre anni dal suo inserimento nel Codice di rito, dell'articolo 366-bis, che imponeva, a pena di inammissibilità, che ciascun motivo di ricorso per cassazione diverso da quello relativo al vizio della motivazione, si dovesse concludere «con la formulazione di un quesito di diritto».

La giurisprudenza della Suprema corte ha rapidissimamente elaborato una nutritissima giurisprudenza che - per quanto rileva in questa sede - giustificava l'indispensabilità di tale requisito formale nella prospettiva di riaffermare la cultura del processo di legittimità e, in particolare, la funzione nomofilattica della Corte di cassazione: in tale prospettiva, dunque, il quesito di diritto doveva integrare il punto di congiunzione tra la risoluzione del caso

specifico e l'enunciazione del principio giuridico generale. In mancanza di esso, in conclusione, era da ritenere inadeguata e, quindi, non ammissibile, l'investitura stessa del giudice di legittimità.

La generale percezione dell'avvocatura della norma ora abrogata era molto diversa. Seppure con differenti sfumature, era possibile individuare due opinioni fondamentali: stando alla prima, la prescrizione legislativa con cui era richiesta la formulazione del quesito di diritto era un mezzo per dichiarare inammissibile in modo indiscriminato il maggior numero possibile di ricorsi; ad avviso dell'altra, l'articolo 366-bis consentiva ai giudici della Corte di scegliere in modo pressoché discrezionale quali ricorsi decidere e quali no.

A quanto consta, non sono ancora disponibili dati statistici ufficiali idonei a chiarire se e in che misura l'introduzione di questo requisito formale abbia accresciuto la percentuale di dichiarazioni d'inammissibilità dei ricorsi per cassazione. Certo il sospetto che la seconda tesi non fosse del tutto infondata potrebbe accrescersi in chi malignamente volesse individuare una stretta correlazione tra l'abrogazione - benvenuta dalla quasi totalità degli avvocati - dell'articolo 366-bis e la contestuale introduzione, nell'originaria versione del disegno di legge, di un filtro di ammissibilità che attribuiva (apertamente) alla valutazione della Corte la discrezionalità di scegliere

- sul modello, invero, di molte Corti supreme straniere - se e quali ricorsi decidere.

Le nuove ipotesi di "Inammissibilità del ricorso"

Il testo definitivamente approvato, come anticipato, ha eliminato tale discrezionalità, sicché a oggi i nuovi limiti di inammissibilità del ricorso, introdotti dal nuovo articolo 360-bis, sono ben poca cosa: come illustrato nello schema in pagina, infatti, la Suprema corte potrà dichiarare l'inammissibilità del ricorso alternativamente quando:

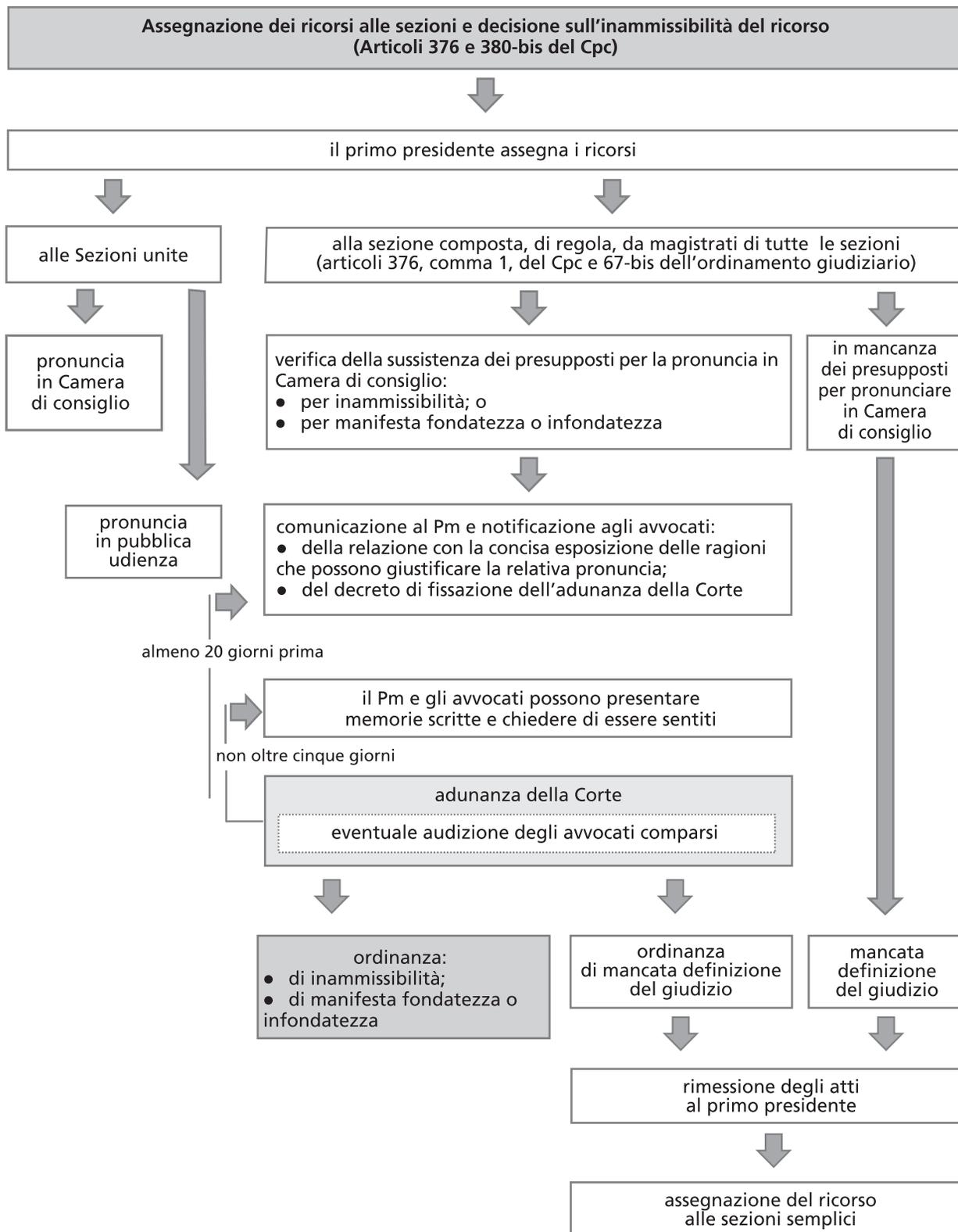
- il provvedimento impugnato è conforme alla giurisprudenza della Corte di cassazione e i motivi di impugnazione non offrono argomenti idonei a mutare l'orientamento della Corte stessa;
- «è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo».

Una volta, compiuta l'indicata correzione al tenore letterale del n. 1 dell'articolo in esame (attraverso la soppressione, in via interpretativa delle parole «confermare o»), salva la difficoltà di dare un coerente e compiuto inquadramento sistematico alla prima ipotesi (con la quale viene prevista che l'impugnazione si concluda con una dichiarazione d'inammissibilità, cioè con una decisione formalmente di rito, nonostante fondata su una ragione squisitamente di merito), questa non sembra porre gravi questioni ermeneutiche: il sostanziale risultato della riforma, infatti, consiste nel consentire la definizione "facilitata" del ricorso, attraverso l'immediata dichiarazione d'inammissibilità del medesimo, anziché il suo rigetto per infondatezza.

Anche l'altro caso di inammissibilità ricordato, salvo voler dare sovrachio rilievo alla lettera della norma (nel qual caso ci si dovrebbe interrogare sul fantomatico rapporto esistente tra i vizi della sentenza e del procedimento e i principi del giusto processo, ponendosi domande alle quali è impossibile fornire risposte:

(continua a pag. 16)

LA DISTRIBUZIONE DEL LAVORO



L'ASSEGNAZIONE DEI RICORSI TRA SEZIONI UNITE E "SEZIONE FILTRO"

I RICORSI SONO ASSEGNATI	
alle Sezioni unite, se:	alla nuova sezione
1) con il ricorso sia stata impugnata una decisione del Consiglio di Stato o della Corte dei conti	In ogni altro caso
2) sia stata proposta una questione di giurisdizione su cui le Sezioni unite non si siano già pronunciate	
3) se il ricorso presenti una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici	
4) se il ricorso presenti una questione di massima di particolare importanza	

(segue da pag. 14)

cosa sono e come possono essere individuati i principi regolatori del giusto processo? Tutti i vizi del procedimento danno luogo a violazioni dei principi regolatori del giusto processo?), non solleva dubbi interpretativi né seri né, tanto meno, insolubili: la Corte, infatti, potrà/dovrà dichiarare l'inammissibilità del ricorso, qualora ritenga che questo, fondato sulla violazione del n. 4 dell'articolo 360 (cioè «per nullità della sentenza o del procedimento»), sia manifestamente infondato.

L'istituzione della nuova sezione preposta a vagliare i ricorsi

Ma le novità di maggior rilievo apportate al giudizio di legittimità riguardano gli aspetti "ordinamentale" e procedimentale.

Con particolare riguardo al primo profilo, l'articolo 47, comma 2, della legge 69/2009 modifica l'ordinamento giudiziario, inserendo un nuovo articolo 67-bis, che prevede la costituzione in seno alla Corte di cassazione di una nuova sezione - nel silenzio serbato dalla legge, composta evidentemente di cinque membri - cui «sono chiamati, di regola, magistrati appartenenti a tutte le sezioni».

Si tratta - al pari delle Sezioni unite civili e penali - di una sezione cui non appartengono in modo esclusivo alcuni consiglieri della Corte, ma che è di volta in volta costituita, a ragione delle contingenti esigenze, da magistrati appartenenti alle diverse sezioni.

Più in particolare, atteso che la distribuzione delle cause tra le diver-

se sezioni ha luogo in base alla materia su cui ciascuna di esse verte, anche la composizione della sezione varierà in ragione delle specifiche materie interessate dai ricorsi per cassazione in concreto da valutare come ammissibili, facendo sì che la nuova sezione sia composta da magistrati esperti nelle specifiche materie rilevanti e, pertanto, agevolmente e facilmente in grado di verificare se il provvedimento impugnato abbia deciso in modo conforme alla giurisprudenza della Corte di cassazione (ad esempio, le seguenti cinque materie appartengono alla "competenza" di ciascuna delle cinque sezioni civili: diritto di famiglia, diritto successorio, diritto della responsabilità civile, diritto del lavoro, diritto tributario; di conseguenza, ove le cause da sottoporre alla valutazione di ammissibilità rientrano in tutte e cinque le materie indicate, la sezione risulterà composta da un magistrato proveniente da ciascuna sezione).

L'assegnazione alla sezione per la decisione

Ai sensi del nuovo comma 1, dell'articolo 376, la sezione istituita dalla legge 69/2009 non è investita della valutazione di ammissibilità di tutte le cause.

Come illustrato nello schema che segue, infatti, ricevuto il ricorso, il primo presidente della Corte di cassazione si trova di fronte all'alternativa di assegnarlo 1) alle Sezioni unite ovvero 2) alla nuova sezione per la decisione sull'ammissibilità del ricorso.

In entrambi i casi, peraltro, vale precisare che, in osservanza della fon-

damentale disposizione in tema di impugnazioni di cui all'articolo 335 del Cpc (come altresì confermato anche dalla lettera del nuovo n. 1) dell'articolo 375, richiamato dall'articolo 380-bis, comma 1), il primo presidente dovrà provvedere ad assegnare alla medesima sezione sia il ricorso principale sia gli eventuali ricorsi incidentali proposti avverso il medesimo provvedimento, onde permettere che siano decisi nello stesso processo.

Il procedimento per la decisione sull'inammissibilità del ricorso

Una volta investita del ricorso, la nuova sezione a composizione variabile provvede a verificare la sussistenza dei presupposti per definire l'impugnazione, ai sensi dell'articolo 375, nn. 1) o 5), cioè rispettivamente:

- con la dichiarazione di «inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto, anche per mancanza dei motivi previsti dall'articolo 360»;
- con l'accoglimento o il rigetto del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto «per manifesta fondatezza o infondatezza».

Ai sensi del coordinato disposto dei riformati articoli 376, comma 1, e 380-bis, comma 1, il procedimento avanti alla sezione è estremamente variabile.

Soltanto qualora, infatti, il relatore reputi possibile definire il giudizio ai sensi degli appena citati nn. 1) o 5) deve instaurarsi il contraddittorio e svolgersi il procedimento nelle mede-

(continua a pag. 18)

IL PROCEDIMENTO CAMERALE SEMPLIFICATO

**Procedimento per la decisione in camera di consiglio
(Articoli da 375 a 380-bis del Cpc)**

presentazione del ricorso a cura del cancelliere al primo presidente, se il ricorso è di competenza delle Sezioni unite o, se di competenza delle sezioni semplici, al presidente della sezione

il primo presidente o il presidente della sezione semplice nomina il relatore

il relatore, se ritiene che debba:

- essere dichiarato inammissibile il ricorso principale e quello incidentale eventualmente proposto
- essere ordinata l'integrazione del contraddittorio o disporre che sia eseguita o rinnovata la notificazione dell'impugnazione relativa a cause scindibili
- provvedere sull'estinzione del processo in ogni caso diverso dalla rinuncia
- essere accolto o rigettato il ricorso principale e quello incidentale eventualmente proposto per manifesta fondatezza o infondatezza

deposita in cancelleria una relazione con la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia

comunicazione al Pm e notificazione agli avvocati delle parti:

- della relazione con la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia;
- del decreto di fissazione dell'adunanza della Corte

almeno 20 giorni prima

il Pm e gli avvocati possono presentare memorie scritte e chiedere di essere sentiti

non oltre cinque giorni prima

adunanza della Corte

eventuale audizione degli avvocati comparsi

ordinanza interlocutoria (con cui si ordina l'integrazione del contraddittorio o si dispone sia eseguita o rinnovata la notificazione dell'impugnazione relativa a cause scindibili)

ordinanza con cui è definito in tutto o in parte il giudizio

Ordinanza di rinvio della causa alla pubblica udienza (se non sussistono le condizioni per decidere la causa in Camera di consiglio)

decisione in pubblica udienza

UNA VALUTAZIONE CONCLUSIVA SULLA NUOVA STRUTTURA

Come emerge dalla fugace ricognizione della nuova disciplina del giudizio di legittimità, la riforma in esame non ha introdotto un vero filtro di ammissibilità, ma si è limitata a potenziare e a dare un riconoscimento giuridico all'organizzazione interna già esistente in seno alla Corte di cassazione: come può cogliersi agevolmente dalla consultazione del sito Internet della Corte (www.cortedicassazione.it), nell'Area civile già esiste e opera un "Ufficio struttura centralizzata per l'esame preliminare dei ricorsi", che indica al Primo presidente e ai Presidenti di sezione, come procedere all'assegnazione dei ricorsi (se alle Sezioni unite o alle sezioni semplici) e alle modalità di decisione (se in camera di consiglio o in pubblica udienza). In conclusione, si può prevedere che la riforma al ricorso per cassazione operata dalla legge 69/2009 - nonostante presenti i già evidenziati gravi difetti del testo legislativo e per quanto abbia una portata assai più modesta e molto meno innovativa rispetto a quanto originariamente proposto dal Ddl - sarà molto benvenuta dagli avvocati, come si è cercato di chiarire, più per ciò che toglie (abrogando l'articolo 366-bis), che per ciò che aggiunge (l'inserimento dei nuovi motivi di inammissibilità del ricorso ex articolo 360-bis).

