

Parte introduttiva

IL DIRITTO DEL PROCESSO CIVILE E LA SUA EVOLUZIONE

1

La giurisdizione civile. Il diritto processuale civile e le sue fonti: codici e riforme processuali e loro valori ispiratori

La giurisdizione. – La giurisdizione ordinaria. – Giurisdizioni speciali. – Il “diritto processuale civile” e le sue fonti. – Il c.p.c. del 1865 quale esempio di processo prevalentemente scritto, largamente rimesso all’impulso di parte. – I moti critico-riformatori e la scuola chiovendiana all’inizio del ‘900. – Segue: i principii di oralità, concentrazione e immediatezza. – Il codice Grandi-Calamandrei del 1940 quale soluzione di compromesso e timida innovazione. – Perdurante valore di larga parte di quel codice. – Obsolescenza della coeva legge sull’ordinamento giudiziario. – L’organizzazione interna dei quattro libri che compongono il codice. – I contenuti e la diversa vitalità delle sue parti. – Spunti storici in tema di codificazioni processuali. – La legislazione processuale codicistica vecchia e nuova.

La disciplina che regola lo svolgimento della giurisdizione civile attraverso il processo (ed altresì ne fissa gli effetti) è il diritto processuale civile, tipica branca degli studi giuridici in cui diritto pubblico e diritto privato si intersecano. Ed in effetti, la “disciplina” del processo è certo materia appartenente – secondo codesta tradizionale distinzione degli ordinamenti continentali (ignota classicamente invece nel *common law*) – al diritto pubblico, ma il contenuto e gli effetti del giudizio civile si radicano nel diritto privato sostanziale e lo stesso potere di agire in giudizio è strumentale alla assicurazione dei diritti soggettivi e delle altre situazioni giuridiche soggettive di vantaggio. Il coefficiente pubblicistico comunque prevale, in quanto irrinunciabilmente la giurisdizione, insieme alla legislazione ed alla amministrazione, costituisce una delle tre fondamentali funzioni dello Stato ed è rivolta a dare applicazione alla norma giuridica, per sua natura generale ed astratta, nel caso concreto. E il processo è lo strumento attraverso il quale viene posta in essere nel dovuto contraddittorio delle parti (anche e soprattutto) la funzione giurisdizionale, vale a dire viene assicurata l’effettività dell’ordinamento giuridico; in particolare di quello statuale. La giurisdizione si caratterizza così diversamente rispetto alla funzione legislativa, che è volta a porre in essere norme generali ed astratte che disciplinano l’attività dei consociati, ed

alla funzione amministrativa, volta invece al perseguitamento dei concreti interessi dello Stato (degli enti pubblici e delle comunità intermedie) con l'adozione di provvedimenti e la loro esecuzione.

La giurisdizione Molte sono le definizioni che si sono comunque date della giurisdizione. Nessuna forse è pienamente appagante: essa è stata definita come l'attuazione della volontà concreta della legge mediante la sostituzione dell'attività di organi pubblici ad una attività altrui, e così la giurisdizione consisterà sia nell'affermare l'esistenza della volontà della legge, sia nel mandarla praticamente ad effetto (Chiavenda); e proprio avendo riguardo particolare a quest'ultimo effetto, si è definita la giurisdizione anche come funzione finalizzata all'applicazione delle sanzioni comminate dalle norme giuridiche (Redenti). La giurisdizione è stata da altri identificata con la attività volta alla giusta composizione delle liti, intendendosi per lite ogni conflitto d'interessi regolato dal diritto e per giusta quella composizione che avviene secondo diritto (Carnelutti). Parte della dottrina ritiene, infine, che l'ordinamento giuridico non solo trovi attuazione attraverso la giurisdizione ma in essa addirittura si risolva, di modo che l'attività giurisdizionale non resterebbe caratterizzata tanto sotto il profilo funzionale, bensì unicamente sotto il profilo effettuale, vale a dire per la sua attitudine a dar luogo ad un accertamento incontrovertibile, ossia alla cosa giudicata sostanziale (Allorio), precisandosi altresì che "la giurisdizione è la funzione volta all'accertamento (o, detto altrimenti, alla declaratoria) di quella che è la volontà di legge nel caso concreto ... l'effetto che scaturisce dall'accertamento è quello stesso effetto che, rispetto ad una fattispecie, la legge ha previsto in linea astratta e generale e la sentenza ha affermato nel caso concreto" (Attardi): l'effetto dell'accertamento si accosta così ad un "comando specifico e particolare". Di recente viene proposta una definizione di giurisdizione, dal punto di vista di colui che è o diviene creditore, in chiave di attuazione della pretesa esecutiva (Tavormina), relegando l'accertamento a premessa: solo dal punto di vista finalistico niente da eccepire.

Si distinguono vari tipi di giurisdizione: civile e penale (entrambe articolazioni della c.d. giurisdizione ordinaria), amministrativa, contabile e tributaria (v. anche sez. III, cap. 2). Vi sono poi anche le giurisdizioni militari.

Il riparto fra diverse giurisdizioni La giurisdizione civile, affidata all'autorità giudiziaria ordinaria, ha per contenuto ed oggetto la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi, e ciò si desume sia dagli artt. 1 c.p.c. e 2907 c.c., letti in correlazione con l'art. 24 Cost.; sia – quando la lite coinvolga un ente pubblico – dall'art. 2, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, in base al quale sono devolute all'autorità giudiziaria ordinaria tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la Pubblica amministrazione e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa.

