

CONSIDERAZIONI SULLA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

DI TOMASO GALLETTO(*)(**)

SOMMARIO: 1. Premessa. Lo spirito della riforma. – 2. La nuova competenza del giudice di pace. – 3. Le disposizioni acceleratorie. – 4. Procura al difensore e difetto di rappresentanza o assistenza. – 5. La nuova disciplina delle spese del giudizio. – 6. Il Giudice e la terza via. – 7. Il calendario del processo e la motivazione sintetica delle sentenze. 7. Disponibilità delle prove, consulenza tecnica e istruttoria testimoniale. – 8. Il procedimento sommario di cognizione. – 9. Le novità in tema di giudizio di cassazione. – 10. Ritocchi al processo esecutivo. – 11. Le altre disposizioni della novella: abrogazione del rito societario, *translatio iudicii*, modifiche al codice civile. – 12. I nodi irrisolti. – 13. Conclusioni.

* * *

1. PREMESSA. LO SPIRITO DELLA RIFORMA.

E' in vigore, a decorrere dal 4 luglio 2009, la Legge 18 giugno 2009 n. 69 intitolata “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*”.

La citata legge contiene una nutrita serie di norme modificatrici del codice di rito e delle altre disposizioni contenute in diversi testi legislativi comunque riferite alla disciplina del processo civile.

Si tratta dell'ennesimo tentativo di riforma della procedura civile, sulla cui opportunità non è dato dubitare.

Un progetto di ricerca attualmente in corso a cura del Servizio Studi di Struttura Economica e Finanziaria della Banca d'Italia evidenzia che nell'ambito dei rapporti “*Doing business*” della Banca Mondiale che analizzano, tra l'altro, l'efficienza del sistema giudiziario nella soluzione delle controversie commerciali quale indicatore della competitività, colloca il nostro Paese in una posizione molto arretrata (al 150° posto su 180 Paesi oggetto di indagine).

(*) Docente di diritto processuale civile nell'Università di Genova, Avvocato.

(**) Ove non diversamente indicato, le norme richiamate nel testo si riferiscono al codice di procedura civile.

Le plurime condanne conseguite dall'Italia ad opera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in ragione della eccessiva durata dei processi civili nel nostro Paese e l'enorme proliferare dei procedimenti di cui alla cd. *Legge Pinto* per il risarcimento dei danni conseguenti all'eccessiva durata dei processi, con il paradosso per cui persino questi procedimenti ricadono a loro volta sotto la scure dell'eccessiva durata dei procedimenti censurati dalla Corte Europea, evidenziano l'anomalia della situazione italiana.

E' del resto opinione diffusa, e risalente nel tempo, che il nostro sistema di giustizia civile sia straordinariamente inefficiente ed incapace di offrire un servizio essenziale alla comunità secondo *standard* accettabili, ovvero, per chi rifugge dalla qualificazione della giustizia civile alla stregua di un servizio reso alla comunità, la constatazione che la funzione giurisdizionale nel settore civile è, di fatto, fuori controllo.

Risale ad ormai 20 anni or sono il primo tentativo di riforma organica della procedura civile nel nostro Paese (Legge 26 novembre 1990 n. 353, intitolata "*Provvedimenti urgenti per il processo civile*", completamente operativa soltanto dal 1995). Una seconda, più limitata riforma è stata introdotta con il Decreto Legislativo 2 marzo 2006 n. 40 che ha peraltro riguardato il giudizio di Cassazione e l'arbitrato.

Quello in esame è, dunque, il terzo tentativo di riforma del processo civile.

Una considerazione a parte dovrà essere fatta per il rito societario, introdotto nel 2005 quale possibile prototipo del nuovo processo ordinario di cognizione, che viene abrogato dalla novella.

Se, per le ragioni sinteticamente enunciate in precedenza, non possono essere sollevate obiezioni rispetto alla necessità di un incisivo intervento del legislatore sul processo civile, specialmente di cognizione, molto si discute, e ancor più si discuterà in futuro, sulle scelte che sono state operate con la riforma in esame.

Le innovazioni introdotte sono numerose, alcune di dettaglio ed altre di più ampio respiro.

Non è questa la sede idonea ad un esame particolareggiato delle singole disposizioni innovatrici, che sono sparse all'interno del codice di rito.

Le considerazioni che seguono, pertanto, avranno riferimento a quegli aspetti della riforma che, nell'ambito di un giudizio soggettivo, sembrano assumere la maggiore rilevanza.

L'intervento del legislatore è chiaramente volto a cercare di porre in essere le condizioni che consentano di contenere la durata del processo civile entro i limiti che sono stati ritenuti ragionevoli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Da qui l'introduzione di numerosissime disposizioni che abbreviano i termini processuali originariamente previsti dal codice, con l'evidente finalità di accelerare la conclusione del processo.

L'introduzione di un procedimento sommario di cognizione, nell'ambito delle competenze del giudice monocratico di tribunale, caratterizzato dalla informalità della procedura, è altro evidente sintomo dell'intento legislativo volto alla accelerazione della decisione giurisdizionale.

Sotto un diverso profilo, le nuove norme in tema di giudizio di Cassazione concorrono idealmente al perseguimento del medesimo obiettivo in quanto potenzialmente idonee a deflazionare l'accesso al giudizio di legittimità; è noto, a questo proposito, che la Corte di Cassazione è oggi investita di decine di migliaia di ricorsi in sede civile ogni anno, che non possono essere smaltiti nonostante l'innegabile impegno della magistratura di legittimità, testimoniato dal numero elevatissimo delle decisioni rese per ciascun anno giudiziario.

Ma lo spirito della riforma si rivela anche nel disegno di tendenziale riconduzione della pluralità dei riti speciali oggi previsti (se ne contano oltre trenta) a tre: quello ordinario di cognizione, quello sommario e quello del lavoro.

Il Governo è delegato, entro un biennio, a procedere allo sfoltimento dei riti riconducendo le varie fattispecie ai tre prototipi ai quali si è fatto riferimento.

Altra delega affidata al Governo riguarda l'adozione, entro 6 mesi dalla entrata in vigore della legge, di uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e conciliazione in ambito civile e commerciale.

I principi informativi della delega sono in larga misura coincidenti con le indicazioni che risultano dalla normativa comunitaria in materia (da ultimo la Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 che riguarda peraltro le controversie transfrontaliere) e quindi, *in primis*, la conferma del principio secondo cui il ricorso a sistemi alternativi di risoluzione delle controversie non deve avere l'effetto di limitare o precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale.

Particolarmente interessante è l'indicazione della Legge-delega in ordine alla previsione della istituzione di organismi di conciliazione presso i consigli dell'ordine degli avvocati e la possibilità che, in particolari materie, anche altri ordini professionali possano procedere in tal senso.

Il richiamo, poi, alla disciplina degli organismi di conciliazione disciplinati, in materia societaria, dal D.Lgs. 5/2003 (che in parte *qua* resta in vigore) induce a ritenere che probabilmente la delega sarà esercitata facendo ampio rinvio a tale disciplina.

Non è previsto, peraltro, nell'ambito dei principi e criteri direttivi della delega in materia che l'accesso ad una procedura di conciliazione possa conseguire l'effetto impeditivo di eventuali decadenze ed interruttivo della prescrizione (pur essendo previsto un termine massimo di durata del procedimento non superiore a quattro mesi).

Si tratta di una omissione (consapevole o meno) di grande rilievo perché non è difficile ipotizzare che proprio la mancanza di protezione rispetto agli effetti preclusivi della decadenza od estintivi della prescrizione renderà meno appetibile il ricorso a procedure alternative di risoluzione delle controversie civili e commerciali.

Il legislatore si è comunque dato un obiettivo ambizioso rispetto al quale non è ragionevolmente possibile esprimere oggi un giudizio.

Quello che oggi è possibile fare è verificare, sia pure sinteticamente, il grado di efficienza delle soluzioni previste dalle norme introdotte dalla riforma rispetto alle situazioni sulle quali esse sono chiamate ad incidere.

2. LA NUOVA COMPETENZA DEL GIUDICE DI PACE.

All'evidente scopo di sgravare l'attività dei tribunali viene ampliata la competenza del giudice di pace introducendo all'art. 7 sia una modifica della competenza per valore, sia una integrazione della competenza esclusiva di tale giudice.

Per quanto riguarda la competenza per valore, il giudice di pace sarà competente per le cause relative a beni mobili di valore non superiore a € 5.000,00 e non superiore a € 20.000,00 per le cause di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli e di natanti (la riforma abroga la riconduzione al rito del lavoro delle cause relative al risarcimento dei danni per morte o lesioni conseguenti ad incidenti stradali di cui all'art. 3 della L. 21 febbraio 2006 n. 102).