(segue da pag. 16)

sime forme del procedimento per la decisione in Camera di consiglio.

Ove, invece, non appaia possibile giungere a questa conclusione, per così dire "accelerata", del giudizio di legittimità, la sezione, senza aver esplicitato alcuna attività nel contraddittorio rimette gli atti al primo presidente che provvede ad assegnare il ricorso alle sezioni semplici.

Con specifico riferimento al procedimento per la decisione sull'inammissibilità del ricorso, come già accennato, deve rilevarsi questo che si svolge nelle medesime forme (che erano già prescritte in passato e che sono state ora ribadite) stabilite per la decisione in Camera di consiglio, cioè secondo la seguente successione degli atti:

- il Presidente fissa con decreto l'adunanza della Corte;
- almeno 20 giorni prima della data stabilita per l'adunanza, il decreto e la relazione sono comunicati al Pm e notificati agli avvocati;
- non oltre cinque giorni prima, il Pm e gli avvocati possono, rispettivamente, presentare conclusioni scritte e memorie, con l'eventuale richiesta di essere sentiti, se compaiono.

In sede di deliberazione la nuova sezione, di cui agli articoli 376, comma 1, del Cpc e 67-bis dell'ordinamento giudiziario, decide sempre, ex articolo 375, con ordinanza, ma, questa può, alternativamente:

- o definire il giudizio, con la dichiarazione di inammissibilità o di manifesta infondatezza o fon-

- o, in caso opposto, rimettere la causa al primo presidente che provvede all'assegnazione alle sezioni semplici.

Con specifico riferimento a questa ultima ipotesi, deve ritenersi che - nonostante la lettera della legge sembrerebbe imporre l'assegnazione alle sezioni semplici - il primo presidente, specie qualora abbia ricevuto tale indicazione dalla sezione sull'ammissibilità, possa assegnare la causa alle Sezioni unite.

Conferma della correttezza di questa precisazione può trarsi anche dalla previsione di cui all'articolo 374, comma 3, in virtù del quale «Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

I procedimenti in Camera di consiglio

In ogni caso, comunque, come illustrato nello schema a pagina precedente, nell'osservanza della struttura fondamentale del procedimento in Camera di consiglio sopra esaminato (ex articolo 380-bis, comma 2, del Cpc) debbono provvedere sia le Sezioni unite sia le sezioni semplici per la decisione in Camera di consiglio nei casi di cui ai nn. 1), 2), 3) e 5).

Al riguardo vale evidenziare che la valutazione compiuta dalla sezione chiamata a decidere sull'inammissibilità del ricorso, ove non abbia definito il giudizio sul ricorso, non è idonea a spiegare alcuna efficacia preclusiva per la sezione semplice (o, come già detto, eventualmente le Sezioni

unite): in particolare, la circostanza che la sezione di cui agli articoli 376, comma 1, del Cpc e 67-bis dell'ordinamento giudiziario, abbia escluso la possibilità di decidere la causa ex di cui ai nn. 1) e 5) dell'articolo 375, non preclude che la sezione cui il ricorso sia successivamente assegnato, definisca in applicazione dei medesimi nn. 1) e 5) appena citati.

La disciplina transitoria per l'applicazione del "filtro"

Per concludere la ricognizione della nuova disciplina, deve sottolinearsi che ai sensi dell'articolo 58, comma 5, della legge 69/2009, tutte le riforme ricordate di cui all'articolo 47 «si applicano alle controversie nelle quali il provvedimento impugnato con il ricorso per cassazione è stato pubblicato ovvero, nei casi in cui non sia prevista la pubblicazione, depositato successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge», cioè in particolare, dopo il 4 luglio 2009. In particolare, pertanto, deve ricordarsi:

- da un lato, che il requisito del quesito di diritto ex articolo 366-bis citato, continuerà a essere prescritto per l'impugnazione con il ricorso per cassazione di tutti i provvedimenti pronunciati anteriormente a tale data;
- dall'altro lato, che la nuova sezione per la decisione sull'inammissibilità del ricorso e il relativo procedimento potranno trovare applicazione soltanto per l'impugnazione dei provvedimenti venuti a esistenza posteriormente a tale data. ■

Con l'arrivo dell'esecuzione "indiretta" si accresce la tutela delle parti

Colmata una lacuna del nostro ordinamento rivolta a dare protezione concreta a molti casi che prima erano in sofferenza, con notevolissime conseguenze nel processo civile e nel diritto delle obbligazioni

Nonostante, nel corso dell'iter parlamentare, abbia ricevuto poca attenzione, probabilmente perché messa in secondo piano rispetto ad altre riforme (più reclamizzate o i cui risvolti pratici siano più immediatamente percepibili), una delle novità più importanti della legge 69/2009 è sicuramente costituita dall'aggiunta nel libro III del Codice di rito, «Del processo di esecuzione», del nuovo articolo 614-bis, «Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare». Si tratta, infatti, di una norma che, colmando una grave lacuna dell'ordinamento giuridico italiano, è rivolta ad accrescere l'effettività della tutela giurisdizionale in molti casi che erano, invece, in sofferenza, con notevolissime conseguenze nella sistematica sia del processo civile, sia - in termini ancora più ampi - del diritto delle obbligazioni. Per chiarire adeguatamente la rilevanza della nuova disposizione, pare opportuno, ancorché soltanto per fugaci cenni, cercare di tracciare un quadro della situazione precedentemente esistente in materia.

La situazione preesistente alla riforma 2009

I Codici civile e di rito del 1942, nel loro impianto originario, prevedevano che la tutela esecutiva potesse essere esclusivamente "sostitutiva": attraverso i processi di espropriazione forzata (ex articoli da 2910 a 2929 del Cc e da 483 a 604 del Cpc), di esecuzione per consegna o rilascio (ex articolo 2930 del Cc e da 605 a 611 del Cpc) e di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare (ex articoli 2931 e 2933 del Cc e da 612 a 614 del Cpc), infatti, era possibile ottenere che gli organi dell'ufficio giudiziario competente si sostituissero al debitore e invadessero, se necessario perfino con il ricorso alla forza pubblica, la sua sfera giuridica (normalmente inviolabile e protetta dall'ordinamento giuridico), per poter così conseguire il risultato economico e giuridico dovuto e consacrato nel titolo esecutivo (vale precisare che l'esecuzione di obblighi di fare o non fare qui ricordata è limitata soltanto alle ipotesi in cui si debba realizzare o distruggere un'opera materiale che, rispettivamente, avrebbe o, viceversa, non avrebbe dovuto essere compiuta). Immediata e inevitabile conseguenza di questa impostazione di fondo era rappresentata dalla circostanza che potessero essere oggetto del processo di esecuzione forzata soltanto gli obblighi fungibili: al contrario, tutti gli obblighi che richiedono necessariamente la collaborazione personale del debitore rimanevano insuscettibili di essere eseguiti in via coattiva.

Questa considerazione aveva perfino condotto all'elaborazione teorica secondo cui - a ragione della rigida e reciproca correlazione tra tutele di condanna ed esecutiva - non era neppure possibile ottenere, in sede

di processo di cognizione, una pronuncia di condanna a un obbligo di fare o non fare infungibili.

A ragione, vuoi dell'esistenza già nel Codice civile del 1942, vuoi dell'introduzione nella legislazione speciale di ipotesi in cui veniva espressamente previsto che la parte interessata potesse rivolgersi al giudice per chiedere e ottenere una condanna all'obbligo di fare o di non fare infungibili (si vedano, rispettivamente, ad esempio, gli articoli da 2598 a 2600 del Codice, in materia di concorrenza sleale e l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, che riconosce la cosiddetta "tutela reale" al lavoratore illegittimamente licenziato), vuoi dell'inserimento, sempre nell'ambito di leggi speciali, di disposizioni che prevedevano delle misure coercitive, cioè di istituti che rispondono alla funzione di costringere - attraverso la minaccia di un male maggiore - il soggetto obbligato ad adempiere alla propria obbligazione (si vedano, tra gli altri, gli articoli 124, comma 2, e 121, comma 2, del Codice della proprietà industriale, Dlgs 10 febbraio 2005 n. 30, e gli articoli 124, comma 7, e 163, comma 2, della legge sul diritto d'autore), la riferita tesi, da ultimo, è stata abbandonata anche dalla più recente giurisprudenza della Suprema corte, ad avviso della quale, anche relativamente a rapporti contrattuali che comportino, per una delle parti o per entrambe, obblighi di fare non suscettibile, per loro intrinseca natura, di esecuzione forzata, è configurabile e ammissibile un'azione di condanna del contraente inadempiente alla prestazione promessa, in quanto la relativa decisione è non solo idonea a produrre ugualmente i suoi normali effetti mediante l'eventuale volontaria esecuzione da parte dell'obbligato, ma può, inoltre, costituire il presupposto per ulteriori conseguenze giuridi-

GLI ELEMENTI ESSENZIALI DEL NUOVO ISTITUTO

Attuazione degli obblighi di fare infungibili o di non fare
(Articolo 614-bis del Cpc)

presupposto

Il giudice con il provvedimento di condanna all'adempimento di un obbligo di fare infungibile o di un obbligo di non fare

limiti di applicabilità

salvo che ciò sia manifestamente iniquo; e

salvo che sia una controversia relativa a:

- lavoro subordinato o
- rapporti di collaborazione coordinata e continuativa

iniziativa di parte

su richiesta di parte

contenuto del provvedimento

fissa la somma dovuta all'avente diritto per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata

parametri di riferimento

tenuto conto:

- del valore della controversia
- della natura della prestazione
- del danno quantificato o prevedibile
- di ogni altra circostanza utile

efficacia

Il provvedimento costituisce **titolo esecutivo** per la riscossione delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza

che derivanti dall'inosservanza dell'ordine contenuto nella sentenza, che il titolare del rapporto è autorizzato a invocare a suo favore.

Ma, anche volendo ammettere - in una con le indicazioni di una parte della dottrina - la generale ammissibilità di domande e, conseguentemente, di pronunce giudiziali aventi a oggetto l'esecuzione di obblighi di fare infungibile o di non fare, al di fuori delle eccezionali e specifiche ipotesi in cui la legge espressamente aveva previsto delle misure coercitive, l'ordinamento soffriva di una grave lacuna normativa, che

si traduceva in una carenza di effettività della tutela giurisdizionale: si doveva, infatti, finire con il concludere che l'inadempimento di tali condanne non fosse in nessun modo sanzionato.

I limiti applicativi dell'esecuzione indiretta

Segnalata e deprecata da tempo dalla dottrina, la descritta situazione ha trovato finalmente una soluzione nella legge 69/2009, che, inserendo nel Codice di rito il nuovo articolo 614-bis, ha previsto un'ipotesi di portata generale della cosiddetta

“esecuzione indiretta”, in cui cioè l'esecuzione si realizza - non, secondo il modello tradizionale, in via sostitutiva, bensì - attraverso la coazione indiretta dell'obbligato, costituita nella condanna al pagamento di una somma di denaro predeterminata «per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento».

Con specifico riguardo all'ambito di applicazione della nuova disposizione, si deve ritenere che la medesima - nonostante serbi il silenzio più totale sullo specifico punto - in virtù del

principio di specialità, non possa trovare applicazione all'esecuzione dell'obbligo di non fare la cui violazione si sia concretizzata nella realizzazione di un'opera che è, dunque, necessario distruggere: in questo caso, infatti, potrà continuare a trovare applicazione esclusivamente il rimedio degli articoli 2933 del Codice civile e 612 del Codice di procedura civile. Ulteriormente, nel testo della norma sono espressamente indicati due limiti al suo ambito di applicabilità. Innanzi tutto, è stato previsto che la misura coercitiva non possa mai essere disposta quando «ciò sia manifestamente iniquo». La legge stessa, cioè, sembra essere consapevole dell'esigenza di far sì che non tutti gli obblighi di fare e non fare, pure essendo legittimi e trovando il proprio fondamento nella legge, siano suscettibili di essere oggetto di "esecuzione indiretta". In questa prospettiva, il riferimento alla "iniquità", cioè al contrario della "equità", pare evocare immediatamente il risalente e consolidato brocardo, secondo cui *summum ius, summa iniuria*. Individuare concretamente le ipotesi in cui è manifestamente iniquo disporre una misura coercitiva, sarà compito esclusivo del giudice di merito, il quale dovrà valutare le peculiarità delle singole e particolari fattispecie concrete su cui è chiamato a pronunciarsi. Nonostante la lettera della norma sembrerebbe imporre una valutazione in concreto, pare doversi affermare in via generale e astratta l'inapplicabilità dell'esecuzione indiretta in tutti quei casi in cui il provvedimento coercitivo finirebbe con l'invadere la sfera personalissima della persona fisica, ledendo prerogative che siano costituzionalmente tutelate. Ad esempio, sebbene «l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione» sia previsto espressamente dall'articolo 143 del Cc in capo ai coniugi, non si può dubitare che ripugnerebbe alla coscienza sociale che, per costringere il marito nei confronti della moglie o viceversa, a ottemperare a que-

st'ultimo obbligo, il giudice, invadendo l'intimità del talamo nuziale, potesse adottare misure coercitive. Conferma dell'esattezza di questo rilievo può trarsi dal secondo limite di applicabilità del nuovo articolo 614-bis, previsto espressamente dall'ultimo periodo del comma 1 del medesimo articolo, secondo cui l'esecuzione indiretta non può trovare applicazione «alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409» (cioè i rapporti cosiddetti "parasubordinati"). La *ratio* di questa limitazione, infatti, pare dover essere rintracciata nella considerazione compiuta a priori e in generale dal Legislatore, secondo cui è contrario al comune senso di giustizia e di equità che con un provvedimento giurisdizionale possa essere imposto: da un lato, al lavoratore di espletare la prestazione lavorativa; e, nel contempo, dall'altro lato, al datore di lavoro o di reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato o di adibire nuovamente il dipendente alle precedenti mansioni per illegittimità del provvedimento di assegnazione del lavoratore a mansioni non equivalenti a quelle precedentemente svolte, atteso - secondo il consolidato orientamento della Suprema corte sulla specifica materia - che tali obblighi comportano anche un indispensabile e insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo-funzionale, consistente, fra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca e infungibile collaborazione, che rientra nella libertà di iniziativa economica privata, riconosciuta dall'articolo 41, comma 1, della Costituzione.

Quanto precede, dunque, in una prospettiva sistematica, impone di abbandonare definitivamente la tesi della correlazione necessaria tra tutele di condanna ed esecutiva: l'ordinamento, infatti, ora, stabilisce positivamente che in relazione a determinate situazioni sia possibile ottenere un provvedimento di condanna, ma non anche il correlativo provvedimento di esecuzione indiretta.

I presupposti applicativi della nuova disposizione

Come emerge chiaramente dal tenore letterale dell'*incipit* dell'articolo 614-bis («Con il provvedimento di condanna...»), la nuova norma in realtà non dà vita a un vero e proprio "procedimento" di esecuzione indiretta ma incide principalmente sul "contenuto" che deve avere il provvedimento di condanna a un obbligo di fare infungibile o a un non fare.