Su tale tradizionale riparto di giurisdizione ha profondamente inciso il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 che ha devoluto il contenzioso del pubblico impiego al giudice ordinario ad eccezione delle controversie relative ai rapporti di lavoro (quelli dirigenziali in senso lato: ci si riferisce qui alle controversie promosse da determinate categorie di dipendenti pubblici quali magistrati, avvocati dello Stato, docenti universitari, personale delle forze di polizia, delle carriere diplomatiche e prefettizie) di cui all'art. 2, co. 4 e 5, d.lgs. n. 165/2001, e in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche che restano devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che si estende – ai sensi del disposto degli artt. 33-34-35, d.lgs. n. 80/1998, così come modificati dagli artt. 6 e 7, legge n. 205/2000 – *a*) a numerose controversie in materia di pubblici servizi, comprese quelle afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge n. 481/1995; *b*) alla materia dell'urbanistica; *c*) a quella dell'edilizia, ed infine *d*) a quella del risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, per lesione degli interessi legittimi conseguente ad una condotta illegittima della P.A. (così dispongono l'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, con riferimento alla giurisdizione esclusiva, e l'art. 7, co. 3, legge n. 1034/1971 – c.d. legge T.a.r. –, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, come modificati dalla legge n. 205/2000; ma v. oggi analogamente il d.lgs. n. 104/2010 – c.d. codice del processo amministrativo – che ha sostituito le precedenti fonti). Queste materie sono molto più importanti rispetto a quelle precedentemente assegnate alla giurisdizione esclusiva dall'art. 29 del T.U. Cons. Stato e dall'art. 7 legge T.a.r. (quali le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti presso le P.A., nonché le controversie promosse da determinate categorie di enti pubblici – magistrati, avvocati dello Stato, docenti universitari, personale delle forze di polizia, delle carriere diplomatiche e prefettizie) e da diverse disposizioni legislative anche recenti (le liti relative alle concessioni, ai contributi e alle sanzioni in materia edilizia *ex d.p.r.* n. 380/2001, le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione di accordi sostitutivi di provvedimenti nonché di accordi fra Amministrazioni pubbliche *ex legge* n. 241/1990, le controversie relative al rilascio dei passaporti *ex legge* n. 1185/1967, le controversie relative agli atti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sia in materia propriamente *antitrust*, *ex art.* 33, co. 1, *legge* n. 287/1990, sia in materia di pubblicità ingannevole *ex leggi* n. 428/1990 e n. 74/1992 e modifiche apportate dalla legge n. 67/2001; le controversie relative a procedure di affidamento dei lavori, servizi e forniture *ex art.* 244, d.lgs. n. 163/2006: c.d. codice dei contratti pubblici). V. però quanto subito diremo sugli interventi della Consulta tesi a censurare l'espandersi della giurisdizione esclusiva “per blocchi di materie”.

Prima di questi recenti sviluppi dell'antico tema del c.d. riparto della giurisdizione fra vari plessi del pur unitario potere giudiziario, si era soliti affermare il carattere residuale della nozione di giurisdizione civile, per cui è civile ogni funzione giurisdizionale ordinaria che non sia penale, e tale è solo quella preordinata alla repressione dei reati, oppure amministrativa, che invece ha ad oggetto la tutela delle posizioni di interesse legittimo nei confronti della Pubblica amministrazione e quella di taluni diritti soggettivi per i quali il giudice amministrativo

– ordinario (T.a.r. e Consiglio di Stato) o speciale (commissioni tributarie, Corte dei conti) – riceva una specifica attribuzione di c.d. giurisdizione esclusiva.

La giurisdizione ordinaria Si è affermato inoltre, anche se il punto non è pacifico, che per il principio dell’unità delle attribuzioni di giurisdizione, la giurisdizione ordinaria civile è quella normale, generale, a cui appartengono tutte le materie non espressamente escluse (Lieberman) e che l’elemento della generalità fa sì che il fenomeno delle attribuzioni di giurisdizione si ponga essenzialmente come un sistema di limiti alla generale spettanza di tutte le cause civili ai giudici ordinari (Mandrioli).

Questa impostazione “classica” diviene un poco anacronistica con il potenziamento anche “qualitativo” dell’oggetto della giurisdizione amministrativa, non più incentrato sul tipo di situazione giuridica soggettiva azionata (e così sulla figura dell’interesse legittimo, priva, fra l’altro, di una agevole omologabilità sul piano dell’integrazione giuridica europea), ma caratterizzato da ampi blocchi di materie e tendenzialmente progettato ad occupare vasta parte delle liti fra cittadini e Pubbliche amministrazioni (oltretutto in senso lato intese: comprensive cioè delle Autorità indipendenti e garanti nonché talora di privati che agiscono in forza di poteri che derivano da quello pubblico). Anche la giurisdizione tributaria (dapprima con il d.lgs. n. 546/1992, indi con la legge n. 448/2001) non ha più un oggetto ritagliato su alcune imposte o tasse, ma investe ormai tutte le liti relative a rapporti tributari (anche qui intesi in senso lato).

È d’uopo tuttavia segnalare come la stessa giurisprudenza costituzionale (Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204; Corte cost. 28 luglio 2004, n. 281; v. anche Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191) abbia duramente censurato la tendenza della giurisdizione esclusiva ad espandersi per “blocchi di materie”, sì da venire a comprendere la decisione di controversie nelle quali in concreto può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile, quantomeno mediaticamente, alla Pubblica amministrazione-autorità. Ritenuto che l’art. 103, co. 1, Cost., nel consentire al legislatore ordinario di attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo unicamente “particolari materie”, esige pur sempre un segno di continuità ed omogeneità tra queste ultime e le controversie appartenenti alla giurisdizione amministrativa di legittimità, ed escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento della Pubblica amministrazione per devolvere una lite su diritti soggettivi al magistrato speciale, la Consulta ha in particolare dichiarato illegittimi e parzialmente riscritto: *a)* l’art. 33, co. 1, d.lgs. n. 80/1998, nella parte in cui prevedeva che fossero devolute “tutte le controversie in materia di pubblici servizi”, anziché “le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla Pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241/1990, ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore”; *b)* l’art. 34, co. 1 e 2, d.lgs. cit. (in questo caso, però, anche per eccesso di delega), nella parte in cui ha esteso la giurisdizione esclusiva a tutta la materia urbanistica ed edilizia, anziché limitarne l’estensione alle sole controversie aventi ad oggetto diritti

patrimoniali conseguenti alla soluzione di conflitti già appartenenti alla giurisdizione speciale secondo la legislazione previgente. Al riguardo le previsioni del codice del processo amministrativo in tema di giurisdizione esclusiva, si mostrano invero rispettose dei moniti della consulta (v. sez. III, cap. 2).