Una nuova competenza esclusiva del giudice di pace è prevista *“per le cause relative agli interessi o accessori da ritardato pagamento di prestazioni previdenziali o assistenziali”*.

L'ampliamento della competenza del giudice di pace nei termini sopra indicati ha già suscitato preoccupazioni sulla capacità di tenuta degli uffici del giudice di pace rispetto all'incremento del contenzioso ad essi affidato.

Non possono non ricordarsi, a questo proposito, le considerazioni critiche che da più parti vengono mosse sia ai meccanismi di reclutamento dei giudici di pace, sia alla cronica insufficienza di attrezzature e personale attribuito a tali uffici.

3. LE DISPOSIZIONI ACCELERATORIE.

All'interno delle nuove disposizioni introdotte dalla riforma è possibile individuare una categoria la cui funzione è sostanzialmente quella di accelerare talune fasi, anche eventuali, del processo attraverso l'abbreviazione dei termini originariamente previsti per il compimento di attività processuali.

Una prima modifica nel senso sopra indicato ha riguardo alla eccezione di incompetenza.

Le eccezioni di incompetenza per materia, per valore e per territorio debbono essere proposte, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata, ma nei casi previsti dall'art. 28 (competenza inderogabile) l'incompetenza può essere rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza di trattazione.

Quindi la preclusione riguarderà soltanto la incompetenza territoriale derogabile non eccepita nella comparsa di risposta tempestivamente depositata ovvero eccepita senza l'indicazione del giudice che la parte ritiene competente.

Sulle questioni di incompetenza il giudice, ed è una novità, decide con ordinanza ed il termine per la riassunzione della causa dinanzi al giudice dichiarato competente, ove non disposto dal giudice, è dimezzato (da 6 a 3 mesi).

Anche in materia di litispendenza e continenza, nonché di connessione, il giudice pronuncerà ordinanza anziché sentenza.

Si tratta di una semplificazione procedimentale utile, ma certamente non risolutiva.

Anche il cosiddetto *termine lungo* per le impugnazioni è dimezzato (da un anno a 6 mesi) e quello per la riassunzione della causa all'esito del giudizio della Cassazione è addirittura ridotto a soli 3 mesi.

La riassunzione delle cause cancellate dal ruolo è anch'essa soggetta al dimezzamento del termine (da un anno a 6 mesi).

Sono dimezzati anche i termini per riattivare il processo dopo la sospensione e per proseguirlo dopo l'interruzione (da 6 a 3 mesi).

L'astratta idoneità della abbreviazione dei termini per il compimento di attività processuali nei casi sopra indicati a perseguire l'obiettivo di una effettiva accelerazione del processo è innegabile, ma la complessiva efficienza del sistema esigerebbe che l'intervento acceleratorio avesse riguardo anche con riferimento alle attività del giudice, sulle quali la riforma non interviene fatta eccezione per la cd. *calendarizzazione* del processo di cui *infra* si dirà.

4. PROCURA AL DIFENSORE E DIFETTO DI RAPPRESENTANZA O ASSISTENZA.

L'elenco degli atti sui quali può essere apposta la procura speciale al difensore, contenuto nell'art. 83, viene arricchito dalla previsione che la procura può essere rilasciata anche in calce o a margine della memoria di nomina del nuovo difensore in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato.

Si tratta della codificazione di una prassi ampiamente diffusa, che tuttavia aveva dato luogo a dubbi sulla regolarità formale della procura conferita al nuovo difensore, in quanto apposta su un atto (la cosiddetta memoria di costituzione di nuovo difensore) non specificamente indicato dalla richiamata norma codicistica.

Viene anche introdotta la possibilità della procura mediante documento informatico rinviando ad un apposito decreto del Ministero della Giustizia l'individuazione degli strumenti informatici idonei allo scopo e si prevede, ancora, la possibilità – qualora la procura sia stata conferita su supporto cartaceo – della sua trasmissione in copia informatica autenticata con firma digitale qualora il difensore si costituisca attraverso strumenti telematici.

In questo caso, naturalmente, dovranno essere osservate le norme relative alla trasmissione di documenti in via telematica.

In tema di difetto di rappresentanza o di autorizzazione viene innovato il testo dell'art. 182 del codice prevedendosi:

- a) che qualora il giudice rilevi un difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione ovvero un vizio che determini la nullità della procura al difensore venga assegnato un termine per la regolarizzazione, anche mediante rilascio o rinnovazione della procura; e
- b) che l'intervenuta regolarizzazione nel termine perentorio assegnato dal Giudice abbia l'effetto di sanare i vizi con efficacia *ex tunc*, consentendo così agli effetti sostanziali e processuali della domanda si producano fin dal momento della prima notificazione.

La novità della previsione normativa in commento è rilevante, in quanto sino ad oggi i difetti di rappresentanza e assistenza potevano essere sanati soltanto con efficacia *ex nunc*, salve le decadenze medio tempore intervenute, e il difetto della procura al difensore non consentiva, successivamente al termine per la costituzione in giudizio, la sua regolarizzazione difettando un presupposto di valida instaurazione del rapporto processuale.

5. LA NUOVA DISCIPLINA DELLE SPESE DEL GIUDIZIO.

Allo scopo di incentivare la soluzione conciliativa delle vertenze il legislatore introduce nella disciplina delle spese del giudizio una nuova previsione, secondo la quale se vi è stata una proposta conciliativa ed il Giudice accolga la domanda in misura non superiore a quanto previsto nella citata proposta, la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta viene condannata al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta conciliativa, salvo che non ricorrano gravi ed eccezionali ragioni da esplicitare nella motivazione, che inducano il Giudice a non applicare il nuovo principio così introdotto.

Non si tratta di una novità assoluta nel nostro ordinamento, dal momento che una simile previsione era contenuta all'art. 16 del c.d. processo societario (D.lgs. 17 gennaio 2003, n.5) che peraltro facoltizzava il Giudice a porre le spese di lite, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che avesse rifiutato ragionevoli proposte conciliative.

E' noto, in proposito, che l'idea di utilizzare, quale mezzo di persuasione alla definizione conciliativa delle controversie, la distribuzione delle spese di lite consentendone l'addebito anche alla parte formalmente vittoriosa che abbia rifiutato ragionevoli proposte transattive è mutuata dall'esperienza inglese codificata nella riforma del processo civile del 1999.

Se la logica della nuova previsione in tema di spese del giudizio è agevolmente comprensibile, qualche dubbio sorge in merito alla opportunità della scelta di imporre al

Giudice la condanna alle spese nel caso considerato, senza lasciare uno spazio di discrezionalità quanto mai opportuno trattandosi di una previsione che deroga al principio informatore della distribuzione delle spese di giudizio che è riconducibile alla soccombenza.

Ulteriore previsione innovativa in tema di spese del giudizio è contenuta all'art. 96 novellato, il cui terzo comma prevede che il Giudice anche d'ufficio possa condannare in ogni caso la parte soccombente al pagamento in favore della controparte di una somma equitativamente determinata.

Ancorchè inserita nell'ambito della disciplina della c.d. lite temeraria, la nuova previsione è autonomamente operativa e quindi non presuppone, per la sua applicabilità, che si versi in una delle ipotesi di lite temeraria disciplinate nei commi precedenti.

La nuova previsione sembra destinata a sanzionare quelle condotte processuali che, pur non potendo connotarsi della temerarietà, risultino peraltro ingiustificate.

Si tratta quindi di una sanzione destinata a colpire la litigiosità e/o le tattiche processuali dilatorie alle quali spesso fanno ricorso le parti potenzialmente soccombenti nel merito del processo per allontanare il tempo della decisione sfavorevole.

In questo senso può convenirsi sulla utilità della innovazione, tenendo conto altresì dell'esperienza secondo cui spesso la parte vittoriosa deve sopportare un costo per il processo eccedente quello regolato dal Giudice attraverso la condanna alle spese (si tratta, come è noto, del fenomeno c.d. delle spese non ripetibili dalla controparte tra le quali si annoverano ad esempio quelle sostenute per l'assistenza del consulente tecnico di parte che i Giudici non sono soliti liquidare in favore della parte vittoriosa).

6. IL GIUDICE E LA TERZA VIA.

Come è noto, da tempo si discute in dottrina ed in giurisprudenza in ordine alla possibilità per il Giudice di rilevare d'ufficio questioni non sollevate dalle parti e di porle a fondamento della propria decisione (la c.d. terza via).