Di conseguenza, per potersi avvalere di questa forma di tutela, è necessario il previo svolgimento di un ordinario processo a cognizione piena (o, se possibile, di un procedimento sommario, ai sensi dei nuovi articoli da 702-bis a 702-*quater* del Codice di procedura civile).

Questo, peraltro, appare giustificato dalla necessità che il giudice, evidentemente nel contraddittorio delle parti, non soltanto valuti - come già esaminato - la non "manifestata iniquità" della misura coercitiva ma anche ne determini l'ammontare.

Normalmente la tutela esecutiva indiretta, dunque, potrà essere ottenuta contestualmente alla pronuncia di accertamento dell'esistenza del diritto e di condanna. Nulla esclude, peraltro, che la domanda possa essere formulata anche in un separato e successivo giudizio.

Quest'ultimo rilievo consente di compiere due importanti ulteriori precisazioni.

Innanzitutto, tale osservazione risolve ogni questione di diritto transitorio: sebbene, infatti, ai sensi dell'articolo 58, comma 1, della legge 69/2009, il nuovo articolo 614-bis sarà applicabile soltanto ai giudizi instaurati dopo il 4 luglio 2009, deve ritenersi che ciò non pregiudichi agli interessati la possibilità di avvalersi di questa forma di tutela anche per le situazioni giuridiche già dedotte in giudizio, attraverso l'instaurazione di un nuovo processo.

In secondo luogo, la compiuta affermazione impone di credere che la domanda di pronunciare una misura coercitiva, sebbene accessoria e dipendente alla domanda di condanna, costituisca una domanda che

L'EFFICACIA DELLA CONDANNA COSTITUISCE TITOLO ESECUTIVO

Costituisce l'ultimo aspetto su cui è necessario soffermarsi. Al riguardo, il nuovo articolo 614-bis stabilisce che «Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza».

Si tratta cioè di una ipotesi che sembra dover essere ricondotta contestualmente a due particolari categorie di condanne.

Innanzitutto, il provvedimento in esame costituisce una cosiddetta "condanna in futuro", cioè una condanna - ammissibile soltanto nei casi espressamente stabiliti dalla legge - che è attuale, ma, essendo soggetta a un termine o (come nella specie) a una condizione, è, pertanto, eseguibile soltanto dopo il decorso dell'uno o il verificarsi dell'altra. In occasione di "ogni violazione o inosservanza" dell'obbligo indicato nel provvedimento, l'avente diritto, in virtù del provvedimento di condanna, costituente titolo esecutivo per il pagamento di una somma di denaro, avvalendosi delle ordinarie forme del pignoramento, previa notificazione del precetto, può aggredire il patrimonio dell'obbligato. Questi, a propria volta, qualora intenda contestare l'esistenza del diritto (per non aver compiuto la violazione, l'inosservanza o il ritardo), potrà proporre opposizione all'esecuzione, ex articolo 615 del Codice di procedura civile.

In secondo luogo, come anticipato, al provvedimento ex articolo 614-bis deve ritenersi applicabile, in quanto compatibile, anche la disciplina della "condanna generica", di cui all'articolo 278 del Codice di procedura civile. Al riguardo, vale chiarire che, indubitabilmente, alla sentenza di condanna con cui è disposta la misura coercitiva, ai sensi dell'articolo 2818 del Cc, si deve riconoscere l'efficacia di titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Sebbene tale sentenza condanni al pagamento di una somma di denaro determinata (o determinabile), si deve precisare che la stessa è destinata a spiegare efficacia per un numero indeterminato di possibili violazioni o inosservanze future, sicché sarebbe scorretto consentire l'iscrizione dell'ipoteca soltanto nei limiti della somma determinata per una sola violazione o inosservanza, dovendosi, invece, ritenere applicabile la previsione di cui all'articolo 2838 del Cc, specificamente dettata per la sentenza di condanna generica (ma applicabile anche nelle specie), per cui la somma per cui l'iscrizione è eseguita «è determinata dal creditore nella nota per l'iscrizione», in considerazione anche delle eventuali future inadempienze o inosservanze.

non può essere considerata contenuta nella semplice domanda di condanna, sicché la stessa sembra soggiacere al limite preclusivo di cui alle prime memorie scritte di cui all'articolo 183, comma 6, n. 1, del Codice di procedura civile.

A questo riguardo, peraltro, si deve osservare che la norma si sofferma nel precisare che, in conformità al principio della domanda di cui all'articolo 112 del Cpc, il giudice può disporre l'esecuzione indiretta soltanto "su richiesta di parte".

La determinazione dell'ammontare della misura coercitiva

Come già accennato, l'elemento essenziale della misura coercitiva consiste nella pronuncia (accessoria e dipendente a quella principale di condanna all'obbligo di fare infungibile o di non fare) di condanna al pagamento di una somma predeterminata di denaro nei confronti dell'obbligato «per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento».

Il comma 2 dell'articolo 614-bis si preoccupa di chiarire che nel deter-

minare l'ammontare della somma, il giudice deve tenere «conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile».

Questa disposizione conferma il rilievo già compiuto, secondo cui la domanda relativa all'adozione della misura coercitiva, costituisce modificazione della "semplice" domanda di condanna all'obbligo infungibile di fare o non fare e, pertanto, sia soggetta ai limiti preclusivi posti in *limine litis*: la proposizione della domanda di emanazione della misura coercitiva, infatti, impone un ampliamento del *thema decidendum* nonché di quello *probandum*, dovendosi non soltanto accertare la fondatezza della pretesa di diritto sostanziale, ma anche gli altri elementi di cui il giudice possa tenere conto ai fini della determinazione della somma di denaro.

La lettera della norma ha indicato specificamente tre elementi cui tenere conto per la determinazione dell'ammontare della misura coercitiva:

- 1) valore della controversia;
- 2) natura della prestazione;
- 3) danno quantificato o prevedibile.

Si tratta di elementi di carattere "oggettivo", strettamente connessi all'oggetto della causa. La formula di chiusura, secondo cui il giudice può altresì tenere conto «... di ogni altra circostanza utile», peraltro, sembra consentire di fare riferimento anche a elementi "soggettivi", cioè alle condizioni personali delle parti, tra cui, in particolare la capacità economica dell'obbligato. Questa, infatti, è specificatamente rilevante affinché l'ammontare della somma determinata dal giudice per idonea, oltre a risarcire/indennizzare il danno derivante dalla violazione all'avente diritto, anche a costringere l'obbligato ad adempiere: rientra nella comune esperienza che la capacità di coercizione di qualsiasi condanna pecuniaria è strettamente correlata alla situazione economica dell'obbligato.

Tra l'altro, in base al principio secondo cui una somma di denaro è da considerarsi liquida ove sia suscettibile di essere determinata in base a un calcolo matematico, si deve ritenere che il giudice abbia la possibilità di stabilire eventualmente anche criteri di adeguamento automatico agli indici Istat, nonché moltiplicatori per ogni violazione successiva alla prima. ■

Giudizio di cognizione: strada “veloce” per chiudere le controversie

Il nuovo istituto è destinato ad acquistare un'importanza pratica fondamentale, perché potenzialmente destinato a soppiantare il “vecchio” processo ordinario

La vera “stella” della riforma processuale civile compiuta dalla legge 69/2009 è sicuramente il «Procedimento sommario di cognizione», contenuto nel nuovo capo III-*bis* del titolo I del libro IV, «Dei procedimenti speciali», del Codice di rito. Affianco ai nuovi articoli da 702-*bis* a 702-*quater* del Cpc, tutte le altre novità, pure importanti e di notevole spessore teorico e pratico, finiscono in “secondo piano”. Già durante l'iter parlamentare, l'attenzione degli studiosi e degli operatori del processo si è concentrata, se non integralmente, senza dubbio in massima parte su questo nuovo procedimento che presenta moltissimi elementi di estrema originalità.

Le ragioni dell'importanza del nuovo rito

Nonostante fin dalla proposta di sua introduzione nell'ordinamento le reazioni della quasi totalità della dottrina siano state estremamente negative, il Legislatore ha già manifestato chiaramente la propria intenzione di riporre grandi speranze in questo “volto nuovo” del diritto processua-

le civile. L'articolo 54, comma 4, della legge di riforma, infatti, nel delegare il Governo a ridurre e semplificare i procedimenti civili, indica tre modelli processuali cui ricondurre tutti gli altri procedimenti previsti dalle leggi speciali: il processo ordinario a cognizione piena, il processo del lavoro ed il procedimento sommario di cognizione.

Oltre che in futuro (per quanto veramente prossimo, la durata della delega per l'emanazione del o dei decreti legislativi è di soli 24 mesi!), vale sottolineare che il nuovo procedimento, fin dal 4 luglio 2009, data di entrata in vigore della riforma, è destinato ad acquistare un'importanza pratica fondamentale perché è potenzialmente destinato a soppiantare il processo ordinario di cognizione, relegandolo a un'applicazione residuale.

Ma oltre che per le ragioni di ordine pratico indicate, il procedimento sommario di cognizione suscita l'interesse generale (nonché lo sdegno della maggior parte degli studiosi, che criticano l'indiscriminata “sommarrizzazione” evidenziando i gravi rischi derivanti dallo spingere all'estremo questa tendenza) per una particolarità strutturale: pur essendo un procedimento a cognizione speciale e, per espressa indicazione della sua rubrica, a cognizione sommaria, è destinato a concludersi con un provvedimento idoneo ad acquisire la stabilità nonché l'efficacia di accertamento a ogni effetto, proprio del giudicato sostanziale ex articolo 2909 del Codice civile.

I cenni finora compiuti indicano chiaramente come il procedimento sommario di cognizione, salvo che - come è capitato proprio ora con il rito societario - non finisca spazzato via dalla furia riformatrice anzitempo, impegnerà a fondo sia la dottrina sia la giurisprudenza a fornire un'adeguata elaborazione dell'istitu-

to e una sua esatta collocazione nell'ambito del sistema del diritto processuale civile. Quanto segue, dunque, costituisce un primo timido passo nella direzione di chiarire la norma e, in conclusione, dopo aver condotto un'analisi scevra da pregiudizi e preconcetti, cercare di formulare una valutazione conclusiva.

Ambito di applicabilità

Primo tema da trattare in relazione a un nuovo procedimento consiste nel delimitarne l'ambito applicativo.

Al riguardo, il nuovo articolo 702-*bis* esordisce facendo riferimento alle «cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica». Si tratta di un ambito di applicabilità del nuovo procedimento di portata generale e avente carattere residuale, considerato che, ai sensi degli articoli 9 e 50-*ter* del Cpc, rispettivamente, da un lato, «Il tribunale è competente per tutte le cause che non sono di competenza di altro giudice» e, dall'altro lato, «Fuori dei casi previsti dall'articolo 50-*bis*, il tribunale giudica in composizione monocratica». In linea di principio, dunque, ogni qualvolta sussista la competenza in primo grado del tribunale, salvo che, eccezionalmente, non ricorra una delle ipotesi tassativamente indicate dall'articolo 50-*bis* citato, in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, è applicabile il nuovo procedimento.

Quanto precede, dunque, consente di escludere l'applicabilità dei nuovi articoli da 702-*bis* a 702-*quater*, sia alle cause devolute in primo grado al giudice di pace (nonché - ancorché la relativa sentenza sia appellabile, ex articoli 339, comma 3, e 341 del Cpc, avanti al tribunale - alle medesime cause in grado di appello), sia a quelle da decidersi in unico grado dalla corte d'appello.

(continua a pag. 26)

L'AVVIO DELL'ITER

**Procedimento sommario di cognizione
(Articoli da 702-bis a 702-quater del Cpc)**

Ambito di applicabilità

Nelle cause in cui
il tribunale giudica in composizione monocratica

Forma e proposizione della domanda

La domanda può essere proposta con ricorso,
contenente tutte le indicazioni previste per l'atto di citazione,
depositata nella cancelleria del tribunale ordinariamente competente

Il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio, il Presidente del tribunale designa il magistrato
cui è affidata la trattazione del procedimento

Il giudice designato con decreto fissa i termini per la prosecuzione del procedimento

Instaurazione del contraddittorio

Notificazione (a cura dell'attore) del ricorso e del decreto

Almeno 30 giorni prima

Costituzione del convenuto mediante deposito in cancelleria della comparsa di risposta, nella quale deve:

- proporre le sue difese,
- prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda,
- indicare i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comunicazione,
- formulare le proprie conclusioni,
- nonché, a pena di decadenza:
 - 1) proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio
 - 2) chiamare in causa un terzo, chiedendo lo spostamento dell'udienza

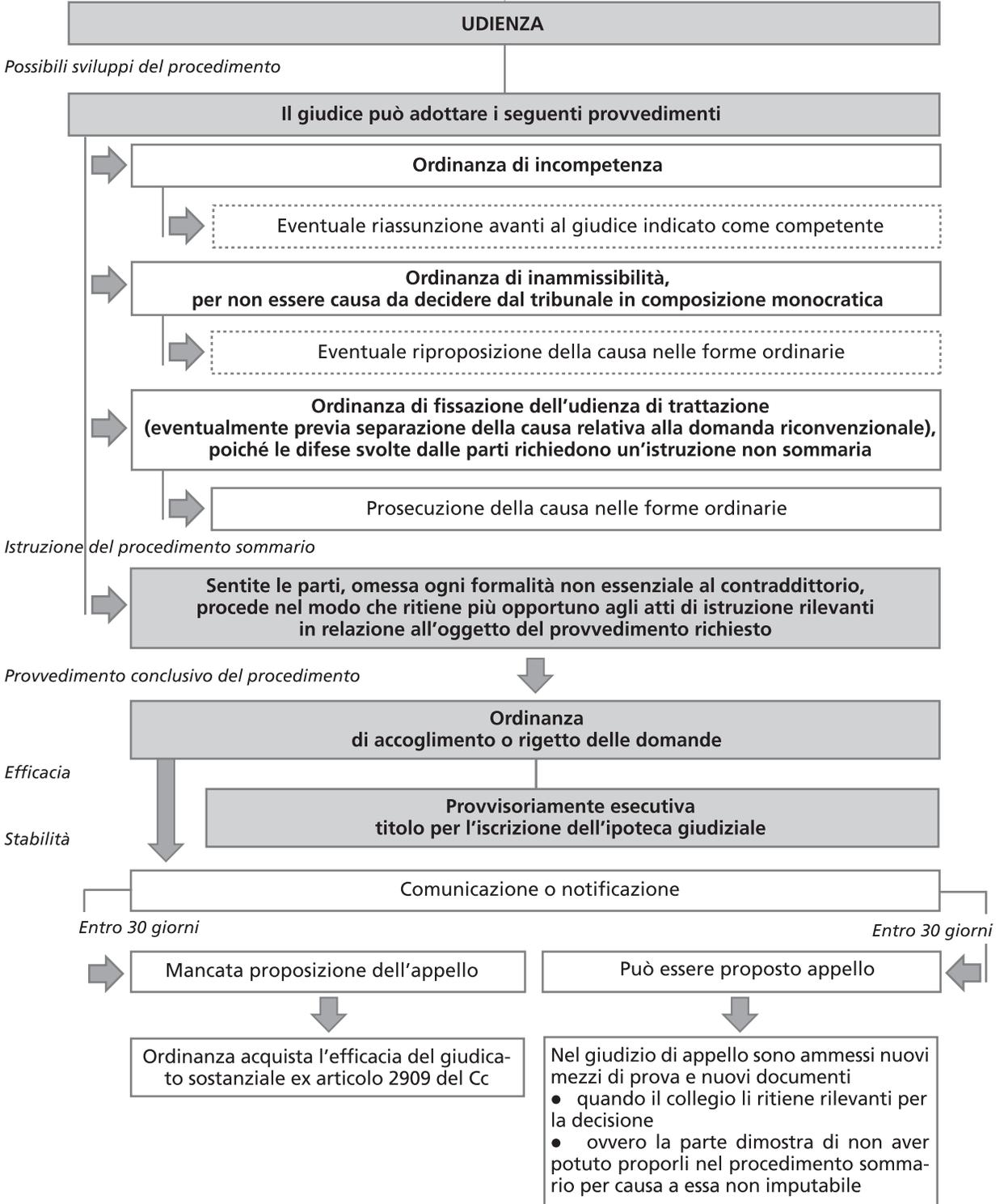
Non oltre 10 giorni prima

UDIENZA

(continua)

LA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO

(segue)



(segue da pag. 23)

Le nuove norme, poi, posto che prevedono l'appellabilità della decisione sommaria, non sono applicabili neppure ai casi in cui il tribunale, in composizione monocratica, giudichi in grado d'appello avverso le decisioni del giudice di pace.