Sembra comunque venir profilandosi, nel complesso, una pluralità di giurisdizioni di cui quella “civile” rimane di gran lunga la più ampia e importante, ma non più l'unica definibile “ordinaria”. Ciò, secondo un modello già sperimentato in altri Paesi (la Germania ha cinque “plessi” giurisdizionali; la Francia ne ha solo due: in entrambi tali ordinamenti non v'è comunque una giurisdizione “ordinaria”, rispetto ad altre speciali sottoordinate). Del resto, è vero pure che nel 2007 interventi della Corte di cassazione e della Corte costituzionale s'erano premurati di smussare i confini tra codesti plessi, agevolando la *translatio iudicii* dall'uno all'altro in caso d'originario difetto di giurisdizione del giudice adito, e dando così consistenza all'innovativa immagine d'un unico rapporto processuale che si snoda attraverso tali confini. Il legislatore del 2009 (legge 18 giugno 2009, n. 69 di riforma del processo civile) ha poi definitivamente riconosciuto e disciplinato la possibilità di una *translatio iudicii* tra giurisdizioni (art. 59, legge n. 69/2009; su cui v. sez. III, cap. 2).

L'art. 1 c.p.c., che esprime insieme all'art. 102 Cost. il principio dell'unità della giurisdizione, regola la giurisdizione dei giudici ordinari disponendo che sono tali i giudici che esercitano la giurisdizione civile (salvo speciali disposizioni di legge, quali quelle che ammettono l'arbitrato). In base all'art. 102 Cost., i giudici ordinari sono i giudici istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario; tali norme sono contenute nel r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, così come modificato (fra l'altro) dall'art. 45, legge n. 374/1991, il cui art. 1 disponeva che la giustizia, nelle materie civili e penali, era amministrata dal giudice di pace, dal pretore, dal tribunale, dalla Corte d'appello e dalla Corte suprema di cassazione. Il giudice conciliatore, il cui ufficio è stato soppresso dall'art. 44, legge n. 374/1991, e che aveva solo competenza civile, ha continuato però a sussistere fino all'esaurimento delle cause pendenti. La figura del giudice di pace ha ormai da qualche tempo ricevuto anche circoscritte competenze penali.

La legge n. 353/1990 ha modificato l'art. 48 ord. giud., prevedendo per la materia civile che la decisione delle cause sia rimessa in via generale al tribunale in composizione monocratica: è stata soppressa la figura del giudice istruttore e si è creato il giudice unico, salve alcune ipotesi espressamente enumerate all'art. 48, co. 2, per le quali vige tuttora la riserva di collegialità, in ragione della oggettiva complessità giuridica delle materie e della rilevanza economica-sociale delle controversie. Il successivo intervento del d.lgs. n. 51/1998 intitolato “*Istituzione del giudice unico in primo grado*” ha trasferito la relativa disciplina nel codice di rito creando l'apposita sez. VI-bis nel capo I del titolo I; le materie devolute alla cognizione collegiale sono ora individuate dall'art. 50-bis c.p.c. che riprende, con alcune modifiche, quanto già disposto dal vecchio testo dell'art. 48, co. 2, ord. giud., confermando il principio per cui la cognizione e la decisione della causa sono normalmente demandate al giudice unico (sul punto v. spec. sez. IV, cap. 1).

Il medesimo d.lgs. n. 51/1998 ha infine soppresso le preture cosicché la ripartizione

di competenza residua oggi tra giudice di pace e tribunale (di solito monocratico, talora – e solo ciò giustifica la conservazione del suo nome – ancora collegiale).

La giurisdizione civile è dunque esercitata dai giudici ordinari (e all'autorità giudiziaria ordinaria appartengono anche le c.d. sezioni specializzate, quali ad esempio le sezioni specializzate agrarie dei tribunali). Del resto, l'art. 102, co. 2, Cost. ha vietato l'istituzione, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, di nuovi giudici speciali, imponendo altresì (disp. trans. VI) la revisione degli organi speciali di giurisdizione già esistenti nel termine di cinque anni dall'entrata in vigore della Carta costituzionale (termine, però, qualificato come non perentorio dalla giurisprudenza costituzionale: v. Corte cost. 31 maggio 1965, n. 17; Corte cost. 6 luglio 1965, n. 58). Il medesimo art. 102 Cost., invece, consente che possano istituirsi, presso gli organi giudiziari ordinari, le già accennate sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura (ad esempio esperti di materie agrarie nelle corrispondenti sezioni specializzate).

Le giurisdizioni speciali

Per quanto riguarda le magistrature speciali (che ormai meriterebbe chiamare organi giurisdizionali diversi dalla magistratura civile), si è affermato che il giudice speciale possa essere considerato tale sotto un duplice punto di vista, a seconda cioè che non appartenga all'autorità giudiziaria ordinaria o che soltanto le controversie di un certo tipo siano attribuite alla sua competenza (Andrioli), si che l'organo di giurisdizione speciale, fuori dai limiti della sua giurisdizione, è incapace per difetto assoluto di potere (Chiovenza), con la conseguenza pratica che la sentenza resa completamente fuori dai limiti delle sue attribuzioni non può acquistare efficacia di cosa giudicata. Ad esempio non avrà alcun effetto, anche se non venga appellata, una sentenza del T.a.r. (o di una commissione tributaria) che annulli un matrimonio o dichiari un fallimento.