La questione è obiettivamente assai delicata poiché coinvolge, da un lato, il poterdovere del Giudice di rilevare d'ufficio talune questioni indipendentemente dalla attività delle parti (ad esempio la questione di giurisdizione oppure quella relativa alla sussistenza di una causa di nullità del contratto non dedotta dalle parti) e, da altro lato, il rispetto del contraddittorio quale regola ineludibile del processo, oggi di rilevanza costituzionale a seguito della modifica dell'art. 111 Cost.

Occorreva dunque trovare un ragionevole punto di equilibrio tra le due contrapposte esigenze sopra indicate.

Per la verità il problema era stato affrontato e risolto dal legislatore della riforma del 2006, ma soltanto con riferimento al giudizio di cassazione.

L'art. 384, come modificato nel 2006, infatti, prevede che qualora la Corte ritenga di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio essa debba

riservarsi la decisione, assegnando alle parti ed al pubblico ministero un termine non inferiore a 20 e non superiore a 60 giorni per il deposito di osservazioni sulla medesima questione.

Il legislatore ha ritenuto di estendere questo principio al giudizio di merito, inserendo nell'ambito della disciplina del contraddittorio (di cui all'art. 101 del codice) una previsione analoga a quella già codificata per il giudizio di cassazione, con riduzione peraltro a 40 giorni del termine massimo assegnabile alle parti per il deposito in cancelleria di memorie contenenti le osservazioni delle parti sulla questione sollevata d'ufficio dal Giudice.

Non vi è dubbio che la nuova previsione sia opportuna, anche in considerazione dell'orientamento giurisprudenziale che si stava formando in sede di legittimità (pur con qualche contrasto) nel senso di ritenere affetta da nullità la decisione fondata su di una questione rilevata d'ufficio dal Giudice ed in ordine alla quale le parti non avessero avuto modo di formulare le loro osservazioni.

7. IL CALENDARIO DEL PROCESSO E LA MOTIVAZIONE SINTETICA DELLE SENTENZE.

Con una previsione fortemente innovativa, introdotta quale art. 81 bis delle disposizioni di attuazione, il legislatore impone al Giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, di fissare il calendario del processo con l'indicazione delle udienze successive e degli incumbenti che verranno espletati.

I termini così fissati possono essere prorogati, anche d'ufficio, soltanto quando sussistano gravi motivi sopravvenuti e la richiesta proroga, se proveniente dalle parti, deve essere formulata prima della scadenza del termine.

Anche in questo caso la previsione è mutuata da altre esperienze, nell'ambito delle quali il calendario del procedimento ha dato buona prova di sé (ad esempio la già citata nuova procedura civile inglese e, nella prassi internazionale, l'art. 18.4 del regolamento per l'arbitrato amministrato dalla Camera di Commercio Internazionale).

Sulla opportunità ed utilità di tale nuova previsione non possono essere sollevati dubbi, poiché essa tende a responsabilizzare tutte le parti interessate per il conseguimento di un risultato (la certezza dei tempi della fase istruttoria) che è funzionale ad una efficiente gestione del processo.

La mancanza di una previsione in ordine alla durata massima della fase istruttoria, peraltro, è potenzialmente idonea a svuotare l'efficacia della soluzione predisposta dal legislatore. Sarà soltanto l'esperienza applicativa a poter dare risposta in ordine alla effettiva incidenza della previsione del calendario del processo sulla abbreviazione dei tempi della decisione della causa.

Ulteriore previsione in tesi funzionale alla riduzione dei tempi della decisione è quella che prevede che la sentenza contenga (soltanto) la concisa esposizione delle ragioni di

fatto e di diritto della decisione esonerando il Giudice dalla esposizione dello svolgimento del processo (art. 132 novellato).

La nuova disciplina della motivazione della sentenza è completata dal nuovo testo del primo comma dell'art. 118 delle disposizioni di attuazione, che precisa che la motivazione consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi.

Anche in questo caso non si tratta di una novità assoluta per il nostro ordinamento, poiché già nel rito societario si prevedeva che la sentenza potesse essere sempre motivata in forma abbreviata mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e la concisa esposizione delle ragioni di diritto anche in riferimento a precedenti conformi (art. 16 comma 5 D.lgs. 5/2003).

Questa struttura agile della motivazione della sentenza, del resto, ha dato buona prova di sé nell'ambito del processo amministrativo, in cui previsioni sostanzialmente analoghe sono state introdotte sin dal 2000.

8. DISPONIBILITÀ DELLE PROVE, CONSULENZA TECNICA E ISTRUTTORIA TESTIMONIALE.

In tema di disponibilità delle prove il legislatore introduce, all'art. 115, la disposizione secondo cui il giudice, oltre alle prove proposte dalle parti e dal pubblico ministero, deve porre a fondamento della decisione anche *“i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita”*.

Anche in questo caso si tratta della codificazione di un principio già fatto proprio dalla giurisprudenza, la quale peraltro ha sempre precisato che l'effetto della applicazione di esso si risolve nella cd. *relevatio ab onere probandi*.

Il richiamo alla parte costituita non può non essere letto quale adesione del legislatore all'indirizzo assunto dalla Corte Costituzionale in relazione al rito societario che prevede(va) che in caso di contumacia i fatti affermati dall'attore potessero essere considerati acquisiti al processo (Corte Cost. 8 ottobre 2007 n. 340).

Non è peraltro chiara la relazione tra la disposizione in esame e quella, contenuta all'art. 167, secondo cui il convenuto, nella comparsa di risposta, deve prendere posizione specifica sui fatti posti a fondamento della domanda attrice.

In altre parole, la norma non risolve il problema riconducibile alla individuazione di un termine per la contestazione dei fatti ad opera della parte costituita: resta il dubbio che anche una contestazione tardiva possa avere rilevanza ai fini di escludere la possibilità per il giudice di porre a fondamento della propria decisione i fatti non contestati.

Altre novità in materia istruttoria riguardano la consulenza tecnica d'ufficio e le deposizioni testimoniali.

Quanto alla prima viene previsto l'obbligo per il giudice di formulare i quesiti al consulente contestualmente all'ordinanza ammissiva e si dispone altresì che con la

medesima ordinanza sia stabilito non soltanto il termine per il deposito della relazione ma anche quelli per le osservazioni delle parti rispetto ad essa e per la valutazione sintetica di tali osservazioni da parte del CTU, il tutto anteriormente alla udienza fissata per l'esame dell'elaborato tecnico (artt. 191 e 195 nuovo testo).

La funzione acceleratoria di questa nuova disposizione è evidente e probabilmente il risultato dell'applicazione di essa sarà positivo, essendo noto che nella prassi a seguito del deposito della relazione del CTU le parti sono usate richiedere un termine per la formulazione di osservazioni, che presuppone la fissazione di un'ulteriore udienza all'esito della quale il giudice, se ritiene rilevanti tali osservazioni, deve fissare una nuova udienza per la comparizione del CTU a chiarimenti.

Nel disegno del legislatore tutte queste attività si dovranno svolgere nell'intervallo tra l'udienza ammissiva della CTU e quella fissata per il suo esame, con evidente concentrazione dei tempi processuali.

Quanto alla istruttoria testimoniale la novità di maggiore rilievo, sulla quale già molto si è discusso, riguarda la possibilità della testimonianza scritta in luogo della escussione personale del testimone.

Anche qui non si tratta di una novità in senso assoluto poiché il codice già conosce l'ipotesi, sia pure con riferimento al procedimento arbitrale (v. oggi l'art. 816^{ter}, ma la previsione originaria risale già al 1994).

Le disposizioni che prevedono la testimonianza scritta (artt. 257^{bis} e 103^{bis} disp. att.) sono piuttosto farraginose in quanto da un lato presuppongono il consenso di tutte le parti e del giudice e, da altro lato, impongono l'adozione di un modello di testimonianza scritta, predisponendo dal Ministero della Giustizia, nonché l'autenticazione da parte di un pubblico ufficiale (segretario comunale o cancelliere).

Le modalità in precedenza sinteticamente descritte inducono a ritenere che l'utilizzazione di questo nuovo strumento di acquisizione di elementi probatori non troverà diffusissima applicazione, ma soltanto l'esperienza potrà dare conto della utilità o meno di questa previsione normativa.

9. IL PROCEDIMENTO SOMMARIO DI COGNIZIONE.

La previsione di un nuovo rito, denominato "*procedimento sommario di cognizione*" e disciplinato dagli artt. 702^{bis} - 704^{bis} introdotti *ex novo*, costituisce forse la più rilevante novità della riforma e, al contempo, il fiore all'occhiello di essa.