Assai più problematico è stabilire il corretto coordinamento tra procedimento e rito del lavoro e/o processi strutturati sul modello di questo (tra i quali, ad esempio: il processo previdenziale, disciplinato dagli articoli 442 e seguenti; il processo locativo ex articolo 447-*bis* del Cpc; il processo di opposizione alle sanzioni amministrative, di cui agli articoli 22 e seguenti della legge 24 novembre 1981 n. 689, ove sussista la competenza in primo grado del tribunale). In linea di principio, la considerazione secondo cui si tratta comunque di processi di competenza del tribunale, da decidersi in composizione monocratica, potrebbe indurre ad affermare l'applicabilità delle nuove norme. Ma questo rilievo deve cedere il passo all'ulteriore e prevalente considerazione, secondo cui, come già ricordato, ex articolo 54 citato, nei criteri direttivi della delega al Governo per la riduzione e la semplificazione dei procedimenti civili, il nuovo procedimento sommario di cognizione è indicato come alternativo rispetto al processo del lavoro, dovendosi concludere che i due si escludono reciprocamente. Né questa conclusione può essere infirmata dalla ovvia obiezione secondo cui il rito ordinario di cognizione è il terzo modello indicato come paradigma cui ricondurre tutti i procedimenti speciali. In proposito, infatti, si deve osservare: innanzi tutto, che la parziale concorrenza tra procedimento sommario e processo ordinario di cognizione è espressamente prevista dal nuovo articolo 702-*bis*; in secondo luogo, che, ai sensi dell'articolo 54, comma 4, n. 1), tra i caratteri che fanno assurgere il rito del lavoro ad archetipo fondamentale è ricordato anche quello della «officiosità nell'istruzione»: la necessità di conservare

questa precipua caratteristica impone di escludere che si possa ricorrere al procedimento sommario (nel quale non vi è alcuna traccia di poteri istruttori d'ufficio del giudice) in luogo di quelli disciplinati sul modello del processo ex articoli 409 e seguenti del Cpc.

Seppure si debba rinviare lo specifico esame oltre, trattando dell'ambito di applicabilità, vale anticipare che questo non va confuso con la valutazione della sufficienza dell'istruzione sommaria o della necessità di un'istruzione non sommaria: quest'ultima valutazione, imposta dall'articolo 702-*ter*, commi 3 e 4, infatti, deve essere compiuta di volta in volta in relazione alla specifica fattispecie concreta dal giudice di merito, secondo il suo prudente apprezzamento. All'opposto, stabilire se la causa rientri o meno nell'ambito di applicabilità, determinato in modo generale e astratto dal Legislatore (articolo 702-*bis*, comma 1, prima parte del primo periodo), costituisce una valutazione di rito in cui manca qualsiasi valutazione discrezionale del giudice.

I procedimenti esclusi

È un'ipotesi che per maggiore chiarezza pare opportuno considerare immediatamente e, in particolare, contestualmente al tema dell'ambito di applicabilità, sebbene sia disciplinata dalle nuove disposizioni soltanto successivamente e in particolare nell'articolo 702-*ter*, commi 1 e 2, del Cpc.

In particolare, ai sensi del primo comma, «Il giudice, se ritiene di essere incompetente, lo dichiara con ordinanza», cioè nelle forme con cui, in forza dell'articolo 279, comma 1, del Cpc (come riformato dalla stessa legge 69/2009), devono essere ora decise tutte le questioni di competenza.

Poiché, come chiarito, l'ambito di applicabilità del nuovo procedimento è direttamente condizionato dalla circostanza che la causa sia di competenza in primo grado del tribunale, la pronuncia di incompetenza, per essere la causa devoluta ad altro giudice (al giudice di pace o alla

Corte d'appello in unico grado), incide anche sul rito da applicarsi. Ciò non di meno, il provvedimento con cui il tribunale adito con le modalità dell'articolo 702-*bis* si pronuncia esclusivamente sulla propria competenza (negandola, come espressamente stabilito dalla disposizione richiamata, ma - eventualmente - anche affermandola) è da considerarsi impugnabile, ex articolo 42 del Cpc, esclusivamente con il regolamento necessario di competenza.

Oltre che l'incompetenza del tribunale adito, esclude l'applicabilità del procedimento sommario di cognizione anche la più grave e radicale ipotesi di difetto di giurisdizione del giudice ordinario: si tratta di un caso non contemplato espressamente dal Legislatore, ma cui è da ritenere applicabile il regime ordinario sicché, sebbene l'effetto ultimo sia di precludere l'applicabilità dei nuovi articoli 702-*bis* e seguenti, il giudice deve comunque pronunciare sentenza, suscettibile di essere ordinariamente impugnata con appello.

Tanto nel caso di incompetenza del tribunale quanto in quello di difetto del giudice ordinario aditi, dunque, si deve escludere l'applicabilità della previsione di cui all'articolo 702-*ter*, comma 2, primo periodo, in virtù della quale «Se rileva che la domanda non rientra tra quelle indicate nell'articolo 702-*bis*, il giudice, con ordinanza non impugnabile, la dichiara inammissibile».

Questa disposizione, infatti, può trovare esattamente applicazione esclusivamente nelle ipotesi residuali a quelle già considerate in cui, cioè, pur sussistendo sia la giurisdizione del giudice ordinario sia la competenza del tribunale, la causa o sia da decidersi in composizione collegiale o sia soggetta al rito del lavoro o ad altro processo disciplinato sul modello di questo.

L'ipotesi di domande connesse

«Nello stesso modo - peraltro, ai sensi dell'articolo 702-*ter*, comma 2, secondo periodo - [il giudice] provvede sulla domanda riconvenzionale», cioè allorché la domanda

L'ERRONEA APPLICAZIONE

Nell'affrontare l'ambito di applicabilità del procedimento sommario di cognizione, ultimo tema da considerare - almeno per cenni - è rappresentato dall'individuazione delle conseguenze che devono essere riconosciute all'eventuale erronea applicazione delle nuove forme processuali, perché la causa non rientrava nell'ambito di applicabilità del nuovo articolo 702-bis.

Al riguardo, in via preliminare e generale, si può osservare che, ai sensi dell'articolo 702-ter, comma 2, citato, l'erronea applicazione del procedimento sommario di cognizione è rilevabile d'ufficio.

Più nel dettaglio, peraltro, poiché come si è visto i limiti di applicabilità possono dipendere da cause diverse, anche l'eventuale erronea violazione dei medesimi è soggetta a un regime differenziato.

Qualora l'inapplicabilità dipenda dal difetto di giurisdizione, questo è rilevabile in ogni stato e grado del processo.

Ove l'inapplicabilità, invece, discenda dall'incompetenza del tribunale, né l'una né l'altra possono più essere rilevate oltre la prima udienza: sicché, radicandosi la competenza, anche il giudice adito potrà comunque pronunciare legittimamente nelle forme semplificate, senza incorrere in nessuna nullità.

Se, infine, l'inapplicabilità del nuovo procedimento è causata dalla circostanza che la causa deve essere decisa dal tribunale in composizione collegiale, sono da ritenersi applicabili, alternativamente:

- l'articolo 281-octies del Cpc, ove il rilievo avvenga in sede di deliberazione della decisione ad opera del giudice monocratico, sicché questi deve disporre nuovamente la precisazione delle conclusioni, rimettendo la causa alla decisione collegiale. Si deve escludere la necessità che il giudice monocratico disponga la rinnovazione dell'attività istruttoria, sia per ragioni di economia processuale, sia - soprattutto - in considerazione della circostanza che, ai sensi del nuovo articolo 702-quater del Cpc, in sede di appello «Sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene rilevanti ai fini della decisione», sicché si deve sempre ritenere ammissibile anche la rinnovazione di qualsiasi attività istruttoria, pure già compiuta in via sommaria;

- l'articolo 50-quater del Cpc, qualora il procedimento sommario di cognizione si concluda senza il rilievo d'ufficio, nonché con il rigetto dell'eventuale eccezione dell'inapplicabilità nella specie delle nuove norme. In particolare, pertanto, l'ordinanza con cui viene decisa la causa è nulla ai sensi dell'articolo 161, comma 1, ed è suscettibile di essere impugnata con l'appello, specificamente lamentando la violazione dell'articolo 50-ter.

Come già anticipato, non riguarda i limiti dell'ambito di applicazione del procedimento sommario di cognizione l'ipotesi in cui il giudice ritenga mancare la distinta e ulteriore condizione di fatto della non necessità di un'istruzione non sommaria: nella prima ipotesi infatti, come chiarito, il processo si chiude in rito con la dichiarazione d'inammissibilità; nell'altro caso, il procedimento sommario prosegue con l'istruzione non sommaria, cioè nelle forme del processo ordinario di cognizione.

dell'attore rientri nell'ambito di applicabilità dell'articolo 702-bis, comma 1, come sopra delimitato, ma non anche l'eventuale domanda riconvenzionale proposta dal convenuto, ex articolo 36 del Cpc.

Sebbene questa norma sia espressamente dettata soltanto in relazione alle domande riconvenzionali, la medesima sembra applicabile altresì in ogni ipotesi di connessione oggettiva o soggettiva di domande.

Il nuovo procedimento sommario di cognizione, dunque, è applicabile esclusivamente a quelle cause che rientrano nell'ambito applicativo come sopra individuato: le cause che ne esulino possono e debbono essere proposte soltanto nelle forme e secondo i procedimenti specificamente previsti per le medesime.

In conclusione, pertanto, le previsioni di cui all'articolo 40, commi da 3 a 7, del Cpc, in tema di «Connessione» tra cause soggette a riti differenti e tra cause di competenza del giudice di pace e del tribunale, sono insuscettibili di trovare applicazione in relazione alle cause che siano state instaurate con il procedimento

sommario di cognizione: quelle che sono suscettibili di essere decise nelle forme di cui agli articoli 702 e seguenti dovranno essere decise con questo rito speciale; quelle che, invece, non lo sono si devono svolgere in un separato processo. L'articolo 702-ter, comma 2, dunque, introduce una rilevante eccezione al principio generale enunciato dall'articolo 40 del Cpc, secondo cui le norme che consentono il cumulo di cause prevalgono sia su quelle in tema di competenza, sia - soprattutto - su quelle che determinano il rito applicabile. Se una causa è legittimamente instaurata nelle forme del procedimento sommario di cognizione (e questa non richiede un'istruzione non sommaria), questa verrà decisa nell'osservanza delle nuove regole, previa eventuale separazione delle eventuali cause connesse proposte (sia dal medesimo attore, sia dal convenuto, sia dagli eventuali terzi chiamati) nel medesimo processo, ma per le quali non sia applicabile il procedimento sommario e/o non sia sufficiente un'istruzione sommaria.

A margine di questa conclusione, si possono formulare due concorrenti

osservazioni. Innanzi tutto, si deve rilevare che il risultato indicato appare perfettamente ragionevole e congruo con la finalità fondamentale perseguita dalla riforma, cioè pervenire alla definizione più rapida possibile del processo, soppiantando l'impostazione tradizionale per cui - per (presunte, ma smentite nei fatti) ragioni di economia processuale - deve essere privilegiata il più possibile la connessione e la conseguente congiunta trattazione e decisione delle cause cumulate.

In secondo luogo, si deve osservare che tale soluzione è esattamente coerente con la previsione secondo cui l'inapplicabilità del procedimento sommario di cognizione conduce alla definizione in rito del processo, con un'ordinanza di inammissibilità, che è espressamente qualificata come "non impugnabile", sicché la medesima, evidentemente, non preclude la possibilità, per chi abbia proposto la domanda e se la sia vista dichiarare inammissibile, di riproporla liberamente in via ordinaria o con l'osservanza delle forme del rito del lavoro o di altro rito speciale. ■

Avvio più rapido dei procedimenti con la presentazione del ricorso

La posizione assunta dal convenuto circa le allegazioni dell'attore, unita all'indicazione dei mezzi di prova di cui intende avvalersi, costituirà la base della valutazione per il giudice designato

La «Forma della domanda. Costituzione delle parti» è la rubrica dell'articolo 702-bis. L'atto introduttivo del procedimento sommario di cognizione assume le forme del ricorso, ma gli elementi di quest'ultimo sono fissati dall'articolo 163 del Codice di procedura civile.

«Forma della domanda. Costituzione delle parti»

Analiticamente, si deve osservare che l'atto introduttivo del procedimento sommario di cognizione (diversamente da quanto stabilito per il processo ordinario) assume le forme del ricorso (anziché di atto di citazione), ma per quanto concerne gli elementi che deve contenere sono richiamati integralmente tutti quelli prescritti dall'articolo 163, comma 1, del Codice di procedura civile.

Unico elemento, dunque, che manca nel ricorso ex articolo 702-bis rispetto all'atto citazione è costituito dalla data in cui si terrà l'udienza di comparizione delle parti.

Questa, infatti, dovrà essere fissata dal giudice designato dopo il deposi-

to in cancelleria del ricorso a opera dell'attore, concedendo al convenuto un termine dilatorio di almeno 30 giorni dalla successiva notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza.

Si tratta di un termine assai più breve rispetto a quello ordinariamente stabilito dall'articolo 163-bis del Cpc, per il caso in cui la notificazione dell'atto di citazione si debba eseguire in Italia.

La nuova norma nulla prescrive in relazione all'ipotesi in cui il convenuto sia all'estero.

Il giudice potrà comunque colmare la lacuna accordando un termine minimo che sia proporzionale al termine di 150 giorni stabilito dall'articolo 163-bis per tale evenienza: in particolare, posto che il termine di 30 giorni è pari a un terzo di quello stabilito per la notificazione in Italia, sembra si possa ritenere che ove la notificazione si debba compiere all'estero il termine non potrà tendenzialmente essere inferiore a 50 giorni, fermo restando la possibilità per il giudice di fissare un termine diverso a ragione delle particolarità del caso concreto.