Attualmente, devono essere qualificati giudici speciali: il Consiglio di Stato, i Tribunali amministrativi regionali, la Corte dei conti, il Tribunale superiore delle acque pubbliche, i commissari regionali liquidatori di usi civici nonché i tribunali militari. Si ritiene, ed ormai in modo del tutto chiaro e pacifico (specie dopo i d. lgs. n. 545/1992 e n. 546/1992), che anche le commissioni tributarie – provinciali e regionali – siano da considerarsi organi speciali di giurisdizione, si che la giurisdizione tributaria è una autonoma giurisdizione speciale che però culmina – in terzo ed ultimo grado – nell'ordinario giudizio di cassazione *ex art. 360 c.p.c.* avanti la Suprema Corte; la quale può essere dunque qui adita per ogni vizio di legittimità e non solo per le questioni di riparto della giurisdizione, come avviene invece per le sentenze di ultimo grado della giurisdizione amministrativa o contabile, e così del Consiglio di Stato o della Corte dei conti.

In proposito si era di recente, e a ragione, profilato un sospetto di illegittimità costituzionale in relazione alla esclusione della garanzia costituzionale del ricorso in Cassazione per tutti i motivi di cui all'art. 360 c.p.c. con riferimento alla ormai ampia giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ragione sia del principio della certezza del diritto, sia del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Si denunciava infatti,

in primo luogo, la perdita di un grado di giurisdizione nella tutela dei diritti soggettivi pieni demandata alla cognizione “esclusiva” del giudice amministrativo essendo negato l’accesso alla Corte di cassazione per tutti i motivi di legittimità di cui all’art. 360 c.p.c. (*ex art. 111, ult. co., Cost.*, è infatti possibile adire la Suprema Corte per violazione del riparto di giurisdizione e quindi per il solo motivo di cui al n. 1 dell’art. 360 c.p.c.). In secondo luogo, si prospettava la compressione della funzione istituzionalmente affidata alla Corte di cassazione di organo deputato a garantire “l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale” (art. 65 ord. giud.); tale funzione – che viene chiamata di “nomofilachia” – non è sufficientemente adempiuta dal “temperato” controllo di uniformità interpretativa svolta dal Consiglio di Stato, giudice d’appello rispetto ai T.a.r. La questione ha oggi nondimeno perso buona parte del proprio peso, in ragione della già segnalata, forte riduzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo operata prima dal giudice delle leggi (Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204 ha infatti ritenuto “assorbita” la – pur denunciata dal giudice *a quo* – violazione dell’art. 111, ult. co., Cost. attraverso gli artt. 33 e 34, d.lgs. n. 80/1998), e poi dal c.p.a.

Come si è visto, l’art. 102, co. 2, Cost. consente, senza limite alcuno, l’istituzione presso gli organi giudiziari ordinari di sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura. Si è ritenuto che la sezione specializzata costituisca – e funzionalmente non è dubbio che sia così – un *quid medium* tra il giudice ordinario e quello speciale (Attardi) e che è proprio l’inserimento di soggetti estranei alla magistratura a caratterizzare tali organi, in funzione della specifica competenza degli stessi sulle particolari materie loro attribuite. Formalmente, comunque, si tratta di organi degli uffici giudiziari ordinari, caratterizzati, sul piano strutturale, dalla loro particolare composizione (Mandrioli). Si è inoltre ritenuto che il rapporto numerico fra magistrati e soggetti estranei alla magistratura sia un indice che un dato ufficio ordinario, nel cui ambito costoro siano stati inseriti, conservi o meno la sua fisionomia, talché si possa parlare di sezione specializzata anziché di giudice speciale (Attardi).

Le sezioni specializzate

Secondo la giurisprudenza la ripartizione delle controversie tra magistratura ordinaria e sezione specializzata rappresenta una questione di competenza per materia. A questa categoria appartengono le sezioni specializzate agrarie presso i tribunali e le corti d’appello, in materia di determinazione dei canoni e di proroga dei contratti agrari, i tribunali per i minorenni e, in secondo grado, le sezioni speciali per i minorenni presso le corti d’appello, con competenza civile, i tribunali regionali delle acque pubbliche, la sezione presso la Corte d’appello di Roma istituita per i reclami avverso le decisioni dei commissari regionali liquidatori degli usi civici, le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale (istituite con d.lgs. n. 168/2003 presso i Tribunali e le Corti d’appello di Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Torino, Trieste e Venezia, composte da soli magistrati togati ed aventi competenza per controversie in materia di proprietà industriale e di concorrenza

sleale, con esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono neppure indirettamente con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale), la cui competenza è stata di recente ampliata (comprendendovi, tra l'altro, anche le liti societarie) dal d.l. n. 1/2012 (convertito nella legge n. 27/2012), che le ha altresì rinominate, proprio in ragione dell'ampliata competenza, "sezioni specializzate in materia di impresa" (c.d. "Tribunale delle imprese").

Le fonti del diritto processuale civile italiano sono molte, di diverso valore ed efficacia, e vengono arricchendosi. A quelle nazionali gradualmente si aggiungono quelle comunitarie o addirittura europee.

Il c.p.c. del 1940 Certo, innanzi a tutte per ampiezza ed organicità di capillare dettato, vi è il codice di procedura civile vigente, approvato con regio decreto (di Vittorio Emanuele III, controfirmato Mussolini-Grandi) n. 1443/1940 e vigente dal 21 aprile 1942 (la Relazione al Re che accompagnava il c.p.c. è ora resa disponibile nell'apposita sezione dell'appendice *on-line* denominata Testo Ausiliario, in uno con un nostro scritto che può valere quale utile compendio di quanto qui, più distesamente, stiamo illustrando). Con il c.p.c. del 1942 si sostituì – alla vigilia del secondo conflitto bellico mondiale, in una stagione di rimarchevole fattività legislativa – il codice precedente del 1865.

