

La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*

(un primo commento della legge n. 18 giugno 2009, n. 69)

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sull'*iter* parlamentare della nuova riforma. – 2. Competenza del giudice di pace. – 3. Incompetenza, litispendenza, continenza e connessione. – 4. Difetto di giurisdizione e prosecuzione del processo. – 5. Capacità processuale e rappresentanza tecnica. – 6. Inasprimento di alcune sanzioni pecuniarie. – 7. Spese processuali. – 8. Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. – 9. Elementi e pubblicità della sentenza. – 10. Notificazioni. – 11. Rimessione in termini – 12. Onere della prova e fatti non contestati. – 13. Consulenza tecnica. – 14. Prova testimoniale. – 15. Interruzione ed estinzione del processo di cognizione. – 16. Calendario del processo. – 17. Nuovi documenti in appello. – 18. Inammissibilità del ricorso per cassazione. – 19. Riduzione di termini relativi ad attività d'impulso del processo. – 20. Misure coercitive per l'attuazione di obblighi di fare o non fare. – 21. Altre modifiche concernenti il processo esecutivo. – 22. Cenni sulla delega per la riduzione e la semplificazione dei riti civili. – 23. Nuovo procedimento sommario di cognizione. 24. Disciplina transitoria. – 25. Valutazioni critiche sullo spirito e sulla preventivabile (in)efficacia della riforma.

1. Poiché la crisi profonda della giustizia civile – non meno grave di quella penale – rappresenta un fatto da lungo tempo conclamato, è naturale che la ricerca di soluzioni efficaci sia sempre ai primissimi posti nel programma di ogni nuovo governo e nell'agenda di ogni nuova legislatura.

Non può dunque stupire se la stessa maggioranza che fu autrice, sullo scorcio della XIV legislatura – e peraltro con la sostanziale collaborazione dell'opposizione – delle note e cospicue riforme del 2005-2006 (il decreto-legge n. 35/2005, conv. nella legge n. 80/2005, e la legge n. 263/2005, recanti molteplici modifiche del codice di procedura civile; le leggi nn. 52/2006 e 54/2006, rispettivamente riguardanti l'esecuzione forzata nonché la separazione personale dei coniugi e l'affidamento condiviso; il decreto legislativo n. 5/2006, in tema di fallimento e procedure concorsuali; ed il decreto legislativo n. 40/2006, in materia di giudizio di cassazione ed arbitrato) ha recentemente varato, con la legge 18 giugno 2009, n. 69, entrata in

* Il presente saggio è dedicato a Vittorio Colesanti e sarà pubblicato in *Giusto proc. civ.*, 2009, fasc. 3.

vigore il 4 luglio, numerose ulteriori modifiche delle norme del codice, propagandate come una nuova ed incisiva riforma del processo civile¹.

Mi sembra opportuno – oltre che per certi aspetti istruttivo – rammentare brevemente qual è stato l'*iter* parlamentare di tale legge.

Dallo stralcio di una parte del d.d.l. n. 1441, collegato alla manovra finanziaria e presentato dal Governo alla Camera il 2 luglio 2008, scaturì il d.d.l. 1441-*bis*, intitolato *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, che venne assegnato il 5 agosto 2008, in sede referente, alle Commissioni riunite I (Affari costituzionali) e V (Bilancio). Pertanto, benché il provvedimento prevedesse numerose novità riguardanti il processo, la Commissione Giustizia ne fu investita esclusivamente in via consultiva² e formulò un parere favorevole, con poche condizioni.

Le Commissioni lavorarono alacremente – nonché, per taluni profili, frettolosamente – e già il 24 settembre licenziarono un testo che, tra l'altro, recependo un emendamento del Governo, si era arricchito di una disposizione sul c.d. «filtro» dei ricorsi per cassazione, che tanto avrebbe fatto discutere nei mesi successivi e che, per intanto, aveva suscitato perplessità nella Commissione Giustizia, soprattutto per l'eccessiva discrezionalità ch'essa attribuiva al collegio chiamato a pronunciarsi sull'ammissibilità dell'impugnazione.

Nonostante l'ampiezza e la complessità dei temi affrontati, anche l'Assemblea, dal canto suo, concluse l'esame molto rapidamente, varando il d.d.l., con pochi ulteriori emendamenti, già il successivo 2 ottobre; sicché si sarebbe potuta presagire un'approvazione definitiva in tempi assai ristretti al Senato, ove il provvedimento assunse il n. 1082. Qui, però, ad esserne investita, in sede referente (ed accanto alla Commissione Affari Costituzionali), fu anche la Commissione Giustizia; e questo certamente spiega perché l'esame fu molto più pacato ed approfondito, anche dinanzi all'Assemblea. Fatto sta ch'esso si concluse solamente il 4 marzo 2009, con l'approvazione di un testo modificato in parecchi punti, alcuni dei quali di una certa rilevanza.

¹ V. infatti la lettera del Ministro Alfano al direttore del *Corriere della sera* del 4 luglio 2009, p. 25.

Per i primissimi commenti generali della legge in esame v. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero*, in *Foro it.*, 2009, V, 221 ss.; MANDRIOLI e CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino 2009; BOVE, *La riforma della procedura*, in BOVE – SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, ed. Nuova Giuridica, Macerata 2009, 19 ss.; AA.VV., in *Guida al dir.*, 2009, fasc. 27, 17 ss. e 85 ss.

² Dal punto di vista regolamentare, la circostanza si spiega con il contenuto estremamente eterogeneo del d.d.l., in cui per l'appunto prevalevano, probabilmente, materie di competenza delle Commissioni I e V. L'incongruenza avrebbe potuto agevolmente evitarsi, tuttavia, attraverso l'ulteriore stralcio delle disposizioni in materia di giustizia, che fu effettivamente chiesto dai rappresentanti dei gruppi di opposizione, ma rifiutato dalla maggioranza.

Fu dunque necessario tornare alla Camera per una terza lettura; ed in quella sede si riaccese la discussione sulla disposizione relativa al «filtro» dei ricorsi per cassazione, sulla quale si erano espressi in senso fortemente critico tanto il Consiglio Superiore della Magistratura quanto il Consiglio Nazionale Forense. In particolare, si dibatteva se, alla luce di una modifica approvata dal Senato, che peraltro aveva investito un comma soltanto del novellando art. 360-*bis* c.p.c., fossero ammissibili ulteriori emendamenti relativi alle parti non modificate, anche integralmente soppressivi della norma in questione. Alla fine il problema fu risolto con l'unanime approvazione di un nuovo testo dell'art. 48 del d.d.l., che era stato predisposto e caldeggiato dalla Commissione Giustizia nella formulazione del proprio parere.

La definitiva approvazione, da parte del Senato, intervenne, infine, il 26 maggio 2009.

Le disposizioni che interessano direttamente ed immediatamente il processo civile sono contenute negli artt. 45-56, 58, 59 e 62 della legge. Esse, stando al parere espresso dalla Commissione Giustizia della Camera, sarebbero senz'altro idonee «a migliorare l'efficienza della giustizia civile, nonché a determinare una chiara ed evidente accelerazione dello svolgimento del processo civile e, quindi, della sua conclusione».

Alla fine della rapida analisi che mi accingo ad intraprendere, credo che il lettore potrà convenire che non si è affatto in presenza di una vera e propria riforma del processo civile (che d'altronde, per le ragioni che chiarirò più avanti, neppure sarebbe stata necessaria, o comunque risolutiva dei problemi della giustizia civile), bensì di una serie di interventi del tutto eterogenei, i quali, prescindendo dalle valutazioni di merito, doverosamente differenziate in relazione alle singole modificazioni ed innovazioni, hanno ben poche *chances* d'incidere positivamente, nel complesso, sulla durata media dei giudizi, ed in qualche caso hanno addirittura un sapore deprecabilmente demagogico.

In altre parole, sebbene non manchino interventi apprezzabili, non a caso da tempo auspicati e largamente condivisi (si pensi, in particolare, all'abolizione dell'odiato rito societario e all'abrogazione dell'improvvido art. 3 della legge n. 102/2006, che aveva assoggettato al rito del lavoro le cause relative al risarcimento dei danni per morte o lesioni, conseguenti ad incidenti stradali, nonché all'ampliamento della competenza del giudice di pace), nulla autorizza una prognosi ottimistica circa il futuro del processo civile; ché, anzi, lo stesso modo piuttosto disinvolto di affrontare i problemi della giustizia civile denota, alla fin fine, da parte del legislatore, una loro grave sottovalutazione.

Nei paragrafi che seguono si passeranno rapidamente in rassegna le numerose novità, soffermandosi su quelle che sembrano, *prima facie*, maggiormente significative.

2. Intervenendo sull'art. 7 del codice, la competenza per valore del giudice di pace viene elevata in generale a cinquemila euro, per le cause relative a beni mobili (1° comma), e specificamente a ventimila euro per le cause di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli e di natanti (2° comma)³; estensione forse non entusiasmante, ma pur sempre doverosa e tutto sommato molto contenuta, se si tien conto del tempo trascorso dalla fissazione degli originari limiti e della svalutazione nel frattempo intervenuta.

Più difficile, invece, è comprendere l'aggiunta di un nuovo n. 3-*bis* al 3° comma dello stesso art. 7, che attribuisce alla competenza *per materia* del giudice di pace «le cause relative agli interessi o accessori da ritardato pagamento di prestazioni previdenziali o assistenziali». La preoccupazione, evidentemente, era quella di evitare che l'autonoma e separata proposizione della domanda (accessoria) relativa ad interessi o rivalutazione monetaria in materia previdenziale gravasse i tribunali di un carico di lavoro aggiuntivo, com'è spesso accaduto negli ultimi anni; dal che l'idea, di per sé non disprezzabile, di attribuire tali cause, per lo più di modestissima (o addirittura infima) entità, alla competenza del giudice di pace, che sicuramente ha oggi a che fare con un contenzioso molto più gestibile.

Va tuttavia rammentato che l'art. 20, commi 7°-9°, del d.l. n. 112/2008, conv. nella l. n. 133/2008, aveva previsto l'obbligatoria «riunificazione», a pena di improcedibilità dichiarabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, delle più domande (o azioni esecutive) che, in materia di previdenza e assistenza sociale, frazionino «un credito relativo al medesimo rapporto, *comprensivo delle somme eventualmente dovute per interessi, competenze e onorari e ogni altro accessorio*». Che senso, dunque, ha la cennata modifica dell'art. 7, 3° comma, c.p.c., che invece parrebbe addirittura *imporre* la proposizione separata della domanda relativa agli interessi ed agli altri accessori da ritardato pagamento?

In realtà il legislatore ha inteso riferirsi, con ogni probabilità, alle sole ipotesi in cui, dopo aver ottenuto, magari in via stragiudiziale, il pagamento di una determinata prestazione previdenziale o assistenziale, il lavoratore adisce il giudice lamentando esclusivamente il mancato pagamento degli interessi o della rivalutazione monetaria⁴; ipotesi in cui appare del tutto ragionevole, dunque, l'investitura del giudice onorario, tanto più che spesso di tratta – come ho già rilevato – di cause di modestissimo valore. Per raggiungere un siffatto obiettivo, però, sarebbe stato necessario e sufficiente intervenire sull'art. 444, 1° comma, c.p.c., per

³ Mentre resta invariato lo specifico limite previsto dall'art. 22-*bis* della l. n. 689/1981, in materia di opposizione ad ordinanze d'ingiunzione irrogatrici di sanzioni amministrative: PROTO PISANI, *op. cit.*, § 2.1.

⁴ Il che, unito alla novità riguardante la limitazione delle spese liquidabili dal giudice nelle cause previdenziali (*v. infra* il § 7), dovrebbe ridimensionare l'inconveniente segnalato da PARROTTA in *Guida al dir.*, 2009, fasc. 27, 101, derivante dall'inapplicabilità dell'art. 443 c.p.c. in materia di preventivo esperimento dei procedimenti amministrativi.

escludere le controversie relative ai soli interessi o accessori dalla competenza per materia del tribunale⁵: in tal modo, infatti, senza escluderne affatto la trattazione simultanea con la causa principale, si sarebbe ottenuto di attribuire la gran parte di tali controversie accessorie, ove proposte separatamente ed autonomamente, alla competenza del giudice di pace *ratione valoris*. Nella specie, peraltro, soccorrono pur sempre le disposizioni contenute nei commi 6° e 7° dell'art. 40 c.p.c., per cui, se la causa previdenziale principale è pendente, la competenza del tribunale attrae necessariamente, per ragioni di connessione, quella relativa alla causa accessoria, mentre il citato art. 20 d.l. n. 112/2008 rende obbligatorio, a pena di improcedibilità, il *simultaneus processus*.

In concreto, dunque, il giudice di pace potrà conoscere della causa accessoria nei soli casi in cui non è contemporaneamente pendente la causa (principale) concernente la prestazione previdenziale o assistenziale (*id est* la sorte capitale). Il che, oltretutto, dovrebbe evitare qualunque interferenza con l'art. 20 del d.l. n. 112/2008.

Si noti, infine, che alle controversie di cui al nuovo n. 3-*bis* dell'art. 7 non si applica il rito del lavoro e previdenziale (art. 442, 3° comma, c.p.c., inserito dall'art. 46, 22° comma, della legge in esame), bensì quello ordinario dinanzi al giudice di pace⁶.

3. In base alla nuova formulazione dell'art. 38 c.p.c., anche l'eccezione d'incompetenza per materia, per valore o per territorio inderogabile *ex art. 28*), al pari di quanto era già previsto per l'eccezione d'incompetenza per territorio derogabile, dev'essere sollevata dal convenuto, a pena di decadenza, «nella comparsa di risposta tempestivamente depositata» (*id est* entro il termine di cui all'art. 166 c.p.c.). Per tale ragione, anzi, è stato modificato pure l'art. 163, 3° comma, n. 7), prevedendosi per l'appunto che l'avvertimento contenuto nella *vocatio in ius* dell'atto di citazione debba menzionare, accanto alle decadenze dell'art. 167, anche quella dell'art. 38.

Allorché si tratti d'incompetenza per territorio, inoltre, l'eccezione deve sempre indicare, a pena d'inefficacia, anche quando si verta nelle ipotesi di cui all'art. 28, l'ufficio giudiziario che la parte ritiene competente. L'eventuale adesione delle altre parti (costituite) a tale indicazione, peraltro, rileva – determinando senz'altro la cancellazione dal ruolo e la rimessione della causa al diverso giudice ritenuto competente – solamente quando si assuma violato un

⁵ Il legislatore, invece, è sì intervenuto (con l'art. 46, 23° comma, della legge in esame) sul 1° comma dell'art. 444, ma solo per precisare che, se l'attore risiede all'estero, la competenza appartiene al tribunale «nella cui circoscrizione l'attore aveva l'ultima residenza prima del trasferimento all'estero ovvero, quando la prestazione è chiesta dagli eredi, nella cui circoscrizione il defunto aveva la sua ultima residenza».

⁶ Se invece la causa accessoria è trattata, per connessione, dal tribunale, il rito speciale previdenziale prevale ai sensi dell'art. 40, 3° comma, c.p.c.

criterio derogabile, al di fuori delle ipotesi contemplate dall'art. 28; nel qual caso, com'era già previsto dal testo previgente, la competenza del giudice *ad quem* «rimane ferma» (nel senso che non può più essere contestata) se la causa viene riassunta dinanzi a lui entro tre mesi.

Se invece è dedotta la violazione di un foro inderogabile, l'eccezione deve egualmente indicare l'ufficio giudiziario che la parte ritiene competente, ma tale indicazione, indipendentemente dall'eventuale adesione delle altre parti, non può mai esimere il giudice dal decidere la questione⁷ (v. oltre).

Per lo stesso giudice, inoltre, è conservata la possibilità di rilevare d'ufficio l'incompetenza (per materia, valore o territorio, limitatamente alle ipotesi dell'art. 28) «non oltre l'udienza di cui all'articolo 183»; ossia, stando all'interpretazione che sembra più ragionevole, fino alla conclusione dell'attività di trattazione contemplata dai commi 1°-4° dell'art. 183 (che non è detto si esaurisca nell'udienza di prima comparizione)⁸.

In concreto, dunque, l'anticipazione della preclusione a carico delle parti – o, per meglio dire, del convenuto – non può evitare che quest'ultimo sollevi la questione dell'incompetenza all'udienza, sollecitando il giudice a rilevarla d'ufficio. E la differenza, rispetto al regime previgente, può cogliersi essenzialmente in relazione all'impugnazione, che sarà esclusa allorché il giudice, in assenza di una tempestiva eccezione, abbia ritenuto di non dichiarare d'ufficio la propria incompetenza.

Un'altra novità, non propriamente rivoluzionaria, riguarda la forma del provvedimento che decide una questione di competenza, litispendenza, continenza o connessione. Per agevolare il compito del giudice, infatti, è stato modificato l'art. 279, 1° comma e 2° comma, n. 1), c.p.c., prevedendosi ch'egli pronunci *ordinanza* (anziché sentenza) non solo quando provvede soltanto su questioni relative all'istruzione della causa, ma anche quando «decide soltanto questioni di competenza» (ancorché declinando la propria competenza, e dunque definendo il giudizio innanzi a sé).

Nel contempo sono state analogamente modificate anche tutte le altre disposizioni (artt. 39, 1° e 2° comma, 40, 1° comma, 42, 43, 1° e 3° comma, 44, 45, 47, 49 e 50, 1° comma, c.p.c.)

⁷ Il che induce BOVE, *op. cit.*, 31, a suggerire un'interpretazione correttiva, che limiti l'onere d'indicazione del giudice ritenuto competente alla sola ipotesi in cui sia denunciata la violazione di un foro derogabile.

⁸ Resta impregiudicato, peraltro, il problema relativo alle modalità in cui deve concretarsi il rilievo officioso dell'incompetenza: se il giudice, cioè, una volta sollevata d'ufficio la questione relativa alla propria incompetenza, possa egualmente riservarsi di (far) decidere la questione unitamente al merito, dopo aver concluso l'istruttoria, oppure – secondo la soluzione che a me sembra più corretta – sia tenuto a far precisare immediatamente le conclusioni (ed eventualmente a rimettere la causa al collegio, quando ricorra una delle ipotesi di cui all'art. 50-bis c.p.c.).

in tema di competenza, litispendenza, continenza e connessione, nelle quali si faceva cenno ad una decisione con sentenza.

Ciò non toglie, peraltro, che l'ordinanza con la quale il giudice si limiti ad affermare la propria competenza avrà pur sempre l'effetto preclusivo di una sentenza non definitiva, impedendo al giudice stesso di tornare ad esaminare la questione; e a tale risultato, certamente conforme alla *voluntas legis*, potrebbe pervenirsi attraverso l'applicazione analogica dell'art. 177, 3° comma, n. 3), c.p.c., tenuto conto che l'ordinanza sulla competenza è soggetta ad una specifica impugnazione, costituita dal regolamento di competenza a norma degli artt. 42 e 43.

Nel processo dinanzi al giudice di pace, peraltro, l'art. 46 continua ad escludere il regolamento di competenza *ex artt. 42 e 43*; sicché, posto che le modifiche testé menzionate parrebbero applicabili anche a tale processo – in virtù del richiamo contenuto nell'art. 311 – è pensabile che la pronuncia sulla (sola) competenza del giudice di pace, ancorché resa in forma di ordinanza, resti soggetta all'appello di cui all'art. 339, 3° comma, c.p.c.

Da notare, infine, l'integrazione dell'art. 39, 3° comma, in cui si precisa che la prevenzione, e dunque la pendenza della causa, è determinata «dalla notificazione della citazione *ovvero dal deposito del ricorso*». Precisazione che serve ad adeguare la norma ai processi che per l'appunto iniziano con ricorso (da depositare in cancelleria) e che, peraltro, corrisponde alla soluzione cui già l'opinione dominante era pervenuta, in via interpretativa, sulla base del testo previgente.

4. Come si ricorderà, la rivoluzionaria sentenza n. 4109/2007 delle Sezioni unite⁹ aveva ritenuto, sebbene per il difetto di giurisdizione mancasse una disposizione analoga all'art. 50 c.p.c. in tema di incompetenza, di poter ricavare già in via interpretativa il principio della possibile *continuazione* del processo dopo una declinatoria di giurisdizione (seppure, ovviamente, nei soli rapporti tra il giudice ordinario e quello speciale, oppure tra diversi giudici speciali). La Corte costituzionale, dal canto suo, pur ritenendo che tale soluzione non fosse predicabile *de iure condito*, aveva affermato, con una pressoché coeva pronuncia di parziale incostituzionalità riguardante l'art. 30 della l. n. 1034/1971, che gli effetti sostanziali e processuali della domanda non possono rimanere travolti dalla sentenza declinatoria della giurisdizione e vengono dunque conservati nel nuovo processo instaurato dinanzi al giudice munito della giurisdizione.

Rimaneva, peraltro, un'evidente e grave lacuna normativa, concernente i presupposti, i limiti e la concreta disciplina della c.d. *translatio iudicii*. Ed è a tale lacuna che il legislatore ha

⁹ In *Foro it.*, 2007, I, 1009, con nota di ORIANI, e in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1577, con nota di ACONE.

inteso porre rimedio con l'art. 59 della legge in esame (rubricata «*Decisione delle questioni di giurisdizione*»); che peraltro – a parte la discutibile opzione di lasciare tale disciplina fuori dal codice¹⁰ – denota una tecnica normativa alquanto approssimativa ed una considerevole confusione di concetti. Esaminiamo in dettaglio le diverse disposizioni di cui esso consta.

Il 1° comma fa obbligo a qualunque giudice che, «in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di [altri] giudici speciali», dichiarare il proprio difetto di giurisdizione di indicare contestualmente, «se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione».

Circa gli effetti di tale indicazione è però necessario distinguere: se la pronuncia sulla giurisdizione è stata resa dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, essa ha efficacia c.d. *panprocessuale* (com'era già pacifico, d'altronde, in passato, arg. dall'art. 382, 1° comma, c.p.c., per cui la Corte, quando decide una questione di giurisdizione, «statuisce su questa») e dunque, sia essa dichiarativa o declinatoria della giurisdizione del giudice adito, è senz'altro «vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo» [nel quale la medesima domanda dovesse essere eventualmente riproposta]¹¹; se invece la pronuncia declinatoria proviene da un giudice di merito e la domanda è tempestivamente riproposta – dopo il suo passaggio in giudicato ed entro il termine di cui dirò più avanti – dinanzi al giudice in essa indicato, solo le parti «restano vincolate» alla predetta indicazione (2° comma), mentre il giudice *ad quem*, dal canto suo, può sollevare d'ufficio la questione davanti alle Sezioni unite, con ordinanza, fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito (3° comma).

Il legislatore ha tuttavia dimenticato, per quest'aspetto, che la riforma del 2006, intervenendo sull'art. 374, 1° comma, c.p.c., ha previsto la possibilità che il ricorso implicante una questione di giurisdizione sia assegnato ad una sezione semplice, qualora si tratti di questione sulla quale si sono già pronunciate, in passato (ed ovviamente in altra causa), le Sezioni unite. A mio avviso, dunque, non v'è ragione di dubitare che il vincolo per il giudice *ad quem* possa derivare anche da una decisione (sulla giurisdizione) di una sezione semplice, che egualmente «statuisce» sulla giurisdizione a norma dell'art. 382, 1° comma.

Nient'affatto chiaro, poi, è l'ultimo periodo del 3° comma dell'art. 59, per cui «restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione». Se ciò dovesse intendersi nel senso che le parti possono proporre istanza di regolamento anche nel giudizio (tempestivamente ripreso) dinanzi al giudice *ad quem*, entro il consueto termine contemplato

¹⁰ Opzione, questa, non priva di conseguenze in relazione alla disciplina transitoria: v. *infra* il § 24.

¹¹ Si noti, a tal proposito, una prima discrasia nel 3° comma, il quale esclude che il giudice *ad quem* sia vincolato «se sulla questione di giurisdizione non si sono già pronunciate, *nel processo* [il che farebbe pensare allo *stesso* processo], le sezioni unite della Corte di cassazione»

dall'art. 41, 1° comma, c.p.c., e dunque finché tale giudizio non sia stato deciso «nel merito in primo grado», la disposizione contraddirebbe, quanto meno in parte, quella – già rammentata – contenuta nel 2° comma, per cui le parti restano vincolate all'indicazione contenuta nella sentenza declinatoria (salva la possibilità, ovviamente, di impugnare quest'ultima nei modi ordinari). E' dunque verosimile che la precisazione dovesse servire soltanto a chiarire – in modo del tutto superfluo – che l'art. 59 lascia immutata la disciplina del regolamento preventivo di giurisdizione¹².

Le ulteriori disposizioni contenute nell'art. 59 possono così riassumersi:

a) se la domanda è «*riproposta*», entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza declinatoria dinanzi al giudice in quest'ultima indicato, nel successivo processo «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 preclusioni e le decadenze intervenute*» (2° comma, primo periodo);

b) a tal fine la domanda «*si ripropone* con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile» (2° comma, secondo periodo);

c) «l'inosservanza 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 udienza¹³, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda» (4° comma);

d) «in ogni caso di *riproposizione* della domanda davanti al giudice di cui comma 1 [ossia al giudice indicato nella sentenza declinatoria della giurisdizione], le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova» (5° comma).