A fronte delle concorrenti considerazioni - secondo cui, da un lato, il procedimento sommario di cognizione ha un avvio estremamente più celere rispetto al processo ordinario di cognizione e, dall'altro lato, anche ove la causa in via di fatto sia reputata richiedere un'istruzione non sommaria, il nuovo articolo 702-ter, comma 3, prevede che il processo possa legittimamente e validamente continuare nelle forme del processo ordinario di cognizione, senza alcuna possibilità di concessione di un ulteriore termine a difesa per il convenuto - costituisce facile vaticinio prevedere che tutte le cause che rientrano nell'indicato ambito di applicabilità dell'articolo 702-bis verranno instaurate sempre

e comunque nelle nuove forme "accelerate", specie perché costringeranno il convenuto a svolgere le proprie difese in modo assai più sollecito.

La costituzione del convenuto

In particolare, la già evidenziata circostanza per cui la legge concede al convenuto un termine a comparire molto più breve, sebbene il termine per la costituzione sia stato dimezzato (è sufficiente che questa avvenga almeno - anziché 20-10 giorni prima dell'udienza), fa sì che il convenuto si debba affrettare a svolgere tutte le sue difese.

Ma questo non è tutto: il convenuto nel procedimento sommario di cognizione è soggetto a decadenze ancora più gravi di quelle che incontra nel processo ordinario di cognizione.

Analiticamente, ai sensi dell'articolo 702-bis, commi 4 e 5, il convenuto che non si costituisca tempestivamente nel termine indicato decade dalla possibilità:

- di proporre domande riconvenzionali;
 - di proporre eccezionali processuali e di merito non rilevabili d'ufficio;
 - di chiamare un terzo in garanzia (in questo caso, peraltro, il convenuto deve fare dichiarazione nella comparsa di costituzione della propria intenzione e chiedere al giudice designato lo spostamento della prima udienza).
- Non vengono indicate espressamente come attività da svolgersi a pena di decadenza, ma, ai sensi del comma 4 citato, primo periodo, «Il convenuto deve costituirsi mediante deposito in cancelleria della comparsa di risposta, nella quale deve proporre le sue difese e prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in

LA DISTRIBUZIONE REGIONALE

Dinamica della durata dei procedimenti civili di I grado per Regione

ANNI 2006 E 2005 - NUMERO GIORNI DURATA PROCEDIMENTO COGNIZIONE ORDINARIA

Regioni	2006	2005	Variazione	Variazione %
Valle d'Aosta	685	475	210	44,2
Puglia	1483	1101	382	34,7
Calabria	1288	1090	198	18,2
Liguria	813	722	91	12,6
Basilicata	1463	1300	163	12,5
Trento	558	500	58	11,6
Trentino-Alto Adige	610	553	57	10,3
Bolzano	664	605	59	9,8
Toscana	924	850	74	8,7
Lombardia	691	638	53	8,3
Sardegna	1172	1090	82	7,5
Emilia-Romagna	1004	935	69	7,4
Lazio	921	861	60	7,0
Friuli-Venezia Giulia	663	631	32	5,1
Abruzzo	983	945	38	4,0
Molise	1062	1022	40	3,9
Veneto	829	799	30	3,8
Umbria	988	959	29	3,0
Sicilia	1090	1061	29	2,7
Piemonte	523	515	8	1,6
Marche	905	908	- 3	- 3
Campania	991	1064	- 73	- 6,9
Italia	927	873	54	6,2

Fonte: Elaborazione Ufficio Studi Confartigianato su dati Istat

comunicazione, nonché formulare le conclusioni».

Si tratta, peraltro, di attività che come si cercherà di chiarire hanno un rilievo fondamentale per il concreto successivo svolgimento del processo. La mancata specifica contestazione dei fatti affermati dall'attore

potrà fondare - oltre che la decisione, secondo quanto espressamente sancito ora dal riformato articolo 115 del Cpc - anche eventualmente l'emanazione di un'ordinanza anticipatoria per il pagamento delle somme non contestate, ex articolo 186-bis del Codice di procedura ci-

vile. La posizione assunta dal convenuto circa le allegazioni dell'attore, unita all'indicazione dei mezzi di prova di cui si intende avvalere e alla produzione dei documenti offerti in comunicazione, costituirà la base della valutazione per il giudice designato circa la necessità o meno

di un'istruzione non sommaria.

Da ultimo, in relazione alla costituzione del convenuto, vale precisare che la stessa previsione legislativa che la impone ha come immediato corollario di rendere applicabili anche nel procedimento sommario di cognizione l'istituto della contumacia, di cui agli articoli da 291 a 294 del Cpc (con la precisazione che l'ultimo comma dell'articolo 292 del Cpc deve essere inteso nel senso che siano notificate alla parte personalmente - anziché le "sentenze" - le ordinanze con cui viene definito in tutto o in parte il procedimento sommario).

Anzi, la circostanza che il convenuto rimanga contumace normalmente dovrebbe rendere più agevole la definizione del processo, sicché - salve ipotesi eccezionali - nel processo contumaciale dovrebbe sempre sussistere la condizione della sufficienza di un'istruzione sommaria.

La condizione della sufficienza di un'istruzione sommaria

Come anticipato, dall'ambito di applicabilità, determinato in modo generale e astratto dal Legislatore (articolo 702-bis, comma 1, prima parte del primo periodo) e già esaminato sopra, deve essere tenuta distinta la differente e ulteriore condizione affinché la causa - sulla base di una valutazione compiuta di volta in volta in relazione alla specifica fattispecie dal giudice - sia concretamente suscettibile di essere decisa sulla base di un'istruzione sommaria.

Ai sensi dell'articolo 702-ter, comma 3, infatti, «Se ritiene che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria, il giudice, con ordinanza non impugnabile, fissa l'udienza di cui all'articolo 183. In tal caso si applicano le disposizioni del libro II».

Diversamente da quanto stabilito in relazione al caso in cui l'attore promuova un processo ordinario di cognizione, così vincolando l'altra parte e il giudice all'osservanza delle forme di cui agli articoli 163 e seguenti, qualora l'attore proponga la domanda ex articolo 702-bis, ciò

non impedisce né che il convenuto svolga difese tali da escludere in concreto lo svolgimento del procedimento sommario di cognizione, né che il giudice, anche nella contumacia del convenuto, stabilisca autonomamente e indipendentemente la possibilità di disporre la continuazione del processo nelle forme proprie del processo ordinario a cognizione piena.

Come anticipato, infatti, il citato comma 3 dell'articolo 702-ter, anche ove sussista l'applicabilità del procedimento sommario, ne esclude la prosecuzione, imponendo il "passaggio" al processo ordinario, ove:

- in termini positivi, sia necessaria un'istruzione non sommaria,
- o, in termini negativi, non sia sufficiente un'istruzione sommaria.

Vaticinio corrispondente a quello già compiuto e altrettanto agevole: normalmente, il convenuto metterà in campo ogni difesa possibile al fine di far sì che il giudice si convinca della necessità che la causa richiede un'istruzione non sommaria. La distinzione tra cause che «richiedono un'istruzione non sommaria» e quelle che non la richiedono è ribadita altresì nel successivo comma 4 dell'articolo 702-ter, ove viene stabilito che - in modo del tutto analogo a quanto previsto per l'ipotesi in cui la domanda riconvenzionale esuli dall'ambito di applicabilità del nuovo procedimento - il giudice deve disporre la separazione.

La nuova disposizione, dunque, si fonda sulla dicotomia tra cause, in altri e - almeno negli auspici - più chiari termini, per le quali:

- è sufficiente un'istruzione sommaria;
- è necessaria un'istruzione non sommaria.

Riuscire a definire quando e a quali condizioni ricorrano l'un tipo ovvero l'altro di cause è il punto centrale e che appare maggiormente problematico dell'intera nuova disciplina.

A ragione dell'estrema delicatezza e complessità del tema, non si può certo in questa sede pretendere di fornire una soluzione definitiva ma, assai più modestamente, cercare di

dare delle indicazioni di massima. Innanzi tutto, onde evitare confusione, si deve precisare che la contrapposizione indicata non ha nulla in comune con l'opposizione tra le prove, da un lato, cosiddette "di pronta soluzione" (secondo l'espressione di cui all'articolo 648 del Cpc, tra cui devono sicuramente essere incluse tutte le prove documentali, ma - pare doversi specificare - che siano già nel possesso delle parti) e, dall'altro, cosiddette "di lunga indagine" (in una con le locuzioni curialesche assai diffuse nella prassi, con cui ci si riferisce a quei mezzi di prova per la cui assunzione può essere necessario un lungo lasso temporale come, ad esempio, un'ispezione sulla persona di una delle parti, specie qualora - come normalmente accade - sia stato contestualmente nominato un consulente tecnico d'ufficio).

In secondo luogo, non sembra potersi dubitare - vuoi a ragione del tenore letterale del comma 3 già ricordato, vuoi al fine di evitare che il convenuto possa sempre escludere l'applicabilità del nuovo procedimento sommario - che il giudice designato possa valutare autonomamente se è sufficiente l'istruzione sommaria: la mera proposizione di istanze istruttorie del convenuto non vincola il giudice a ritenere che la causa possa essere comunque decisa nelle nuove forme semplificate e accelerate.

Infine, si deve ritenere che il giudice, nella fattispecie concretamente devoluta alla sua decisione, possa ritenere sufficiente l'istruzione sommaria, non soltanto ove ritenga tutte le istanze istruttorie del convenuto inammissibili e/o irrilevanti, ma anche qualora - in modo assai meno chiaramente definito ed essenzialmente discrezionale - reputi che sia superfluo, al fine della decisione, l'osservanza di tutte le forme solenni stabilite dell'istruzione probatoria.

Le caratteristiche della "istruzione sommaria"

Quest'ultimo rilievo è quello che meglio chiarisce la valutazione che è chiamato a compiere il giudice

ma, nel contempo, come si cercherà nel prosieguo di chiarire, suscita maggiori perplessità.

Specificamente in ordine alla istruzione sommaria, il comma 5 dell'articolo 702-ter prevede che «... alla prima udienza, il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto».

L'istruzione sommaria del procedimento ex articoli 702-bis e seguenti, dunque, si distingue da quella non sommaria, propria del processo ordinario di cognizione, unicamente per la spiccata caratteristica costituita dall'essere "deformalizzata": il giudice deve attuare costantemente e pienamente il contraddittorio, ma limitandosi alle formalità "essenziali", tutte le altre, nello speciale nuovo contesto del "procedimento sommario di cognizione", dovrebbero essere definite "superflue" e, pertanto, da non osservarsi, al fine di evitare ritardi nel decidere e definire la causa.

Sotto tutti gli altri profili l'istruzione sommaria ha i medesimi caratteri dell'istruzione non sommaria, ex articoli 183 e seguenti del Cpc. In particolare, del pari di questa:

- atteso che è destinata a concludersi (come meglio si avrà modo di chiarire nel prosieguo del lavoro) con un provvedimento idoneo ad acquisire l'efficacia propria del giudicato sostanziale, è anch'essa soggetta all'eventuale sospensione necessaria di cui all'articolo 295 del Cpc (rivolto a evitare il rischio di contraddittorietà tra giudicati);
- si deve svolgere nel rispetto del fondamentale principio del contraddittorio, sicché sono applicabili tutte le norme dettate in tema di contumacia (come già si è avuto modo di precisare), di interruzione e di estinzione;
- si fonda sul principio dispositivo della prova di cui all'articolo 115 del Cpc, come da ultimo riformato dalla stessa legge 69/2009 (dovendosi in particolare escludere speciali poteri istruttori officiosi in capo

al giudice, diversamente e variamente attribuiti, invece, nei procedimenti speciali come, ad esempio, nel procedimento in camera di consiglio, ex articolo 738, comma 3, del Cpc);

- ha a oggetto l'accertamento dei medesimi fatti che sarebbero da accertarsi nel processo ordinario, senza alcun ampliamento né del *thema probandum* né di quello *decidendum* (come, invece, accade in sede di concessione delle misure cautelari ove deve essere provata non l'esistenza del diritto, ma il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*);

- permette lo svolgimento di qualsiasi attività istruttoria e l'assunzione - seppure deformalizzata, con l'unica esclusione del giuramento decisorio (che sembra possa essere deferito anche in questa sede, ma nel rispetto di tutte le formalità prescritte dagli articoli 233 e seguenti del Cpc) - di qualsiasi mezzo di prova esperibile nell'istruttoria non sommaria (sono da ritenere ammissibili presunzioni, testimonianze, ispezioni, esibizioni, atti pubblici, scritture private, verificazioni, querele di falso, nonché qualsiasi prova atipica, nei medesimi limiti di ammissibilità del processo ordinario di cognizione; diversamente da quanto accade in altri procedimenti, come ad esempio nella fase *inaudita altera parte* del procedimento ingiuntivo, ove pure l'istruzione è "sommatoria", ma perché limitata soltanto ai mezzi di prova documentali);

- consente di raccogliere sia argomenti di prova, sia prove rimesse al prudente apprezzamento del giudice, sia prove legali, destinati ciascuno di essi a esplicitare, in sede di decisione, la medesima efficacia probatoria che hanno nel processo ordinario, in esatta applicazione della regola sancita dall'articolo 116 del Codice di procedura civile.

In conclusione, la "istruzione sommaria" di cui agli articoli 702-bis si diversifica dalla "istruzione non sommaria" esclusivamente perché "deformalizzata".

Il medesimo rilievo si può compiere in relazione alla fase di decisione e al provvedimento con cui si con-

clude il procedimento sommario. In particolare, nessuna disposizione si sofferma a disciplinare nel dettaglio la fase di decisione: ai sensi dell'ultima parte del comma 5 citato, infatti, al termine dell'istruzione sommaria appena esaminata, il giudice «...provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande». La fase di discussione e precisazione delle conclusioni, dunque, seppure non espressamente contemplata, si deve ritenere esistente e imprescindibile: pare non potersi dubitare che consentire alle parti di chiarire quali siano le proprie conclusioni all'esito dell'istruttoria, pure sommaria, infatti, costituisca una formalità essenziale per il contraddittorio.

Ma la discussione si può svolgere in modo deformalizzato, cioè nel rispetto delle modalità di volta in volta ritenute dal giudice più opportune in relazione al caso concreto. Il comma 5 citato, invece, stabilisce che il provvedimento con cui si conclude il procedimento sommario deve essere adottato nelle forme dell'ordinanza.

Si tratta di una previsione perfettamente coerente con il carattere sommario/deformalizzato del procedimento: gli articoli 132 (anche dopo la riforma) e 134 del Cpc, infatti, prescrivono meno requisiti formali per l'emanazione di un'ordinanza rispetto a una sentenza.

Nonostante rivesta la forma di ordinanza, il provvedimento conclusivo del procedimento sommario di cognizione - analogamente a quanto già previsto per i provvedimenti emanati dalla Corte di cassazione in sede di pronuncia in camera di consiglio ex articolo 375, nonché a quanto ora stabilito per la decisione delle questioni di competenza dal nuovo comma 1, dell'articolo 279 del Cpc - ha sicuramente natura, contenuto, effetti e regime di impugnazione propri di un provvedimento "decisorio".