Il precedente codice del 1865 Questo precedente codice ottocentesco, durato quasi ottanta anni, era stato concepito a ridosso della unificazione italiana del 1861, rielaborando i codici del Regno di Sardegna e così in definitiva sulle orme del modello-base offerto dal codice francese napoleonico del 1807 (ma anche quel codice, pur veteroliberale, dell'Italia unita del 1865 – per quanto privo nella sua concezione di originalità – si manifesta quale frutto di un momento di grande e complessivo impegno normativo esteso anche al campo del nascente diritto pubblico; ed in entrambe queste occasioni del 1865 e del 1940 – in generale rimaste le più notevoli nella storia giuridica dello Stato italiano – è venuto alla luce contemporaneamente un nuovo codice civile a fianco di quello processuale e questo si rivela di grande rilievo per la coesione – di cui meglio si dirà *infra*, sez. I – fra legge sostanziale e legge processuale nella vita del diritto privato).

Il c.p.c. del 1865, per quanto riguarda il processo di cognizione, ne regolava una trattazione destinata ad avvenire – avanti ai tribunali civili e ai (distinti) tribunali di commercio – soprattutto secondo il c.d. rito formale e così quale frutto esclusivo delle iniziative di parte (artt. 155-388). Ed era inoltre prevista

La trattazione scritta e gradualistica della causa – merita subito porvi attenzione, in relazione al successivo dibattito sull'oralità processuale, cui appresso accenneremo – *una trattazione della causa prevalentemente scritta*, minuziosamente disciplinata quanto ai profili di validità degli atti e così alle conseguenti nullità, puntellata non di rado da numerose sentenze interlocutorie, anteriori così a quella definitiva, da pronunciarsi in relazione a quasi tutte le ipotesi (c.d. incidenti) in cui le parti invocavano l'intervento del presidente – o più spesso del tribunale collegiale – quale risolutore di questioni anche processuali ed istruttorie. Tale trattazione avveniva con reiterati scambi di memorie, senza preclusioni o termini prefissati

e senza coinvolgimento del giudice fino al momento in cui non sorgesse una di quelle questioni od incidenti che esigevano una sentenza interlocutoria (susceptibile di immediato appello, e così di subito “ramificare” il processo in altro grado) o la causa non fosse matura per la decisione finale. La istruttoria poteva vedere la designazione di uno dei componenti del collegio per parteciparvi in relazione a singoli incombenti (figura così ben diversa dal giudice istruttore congegnato come organo stabile, con intensi autonomi poteri non solo istruttorii, dal successivo c.p.c. del 1940).

Questo modello di trattazione conserva l'impronta di quello proprio del diritto comune delle posizioni e contrapposizioni (mediante *duplicae*, *replicae*, etc.), e così richiama alla mente del comparatista la tecnica dei *pleadings* inglese; non in questo, crediamo, né nell'assenza di rigide preclusioni, risiedevano tuttavia i suoi difetti di lentezza e macchinosità, molto lamentati specie dalla dottrina del primo trentennio del Novecento, ma invece nella poco flessibile disciplina dettata per nullità e sentenze interlocutorie.

A parte ciò il rito formale e la sua accentuata garanzia di “autonomia” e “ponderazione” nella difesa non erano così assurdi come molti vollero credere (e come tuttora tanti deplorano), specie se si considera che esso era riservato dal vecchio codice alle sole cause più difficili ed importanti fra quelle di competenza dei tribunali civili e di commercio (aboliti però questi nel 1888). Di fatto si trattava di poche e particolari cause: meno del 5% di quelle pendenti avanti a tutti gli organi di giustizia (pretori e soprattutto giudici conciliatori – si noti – assorbivano più del 90% del carico complessivo della litigiosità di quei tempi, consistente così per la maggior parte in cause povere eppure vitali, fino a che l'istituto del giudice conciliatore, che era giunto ad abbracciare i quattro quinti del contenzioso a cavallo del secolo, non venne lasciato – specie nel secondo dopoguerra – malauguratamente languire, confinato a competenze per valore erose dalla inflazione e non più rivalutate, e divenute allora presto irrisorie).

Il doppio binario e il rito sommario

Quella del vecchio codice era dunque una soluzione “differenziata” dopo tutto realistica e sensata, nel suo nucleo ispiratore, e che ancor oggi andrebbe – mutato il molto che vi è certo da mutare – ripensata e forse recuperata.

Infatti le cause più semplici od anche più urgenti spettanti ai tribunali (artt. 389-392), e tutta la vasta platea del contenzioso riservato ai pretori e soprattutto ai giudici conciliatori (artt. 415-464) – cause che per solito non esigono altrettanta ponderazione strategica – erano allora destinate al c.d. rito sommario, semplificato, più celere, con maggiore ruolo attivo del giudice. Il rito sommario del codice aveva però, dal punto di vista sistematico, carattere residuale e non era stato disciplinato con sufficiente compiutezza e tanto meno con autosufficienza.

Nel 1901 si affrontò così l'esigenza di dare maggiore corpo e precisione al rito sommario anche in tribunale, con una sua complessiva riforma (dovuta al valente processualista Ludovico Mortara), che tese – riuscendovi – a fare ormai del rito sommario il rito normale pure

Il rito sommario riformato

avanti al tribunale: ivi aperto da una udienza presidenziale per la trattazione preliminare della causa e poi caratterizzato da una maggiore flessibilità e da qualche maggiore potere del giudice.

Quanto al giudice, ed in particolare al tribunale, nel 1912-13 vi fu un tentativo di renderlo sempre monocratico, istituendo quel giudice unico di prima istanza che può oggi dirsi in buona parte realizzato dalle riforme degli anni novanta.