Una prima notazione riguarda l'uso equivoco e confusionario dei concetti di «riproposizione» (della domanda), «riassunzione» e «prosecuzione» del processo, quasi fossero tra loro equivalenti e fungibili. In realtà, mentre la «riassunzione» e la «prosecuzione» sottintendono la ripresa e dunque la *continuazione* di un processo già pendente, che sia entrato

¹² In senso analogo, se non erro, BOVE, *op. cit.*, 27.

Un'altra soluzione esegetica – a mio avviso, tuttavia, meno appagante – potrebbe esser quella d'intendere riduttivamente il «vincolo» cui allude il 2° comma dell'art. 59; nel senso, cioè, che le parti non potrebbero sollevare nuovamente un'eccezione di difetto di giurisdizione, ma potrebbero pur sempre adire la Cassazione con istanza di regolamento, da proporsi entro il termine di cui all'art. 41, 1° comma.

¹³ Perché tale precisazione abbia un significato autonomo, occorre pensare ch'essa deroghi al regime generale dell'eccezione di estinzione, risultante dal novellato 4° comma dell'art. 307 c.p.c. (v. *infra* il § 15), individuando nella prima udienza il termine ultimo per il rilievo (ancorché officioso) dell'estinzione derivante dalla tardività della riassunzione.

in una fase di quiescenza, la «riproposizione» lascia pensare ad un processo iniziato *ex novo*; sicché quest'ultimo termine sembra adoperato a sproposito (quanto meno) nel 2° comma dell'art. 59, in cui è innegabile che il legislatore voglia disciplinare la tempestiva *translatio iudicii* dinanzi al giudice, ordinario o speciale, indicato nella pronuncia declinatoria della giurisdizione. In altre parole, sebbene non sia stata adoperata l'espressione che compare nell'art. 50, 1° comma, c.p.c. a proposito della pronuncia d'incompetenza, a me non par dubbio che l'art. 59, 2° comma, intenda enunciare il principio della (possibile) *continuazione* del processo, a condizione ch'esso venga tempestivamente riassunto entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia che ha declinato la giurisdizione. E la conferma si trae, indirettamente, dall'ultima parte del primo periodo, per cui restano ferme «le preclusioni e le decadenze intervenute» (ovviamente nel processo svoltosi dinanzi al giudice privo della giurisdizione)¹⁴.

Su questo punto, peraltro, è il caso di indugiare brevemente. Il principio della continuazione del processo, dopo una pronuncia declinatoria della competenza o della giurisdizione, implica logicamente la conservazione degli effetti della domanda originariamente proposta al giudice erroneamente adito (ché, altrimenti, la continuazione non avrebbe senso), ma non anche, necessariamente, la salvezza e la conservazione delle attività processuali compiute dinanzi a quel giudice; tant'è vero che fino ad oggi non era affatto pacifico, in relazione all'ipotesi dell'art. 50 c.p.c., che il giudice *ad quem* potesse utilizzare senza particolari limitazioni le prove raccolte dinanzi al giudice incompetente¹⁵, e ci si chiedeva, altresì, se in seguito alla riassunzione del processo fosse o no consentita la proposizione di nuove domande, accanto a quelle originariamente formulate¹⁶. Questi dubbi d'ora in avanti non avranno ragione

¹⁴ Diversamente BOVE, *op. cit.*, 24 s., il quale, sul presupposto che si tratti in ogni caso di dar vita ad un nuovo processo, reputa incomprensibile la salvezza delle «preclusioni e le decadenze intervenute» nel primo processo. Muovendo dalla medesima premessa, inoltre, l'A. ritiene che la disciplina in esame si presti ad essere applicata in via analogica ai rapporti tra il giudice dello Stato e l'arbitro (ivi, 27 ss.).

Analoghe perplessità mostra MANDRIOLI, *op. cit.*, 27, il quale, pur assumendo che «si tratta dello stesso meccanismo previsto dall'art. 50 c.p.c. per la riassunzione a seguito della pronuncia di incompetenza», ritiene che le preclusioni e le decadenze cui allude la norma siano soltanto quelle (evidentemente di ordine sostanziale) «intervenute *prima della* proposizione della domanda innanzi al giudice poi dichiaratosi privo di giurisdizione». Una siffatta spiegazione, tuttavia, oltre a rendere l'inciso in esame del tutto inutile – poiché nessuno potrebbe pensare che la domanda sottoposta ad un giudice privo di giurisdizione sia idonea ad evitare una decadenza verificatasi in un momento anteriore alla sua proposizione – mal si attaglia alle «preclusioni», che indubbiamente si riferiscono a decadenze maturate *all'interno di un processo*.

¹⁵ L'opinione prevalente, peraltro, era per la soluzione affermativa: v. ad es. Cass. 9 settembre 1993, n. 9444, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1352, e 6 agosto 1994, n. 7309.

¹⁶ Cfr., rispettivamente, Cass. 18 gennaio 2006, n. 821, per la soluzione positiva, nonché Cass. 19 marzo 2008, n. 7392, e 27 luglio 2006, n. 17097, per la negativa.

Per la sopravvivenza delle preclusioni già maturate v. anche Cass. 28 febbraio 2007, n. 4775.

di persistere (neppure, evidentemente, riguardo all'ipotesi dell'incompetenza), poiché il legislatore è andato addirittura oltre, affermando espressamente che nella fase successiva alla *translatio* ed alla riassunzione deve tenersi conto (anche) delle preclusioni e delle decadenze già maturate nel processo svoltosi (eventualmente in più gradi) dinanzi al giudice privo della giurisdizione. Soluzione – a mio sommo avviso – decisamente eccessiva e criticabile, poiché non sembra affatto semplice «esportare» dall'una all'altra giurisdizione preclusioni che possono essere tipiche di un determinato rito e risentire delle stesse peculiarità di una determinata giurisdizione: così, ad es., proposta una domanda risarcitoria dinanzi al giudice ordinario, e declinata da quest'ultimo la giurisdizione in favore del t.a.r., sarebbe assurdo negare l'ammissibilità, in sede di riassunzione, di una (nuova) domanda di annullamento dell'atto lesivo, che l'attore non avrebbe certamente potuto proporre dinanzi al giudice *a quo*¹⁷.

A prescindere da queste considerazioni di mera opportunità, il principio che emerge dalla disposizione testé esaminata parrebbe contraddetto, poi, da quello enunciato nel 5° comma dello stesso art. 59, per cui «*in ogni caso* di riproposizione della domanda (...) le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova». Non è possibile né necessario soffermarsi, in questa sede, sulla controversa differenza tra la prova vera e propria e l'argomento di prova¹⁸; affermare, però, che le prove in questione valgono quali meri argomenti di prova significa escludere ch'esse sopravvivano e siano utilizzabili nella nuova fase dinanzi al giudice *ad quem* come atti istruttori compiuti *nel medesimo processo*. Il che – torno a ripeterlo – evidentemente contraddice il principio dell'indiscriminata conservazione di tutte le attività processuali compiute dinanzi al giudice che ha declinato la giurisdizione, quale emerge dal 2° comma dell'art. 59. Sarebbe palesemente assurdo, inoltre, escludere, ad es., la possibilità di offrire nuove prove o documenti dinanzi al giudice *ad quem*, in conseguenza di preclusioni già maturate dinanzi al giudice originariamente adito, ma nel contempo negare alle prove raccolte dal giudice *a quo* l'efficacia probatoria che loro naturalmente compete, riducendole a meri argomenti di prova.

Per uscire dall'*impasse*, allora, due sono – se non erro – le strade astrattamente percorribili.

La prima consiste nell'intendere restrittivamente il principio della salvezza degli atti compiuti (nonché delle preclusioni maturate) dinanzi al giudice originariamente adito e privo di giurisdizione, per escluderne proprio le prove assunte in quella sede. Recependo questa soluzione, tali prove varrebbero come meri argomenti di prova, ma nel contempo nulla

¹⁷ Il problema è segnalato da PROTO PISANI, *op. cit.*, § 3.12.

¹⁸ Cfr., se vuoi, il mio *Elementi di dir. proc. civ.*⁴, Bari 2007, II, 86-88.

escluderebbe la possibilità di chiedere nuovi mezzi di prova nella fase successiva alla *translatio*, secondo le regole proprie del relativo giudizio e senza dover temere, per questo profilo, le preclusioni (istruttorie) eventualmente maturate dinanzi al giudice *a quo*.

La seconda soluzione – che a me sembra anche più plausibile – muove invece da un'interpretazione restrittiva del 5° comma dell'art. 59, nella parte in cui fa riferimento ad «ogni caso di riproposizione della domanda (...)». A mio avviso, invero, non è affatto escluso che il legislatore intendesse riferirsi, con tale locuzione, alla sola ipotesi della vera e propria riproposizione della domanda in un giudizio autonomo; ipotesi diversa e contrapposta, dunque, a quella della riassunzione disciplinata dal 2° comma. Ed è chiaro, d'altronde, che le regole dettate per l'ipotesi della (tempestiva) riassunzione non possono certamente valere quando la domanda sia riproposta *ex novo* dopo la scadenza del termine perentorio previsto dall'art. 59, 2° comma (né, aggiungerei, quando la parte che ripropone la domanda lascia comunque intendere di non voler «riprendere» il giudizio anteriormente promosso: v. oltre): in quest'ultimo caso, infatti, non soltanto resta esclusa la possibilità di ricollegarsi agli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta al giudice privo di giurisdizione, ma deve altresì negarsi, ovviamente, ogni ultrattività delle preclusioni o decadenze maturate nel primo giudizio¹⁹, come pure, ovviamente, la possibilità di utilizzare gli atti istruttori compiuti nel giudizio medesimo; sicché è pienamente logico e comprensibile che le prove (costituende) ivi assunte possano valere, nel nuovo giudizio, come meri argomenti di prova. Al contrario, quando si abbia una riassunzione (tempestiva) del giudizio originariamente proposto, le prove in esso assunte conserveranno, nella nuova fase processuale, l'efficacia probatoria che già naturalmente competeva loro²⁰.

Resta poi da chiarire qualche aspetto relativo alla riassunzione successiva alla *translatio iudicii*, disciplinata dal 2° comma dell'art. 59.

In primo luogo è opportuno di sottolineare che, se il termine per la riassunzione decorre dal passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria della giurisdizione, ciò di certo non esclude che la riassunzione avvenga prima di quel momento, ossia quando il termine per impugnare la decisione declinatoria è ancora in corso, o magari nonostante la già proposta impugnazione; salva l'ovvia esigenza, in quest'ultimo caso, di disciplinare i rapporti tra i due

¹⁹ Nonché, come ho già avuto modo di sottolineare, l'efficacia vincolante (per le parti) dell'indicazione del giudice risultante dalla sentenza declinatoria.

²⁰ In questa ipotesi, peraltro, rimarrebbe ovviamente salva la possibilità, per le parti, d'invocare la rimessione in termini, ai sensi del novellato art. 153 (*infra*, § 11), al fine di ottenere l'ammissione di nuove prove o documenti che non avevano potuto dedurre o produrre dinanzi al giudice *a quo*, magari a causa di limitazioni di natura normativa (si pensi, ad es., all'inammissibilità della prova testimoniale nel processo amministrativo o tributario).

giudizi (per i quali, essendo coinvolte giurisdizioni diverse, non sembra utilizzabile l'istituto della litispendenza).

In secondo luogo, qualora la *translatio iudicii* derivi da una pronuncia della Cassazione, è logico pensare che la riassunzione sia disciplinata non dall'art. 59 che si sta esaminando, bensì dall'art. 392 c.p.c. (che peraltro l'assoggetta, oggi, ad un identico termine di tre mesi, decorrente dalla pubblicazione della sentenza di cassazione).

Nulla esclude, inoltre, che l'attore – o comunque la parte che aveva proposto la domanda oggetto della declinatoria di giurisdizione – pur essendo ancora aperto il termine per la riassunzione, preferisca optare per l'instaurazione di un nuovo ed autonomo giudizio, rinunciando alla conservazione degli effetti della prima domanda e delle attività compiute nel primo giudizio. Per scervere le due ipotesi – già prospettabili in relazione alla fattispecie dell'art. 50 c.p.c.²¹ – dovrà aversi riguardo, in definitiva, all'effettiva volontà della parte, desunta dall'esame della (nuova) domanda; con l'avvertenza che qui, a differenza di quanto è previsto per l'ipotesi della declinatoria di competenza (cui è applicabile l'art. 125 disp. att. c.p.c.), la domanda parrebbe doversi reiterare (alla luce dell'ultimo periodo dell'art. 59, 2° comma) nelle medesime forme prescritte per l'atto introduttivo, sicché l'atto di riassunzione, per valere come tale, dovrà quanto meno contenere un riferimento al giudizio promosso dinanzi al giudice privo di giurisdizione (cfr. il citato art. 125, n. 3, disp. att.), da cui possa comunque desumersi l'intenzione dell'attore di riattivare l'anteriore giudizio e di ricollegarsi ad esso.

E' appena il caso di sottolineare, infine, che la disciplina fin qui delineata trova applicazione esclusivamente per ciò che attiene ai rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale ed a quelli tra le diverse giurisdizioni speciali, e non può interferire, invece, con quella relativa alle altre possibili ipotesi di difetto di giurisdizione. Così, ad es., se la causa viene riassunta dinanzi al giudice ordinario, dopo che il giudice speciale ha declinato la propria giurisdizione, nulla dovrebbe impedire al giudice *ad quem* di declinare a sua volta la giurisdizione ai sensi dell'art. 11 della l. n. 218/1995, allorché il difetto di giurisdizione del giudice italiano sia rilevabile d'ufficio.

5. Tre sono le novità in tema di rappresentanza tecnica, due delle quali attengono alle modalità di conferimento della procura *ad litem*.

In primo luogo si è precisato nel 3° comma dell'art. 83 c.p.c. – benché, a dire il vero, fosse già abbastanza pacifico²² – che la procura può anche essere apposta in calce o a margine

²¹ Cfr. infatti Cass. 19 ottobre 2006, n. 22498, 9 settembre 2004, n. 18170, 16 febbraio 2001, n. 2276, e 25 ottobre 1994, n. 8752.

²² Cfr. infatti Cass. 18 gennaio 2001, n. 721, e 24 aprile 2003, n. 6515.

dell'eventuale «memoria di nomina del nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato».

In secondo luogo, nell'attesa che il processo c.d. telematico divenga una realtà, si sono pure disciplinate (nello stesso art. 83, 3° comma) l'ipotesi della procura *ad litem* rilasciata, con firma digitale, su documento informatico separato (rispetto all'atto in cui la procura dovrebbe essere contenuta) e quella della procura *ad lites* conferita su supporto cartaceo ad un difensore che intenda costituirsi attraverso strumenti telematici.

Più significativa ed attuale è l'ultima novità, riguardante il 2° comma dell'art. 182 c.p.c.

Venendo incontro agli auspici di buona parte della dottrina, infatti, tale disposizione, che fino a ieri disciplinava la sanatoria del solo difetto di legittimazione *ad processum*, ossia dei vizi (di rappresentanza sostanziale, assistenza o autorizzazione) incidenti sulla capacità processuale di taluna delle parti, per un verso è stata esplicitamente estesa alla «nullità della procura al difensore», e dunque ai vizi della rappresentanza tecnica (o quanto meno a taluni di essi: v. oltre), e per altro verso è stata opportunamente corretta ed integrata, per eliminarne alcune oscurità lessicali da cui scaturivano non lievi dubbi interpretativi.

Partendo da questo secondo profilo, è agevole constatare, anzitutto, che dalla nuova formulazione dell'art. 182 cpv. è stato espunto ogni riferimento ad una (ingiustificabile) discrezionalità del giudice nell'assegnazione del termine per la sanatoria²³. Inoltre – quel ch'è più importante – mentre il testo originario escludeva tale provvedimento allorché si fosse «avverata una decadenza», lasciando in tal modo intendere che la sanatoria operasse (quanto meno rispetto ad alcuni vizi) *ex nunc*, senza efficacia retroattiva²⁴, la nuova versione chiarisce che la sanatoria tempestiva, entro il termine *perentorio* assegnato dal giudice, sana senz'altro i vizi *de quibus* e «gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione». La circostanza che si discorra degli effetti della domanda consente di comprendere che il legislatore ha avuto presente la sola ipotesi in cui il vizio (di legittimazione processuale o della procura) sussista da parte dell'attore; ma non par dubbio che il medesimo principio – della piena sanabilità *ex tunc* – debba valere anche per le altre parti.

Passando ad esaminare, poi, le fattispecie concretamente suscettibili di sanatoria, è opportuno sottolineare che la norma ora considerata, mentre fa genericamente riferimento, per quel che concerne i vizi della capacità processuale, al «difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione», prende in considerazione, quanto ai vizi della rappresentanza tecnica, la sola

²³ Il testo previgente, invece, adoperava l'espressione [il giudice] «può assegnare (...)».

²⁴ Per maggiori ragguagli mi sia consentito rinviare al mio *Elementi di dir. proc. civ.*, cit., I, 191 ss.

«nullità della procura»; il che potrebbe far pensare ch'essa non sia applicabile alle ipotesi di *inesistenza* o falsità materiale della procura medesima, che resterebbero invece insanabili.

Ove si consideri, tuttavia, che la sanatoria può realizzarsi non soltanto attraverso la «rinnovazione» della procura (che evidentemente ne presuppone l'invalidità), ma anche tramite «il *rilascio*» della stessa²⁵, direi che il dubbio è agevolmente superabile, nel senso che anche l'originario difetto del mandato sarà rimediabile con efficacia retroattiva. E questo, in concreto, si traduce nella possibilità – tradizionalmente sempre esclusa, fino ad oggi – che la parte ratifichi *ex post*, senza altro limite temporale che non sia il rispetto del termine eventualmente assegnato dal giudice per la sanatoria, l'operato del difensore che aveva agito in suo nome senza averne mai ricevuto l'incarico.

Per finire rimane da far cenno all'ipotesi in cui la sanatoria non intervenga entro il termine assegnato, che lo stesso art. 182 definisce «perentorio».

In realtà, se l'inutile decorso di tale termine implica sempre, inevitabilmente, il consolidarsi del vizio, le conseguenze saranno differenti, in concreto, a seconda che il difetto o la nullità della procura riguardi il difensore dell'attore che aveva sottoscritto l'atto introduttivo oppure un diverso difensore. Nel primo caso è lecito pensare che il vizio, non più sanabile, travolga per l'appunto l'atto introduttivo e che il processo debba chiudersi con una sentenza in mero rito; nella seconda ipotesi, invece, l'invalidità o l'inesistenza della procura potranno incidere esclusivamente sulla costituzione del difensore interessato e della parte da lui (falsamente) rappresentata, che dovrà allora considerarsi contumace (salvo, ovviamente, che sia costituita anche attraverso un altro avvocato).

6. Nel tentativo di disincentivare comportamenti da cui può derivare, direttamente o indirettamente, un ritardo o comunque un nocimento per lo svolgimento del giudizio, alcune sanzioni pecuniarie, a carico delle parti o di altri soggetti, sono state elevate, talora in misura piuttosto rilevante. Le disposizioni interessate da tali modifiche sono:

a) l'art. 54, 3° comma, c.p.c., che ora consente al giudice di condannare la parte che abbia proposto un'istanza di ricusazione infondata o inammissibile (ma non anche il suo difensore, com'era teoricamente possibile in base al testo previgente) ad una pena pecuniaria non superiore a 250 euro;

b) l'art. 67, 1° comma, c.p.c., che prevede una sanzione compresa tra 250 e 500 euro a carico del custode inadempiente;

²⁵ La norma in esame, per la verità, discorre a tal proposito di «procura *alle liti*»; ma non vedrei alcuna plausibile ragione per discriminare, per quest'aspetto, la procura generale (*ad lites*) da quella speciale (*ad litem*).

c) l'art. 118, 3° comma, c.p.c., che addirittura assoggetta ad una sanzione variabile da un minimo di 250 fino ad un massimo di 1.500 euro il terzo che rifiuti di consentire l'ispezione giudiziale sulla sua persona o su cose in suo possesso;

d) l'art. 255, 1° comma, c.p.c., che inasprisce la sanzione a carico del testimone in caso di una sua «*ulteriore* mancata comparizione senza giustificato motivo», prevedendo che il giudice possa disporre l'accompagnamento coattivo all'udienza stessa o ad altra successiva e possa altresì, nel contempo, condannarlo al pagamento di una pena pecuniaria compresa tra 200 e 1.000 euro; l'implicito presupposto, evidentemente, è che vi sia stata già l'irrogazione di una prima sanzione – che il testo previgente, per questa parte immutato, quantifica tra 100 e 1.000 euro – ed il testimone, ciò nonostante, abbia nuovamente omesso di comparire.

7. Diverse, ed in qualche caso di un certo rilievo, sono le novità in materia di spese processuali, cui il legislatore evidentemente attribuisce – con un ottimismo non saprei quanto giustificato – un indiretto effetto deflattivo del contenzioso.

In primo luogo l'art. 92, 2° comma, c.p.c., nel tentativo di disincentivare (ulteriormente) la compensazione delle spese²⁶, subordina ora tale provvedimento alla soccombenza reciproca ovvero al concorso di «*altre gravi ed eccezionali ragioni*, esplicitamente indicate nella motivazione». L'intento, dunque, è quello di ribadire che il principio per cui le spese seguono la soccombenza può subire deroga solo in casi particolarissimi ed in presenza di circostanze eccezionali; presupposto sicuramente sindacabile in sede d'impugnazione. A mio avviso questa precisa indicazione normativa dovrebbe indurre a rivedere alcune prassi consolidate, che ad es. giustificano la compensazione con la mera novità e/o complessità delle questioni sollevate dalla causa.

Un'altra novità non trascurabile è contenuta nell'art. 91, 1° comma, secondo periodo, per cui, se la domanda è accolta «in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa», la parte che aveva rifiutato senza giustificato motivo tale proposta – che evidentemente dovrà essere stata in qualche modo formalizzata – è condannata (pur se formalmente vittoriosa) al pagamento delle spese processuali «mature dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'art. 92». Il che rappresenta una deroga al principio espresso dal 1° comma dello stesso art. 91, che subordina alla soccombenza la condanna alle spese.

Non è del tutto chiaro, peraltro, se il richiamo dell'art. 92, 2° comma, implichi *tout court* la possibilità di escludere la condanna e compensare anche in questo caso le spese dell'intero processo (ove sussistano, beninteso, le «*gravi ed eccezionali ragioni*» richieste dall'art. 92),

²⁶ Si ricorderà che già la riforma del 2005 aveva modificato una prima volta l'art. 92 cpv., imponendo che i «giusti motivi» che avevano indotto il giudice a compensare le spese fossero «esplicitamente indicati nella motivazione».

oppure – com'è forse più plausibile, in considerazione dell'obiettivo verosimilmente perseguito dal legislatore – alluda soltanto alla possibilità di compensare le spese maturate dopo con quelle anteriori alla proposta conciliativa.

V'è da considerare, inoltre, che l'art. 52 dell'originario d.d.l. n. 1441 prevedeva la sostituzione *integrale* del 1° comma dell'art. 91, anche nella parte in cui (primo periodo) ricollega la pronuncia sulle spese alla «*sentenza* che chiude il processo». Essendosi previsto, infatti, che la decisione sulla competenza rivesta la forma dell'ordinanza anche quando definisce il giudizio (*supra*, § 3), si era opportunamente sostituito il termine «*sentenza*» con quello «*provvedimento*». In seguito all'approvazione di un emendamento del Governo, però, la sostituzione è stata circoscritta – probabilmente per una mera svista – al secondo periodo; sicché la nuova formulazione dell'art. 91, 1° comma, continua a prendere in considerazione la sola sentenza (definitiva) e mal si attaglia all'ordinanza declinatoria della competenza. A mio sommo avviso, peraltro, non sussistono gravi ostacoli ad ammettere in tale ipotesi un'applicazione estensiva o analogica dell'art. 91.

Ben maggiori perplessità suscita, invece, il nuovo art. 96, 3° comma, c.p.c.²⁷, per cui «in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata».

E' opportuno rammentare, a tal proposito, che, ove si prescinda dalle specifiche fattispecie contemplate dal 2° comma dell'art. 96, la responsabilità aggravata trovava già (e trova tuttora) una sua disciplina generale nel(l'immutato) 1° comma del medesimo art. 96, che prevede la possibile condanna al risarcimento dei danni per lite c.d. temeraria, ossia quando «risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave». Tenuto conto che i limiti applicativi di tale istituto erano legati soprattutto alla difficoltà di dar prova in concreto dell'esistenza e dell'ammontare del danno cagionato dall'indebita condotta processuale dell'avversario, logica avrebbe voluto che s'intervenisse per l'appunto sul 1° comma, introducendo un meccanismo di liquidazione del danno in via automatica oppure equitativa; come già si era previsto, nel 2006, per il giudizio di cassazione (art. 385, 4° comma, ora abrogato dall'art. 46, 20° comma, della legge in esame, che subordinava pur sempre la responsabilità aggravata alla sussistenza di «colpa grave»).