Conferma di questa conclusione è fornita espressamente sia dagli ultimi due commi dell'articolo 702-ter, sia dal successivo articolo 702-qua-
ter. ■

Un'ordinanza a conclusione dell'istruzione sommaria

Il contenuto può essere quello di qualsiasi sentenza pronunciata a seguito dell'esito del processo ordinario di cognizione e il giudice provvede in ogni caso alle spese

In ordine al contenuto dell'ordinanza vale osservarsi che, pur nel silenzio della legge, deve ritenersi ammissibile per il giudice la possibilità - in applicazione analogica degli articoli 278 e 279 del Cpc - di definire soltanto in parte la controversia, pronunciando sia "ordinanze non definitive", sia "ordinanze di condanna generica".

Il contenuto dell'ordinanza

Il contenuto dell'ordinanza può es-

sero quello di qualsiasi sentenza pronunciata all'esito del processo ordinario di cognizione.

L'ultimo comma dell'articolo 702-ter, prevede poi che «Il giudice provvede in ogni caso sulle spese del procedimento ai sensi degli articoli 91 e seguenti» (tra cui, anche, il nuovo ultimo comma dell'articolo 96, in tema di «Responsabilità aggravata»), così confermando anche sotto questo profilo l'assoluta identità con il processo ordinario di cognizione. Al riguardo, in particolare, vale sottolineare come - non avendo la legge 69/2009 dettato alcuna disposizione sullo specifico tema - per il procedimento sommario di cognizione, ai sensi dell'articolo 9 del Dpr 115/2002, sia dovuto il contributo unificato nella stessa misura dovuta per il processo ordinario di cognizione.

L'efficacia

L'articolo 702-ter, comma 6, si preoccupa di chiarire gli effetti da riconoscere immediatamente all'ordinanza. Non essendo stata prevista la forma "ordinaria" per l'assunzione di un provvedimento decisorio, cioè quella

di "sentenza", non risultano applicabili automaticamente tutte le disposizioni contenute nel codice civile e nelle leggi speciali che fanno riferimento alla "sentenza". Analiticamente, dunque, l'ordinanza che conclude il procedimento sommario di cognizione:

- «è provvisoriamente esecutiva», secondo la medesima formula utilizzata dall'articolo 282 del Cpc in relazione alla sentenza di primo grado;
- «costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale»;
- «costituisce titolo ... per la trascrizione» in qualsiasi pubblico registro, sia quelli immobiliare e dei beni mobili registrati - quali navi, aeromobili e autoveicoli - previsti dal Cc, sia quelli previsti da leggi speciali, come, ad esempio, i registri di stato civile, quelli della proprietà industriale...

Questi sono gli effetti che devono essere riconosciuti all'ordinanza fin dal momento della sua pronuncia, ma - del pari alle sentenze pronunciate all'esito dei giudizi ordinari di cognizione - l'ordinanza sommaria può acquistare anche l'efficacia propria del giudicato sostanziale, ove non sia più soggetta ad appello. ■

LA LENTEZZA DEL SETTORE

**Durata media procedimenti civile I grado
numero giorni durata procedimento cognizione ordinaria I grado - 2000-2006**

ANNO	GIORNI	INDICE 1997 = 100	ANNI	MESI	GIORNI
2000	1.134	100,0	3	1	9
2001	1.084	95,6	2	11	24
2002	979	86,3	2	8	9
2003	933	82,3	2	6	23
2004	876	77,2	2	4	26
2005	873	77,0	2	4	23
2006	927	81,7	2	6	17

Elaborazione Ufficio Studi Confartigianato su dati ISTAT

Sulla presentazione dell'atto di appello resta da sciogliere il nodo della forma

La trattazione della causa è collegiale, ma in ossequio ai principi ispiratori di semplificazione e accelerazione dei procedimenti, l'assunzione dei mezzi di prova può essere delegata a un unico magistrato

Appello. È questa la rubrica dell'articolo 702-*quater*, che recita: «L'ordinanza emessa ai sensi del sesto comma dell'articolo 702-*ter* produce gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile se non è appellata entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione...».

"Appello" in generale

La disposizione, dunque, ribadisce come l'ordinanza sommaria, anche in ordine alla sua impugnabilità, sia assoggettata al medesimo regime proprio della sentenza resa all'esito del processo ordinario di cognizione ma, nel contempo, "deformalizzato" e accelerato. L'ordinanza con cui si chiude il procedimento sommario, infatti, è soggetta al mezzo di impugnazione ordinario esperibile avverso tutte le sentenze di primo grado, cioè l'appello (da proporsi, in applicazione analogica dell'articolo 341 del Cpc, «alla corte d'appello nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha pronunciato la sentenza», in questo contesto ordinanza), ma esperibile esclusivamente nel termi-

ne brevissimo introdotto *ad hoc* di «trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione» (da intendersi da chiunque e a qualunque fine eseguite).

Il termine per la proposizione

All'evidente fine di accelerare e agevolare la conclusione definitiva del procedimento a cognizione sommaria, la norma, dunque, introduce una deroga:

- sia alle previsioni di cui agli articoli 325 e 326 del Cpc che, con specifico riferimento all'appello, fissano il termine di 30 giorni dalla notificazione della sentenza a opera della parte;
- sia al termine cosiddetto "lungo", di cui all'articolo 327, comma 1, in seguito alla riforma della legge 69/2009, di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza.

In una con il principio affermato dalla Suprema corte in relazione al regolamento di competenza, ex articolo 47 del Cpc, esperibile «entro il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione della ordinanza che abbia pronunciato sulla competenza», il termine di cui all'articolo 327, comma 1, peraltro, potrà trovare eccezionalmente applicazione qualora l'ordinanza sommaria non sia né comunicata né notificata. Da ultimo, in applicazione dell'articolo 327, comma 2, vale precisare che non decade mai dalla possibilità di proporre appello avverso l'ordinanza ex articolo 702-*ter*, il convenuto che sia rimasto contumace e dimostri di non aver avuto conoscenza del processo per nullità dell'atto introduttivo o della notificazione di esso, e per nullità della notificazione degli atti di cui all'articolo 292 del Codice di procedura civile.

L'atto di appello

In ordine all'atto d'appello, la nuo-

va disposizione tace circa la forma che questo deve rivestire.

In proposito, il dilemma è amletico: è meglio, anzi, più corretto predisporre:

- da un lato, trattandosi, salvo le minime particolarità che verranno ora evidenziate, dell'ordinario appello, un atto di citazione in appello, secondo quanto stabilito dall'articolo 342 del Codice di procedura civile, ovvero
- dall'altro lato, inserendosi in un procedimento speciale instaurato con ricorso, utilizzare le modalità proprie del ricorso, così seguendo il principio di creazione giurisprudenziale, in virtù del quale l'appello deve essere proposto con le stesse forme dell'atto prescritto per l'introduzione del processo?

Fintanto che la Suprema corte non avrà avuto modo di pronunciarsi sulla specifica questione (prevedibilmente confermando il proprio orientamento che già si è ricordato esistere in generale sulla materia), l'unica soluzione pratica che si può indicare al riguardo è - in forza del principio di libertà delle forme e di conservazione degli atti - di far ricorso al rodato escamotage di avvalersi delle forme dell'atto di citazione ma, nel contempo, di provvedere agli adempimenti della notificazione e della costituzione in giudizio dell'appellante nel rispetto del termine di decadenza dall'impugnazione. Trattandosi di appello, attraverso questo mezzo di impugnazione, può essere fatta valere qualsiasi censura all'ordinanza che ha deciso la controversia, ma - in applicazione della prescrizione di cui all'articolo 342, comma 1 - sarà necessario, a pena di inammissibilità (secondo l'insegnamento consolidato in relazione all'appello delle sentenze rese in primo grado nei processi ordinari di cognizione), formulare i motivi

LE POSSIBILI QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

Una volta esaurito l'esame del nuovo procedimento speciale, pare possibile cercare di compiere qualche rilievo di sintesi. Innanzi tutto, come si è cercato di chiarire, non appare irragionevole che il procedimento sommario di cognizione si possa concludere con un provvedimento idoneo ad acquisire l'efficacia propria del giudicato sostanziale. Si tenga anzi presente che la situazione non è affatto dissimile da quella esistente in ambito arbitrale. Come ben noto, negli arbitrati, ancorché rituali, anche dopo la riforma del 2006, si deve escludere che l'attività istruttorie si svolga in forme esattamente coincidenti con quelle del processo ordinario di cognizione ma, ai sensi dell'articolo 816-bis del Cpc, è normalmente affidato agli arbitri il compito di «regolare lo svolgimento del giudizio... nel modo che ritengono più opportuno», dovendo essi «in ogni caso attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa». Nonostante l'istruttoria del procedimento arbitrale sia indubitabilmente "sommatoria", il lodo arbitrale acquista la medesima efficacia della sentenza passata in giudicato, essendo impugnabile, ai sensi dell'articolo 831 del Codice di procedura civile, per revocazione straordinaria e opposizione di terzo.

In secondo luogo, nonostante non manchino sostenitori della tesi secondo cui dall'articolo 111, comma 1, della Costituzione, sarebbe desumibile oltre a una riserva di legge, anche l'obbligo per il Legislatore ordinario di dettare una disciplina analitica dello svolgimento del giusto processo, si deve rilevare che i nuovi articoli da 702-bis a 702-quater dettano una disciplina dettagliata al pari di molti altri procedimenti speciali, sicché l'eventuale dichiarazione d'illegittimità costituzionale di questo procedimento sotto questo profilo imporrebbe di riconsiderare la legittimità costituzionale anche dei procedimenti cautelare e in Camera di consiglio. Quanto precede, peraltro, non esclude che obiettivamente le nuove norme presentino notevoli profili critici che si appaleseranno chiaramente soltanto in sede di concreta applicazione. Fin da ora, peraltro, si possono già individuare due aspetti che porranno notevoli problemi e che sono entrambi strettamente legati alla grande discrezionalità rimessa al giudice designato per lo svolgimento del procedimento speciale.

Come già chiarito, contrariamente a tutti i modelli tradizionali, in cui la legge impone al giudice quale tipo di istruzione seguire, i commi da 3 a 5 dell'articolo 702-ter affidano al giudice del procedimento sommario di cognizione il duplice compito:

- di valutare se sia necessaria un'istruzione non sommaria (così da passare dal procedimento speciale a quello ordinario a cognizione piena), ovvero l'istruzione sommatoria sia sufficiente;
- in quest'ultimo caso, di stabilire come il procedimento si possa svolgere in modo sommario.

In ordine alla prima valutazione, appare forte il rischio che i magistrati siano indotti a non avvalersi mai di questo nuovo procedimento vuoi dalla paura del nuovo, vuoi dal timore delle contestazioni delle parti, vuoi dalle profonde incertezze e difficoltà derivanti da tale scelta.

Anche ove ritenga che sia sufficiente l'istruzione sommatoria, infatti, il giudice designato è investito dell'altra delicatissima attività, senza sapere esattamente né quali limiti incontri (viene sostanzialmente consentito al giudice di derogare alle norme processuali, che normalmente, invece, sono inderogabili) e sulla base di una convinzione legislativa che si fonda su un'intrinseca contraddizione.

Ove si rifletta con attenzione, infatti, il profondo fondamento teorico dell'introduzione del procedimento sommario di cognizione è che nell'ordinamento esistono norme processuali che non sono essenziali al corretto svolgimento del contraddittorio e che, pertanto, possono e debbono essere derogate. Ma questo significa anche che alcune delle norme del Codice di procedura civile sono superflue e inutili: in estrema conclusione, le stesse nuove norme in materia processuale finiscono con il negare l'insieme delle disposizioni che regolano e formano il processo. Viene salvato soltanto il principio del contraddittorio, ma tutte (o quasi) le norme del Codice in teoria sono espressione di questo principio, sicché nessuna norma potrebbe essere derogata.

dell'impugnazione in modo specifico, cioè deducendo esattamente sia la parte del provvedimento che si censura, sia indicando precisamente le ragioni per cui si chiede la riforma della pronuncia.

Pur non essendo espressamente previsto, vale precisare che, essendo l'ordinanza provvisoriamente esecutiva, già con l'atto di appello (principale o incidentale) potrà altresì essere chiesta la sospensione della efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, ai sensi e alle condizioni dell'articolo 283 del Codice di procedura civile.

L'istruttoria in appello

Come già accennato, l'appello avverso l'ordinanza ex articolo 702-ter non coincide esattamente e in tutto e per tutto con quello esperibile avverso la sentenza di primo grado del processo ordinario di cognizione.

In particolare, il nuovo articolo 702-quater stabilisce che «Sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene rilevanti ai fini della decisione, ovvero la parte dimostra di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile».

Il Legislatore del 2009 sembra voler, se non proprio "rimediare", quanto meno "controbilanciare" la sommarietà dell'istruzione compiuta ai sensi degli articoli 702-bis e 702-ter, consentendo con maggiore ampiezza di quanto previsto dall'articolo 345, comma 3 (modificato da ultimo dalla legge 69/2009), per il processo ordinario di cognizione, l'assunzione di nuovi mezzi di prova.

Al riguardo, si deve segnalare che, ben diversamente dal rigore dell'articolo 345, che permette l'ammissione di nuove prove soltanto se queste siano «indispensabili ai fini della decisione della causa», la for-

mula della nuova disposizione è estremamente ampia e quasi onnicomprensiva, tanto da rendere sostanzialmente superflua l'ulteriore ipotesi - comune agli articoli 345 e 702-*quater* - in cui i nuovi mezzi di prova non siano stati proposti per causa imputabile alla parte che ne chieda l'ammissione nel giudizio di appello.

La previsione per cui sono sempre ammissibili i nuovi mezzi di prova e i nuovi documenti quando siano "rilevanti", infatti, è una prescrizione minima e sempre indispensabile, che nulla aggiunge ai generali limiti di ammissibilità dei mezzi di prova, anche in primo grado. Non possono mai essere assunti mezzi di prova che non siano "rilevanti", atteso che ciò significherebbe - in violazione del principio di economia processuale - consentire lo svolgimento di attività superflue ai fini della decisione.

La trattazione in appello

In conformità ai fondamentali principi ispiratori del procedimento sommario di cognizione, il nuovo articolo 702-*quater* si conclude prevedendo che «Il presidente del collegio può delegare l'assunzione dei mezzi istruttori ad uno dei componenti del collegio».

Viene così chiarito che - conformemente a quanto previsto per l'appello ordinario dall'articolo 350 del Cpc - la trattazione dell'appello è collegiale, ma in ossequio ai principi ispiratori di deformalizzazione, semplificazione e accelerazione, l'assunzione dei mezzi di prova può - eventualmente - essere delegata a un unico magistrato.

La precisazione compiuta dalla disposizione da ultimo considerata impone altresì di ritenere che, nell'appello, l'istruzione si deve svolgere in modo ordinario, o secondo l'espressione propria dell'articolo 702-*ter*, comma 3, con «istruttoria non sommaria», cioè con l'osservanza di tutte le formalità prescritte dal codice di rito, ancorché non siano essenziali al contraddittorio.

L'efficacia del giudicato sostanziale

Sebbene non sia espressamente stabilito, si deve ritenere che per tutto quanto non previsto dall'articolo 702-*quater*, l'appello si svolge secondo le forme ordinarie.

In definitiva, pertanto, la corte d'appello eventualmente adita in sede di impugnazione deve decidere pronunciando sentenza, a propria volta soggetta ai normali mezzi di impugnazione.