Come si è già avuto modo di rilevare, infatti, il legislatore è così convinto dell'effetto taumaturgico di questo nuovo rito da prevedere che esso costituisca, insieme al rito ordinario di cognizione ed al rito del lavoro, uno dei tre modelli ai quali dovranno necessariamente essere ricondotti, in conformità alla delega conferita in proposito al Governo, gli oltre trenta riti speciali oggi conosciuti.

Non può non rilevarsi, in via preliminare, che il legislatore, nel concepire questo nuovo rito, abbia avuto in mente l'omonimo procedimento (già) previsto dall'abrogato rito societario (il riferimento è all'art. 19 del D.lgs. 5/2003).

Ma le somiglianze si esauriscono sostanzialmente nella mera denominazione del rito.

Il procedimento sommario nel rito societario, invero, era delimitato ad un ristretto novero di controversie (pagamento di somme e consegna di cose mobili determinate) e si concludeva con una ordinanza che, pur costituendo titolo esecutivo, non poteva mai conseguire l'autorità di cosa giudicata *ex art. 2909 cod. civ.*

Del tutto diverse sono la struttura, il procedimento e gli effetti del nuovo rito introdotto nel codice.

Intanto non sono determinate le materie relativamente alle quali può essere applicato il nuovo rito (o meglio, sono determinate in negativo poiché esso non può essere applicato alle materie devolute alla cognizione del tribunale in composizione collegiale di cui all'art. 50*bis* del codice).

Esso è destinato ad applicarsi, quindi, a tutte le cause di competenza del giudice monocratico di tribunale.

La domanda si propone con ricorso, modellato sulla falsa riga dell'art. 163, ed il ricorso, formato dal cancelliere il fascicolo d'ufficio, è sottoposto al presidente del tribunale che designa il magistrato affidatario.

Questo fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti assegnando il termine per la costituzione del convenuto che deve avere luogo non oltre 10 giorni prima dell'udienza fissata; ricorso e decreto debbono essere notificati alla controparte almeno 30 giorni prima della data fissata per la sua costituzione (leggasi almeno 40 giorni prima della data dell'udienza fissata dal giudice).

La parte convenuta dovrà costituirsi mediante deposito della comparsa di risposta modellata secondo lo schema dell'art. 167 relativo al procedimento ordinario di cognizione e così, se intende chiamare un terzo deve dichiararlo nella comparsa e chiedere il differimento dell'udienza, sul quale il giudice provvede fissando la nuova udienza, nonché il termine per la notifica della citazione del terzo il quale si deve costituire almeno 10 giorni prima della nuova udienza mediante deposito di comparsa di costituzione con i contenuti già ricordati.

Dal punto di vista della struttura degli atti, quindi, a parte l'introduzione del procedimento a mezzo di ricorso, non vi sono particolari novità, diverse dalla abbreviazione dei termini di comparizione e costituzione.

Ma un rilievo è immediato: la norma non prevede un termine, neppure meramente ordinatorio, che il giudice debba rispettare per la fissazione dell'udienza con decreto in calce al ricorso.

L'analogo rito (già) previsto per le controversie societarie prevedeva invece che la comparizione delle parti dovesse essere fissata a non oltre 60 giorni dal provvedimento

di fissazione dell'udienza e questo assicurava certamente una forte accelerazione dei tempi.

Il silenzio della norma induce a ritenere che ciascun giudice fisserà l'udienza di comparizione tenendo conto di tutti i pregressi impegni e quindi la comparizione delle parti potrà avere luogo anche a distanza di lungo tempo dalla data di presentazione del ricorso.

Già sotto questo profilo la funzione acceleratoria enfatizzata da questo nuovo rito risulta asfittica.

Veniamo ora alla disciplina del procedimento sommario.

In via preliminare il giudice designato all'udienza di comparizione delle parti dovrà verificare la propria competenza e la riconducibilità della domanda a quelle sottoposte al nuovo rito (tutte le materie di competenza del giudice monocratico di tribunale).

Se rileva la propria incompetenza, il giudice lo dichiara con ordinanza e se invece rileva che la domanda principale, ovvero l'eventuale domanda riconvenzionale, esulano dalle materie sottoposte al nuovo rito, dichiara inammissibile l'una e/o l'altra con ordinanza non impugnabile.

Verificata la propria competenza e la riconducibilità delle domande (principale e riconvenzionale, se proposta) al rito, il giudice dovrà valutare se le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria.

Se opinerà in tal senso, il giudice, con ordinanza non impugnabile, fisserà l'udienza di cui all'art. 183 e il rito riconfluirà nell'ordinario processo di cognizione.

Se l'istruzione non sommaria riguarderà l'eventuale domanda riconvenzionale, il giudice ne disporrà la separazione.

E' evidente che risiede in queste previsioni il futuro del nuovo rito: non essendo chiaro il significato della locuzione "*istruzione non sommaria*" spetterà alla sensibilità di ciascun giudice trattenere la causa nel rito speciale oppure sospingerla nel rito ordinario.

Anche qui soltanto la prassi applicativa potrà dare conto della efficacia della soluzione prefigurata dal legislatore.

Se il procedimento supera il vaglio in precedenza sinteticamente descritto, esso proseguirà secondo un *iter* deformalizzato rimesso alla discrezionalità del giudice, il quale definirà poi (ma non vi sono termini di alcun tipo che definiscano il tempo della decisione) la controversia accogliendo o rigettando le domande con ordinanza.

L'ordinanza è per legge provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo esecutivo anche per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione.

Con la menzionata ordinanza il giudice provvederà altresì alle spese del procedimento con applicazione di tutte le disposizioni a tal fine previste per il giudizio ordinario di cognizione.

L'ordinanza è appellabile entro i trenta giorni successivi alla sua comunicazione o notificazione e in difetto acquisterà l'efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 cod. civ..

Questo provvedimento, quindi, assume la forma dell'ordinanza ma partecipa di taluni degli effetti della sentenza: conseguentemente è un ibrido.

Ma, come si è visto, l'ordinanza è appellabile e nel procedimento di secondo grado sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritenga rilevanti ovvero quando la parte dimostri di non aver potuto proporli nel corso del procedimento sommario per causa ad essa non imputabile.

L'eventuale istruttoria può essere delegata ad un componente del collegio di appello.

Sin qui le previsioni della novella.

Già si è detto in ordine alla perplessità che nascono dal non aver previsto specificamente le materie a cui è applicabile il nuovo rito, dalla ambiguità del riferimento alla necessità di una istruzione non sommaria che è suscettibile di determinare una immediata conversione del procedimento nell'ordinario processo di cognizione, dalla inesistenza di termini, nemmeno indicativi, per il compimento delle attività da parte del giudice.

A queste considerazioni, che non fanno ben sperare sul futuro del neonato rito, si deve poi aggiungere la constatazione che il grado di appello si dovrà necessariamente svolgere secondo il rito ordinario: con la prevedibile conseguenza che ad una ipoteticamente rapida conclusione del procedimento sommario in primo grado farà seguito una lunghissima fase in grado di appello.

Se questa evidente incongruenza sia frutto di una scelta consapevole o inconsapevole del legislatore, non è dato sapere.

10. LE NOVITÀ IN TEMA DI GIUDIZIO DI CASSAZIONE.

Altro aspetto qualificante della riforma è, senza dubbio, quello riguardante il giudizio in sede di legittimità.

Si tratta, come è noto, di un aspetto nevralgico del sistema della giustizia civile.

Secondo le indicazioni provenienti dalla Presidenza della Corte (relative all'anno 2007) i ricorsi pendenti davanti ad essa in sede civile sono oltre centomila e le sentenze pubblicate nell'anno di riferimento sono state circa trentamila.

In queste condizioni il sistema sta collassando e la stessa funzione nomofilattica della Suprema Corte risulta impossibile.

La situazione è peraltro ben nota anche al legislatore il quale a più riprese è già intervenuto, anche in epoca recente, apprestando possibili rimedi all'indiscriminato accesso al grado di legittimità.

Dapprima si erano ampliati i casi di pronuncia in Camera di Consiglio estendendoli, tra l'altro, alle ipotesi di manifesta fondatezza o infondatezza ovvero inammissibilità del

ricorso principale ed eventualmente incidentale, per poi prevedersi (con la riforma del 2006) l'introduzione, a pena di inammissibilità, dei quesiti di diritto di cui all'art. 366bis.