Ma all'inizio del secolo quel tentativo ebbe vita brevissima, destò infatti diffuse reazioni contrarie che portarono alla sua abrogazione già nel 1914. Si noti che anche la nostra organizzazione giudiziaria per collegi giudicanti di grado crescente (tribunale, Corte di appello, Cassazione) è un diretto retaggio della matrice francese – e ciò vale per la più parte delle istituzioni italiane, non solo giudiziarie – e più ancora della sua reimpostazione napoleonica, nella quale riorganizzazione giudiziaria si sente l'eco di una piramide gerarchica militare: non solo i collegi giudicanti sono ai tre livelli di una gerarchia, ma anche i loro componenti si spersonalizzano e ai vari livelli si differenziano per grado e poi anche per numero (in origine tre membri aveva solo il tribunale, cinque la Corte di appello e sette la Cassazione, infine quindici le sezioni unite; in Italia, dopo il 1977, anche il collegio giudicante di Corte di appello ha solo tre membri, cinque la sezione semplice della Cassazione, nove le sue sezioni unite; e dagli anni settanta le differenziazioni di grado e carriera sono da noi pressoché scomparse, od almeno si sono molto annacquate).

Altre riforme del
primo dopoguerra

Sul piano dell'ordinamento giudiziario, un risultato notevole fu piuttosto raggiunto nel 1923 con la unificazione in Roma, nella Suprema Corte di cassazione, delle precedenti cinque Cassazioni regionali che erano sopravvissute dopo l'unità di Italia, corrispondendo alle principali corti supreme dei precedenti Stati.

Nel 1922, con una apposita legge redatta da (quel giurista a tutto tondo che fu) Ludovico Mortara, fu introdotto e disciplinato il procedimento per decreto ingiuntivo, destinato ad avere tanta importanza pratica nella tutela dei crediti commerciali e a confluire più tardi nel codice del 1940.

Nel 1928 vennero infine abrogate le disposizioni (che erano state introdotte nel 1893, a loro volta su modello francese) sulle decisioni in materia del lavoro rimesse ai c.d. collegi dei probiviri – formati da laici espressi dalle categorie interessate, a cavallo fra funzioni di conciliazione, di arbitrato e di giurisdizione speciale –, sì che la giustizia del lavoro tornò a confluire nella competenza del giudice ordinario.

Il c.p.c. del 1865 e
la sua dottrina

Per molti decenni il c.p.c. del 1865 ricevette l'attenzione di una dottrina dedita a compierne l'attenta esegezi – nello stile delle scuole francesi e sabaude – anziché a scutarne l'ossatura sistematica e ad analizzarne criticamente pregi e soprattutto difetti: lo studio del processo – ovvero del codice, così come un tempo dello *Stylus Curiae* artigianalmente consuetudinario – era concepito come dottrina giuridica bensì cruciale ma di seconda classe. Esso era non di rado affidato agli avvocati più esperti, sic-

come mera “*procédure*” e disciplina più che altro di forme, termini ed atti, strettamente legata all’ordinamento giudiziario (si può notare che questa, in fondo, e sia pure per ragioni in parte diverse, è tuttora la inclinazione metodologica e didattica prevalente in Francia e in Inghilterra, ed era stata un tempo anche la nostra. Essa in sostanza lascia nel campo del diritto civile, ed in parte anche del diritto costituzionale e della teoria generale, tematiche che invece sono centrali nello studio moderno del processo come istituto giuridico primario).

Alla fine del secolo scorso e più ancora agli inizi del nuovo, mutò radicalmente il modo di guardare al processo, come fenomeno giuridico cruciale all’interno della esperienza del neonato studio scientifico del diritto pubblico. Già Mortara – connubio insuperato e raro di studioso, avvocato, magistrato ed infine politico della giustizia (fu, in epoche diverse, professore, al vertice della Cassazione, ministro della giustizia) – vi diede un potente e personalissimo impulso, per vero anche pratico – specie nelle varie edizioni del suo famoso *Commentario* – e così di intonazione meno raffinatamente accademica rispetto ai suoi successori-antagonisti.

Fra questi spicca, per la sua opera di fondazione sistematico-concettuale del diritto processuale civile (non più così della “*procédure*”), Chiovenda e la scuola cui egli diede vita e che in qualche modo, pur fra fatali (e crescenti) ripensamenti metodologici, tuttora indirizza il metodo della letteratura processualistica italiana, e non è affatto rimasta senza riverbero sull’opera sia del legislatore sia della giurisprudenza, specie negli anni trenta (ma forse, un poco, ancor oggi). La scuola chiovendiana ha assimilato e rielaborato la lezione (postpandettistica) della migliore dogmatica svoltasi in Germania a cavallo del secolo e ivi spentasi già negli anni trenta, ma ha anche privilegiato l’angolo visuale storico-comparatistico ed il collegamento fra diritto processuale e conformazione sostanziale dei rapporti giuridici dedotti in giudizio.

Il diritto processuale civile e la scuola di Chiovenda

Chiovenda ed i suoi allievi guardarono anche alle legislazioni mitteleuropee come esempio di discipline del processo più avanzate ed attente ai bisogni di rapidità e stringatezza considerati propri delle parti. Ci si rivolse, più ancora che al c.p.c. tedesco del 1877, a quello austriaco, di poco successivo ma già alquanto orientato ad una certa qual sensibilità per lo Stato sociale, seppur paternalistico e non del tutto liberale (e che aveva avuto vigenza nelle “provincie redente” fino al 1918). L’impegno di studio quasi naturalmente si trasformò così in critica vibrata al vecchio codice di stampo francese, ancora vicino al metodo esegetico. E così, in primo luogo, alla sua trattazione della disciplina della causa, che nel codice e, in minor misura, anche nel rito sommario riformato nel 1901 rimaneva principalmente scritta, dilatata, in larga parte svolgesi avanti ad un giudice poco coinvolto fino al momento della decisione. Tale analisi critica si è sviluppata via via in “apostolato” (come fu poi enfaticamente chiamato nella – per più versi ambigua – relazione al nuovo codice) a pro di una nuova legge processuale che disciplinasse un unico rito di cognizione, in sostanza né formale né sommario, ma fortemente venato di “oralità”, ed in cui dunque le udienze – fra loro concatenate

secondo soluzioni di tendenziale “concentrazione” – e il dialogo con il giudice avessero un risalto ed una “immediatezza” maggiore che nel passato.