Il fatto che il 1° comma sia rimasto invariato, unito alla circostanza che il nuovo 3° comma ometta qualunque riferimento all'elemento soggettivo e trovi applicazione, anzi, «*in ogni caso*», parrebbe lasciar intendere, invece, che si tratti di due ipotesi del tutto indipendenti e

²⁷ In senso analogo cfr. PROTO PISANI, *op. cit.*, § 2.2.

che l'applicazione del 3° comma, in particolare, sia affrancata dalla «temerarietà» dell'azione o della resistenza in giudizio della parte risultata soccombente (oltre che, come dirò meglio tra poco, dalla stessa sussistenza di un danno). Il che, tuttavia, appare difficilmente compatibile con il diritto d'azione e di difesa garantito dall'art. 24 Cost., giacché non è pensabile che l'aver proposto una domanda infondata o l'aver resistito ad una domanda fondata costituisca *di per sé* un illecito ed una possibile fonte di responsabilità. Per superare l'ostacolo mi sembra doveroso, dunque, a costo di forzare la lettera della norma, ricollegare la condanna prevista dal 3° comma agli stessi presupposti soggettivi (mala fede o colpa grave) richiesti dal 1° comma²⁸.

Un altro dubbio d'incostituzionalità, finanche più grave, deriva dall'assoluta discrezionalità conferita al giudice nella determinazione dell'importo della condanna²⁹. Si noti che quest'ultima è indiscutibilmente svincolata non soltanto dalla prova, ma finanche dall'esistenza di un danno; tant'è che nella relazione che accompagnava il d.d.l. n. 1441 si discorreva di «strumento sanzionatorio a carico del soccombente» e si affermava che «resta ferma la possibilità, per la parte danneggiata dal comportamento processuale scorretto del suo avversario, di domandare la liquidazione del danno subito». Si è dunque in presenza non già di una liquidazione equitativa del danno, che sarebbe pienamente legittima, bensì di una vera e propria *sanzione* (ancorché civile), priva di qualunque finalità *lato sensu* risarcitoria (il che spiega, oltretutto, perché essa prescindendo dalla domanda della parte beneficiaria della condanna), di cui il legislatore ha indebitamente omesso di fissare i limiti minimi e massimi.

Sospetti d'incostituzionalità investono anche un'altra innovazione, specificamente riguardante i giudizi in materia previdenziale. Per porre un freno agli abusi registrati nella pratica – quelli stessi cui è ispirato il nuovo art. 7, comma 3°, n. 3-*bis* (esaminato *supra*, nel § 2) – l'art. 152 disp. att. c.p.c. (modificato dall'art. 52, 6° comma, della legge in esame) prevede che le spese, competenze ed onorari liquidati dal giudice nei giudizi per prestazioni previdenziali non possano superare il valore della prestazione dedotta in giudizio. L'intento è sicuramente apprezzabile; ma non saprei quanto una limitazione così netta, svincolata da ogni altro elemento, sia compatibile con l'art. 24 Cost., giacché, non potendo la disposizione ora

²⁸ Non è escluso, d'altronde, che tale fosse l'intenzione del legislatore; e un indizio in questo senso può venire dalla rammentata abrogazione dell'art. 385, 4° comma, c.p.c., che faceva espresso riferimento alla colpa grave ed è stata evidentemente ritenuta assorbita dal nuovo art. 96, 3° comma.

Non sembra, invece, che la disposizione in esame possa trovare applicazione anche nelle ipotesi di specifica responsabilità aggravata contemplate dal 2° comma dell'art. 96, che presuppongono un'esplicita domanda risarcitoria, da parte del convenuto o del debitore esecutato danneggiato, e pertanto mal si conciliano con una sanzione irrogabile d'ufficio.

²⁹ L'originario d.d.l. n. 1441 prevedeva a tal proposito che la condanna fosse compresa tra la metà ed il doppio dei «massimi tariffari» (con implicito riferimento, evidentemente, alle tariffe forensi). La Camera preferì introdurre una misura fissa, compresa tra un minimo di 1.000 ed un massimo di 20.000 euro. Il Senato, infine, eliminò ogni limite.

considerata incidere sulla misura dei diritti e degli onorari dovuti dalla parte al proprio difensore, si traduce innegabilmente in una remora all'azione giudiziaria.

Meno rilevanti sono le modifiche in tema di spese del procedimento cautelare.

La riforma del 2005, nell'affrancare i provvedimenti anticipatori dalla necessaria successiva instaurazione del giudizio di merito, aveva omesso di prevedere la pronuncia sulle spese della fase cautelare, che l'art. 669-*septies* c.p.c. imponeva nella sola ipotesi di *rigetto* della domanda proposta *ante causam*. La lacuna è stata ora colmata con l'inserimento nell'art. 668-*octies* di un nuovo 7° comma, che per l'appunto fa obbligo al giudice, allorché emetta uno dei provvedimenti di cui al 6° comma prima dell'inizio della causa di merito, di provvedere anche sulle spese del procedimento cautelare.

A ben riflettere, peraltro, meglio sarebbe stato estendere la pronuncia sulle spese anche all'ipotesi del provvedimento cautelare anticipatorio reso *in corso di causa* (com'è previsto, ad es., per le ordinanze non cautelari di cui agli artt. 186-*ter* e 186-*quater* c.p.c.), al fine di incentivare, in tal caso, l'«abbandono» del giudizio (e dunque la sua estinzione), ogniqualvolta le parti siano disposte ad accettare il nuovo assetto d'interessi determinato dal provvedimento sommario.

Una seconda modifica riguarda, poi, l'art. 669-*septies*, 3° comma, di cui è stata eliminata la parte relativa alla *opponibilità ex artt. 645 e segg.* della condanna alle spese. In tal modo sembra che il legislatore abbia inteso eliminare il concorso di rimedi nei confronti della pronuncia accessoria sulle spese³⁰, assoggettandola in ogni caso al reclamo di cui all'art. 669-*terdecies*. Trattandosi innegabilmente di un provvedimento decisorio su diritti, peraltro, la decisione del giudice del reclamo dovrebbe essere poi soggetta a ricorso c.d. straordinario per cassazione, in forza dell'art. 111, 7° comma, Cost.

Degna di menzione, infine, è una novità riguardante il giudizio di cassazione. Probabilmente per evitare le difficoltà materiali connesse all'esazione dell'imposta di registro dovuta sui provvedimenti della Cassazione (che il più delle volte, quando non decidono il merito della causa, sono soggette all'imposta in misura fissa), si è previsto, modificando gli artt. 13 (L) e 73 (R) del d.p.r. n. 115/2002, che tali provvedimenti siano senz'altro esenti dall'obbligo della registrazione e che, d'altro canto, per i processi dinanzi alla Corte sia dovuto, oltre al contributo unificato, «un importo pari all'imposta fissa di registrazione dei provvedimenti giudiziari» (da corrisponderci, evidentemente, insieme al contributo unificato).

³⁰ V. a tal proposito Cass. s.u. 28 dicembre 2001, n. 16214, in *Foro it.*, 2002, I, 1043, con nota di richiami di GAMBINERI; e in dottrina RONCO, *Il concorso di reclamo ed opposizione quali gravami contro la pronuncia sulle spese cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 272 ss., e RAITI, *Ancora in tema di rimedi avverso la pronuncia sulle spese del procedimento cautelare*, *ivi*, 2005, 612 ss.

8. Traendo spunto dall'art. 183, 4° comma, c.p.c., che già imponeva al giudice di indicare alle parti «le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione», una parte della dottrina e della giurisprudenza più recente ritenevano, nonostante la mancanza di una specifica sanzione, che la decisione basata su una questione rilevata d'ufficio e non sottoposta al contraddittorio delle parti fosse *di per sé* nulla³¹.

Tale soluzione ha trovato ora conferma attraverso l'aggiunta di un nuovo secondo comma all'art. 101, in cui si prevede che il giudice, allorché ritenga «di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio», debba *a pena di nullità*, nel riservarsi la decisione, assegnare alle parti un termine – non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione del provvedimento – per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla questione medesima.

Perché la norma abbia un senso, peraltro, è necessario immaginare, evidentemente, che il rilievo officioso della questione – rimasta fino a quel momento estranea al dibattito processuale – sia avvenuto dopo la precisazione delle conclusioni o tutt'al più nel corso dell'eventuale udienza di discussione orale; ché, se così non fosse, le parti avrebbero comunque la possibilità di trattarne nei rispettivi scritti difensivi finali. Essa, dunque, sebbene la sua formulazione letterale possa lasciar intendere diversamente, presuppone che la causa sia stata già riservata per la decisione ed impone, conseguentemente, che l'*iter* decisorio s'interrompa (al pari del termine assegnato al giudice per il deposito della sentenza), proprio per dar modo alle parti di integrare le proprie difese alla luce della nuova questione loro segnalata dal giudice³².

Quanto alle concrete conseguenze derivanti dall'inosservanza di tale formalità, che ovviamente incide sulla sola decisione e non anche sugli atti pregressi, è il caso di sottolineare ch'esse dipenderanno pur sempre dalla struttura dell'impugnazione cui la sentenza è soggetta. In particolare, mentre la nullità della sentenza di secondo (o di unico) grado ne implicherà inevitabilmente la cassazione (con rinvio), la violazione della norma in esame da parte del giudice di primo grado resterà assorbita, in definitiva, dalla necessaria sostituzione della decisione ad opera del giudice d'appello.

Mette conto di aggiungere, infine, che il principio consacrato nel nuovo art. 101, 2° comma, parrebbe riguardare tutte (e soltanto) le questioni *litis ingressum impediens*, idonee a

³¹ V. ad es. Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Corriere giur.*, 2006, 507, con nota di CONSOLO; e Cass. 5 agosto 2005, n. 16577, in *Foro it.*, 2006, I, 3174, con nota di E. FABIANI, nonché in *Riv. dir. proc.*, 2006, 747, con note di E.F. RICCI e di COMOGLIO.

³² Per identità di *ratio*, inoltre, la disposizione in esame deve trovare applicazione allorché il giudice ritenga fondata una questione tardivamente sollevata da taluna delle parti nella memoria di replica, o comunque con modalità tali da non consentire all'altra parte un effettivo contraddittorio.

condurre ad una definizione del giudizio in mero rito, nonché quelle di merito riguardanti l'esistenza o l'inesistenza di un fatto costitutivo, estintivo, impeditivo o modificativo del diritto dedotto in giudizio; con esclusione, oltretutto, delle ipotesi in cui, avendo le parti già dibattuto della questione, il giudice si limiti ad attribuire a quest'ultima (in forza del principio *iura novit curia*) una soluzione giuridica differente ed originale.

Per tale ragione esso non sembra potersi estendere ai provvedimenti meramente ordinatori, pur quando scaturiscano dalla risoluzione di questioni (processuali) rilevabili d'ufficio (si pensi, ad es., all'ordine d'integrazione del contraddittorio *ex art. 102 c.p.c.*).

9. Per quel che concerne la sentenza, una prima novità, di modesto rilievo, riguarda le possibili forme di pubblicità della decisione di merito. A tal proposito l'art. 120 c.p.c. è stato infatti integrato, per tener conto della possibilità che il giudice, piuttosto che per la tradizionale inserzione per estratto in una o più testate giornalistiche, opti per la «comunicazione, nelle forme specificamente indicate», in una o più testate radiofoniche o televisive, oppure in siti *internet* da lui designati³³.

Nel contempo si è chiarito che queste forme di pubblicità possono anche essere utilizzate per contribuire a riparare il danno «derivante per effetto di quanto previsto all'art. 96». Il che vuole alludere, probabilmente, non tanto all'ipotesi della lite c.d. temeraria di cui al 1° comma dell'art. 96, quanto alle fattispecie specificamente contemplate dal 2° comma (esecuzione di un provvedimento cautelare; trascrizione di domanda giudiziale; iscrizione d'ipoteca giudiziale; inizio o compimento di un procedimento esecutivo), dalle quali è più facile che sia derivato al convenuto o al debitore esecutato un discredito più o meno grave, suscettibile di trovare ristoro in un'adeguata pubblicità del provvedimento di merito a lui favorevole.

Più significativa, a prima vista, la modifica dell'art. 132, 2° comma, n. 4), c.p.c., che espunge dai requisiti di forma–contenuto della sentenza l'esposizione dello svolgimento del processo.

Inutile sottolineare che si tratta di un'innovazione – di certo non priva di inconvenienti³⁴ – mirante a rendere più agevole la materiale stesura della sentenza da parte del giudice. E' il caso di aggiungere, semmai, che in non rari casi, soprattutto quando siano sorte questioni che coinvolgono la regolarità dell'*iter* processuale, la decisione non potrà fare a meno – pena

³³ L'art. 120, per l'esattezza, discorre di comunicazione «in una o più testate giornalistiche, radiofoniche o televisive e in siti *internet* (...)»; ma non vi è ragione per dubitare che l'inserzione su uno o più siti *internet* possa anche essere l'unica forma di pubblicità.

³⁴ V. infatti G. FINOCCHIARO, in *Guida al dir.*, 2009, fasc. 27, 92.

l'incompletezza della motivazione – di dar conto dell'effettivo svolgimento del processo, nei limiti in cui esso rilevi per la risoluzione delle predette questioni.

Si noti, infine, che è stato ritoccato anche l'art. 118, 1° comma, disp. att. c.p.c., per chiarire che l'«esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione» dev'essere «succinta»³⁵ e per precisare – benché non ve ne fosse certamente alcun bisogno – che la motivazione della sentenza, per la parte riguardante le «ragioni giuridiche della decisione», può anche avvalersi del «riferimento a precedenti conformi».

10. Poche sono le novità in tema di notificazioni.

In primo luogo il nuovo 2° comma dell'art. 137 c.p.c. disciplina l'ipotesi in cui l'atto oggetto di comunicazione o notificazione sia costituito da un documento informatico, e tuttavia la notificazione o comunicazione in via telematica (già prevista dall'art. 6 del d.p.r. n. 123/2001) non sia materialmente possibile poiché il destinatario non possiede un indirizzo di posta elettronica certificata. In tal caso l'ufficiale giudiziario esegue la notificazione «mediante consegna di una copia dell'atto su supporto cartaceo, da lui dichiarata conforme all'originale, e conserva il documento informatico per i due anni successivi». In altri termini, secondo la più chiara formulazione del citato art. 6 d.p.r. n. 123/2001, egli «trae dall'atto ricevuto come documento informatico la copia su supporto cartaceo, ne attesta la conformità all'originale e provvede a notificare la copia stessa unitamente al duplicato del documento informatico, nei modi di cui agli artt. 138 e seguenti c.p.c.». Se richiesto, inoltre (il che potrebbe avvenire, direi, anche dopo l'esecuzione della notifica), invia l'atto notificato *anche* per via telematica all'indirizzo di posta elettronica (non necessariamente certificata) dichiarato dal destinatario della notifica o dal suo procuratore, oppure rilascia a questi ultimi, dietro esazione dei relativi diritti, una copia dell'atto notificato, su «supporto informatico non riscrivibile».

Al di là di questa innovazione, che difficilmente potrà trovare applicazione nell'immediato futuro, una modifica degna di maggiore attenzione riguarda la notifica della sentenza al procuratore costituito, utile a far decorrere il termine «breve» per l'impugnazione (art. 285 c.p.c.), e la notifica dell'impugnazione, allorché debba egualmente eseguirsi presso il procuratore costituito (art. 330, 1° comma, c.p.c.). In entrambi i casi, infatti, viene oggi richiamato *integralmente* l'art. 170: il che sta a significare che anche a tali ipotesi risulta applicabile, d'ora in avanti, il 2° comma dell'art. 170, per cui, se più parti sono rappresentate da un unico avvocato, è sufficiente la consegna di una sola copia dell'atto. Soluzione dalla quale

³⁵ V. l'identico aggettivo adoperato nell'art. 65 del Regolamento per la procedura dinanzi al Consiglio di Stato (r.d. n. 642/1907) e nell'art. 36 del d.lgs. n. 546/1992 (sul processo tributario).

può ulteriormente inferirsi che reale destinatario della notifica, in questi casi, è per l'appunto il procuratore.

Un'ulteriore novità, infine, consiste nella possibilità che pure l'Avvocatura dello Stato, al pari degli avvocati del libero foro, esegua la notificazione degli atti civili, amministrativi o stragiudiziali ai sensi e secondo le modalità di cui alla legge n. 53/1994; ossia avvalendosi del servizio postale o anche mediante consegna diretta dell'atto (purché, in questo secondo caso, destinatario sia un altro avvocato).

11. Nel processo civile, a differenza che nel processo penale (ove provvede l'art. 175 c.p.p.) ed in quello amministrativo (nel quale la possibilità di restituzione in termini per errore scusabile viene solitamente desunta dai principi), mancava una disposizione di carattere generale che consentisse, in presenza di determinate circostanze oggettive, il superamento di un termine perentorio.

Il legislatore del 1990, nell'assoggettare ad un sistema di preclusioni piuttosto rigide le attività difensive più significative, si era sì premurato di consentire la rimessione in termini a favore della parte che dimostrasse di «essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile» (art. 184-*bis*); ma la lacuna era stata solo in parte colmata, giacché detto istituto poteva operare soltanto all'interno di ciascun grado del processo, risultando invece inidoneo a porre rimedio alle decadenze derivanti dallo spirare di termini per la proposizione di impugnazioni. Il che poneva non lievi dubbi in relazione agli artt. 3 e 24 Cost.

A dire il vero la giurisprudenza più recente si era mostrata propensa a risolvere il problema, in qualche caso, in via interpretativa – ossia senza investire la Corte costituzionale, che in passato era intervenuta ad ampliare specifiche ipotesi di rimessione in termini³⁶ – in situazioni in cui la tardiva notificazione di un'impugnazione non poteva sicuramente ascrivere a negligenza della parte notificante³⁷. *De iure condito*, tuttavia, si trattava di una soluzione oltremodo forzata; sicché bene ha fatto il legislatore a risolvere una volta per tutte la questione, semplicemente trasferendo nell'art. 153, 2° comma, c.p.c. – e dunque tra le norme di carattere generale – la disposizione anteriormente contenuta nell'art. 184-*bis*.

Naturalmente è all'esperienza applicativa dello stesso art. 184-*bis* (divenuto ora superfluo, e conseguentemente abrogato) che ci si dovrà rifare per intendere concretamente il concetto di «causa non imputabile» oggi utilizzato nell'art. 153.

E' il caso di sottolineare, peraltro, che il rimedio ora considerato riguarda pur sempre i soli termini processuali; sicché è difficile pensare ch'esso possa invocarsi allorché

³⁶ V. in particolare le sentenze nn. 106/1973 e 120/1976, relative agli artt. 650 e 668 c.p.c.

³⁷ V. ad es. Cass. 21 novembre 2006, n. 24702, e S.u. 4 maggio 2006, n. 10216.

l'impedimento abbia determinato l'inosservanza di termini di decadenza cui era eventualmente assoggettata la stessa proposizione dell'azione (come, ad es., nelle ipotesi di cui agli artt. 244 e 1137, 3° comma, c.c.).

12. Intervenendo su un tema di cui si era molto discusso negli ultimi anni, il legislatore ha inserito nell'art. 115, 1° comma, c.p.c. il principio per cui il giudice deve porre a fondamento della decisione, oltre alle prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, «i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita». In tal modo anche nel nostro ordinamento viene opportunamente codificato un vero e proprio onere di contestazione delle avverse allegazioni (la cui vigenza era fino ad oggi molto controversa); sicché la circostanza che una parte ometta di prendere posizione circa i fatti allegati dall'avversario a sostegno della propria domanda o eccezione, o comunque ometta di contestare «specificatamente» tali fatti, consentirà al giudice, d'ora in avanti, di reputare veri i fatti medesimi senza bisogno di prova. Nel contempo, però, tale principio è stato espressamente circoscritto (come già nell'art. 186-*bis*, 1° comma, c.p.c.) all'ipotesi della parte costituita; escludendo, dunque, che alla contumacia possa attribuirsi (come avrebbe voluto, sulla base dell'antecedente disciplina, una parte minoritaria della dottrina) il valore di una *generale* non contestazione.

Al di là di questa esplicita limitazione – a mio avviso del tutto condivisibile – parecchi profili restano in ombra e potranno dar luogo, presumibilmente, a considerevoli incertezze interpretative.

In primo luogo, si tratta di precisare se l'onere di contestazione valga indiscriminatamente per qualunque allegazione di fatto dell'altra parte.

Si ricorderà, ad es., la pretesa discriminazione – prospettata inizialmente da S.U. n. 761/2002 (che per prima ritenne di poter desumere, in via interpretativa, la sussistenza di un onere di contestazione), ma negata dalla prevalente dottrina e poi accantonata, a quanto pare, dalla stessa giurisprudenza successiva – tra fatti principali e fatti secondari, nel senso che la non contestazione opererebbe solamente per i primi e non anche per i secondi. A mio avviso la formulazione dell'art. 115 non offre oggi alcun appiglio ad una siffatta distinzione, che oltretutto si fonderebbe su una classificazione tutt'altro che limpida ed inequivoca³⁸: poiché oggetto della prova può essere *qualunque* fatto rilevante (direttamente o indirettamente) per la decisione, identico dev'essere l'ambito di operatività dell'omessa contestazione.

Dubbi assai maggiori riguardano, invece, il rapporto – se così si può dire – tra il fatto (allegato) e la parte destinataria dell'allegazione, dovendosi stabilire se l'onere di contestazione

³⁸ Rinvio, su questo punto, al mio *Elementi*, cit., I, 75 s.

sia affermabile rispetto a qualunque allegazione dell'avversario, oppure soltanto in relazione ai fatti direttamente riferibili alla parte medesima o comunque caduti sotto la sua diretta percezione o almeno ad essa sicuramente noti.

Per tentare di rispondere a questo non trascurabile interrogativo è opportuno premettere che il legislatore, a mio sommo avviso, non ha inteso affatto utilizzare la non contestazione come metodo per la fissazione formale dei fatti, bensì, più congruamente, come comportamento processuale significativo e rilevante sul piano della *prova* dei fatti; com'è confermato, d'altronde, dalla collocazione della disposizione qui esaminata, che a taluno dei primi commentatori è parsa impropria³⁹. Ciò, tra l'altro, ha il considerevole vantaggio di evitare che l'omessa contestazione, implicando in via automatica e necessaria la verità del fatto non contestato, possa eventualmente collidere col risultato dell'istruzione probatoria⁴⁰.

Se si concorda su questa fondamentale premessa, se ne può allora dedurre quanto segue.

A) Il giudice conserva una certa discrezionalità («tecnica», si potrebbe dire) nell'apprezzare la non contestazione, ossia nel valutare quanto l'atteggiamento processuale di una parte, di fronte ad una determinata allegazione dell'avversario, possa reputarsi effettivamente significativo e dunque sufficiente ad escludere il fatto allegato dal c.d. *thema probandum*, conseguentemente esonerando la parte allegante dal relativo onere probatorio.

B) Pertanto, mentre un'allegazione *esplicita e comune* delle parti vincolerebbe il giudice (in materia, beninteso, di diritti disponibili) a ritenere senz'altro vero il fatto concordemente allegato, il mero difetto di contestazione (specifica) non esclude affatto ch'egli possa e debba valutare siffatto comportamento omissivo, in relazione all'accertamento del fatto unilateralmente allegato, alla luce del complessivo quadro probatorio, che potrebbe contraddire la verità di tale fatto ed essere ritenuto, in qualche caso estremo, finanche prevalente.

C) Nell'apprezzare l'effettiva valenza processuale della contestazione omessa o generica, inoltre, non è possibile prescindere, preliminarmente, dal contenuto dell'allegazione e dal suo grado di specificità; non foss'altro perché è lecito pretendere che la specificità della contestazione (da intendersi come necessità che quest'ultima non si risolva nella mera negazione formale dell'avversa allegazione, ma espliciti, ove sia materialmente esigibile, una diversa e contrapposta versione dei fatti) sia direttamente proporzionale, in un certo senso, alla specificità dell'allegazione che ne costituisce l'oggetto.

³⁹ Cfr. BOVE, *op. cit.*, 44, e soprattutto VERDE, *op. cit.*, 87, il quale ritiene che l'omessa contestazione non costituisca prova del fatto, bensì esoneri dalla necessità di prova, *obbligando* il giudice a porre a fondamento della decisione i fatti non contestati. A mio avviso, invece, tale effetto discenderebbe solamente da un'allegazione esplicita e concorde delle parti (v. oltre nel testo).

⁴⁰ Per un eloquente esempio si veda la fattispecie esaminata da Cass. 6 dicembre 2004, n. 22829.

D) E' ben difficile pensare che possa reputarsi *di per sé* significativo e rilevante, sul piano dell'inferenza probatoria, il difetto di contestazione in ordine a fatti o situazioni che non siano in alcun modo riferibili alla parte destinataria dell'allegazione, né possano presumersi da lei sicuramente conosciuti: si pensi, ad es., con riguardo alle azioni risarcitorie, alle allegazioni relative ai danni effettivamente subiti dall'attore e alla loro quantificazione, oppure ad allegazioni concernenti comportamenti attribuiti al dante causa dell'altra parte. In tali ipotesi, dunque, salvo che dall'atteggiamento processuale del controinteressato non possa desumersi un'effettiva ammissione, espressa o tacita, della verità di tali fatti (si ricordi che l'ammissione tacita consiste nell'allegazione di fatti logicamente incompatibili con la negazione di quelli addotti dall'avversario), escluderei che il mero difetto di (specifica) contestazione possa esonerare l'allegante dalla prova dei fatti medesimi; tanto più che, opinando diversamente, ci si dovrebbe necessariamente accontentare di una contestazione formale e generica, non essendo esigibile che la parte fornisca una propria versione di fatti che non conosce ed ai quali è estranea.