Ma né la prima soluzione, né la seconda hanno dato i risultati sperati. Più precisamente, la seconda, quella relativa alla introduzione dei quesiti di diritto, ha dato luogo ad una interpretazione così formalistica e restrittiva da rendere, di fatto, spesso imprevedibile la sorte dei ricorsi.

A tale situazione ha inteso porre rimedio il legislatore dell'odierna riforma prevedendo, come suggerito dalla stessa Suprema Corte, un meccanismo di "filtro" all'accesso al grado di legittimità.

Sono note, a questo proposito, le polemiche suscitate dalla lettura delle varie versioni ipotizzate in sede di lavori parlamentari per apprestare tale "filtro".

L'aspetto cruciale del problema è, infatti, costituito dalla previsione contenuta nell'art. 111 Cost. secondo cui contro le sentenze è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge.

La giurisprudenza costituzionale ha sempre interpretato tale disposizione nel senso che essa riguardi tutti i provvedimenti assunti in sede civile aventi carattere decisorio e suscettibili di passaggio in giudicato.

Di qui l'estrema delicatezza della scelta di prevedere, a Costituzione invariata, preclusioni all'accesso al grado di legittimità anche per censure relative alla violazione di legge.

Il legislatore della riforma si è dapprima orientato nel senso di prevedere un vaglio di ammissibilità dei ricorsi in Cassazione, affidato ad un collegio di tre giudici della Corte; a fronte delle critiche da più parti mosse in ordine alla costituzionalità di tale previsione si è poi risolto a prevedere non più un vaglio di ammissibilità, bensì un ampliamento dei casi di inammissibilità del ricorso, da pronunciarsi con procedimento in Camera di Consiglio.

La soluzione prescelta è piuttosto articolata e conviene pertanto esaminarla partitamente.

In primo luogo, viene introdotto un nuovo articolo (360bis) che prevede l'*inammissibilità* del ricorso qualora ricorrano le seguenti condizioni:

- 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; ovvero*
- 2) *quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo.*

Ai fini della verifica preliminare in ordine alla ammissibilità del ricorso viene istituita (dall'art. 376, nuovo testo) una "apposita sezione" composta – secondo quanto dispone il novellato art. 67bis della legge sull'ordinamento giudiziario – da magistrati

appartenenti a tutte le sezioni della Corte: si tratta, appunto, della cosiddetta sezione-filtro sulla cui costituzione molto si discute.

Proseguendo nella descrizione del nuovo procedimento preliminare di esame dei ricorsi, deve rilevarsi che la nuova sezione-filtro verifica la sussistenza o meno dei presupposti per la pronuncia in camera di consiglio ai sensi dell'art. 375 nn. 1 e 2, secondo il testo riformulato di tale articolo.

Le ipotesi in considerazione sono quindi quella della inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto (art. 375 n. 1 nuovo testo) e quella della accoglibilità e rigetto del ricorso principale e dell'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza.

All'interno dell'ipotesi di cui all'art. 375 n. 1 ricadono quindi anche le due nuove ipotesi di inammissibilità del ricorso introdotte con il già menzionato art. 360*bis*.

Articolato e complesso è anche l'iter procedimentale disegnato dal nuovo art. 380*bis* per la decisione in camera di consiglio.

Dispone infatti la citata norma che il relatore nominato all'interno della sezione-filtro, se ritiene che sussistano le condizioni per definire il giudizio in camera di consiglio ai sensi dell'art. 375 nn. 1 e 5 (declaratoria di inammissibilità ovvero accoglimento o rigetto del ricorso principale o incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza) deposita una relazione con la concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare l'ipotizzata pronuncia.

Il presidente della sezione fissa l'adunanza di essa in camera di consiglio ed almeno 20 giorni prima della data di tale adunanza il decreto di fissazione e la relazione sono comunicati al pubblico ministero e notificati agli avvocati delle parti, con facoltà per il P.M. di presentare conclusioni scritte e, per gli avvocati, di presentare memorie almeno 5 giorni prima della adunanza e di chiedere di essere sentiti, se compaiono (art. 380*bis* II° comma nuovo testo).

Se la sezione-filtro non condivide l'opinione del relatore in ordine alla inammissibilità del ricorso principale o incidentale (e non provvede in ordine alla manifesta fondatezza o infondatezza di essi ai sensi del n. 5 dell'art. 375) il ricorso viene assegnato alla sezione ordinaria tabellarmente competente ed il relatore di quest'ultima, nominato dal Presidente di essa, se ritiene che ricorrano le ipotesi per la pronuncia in camera di consiglio di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 375 deposita una relazione in tal senso.

Si ripete, in tal caso, l'iter preliminare alla pronuncia in camera di consiglio (avviso al P.M. e agli avvocati eventuale deposito di conclusioni scritto del primo e memorie dei secondi e discussione in camera di consiglio, se richiesta).

Se la Corte ritiene di non condividere l'ipotesi formulata dal relatore (in questo caso ordine di integrazione del contraddittorio o di rinnovazione della notificazione ovvero declaratoria di estinzione del processo in ogni caso diverso dalla rinuncia), rinvia la causa alla pubblica udienza.

Quello in precedenza descritto è il nuovo, complesso *iter* ipotizzato dal legislatore per deflazionare l'accesso al grado di legittimità.

Così descritto l'iter procedimentale è ora possibile formulare qualche considerazione in proposito.

Si è già in precedenza ricordato che rispetto a questa scelta operata dal legislatore sono state sollevate, da più parti, perplessità in ordine alla coerenza di essa con il dettato dell'art. 111 comma 7 Cost., che non sembrerebbe tollerare preclusioni all'esame nel merito di ricorsi per violazione di legge.

In effetti, le due nuove ipotesi di inammissibilità del ricorso (principale o incidentale) introdotte dall'art. 360**bis** pongono delicate questioni.

La prima di esse, come è stato in precedenza illustrato, consente alla Corte, attraverso la sezione-filtro, di pronunciare l'inammissibilità *“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”*.

Questa previsione, fortemente innovativa, pone all'interprete delicatissime questioni che possono essere sinteticamente riassunte nei termini che seguono.

Intanto, non è dato comprendere sulla base di quale dato obiettivo si debba ricostruire *“l'orientamento della Corte”* che, se è stato seguito dal giudice *a quo*, rende inammissibile il ricorso (servirebbero massime consolidate, che allo stato non sono reperibili, senza dimenticare che spesso anche all'interno della medesima sezione si riscontrano orientamenti difformi sulle medesime questioni di diritto e senza considerare, ancora, che frequentemente le situazioni di fatto sono solo apparentemente assimilabili, salva forse l'ipotesi delle controversie seriali).

Ancora, non è dato comprendere perché nell'ipotesi considerata (il provvedimento impugnato ha deciso in modo conforme alla giurisprudenza della Corte) si debba dichiarare l'inammissibilità, anziché procedere alla declaratoria di manifesta infondatezza del ricorso principale o incidentale con ordinanza, come era già previsto nel previgente art. 375.

La declaratoria di inammissibilità, tra l'altro, dovrebbe presupporre un vizio dell'atto o del procedimento e non riguardare il merito della censura che, più propriamente, può dirsi fondato o infondato, ma non inammissibile.

Perché la norma in esame abbia una sua ragion d'essere occorre ritenere che altra sia la funzione ad essa assegnata.

La funzione sembrerebbe essere quella di rendere la Corte arbitra di selezionare le questioni che essa riterrà meritevoli del suo esame.

Se è così, come in effetti sembra, si tratta di una innovazione di grande rilievo per il nostro ordinamento che è basato sul diritto legislativo e non sul diritto giurisprudenziale, come accade nella esperienza di *common law*.

Non sembra che il legislatore della riforma si sia avveduto di tale aspetto (piuttosto delicato, per la verità) e delle conseguenze che possono derivare dalla scelta così operata.

Secondo la nuova regola, infatti, la Corte può decidere di non esaminare un ricorso (previa una sommaria delibazione del suo contenuto) se ritiene che non vi siano motivi per mutare i propri precedenti. La norma, per la verità, soggiunge che la Corte potrebbe ritenere ammissibile il ricorso anche quando i motivi di questo offrano elementi per confermare il proprio precedente orientamento, ma in questo caso le parole sembrano tradire il pensiero del legislatore, per la contraddittorietà intrinseca alla fattispecie: forse si voleva dire che la Corte può trarre spunto da un ricorso altrimenti inammissibile per meglio chiarire il proprio precedente orientamento, ma la logica del ragionamento è pur sempre zoppicante perché ancora una volta ammette con una valutazione puramente discrezionale la trasformazione di un ricorso inammissibile in ammissibile, ma infondato.