Questa conclusione può agevolmente essere tratta:

- innanzi tutto, dalla considerazione terminologica o lessicale, per cui le nuove norme non usano mai con riferimento al procedimento sommario di cognizione le espressioni né «giudizio di primo grado», né «giudice istruttore»;

- in secondo luogo, dalla circostanza che l'articolo 702-*quater* si preoccupa di chiarire che l'ordinanza è idonea ad acquistare l'efficacia propria del giudicato sostanziale, ma nulla viene stabilito in relazione al provvedimento conclusivo dell'eventuale giudizio di appello, poiché, come anticipato, questo, in conformità alle regole ordinarie, si svolge a cognizione piena e si conclude con una sentenza.

Pur apparentemente marginali, proprio alla luce di queste considerazioni, pare potersi cercare di chiarire e di riportare a sistema le nuove norme. Il nuovo «procedimento sommario di cognizione» presenta un aspetto rivoluzionario rispetto al tradizionale impianto del codice di rito: nonostante sia un procedimento speciale (come appunto dimostrato dalla circostanza che non è mai indicato come un giudizio di primo grado), è suscettibile di concludersi con un provvedimento idoneo ad acquistare l'efficacia di giudicato sostanziale, la quale, finora era sempre stata riservata esclusivamente ai provvedimenti giurisdizionali pronunciati all'esito di una cognizione piena.

L'oggetto essenziale e fondamentale del diritto processuale civile è lo studio della conformità dei risultati

rispetto alle forme seguite, sicché, al fine di riconoscere al procedimento sommario di cognizione la possibilità di concludersi con un'ordinanza idonea ad acquistare l'efficacia di accertamento dell'articolo 2909 del Cc, viene previsto che il provvedimento reso all'esito dell'istruttoria sommaria possa essere oggetto di un completo riesame, come quello consentito dall'appello (unico mezzo di impugnazione a critica libera), che si svolge a cognizione piena o a «istruzione non sommaria».

Il meccanismo descritto può essere assimilato al sistema stabilito per il procedimento monitorio, in cui il decreto ingiuntivo, emesso in base ad una cognizione sommaria (perché non compiuta nel contraddittorio e fondata soltanto su prove scritte), acquista un'efficacia di accertamento assimilabile a quella del giudicato sostanziale (come dimostrato dall'articolo 656 del Cpc, che prevede l'esperibilità anche dei mezzi di impugnazione straordinaria avverso il decreto non opposto), proprio a ragione della possibilità che viene accordata al debitore ingiunto di promuovere opposizione e di far così accertare in un giudizio ordinario a cognizione piena l'infondatezza della pretesa del creditore che ha ottenuto il provvedimento di condanna.

In modo analogo, pertanto, si può comprendere e giustificare che l'ordinanza pronunciata all'esito del procedimento sommario di cognizione possa acquistare l'efficacia del giudicato sostanziale (e sia, pertanto, assoggettabile a tutti i mezzi di impugnazione straordinari, di cui agli articoli 395, nn. 1), 2), 3) e 6), e 404), atteso che - oltre a essere stata resa con un'istruzione sommaria non ontologicamente difforme, ma unicamente deformalizzata e semplificata rispetto all'istruzione non sommaria - è suscettibile di essere impugnata con l'appello, che consente una cognizione piena delle questioni già decise con l'istruttoria sommaria. ■

Maggiore effettività della tutela anche se la domanda è sbagliata

Seppure con una norma che presta il fianco a numerose critiche, viene colmata una lacuna creata dal Giudice delle leggi: finalmente sono stabilite le modalità da seguire per riassumere

Ultimo intervento riformatore della legge 69/2009 che sicuramente merita di essere oggetto di approfondimento in questa sede, anche se non incide direttamente sul testo del Codice di rito, è costituito dall'articolo 59, «Decisione delle questioni di giurisdizione». Questa disposizione è destinata a rimanere - come si suole dire - "stravagante", cioè a non essere integrata nel Codice di rito, sebbene la sede che le sarebbe stata più congeniale fosse subito dopo l'articolo 41 del Cpc, che disciplina il regolamento preventivo di giurisdizione. Probabilmente il Legislatore ha preferito non inserirla nel Cpc per evitare di dover aggiungere il richiamo a tale disposizione in seno a ciascuna delle leggi in cui sono, di volta in volta, disciplinati i processi avanti ai giudici diversi da quelli ordinari. La disposizione in esame, infatti, come emerge chiaramente dal suo tenore letterale è destinata a trovare applicazione in ogni processo che si svolga avanti a un giudice italiano. Oltre che per l'ampio ambito applicativo indicato, questa norma si impone all'attenzione anche e soprat-

tutto perché, come si cercherà ora di chiarire, svolge una funzione fondamentale per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale e interviene a colmare una delicata lacuna normativa introdotta dalla Corte costituzionale.

La necessità costituzionale dell'intervento legislativo

Tradizionalmente il riparto tra giurisdizioni si è sempre ispirato alle più totali e complete separazione e incomunicabilità, sicché, ove la parte si fosse erroneamente rivolta al giudice sprovvisto di giurisdizione, questi poteva in ogni stato e grado del processo, salvo soltanto il giudicato interno sulla specifica questione, rilevare il proprio difetto di giurisdizione, così travolgendo tutti gli atti fino ad allora compiuti. In particolare, la pronuncia con cui veniva affermato che il giudice adito era privo di giurisdizione rimuoveva tutti gli effetti prodotti dagli atti anteriori, tra cui anche e soprattutto gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda proposta avanti al giudice privo di giurisdizione.

Questa situazione normativa era sempre stata data sostanzialmente per "scontata" da giurisprudenza e dottrina, finché la medesima non ha dimostrato - in modo eclatante - i gravi inconvenienti che produceva a danno delle parti.

A partire dal 1993, infatti, in modo tutt'altro che organico, si è assistito a una vasta, complessa e disordinata "ridistribuzione" a opera del Legislatore ordinario del riparto di giurisdizione tra giudici ordinario, amministrativo, contabile e tributario, incrementando a dismisura le ipotesi eccezionali di cosiddetta "giurisdizione esclusiva", cioè in cui, ai sensi dell'articolo 103, comma 1, della Costituzione, i giudici amministrativi (che, come ben noto, hanno giurisdizione generale per la tutela degli

interessi legittimi) «hanno giurisdizione... in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi». La semplice introduzione di queste novità, alterando il quadro consolidatosi ben prima dell'entrata in vigore della Costituzione, aveva immediatamente aumentato le difficoltà per gli operatori del processo di individuare il giudice cui rivolgersi. Ma la situazione è divenuta ulteriormente complessa e problematica a causa di non poche pronunce della Corte costituzionale che avevano dichiarato l'illegittimità costituzionale di numerose disposizioni legislative con cui era stato alterato il riparto tra giurisdizioni. A fronte dell'oscurità normativa in tema di riparto di giurisdizione, si moltiplicavano gli interventi contraddittori della giurisprudenza, accrescendo sempre più l'incertezza dei consociati. L'insostenibilità di questa situazione è stata dapprima denunciata dalla dottrina e poi recepita dalla giurisprudenza di legittimità (Cassazione, Sezioni unite, 22 febbraio 2007 n. 4109, che ha deciso che - in via interpretativa - fosse possibile applicare in modo analogico le norme in tema di riassunzione della causa proposta avanti a giudice incompetente, anche alla *translatio iudicii* tra giudici appartenenti a giurisdizioni differenti) e, da ultimo, accolta dal Giudice delle leggi.

In particolare, la Corte costituzionale (con la sentenza 12 marzo 2007 n. 77), dopo aver escluso che potesse essere seguita l'indicazione interpretativa della Suprema corte, ha rilevato che la previsione legislativa, recepita anche dalla Carta costituzionale, dell'esistenza di una pluralità di giudici è funzionale ad assicurare «sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga

UN INQUADRAMENTO GENERALE DELLA NUOVA NORMA

Con l'articolo 59 della legge 69/2009, il Legislatore interviene prontamente (almeno per i consueti tempi italiani) a colmare la lacuna.

Già soltanto questa circostanza non può che essere oggetto di apprezzamento, anche se non possono tacersi più aspetti censurabili della nuova disposizione:

- innanzi tutto, vale evidenziare che il testo normativo presta il fianco a critiche, presentando alcune espressioni approssimative o improprie (ad esempio, nel primo periodo, la locuzione «in materia... di giudici speciali», letteralmente intesa, è priva di senso compiuto), altre prive di uniformità (è forse il difetto più grave: il Legislatore utilizza come sinonimi i termini, chiaramente centrali nella norma, "riproposizione" e "riassunzione", mentre ciascuno di essi ha un proprio e distinto significato tecnico-scientifico: rispettivamente, di instaurazione di un nuovo giudizio e di continuazione, eventualmente avanti ad altro giudice, del processo già iniziato - a fronte dell'incertezza serbata dalla legge nel prosieguo, per evitare confusioni, si farà riferimento sempre congiuntamente a entrambi i termini), altre ancora incomplete (ad esempio, nel comma 2, che, recando la disciplina già indicata dal Giudice delle leggi come costituzionalmente necessaria, precisa che restano comunque «ferme le preclusioni e le decadenze intervenute», ma senza precisare, come invece sarebbe stato assai più opportuno per la chiarezza del dettato normativo, anteriormente alla riproposizione/riassunzione);

- in secondo luogo, il Legislatore ha ommesso di dettare una disciplina specifica per tutti gli aspetti espressamente indicati dalla Consulta (in particolare, nulla è stato disposto circa la «eventuale integrazione del contributo unificato», ma non essendo neppure stato sciolto l'interrogativo di fondo, cioè se la nuova disposizione preveda la proposizione di un nuovo ovvero la continuazione del precedente processo, rimane impossibile in via interpretativa fornire un'indicazione certa - la considerazione secondo cui la Corte costituzionale ha chiaramente indicato come funzione specifica dell'attività giurisdizionale quella di fornire effettivamente tutela alle situazioni giuridiche, peraltro, consente, di indicare come preferibile la tesi che esclude la necessità del versamento di un nuovo contributo unificato);

- da ultimo, la nuova disposizione non appare esattamente coerente con recenti riforme processuali e ha colposamente evitato di compiere delle precisazioni che avrebbero eliminato alla radice incertezze applicative che non tarderanno a emergere nella pratica (entrambi i profili sui si fa qui cenno costituiranno oggetto di più preciso e analitico esame nel prosieguo).

Cercando di rimediare in via interpretativa alle imperfezioni evidenziate, nel presente lavoro si cercherà di offrire una ricostruzione completa del nuovo istituto, che - come si avrà modo di sottolineare di volta in volta - presenta molte somiglianze e analogie con la disciplina dettata dal Codice di rito in tema di riassunzione della causa avanti al giudice competente, in seguito alla dichiarazione d'incompetenza.

Come già accennato, la nuova norma trova applicazione in tutti i processi giurisdizionali, avanti a qualsiasi giudice, in relazione a tutte le questioni di riparto di giurisdizione tra di loro, ma con l'importante precisazione che non deve riguardare questioni di giurisdizione tra giudici italiani e giudici (o, più in generale, autorità) stranieri.

data risposta», sicché la disciplina dei rapporti tra giudici diversi si pone in contrasto con il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale (che trova fondamento positivo negli articoli 24 e 111 della Costituzione), ove la medesima diminuisca l'effettività o addirittura vanifichi la tutela prevedendo che l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l'errore del giudice in tema di giurisdizione) possa pregiudicare in modo irreparabile la possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale.

In tale occasione, dunque, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 30 della legge Tar (6 dicembre 1971 n. 1034), «nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice

munito di giurisdizione», esortando il Legislatore ordinario a intervenire a colmare la lacuna venutasi a creare nell'ordinamento processuale, disciplinando positivamente e nel modo ritenuto più opportuno «il meccanismo della riassunzione (forma dell'atto, termine di decadenza, modalità di notifica e/o di deposito, eventuale integrazione del contributo unificato, ecc.)».

Ambito di applicazione

Questa importante limitazione è chiaramente indicata nel comma 1, ove viene fatto riferimento al "giudice nazionale". Qualora, dunque, si ponga una questione di giurisdizione tra un giudice italiano e un giudice straniero (indicata normalmente dagli studiosi di diritto internazionale come questione di "competenza internazionale"), la nuova norma non può trovare applicazione. Si tratta di una limitazione assai ragionevole e condivisibile, posto che il Legislatore italiano può legittimamente di-

sciplinare soltanto l'efficacia dei provvedimenti giurisdizionali (sia italiani sia stranieri) all'interno dell'ordinamento italiano, giammai al di fuori del medesimo, competendo a ciascuno Stato nell'ambito della propria sovranità la possibilità di stabilire quali effetti riconoscere ai provvedimenti pronunciati da giudici stranieri.

Sempre nel comma 1 viene prevista un'ulteriore limitazione all'applicabilità della norma: in particolare, viene stabilito che l'indicazione del giudice ritenuto munito di giurisdizione deve essere compiuta soltanto «se esistente».

Questa condizione indica chiaramente l'adesione a opera del Legislatore del 2009 alla tesi - assai criticata dalla dottrina maggioritaria, ma accolta incondizionatamente dalla Suprema corte - dell'esistenza della figura del cosiddetto "difetto assoluto di giurisdizione".

Ad avviso della prevalente dottrina, qualora sia proposta domanda giudi-

ziale per la tutela di una situazione di mero fatto, che non riceve alcun riconoscimento a opera dell'ordinamento giuridico, questa dovrebbe essere rigettata nel merito, atteso che darebbe luogo a una questione di interpretazione e applicazione delle norme di diritto sostanziale invocate a fondamento della pretesa fatta valere. Diversamente, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità e ora avallato espressamente dal nuovo articolo 59 della legge 69/2009, nell'ipotesi descritta si pone una questione di giurisdizione che può essere decisa facilmente in base alla semplice prospettazione delle parti, senza necessità di esperire alcuna attività istruttoria, e che può essere devoluta direttamente alla cognizione della Corte di cassazione in virtù del regolamento preventivo di giurisdizione.

Da ultimo, vale precisare che nell'ambito delle norme rientrano soltanto le questioni di giurisdizione *stricto sensu* intese, restando estranee quelle che sono in parte trattate come tali dal Codice di rito.

In particolare, si intende sottolineare che esula dall'ambito di applicazione dell'articolo 59 in esame l'eventuale questione esattamente definita come "di attribuzione", cioè, secondo le formule di cui agli articoli, rispettivamente, 37 e 41 del Cpc, di «difetto di giurisdizione nel giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione», «a causa dei poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione stessa».

Da quanto precede, dunque, la nuova norma trova applicazione ogni qualvolta un giudice italiano dichiara il proprio difetto di giurisdizione, perché ritenga che la giurisdizione appartiene ad altro giudice italiano.

L'indicazione del giudice compiuta dalle Sezioni unite

La nuova norma compie una profonda distinzione tra pronunce in tema di giurisdizione rese dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, ovvero da un qualunque altro giudice.

Con particolare riferimento al primo caso, ai sensi dell'ultimo perio-

do del comma 1, «La pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo».