E) L'aver escluso che l'omessa contestazione conduca ad una fissazione formale e definitiva del fatto allegato evita che la non contestazione possa *di per sé* precludere altre attività difensive della parte. Si consideri, ad es., l'ipotesi in cui l'attore, oltre ad allegare i fatti costitutivi del credito dedotto a fondamento della propria domanda di condanna, affermi che il convenuto non lo ha pagato: ebbene, la circostanza che il convenuto ometta di contestare il mancato pagamento non può certo impedirgli, in un momento successivo (e finanche in appello, ai sensi dell'art. 345, 2° comma), di formulare la relativa eccezione (dal momento che il pagamento è un fatto estintivo pacificamente rilevabile anche d'ufficio), la cui prova, indipendentemente dall'allegazione non contestata dell'attore, incombe *comunque* su di lui. A ben riflettere, del resto, è evidente che l'effetto pratico della non contestazione – ossia la *relevatio ab onere probandi* – può prodursi solamente rispetto all'allegazione di fatti *che spetterebbe alla parte allegante provare*.

F) Una siffatta impostazione, inoltre, rende compatibile la non contestazione pure con i giudizi aventi ad oggetto diritti indisponibili, per i quali non sarebbe certamente possibile ammettere che le allegazioni concordi delle parti vincolino senz'altro il giudice a ritenere veri i fatti che ne sono oggetto. In tali giudizi, peraltro, si potrà discutere se la non contestazione sia liberamente apprezzabile, ai fini della decisione, alla stregua del principio desumibile dall'art. 116, 1° comma, o se invece (più verosimilmente) possa utilizzarsi, in base al 2° comma della medesima norma, come mero argomento di prova, inidoneo a fondare di per sé solo il convincimento del giudice.

G) Alla luce delle considerazioni che precedono può altresì trovare una soddisfacente soluzione un altro non trascurabile interrogativo, concernente i limiti temporali della contestazione e le conseguenze di un'eventuale contestazione tardiva.

Sulla scia della già citata S.U n. 761/2002, una parte della giurisprudenza e della dottrina, nonostante l'assenza di disposizioni da cui possa desumersi, a tale riguardo, alcuna decadenza, aveva ritenuto che anche le allegazioni di segno negativo, ossia le mere difese che si traducono nella contestazione dei fatti allegati dall'altra parte, dovessero reputarsi circoscritte all'iniziale fase di trattazione della causa (ovvero precluse, nel processo del lavoro, con la scadenza del termine per la modificazione delle iniziali domande ed eccezioni, a norma dell'art. 420), subordinando la possibilità di una contestazione tardiva alla sussistenza di una causa non imputabile, ai sensi dell'art. 184-*bis* c.p.c.

Una volta appurato, però, che la contumacia non equivale a non contestazione dei fatti allegati dall'avversario, deve senz'altro escludersi che la contestazione (*id est* l'allegazione di segno negativo) sia soggetta ad una vera e propria preclusione; ché, altrimenti, sarebbe assai arduo spiegare e giustificare la deroga in favore della parte non costituita (la quale, per principio, soggiace ovviamente a tutte le preclusioni previste a carico delle parti costituite e dunque, in caso di tardiva costituzione, deve accettare il processo nello stato cui oramai è pervenuto). Ricostruita la non contestazione come comportamento significativo e rilevante sul piano probatorio, invece, appare agevole dedurre che l'assolvimento dell'onere di contestazione deve apprezzarsi, da parte del giudice, in concreto, avendo riguardo al complessivo e reciproco comportamento processuale delle parti, escludendo qualunque automatismo e disancorando la contestazione, comunque, da specifici termini di decadenza. Fermo restando, peraltro, che, poiché è soltanto l'effettiva contestazione a far sorgere nella parte allegante l'onere di dar prova del fatto allegato, questa'ultima, ogniqualvolta il giudice ritenga congrua la contestazione medesima, dovrà essere per l'appunto ammessa (previa rimessione in termini, ove occorra) ad offrire la prova dei fatti contestati.

13. Alcune interessanti innovazioni riguardano la consulenza tecnica e mirano essenzialmente a contenere i tempi complessivi di espletamento di tale mezzo istruttorio nonché, soprattutto, ad evitare udienze inutili. Dal nuovo testo degli artt. 191, 1° comma, e 195, 3° comma, c.p.c., infatti, si evince che:

a) la formulazione dei quesiti dev'essere contenuta già nell'ordinanza di nomina del consulente tecnico; il che peraltro non esclude, ovviamente, che i quesiti medesimi possano essere successivamente integrati o modificati, magari (com'è facile prevedere) in seguito alle

osservazioni che le parti o lo stesso c.t.u. potranno sollevare all'udienza fissata per il giuramento del consulente;

b) con ulteriore ordinanza resa alla predetta udienza, il giudice deve fissare: un primo termine entro cui il c.t.u. deve trasmettere la propria relazione alle parti costituite (il che, non essendo prescritte particolari formalità, potrebbe anche avvenire utilizzando il fax o la posta elettronica certificata); un secondo termine entro cui le parti possono trasmettere al consulente «le proprie osservazioni sulla relazione», sollecitandone eventualmente integrazioni o chiarimenti; ed un terzo termine, sempre anteriore all'udienza successiva, entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la propria relazione, le osservazioni delle parti «e una sintetica valutazione sulle stesse».

Il tutto, evidentemente, allo scopo di evitare che una o più udienze successive al deposito della relazione del consulente si risolvano in un mero rinvio, in seguito alle contestazioni o richieste d'integrazione della relazione medesima ad opera delle parti.

E' appena il caso di osservare, peraltro, che ad un risultato analogo ben avrebbe potuto pervenirsi già in base alla disciplina previgente, attraverso un accorto uso del potere di direzione del processo da parte del giudice. Il che potrebbe superare, in concreto, la circostanza che le disposizioni testé esaminate si applichino formalmente, in virtù dell'art. 58 della legge in esame, ai soli giudizi instaurati dopo la sua entrata in vigore (*infra*, § 24).

Da segnalare, infine, la disposizione inserita nel 1° comma dell'art. 23 disp. att. c.p.c., che fa obbligo al presidente del tribunale di vigilare sulla distribuzione degli incarichi tra i consulenti iscritti all'albo, in modo da evitare che a taluno di essi siano conferiti incarichi in misura superiore al 10 per cento di quelli affidati dall'ufficio (aggiungerei: nell'ambito della medesima categoria di competenza), garantendo, altresì, che del conferimento degli incarichi sia assicurata «adeguata trasparenza» anche avvalendosi di strumenti informatici; nonché la modifica dell'art. 52 (L) del d.p.r. n. 115/2002, che eleva ad un terzo la misura della riduzione degli onorari del consulente (più in generale, dell'ausiliario del giudice), qualora l'incarico non sia espletato entro il termine originariamente stabilito o prorogato.

14. Prescindendo da un intervento del tutto trascurabile sull'art. 249 c.p.c., concernente la facoltà di astensione del testimone, che è stato «aggiornato» con i richiami appropriati alle disposizioni del vigente codice di procedura penale, e dalla modifica dell'art. 255, 1° comma, c.p.c. – già esaminata *supra* nel § 6 – una prima novità significativa, in tema di prova testimoniale, attiene al regime della decadenza comminata dall'art. 104 disp. att. c.p.c. per l'ipotesi di omessa citazione dei testimoni ammessi. Il novellato 1° comma dell'art. 104, infatti,

precisa che la decadenza è dichiarabile d'ufficio, ma nel contempo opportunamente consente all'altra parte (quella, cioè, che non aveva chiesto l'assunzione del teste non citato) di insistere per l'audizione del testimone, dichiarando di avervi interesse; il che, a ben riflettere, costituisce una doverosa applicazione del principio processuale di acquisizione della prova.

Poiché il più comprende il meno, direi che la rilevanza officiosa della decadenza in questione non dovrebbe escludere la possibilità, per il giudice, nelle cause attribuite alla decisione del tribunale in composizione monocratica, di optare d'ufficio per l'assunzione del teste, nell'esercizio del potere conferitogli dall'art. 281-*ter* c.p.c.; quanto meno se si ammette (come a me sembra inevitabile) che tale potere sia esercitabile anche dopo il maturare delle preclusioni istruttorie in danno delle parti⁴¹.

L'innovazione di gran lunga più importante, però, è certamente rappresentata, quanto meno sulla carta, dalla possibilità, contemplata dal nuovo art. 257-*bis* c.p.c., di assumere la deposizione del testimone per iscritto e al di fuori del processo, attraverso la compilazione di un apposito modello, anziché mediante l'interrogatorio ad opera del giudice e nel contraddittorio delle parti.

Rispetto alla formulazione originaria, come proposta nel d.d.l. n. 1441, la versione definitiva dell'art. 257-*bis* presenta alcune non trascurabili variazioni.

In primo luogo, venendo incontro alle giuste preoccupazioni dell'avvocatura, si è previsto che il ricorso a questa forma di testimonianza sia subordinato all'«accordo delle parti» (da intendersi senz'altro, direi, come parti *costituite*). Più esattamente, l'accordo delle parti è condizione necessaria, ma non sufficiente, poiché l'utilizzazione dell'istituto è rimessa pur sempre ad una valutazione discrezionale del giudice, il quale deve tener conto «della natura della causa e di ogni altra circostanza».

In compenso, però, è stato soppresso l'inciso che limitava la possibilità di assumere la deposizione per iscritto alle sole cause aventi ad oggetto diritti disponibili; limitazione che avrebbe sottinteso una pregiudiziale (ancorché comprensibile) diffidenza del legislatore rispetto a siffatta forma di testimonianza.

Per entrambi i profili, dunque, direi che si è trattato di ripensamenti quanto mai opportuni; ché, in particolare, sarebbe stato difficile conciliare con l'art. 24 Cost. un sistema che avesse sottratto senz'altro il testimone all'esame diretto delle parti, ancorché «filtrato» (com'è oggi imposto dall'incongruo divieto racchiuso nell'art. 253, 2° comma, c.p.c.) dalla persona del giudice. Il fatto è, però, che la necessità dell'accordo delle parti renderà piuttosto sporadica –

⁴¹ In argomento, anche per maggiori ragguagli, REALI, *Sulla prova testimoniale disposta d'ufficio*, in *Foro it.*, 2005, I, 935.

per quel ch'è ragionevole prevedere – l'applicazione della disposizione in esame, poiché non è certo frequente che una parte si fidi ciecamente, ed a priori, dei testi indicati dall'avversario, si da rinunciare preventivamente al loro interrogatorio in udienza. E' probabile, pertanto, che l'istituto verrà prevalentemente utilizzato nelle cause contumaciali ed in quelle aventi ad oggetto diritti indisponibili, allorché si tratti di provare fatti sui quali non vi è reale contrasto tra le parti; o magari, com'è confermato dall'esplicito richiamo dell'art. 203 c.p.c., quando la testimonianza dovrebbe assumersi fuori della circoscrizione del tribunale, mediante delega al giudice del luogo.

V'è allora da domandarsi come mai il legislatore, alla (giusta) ricerca di soluzioni inedite per economizzare la risorsa-giudice, non abbia più semplicemente pensato di dare positivo riconoscimento (magari corredandola con qualche ulteriore garanzia, quale ad es. la possibilità di registrazione audio-video della deposizione) ad una prassi oggi abbastanza diffusa in alcuni nostri uffici giudiziari, che consiste nel far interrogare il teste direttamente dai difensori, ovviamente sulla base dei capitoli ammessi, per poi far raccogliere dal giudice esclusivamente la conferma delle risposte già verbalizzate e gli eventuali ulteriori chiarimenti ch'egli reputi opportuni. Il che – com'è agevole comprendere – concilia perfettamente l'esigenza di alleviare il compito del magistrato con quella, non meno essenziale, di assicurare alle parti l'esame diretto del teste, che rappresenta l'unica possibilità per verificare (o tentare di verificare) l'attendibilità della deposizione.

Aggiungerei, peraltro, che anche in questo caso si potrebbe argomentare che il più comprende il meno; sicché la predetta prassi, fino ad oggi verosimilmente *contra legem*, potrebbe d'ora in avanti trovare un'indiretta giustificazione positiva proprio nel nuovo art. 257-*bis*.

Passando ad esaminare le concrete modalità di assunzione della testimonianza scritta, è anzitutto previsto che il giudice, allorché opti per tale soluzione, debba fissare il termine entro cui il testimone è tenuto a rispondere ai quesiti, ordinando altresì alla parte che ne aveva richiesto l'assunzione di predisporre il modello di testimonianza, «in conformità agli articoli ammessi», e di notificarlo, poi, al testimone. Il che, tenuto conto che in questo caso non sono ovviamente possibili le domande a chiarimento di cui all'art. 253, presuppone quanto meno un controllo particolarmente incisivo, da parte del giudice, circa la formulazione dei capitoli ammessi, dal momento che non sembra invece prevista alcuna verifica circa la corretta predisposizione del modello ad opera della parte onerata.

Sebbene la disposizione ora considerata non lo precisi, inoltre, è da ritenere che il giudice debba fissare il termine anche per la notifica del modulo al teste e che la sua inosservanza

determini la decadenza della parte dalla prova, in applicazione analogica del già esaminato art. 104, 1° comma, disp. att.

Il contenuto del modello di testimonianza, conforme a quello che verrà approvato con decreto del Ministro della giustizia, è disciplinato minuziosamente dal nuovo art. 103-*bis* disp. att., che prevede altresì, con un certo eccesso di formalismo, che ogni risposta del teste debba essere seguita dalla sua sottoscrizione, (gratuitamente) autenticata «da un segretario comunale o dal cancelliere di un ufficio giudiziario» (chissà perché non anche da un notaio?).

Il modello dev'essere compilato in ogni sua parte, con risposte separate per ciascuno dei quesiti, precisando le ragioni per cui il teste non sia eventualmente in grado di rispondere a taluno di essi nonché, qualora il teste intenda avvalersi della facoltà di astensione ai sensi dell'art. 249, i motivi che la giustificano. Entro il termine fissato dal giudice, poi, il modulo dev'essere spedito in busta chiusa con plico raccomandato o consegnato direttamente alla cancelleria del giudice, pena la possibile irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 255, 1° comma, c.p.c. (v. *supra* il § 6).

L'utilizzazione di tale modello non è necessaria qualora la testimonianza abbia ad oggetto «documenti di spesa già depositati dalle parti», di talché al testimone è solo richiesto di confermare, in definitiva, quanto già risulta da tali documenti (si pensi, ad es., al carrozziere cui si chieda di deporre circa la spesa sostenuta dalla parte per la riparazione dell'autovettura danneggiata, per cui è già stata prodotta una sua fattura). In tali ipotesi, molto più semplicemente, la deposizione può rendersi mediante dichiarazione scritta e sottoscritta (senza particolari formalità, parrebbe, e dunque senza che sia necessaria l'autenticazione della firma), trasmessa direttamente al difensore della parte nel cui interesse è stata ammessa la prova testimoniale.

Si badi, tuttavia, che la semplificazione riguarda esclusivamente le modalità di assunzione della prova, e non anche i suoi presupposti; sicché anche in questo caso deve ritenersi che il ricorso alla testimonianza scritta resti subordinato all'accordo delle parti.

L'ultimo comma dell'art. 257-*bis* prevede, infine, che il giudice, dopo aver esaminato le risposte o le dichiarazioni scritte del teste, può sempre optare per il suo interrogatorio diretto in udienza, disponendo ch'egli sia chiamato (*id est* citato, ai sensi dell'art. 250 c.p.c.) a deporre dinanzi a lui o (nell'ipotesi dell'art. 203) davanti al giudice delegato.

15. In tema di interruzione del processo, l'unica novità (a parte la dimidiazione del termine per la riassunzione/prosecuzione del processo: v. *infra* il § 19) è rappresentata dal 4° comma dell'art. 300 c.p.c., riguardante specificamente gli eventi interruttivi a carico della parte

contumace, in cui ora è previsto che l'interruzione si verifichi non soltanto dal momento in cui il fatto interruttivo è notificato ovvero è certificato dall'ufficiale giudiziario in sede di notifica di uno dei «provvedimenti» (*rectius*: atti) di cui all'art. 292, ma anche quando esso è «documentato dall'altra parte».

Il senso e la *ratio* della modifica, tuttavia, non sono affatto chiari. Posto, infatti, che l'interruzione tutela esclusivamente la parte colpita dall'evento interruttivo⁴², non è dato comprendere perché debba essere legittimata a provocarla anche l'altra parte (*rectius*: una qualunque delle altre parti, e dunque, ad es., un altro convenuto), che potrebbe essere animata da un intento meramente dilatorio. Non v'è dubbio, comunque, che si tratti di un'ipotesi d'interruzione *ipso iure*, che si verifica per il sol fatto che l'evento interruttivo sia opportunamente documentato nel processo, indipendentemente dal momento in cui l'interruzione medesima sia effettivamente dichiarata dal giudice; ed anche per questo profilo la disposizione mi sembra decisamente inopportuna.

Quanto all'estinzione, poi, l'innovazione più significativa (prescindendo anche in questo caso dalla riduzione dei termini per alcune attività d'impulso del processo, di cui dirò *infra*, nel § 19) riguarda la sua dichiarabilità *d'ufficio*, in conseguenza di una modifica che ha sostanzialmente riportato l'art. 307, 4° comma, c.p.c. al testo originario del 1940.

Ove si prescinda dagli benefici meramente «statistici», derivanti dalla possibilità di liberare formalmente gli uffici da una moltitudine di giudizi cancellati dal ruolo ma virtualmente ancora pendenti *sine die*, e dai riflessi *lato sensu* ideologici, connessi alla riaffermazione del dominio (della legge e) del giudice sulla durata del processo – che a qualcuno, non si sa perché, sta evidentemente a cuore⁴³ – i modestissimi vantaggi pratici della rilevanza officiosa potranno apprezzarsi in relazione alle ipotesi in cui l'estinzione si ricollega alla mancata sanatoria di un vizio, che impedisce la prosecuzione del processo (si pensi, ad es., all'omessa integrazione del contraddittorio, disposta ai sensi dell'art. 102, oppure all'omessa rinnovazione della notificazione della citazione, ordinata in forza dell'art. 291 c.p.c.⁴⁴). Per contro, la mancata previsione di alcun termine per il rilievo d'ufficio farà sì che il verificarsi di una fattispecie estintiva resti rilevabile (seppure, a mio avviso, solo in seguito ad un'espressa

⁴² Dal che la giurisprudenza arguiva, fino ad oggi, che la violazione dell'art. 300, 4° comma, fosse deducibile solamente dai soggetti legittimati a proseguire il giudizio in luogo del contumace: v. per tutte Cass. 22 luglio 2005, n. 15431.

⁴³ E che PROTO PISANI, invece, giustamente definisce «l'effetto di un non opportuno iperpubblicismo in un processo che normalmente ha ad oggetto diritti disponibili dalle parti» (*op. cit.*, § 3.6). Per una diffusa critica v. anche G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 95 s.

⁴⁴ Situazioni nelle quali, peraltro, l'opinione dominante già ammetteva la possibilità di definire il processo in mero rito, con una pronuncia di improcedibilità della domanda (v. ad es. Cass. 30 maggio 2001, n. 7360).

censura di parte, e non anche d'ufficio) pure in fase d'impugnazione⁴⁵; di talché potranno essere in tal modo inopportunamente favorite tattiche dilatorie della parte che abbia interesse ad evitare la decisione di merito.

Un'altra modifica, di mero coordinamento, riguarda il 2° comma dell'art. 310, ove all'espressione «sentenze (...) che regolano la competenza» si è sostituita quella «pronunce che regolano la competenza», per tener conto della circostanza che la decisione della Cassazione sul regolamento di competenza ha assunto, ai sensi dell'art. 375 c.p.c. (come modificato già dalla l. n. 89/2001), la forma dell'ordinanza.

16. Muovendo da una proposta dell'opposizione, recepita con alcune modifiche dal Governo, le Commissioni riunite del Senato approvarono un emendamento che istituiva, attraverso l'inserimento di un nuovo art. 81-*bis* disp. att., il «calendario del processo», che ha poi trovato attuazione con l'art. 52, 2° comma, della legge in esame.

L'idea di fondo – a mio avviso – non è soltanto quella di consentire alle parti di «sapere quando la causa terminerà»⁴⁶, ma anche quella, ben più importante, di tener conto delle peculiarità («della natura, dell'urgenza e della complessità») della singola controversia, partendo dall'indiscutibile premessa che le cause non sono affatto eguali e dunque meritano d'essere assoggettate, tra l'altro, a «ritmi» processuali diversificati. La stessa premessa che poi, a ben riflettere, ha spesso condotto il legislatore, in passato, alla ricerca di riti differenziati, che non si sono certamente rivelati la miglior ricetta per le disfunzioni della giustizia civile.

L'obiettivo, dunque, è pienamente condivisibile; ma direi che la formulazione dell'art. 81-*bis* l'ha inopportunamente travalicato, ed il risultato non sembra di agevole comprensione. Difatti, mentre dal primo periodo parrebbe evincersi che il giudice, «quando provvede sulle richieste istruttorie» (ossia dopo l'udienza di trattazione *ex art.* 183 e la scadenza dei termini eventualmente assegnati in base al 6° comma di tale disposizione), debba limitarsi a «l'indicazione delle udienze successive e degli incombeni [evidentemente istruttori] che verranno [in ciascuna udienza] espletati», il secondo periodo prevede che «i termini fissati nel calendario» possono essere prorogati, anche d'ufficio, se ricorrono «gravi motivi sopravvenuti», e dunque lascia intendere che il calendario debba pure fissare dei termini, ma non chiarisce di quali termini possa trattarsi, né se essi riguardino esclusivamente le parti o finanche – com'è meno plausibile – lo stesso giudice. Non va trascurato, del resto, che, quando il giudice provvede sulle richieste istruttorie, le principali preclusioni a carico delle parti si sono già

⁴⁵ Conf. G. FINOCCHIARO, *loc. ult. cit.*

⁴⁶ Così la relazione orale del sen. Delogu all'Assemblea, nel corso della seduta n. 158 del 25 febbraio 2009. V. anche l'intervento del sen. Casson nella seduta n. 35 del 26 novembre 2008.

prodotte; mentre altre decadenze, quali ad es. quelle relative alla intimazione ai testimoni, sono direttamente ed autonomamente disciplinate dalla legge.

Neppure è chiaro, inoltre, come l'asserita prorogabilità d'ufficio di tali termini, in presenza di gravi motivi, si coordini con l'ultimo periodo della norma in esame, per cui «la proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini»; ed è probabile, per questo aspetto, che il legislatore intendesse semplicemente «adattare» a tale ipotesi, esigendo la sussistenza di «gravi motivi», il principio stabilito in generale dall'art. 154 c.p.c., secondo cui la proroga del termine non perentorio è ammessa, d'ufficio o su istanza di parte, solamente prima della sua scadenza.

Quanto alla concreta applicazione dell'istituto, poi, direi che la novità ora considerata incide indirettamente sugli artt. 175, 2° comma, e 289 c.p.c., giacché è pensabile che il giudice, una volta stabilito il programma delle successive udienze istruttorie e degli eventuali termini (quali che siano) ad esse correlati⁴⁷, sia affrancato dall'obbligo di (ri)firmare volta per volta, a conclusione di ciascuna udienza, quella successiva ed i termini già risultanti dal «calendario» della causa; salva la possibilità, ovviamente, che l'esito dell'udienza o un altro accadimento ad essa anteriore non integri un «grave motivo sopravvenuto» tale da indurlo, su istanza di parte o d'ufficio, a modificare in tutto o in parte il calendario medesimo e dunque la scansione delle udienze a venire.

A parte questo, è agevole pronosticare che saranno numerose le ipotesi in cui il calendario inizialmente fissato dovrà essere rivisto e modificato strada facendo, per tener conto dei vari imprevisti che potrebbero intervenire nel prosieguo della fase istruttoria: ad es. ritardi, giustificati o no, del c.t.u.; mancata comparizione, giustificata o no, di uno o più testimoni; procedimenti incidentali di verifica o di falso; impedimenti del giudice; eventi interruttivi del processo; ecc.

Anche in questo caso, dunque, mi sembra del tutto improbabile che l'innovazione possa sortire qualche benefico effetto sui mortificanti ed esasperanti ritmi del nostro processo civile.

17. Ignorando totalmente le autorevoli critiche suscitate dalle note sentenze delle Sezioni unite nn. 8202 e 8203 del 2005 – e quasi ad evitare possibili «ripensamenti» di queste ultime – il legislatore si è preoccupato di chiarire nel 3° comma dell'art. 345 c.p.c. che il divieto di nuovi mezzi di prova in appello implica anche il divieto di produrre nuovi documenti, a meno che il collegio li ritenga «indispensabili ai fini della decisione della causa» oppure che la parte «dimostri di non aver potuto produrli in primo grado per causa ad essa non imputabile».

⁴⁷ Cfr. G. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 92 s., il quale per l'appunto ritiene che il calendario debba riguardare esclusivamente la fase dell'istruzione probatoria.