Comunque sia, è certo che la riforma su questo punto affida alla Corte un potere discrezionale enorme ed una altrettanto grande responsabilità.

Forse non era il caso di giungere a tanto per risolvere un problema effettivo, ma non così rilevante per la soluzione della assai più complessa questione della inefficienza della giustizia civile: si è ipotizzato uno strumento di delicatissima gestione quando già l'ordinamento prevedeva la più semplice (ma altrettanto, se non maggiormente, funzionale) declaratoria di manifesta infondatezza del ricorso o del ricorso incidentale con pronuncia in camera di consiglio.

Non meno rilevanti sono, poi, i problemi suscitati dall'altra ipotesi di inammissibilità prevista dal n. 2 dell'art. 360*bis*.

Si tratta della ipotesi in cui la sezione-filtro rilevi la manifesta infondatezza della censura "*relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo*".

Qui è evidente il richiamo al nuovo testo dell'art. 111 Cost., nel quale è stata introdotta la nozione di "*giusto processo*", che si articola (quanto meno) nel doveroso rispetto del principio del contraddittorio tra le parti, della cd. "*parità delle armi*" nel processo, nell'obbligo di assicurare che il giudizio si svolga davanti ad un giudice terzo ed imparziale, affidando alla legge il compito di assicurare la ragionevole durata del processo.

Per la verità si ritiene comunemente che la nozione di giusto processo fosse presente nel nostro ordinamento ben prima della sua esplicita introduzione nel testo costituzionale ad opera della Legge Costituzionale n. 2 del 1999.

Sia le fonti sovranazionali (Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, solo per citare le più rilevanti), sia l'elaborazione della giurisprudenza della Corte Costituzionale e della dottrina consentivano di ritenere che la nozione di "*giusto processo*" costituisse un parametro di costituzionalità della legge processuale, in quanto espressione necessaria del diritto ad una tutela giurisdizionale mediante azione avanti ad un giudice con le

garanzie proprie della giurisdizione e quindi con la connaturale imparzialità che contraddistingue tale funzione (in questo senso, fra le molte, Corte Cost. 387/1999).

Oggi, a seguito dell'esplicita menzione dei parametri fondamentali del giusto processo nel testo costituzionale, si discute semmai se nell'ambito di tale nozione debba ascriversi anche la ragionevole durata del processo, oppure se essa costituisca una indicazione programmatica al legislatore.

E' evidente la ragione per la quale si è pensato di introdurre un filtro alla ammissibilità delle censure di violazione del "*giusto processo*", in quanto la modifica all'art. 111 Cost., nel senso sopra indicato, ha effettivamente indotto la prassi a ricercare nella presunta lesione del menzionato principio un possibile motivo di ricorso in sede di legittimità, laddove altri fossero difficilmente sostenibili.

Ma, individuata la *ratio* della previsione normativa, la formulazione della norma in esame – che a molti è apparsa troppo vaga e generica – ripropone motivi di perplessità sia sotto il profilo della sua efficacia deflattiva, sia sotto quello della estremamente lata discrezionalità che ancora una volta è assegnata alla sezione-filtro nella valutazione della manifesta infondatezza della censura di violazione dei principi del "*giusto processo*".

Ancora, non è agevole il coordinamento della ipotesi di inammissibilità in esame con il vizio deducibile ai sensi dell'art. 360 n. 4.

Anche quella norma, infatti, riguarda eventuali profili di violazione del diritto alla difesa, determinati da *errores in procedendo* del giudice, che sotto alcuni profili possono essere ricondotti alla nozione di "*giusto processo*". Ma la delibazione dei vizi denunciati ai sensi dell'art. 360 n. 4 non è di per sé soggetta al vaglio di ammissibilità, potendo al più risultare manifestamente infondata e dare luogo ad una pronuncia in camera di consiglio ove esaurisca la materia devoluta in sede di legittimità.

Entrambe le ipotesi di inammissibilità del ricorso in precedenza sinteticamente commentate presentano rilevanti profili di criticità, per le ragioni sopra enunciate; ma l'aspetto fondamentale che qui preme sottolineare è quello relativo alla estrema discrezionalità che la non felice formulazione delle norme attribuisce alla sezione-filtro.

Di qui la serietà della questione, da più parti sollevata, sulla compatibilità della soluzione offerta dal legislatore con il principio della ricorribilità in ogni caso in Cassazione, per violazione di legge, contro i provvedimenti definitivi emessi dal giudice civile.

Un'ultima notazione riguarda la complessità del meccanismo che si è ritenuto di introdurre per disciplinare l'*iter* procedimentale della pronuncia di inammissibilità nelle due nuove ipotesi introdotte dall'art. 360*bis*.

Si è visto in precedenza, ripercorrendo tale *iter* procedimentale, che lo stesso ricorso può compiere un lungo percorso all'interno delle sezioni della Corte prima che si giunga all'epilogo: superato il primo vaglio di ammissibilità davanti alla sezione-filtro, infatti, il ricorso può ritornare ad essere esaminato in camera di consiglio dalla sezione

semplice (per le eventuali pronunce ai sensi dell'art. 375 nn. 2 e 3 senza considerare l'ipotesi che in via preliminare il ricorso sia stato anche esaminato dalle Sezioni Unite ove si ponesse anche una questione di giurisdizione).

Poiché ogni passaggio in fase decisionale del ricorso presuppone un provvedimento che, sia pure succintamente motivato trattandosi di ordinanza, impegna la Corte ed almeno un giudice relatore, non sembra azzardato ritenere che, alla fine, il risparmio di tempo e di energie per i giudici di legittimità risulti pressoché nullo.

In questa ipotesi la compressione del diritto al riesame in sede di legittimità (anche quando fosse ritenuta compatibile con il dettato costituzionale) risulterebbe straordinariamente sproporzionata rispetto ai benefici complessivi oggettivamente conseguibili dalla riforma.

Resta da ricordare, con riferimento al giudizio di legittimità, l'abrogazione *de futuro* del "quesito di diritto" di cui all'art. 366*bis*, che è destinato ad esaurire la sua applicabilità con riferimento ai provvedimenti pubblicati in data compresa tra il 2 marzo 2006 e il 4 luglio 2009.

Si è in tal modo creato un doppio binario, del quale oggettivamente non si sentiva la necessità: da un lato i nuovi ricorsi che dovranno contenere, a pena di inammissibilità i quesiti di diritto perché il provvedimento impugnato è stato pubblicato prima del 4 luglio 2009 e, dall'altro, quelli che dovranno superare il nuovo vaglio di ammissibilità introdotto dall'art. 360*bis*.

Non sarà agevole, nell'un caso e nell'altro, preconizzare ciò che la Corte potrà in futuro ritenere sia in ordine alla corretta formulazione del quesito di diritto (nuovi ricorsi, vecchio rito), sia in ordine alla opportunità di confermare o modificare il proprio precedente orientamento, al quale il giudice *a quo* si sia conformato (nuovi ricorsi, nuovo rito).

Non è improbabile lo scenario secondo cui il legislatore si troverà costretto a verificare l'inadeguatezza delle scelte operate ed a confrontarsi, questa volta con approccio diretto e non obliquo, con la disposizione di cui all'art. 111 comma 7 Cost. che, ove ritenuta incongrua rispetto alle odierne esigenze di snellezza operativa della Cassazione, ben potrebbe essere modificato tenendo in debito conto le esperienze di altri ordinamenti che presentano caratteri comuni con il nostro e che non consentono l'accesso indiscriminato al grado di legittimità.

E' evidente come una tale opzione risulti impegnativa, anche dal punto di vista legislativo, in quanto incidente sul dettato costituzionale, ma è altrettanto evidente che la delicatezza e la rilevanza degli interessi in gioco depongono univocamente a favore di una approfondita meditazione, che certamente può trovare la sua sede naturale nell'opera di revisione costituzionale e che altrettanto certamente mal sopporta una scelta forse non troppo meditata, quale è quella frutto della riforma.

11. RITOCCHI AL PROCESSO ESECUTIVO.

Anche il processo esecutivo è interessato dalla riforma e la novità più interessante è certamente la disposizione contenuta nell'art. 614*bis* relativo all'attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare.

Procedendo con ordine si rileva che viene innanzi tutto introdotto un nuovo art. 540*bis* in materia di integrazione del pignoramento, consentendo che tale integrazione (disciplinata dall'art. 518) possa essere disposta dal giudice dell'esecuzione su istanza di un creditore, quando le cose pignorate risultino invendute a seguito del secondo o successivo esperimento di vendita ovvero quando le somme ricavate e distribuibili non siano sufficienti a soddisfare le ragioni dei creditori.