**Il modello della
oralità, concentrazione
ed immediatezza**

Ed ecco la triade, divenuta celebre, dei valori riformatori: “oralità, concentrazione, immediatezza”, sì da propiziare fra l’altro un basso costo del processo. Ed inoltre – in qualche misura quali corollari della scelta, così espressa, a favore di un *modello dibattimentale* di trattazione processuale – si voleva un giudice più attivo nella direzione del processo; un suo maggiore coinvolgimento nella assunzione della prova; precisi limiti all’autonomia e dilatazione difensiva delle parti anche in forza di precise fasi e preclusioni nel progredire della trattazione del processo; la pronuncia della sentenza solo per decidere sulla domanda giudiziale e non più per disposizioni interlocutorie, immediatamente appellabili; eventualmente la lettura del dispositivo della decisione in udienza; la maggior valorizzazione, proprio in forza della oralità, del principio della libera (“immediata”) valutazione delle prove, in opposizione al sistema della tipizzazione legale del loro valore.

Questa impostazione originò il progetto Chiovenda di un nuovo codice nel 1919, cui si contrappose quello del Mortara del 1923, ovviamente più aderente alla tradizione del vecchio codice, come inciso dalla legge del 1901.

Si susseguirono poi il progetto di Carnelutti e quello di Redenti (1926-1934), di impostazione mediana ma in sostanza ben più vicina alla tradizione, in essi ripudiandosi l’idea di “concentrare nella pubblica udienza tutta la trattazione della causa”.

Nel 1937-1939 si ebbero una prima e una seconda – attenuata – versione di progetto di nuovo c.p.c. ad opera del Ministro (fascista) Solmi, con drastica estensione pubblicistica dei poteri del giudice, giudice unico di primo grado (soluzione, questa, già tentata nella ricordata riforma del 1912 subito abrogata), aspirazione alla rapidità e non costosità con preclusioni concentrate: in estrema sintesi una versione di sapore non poco autoritario di alcuni tratti ispiratori della ideologia processuale chiovendiana della oralità.

**Il codice Grandi-
Calamandrei come
soluzione di moderato
compromesso**

La successiva, velocissima mediazione fra i modelli così confliggenti via via emersi fu il frutto del lavoro della piccola commissione (in cui spiccavano Redenti, Carnelutti e Calamandrei, quest’ultimo il più vicino alla impostazione del Chiovenda di cui si sentiva in qualche modo allievo e soprattutto unico “giurista politico”), insediata dal nuovo Ministro Grandi: un fascista di spicco, eppure tendenzialmente autonomo e di un certo intuito (dote a Largo Arenula, sede di quel Ministero, non propriamente frequente) nello scegliere e nel sapere incalzare e motivare (finanche, è bene non tacerlo, sul piano economico e su quello del prestigio) gli artefici della nuova stagione di codificazioni italiane e nel consentire loro di esprimersi senza troppi condizionamenti (Mussolini si ridusse a mettere ... qualche puntino su poche “i”). Ne sortì – come fu detto: non come “espressione di un regime ma di un cinquantennio di studi” – l’attuale codice, e nel suo ambito un rito di cognizione sostanzialmente unitario per qualunque tipo di causa. Tale rito è stato

sicuramente il frutto di un compromesso fra oralità e concentrazione chioveniana e tradizione del processo scritto e formalistico, con rinuncia alla generalizzazione del giudice unico ed invenzione però (su basi estemporanee) dello snodo funzionale di ruoli, in precedenza del tutto inedito, fra giudice istruttore e collegio in tribunale, in vista di una complessiva mediazione fra ruolo attivo del giudice (specie del giudice istruttore) e tradizione dispositiva privata del processo come “cosa delle parti”; nondimeno con previsione di una griglia di preclusioni iniziali piuttosto severe e con l’abolizione delle sentenze interlocutorie e delle loro fuorvianti impugnazioni immediate. I tre “valori” chiovendiani (oralità, concentrazione, immediatezza) non furono certo seguiti in modo compiuto, come in realtà avvenne nella precedente legislazione sulle controversie di lavoro (del 1928 e del 1934) – secondo un rito sì tendenzialmente compatto, ma che ancora lasciava un certo spazio al principio (carneluttiano) di “elasticità” – e più ancora nella riforma del processo del lavoro del 1973 (v. oltre).

Il vigente codice, dunque, è ancor oggi quello che venne così concepito nel 1940 e che forse avrà sì vita un poco più breve del suo predecessore, ma comunque ha visto il nuovo secolo e nemmeno di sfuggita.

La vitalità del codice vigente

Si tratta, infatti, di un’opera legislativa di indubbio pregio, frutto dei primi decenni di studio sistematico, e così per principii, del processo e stimolo al suo progresso; un’opera alla quale concorsero i migliori giuristi dell’epoca fra le due guerre, ed in larghe parti essa conserva sostanziale vitalità, a parte la inesaurita e forse un poco astratta ricerca del rito ideale di trattazione della causa in primo grado. Che ovviamente non venne trovato neppure nel 1940 e la cui ricerca continuò negli anni successivi (molti pratici rimpiansero subito il rito precedente ed avversarono il nuovo giudice istruttore, quale eventuale diaframma fra parti e giudice decadente); un dibattito che anzi tuttora continua, come vedremo, quasi con un moto pendolare, sì da accendere ricorrenti dissensi e polemiche assai radicali e sovente troppo poco pragmatiche.