A scanso di equivoci, anzi, l'art. 345 figura tra le poche disposizioni novellate immediatamente applicabili «ai giudizi pendenti *in primo grado*» alla data del 4 luglio (*infra*, § 24); il che, peraltro, se si utilizzasse l'argomentazione *a contrario*, potrebbe far sorgere qualche dubbio circa la disciplina dei giudizi che a tale data fossero già esauriti in primo grado e magari pendenti proprio in appello.

A prescindere da questo profilo, resta il fatto che, mentre l'ipotesi della mancata produzione in primo grado dipesa da causa non imputabile è pienamente compatibile con la prova documentale, l'altra deroga, legata alla «indispensabilità» del nuovo documento, appare difficilmente comprensibile e comunque di modesto rilievo pratico. Come ho già sottolineato in altra occasione⁴⁸, infatti, rispetto alla prova costituenda il requisito della «indispensabilità» (analogamente a quello della rilevanza) implica un giudizio *prognostico* distinto e diverso da quello avente ad oggetto il *risultato* della prova, giacché al giudice si chiede di valutare in anticipo, in base alle indicazioni provenienti dalle parti, la concreta possibilità che il mezzo di prova conduca all'accertamento di fatti rilevanti per la decisione; ed è proprio da siffatta valutazione *preventiva ed ipotetica* che vien fatta dipendere l'*ammissione* della prova stessa. Rispetto al documento, invece, un siffatto giudizio non ha alcun senso, per la semplice ragione che in tal caso l'esame del giudice ha direttamente ad oggetto la rappresentazione dei fatti risultante dal documento, senza alcuna verifica di natura *preventiva*. In altre parole, per valutare se il documento sia «indispensabile», e cioè sia idoneo a dar prova di fatti rilevanti (o, se si preferisce, decisivi) per l'esito dell'impugnazione, il giudice non può non esaminarne il contenuto; sicché, se infine giunge a negarne l'ammissibilità, è solo perché lo reputa, evidentemente, inutile o comunque superfluo.

In concreto, pertanto, l'unico modesto risultato della soluzione adottata dalle Sezioni unite nel 2005 ed ora confermata dal legislatore parrebbe quello di attribuire un'ampia discrezionalità al giudice d'appello nell'utilizzare o no nuove prove documentali, semplificandone soprattutto la motivazione in caso di diniego.

18. La novità sulla quale maggiormente si è discusso in sede parlamentare è certamente quella riguardante l'introduzione di un «filtro» ai ricorsi per cassazione, con l'ovvia finalità di alleviare il carico di lavoro della nostra Corte suprema.

Il nuovo art. 360-*bis* c.p.c., introdotto da un emendamento del Governo all'originario d.d.l. n. 1441, testualmente prevedeva, nella sua prima formulazione, che il ricorso fosse «dichiarato ammissibile» nelle seguenti quattro ipotesi:

⁴⁸ *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, fasc. 1, spec. 98 ss.

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 ovvero quando esistono contrastanti orientamenti nella giurisprudenza della Corte;

3) quando appare fondata la censura relativa a violazione dei principi regolatori del giusto processo;

4) quando ricorrono i presupposti per una pronuncia ai sensi dell'articolo 363.

Nel corso del primo esame alla Camera, poi, la norma si arricchì di un'ulteriore ipotesi d'inammissibilità, relativa al «ricorso presentato ai sensi dell'articolo 360, primo comma, numero 5), avverso la sentenza di appello che ha confermato quella di primo grado».

Prescindendo dagli inestricabili problemi ch'essa avrebbe generato sul piano interpretativo, dunque, si trattava di una disposizione in palese contrasto con l'art. 111, 7° comma, Cost., giacché avrebbe implicato una drastica riduzione delle «violazioni di legge» suscettibili d'esser fatte valere col ricorso, incidendo indirettamente sugli stessi motivi d'impugnazione contemplati dal (pur immutato) art. 360; con l'aggravante, peraltro, che la decisione sull'ammissibilità sarebbe spettata in via definitiva, in virtù di una valutazione ampiamente discrezionale, ad un non meglio precisato «collegio di tre magistrati».

In seguito alle generali e sacrosante critiche cui ho già avuto modo di far cenno nel par. 1, sembrò, ad un certo punto, che questa parte della riforma potesse essere addirittura stralciata, in vista di un'opportuna rimediazione dell'intera problematica; ma alla fine il furore innovativo del legislatore ebbe la meglio sulla prudenza e fu varata, quale soluzione di compromesso, quella ch'è divenuta la formulazione definitiva dell'art. 360-*bis*, rubricato «*Inammissibilità del ricorso*», in cui si prevede che il ricorso «è inammissibile» in due ipotesi:

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»;

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

Se ci si volesse limitare ad un commento lapidario, si potrebbe osservare che la montagna, alla fine, ha partorito il classico topolino, ma d'altronde meglio avrebbe fatto ... ad

abortire, visto che il risultato è talmente insulso⁴⁹ da poter suggerire, quanto meno in relazione all'ipotesi *sub 2*), interpretazioni stravaganti ed imprevedibili.

A mio avviso occorre anzitutto tener presente che la soluzione infine adottata ha ribaltato l'impostazione iniziale: non si tratta più di stabilire quando il ricorso è ammissibile bensì, all'opposto, di individuare le ipotesi in cui esso è inammissibile; ipotesi che ovviamente vanno a sommarsi a quelle già previste dalle disposizioni previgenti (in particolare dall'art. 366) ovvero desumibili dai principi (si pensi al difetto di legittimazione o di interesse ad impugnare), ma sono anche compensate, in un certo senso, dalla contestuale abrogazione dell'art. 366-*bis*, che imponeva, a pena di inammissibilità, la formulazione del famigerato quesito di diritto, non più richiesto per i ricorsi relativi a provvedimenti pubblicati dal 4 luglio 2009 in poi (*infra*, § 24).

Alla luce di questa diversa impostazione, l'unica premessa certa da cui muovere è che l'art. 360-*bis* non incide in alcun modo sull'invariato art. 360, *ossia non può essere interpretato in un senso che porterebbe surrettiziamente a restringere*, in violazione dell'art. 111 Cost., *l'area dei motivi per i quali è esperibile l'impugnazione dinanzi alla Corte suprema*⁵⁰.

Questo rischio, d'altronde, non sembra concretamente prospettabile rispetto alla prima ipotesi d'inammissibilità contemplata dall'art. 360-*bis*. Premesso, infatti, ch'essa è riferibile non soltanto ai ricorsi fondati sulla «violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro» (art. 360 n. 3), ma pure a quelli in cui si deduca taluno dei vizi di cui ai nn. 1), 2) e 4) dell'art. 360, che egualmente *possono* implicare «questioni di diritto», è evidente che la disposizione in esame tipizza come fattispecie di *inammissibilità* una situazione che meglio avrebbe potuto essere incasellata tra quelle di *manifesta infondatezza* dell'impugnazione. Il che, probabilmente, risponde alla finalità di rendere più semplice la motivazione della pronuncia d'inammissibilità, giacché la Corte potrà limitarsi a dare atto che le questioni dedotte col ricorso sono state risolte dal giudice *a quo* in modo conforme alla giurisprudenza della stessa Corte – sul presupposto, aggiungerei, che tale giurisprudenza sia univoca e sufficientemente consolidata (ché, ad es., tale non sarebbe quella risultante da un unico precedente, o magari da poche pronunce assai remote) – e che nel ricorso non sono indicati argomenti nuovi, tali da rendere opportuno *un nuovo esame* del problema, foss'anche al solo fine di ribadire quell'anteriore orientamento⁵¹.

⁴⁹ Di norma scritta «in maniera sorprendentemente sciatta» discorre infatti E.F. Ricci, *Il filtro in Cassazione scivola sui paradossi*, in *Il Sole 24 ore* del 29 maggio 2009, 35.

⁵⁰ In senso non dissimile, seppure con specifica attenzione agli *errores in procedendo* di cui al n. 4) dell'art. 360, BOVE, *op. cit.*, 67 s.

Tutt'altro discorso è invece necessario circa la seconda ipotesi d'inammissibilità, che discorre espressamente di «manifesta infondatezza», ma non è affatto chiaro cosa intenda per «censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo».

Premesso, infatti, ch'è assai difficile attribuire una portata normativa autonoma al concetto – apparentemente metagiuridico – di «processo giusto», si potrebbe anzitutto pensare che il legislatore abbia voluto alludere, con tale espressione, ai principi consacrati nel 2° comma dell'art. 111 Cost. (contraddittorio; parità delle armi; terzietà ed imparzialità del giudice; ragionevole durata del processo), sul presupposto che la loro violazione sia *direttamente ed autonomamente* deducibile, in qualche caso, come vizio del provvedimento impugnato (che non sarebbe ricavabile, invece, dalle disposizioni del codice). A mio avviso, tuttavia, si tratta di un'esegesi assai poco plausibile: sia perché, ammesso e non concesso che i principi testé richiamati siano provvisti di una loro (autonoma) portata immediatamente precettiva⁵², l'applicazione della disposizione in esame verrebbe circoscritta ad ipotesi del tutto sporadiche, tali da non giustificare l'intervento del legislatore; sia, soprattutto, perché tale ricostruzione contraddirebbe la premessa che ho poc'anzi indicato, secondo cui l'art. 360-*bis* non può interferire (né riducendola, né tanto meno ampliandola) sull'area delle censure per cui è ammesso il ricorso ai sensi dell'art. 360⁵³.

Quest'ultima considerazione, d'altronde, impedisce di pensare che la disposizione in esame abbia inteso incidere in senso restrittivo sul novero delle nullità processuali denunciabili ai sensi del n. 4) dell'art. 360, attribuendo alla Corte (o più esattamente alla «apposita sezione» di cui dirò tra poco) il potere (ampiamente) discrezionale di stabilire quali «nullità della sentenza o del procedimento» attentino concretamente ai «principi regolatori del giusto processo»⁵⁴: una siffatta soluzione, infatti, oltre ad essere tecnicamente inattendibile⁵⁵,

⁵¹ Così intesa, mi pare che l'infelice espressione adoperata dal legislatore, parsa incomprensibile ai primi commentatori (cfr. E.F. RICCI, *op. cit.*, e G.F. RICCI, *La riforma del giudizio di cassazione tra funzione nomofilattica e tutela del diritto di difesa*, in corso di pubbl. in *Previdenza forense*, § 3), assuma un significato compiuto. Osserva giustamente DIDONE, *Note minime sul quesito di diritto ex art. 366 bis c.p.c. e sul nuovo «filtro» in Cassazione*, in *Corriere giur.*, 2009, spec. 857, d'altronde, che la formulazione dell'art. 360-*bis* trae spunto dall'esperienza della settima sezione penale della Cassazione, che egualmente dichiara l'inammissibilità dei ricorsi manifestamente infondati.

⁵² Lo esclude – a mio avviso giustamente – G.F. RICCI, *op. cit.*, § 4.

⁵³ Oltretutto, come esattamente sottolinea E.F. RICCI, *op. cit.*, sarebbe assurdo prevedere un «filtro» per i soli vizi processuali più gravi, che addirittura si concretino nella violazione di precetti costituzionali, mentre nessun analogo vaglio preliminare sarebbe previsto allorché il ricorso denunciasse nullità processuali meno gravi.

⁵⁴ Così parrebbe intenderla, invece, CONSOLO, *Una buona «novella» al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere giur.*, 2009, spec. 740.

⁵⁵ V. ancora E.F. RICCI, *op. loc. cit.*

contrasterebbe palesemente con l'art. 111, 7° comma, Cost., poiché limiterebbe arbitrariamente l'area delle violazioni di legge processuale per le quali è ammesso il ricorso per cassazione.

Mi sembra più verosimile, pertanto, che l'infelice espressione adoperata nel n. 2) dell'art. 360-*bis* – che sollecita amare riflessioni sulla leggerezza e superficialità con cui il nostro legislatore è avvezzo ad affrontare temi processuali di enorme delicatezza – intendesse semplicemente riferirsi, riassuntivamente, a *tutti gli altri vizi contemplati dall'art. 360 che, pur non implicando «questioni di diritto», si traducano, in definitiva, in errores in procedendo*. Di talché l'art. 360-*bis* «coprirebbe», complessivamente, tutti i motivi di ricorso contemplati dall'art. 360; inclusi, forse, anche i vizi della motivazione di cui al n. 5), che potrebbero essere ricondotti, pur con non lieve forzatura, alla violazione dell'obbligo di motivazione imposto dall'art. 111, 6° comma, Cost.⁵⁶

Naturalmente potrà obiettarsi che anche tali fattispecie ben avrebbero potuto rientrare tra quelle per le quali la pronuncia in camera di consiglio con ordinanza era già consentita dall'art. 375, n. 5), c.p.c. e che, pertanto, non vi era alcun bisogno di ricollegare l'*inammissibilità* ad ipotesi in cui il ricorso è semplicemente *infondato* (ancorché «manifestamente») *nel merito*. Ma l'incongruenza è addebitabile unicamente al legislatore e non sembra in alcun modo evitabile dall'interprete.

Se queste conclusioni sono esatte, ne dedurrei che l'art. 360-*bis*, più che un vero e proprio «filtro» rispetto all'accesso alla Corte suprema – che allo stato, del resto, non sembra compatibile coll'art. 111, 7° comma, Cost. e che, comunque, neppure mi sembra auspicabile – si è limitato ad introdurre, disciplinando e potenziando un istituto ch'era già stato parzialmente sperimentato dalla Corte medesima sul piano della regolamentazione interna (con la creazione della c.d. «struttura»), un meccanismo che consente un esame preliminare finalizzato ad una «scrematura» e ad una più agevole definizione dei ricorsi inammissibili e di quelli manifestamente fondati o infondati⁵⁷. Il che non esclude il rischio, ovviamente, che la stessa Corte, analogamente a quanto era avvenuto, negli ultimi anni, col quesito di diritto – e magari sfruttando la pessima fattura della norma testé esaminata – utilizzi tale istituto per rendere di fatto sommario anche il giudizio di legittimità.

⁵⁶ Cfr. a tal proposito BOVE, *op. cit.*, 70, il quale, pur muovendo dalla premessa che i vizi della motivazione, di cui all'art. 360, n. 5), dovrebbero restare estranei al vaglio d'inammissibilità di cui all'art. 360-*bis*, non manca di rilevare che anche «la manifesta infondatezza del ricorso, quale che sia il motivo su cui si fonda, può comunque comportare il rigetto rapido ad opera della c.d. “apposita sezione”», sicché dal punto di vista pratico la situazione non dovrebbe mutare.

⁵⁷ Secondo PROTO PISANI, *op. cit.*, § 2, infatti, nella versione definitiva dell'art. 360-*bis* è venuto «totalmente meno» il filtro all'ammissibilità dei ricorsi ed il legislatore «si limita nella sostanza a qualificare come inammissibili i ricorsi manifestamente infondati».

Il procedimento per la decisione in camera di consiglio.

Salvo che non ricorrano «le condizioni previste dall'art. 374», ossia quelle che possono condurre all'investitura delle Sezioni unite, il novellato 1° comma dell'art. 376 c.p.c. prevede che i ricorsi siano assegnati dal primo presidente ad un'apposita sezione, composta «di regola» da magistrati appartenenti a tutte le sezioni (nuovo art. 67-*bis* del r.d. n. 12/1941), affinché essa verifichi «se sussistono i presupposti per la pronuncia in camera di consiglio ai sensi dell'art. 375, primo comma, numeri 1) e 5)»⁵⁸; e cioè (tenendo conto che lo stesso art. 375 c.p.c. è stato lievemente modificato *in parte qua*), se 1) debba «dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto, anche per mancanza dei motivi previsti dall'art. 360», oppure 2) debba «accogliere o rigettare il ricorso principale e l'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza».

In entrambi i casi, pertanto, deve sussistere la possibilità di definire agevolmente e contestualmente, in rito (per inammissibilità) o nel merito (per manifesta fondatezza o infondatezza), tanto l'impugnazione principale quanto l'eventuale impugnazione incidentale; e la relativa valutazione compete, in prima battuta, al relatore della suddetta sezione⁵⁹, il quale, laddove ritenga sussistere una delle ipotesi poc'anzi indicate, deposita in cancelleria una relazione con la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare, a suo avviso, l'ordinanza di inammissibilità ovvero di manifesta fondatezza o infondatezza (art. 380-*bis*, 1° comma, nuovo testo). L'*iter* successivo, a questo punto, è disciplinato dal 2° comma dello art. 380-*bis*, del tutto analogo ai previgenti commi 2° e 3°: il presidente (direi della sezione) fissa l'adunanza della Corte in camera di consiglio con decreto, che, unitamente alla predetta relazione, dev'essere comunicato al pubblico ministero e notificato ai difensori delle parti almeno venti giorni prima della data stabilita; pubblico ministero e difensori possono presentare, rispettivamente, conclusioni scritte e memorie fino a cinque giorni prima dell'adunanza, nonché comparire e chiedere di essere sentiti in quell'occasione.

Il compito di questa sezione-filtro, comunque, è limitato alle verifiche sopra indicate; sicché, ogniqualvolta essa non definisca il giudizio – vuoi perché il relatore non ritenga sussistere una delle fattispecie contemplate dai nn. 1) e 5) dell'art. 375 (e dunque neppure chiedi al presidente di fissare l'adunanza in camera di consiglio), vuoi perché sia il collegio a pervenire a questa conclusione (magari alla luce dei rilievi delle parti e del pubblico ministero) – gli atti sono rimessi al primo presidente, il quale procede all'assegnazione ad una delle sezioni

⁵⁸ Si noti, peraltro, che il vigente art. 375 consta di un unico comma, essendo stati gli altri abrogati dalla riforma del 2006.

⁵⁹ Che non è chiaro se debba essere designato dallo stesso primo presidente, oppure, più verosimilmente, dal presidente della sezione-filtro.

semplici (art. 376, 1° comma). Sarà poi il relatore di tale sezione, nominato dal presidente della sezione stessa ai sensi dell'art. 377, 1° comma, a dover verificare se sussista un'altra delle ipotesi che, a norma dell'art. 375 nn. 2) e 3), egualmente consente la pronuncia in camera di consiglio (necessità d'integrazione del contraddittorio, ai sensi dell'art. 331, oppure di notificazione dell'impugnazione, ai sensi dell'art. 332, ovvero di rinnovazione della notificazione stessa; declaratoria di estinzione del processo «in ogni caso diverso dalla rinuncia») o se la causa debba essere invece chiamata alla pubblica udienza⁶⁰.

Un dubbio suscitato da questa disciplina attiene all'efficacia della decisione della sezione-filtro, nell'ipotesi in cui essa, disattendendo l'opinione del relatore, ritenga di non poter definire il giudizio in base ai nn. 1) e 5) dell'art. 375 e dunque rimetta gli atti al primo presidente. Ci si deve chiedere, infatti, se la relativa ordinanza vincoli o no la sezione semplice successivamente investita della causa, quanto meno in ordine alla insussistenza di ipotesi di inammissibilità del ricorso principale o incidentale⁶¹ (o magari, secondo una soluzione più circoscritta, delle sole fattispecie d'inammissibilità espressamente escluse dal provvedimento). A mio avviso la risposta dev'essere senz'altro negativa, anche alla luce di un preciso indizio positivo: nella nuova formulazione dell'art. 380-*bis* non è stato riprodotto il previgente 4° comma, il quale stabiliva che «nella seduta [in camera di consiglio] la Corte *delibera* sul ricorso con ordinanza»; il che avrebbe potuto intendersi nel senso che la Corte medesima dovesse in ogni caso *decidere* sulle questioni sollevate dal relatore a norma del 1° comma, anche quando escludesse la possibilità di definire il giudizio in tale sede. La mancata riproduzione di tale disposizione, invece, può per l'appunto indirettamente confermare che l'unica decisione rilevante della sezione-filtro è quella che eventualmente definisca il giudizio, per inammissibilità o manifesta fondatezza o infondatezza di tutte le impugnazioni proposte.

19. Nel tentativo di conseguire una maggiore concentrazione del processo, incidendo positivamente sulla sua durata complessiva, il legislatore ha previsto la riduzione, talora drastica, di parecchi termini riguardanti attività d'impulso del processo. In particolare, sono stati così ridotti:

a) da un anno a sei mesi il tradizionale termine c.d. lungo per l'impugnazione (ordinaria) della sentenza non notificata (art. 327, 1° comma, c.p.c.);

⁶⁰ Qualora il relatore opti per la pronuncia in camera di consiglio, l'*iter* è del tutto analogo a quello previsto dinanzi alla sezione-filtro (deposito di una relazione in cancelleria; fissazione dell'adunanza in camera di consiglio; ecc.), poiché il 3° comma del novellato art. 380-*bis* rinvia al già esaminato 2° comma.

⁶¹ Come sembra ritenere BOVE, *op. cit.*, 65.

b) da sei mesi a tre mesi i termini per la riassunzione del processo dopo una declinatoria di competenza (art. 50, 1° comma, c.p.c.) nonché per la prosecuzione/riassunzione del processo sospeso o interrotto (artt. 297, 1° comma, e 305 c.p.c.) e di quello rimesso dal giudice d'appello al giudice di primo grado (art. 353, 2° comma, c.p.c.);

c) da sei a tre mesi il termine massimo che il giudice può assegnare, ai sensi dell'art. 307, 3° comma, c.p.c., per la rinnovazione della citazione o per altre attività d'impulso richieste a pena d'estinzione del processo;

d) da un anno a tre mesi il termine utile per la riassunzione del processo cancellato dal ruolo, a norma dell'art. 307, 1° comma, nonché per la riassunzione del giudizio di rinvio (art. 392, 1° comma, c.p.c.);

e) da quattro a tre mesi la durata massima della sospensione c.d. concordata del processo, consentita (ora «per una sola volta») dall'art. 296 c.p.c.

Sulla valutazione di siffatte modifiche v. *infra* il § 25.

20. Il nuovo art. 614-*bis* c.p.c., inserito in coda alle disposizioni riguardanti l'esecuzione forzata di obblighi di fare o di non fare, prevede che il giudice, con il provvedimento di condanna, fissi su richiesta di parte, «salvo che ciò sia manifestamente iniquo», «la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento»; somma che è determinata «tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato e prevedibile e di ogni altra circostanza utile». Il provvedimento, inoltre, «costituisce titolo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza».

Si è dunque in presenza di una sanzione, o più esattamente di una misura coercitiva civile (fino ad oggi prevista solo rispetto ad ipotesi specifiche: v. ad es. l'art. 124 del d.lgs. n. 30/2005), destinata – per quel che si desume dalla rubrica dello stesso art. 614-*bis* – a garantire «l'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare»; per i quali, ovviamente, non è concepibile l'attività sostitutiva di un terzo, rispetto a quella richiesta all'obbligato, e non può dunque operare l'esecuzione forzata diretta, a norma dell'art. 612 c.p.c. Per espressa previsione, peraltro, l'istituto non è applicabile alle controversie di lavoro subordinato, pubblico o privato, né a quelle concernenti i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c.; il che, tra l'altro – piaccia o no – vuole indirettamente confermare, se non erro, l'incoercibilità dell'obbligo del datore di lavoro di reintegrare materialmente nell'azienda il lavoratore illegittimamente licenziato⁶².

⁶² V. da ultimo Trib. Milano 1° dicembre 2006, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1542.

Tanto premesso, i problemi sollevati dall'art. 614-*bis* sono molteplici e talora piuttosto seri. In questa sede non ci si può che limitare a farne brevemente cenno.

A) Un primo motivo di dubbio deriva dalla circostanza che il riferimento ai soli obblighi «infungibili» (di fare o di non fare), risultante dalla rubrica, non si ritrova, poi, nel testo dell'art. 614-*bis*, che potrebbe attagliarsi all'esecuzione di qualunque obbligo di fare o di non fare (o anche di disfare). Per quest'aspetto, tuttavia, è verosimile che l'inequivoca *voluntas legis* consenta di porre rimedio alla lacuna testuale, limitando per l'appunto l'ambito di applicazione dell'istituto alle sole ipotesi in cui non sarebbe esperibile l'esecuzione forzata *diretta*⁶³.

B) Il punto più delicato, invece, è sicuramente quello che attiene all'individuazione dei limiti interni dell'istituto, per dare un significato concreto all'espressione adoperata dal legislatore («salvo che ciò sia manifestamente iniquo») e comprendere, dunque, se la misura coercitiva in questione debba essere o no disposta, in linea di principio, per qualunque obbligo infungibile.

A mio avviso, perché l'esecuzione c.d. indiretta abbia un senso e sia giustificabile, alla luce della comparazione degli interessi in gioco, occorre pensare che l'interesse del titolare del diritto leso non possa trovare piena ed integrale realizzazione o soddisfazione – seppure, eventualmente, *ex post* – per altre vie. Così, ad es., sebbene l'obbligo di concludere un contratto appartenga certamente alla categoria degli obblighi infungibili, è lecito ritenere che il rimedio di cui all'art. 2932 c.c., ossia la possibilità di ottenere dal giudice una sentenza costitutiva che tenga luogo del contratto non concluso, escluda la possibilità d'invocare l'applicazione dell'art. 614-*bis*⁶⁴.

Un'altra non trascurabile indicazione, sul piano sistematico, mi sembra possa venire dall'art. 2058 c.c., per cui la reintegrazione in forma specifica può essere accordata al danneggiato, in luogo del risarcimento per equivalente, soltanto a condizione ch'essa non risulti «eccessivamente onerosa per il debitore».