Se sono pignorate nuove cose in sede di integrazione del pignoramento il giudice d'ufficio ne dispone la vendita e in caso contrario dichiara l'estinzione del procedimento, fermo il completamento delle operazioni di vendita già disposte.

Si tratta di una previsione utile al fine di evitare l'instaurazione di un nuovo processo esecutivo nell'ipotesi in cui il risultato della prima iniziativa esecutiva non sia soddisfacente e particolarmente funzionale, al fine di evitare il trascinarsi dei procedimenti, è la previsione secondo cui ove l'integrazione del pignoramento non abbia effetto utile, il procedimento viene estinto a causa del mancato raggiungimento del suo scopo.

Innovativa, e molto più interessante, è la previsione contenuta nel già menzionato art. 614*bis*, a mente del quale quando il provvedimento di condanna abbia ad oggetto l'obbligo ad un fare infungibile o ad un non fare il giudice, su richiesta di parte, salvo che ciò non risulti manifestamente iniquo, fissa la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione e/o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento.

La norma non si applica alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato ed ai rapporti di collaborazione di cui all'art. 409.

La quantificazione della somma dovuta dall'obbligato viene determinata dal giudice tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.

Nonostante il tenore letterale della norma si riferisca genericamente ai provvedimenti di condanna, sembra ragionevole ritenere che essa possa essere applicata soltanto con riferimento ai provvedimenti di condanna ad un obbligo di fare infungibile o di non fare, nell'ambito dei quali a fronte dell'inadempimento dell'obbligato il creditore era costretto a promuovere un ulteriore giudizio per accertare la violazione dell'obbligo e conseguire il risarcimento del danno eventualmente subito.

L'introduzione di una misura coercitiva sin dal momento della pronuncia della condanna nelle ipotesi considerate era da tempo attesa in quanto funzionale ad una coazione indiretta del debitore all'adempimento, in considerazione del pregiudizio economico conseguente alla protrazione dell'inadempimento.

Il nostro ordinamento, del resto, già conosceva diverse ipotesi di misure coercitive all'adempimento (ad esempio, nel settore dei diritti di privativa industriale, del diritto di autore, nei rapporti familiari ed altre specifiche ipotesi) ma mancava una norma generale volta alla tutela di una più vasta gamma di ipotesi comunque riferibili a prestazioni di fare infungibili o di non fare.

La possibilità di ottenere la misura coercitiva è ricondotta non solo ad una specifica istanza di parte, ma è anche limitata alla fase che si conclude con il provvedimento di condanna: in proposito è stato autorevolmente osservato (MANDRIOLI – CARRATTA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 96) che lo stretto collegamento che l'art. 614bis pone fra la pronuncia di un provvedimento di condanna e misura coercitiva esclude che alla pronuncia di una tale misura si possa pervenire in via autonoma, successivamente all'emanazione del provvedimento di condanna.

Si tratta di un evidente limite ad una efficace funzione coercitiva, in quanto la norma non consente di graduare l'entità della somma dovuta per ogni inadempimento successivo alla frequenza ed alla persistenza dell'inadempimento: in sede di pronuncia del provvedimento di condanna, infatti, non sarà affatto agevole per il giudice prendere in considerazione tutte le circostanze utili ai fini di dotare di una effettiva efficacia deterrente la misura coercitiva pecuniaria, mentre tali circostanze ben potrebbero essere valutate, con maggiore cognizione di causa, qualora il giudice potesse intervenire anche successivamente alla pronuncia del provvedimento di condanna per una graduazione della misura coercitiva.

Il provvedimento di condanna può essere costituito anche da provvedimenti non aventi natura di sentenza (provvedimenti d'urgenza e cautelari in genere, ordinanze ex art. 702bis) e costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme costituenti la misura coercitiva.

Resterà salva, ovviamente, la possibilità per il debitore di contestare la sussistenza dell'inadempimento e quindi la debenza della somma pretesa dal creditore e la relativa controversia potrà sfociare in una opposizione alla esecuzione ovvero dare luogo a controversie relative all'attuazione dei provvedimenti cautelari, ove la misura coercitiva sia correlata a questi ultimi.

Di rilievo è poi la abrogazione della previsione di non impugnabilità della sentenza che definisce la causa di opposizione all'esecuzione, che d'ora in poi è quindi appellabile.

In tema di sospensione per opposizione all'esecuzione, di cui all'art. 624, il nuovo testo della norma richiamata prevede che se l'ordinanza di sospensione non viene reclamata o è confermata in sede di reclamo il giudice dell'esecuzione, se non è stato introdotto giudizio di merito nel termine assegnato, dichiara con ordinanza, anche d'ufficio, l'estinzione del processo e ordina la cancellazione della trascrizione del pignoramento provvedendo anche sulle spese.

L'ordinanza di estinzione è reclamabile ai sensi dell'art. 630 ed analoghe disposizioni si applicano anche nel caso di sospensione del processo esecutivo di cui all'art. 618.

Ulteriori ritocchi riguardano l'estinzione del processo esecutivo che opera di diritto ed è dichiarata anche d'ufficio e la disciplina delle spese nell'ambito dei procedimenti cautelari.

12. LE ALTRE DISPOSIZIONI DELLA NOVELLA: ABROGAZIONE DEL RITO SOCIETARIO, *TRANSLATIO IUDICII*, MODIFICHE AL CODICE CIVILE.

Tra le altre disposizioni un rilievo particolare assume l'abrogazione del cd. *rito societario* di cui al D.lgs. n. 5/2003, che sopravvive peraltro per le controversie introdotte anteriormente al 4 luglio 2009.

Molto si è detto sulla opportunità di abbandonare il rito speciale societario, che non ha incontrato il favore né degli avvocati né dei magistrati.

E' certamente vero che questo rito ha dimostrato i propri limiti specialmente con riferimento alle controversie, molto frequenti in materia, che vedono coinvolte una pluralità di parti (tipico esempio è costituito dalle cause di responsabilità nei confronti dei componenti di organi sociali, nelle quali alla pluralità dei convenuti si aggiunge la chiamata in causa di terzi quali gli assicuratori della responsabilità civile).

Ma non sembra che le manchevolezze della disciplina sul punto non potessero essere ovviate con gli opportuni correttivi.

Se si eccettua la farraginosità della fase di trattazione *ante* decreto di fissazione della udienza (in cui effettivamente il groviglio dei termini assegnabili a discrezione delle parti ed il moltiplicarsi degli scritti difensivi, spesso ripetitivi, rendeva molto complessa la gestione del fascicolo) non può disconoscersi che l'introduzione di termini perentori per la fissazione della udienza di discussione e per la decisione aveva reso possibile lo straordinario risultato di ottenere pronunce di merito in primo grado anche nell'arco di un anno dalla introduzione della causa.

Certo, la mancata previsione di un rito altrettanto accelerato in grado di appello costituiva una evidente anomalia, anch'essa peraltro ovviabile con gli opportuni accorgimenti.

E' quindi frutto più di una scelta emotiva che di una constatazione consapevole l'opzione fatta propria dal legislatore di abrogare *tout court* il nuovo rito societario, facendo riconfluire la materia nell'ordinario processo di cognizione.

Non essendo stato abrogato, peraltro, l'art. 70^{ter} delle disposizioni di attuazione, su invito dell'attore e con l'accordo delle parti convenute sarà ancora possibile in futuro applicare il rito societario a qualsiasi controversia che possa formare oggetto dell'ordinario processo di cognizione in primo grado.

Altra disposizione della novella che merita particolare menzione riguarda il profilo del riparto della giurisdizione civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali nell'ambito del quale, in evidente applicazione dei principi recentemente enunciati sia dalla Corte Costituzionale, sia dalle Sezioni Unite Civili della Cassazione,

opera il principio della *translatio iudicii*, ponendo fine alle paradossali conseguenze alle quali in passato si poteva giungere alla ricerca del giudice munito di giurisdizione, con il rischio di cadere in preclusioni e decadenze.

L'art. 59 della Legge 69/2009 disciplina *ex novo* la materia introducendo una serie di disposizioni che conviene esaminare partitamente.

Innanzitutto si prevede l'obbligo per il giudice che declina la propria giurisdizione di indicare, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione e si ribadisce il principio secondo cui la decisione delle Sezioni Unite della Cassazione sulla giurisdizione vincola ogni giudice e le parti anche in altro processo.