Questa previsione risponde al sistema tradizionale, come dapprima emergente già dall'articolo 65 della legge sull'ordinamento giudiziario (Rd 30 gennaio 1941 n. 12), per cui «La corte suprema di cassazione... assicura... il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni»; come poi confermato più chiaramente dall'articolo 382, comma 1, del Cpc del 1942, secondo cui «La corte [di Cassazione], quando decide una questione di giurisdizione, statuisce su questa» (e l'espressione "statuisce" è sempre stata intesa come decisione non suscettibile di essere messa in discussione in altro successivo processo tra le stesse parti); come, infine, recepito dall'ultimo comma dell'articolo 111 della Costituzione del 1948, che ammette sempre la possibilità di impugnare le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti con ricorso per cassazione per «motivi inerenti alla giurisdizione».

Tradizionalmente, poi, tutte le questioni in tema di giurisdizione dovevano essere trattate e decise dalle Sezioni unite della Corte di cassazione.

Ma il Dlgs 2 febbraio 2006 n. 40, con cui è stato riformato il processo di cassazione in funzione nomofilattica, ha, tra l'altro, modificato l'articolo 374 del Cpc, limitando i casi in cui la Corte di cassazione deve pronunciare necessariamente a Sezioni unite, unicamente nei casi (previsti dalla Costituzione e già ricordati) di «impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti».

La nuova disposizione, dunque, in modo non pienamente comprensibile (se non soltanto facendo riferimento a una svista), nonché in contrasto con l'articolo 382, comma 1, citato, ha limitato l'efficacia cosiddetta "pan-processuale" delle statuzioni in tema di giurisdizione rese dalla Corte di cassazione, esclusivamente all'ipotesi in cui siano state

adottate dalle Sezioni unite, con irragionevole esclusione di quelle pronunciate a sezioni semplici.

Vale precisare che la norma - correttamente - non distingue tra pronuncia resa in sede di impugnazione o di regolamento preventivo di giurisdizione.

Da ultimo, in ordine all'indicazione del giudice munito di giurisdizione, deve precisarsi che la Corte di cassazione è tenuta anche a determinare il giudice competente, esclusivamente qualora indichi come munito di giurisdizione l'ordine giurisdizionale ordinario o quello tributario (considerato che la Corte di cassazione è chiamata a pronunciarsi in sede di impugnazione anche delle decisioni tributarie rese in appello dalle Commissioni tributarie regionali); ove, indichi come munito di giurisdizione altro ordine giurisdizionale e in particolare quello amministrativo o quello contabile, invece, non può invadere le prerogative delle altre magistrature superiori (rispettivamente, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti), che hanno il compito di regolare la competenza all'interno di ciascun ambito giurisdizionale.

L'indicazione del giudice compiuta da altro giudice

In relazione all'altra ipotesi prevista dalla nuova disposizione, in cui la dichiarazione di difetto di giurisdizione, per appartenere la giurisdizione ad altro giudice nazionale, provenga da un giudice diverso dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, la legge 69/2009 ha introdotto un'importante novità, prevedendo che - del pari di quanto già doveva fare la Corte di cassazione, ai sensi dell'articolo 382, comma 1, del Cpc - anche gli altri diversi giudici devono indicare il giudice che ritengono munito di giurisdizione.

Alla luce delle considerazioni già svolte in relazione all'indicazione del giudice munito di giurisdizione a opera della Corte di cassazione, deve escludersi che i giudici diversi possano mai indicare anche il giudice competente.

(continua a pag. 40)

LE QUESTIONI DI COMPETENZA

Decisione delle questioni di giurisdizione
(legge 69/2009, articolo 59)

IL GIUDICE

civile

amministrativo

contabile

tributario

speciale

che dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente,
il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione

pronuncia delle Sezioni unite
della Corte di cassazione

pronuncia di qualsiasi altro giudice

passaggio in giudicato

entro
tre mesi

entro
tre mesi

riproposizione avanti al giudice indicato secondo le forme previste
per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile

sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe
prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato
adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclu-
sioni e le decadenze intervenute [anteriores]

entro la prima udienza di
trattazione del merito, il giudi-
ce davanti al quale la causa è
stata riassunta può sollevare
d'ufficio la questione davanti
alle Sezioni unite della Corte di
cassazione

riproposizione oltre il termine di tre mesi

estinzione del processo, da dichiarare anche d'ufficio alla prima udienza,
impedimento della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda

in ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice indicato come munito di riproposizione le
prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti
di prova

(segue da pag. 38)

Due sono le principali differenze tra la dichiarazione di difetto di giurisdizione con l'indicazione del giudice munito di giurisdizione compiuta dalle Sezioni unite e quella proveniente da altro giudice.

Innanzitutto, il momento della decorrenza del termine entro cui tempestivamente riproporre/riassumere la causa. Pur essendo identico nella durata, fissata in tre mesi, il termine decorre:

- ove la pronuncia sia resa dalle Sezioni unite, essendo provvedimento che non è soggetto a mezzi ordinari di impugnazione, fin dalla sua comunicazione o notificazione;
- diversamente, qualora la declinatoria di giurisdizione provenga da altro giudice, dal passaggio in giudicato della pronuncia (articolo 59, comma 2).

Sullo specifico punto la norma non chiarisce se la riproposizione/riassunzione possa aver luogo soltanto dopo il passaggio in giudicato ovvero anche prima di tale momento. La tesi che appare preferibile, sia per esigenze di economia processuale, sia in applicazione del coordinato disposto degli articoli 39 e 295 del Cpc (rispettivamente in tema di litispendenza e di sospensione necessaria), è nel senso che sia necessario attendere il passaggio in giudicato.

L'altro notevole aspetto che distingue la declinatoria di giurisdizione con indicazione del giudice munito di giurisdizione resa dalle Sezioni unite da quella pronunciata da un giudice diverso è rappresentato dalla possibilità accordata al giudice, avanti a cui la causa sia stata riproposta/riassunta, di contestare l'indicazione compiuta dal giudice adito per primo e appartenente all'altra giurisdizione. Sul modello già vigente in tema di conflitto negativo di competenza, ex articolo 45 del Cpc, l'articolo 59, comma 3, in particolare, riconosce al giudice la possibilità di sollevare un «regolamento preventivo di giu-

risdizione d'ufficio». Di grande rilievo, per consentire la rapida definizione della questione di giurisdizione in seguito alla *translatio iudicii* è la previsione di un limite temporale entro il quale il regolamento d'ufficio può essere sollevato: entro «la prima udienza fissata per la trattazione del merito».

Si tratta di un termine connotato da un'inevitabile ambiguità, atteso che deve essere applicabile a tutti i possibili procedimenti e processi esperibili avanti a qualsiasi giudice dell'ordinamento giuridico italiano.

Nonostante l'ultimo periodo del comma 3 stabilisca che «Restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione», deve escludersi che le parti possano avvalersi di questo mezzo nell'ipotesi in questione: al riguardo, infatti, non può dimenticarsi che per essi la questione è già stata definita con sentenza passata in giudicato, sicché deve ritenersi che a loro non sia più consentito contestare tale decisione, specie considerato che i medesimi avrebbero già potuto, attraverso i mezzi di impugnazione, rivolgersi alla Corte di cassazione investendola della questione relativa alla sussistenza della giurisdizione. La scelta di prevedere che la decisione del giudice adito per primo non sia vincolante per quello indicato come munito di giurisdizione, infatti, è meramente discrezionale del Legislatore e risponde al principio tradizionale, in virtù del quale ciascun giudice è competente a stabilire se è o meno competente. Ai fini della celebrità e deformalizzazione del processo si sarebbe potuto anche legittimamente prevedere che, una volta passata in giudicato per le parti, l'indicazione fosse vincolante anche per il giudice indicato come munito di giurisdizione, ma sarebbe stato del tutto irrazionale e irragionevole, ove non fosse stato contestualmente abrogato l'analogo meccanismo dettato per le questioni di competenza dall'articolo 45 del Codice di procedura civile. La nuova norma, pur avendo conservato, come già anticipato, l'ambigui-

tà di fondo se ammetta una “riproposizione” o una “riassunzione” del giudizio avanti al giudice indicato come munito di giurisdizione dal giudice adito per primo, ha chiarito che l'atto che consente la cosiddetta *translatio iudicii*, deve essere compiuto «con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile».

La forma dell'atto di riproposizione/riassunzione del giudizio

La nuova norma, pur avendo conservato, come già anticipato, l'ambiguità di fondo se ammetta una “riproposizione” o una “riassunzione” del giudizio avanti al giudice indicato come munito di giurisdizione dal giudice adito per primo, ha chiarito che l'atto che consente la cosiddetta “*translatio iudicii*” deve essere compiuto «con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile».

Anche questa complessa e articolata previsione risponde all'esigenza di includere nella sua lettera tutti i possibili tipi di procedimento che siano disciplinati per tutti i diversi ordini giurisdizionali.

Ovviamente ogni eventuale violazione di questa prescrizione può e deve essere valutata alla stregua dello (nonché produrre gli effetti e le conseguenze previsti per lo) specifico procedimento da applicarsi nella specie.

Effetti della tempestiva riproposizione/riassunzione del giudizio

Il “cuore” della nuova disposizione è comunque costituita dalla prescrizione di cui al comma 2, in virtù del quale se la riproposizione/riassunzione della causa è compiuta tempestivamente avanti al giudice indicato come munito di giurisdizione «nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata di-

L'EFFICACIA DELLE PROVE RACCOLTE AVANTI AL GIUDICE PRIVO DI GIURISDIZIONE

Ultimo tema che è oggetto di specifica disciplina a opera del comma 5 dell'articolo 59 riguarda l'efficacia che deve riconoscersi alle prove raccolte avanti al giudice privo di giurisdizione.

La nuova disposizione non presenta elementi di novità rispetto al diritto vigente: essa, infatti, si limita a ribadire la regola già affermata in via generale dall'articolo 310, comma 2, del Cpc, ai sensi del quale «Le prove raccolte [nel processo estinto] sono valutate dal giudice [del nuovo eventuale processo] a norma dell'articolo 116, comma 2» [cioè per «desumere argomenti di prova»].

Si tratta dunque di una previsione sostanzialmente superflua, anche perché, stando al suo tenore letterale, sarebbe applicabile esclusivamente qualora la domanda sia riproposta/riassunta avanti al giudice indicato come munito di giurisdizione, mentre l'articolo 310, comma 2, citato, consente di pervenire al medesimo risultato, anche ove la medesima domanda tra le medesime parti sia proposta ex novo, anche a distanza di un lasso di tempo considerevole, davanti a un altro e diverso giudice.

Volendo porre maggiore attenzione al contenuto della norma, deve sottolinearsi che il riferimento agli "argomenti di prova" non sembra idoneo a escludere che i medesimi siano idonei a fondare autonomamente la decisione di merito. Tale qualificazione, infatti, sembra semplicemente consentire al giudice di disporre la rinnovazione delle prove già assunte, ove lo ritenga necessario od opportuno. Quanto precede sembra consentire di risolvere anche la questione relativa all'efficacia probatoria da riconoscere ai documenti già assunti e aventi efficacia di prova legale: ove, nel corso del processo riproposto/riassunto, siano rinnovate (cioè nuovamente prodotte in giudizio), le prove documentali (ancorché già prodotte nel processo svoltosi avanti al giudice privo di giurisdizione) sono destinate a spiegare l'efficacia di piena prova, in deroga al principio generale di cui all'articolo 116, comma 1, del Codice di procedura civile.

chiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute» - e, come già anticipato, questa conservazione finale deve essere integrata in via interpretativa, seguendo l'insegnamento della Corte costituzionale, con la seguente precisazione - anteriormente al momento della prima proposizione della domanda giudiziale avanti al giudice privo di giurisdizione.

La nuova disposizione, dunque, recepisce pienamente il principio, che può definirsi come «di conservazione degli effetti della domanda giudiziale proposta inizialmente avanti al giudice privo di giurisdizione».

A ben vedere, si tratta di un principio che informa di sé non soltanto l'intero processo civile, che, infatti, è sempre teso a consentire la rinnovazione degli atti nulli e la produzione degli effetti sostanziali della domanda giudiziale, ma anche - più in generale - l'intero sistema processuale, che deve essere sempre rivolto ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale e non può mai ammettersi, come chiarito dal Giudice delle leggi, che si risolva in un suo ostacolo.

Secondo il principio chiovendiano, il processo deve accordare alla parte che ha ragione tutta la tutela che le è riconosciuta dalla legge.

Se i ricordati principi altisonanti sono sicuramente condivisibili, assai più critico sarà stabilire in concreto la portata della prescrizione finale, secondo cui il principio di conservazione degli effetti non è - ovviamente - in grado di rendere, a posteriori, la domanda proposta avanti al giudice privo di giurisdizione idonea a produrre effetti che non aveva già prodotto o era comunque incapace di produrre. Se, infatti, in linea teorica può apparire piuttosto agevole comprendere che dal principio di conservazione esula completamente la possibilità di attribuire con efficacia retroattiva a un atto effetti che non le spettavano, assai più delicato sarà verificare se la domanda proposta, ad esempio, avanti al giudice ordinario anziché a quello amministrativo comprendeva tutti o soltanto alcuni dei motivi di impugnazione dell'atto amministrativo illegittimo.

Riproposizione/riassunzione tardiva del giudizio

La nuova disposizione, poi, regola espressamente anche l'ipotesi in cui la riproposizione/riassunzione della causa sia compiuta davanti al giudice indicato come munito di giurisdizione, ma tardivamente, cioè dopo il decorso degli esaminati termini trimestrali decorrenti dalla comunicazione o notificazione della sentenza

delle Sezioni unite della Corte di cassazione, ovvero dal passaggio in giudicato della sentenza resa da qualsiasi altro giudice.

In particolare, in una con il "rivoluzionato" principio di cui all'articolo 307, ultimo comma, del Cpc (come modificato dalla legge 69/2009), secondo cui l'estinzione del processo è rilevabile d'ufficio, il comma 4 dell'articolo 59 prevede che «L'inservanza dei termini fissati ai sensi del presente articolo per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l'estinzione del processo, che è dichiarata anche d'ufficio alla prima udienza, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda».

Nonostante il testo formale della norma sia perfettibile, il riferimento "alla prima udienza" per il rilievo d'ufficio (nonché, evidentemente, per l'eventuale relativa eccezione della parte interessata) sembra dover essere inteso correttamente come termine perentorio entro il quale può, a pena di decadenza, intervenire la dichiarazione di estinzione.

Ove, dunque, né il rilievo d'ufficio né l'eccezione di parte dell'estinzione del processo intervengano entro la prima udienza, l'estinzione non può più essere fatta valere e, di conseguenza, il processo potrà continuare, dovendosi, pertanto, concludere che si produce comunque la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda. ■

Il Sole **24 ORE**

Guida al
Diritto

il Codice di Procedura Civile

In vendita
esclusivamente
con il Sole 24 ORE

**AGGIORNATO
CON LE ULTIME
MODIFICHE APPROVATE
DALLA XVI LEGISLATURA**

- **Abbreviazione dei termini**
- **Filtro in Cassazione**
- **Procedimento sommario**

Giugno | 2009

€ 6,90 + il prezzo del quotidiano

Solo ed esclusivamente in abbinamento obbligatorio con il Sole 24 ORE. I prezzi relativi ad altre combinazioni di vendita sono riportati su: il Sole 24 ORE



**NUOVA
EDIZIONE 2009**