Alla luce di tali considerazioni – e tenendo presente che l'altro corno dell'alternativa è rappresentato, ovviamente, dalla tutela meramente risarcitoria – si può pensare che l'imposizione di una misura coercitiva debba essere esclusa allorché l'adempimento dell'obbligo implicherebbe una penalizzazione eccessiva per il debitore, magari sacrificando (anche) un suo interesse *non patrimoniale* (situazione, quest'ultima, che parrebbe più difficilmente ipotizzabile rispetto all'attuazione degli obblighi di non fare).

⁶³ Per un'analoga conclusione v. CARRATTA, *op. cit.*, 94 s., e cfr. anche BOVE, *op. cit.*, 73.

⁶⁴ Di opposto avviso è CONSOLO, *Una buona «novella»*, cit., 741 s., il quale è conseguentemente costretto ad affrontare gravi problemi di coordinamento, soprattutto con riguardo all'ipotesi in cui il contraente inadempiente si risolva a stipulare il contratto, pur intendendo impugnare la sentenza di condanna, al solo fine di non subire la misura coercitiva.

Ragionando in astratto, si potrebbe andare anche oltre, supponendo che l'adempimento dell'obbligo di fare o di non fare debba apparire strumentale alla realizzazione di un interesse almeno in parte non patrimoniale del titolare del diritto dedotto in giudizio; ch , se cos  non fosse – se cio  la tutela risarcitoria fosse pienamente idonea a realizzare, seppure *ex post*, l'interesse del creditore – l'indiretta coercizione della volont  dell'obbligato apparirebbe del tutto inopportuna. In concreto, tuttavia, dubito fortemente che l'espressione adoperata dal legislatore («salvo che ci  sia manifestamente iniquo») possa autorizzare una siffatta lettura restrittiva.

C) Qualche perplessit  desta l'attribuzione dell'efficacia di titolo esecutivo al provvedimento (anche) per ci  che concerne «il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza successiva»: nella specie, infatti, si   in presenza di una sorta di condanna in futuro dall'oggetto indeterminato, che l'attore vittorioso pu  porre in esecuzione in qualunque momento, adducendo semplicemente l'intervenuta violazione (o reiterate violazioni) dell'obbligo assistito dalla misura coercitiva; anche se il debitore, dal canto suo, non   certamente privo di tutela, poich  ha ovviamente a propria disposizione l'opposizione all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.*, attraverso cui potrebbe contestare, tra l'altro, l'insussistenza dell'asserita violazione dell'obbligo risultante dal provvedimento di condanna.

Si noti, peraltro, che la norma, per la parte ora considerata, discorre solamente di «violazione o inosservanza successiva» (che parrebbe sottintendere un dovere negativo di astensione) e non anche del «ritardo nell'esecuzione del provvedimento» (che invece indubbiamente presuppone un obbligo di fare), distintamente menzionato nel primo periodo dello stesso art. 614-*bis*. Tale circostanza potrebbe allora suggerire un'interpretazione restrittiva, che limiti l'esecutivit  della condanna in futuro alla sola «violazione» o «inosservanza» di provvedimenti recanti la condanna ad un *non facere*; tenuto anche conto che il risarcimento del danno da mero ritardo nell'adempimento di un obbligo di fare infungibile potrebbe sollevare, ad es., non lievi questioni legate all'accertamento dell'effettiva imputabilit  del ritardo al debitore, soprattutto quando l'adempimento non possa avvenire *uno actu* (si pensi, ad es., allo scrittore che si sia impegnato a fornire all'editore un romanzo).

D) La lettera dell'art. 614-*bis* lascia intendere che l'imposizione della misura coercitiva debba avvenire con lo stesso provvedimento di condanna all'adempimento dell'obbligo di fare o non fare, escludendo, dunque, la possibilit  di chiederne la pronuncia con un'azione successiva⁶⁵. Anche in questo caso l'interpretazione restrittiva mi sembra plausibile, sia perch  il giudice che condanna all'adempimento dell'obbligo infungibile si trova nella posizione

⁶⁵ Alla medesima conclusione perviene CARRATA, *op. cit.*, 95 s., che per  reputa inopportuna la limitazione.

migliore per valutare l'*an* ed il *quantum* della sanzione, alla luce degli elementi indicati dal 2° comma della norma in esame, sia perché, più a monte, potrebbe addirittura dubitarsi dell'ammissibilità di un'azione di condanna a fare infungibile o a non fare che non si accompagni alla richiesta di una misura coercitiva⁶⁶.

E) Trattandosi di una statuizione accessoria rispetto alla condanna principale, concernente l'adempimento dell'obbligo infungibile, le sue sorti devono intendersi integralmente dipendenti da quelle di tale condanna; sicché, ogniqualvolta quest'ultima sia caducata dal giudice dell'impugnazione, ne resterà automaticamente travolta (*ex art. 336 c.p.c.*) anche la condanna comminata per l'ipotesi dell'inadempimento e sorgerà il diritto alla ripetizione delle somme eventualmente pagate in esecuzione della sentenza riformata o cassata.

21. Le ulteriori modifiche relative al processo esecutivo parrebbero suscitare minori problemi interpretativi.

Una prima novità, rappresentata dall'*art. 540-bis c.p.c.*, concerne la sola espropriazione mobiliare e si riferisce all'ipotesi in cui, dopo il secondo o successivo esperimento, le cose pignorate risultino invendute nonché a quella in cui la somma assegnata non sia sufficiente a soddisfare le ragioni dei creditori. In entrambi i casi il giudice, ad istanza di uno dei creditori stessi, ordina senz'altro che il pignoramento sia integrato, a norma dell'*art. 518, ult. comma*, attraverso la ricerca di ulteriori beni da parte dell'ufficiale giudiziario. Se tale ricerca è positiva, il giudice dispone la vendita delle nuove cose pignorate, senza bisogno di una nuova istanza; altrimenti, salvo che non debbano completarsi le operazioni di vendita dei beni originariamente pignorati, dichiara (d'ufficio) l'estinzione del procedimento.

La norma non chiarisce, per la verità, se l'integrazione possa esser richiesta da qualunque creditore, o soltanto da quelli muniti di titolo esecutivo. A mio avviso, tuttavia, la seconda soluzione è da preferire, alla luce del principio enunciato nell'*art. 526 c.p.c.*, per cui solo i creditori «titolati» possono «provocare» i singoli atti dell'espropriazione⁶⁷.

Una seconda novità, da salutare con incondizionato favore, attiene all'eliminazione dell'ultimo periodo dell'*art. 616 c.p.c.*, da cui deriva il ripristino dell'appellabilità della sentenza che decide l'opposizione all'esecuzione (che il legislatore del 2006 aveva improvvidamente definito «non impugnabile», e dunque ricorribile per cassazione). Mette conto di sottolineare che si tratta di una delle poche modifiche immediatamente applicabili, ai sensi

⁶⁶ In tal caso, infatti, si tratterebbe, nella sostanza, di una domanda di mero accertamento (v. il mio *Elementi*, cit., I, 40), da valutarsi come tale anche sotto il profilo della necessaria sussistenza di un concreto interesse ad agire.

⁶⁷ Che debba trattarsi di un creditore munito di titolo esecutivo è dato per scontato da CARRATTA, *op. cit.*, 87. In termini dubitativi cfr. invece BOVE, *op. cit.*, 71 s.

dell'art. 58, 2° comma, «ai giudizi pendenti in primo grado» alla data di entrata in vigore della legge in esame; sicché sarà senz'altro appellabile la sentenza *pubblicata* in un giudizio di opposizione in data posteriore al 3 luglio 2009.

Una terza novità, anch'essa positiva, riguarda i commi 3° e 4° dell'art. 624. Quanto al 3° comma, la modifica mira ad esplicitare, se non erro, l'interpretazione più ragionevole dell'ambiguo e contorto testo previgente (risalente anch'esso alla riforma del 2006), correggendone, altresì, alcune incongruenze. Si precisa, dunque, che, qualora il giudice dell'opposizione all'esecuzione abbia disposto la sospensione del processo esecutivo e la relativa ordinanza non sia stata reclamata o sia stata confermata in sede di reclamo⁶⁸, il processo stesso si estingue⁶⁹ se il giudizio di merito (sull'opposizione) non è «introdotto» entro il termine perentorio assegnato a norma dell'art. 616⁷⁰; nel qual caso l'estinzione è dichiarata anche d'ufficio con ordinanza (reclamabile ai sensi dell'art. 630, 3° comma), che deve altresì disporre la cancellazione dell'eventuale trascrizione del pignoramento e provvedere sulle spese.

Dal 4° comma dell'art. 624, poi, è stato espunto il riferimento (in realtà improprio) all'art. 618-*bis*, riguardante le opposizioni in materia di lavoro e previdenza; ma nella sostanza direi che non cambia nulla, poiché la sospensione, per tali opposizioni, è pur sempre disciplinata dalle norme «ordinarie».

Un'ulteriore novità deriva dall'introduzione dell'art. 186-*bis* disp. att. c.p.c., nel quale opportunamente si prevede che il giudizio di merito sull'opposizione agli atti esecutivi dev'essere «trattato» (e non soltanto, dunque, deciso) «da un magistrato diverso da quello che ha conosciuto degli atti avverso i quali è proposta opposizione». Fino ad oggi il principio affermato dalla Corte costituzionale nelle sentenze nn. 387/1999 e 460/2005 avrebbe comunque implicato, a mio avviso, l'astensione obbligatoria del giudice dell'esecuzione nel giudizio di opposizione agli atti, ai sensi dell'art. 51, 1° comma, n. 4), c.p.c. D'ora in avanti, però, la questione si sposta sul piano della regolare costituzione del giudice, ai sensi dell'art. 158 c.p.c.; sicché la violazione dell'art. 186-*bis* implicherebbe senz'altro la nullità della sentenza.

L'ultima modifica riguarda, infine, il regime dell'estinzione del processo esecutivo per inattività delle parti, parzialmente analogo a quello introdotto per il processo di cognizione (*supra*, § 15). In base al nuovo testo dell'art. 630, 2° comma, c.p.c. l'estinzione è dichiarabile

⁶⁸ Nella nuova formulazione non si fa cenno all'ipotesi (contemplata dal testo previgente) in cui la sospensione sia disposta proprio dal giudice del reclamo; ma non sembra che tale ipotesi possa essere assoggettata ad una disciplina differente.

⁶⁹ Il testo previgente, invece, discorreva di estinzione del pignoramento, alludendo in tal modo alla sola espropriazione forzata.

⁷⁰ Si noti che l'art. 616 discorre distintamente di termine (perentorio) per la «introduzione» o per la «riassunzione» del giudizio di merito; ma non credo possa dubitarsi che l'art. 624, 3° comma, deve trovare applicazione in entrambe le ipotesi.

dal giudice dell'esecuzione anche d'ufficio, ma solo (e qui v'è una non lieve differenza, rispetto al novellato 4° comma dell'art. 307) «non oltre la prima udienza successiva al verificarsi della stessa».

22. Una delle strategie adottate dal legislatore negli ultimi decenni, soprattutto a partire dagli anni '70, era stata quella di far proliferare i riti speciali, che dovevano rappresentare una sorta di corsia preferenziale per alcuni settori del contenzioso civile, diretta ad aggirare il sempre più preoccupante «ingorgo» in cui era coinvolto il processo di cognizione ordinario.

Preso atto dell'evidentissimo fallimento di questa strategia, gli artt. 53 e 54 della legge in esame invertono decisamente la rotta, abrogando *tout court* – come ho già avuto modo di anticipare – il famigerato rito c.d. societario, introdotto dal d.lgs. n. 5/2003⁷¹, nonché l'art. 3 della legge n. 102/2006, che aveva esteso la disciplina del processo del lavoro alle cause di risarcimento dei danni per morte o lesioni, conseguenti ad incidenti stradali. In entrambi i casi le disposizioni abrogate continueranno ad applicarsi alle sole cause già pendenti alla data del 4 luglio 2009⁷².

Lo stesso art. 54, inoltre, delega il Governo ad adottare, entro ventiquattro mesi, uno o più decreti legislativi «in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili *di cognizione* che rientrano nell'ambito della giurisdizione ordinaria *e che sono regolati dalla legislazione speciale*», realizzando altresì «il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti».

Premesso che parrebbe trattarsi di un obiettivo generico e tendenziale, e dunque di una mera facoltà attribuita al Governo, la delega prevede il rispetto dei seguenti principi e limiti:

a) «restano in ogni caso ferme le disposizioni processuali in materia di procedure concorsuali, di famiglia e minori, nonché quelle contenute nel regio decreto 14 dicembre 1933, n. 1669 [ossia in materia di cambiale], nel regio decreto 21 dicembre 1933, n. 1736 [assegno bancario], nella legge 20 maggio 1970, n. 300 [Statuto dei lavoratori], nel codice della proprietà industriale di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e nel codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206»;

b) i «procedimenti civili di natura contenziosa autonomamente regolati dalla legislazione speciale» sono ricondotti ad uno dei seguenti tre modelli processuali disciplinati dal c.p.c.:

⁷¹ Di cui sopravvivono le sole disposizioni concernenti l'arbitrato e la conciliazione stragiudiziale.

⁷² Rispetto alle cause contemplate dall'art. 3 l. n. 102/2006, anzi, l'art. 53 opportunamente prevede che, se il giudizio era stato (erroneamente) introdotto con il rito ordinario e non è stata ancora disposta la conversione del rito ai sensi dell'art. 426 c.p.c., si prosegue senz'altro nelle forme ordinarie. La mancanza di una disposizione analoga per il rito societario lascia intendere, invece, che per le cause contemplate dall'art. 1 del d.lgs. n. 5/2003, erroneamente instaurate col rito ordinario, debba essere in ogni caso disposta la conversione del rito.

1) quelli per i quali «sono prevalenti caratteri di concentrazione processuale, ovvero di officiosità dell'istruzione», al rito del lavoro di cui al libro II, titolo IV, capo I (artt. 409 e segg.);

2) quelli – anche eventualmente camerale – in cui «sono prevalenti caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa», al procedimento sommario istituito dalla stessa legge in esame (di cui dirò nel par. successivo), restando peraltro esclusa la possibilità di conversione nel rito ordinario;

3) tutti gli altri al rito ordinario di cui agli artt. 163 e segg., ovvero agli artt. 311 e segg. qualora si tratti di procedimenti di competenza del giudice di pace;

c) restano comunque «fermi i criteri di competenza, nonché i criteri di composizione dell'organo giudicante, previsti dalla legislazione vigente», e sono fatte altresì salve le «disposizioni previste dalla legislazione speciale che attribuiscono al giudice poteri officiosi», nonché «quelle finalizzate a produrre effetti che non possono conseguirsi con le norme contenute nel codice di procedura civile».

Tenuto conto delle relevantissime esclusioni menzionate *sub a)*, si ha dunque l'impressione che il novero dei riti speciali suscettibili di questa «riduzione e semplificazione» – da individuare, si badi, tra quelli «autonomamente regolati dalla legislazione speciale», e dunque estranei tanto al codice di procedura civile quanto a quello civile – sia abbastanza ristretto; tanto più che, sebbene l'art. 54 non lo precisi, mi pare evidente che il legislatore abbia inteso riferirsi *ai soli processi speciali a cognizione piena*, o comunque suscettibili di sfociare in un provvedimento idoneo al giudicato. Volendo indicare qualche esempio non problematico, si può pensare al procedimento per la liquidazione degli onorari di avvocato, di cui agli artt. 28-30 della legge n. 794/1942 (applicabile, per espresso richiamo dell'art. 170 d.p.r. n. 115/2002, al giudizio di opposizione avverso il decreto di pagamento reso in favore dell'ausiliario del magistrato), ed a quello, di competenza della corte d'appello, per l'equa riparazione dei danni cagionati dalla violazione della ragionevole durata del processo (artt. 2 e segg. legge n. 89/2001), che probabilmente potrebbero essere ricondotti entrambi al modello *sub 2)*.

23. Una delle novità più interessanti e problematiche – cui evidentemente si attribuiscono grandi potenzialità di accelerazione dei processi – è rappresentata dall'introduzione, con gli artt. da 702-*bis* a 702-*quater* c.p.c., di un ulteriore procedimento speciale di cognizione, definito «sommario», la cui utilizzazione è rimessa, quanto meno in prima battuta, ad una libera opzione dell'attore e che dovrebbe verosimilmente costituire, negli auspici del legislatore, il rito

ordinario per le controversie più semplici, dal momento che conduce ad provvedimento pienamente idoneo, se non impugnato, a conseguire l'autorità di cosa giudicata ai sensi dell'art. 2909 c.c.

Non a caso, d'altronde, come ho sottolineato poc'anzi, l'art. 54 della legge in esame prevede che questo modello processuale sia destinato a soppiantare, in futuro, tutti i riti speciali di cognizione attualmente disciplinati al di fuori dei codici, anche se camerale, nei quali prevalgano «caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa». Si aggiunga, inoltre, che, mentre nell'originario d.d.l. n. 1441 esso poteva essere impiegato per le sole cause aventi ad oggetto la «condanna al pagamento di somme di denaro, anche se non liquide, ovvero alla consegna o al rilascio di cose», tale limitazione è venuta meno nel prosieguo dell'*iter* parlamentare (grazie ad un emendamento presentato dallo stesso Governo); sicché l'attore può utilizzarlo, senza che sia previsto alcun requisito di urgenza, per qualunque tipo di domanda⁷³, all'unica condizione che si tratti di «cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica» (art. 702-*bis*, 1° comma), e dunque al di fuori delle ipotesi contemplate dall'art. 50-*bis* c.p.c.

Un ulteriore presupposto, che si evince dall'art. 702-*ter*, 3° comma, è rappresentato dalla circostanza che «le difese svolte dalle parti» non richiedano «un'istruzione non sommaria»; ma siffatta circostanza, ovviamente, può apprezzarsi solamente dopo l'instaurazione del contraddittorio ed è rimessa ad una valutazione discrezionale del giudice, il quale potrebbe eventualmente optare per la riconduzione della causa al rito ordinario, fissando l'udienza di trattazione di cui all'art. 183 c.p.c. Ciò consente di comprendere, pur in assenza di una precisazione normativa, che il modello ora considerato è alternativo rispetto al solo processo ordinario, non potendosi invece impiegare per le cause assoggettate ad un rito diverso (si pensi, ad es., alle cause di lavoro o locatizie).

Da questa prima e generica descrizione, si potrebbe trarre l'impressione che l'istituto in esame costituisca un'immediata derivazione del «procedimento sommario di cognizione»

⁷³ Conf. LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in corso di pubbl. in *Giur. it.*, 2009, § 1; e TOMMASEO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in corso di pubbl. in *Previdenza forense*, § 2. *Contra* CARRATTA, *op. cit.*, 139, ritenendo che la limitazione alle domande di condanna possa dedursi dal 6° comma dell'art. 702-*ter*, per cui l'ordinanza che definisce il procedimento «è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione» (v. oltre). Tenuto conto, però, dell'opposta e più pregnante indicazione che può trarsi dall'esame dei lavori parlamentari, non mi sembra che la formulazione dell'art. 702-*ter* offra un argomento risolutivo; esattamente come l'art. 282 c.p.c., secondo cui «la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva», non potrebbe certamente essere invocato per escludere l'ammissibilità di domande che non siano di condanna. Si consideri, inoltre, che il riferimento alla «trascrizione» ha senso, prevalentemente, proprio rispetto alle sentenze di mero accertamento o costitutive.

disciplinato dall'art. 19 (ora abrogato) del d.lgs. n. 5/2003⁷⁴. In realtà, come si avrà modo di constatare tra poco, le differenze tra i due procedimenti sono molteplici e profonde; a cominciare dal fatto che l'ordinanza di cui all'art. 19 – com'è noto – era di per sé inidonea, se non impugnata, a conseguire l'autorità della cosa giudicata, che oggi viene esplicitamente attribuita, invece, al provvedimento conclusivo del nuovo rito.

Limitando l'analisi ai tratti più salienti, il procedimento in questione è disciplinato come segue.

La fase introduttiva.

A) La domanda si propone con *ricorso*, sottoscritto ai sensi dell'art. 125 (ossia, naturalmente, dal difensore munito di mandato, salvo che la parte sia abilitata a stare in giudizio personalmente) e contenente tutti gli elementi prescritti dai nn. 1-6 dell'art. 163, 3° comma, per l'ordinario atto di citazione, nonché l'«avvertimento» di cui al n. 7) del medesimo articolo. In realtà, poiché la data dell'udienza di prima comparizione verrà fissata dal giudice col decreto di cui dirò tra poco e poiché, soprattutto, il termine di costituzione del convenuto è diverso da quello «ordinario» (v. oltre), è chiaro che il tenore di tale «avvertimento» dovrà essere per l'appunto adattato a queste diverse prescrizioni. In concreto, dunque, il ricorso dovrà avvertire il convenuto che, qualora si costituisca oltre il termine indicato nel successivo decreto del giudice, incorrerà nelle decadenze di cui all'art. 702-*bis* (che peraltro, come subito si vedrà, sono identiche a quelle contemplate dall'art. 167).

B) In seguito al deposito del ricorso – che ovviamente segna anche il momento della costituzione dell'attore, oltre che dell'inizio del procedimento (art. 39, ult. comma, nuovo testo) – il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio e lo presenta «senza ritardo» al presidente del tribunale, «il quale designa il magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento». Benché il legislatore non abbia avvertito la necessità di precisarlo, mi pare evidente che la designazione diretta del magistrato investito della causa, da parte del presidente, potrà aversi esclusivamente nei tribunali composti da un'unica sezione; ché, altrimenti, dovrà applicarsi l'ultima parte dell'art. 168-*bis*, 1° comma, c.p.c.⁷⁵.

C) Il magistrato designato fissa l'udienza di comparizione con un decreto, che deve altresì assegnare il termine per la costituzione del convenuto. In effetti, però, è lo stesso art. 702-*bis* a stabilire che il convenuto deve costituirsi «non oltre *dieci giorni* prima dell'udienza»; sicché il provvedimento del giudice non può che esplicitare siffatto termine, senza potervi derogare.

⁷⁴ Che però era circoscritto alle controversie aventi ad oggetto il pagamento di una somma di danaro ovvero la consegna di cosa mobile determinata.

⁷⁵ In realtà i primi tre commi dell'art. 168-*bis* sembrano integralmente compatibili con il procedimento in esame.

Nessun termine dev'essere invece fissato per la notificazione del ricorso e del decreto (ovviamente a cura del ricorrente, sebbene la norma non lo precisi), per la quale dev'essere semplicemente rispettato il termine dilatorio di trenta giorni prima della data fissata per la costituzione del convenuto (*id est* quaranta giorni prima della data dell'udienza di comparizione); termine la cui inosservanza produrrebbe, esattamente come si ritiene per l'analogo termine previsto dall'art. 415, 5° comma, c.p.c., la nullità della *vocatio in ius*⁷⁶. Ciò significa – si badi – che l'attore, quand'anche il giudice abbia fissato l'udienza ad una data assai lontana, può tranquillamente attendere il quarantunesimo giorno anteriore a tale udienza per provvedere alla notificazione del ricorso e del decreto.

D) La disciplina della costituzione del convenuto, benché sia dettata autonomamente dai commi 4° e 5° dell'art. 702-*bis*, ricalca abbastanza fedelmente quella ordinaria (fatto salvo, come si è detto, il diverso termine), in particolare per ciò che concerne il contenuto della comparsa di risposta. Al pari di quanto è previsto nell'art. 167, infatti, il convenuto deve in tale comparsa: 1) «proporre le sue difese e prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda», indicando altresì «i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comunicazione» e formulando le sue «conclusioni»; 2) *a pena di decadenza*, «proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non sono rilevabili d'ufficio»; 3) ancora *a pena di decadenza*, dichiarare se intende eventualmente chiamare un terzo «in garanzia», chiedendo in tal caso al giudice designato lo spostamento dell'udienza.

Si noti che l'ult. comma dell'art. 702-*bis* fa riferimento, stranamente, alla sola fattispecie della chiamata in garanzia, e non anche alla più generica ipotesi della «comunanza di causa» contemplata dall'art. 106, per cui l'intervento coatto ad istanza di parte è pacificamente ammesso ai sensi degli artt. 167, ult. comma, e 269 c.p.c. A mio avviso, tuttavia, in assenza di un'esplicita esclusione, è doveroso pensare che il legislatore *minus dixit quam voluit*⁷⁷; tanto più che alcune delle fattispecie solitamente ricondotte al concetto della «comunanza di causa» sono caratterizzate da un nesso non meno intenso di quello che caratterizza la connessione tra la causa principale e quella di garanzia (si pensi, in particolare, alla connessione per alternatività, che giustifica la chiamata in causa del terzo c.d. vero obbligato, molto frequente, ad es., nelle controversie di tipo risarcitorio, allorché il convenuto si difenda sostenendo di non essere lui il responsabile del danno), sì dal rendere assolutamente indesiderabile una trattazione

⁷⁶ V. per tutte Cass. 24 agosto 2004, n. 16680, e S.u. 21 marzo 2001, n. 122 (quest'ultima in *Foro it.*, 2002, I, 2811).

⁷⁷ Nello stesso senso LUISSO, *op. cit.*, § 1, e CARRATTA, *op. cit.*, 145 s. In dubbio TOMMASEO, *op. cit.*, § 5.