Se entro tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia che declina la giurisdizione la domanda è riproposta al giudice in essa indicato quale munito di giurisdizione, nel successivo processo le parti sono vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se fosse stata proposta fin dalla instaurazione del primo giudizio al giudice munito di giurisdizione, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute.

Le modalità della riproposizione della domanda sono naturalmente quelle proprie del giudizio davanti al giudice munito di giurisdizione.

Il giudice adito in sede di riproposizione della domanda, se ritiene di non essere munito di giurisdizione può sollevare d'ufficio con ordinanza la relativa questione davanti alle Sezioni Unite della Cassazione fino alla prima udienza fissata per la trattazione della causa nel merito (naturalmente ove queste ultime non si siano già pronunciate nel medesimo processo).

Viene mantenuta ferma la disciplina relativa al regolamento preventivo di giurisdizione e si prevede l'estinzione del processo, da dichiararsi d'ufficio alla prima udienza, per l'ipotesi di mancata riassunzione o prosecuzione del giudizio nel termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria di giurisdizione.

Si dispone infine che le prove raccolte davanti al giudice sprovvisto di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova dal giudice presso il quale la domanda è riproposta.

Un'ultima notazione deve essere fatta con riferimento a quelle previsioni che introducono modificazioni al codice civile in tema di inefficacia sopravvenuta delle trascrizioni delle domande giudiziali, dei pignoramenti immobiliari e dei sequestri conservativi sugli immobili (artt. 2668*bis* e *ter* cod. civ.).

Secondo le nuove disposizioni codicistiche l'efficacia di tali trascrizioni conserva il suo effetto per 20 anni dalla data in cui esse sono state effettuate, salvo che la trascrizione non sia rinnovata prima della scadenza di tale termine.

Le disposizioni di attuazione prevedono, per le trascrizioni effettuate 20 o più anni prima dell'entrata in vigore della legge, che esse debbano essere rinnovate, a pena di sopravvenuta inefficacia, entro 12 mesi dall'entrata in vigore della novella (e quindi entro il 4 luglio 2010).

Come è stato giustamente rilevato, le nuove previsioni dimostrano la consapevolezza del legislatore della probabile esistenza di controversie in materia immobiliare che siano pendenti davanti ai nostri giudici da oltre 20 anni.

13. I NODI IRRISOLTI.

Esaurita, nei termini che precedono, la disamina delle principali novità introdotte dalla riforma, emergono con evidenza i nodi tuttora irrisolti.

Senza alcuna pretesa di completezza, alcune importanti questioni che assumono estremo rilievo ai fini di una efficace riforma del processo civile possono essere individuate nei termini che seguono (molte sono tratte dallo scritto che riproduce il contenuto dell'ultima lezione del Prof. ANDREA PROTO PISANI, che ho avuto l'opportunità di leggere per la cortesia di uno dei suoi ex allievi).

Innanzitutto la riforma non prevede alcuna misura destinata a sopperire alla cronica carenza riscontrabile negli organici degli uffici giudiziari, a tutti nota e che contribuisce certamente in misura rilevante alla riscontrata inefficienza del sistema.

Nulla si prevede, comprensibilmente attesa la nota posizione negativa della Magistratura, in ordine ad un aumento del numero dei giudici togati, funzionale alla riduzione del carico di lavoro.

Ancora, nulla si prevede in ordine alla istituzione del cd. "*ufficio del giudice*" nel cui ambito ciascun giudice dovrebbe poter disporre di un segretario cui affidare una serie di incombenze, non strettamente riservate alla funzione giurisdizionale.

Altri profili di criticità nemmeno sfiorati dalla riforma riguardano una effettiva ed efficace accelerazione dei tempi per l'assunzione dei provvedimenti giurisdizionali.

Si tratta della annosa questione relativa alla ipotesi di introdurre la perentorietà dei termini per l'assunzione dei provvedimenti giurisdizionali.

Non mancano, ovviamente, nel codice di rito le indicazioni in ordine ai termini entro i quali debbono essere assunti i provvedimenti da parte del giudice (per ricordare i principali sarà sufficiente fare riferimento agli artt. 183 comma 7, 275, 281*quinquies*, 359 e 81 disp. att.).

E deve essere altresì ricordato che l'articolo 3 della L. 13 aprile 1988 n. 117, intitolata al "*Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati*", dispone che costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in Cancelleria (il termine può essere prorogato, prima della sua scadenza, dal dirigente dell'ufficio con decreto motivato non oltre i tre mesi dalla data di deposito dell'istanza).

Ma il procedimento finalizzato ad ovviare quello che il legislatore non ha esitato a definire “*diniago di giustizia*” è farraginoso e comunque collocato nell’ambito di una disciplina specifica e come tale ignoto ai più.

Tra le riforme “*a costo zero*” non sfuggirebbe l’inserimento di una disposizione dal contenuto sostanzialmente analogo a quello ora ricordato nel corpo dell’art. 152 (ad esempio, aggiungendovi un terzo comma nel senso sopra indicato).

Anche il giudizio di appello avrebbe meritato un intervento acceleratorio (la riforma, invece, si è preoccupata soltanto di codificare il principio, di origine giurisprudenziale, secondo cui in grado di appello non possono essere prodotti nuovi documenti salvo che non ricorrano le circostanze di cui all’art. 345 secondo comma novellato).

E’ constatazione quotidiana, purtroppo, quella secondo cui è proprio nel grado di appello che, nella quasi totalità dei distretti giudiziari, si riscontra una intollerabile lunghezza del procedimento, inversamente proporzionale alle attività processuali che possono utilmente essere compiute in quel grado: stupisce l’assoluto disinteresse del legislatore rispetto alla eccessiva lunghezza del procedimento di appello nel rito ordinario, che concorre in misura preponderante a consolidare il primato italiano nella lunghezza complessiva dei procedimenti giurisdizionali nei due gradi di merito (una recente statistica attribuisce al distretto ligure il primato della durata dei procedimenti civili di primo e secondo grado per l’anno 2007: la durata media è stata pari a 2660 giorni, vale a dire oltre sette anni).

Nessuna iniziativa, poi, risulta prevista al fine di incentivare il ricorso all’arbitrato che ben potrebbe efficacemente concorrere a deflazionare il contenzioso civile, anche con riferimento ai cd. “*small claims*” (e l’incentivo potrebbe essere, così come previsto per la mediazione, in un beneficio fiscale da riconoscere a chi si avvale di tale strumento anziché del processo civile ordinario; il beneficio potrebbe riguardare una riduzione dell’imposta di registro sul lodo arbitrale rispetto a quella ordinaria da corrispondere con riferimento ai provvedimenti dell’autorità giudiziaria).

Infine, nessuna efficace misura di incentivazione del processo telematico risulta presente nella riforma, tali non essendo evidentemente gli accenni alla possibilità della utilizzazione del mezzo telematico nel processo, in assenza di idonee misure strutturali di adeguamento delle dotazioni e delle competenze degli operatori della giustizia.

14. CONCLUSIONI.

Le considerazioni che precedono consentono di formulare non un giudizio, ma una previsione sugli effetti della riforma.

Nonostante talune innegabili novità interessanti e nonostante la sistematica abbreviazione di (quasi) tutti i termini assegnati alle parti per il compimento di attività processuali all’interno del procedimento, la mancanza di previsioni in ordine alla certezza dei termini entro i quali si devono assumere i provvedimenti giurisdizionali

conclusivi (o propulsivi) del giudizio rende estremamente aleatorio il conseguimento dello scopo della riforma.

I problemi del processo civile non sono soltanto quelli della eccessiva litigiosità, del relativamente contenuto costo di accesso alla giustizia, dell'eccessivo numero degli avvocati: pur dando per scontato che effettivamente tali situazioni sussistano, esse non sarebbero da sole sufficienti a determinare la gravissima situazione in cui versa la giustizia civile in Italia.

Difetta in questo ambito una efficiente organizzazione degli uffici giudiziari, capace di ridurre i costi ed aumentare la produttività, così come difetta innegabilmente una capacità di spesa virtuosa, pur in presenza di notevoli risorse pubbliche impiegate nel settore.

D'altra parte, ed indipendentemente dalle risorse economiche impiegate, il successo di tutte le riforme dipende dall'atteggiamento con il quale esse sono applicate dagli uomini.

Questa riforma non fa evidentemente eccezione alla regola generale e, nella misura in cui le sue fortune risulteranno affidate alle iniziative ed alle capacità dei singoli protagonisti del processo e non accompagnate da una moderna organizzazione del lavoro, non è difficile prevedere che il risultato di essa sarà, alla fine, assai modesto.