(necessariamente) separata delle cause connesse⁷⁸. Senza trascurare, inoltre, che in non pochi casi la chiamata in causa del terzo è strumentale ad una più agevole e compiuta difesa del convenuto, che non può essere certamente sacrificata – pena l'incostituzionalità delle norme ora considerate – sull'altare della «semplificazione» del rito⁷⁹.

Più in generale, del resto, sembra che la disciplina testé esaminata possa e debba inevitabilmente trovare integrazione anche per altri profili in quella «ordinaria»: ad es. nell'art. 166, per ciò che concerne le *modalità* (termine escluso) della costituzione, e nell'art. 168, relativamente alle attività del cancelliere successive al deposito del ricorso.

E) Se il convenuto ha dichiarato di voler chiamare in causa un terzo, il giudice, con decreto da comunicarsi alle parti costituite, fissa la data della nuova udienza nonché il termine *perentorio* entro cui il convenuto dovrà provvedere alla *citazione* del terzo; mentre il terzo, dal canto suo, deve costituirsi «a norma del quarto comma» [dell'art. 702-*bis*], ossia con le medesime modalità prescritte per la costituzione del convenuto. Anche in questo caso sembra inevitabile integrare e «combinare» la disciplina dell'art. 702-*bis* con quella ordinaria, rappresentata nella specie dall'art. 269 c.p.c. In concreto, dunque, il decreto del giudice dovrà indicare il termine per la costituzione del terzo, che scade dieci giorni prima della nuova udienza; il termine assegnato al convenuto per la citazione del terzo dovrà essere di almeno quaranta giorni anteriore alla data dell'udienza, affinché il terzo possa usufruire del medesimo termine di comparizione accordato al convenuto; quest'ultimo, infine, dovrà citare il terzo a comparire all'udienza fissata dal giudice e sarà poi tenuto a depositare la citazione notificata entro i dieci giorni successivi (art. 269, 4° comma).

F) Sebbene l'art. 702-*bis* non lo preveda, è doveroso pensare – per il rispetto del fondamentale principio della parità delle armi – che anche l'attore-ricorrente, in applicazione dell'art. 269, 3° comma, possa essere autorizzato dal giudice a chiamare in causa un terzo, se il relativo interesse sia sorto «a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta», o addirittura (*a fortiori*) da una domanda riconvenzionale formulata nei suoi confronti.

I presupposti specifici e le peculiarità del procedimento.

All'udienza di comparizione il giudice deve anzitutto accertare che sussistano i presupposti cui è subordinata l'utilizzazione del rito in esame. Le ipotesi contemplate dall'art. 702-*ter*, per questo profilo, sono le seguenti:

⁷⁸ Su questo punto v. anche quanto rilevo più avanti, in questo stesso paragrafo, circa l'ipotesi del cumulo di cause.

⁷⁹ Il sacrificio, nella specie, sarebbe definitivo e non più rimediabile, poiché non sarebbe ovviamente possibile, alla luce del principio del doppio grado, ammettere l'intervento coatto del terzo nel giudizio di secondo grado.

a) se il giudice ritiene di essere incompetente (per materia, valore o territorio) – e a tal proposito non potrà che aversi riguardo al regime previsto dal novellato art. 38 c.p.c. (*supra*, § 3) – lo dichiara senz'altro con ordinanza, che naturalmente sarà impugnabile con regolamento di competenza «necessario», ai sensi dell'art. 42, e potrà condurre alla riassunzione della causa *ex art. 50 c.p.c.*;

b) se la domanda principale o quella riconvenzionale «non rientra tra quelle indicate nell'art. 702-*bis*», essa è dichiarata senz'altro inammissibile con «ordinanza non impugnabile»⁸⁰;

c) se «le difese svolte dalle parti richiedono un'*istruzione non sommaria*», il giudice, ancora con «ordinanza non impugnabile», fissa l'udienza di trattazione a norma dell'art. 183 ed in tal caso «si applicano le disposizioni del libro II»; il che sta evidentemente a significare che il giudizio prosegue col rito ordinario.

L'ipotesi *sub a)* parrebbe non porre, di per sé, particolari dubbi interpretativi; tanto più che l'ordinanza costituisce la forma «normale», ormai, per la decisione sulla competenza (*supra*, § 3). E' appena il caso di sottolineare, semmai, ch'essa non ha nulla a che vedere con i presupposti *specifici* del rito speciale

Quanto all'ipotesi *sub b)*, poi, deve subito avvertirsi ch'essa aveva un senso più pregnante nella formulazione originaria del d.d.l. 1441, quando il rito in esame – come ho già ricordato – era utilizzabile solamente per le domande di condanna al pagamento di somme oppure alla consegna o al rilascio di beni. Oggi, invece, la dichiarazione d'inammissibilità parrebbe riguardare le sole cause attribuite alla decisione del tribunale in composizione collegiale, nonché, almeno in teoria, quelle (ad es. di lavoro o locatizie) assoggettate ad un diverso rito speciale⁸¹; e d'altronde, pure in quest'ambito ristretto, sembra una soluzione anomala ed inopportuna, rispetto a quella assai più semplice che potrebbe essere rappresentata da un provvedimento di conversione del rito.

Comunque, trattandosi del provvedimento definitivo di un processo che verte su diritti, esso dovrebbe avere natura decisoria⁸²; sicché è quanto meno dubbio che l'espressa previsione

⁸⁰ Su tale fattispecie si avrà modo di tornare più avanti, con riguardo alla più ampia ipotesi del cumulo di domande.

⁸¹ Proprio rispetto alle cause di lavoro, previdenziali e locatizie, peraltro, un ulteriore non trascurabile problema deriva dalla circostanza che la fase introduttiva disciplinata dagli artt. 414 e segg. e 447-*bis* c.p.c. è del tutto analoga – come si è visto – a quella propria del rito sommario qui esaminato; sicché non è affatto escluso che il giudice e lo stesso convenuto possano incontrare qualche difficoltà nell'interpretare la scelta del rito operata dal ricorrente (scelta cui è legato, tra l'altro, un diverso regime di preclusioni a carico dello stesso convenuto).

⁸² Ciò, almeno, alla luce del più recente orientamento della suprema Corte, per cui la pronuncia sull'osservanza delle norme processuali ha necessariamente la medesima natura dell'atto giurisdizionale cui il processo è preordinato (v. da ultimo Cass. 5 febbraio 2008, n. 2756, a conferma dell'indirizzo imboccato dalle Sezioni unite con le sentenze 3 marzo 2003, n. 3073,

di non impugnabilità dell'ordinanza possa escluderne la ricorribilità per cassazione, ai sensi dell'art. 111, 7° comma, Cost.⁸³; a meno che non si muova dal presupposto che l'ordinanza d'inammissibilità, sebbene la norma in esame non l'abbia precisato, sia inidonea (al pari del decreto di rigetto del ricorso per ingiunzione *ex art. 640 c.p.c.*) finanche a precludere la riproposizione della domanda col medesimo rito sommario⁸⁴.

Il punto cruciale, nella ricostruzione dell'istituto, attiene indubbiamente alla corretta individuazione dell'ipotesi *sub c)*, particolarmente per ciò che concerne il significato da attribuire all'espressione «istruzione non sommaria», adoperata dal legislatore per delimitare in negativo l'ambito di applicazione del nuovo rito.

Prim'ancora di addentrarsi in tale direzione, tuttavia, converrà sottolineare un non trascurabile inconveniente derivante dalla disposizione ora esaminata, in conseguenza della soluzione in essa adottata per il passaggio della causa al rito ordinario. Posto, infatti, che il giudice, ove ritenga non sussistere i presupposti per un'istruzione sommaria, deve fissare senz'altro l'udienza di trattazione *ex art. 183*, ciò implica che il convenuto, nonostante la conversione del rito, resta definitivamente assoggettato alle preclusioni previste (in punto di domande riconvenzionali, eccezioni in senso stretto e chiamata in causa di terzi) dall'art. 702-*ter* e già prodottesi con lo spirare del termine per la costituzione in giudizio, *quantunque abbia (eventualmente) usufruito di un termine notevolmente più breve di quello ordinario* (trenta giorni, contro i settanta risultanti dal comb. disp. degli artt. 163-*bis* e 166 c.p.c.) *per approntare la propria comparsa di risposta*. Il che, oltre a prestarsi ad un uso distorto dell'istituto da parte dell'attore, solleva evidenti dubbi d'incostituzionalità, per il trattamento ingiustificatamente deteriore che ne deriva, in conseguenza di una scelta arbitraria dell'attore, allo stesso convenuto.

Ciò premesso, per tentare di comprendere in quale senso debba intendersi la «sommarietà» del rito in questione, è opportuno considerare quanto segue:

– diversamente dal rammentato art. 19 del d.lgs. n. 5/2003, che discorreva esplicitamente (nel 3° comma) di «cognizione» sommaria⁸⁵, lasciando altresì intendere che la decisione dovesse intervenire già al termine della prima udienza, manca, nell'art. 702-*ter*, qualunque riferimento

in *Foro it.*, 2003, I, 2090, e 15 luglio 2003, n. 11026, in *Corriere giur.*, 2004, 1212, con nota di TISCINI).

⁸³ Perplesso anche LUIO, *op. cit.*, § 2, che propende, tuttavia, per l'esclusione di ogni impugnazione. Della soluzione negativa non dubita, invece, CARRATA, *op. cit.*, 150.

⁸⁴ Come ritiene TOMMASEO, *op. cit.*, § 6.

⁸⁵ Che l'ordinanza *ex art. 19* si fondasse su una cognizione superficiale era inequivocamente confermato, d'altronde, dal comma 2-*bis* [«al termine dell'udienza il giudice, ove ritenga sussistenti i fatti costitutivi della domanda e manifestamente infondata la contestazione del convenuto, pronuncia ordinanza immediatamente esecutiva di condanna (...)»].

ad una cognizione *superficiale*, vuoi in relazione ai fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio, vuoi relativamente alle eventuali eccezioni del convenuto;

– evidente è anche la diversità dei presupposti rispetto al corrispondente art. 702-*bis* del d.d.l. n. 1524/S/XV (c.d. progetto Mastella), che consentiva la pronuncia dell'ordinanza allorché il giudice ritenesse «*verosimili*, sulla base degli elementi acquisiti, i fatti che sono posti a fondamento della domanda e *non verosimili* i fatti posti a fondamento delle eccezioni» (e che – giova ricordarlo – aveva ricevuto severe ed autorevoli critiche⁸⁶);

– il 5° comma dello stesso art. 702-*ter*, per l'ipotesi in cui il giudice ritenga sussistere i presupposti per l'utilizzazione del rito *de quo*, prevede ch'egli alla prima udienza, «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* e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande»: la norma, dunque, riecheggia palesemente quella dell'art. 669-*sexies*, 1° comma, relativa al procedimento cautelare c.d. uniforme, ma è stata depurata delle espressioni che avrebbero potuto far pensare ad un accertamento incompleto o comunque superficiale, tipico dei provvedimenti cautelari; sicché, mentre l'art. 669-*sexies* limita la fase propriamente istruttoria ai soli atti «*indispensabili* in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto» (*id est* alla verifica del *fumus boni iuris*), nell'art. 702-*ter* si discorre, in termini più neutri, di «atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto»;

– l'art. 54, comma 4°, della legge che si sta commentando prevede – come già detto – che il rito ora considerato divenga il modello di riferimento per tutti i procedimenti di cognizione (si badi: a cognizione piena), «*anche se in camera di consiglio*, in cui sono prevalenti *caratteri di semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa*»: anche in questo caso, pertanto, manca qualunque allusione ad una possibile sommarietà o superficialità dell'accertamento; tanto più che per i procedimenti che verranno «*ricondotti*» a questo modello non sarà neppure possibile la conversione (*ope iudicis*) al rito ordinario;

– nella specie, infine, posto che si prescinde da qualunque ragione oggettivamente idonea a giustificare un'eventuale sommarietà della cognizione (quale, ad es., l'urgenza oppure la particolare natura del diritto tutelando), non è dato comprendere perché mai ci si dovrebbe accontentare di un accertamento meno approfondito del consueto: per poco che ci si rifletta, invero, la spiegazione non potrebbe certamente rinvenirsi nella particolare semplicità della controversia – affermata dall'attore e poi verificata, almeno *prima facie*, dal giudice – poiché,

⁸⁶ V. soprattutto PROTO PISANI, *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in *Foro it.*, 2007, V, 44 ss.

anzi, quanto più una causa è semplice, dal punto di vista delle questioni di fatto e di diritto ch'essa solleva, tanto meno si giustifica una cognizione incompleta o comunque superficiale.

Se tutto questo è vero, direi che la «sommarietà» del rito in esame dev'essere per l'appunto intesa come mera *semplificazione* di ogni fase del processo successiva a quella introduttiva, l'unica disciplinata direttamente dall'art. 702-*bis*. In altre parole, sembra che il legislatore, pensando alle controversie più semplici, abbia voluto introdurre un modello di procedimento dalla disciplina piuttosto scarna, che il giudice può in certa misura forgiare a propria discrezione; ipotesi del tutto plausibile ove si consideri il *favor* dimostrato negli ultimi decenni per l'uso, nell'ambito della giurisdizione contenziosa, di un procedimento del tutto deformalizzato qual è quello camerale contemplato dagli artt. 737 e segg. c.p.c., che attribuisce al giudice massima discrezionalità nella conduzione e nella stessa determinazione delle modalità di svolgimento del processo. Orbene, tenuto conto delle perplessità e delle critiche suscitate dal fenomeno che la dottrina aveva definito come «cameralizzazione dei diritti»⁸⁷, il procedimento ora analizzato appare una sorta di compromesso, poiché non si rinuncia a regolamentarne analiticamente la fase introduttiva, ricollegandovi finanche le preclusioni proprie del rito ordinario, e ci si affida al potere direttivo del giudice solamente per il prosieguo del giudizio.

In concreto, questo dovrebbe tradursi in una certa snellezza del processo, che risulta così affrancato, ad es., dalla necessaria concessione dei termini per la trattazione scritta *ex art.* 183 o del duplice termine per lo scambio degli scritti difensivi finali, nonché da momenti squisitamente formali quali l'udienza di precisazione delle conclusioni⁸⁸; e pertanto – non diversamente dall'odierno procedimento in camera di consiglio – dovrebbe teoricamente consentire una maggiore immediatezza della decisione, evitando la divisione in «fasi» che contraddistingue il processo di cognizione ordinario. Il giudice, dunque, fatto salvo l'imprescindibile principio del contraddittorio – che oggi deve tener conto del nuovo art. 101, 2° comma e che, comunque, potrebbe rendere necessaria la concessione di termini per ulteriori difese delle parti⁸⁹ – ha la possibilità di definire la causa in qualunque momento; il che, tra l'altro, compensa la mancanza di preclusioni «legali» relative alla proposizione di eccezioni in

⁸⁷ Cfr. per tutti PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 393 ss.

⁸⁸ Che peraltro – è bene rammentarlo – è implicitamente imposta dall'art. 110 disp. att. c.p.c., quale autonoma udienza di trattazione, solamente quando vi sia stata attività *stricto sensu* istruttoria.

⁸⁹ Significativa, per quest'aspetto, è la giurisprudenza formatasi in relazione al processo arbitrale, che solitamente rimette agli arbitri la concreta determinazione delle regole del procedimento: cfr. ad es. Cass. 26 settembre 2007, n. 19949, e Cass. 27 ottobre 2004, n. 20828 (quest'ultima in *Foro it.*, 2005, I, 1768, con nota di CAPONI), che sottolineano entrambe la necessità che le parti, dopo l'assunzione di mezzi di prova e prima della decisione, abbiano la possibilità di esporre le proprie osservazioni e valutazioni circa i risultati dell'istruttoria.

senso lato (*id est* rilevabili anche d'ufficio) nonché alla richiesta di prove costituenti ed alla produzione di documenti.

Ciò non toglie, peraltro, che anche il procedimento in esame debba considerarsi ad ogni effetto un processo *a cognizione piena*, equivalente a quello disciplinato dagli artt. 163 ss.⁹⁰ (sicché, ad es., ben potrebbe utilizzarsi per dare inizio alla «causa di merito» dopo la pronuncia di un provvedimento cautelare⁹¹) e soggetto, d'altronde, a buona parte delle disposizioni contenute nel libro II del codice, che non sembrano affatto incompatibili con la maggiore semplicità del rito speciale e che non potrebbero reputarsi «surrogate» dai poteri discrezionali conferiti dall'art. 702-ter al giudice: si pensi, per limitarsi a pochi esempi sui quali non dovrebbero nutrirsi dubbi, alla disciplina della sospensione, dell'interruzione e dell'estinzione, oppure a quella contenuta nel novellato art. 182, concernente la sanatoria dei vizi della capacità processuale e della rappresentanza tecnica, o ancora a quella dell'intervento volontario di terzi. Qualche perplessità, semmai, potrebbe nutrirsi circa la disciplina della fase *stricto sensu* istruttoria; e tuttavia, se si concorda circa la natura non superficiale dell'accertamento richiesto al giudice, mi sembra difficile immaginare che l'assunzione delle prove possa sottrarsi (se non per profili del tutto secondari e trascurabili) all'applicazione delle regole ordinarie⁹², tanto più che nella specie manca qualsivoglia riferimento all'esistenza di poteri istruttori officiosi o alla possibilità (contemplata dall'art. 738 c.p.c.) di assumere «informazioni».

In virtù delle considerazioni che precedono, deve ritenersi che la situazione delineata nell'art. 702-ter, 3° comma – se «le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria» – alluda, ancorché con un'espressione non proprio ineccepibile, alla complessità della controversia, valutata essenzialmente alla luce del numero e dell'entità delle questioni di fatto e di diritto controverse tra le parti (ed anche indipendentemente, direi, dal tipo di prove da assumere⁹³), che possono consigliare al giudice, magari su sollecitazione del convenuto o dello stesso attore, di ricondurre la causa al rito ordinario, per farla proseguire sui più tranquilli binari

⁹⁰ Su questo punto parrebbero divergere alcuni dei primissimi commenti, nei quali sembra darsi per scontato che ci si trovi al cospetto di un procedimento a *cognizione* sommaria e non piena: cfr. infatti PROTO PISANI, *La riforma*, cit., § 2.5; BOVE, *op. cit.*, 81 ss.; e CARRATTA, *op. cit.*, 135 e 154. Ancor più esplicito è LUISSO, *op. cit.*, § 5, il quale ritiene che i presupposti per la pronuncia dell'ordinanza in questione non si discostino da quelli già previsti dall'art. 19 del rito societario. Della stessa mia opinione sembra invece TOMMASEO, *op. cit.*, §§ 3 e 6, il quale esclude che nella specie possa propriamente discorrersi di *cognizione* sommaria per incompletezza o superficialità e ne deduce che il legislatore «confonde la sommarietà con la facilità dell'accertamento». Cfr. infine CONSOLO, *Una buona «novella»*, cit., 742 s., il quale – ragionando, se mal non intendo, in termini generali – ritiene che la contrapposizione tra processo ordinario e sommario sia in parte equivoca e comunque non debba essere enfatizzata, poiché anche nelle azioni sommarie «la *cognizione* è quasi sempre piena (almeno nella aspirazione, ma adattata al caso)».

⁹¹ E neppure escluderebbe, per converso, una domanda cautelare in corso di causa.

⁹² Cfr. a tal proposito CARRATTA, *op. cit.*, 156.

derivanti dall'applicazione dell'art. 183 (cominciando proprio dall'appendice di trattazione scritta prevista dal 6° comma di tale disposizione).

Il cumulo di cause.

Sebbene sia facilmente ipotizzabile un cumulo oggettivo o soggettivo, in cui taluna soltanto delle cause connesse si presti ad una «istruzione sommaria», l'art. 702-ter prende in considerazione unicamente la fattispecie della domanda riconvenzionale; lasciando peraltro intendere che questo tipo di connessione non è mai di ostacolo all'utilizzazione del rito speciale poiché, se è la sola causa riconvenzionale a non prestarsi ad una «istruzione sommaria», il giudice deve disporre la separazione⁹⁴.

Questa soluzione – palesemente difforme dal principio espresso nell'art. 40, per cui la diversità del rito non può mai precludere, di per sé, la realizzazione del *simultaneus processus* – è assolutamente inappagante, poiché le ragioni di mera opportunità che sono alla base della scelta del rito sommario – privo, ovviamente, di qualunque connotazione di urgenza – non possono giustificare il sacrificio delle ben più pressanti esigenze in vista delle quali l'ordinamento favorisce la trattazione congiunta delle cause oggettivamente connesse, (quanto meno) nelle ipotesi contemplate dagli artt. 31-36 c.p.c.

Appare doveroso, pertanto, interpretare in senso drasticamente restrittivo, *in parte qua*, l'art. 702-ter, per dedurre che il potere di separazione è esercitabile solamente quando il legame tra la causa principale e quella riconvenzionale sia meno intenso, trattandosi di domande (connesse per il titolo e) tra loro compatibili. Al contrario, quando la connessione si atteggi in termini d'incompatibilità, è lecito ritenere che l'impossibilità di trattare col rito sommario la causa riconvenzionale renda inevitabile ricondurre al rito ordinario anche la causa principale⁹⁵. Ed analoga soluzione, più in generale, può prospettarsi per tutte le fattispecie di connessione riconducibili ad un nesso di pregiudizialità-dipendenza, che potrebbero condurre, in caso di separazione delle cause, a giudicati contraddittori⁹⁶.

Il medesimo principio, infine, deve valere per l'ipotesi di connessione tra cause che devono essere decise dal tribunale in composizione monocratica e cause attribuite, invece, alla decisione del collegio (art. 281-novies c.p.c.); con la precisazione, peraltro, che la proposizione

⁹³ Considerato, infatti, che nella specie nulla lascia intendere che la decisione debba intervenire alla prima udienza – o comunque in termini particolarmente stringenti – non credo abbia senso domandarsi in astratto (come ci si chiesti, invece, riguardo al procedimento di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 5/2003) se l'ammissione di prove costituente sia o no compatibile con la prosecuzione della causa secondo il rito sommario.

⁹⁴ Fissando per essa soltanto – aggiungerei – l'udienza di trattazione *ex art.* 183.

⁹⁵ Per uno spunto in tal senso v. BOVE, *op. cit.*, 84.

⁹⁶ Analogamente LUISO, *op. cit.*, § 4, e CARRATTA, *op. cit.*, 152 s.

cumulativa di tali cause da parte dell'attore dovrebbe condurre, se non erro, ad una dichiarazione d'inammissibilità di tutte le domande, ai sensi del 2° comma dell'art. 702-ter.

La decisione e l'impugnazione.

Per quel che concerne il provvedimento conclusivo, il legislatore ha naturalmente preferito la più agile forma dell'ordinanza, che peraltro è integralmente equiparata ad una sentenza (definitiva), giacché *a)* provvede «in ogni caso» sulle spese del procedimento, secondo le regole di cui agli artt. 91 e segg. c.p.c.; *b)* è provvisoriamente esecutiva; *c)* costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione nei registri immobiliari; e soprattutto *d)* è idonea a produrre «gli effetti di cui all'art. 2909 del codice civile, ossia ad acquisire la medesima stabilità ed «autorità» di una sentenza passata in giudicato, qualora non sia appellata entro trenta giorni dalla sua *comunicazione o notificazione*.

Si noti che l'art. 702-ter, discorrendo di provvisoria esecutività e di iscrizione di ipoteca giudiziale, dà implicitamente per scontato che si tratti di un provvedimento di condanna (ciò che corrispondeva, come ho avuto modo di ricordare, all'originaria formulazione della norma, nel d.d.l. n. 1441). In realtà, però, nulla esclude che l'ordinanza abbia un contenuto costitutivo o di mero accertamento; nel qual caso – stando all'orientamento prevalente – tutti gli effetti saranno normalmente procrastinati al momento del passaggio in giudicato, salva l'immediata esecutività dei soli capi eventualmente di condanna, ancorché accessori e magari concernenti le sole spese processuali⁹⁷.

Si noti, altresì, che la forma dell'ordinanza è prescritta per l'«accoglimento» e per il «rigetto» delle «domande», oltre che per la declinatoria di competenza e per la declaratoria d'inammissibilità di cui ai primi due commi dell'art. 702-ter; ma non v'è ragione di escludere ch'essa sia adottabile pure per ogni altra decisione su (altre) questioni processuali *litis ingressum impediens* (ad es. sulla giurisdizione).

Un dubbio tutt'altro che trascurabile, semmai, riguarda l'ammissibilità e comunque il regime di decisioni non definitive del procedimento, vuoi su questioni di rito (si pensi alla pronuncia meramente dichiarativa della competenza o della giurisdizione). A mio sommesso avviso, la circostanza che l'art. 702-ter menzioni la sola declinatoria di competenza e nel contempo discorra di accoglimento o rigetto «delle *domande*» (al plurale), induce a pensare che il legislatore abbia inteso riferirsi ad una decisione necessariamente unica e contestuale di tutte le questioni e le domande; anche perché il frazionamento della decisione parrebbe scarsamente compatibile – a ben riflettere – con l'assunta semplicità della controversia, che costituisce il presupposto per l'utilizzazione stessa del rito sommario.

⁹⁷ Cass. 31 marzo 2007, n. 8059, e 3 agosto 2005, n. 16262 (quest'ultima in *Giur. it.*, 2006, 85).

Quid iuris, tuttavia, se il giudice viola siffatto principio e pronuncia un'ordinanza non definitiva su una questione di rito, oppure limitata all'accoglimento o al rigetto di taluna soltanto delle più domande cumulate (o magari ad una condanna generica o provvisoriale)? Il problema – non meno grave e delicato per chi ammetta puramente e semplicemente, nella specie, ordinanze aventi il contenuto di cui agli artt. 277, 2° comma, 278 e 279, 2° comma, n. 4) – può forse giovare dell'esplicito riferimento dell'art. 702-*quater* alla «ordinanza emessa ai sensi del sesto comma dell'art. 702-*ter*»: posto, infatti, che tale disposizione prende in considerazione la sola decisione *di merito* – ché essa soltanto può essere provvisoriamente esecutiva e costituire titolo per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale o per la trascrizione – se ne potrebbe dedurre che l'appello (oltre che, naturalmente, contro i provvedimenti definitivi del processo, ancorché in rito) è consentito (e nel contempo è necessario, per evitare la formazione del giudicato) esclusivamente nei confronti dell'ordinanza (non definitiva) che abbia accolto o rigettato una o più domande; nel qual caso, oltretutto, dovrebbe anche ammettersi la possibilità di un'impugnazione differita, previa riserva, a norma dell'art. 340 c.p.c., che non sembra affatto incompatibile con le caratteristiche del provvedimento testé ipotizzato.

Un'ordinanza non definitiva su questione meramente processuale, invece, non avrebbe – secondo la soluzione qui prospettata – alcun autonomo effetto preclusivo e pertanto non impedirebbe di reinvestire della questione il giudice d'appello attraverso l'impugnazione della successiva ordinanza definitiva del procedimento.

Altro punto meritevole d'attenzione, poi, riguarda il termine per l'appello, che l'art. 702-*quater* fa decorrere, alternativamente, dalla notificazione o dalla comunicazione del provvedimento, in tal modo svincolando il termine stesso dall'iniziativa della parte vittoriosa, secondo la soluzione già sperimentata nell'art. 669-*terdecies* per il reclamo cautelare. Soluzione che in questo caso, tuttavia, appare particolarmente inopportuna e censurabile, tenuto conto che il procedimento in esame è privo – come ho già rilevato – di qualunque connotazione di urgenza, sicché la deroga al principio desumibile dall'art. 285 c.p.c. manca di ogni plausibile giustificazione.

In caso di omessa (o invalida) comunicazione o notificazione dell'ordinanza, nulla osta, naturalmente, all'applicazione del termine «lungo» (oggi divenuto semestrale) per l'appello, previsto dall'art. 327 c.p.c.

Passando ad esaminare, poi, i caratteri dell'impugnazione, deve anzitutto sottolinearsi che si tratta di un *appello*, sicché, in assenza di deroghe esplicite o comunque imposte da peculiarità del provvedimento in esame, deve trovare integrale applicazione la disciplina contenuta nel libro II, titolo III, capo II del codice.

In primo luogo ciò significa – a mio avviso – che la forma prescritta per l’atto introduttivo del procedimento speciale (in primo grado), ossia il ricorso, non può utilizzarsi all’atto di appello, che dev’essere invece proposto con atto di citazione, ai sensi dell’art. 342 c.p.c.; disposizione specifica e dunque prevalente su quelle genericamente richiamate dall’art. 359 c.p.c. E’ facile prevedere, tuttavia, che anche stavolta ci saranno (comprensibili) errori, o magari incertezze interpretative⁹⁸, che potranno rivelarsi fatali alla luce dell’erroneo orientamento – oggi ancor meno difendibile, dopo che si è ammessa la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda perfino quando sia adito un giudice privo di giurisdizione – secondo cui, laddove sia proposto ricorso in luogo della prescritta citazione, il giudizio si ha per iniziato non dal giorno del deposito dell’atto introduttivo in cancelleria, bensì dal momento in cui esso viene successivamente notificato, insieme al decreto di fissazione dell’udienza, all’altra parte⁹⁹.

Gli unici profili che l’art. 702-*quater* disciplina in via autonoma, discostandosi in qualche misura dalla disciplina «ordinaria» dell’appello, attengono all’ammissibilità di nuove prove o documenti ed alla possibilità di delegare l’*assunzione* dei nuovi mezzi istruttori ad uno dei componenti del collegio.

Per quel che riguarda il secondo punto, che deroga al principio dell’integrale collegialità nella trattazione del giudizio di secondo grado (art. 350 c.p.c.), non sembrano porsi problemi particolari; fermo restando, peraltro, che la delega è chiaramente circoscritta all’assunzione della prova, rimanendo implicitamente riservata al collegio l’*ammissione* delle nuove prove o documenti.

Tutt’altro discorso è invece necessario circa i limiti in cui sono consentite tali nuove prove, costituende o precostituite. Per quest’aspetto, infatti, l’art. 702-*quater* menziona distintamente: *a)* i nuovi mezzi di prova o documenti che il collegio ritenga «*rilevanti* ai fini della decisione»; e *b)* quelli che la parte dimostri di non aver potuto proporre «nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile».

Orbene, mentre l’ipotesi *sub b)* parrebbe corrispondere esattamente a quella contemplata dall’art. 345, 3° comma, c.p.c., quella *sub a)* sembra voler mitigare il rigore (quanto meno apparente) della corrispondente previsione racchiusa nel medesimo art. 345, che esige una valutazione di «*indispensabilità*» (della nuova prova o documento) ai fini della decisione della

⁹⁸ Su un problema analogo cfr. Trib. Verona 29 marzo 2007, in *Giur. merito*, 2007, 1904, con nota di LUISO, *L’appello in materia di opposizione alle sanzioni amministrative* (di cui v. anche *Il rito dell’appello in materia di opposizione alle sanzioni amministrative e la conversione del ricorso in citazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 945 ss.), il quale propende, invece, per l’estensione della disciplina speciale al giudizio di secondo grado.

⁹⁹ In argomento mi sia consentito rinviare al mio *Elementi*, cit., II, 27 ss.

causa¹⁰⁰. Il fatto è, però, che, se la dottrina ha incontrato insormontabili ostacoli nell'attribuire un significato tecnico e compiuto all'aggettivo «indispensabili», per l'ovvia ragione che il principio dell'onere della prova, consacrato nell'art. 2697 c.c., consente sempre e comunque al giudice di decidere anche in mancanza di qualunque prova, non sarà certo più agevole intendere la condizione cui fa ora riferimento l'art. 702-*quater*, posto che la «rilevanza» è presupposto per l'ammissione di *qualunque* mezzo di prova (quanto meno costituenda), in primo come in secondo grado, sicché non sembra concretamente utilizzabile per delimitare (ulteriormente) il novero delle (nuove) prove ammissibili in appello¹⁰¹; a meno che non voglia concludersi che il legislatore, con tale espressione, ha inteso solo ribadire – in modo del tutto ultroneo – che l'opportunità di dare ingresso a nuove prove, nel giudizio d'impugnazione, non può prescindere dalla valutazione (della sufficienza e decisività) di quelle già assunte nel procedimento (sommario) di prima istanza.

Ove non ci si appaghi di tale spiegazione – che d'altronde renderebbe problematico far coesistere le due deroghe distintamente indicate dal legislatore¹⁰² – si potrebbe forse percorrere una diversa strada interpretativa, nient'affatto intuitiva, suggerita dall'espressione adoperata in relazione all'ipotesi *sub b*), che fa riferimento alla dimostrata impossibilità di proposizione dei nuovi mezzi di prova «*nel corso* del procedimento sommario». Considerato, infatti, che nel procedimento sommario per un verso manca una specifica barriera preclusiva concernente l'offerta dei mezzi di prova e la produzione dei documenti, e per altro verso, però, è ben possibile che il giudice riservi immediatamente la causa per la decisione, senza concedere alcuno spazio per l'integrazione delle iniziali richieste istruttorie, si può pensare che, laddove si sia verificata quest'ultima situazione, sia sufficiente la mera «rilevanza» dei nuovi mezzi di prova o documenti a giustificare l'ammissione in appello. Al contrario, se il giudice *a quo* aveva concesso alle parti specifici termini per l'offerta di nuove prove o documenti, l'ammissione dei *nova* dovrebbe ritenersi subordinata al presupposto poc'anzi indicato *sub b*), ossia all'esistenza di una causa non imputabile alla parte, che ne giustifichi la mancata richiesta in prime cure.

¹⁰⁰ Che tale sia stato l'intento del legislatore trova conferma nella circostanza che l'originaria formulazione dell'art. 702-*quater*, nel d.d.l. n. 1441, adoperava il termine «indispensabili», poi sostituito dall'aggettivo «rilevanti» in seguito al medesimo emendamento del Governo che ho menzionato all'inizio del presente paragrafo.

¹⁰¹ Lo rileva anche BOVE, *op. cit.*, 85, pensando ad una mera svista del legislatore (contro la quale, tuttavia, depone quanto ricordato nella nt. precedente).

¹⁰² Lo sottolineano tanto LUISSO, *op. cit.*, § 6, quanto CARRATTA, *op. cit.*, 163 s.

Mette conto di rilevare, infine, che l'art. 702-*quater* non menziona né le nuove domande né le nuove eccezioni; per le quali, dunque, non potrà che applicarsi in via diretta l'art. 345, 1° e 2° comma.

Conclusioni.

Se si ammette che la sommarietà del procedimento fin qui analizzato non allude affatto ad una superficialità dell'accertamento (e sollecita qualche accostamento, piuttosto, al rito sommario che nel codice del 1865 prese ben presto il sopravvento su quello formale), non può certo considerarsi scandaloso che il legislatore si sia preoccupato di delineare un modello processuale semplificato per le controversie meno complesse, che si prestano ad una decisione più immediata, magari senza alcuna attività istruttoria.

Un primo motivo di perplessità, tuttavia, deriva dalla circostanza che per l'introduzione del giudizio sia stato ancora una volta preferito il modello del ricorso, che rimette al giudice la fissazione della data della prima udienza. L'esperienza che ci viene soprattutto dalle sorti del processo del lavoro, unita alla mancata previsione – nella specie – di alcun termine massimo che possa limitare, seppur teoricamente, la discrezionalità del magistrato, induce a prevedere che la comparizione delle parti, quanto meno negli uffici giudiziari più congestionati, potrà essere fissata a lunghissima distanza di tempo dalla presentazione del ricorso, in tal modo contraddicendo e frustrando la stessa *ratio* ispiratrice del rito speciale. Ed è appena il caso di aggiungere, anzi, che tale rischio è direttamente proporzionale al successo che il nuovo rito dovesse eventualmente riscuotere da parte degli avvocati degli attori.

In secondo luogo, mi sembra piuttosto ingenua ed ingiustificata la fiducia che il legislatore sembra aver riposto nelle virtù «acceleratorie» di questo nuovo modello processuale. La proliferazione dei riti speciali, infatti, ha immancabilmente avuto come obiettivo più o meno dichiarato, in passato, quello di trovare delle «scorciatoie» rispetto al processo ordinario, sempre più lento ed ingolfato. Le scorciatoie, tuttavia, possono servire utilmente allo scopo solamente se non sono troppo «battute» e vengono percorse da un numero limitato di utenti; ossia, nell'ambito processuale, se offrono un percorso privilegiato ad un contenzioso quantitativamente contenuto, di solito individuato in ragione della materia. Nella specie, invece, si è al cospetto di un rito che ben si presta – in teoria – ad essere impiegato su larghissima scala; e se ciò dovesse avvenire, considerato che il procedimento sommario non può certo evitare il famigerato «collo di bottiglia», rappresentato dalla decisione della causa – che al giudice, tuttavia, non è proprio possibile risparmiare, quali che siano le scansioni del processo – mi

sembra del tutto improbabile che le cause più semplici ne possano trarre un apprezzabile vantaggio dal punto di vista della complessiva durata del giudizio¹⁰³.

24. La disciplina transitoria, racchiusa nell'art. 58 della legge in esame, parrebbe non presentare soverchie difficoltà interpretative.

In linea di principio, infatti, è stata utilizzata la soluzione più semplice, per cui tutte le modificazioni riguardanti il codice di procedura civile e le relative disposizioni di attuazione si applicheranno ai soli giudizi instaurati dopo la data di entrata in vigore della legge in esame, ossia dopo il 4 luglio. Stando ad un'interpretazione consolidatasi in relazione all'analogia disciplina transitoria sperimentata dalle riforme del 1990 e del 2005, l'instaurazione della causa dev'essere valutata non già con riferimento ai singoli gradi, bensì con riguardo al giudizio unitariamente inteso, e dunque tenendo esclusivamente conto della data in cui – a seconda dei casi – è stato notificato l'atto di citazione o depositato il ricorso introduttivo *in primo grado*¹⁰⁴.

Tale esegesi trova indiretta conferma, d'altronde, nel 2° comma dell'art. 58, per cui «ai giudizi pendenti in primo grado alla data di entrata in vigore della presente legge» trovano immediata applicazione, nella loro nuova formulazione, i soli artt. 132, 345 e 616 c.p.c., nonché l'art. 118 disp. att. c.p.c. Limitatamente a queste disposizioni, dunque, dovrà utilizzarsi il principio *tempus regit actum*, avendo riguardo al momento in cui è posto in essere l'atto cui esse si riferiscono. Sicché, in concreto, la semplificazione degli elementi di forma–contenuto della sentenza (artt. 132 e 118 disp. att.) opererà per le sentenze pubblicate dal 4 luglio 2009 in poi; e analogamente saranno appellabili le sentenze rese nei giudizi di opposizione all'esecuzione pubblicate da tale data in poi. Per quel che concerne l'esclusione di nuovi documenti in appello, la soluzione potrebbe essere, in teoria, più discutibile, avendo presente l'alternativa tra la data di pubblicazione della sentenza impugnata ed il momento di proposizione dell'appello; ma il dubbio appare praticamente trascurabile, ove si consideri che la soluzione restrittiva era già stata anticipata – com'è noto – dalla giurisprudenza (*supra*, § 17).

Altra disposizione di immediata applicazione a tutti i giudizi pendenti è l'art. 155, commi 5° e 6° c.p.c., relativa alla proroga dei termini che scadono di sabato, che era stata introdotta dalla riforma del 2005, ma solo per i processi instaurati dopo il 1° marzo 2006. Pure in questo caso, dunque, dovrà utilizzarsi il principio *tempus regit actum*; sicché la proroga non potrà certamente invocarsi per i termini che fossero già scaduti alla data del 4 luglio 2009.

Un'ulteriore eccezione è prevista, poi, per le modifiche riguardanti il giudizio di cassazione, di cui all'art. 47 della legge in esame, che si applicheranno ai giudizi in cui il

¹⁰³ Analoga previsione in PROTO PISANI, *loc. ult. cit.*

¹⁰⁴ V. per tutte Cass. 7 dicembre 2004, n. 22984, e 10 settembre 2004, n. 18207.

provvedimento oggetto del ricorso sia stato pubblicato o comunque depositato in cancelleria dopo il 4 luglio 2009.

Considerato, infine, che i nuovi artt. 2668-*bis* e 2668-*ter* c.c. (introdotti dall'art. 62 della legge in esame) limitano a venti anni l'efficacia della trascrizione della domanda giudiziale nonché del pignoramento e del sequestro conservativo immobiliari, l'ultimo comma dell'art. 58 prevede che, laddove la trascrizione sia stata eseguita vent'anni o più prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, essa possa rinnovarsi entro i dodici mesi successivi a tale data, ossia entro il 4 luglio 2010. Qualche problema, tuttavia, potrà porsi quanto al regime delle trascrizioni per cui il ventennio scada nel periodo immediatamente successivo al 4 luglio 2009 e per le quali non dovrebbe valere, stando alla lettera dell'art. 58, 4° comma, la «proroga» del termine per la rinnovazione.

Un altro dubbio, quanto al regime transitorio, parrebbe riguardare la nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione e della *translatio iudicii* nei rapporti tra diverse giurisdizioni, di cui all'art. 59 della legge, dal momento che tale disciplina è stata incomprensibilmente lasciata – come ho già sottolineato – fuori del codice, sicché ad essa parrebbe non applicabile l'esaminato 1° comma dell'art. 58 (non a caso collocato subito prima della norma ora considerata), che si riferisce testualmente alle disposizioni «che modificano il codice di procedura civile e le disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile». Valorizzando questo elemento testuale, si otterrebbe il vantaggio di colmare la lacuna normativa apertasi dopo i pressoché coevi interventi delle Sezioni unite e della Consulta, ricordati nel precedente § 4, affermando l'immediata applicazione della nuova disciplina (anche) ai processi pendenti¹⁰⁵; ma nel contempo dovrebbero affrontarsi non lievi problemi di diritto transitorio, da risolversi ancora attraverso un'accorta utilizzazione del principio *tempus regit actum*¹⁰⁶.

24. Qualora ci si limitasse ad una valutazione analitica e tecnica, il giudizio circa la bontà e l'opportunità delle numerose novità sinteticamente illustrate nei paragrafi che precedono dovrebbe essere, ovviamente, piuttosto variegato.

In parecchi casi, infatti, si tratta di interventi sicuramente apprezzabili, poiché diretti vuoi a realizzare qualche utile semplificazione realmente priva di significativi «effetti collaterali» (si pensi, per es., alle modifiche concernenti le modalità di notificazione della sentenza e

¹⁰⁵ Soluzione propugnata da BOVE, *op. cit.*, 90.

¹⁰⁶ Così, ad es., sarei dell'avviso che la disciplina contenuta nei primi due commi dell'art. 59, per quel che concerne il vincolo derivante dalla sentenza declinatoria della giurisdizione ed il termine per la riproposizione/riassunzione della domanda, debba trovare applicazione solamente quando la sentenza stessa sia stata pubblicata dopo l'entrata in vigore della legge in esame.

dell'impugnazione), vuoi ad attuare alcune innovazioni da tempo auspiccate dalla dottrina (quali, ad es., la sanabilità dei vizi della procura *ad litem* ovvero la generalizzazione del rimedio della rimessione in termini), vuoi, ancora, a porre rimedio a taluno dei non pochi «svarioni» in cui era incorso il legislatore del 2005-2006.

Per altri aspetti, anche importanti e delicati, invece, il giudizio, tanto dal punto di vista strettamente tecnico quanto sul piano dell'opportunità, è assai meno lusinghiero: si pensi, in particolare, alla testimonianza scritta, al c.d. filtro dei ricorsi per cassazione e alla disciplina delle misure coercitive per l'attuazione degli obblighi di fare o di non fare.

Quel che delude maggiormente, però, è l'approccio complessivo – a mio avviso del tutto inadeguato ed addirittura fuorviante – ai problemi del processo civile. Difatti, sebbene tra gli addetti ai lavori sia largamente diffusa e radicata, oramai da molto tempo, la consapevolezza che le ragioni più profonde e reali della disastrosa situazione della giustizia civile siano da individuare sul piano strutturale – e fundamentalmente nell'enorme sproporzione tra il numero delle cause ed il numero dei magistrati che dovrebbero deciderle – il legislatore, ignorando l'evidente ed incontestabile fallimento delle riforme susseguitesesi negli ultimi anni, a partire dal 1990 in poi, ha dimostrato di voler affrontare il problema, ancora una volta, esclusivamente sul piano del modello processuale; che di per sé, finanche quando sia penalizzato da qualche clamoroso errore del legislatore (si pensi, ad es., all'assurda separazione tra l'udienza di prima comparizione e la prima udienza di trattazione, introdotta nel 1995 ed eliminata solo con la novella del 2005), può incidere in misura del tutto trascurabile sulla durata media dei giudizi.

Nella legge fin qui esaminata, pertanto, mancano interventi di natura organizzativa ed ordinamentale idonei ad incrementare in misura apprezzabile l'efficienza e la produttività degli uffici giudiziari, ossia, in definitiva, la loro capacità di smaltimento delle cause¹⁰⁷; interventi che avrebbero potuto riguardare, ad esempio, la revisione delle circoscrizioni giudiziarie – da tutti e da sempre auspicata, ma mai seriamente affrontata – oppure l'istituzione del c.d. «ufficio del processo», che pure potrebbe inaugurare nuove e più moderne forme di collaborazione e partecipazione dei «laici» all'amministrazione della giustizia¹⁰⁸.

Se si prescinde, dunque, dal significativo incremento della competenza per valore del giudice di pace, non è dato comprendere a quali innovazioni sia concretamente affidata la

¹⁰⁷ Per analoghe critiche v. PROTO PISANI, *op. cit.*, § 5, e VERDE, *op. cit.*, 85 s.

¹⁰⁸ Tale innovazione figurava già nel d.d.l. n. 2873/C presentato dal ministro Mastella nella precedente legislatura, ed è attualmente contemplata, con contenuti del tutto analoghi, da almeno cinque disegni di legge (in ordine cronologico di presentazione): i nn. 408/C (Contento), 579/S (Li Gotti ed altri), 1108/C (Di Pietro ed altri) 739/S (Maritati ed altri), 1234/C (Tenaglia ed altri). Al momento, tuttavia, nessuno di tali progetti – ancora una volta accomunati, peraltro, dall'illusoria pretesa di risolvere i problemi della giustizia con interventi «a costo zero» – ha visto significativi progressi.

speranza di conseguire – per riprendere il citato parere espresso dalla Commissione Giustizia della Camera – «una chiara ed evidente accelerazione dello svolgimento del processo civile e, quindi, della sua conclusione».

Ho sottolineato, poi, che questo atteggiamento finisce coll'essere addirittura fuorviante, giacché lascia intendere che i problemi del processo civile siano risolvibili, o quando meno apprezzabilmente alleviabili, attraverso una sua maggiore concentrazione; da perseguire, ancora una volta, con la riduzione delle udienze e di ogni «pausa» inutile, nonché con la previsione di sbarramenti sempre più «precoci» e rigorosi ad ogni allegazione delle parti che possa comunque modificare il *thema decidendum* o *probandum*, ostacolando in tal modo il progredire del processo verso la decisione. In tale prospettiva vanno intese, tra l'altro, le indicate modifiche degli artt. 38 e 195, 3° comma, c.p.c., la conferma del divieto di nuovi documenti in appello, e soprattutto la menzionata riduzione di parecchi termini processuali, tra cui quello annuale d'impugnazione applicabile in caso di mancata notificazione della sentenza.

Perché tutto questo avesse un senso, tuttavia, occorrerebbe immaginare che i nostri giudici civili siano per lo più «sottooccupati» ed in ansiosa attesa che le parti, terminate le rispettive schermaglie difensive, si risolvano, finalmente, a consentire loro la decisione. Il che – se ne vorrà convenire – non corrisponde affatto alla realtà della maggior parte dei nostri uffici giudiziari, o comunque di quelli nei quali la crisi della giustizia si fa avvertire in misura più tangibile. Per averne una conferma inequivocabile basterebbe prendere in considerazione i giudizi di secondo grado: sebbene il processo d'appello sia oggi quanto di più concentrato possa immaginarsi, dal momento che la trattazione si esaurisce in un'unica udienza e non vi è solitamente spazio per alcuna attività istruttoria, la sua durata media, presso le corti maggiormente oberate di lavoro, resta pur sempre assai elevata, poiché, stante il numero delle cause da definire, l'udienza di precisazione delle conclusioni (che non è neppure prevista, come udienza *ad hoc*, dal codice) viene utilizzata per creare una lista d'attesa e dunque è fissata, non di rado, a due o tre anni di distanza (se non di più) dalla prima (ed unica) udienza di trattazione; esattamente come accade, notoriamente, in molti nostri tribunali.

Se tutto questo è vero, mi par lecito affermare che la linea d'intervento di questa ennesima riforma, del tutto analoga a quelle che l'hanno preceduta, difetta gravemente di realismo. Che dire, ad es., dell'attuata modifica, ad un passo dal grottesco, concernente la durata della sospensione del processo c.d. concordata (art. 296 c.p.c.), un istituto di cui molti operatori forensi ignorano finanche, probabilmente, l'esistenza, per la semplice ragione che è caduto da tempo in desuetudine?

Più in generale, proprio con riguardo alla generale riduzione dei termini processuali cui ho fatto cenno poc'anzi, mi sembra che l'inutilità di un siffatto rimedio possa meglio apprezzarsi con un paragone: è come se, per risolvere o attenuare la congestione di un tratto di autostrada a due corsie, sul quale si viaggia normalmente incolonnati ed a passo d'uomo, si provvedesse non già a realizzare una terza corsia, per rendere più scorrevole il traffico, bensì a vietare o limitare i tempi di sosta nelle aree di servizio. A me sembra, invece, che tutte le situazioni in cui il processo «pende» solo virtualmente (perché sospeso, interrotto, cancellato dal ruolo, o magari già definito con sentenza ancora impugnabile) non costituiscano affatto un problema del quale il legislatore debba preoccuparsi; a meno che non ci si preoccupi più delle statistiche giudiziarie che non della reale efficienza della tutela giurisdizionale.

Alla luce di tali considerazioni, è agevole pronosticare che questa ennesima riforma sortirà, sul piano della «competitività» della giustizia civile italiana, gli stessi miseri effetti di quelle che l'hanno preceduta. E che ben presto il cantiere del legislatore processuale tornerà in attività.