Tale riconoscimento di perdurante pregio e vitalità può compiersi in modo particolare per il libro I del codice dedicato alle “Disposizioni generali” che comprende gli articoli da 1 a 162 e tratteggia sia le regole organizzative sugli organi giudiziari sia i principii sulle parti del processo, sul loro potere di azione giudiziaria e sui correlati poteri-doveri del giudice, infine sugli atti e provvedimenti processuali di parti e giudici. Questi principii hanno carattere generale perché possono applicarsi a tutti i tipi di processo, pur se il loro legame al processo di cognizione è talora molto stretto.

Conviene a questo punto osservare più da vicino come è composto e cosa contiene il resto del codice, di cui chi si accinge a studiarlo farà bene a guardare con attenzione l’indice e a sfogliare le pagine.

Il suo libro I

Abbiamo detto del libro I e merita subito qui soggiungere che i suoi primi 74 articoli, dedicati agli organi giudiziari, si ricollegano ad una altra importante – e contemporanea – fonte: ossia al r.d. n. 12/1941 sull’“Ordinamento giudiziario”, assai ampio (più di duecento articoli, almeno in origine), in gran

parte dedicato al diritto amministrativo giudiziario, ma che si intreccia in più punti con lo studio del diritto processuale (penale oltre che civile).

Il raccordo con la coeva normativa sull'ordinamento giudiziario

La legge sull'ordinamento giudiziario, seppur assai invecchiata e piena di minuziosità, merita di venire scorsa prima di intraprendere l'analisi delle materie processuali. Tale legge riflette ancora, come si diceva, una istituzione giudiziaria piramidale di stampo francese-napoleonico, vista inoltre nella prospettiva di un ordinamento autoritario (quello fascista); pertanto essa, specie negli ultimi trenta anni, ha subito importanti modifiche poiché rifletteva un assetto interno della magistratura poco o punto in linea con i principii costituzionali (artt. 101-110 Cost.) ed ancor più con gli sviluppi che l'esperienza della funzione giudiziaria penale e civile ha vissuto durante più di mezzo secolo di Italia repubblicana (modifiche di segno antieconomico e così sempre più polifonica, ma tutt'ora con forti venature di organizzazione burocratica). E si tratta di una esperienza magari scomposta ma assai viva (forse solo nella Francia del '700 se ne ebbe l'uguale), ogni giorno in moto come testimonia anche solo la lettura quotidiana dei giornali (sulla istituzione giudiziaria e le sue evoluzioni, e proprio dall'angolo visuale del collegamento con il processo civile, si suggerisce ancora la lettura di DENTI, *La giustizia civile*, Bologna 2004, con le necessarie proiezioni storiche e comparatistiche). Purtroppo lo stillicidio delle molte mini- e semi-riforme non ha ancora condotto ad una nuova legge organica sull'ordinamento giudiziario (auspicata anche da Corte cost. n. 86/1982), che riordini una materia incandescente, che va dal Consiglio superiore della Magistratura alle funzioni del Ministro Guardasigilli (cioè della Giustizia), dal ruolo della Corte di cassazione all'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, e così via.

Legge che è ormai specchio poco fedele della realtà

Su tutto questo la lettura del regio decreto del 1941 rimane importante ma va fatta con la coscienza che si tratta di una fonte non solo molto (e male) rammendata, ma soprattutto la cui effettività è per vari versi in crisi da decenni. E così quella giudiziaria continua, in Italia più che in ogni altro paese europeo, ad essere l'istituzione sociale forse dinamicamente più importante eppure quella in perpetua crisi – per così dire – di ricollocazione sia esterna che interna, anche a seguito del vuoto lasciato dalla abolizione (or è più di cinquant'anni: leggi n. 570/1966, n. 357/1970, n. 831/1973) della carriera e dei concorsi interni: solo per l'accesso alla Cassazione tale *dérapage* è stato arrestato da Corte cost. n. 86/1982. Per quel che riguarda in specie il processo civile, basti pensare – per cogliere profili ordinamentali nuovi – alla disciplina post-referendaria della c.d. responsabilità civile del magistrato (legge n. 117/1988), alla sostituzione del giudice di pace al giudice conciliatore (legge n. 374/1991), alla pressoché totale abolizione della collegialità in tribunale e alla soppressione delle preture (d.lgs. n. 51/1998).

... e che il Governo è ora delegato a riformare

La lettura del regio decreto del 1941 andrebbe ora – per chi desideri approfondire questa ormai disordinatissima materia – condotta in una con quella della legge 25 luglio 2005, n. 150, recante la delega al Go-

verno per la riforma dell'ordinamento giudiziario e per l'emanazione di un testo unico al riguardo; dei numerosi decreti legislativi di parziale attuazione della stessa, emanati nel corso del 2006 (c.d. riforma Castelli: si tratta dei dd.llgs. nn. 24, 25, 26, 35, 106, 109 e 160/2006, adottati a tappe forzate negli ultimi mesi della XIV legislatura); dei provvedimenti che – con l'inizio della XV legislatura ed il mutare dei rapporti di forza politica – il nuovo Parlamento ha approvato, a tappe ugualmente forzate, onde sospendere l'entrata in vigore di tanta parte della riforma Castelli e metterne allo studio significative modifiche (legge n. 269/2006; d.lgs. n. 240/2006); ed infine della legge n. 111/2007, recante nuova delega al Governo per il riordino della materia, e soprattutto foriera di notevoli cambiamenti nella legislazione delegata del precedente esecutivo (c.d. riforma Mastella). Ciò, non senza coscienza che la ridotta capacità di dialogo dimostrata finora dalle forze politiche e corporative su questo cedevole terreno, quando non l'acrimonia che ha caratterizzato l'*iter* di approvazione dei provvedimenti in discorso e l'incertezza attuale sui destini parlamentari del Paese rendono allo stato ancora aleatorio il definitivo via libera alle programmate novità.

Tra queste par giusto comunque ricordare: 1) la tipizzazione degli illeciti disciplinari e la revisione del procedimento disciplinare dinanzi al C.S.M.; 2) l'irrigidimento delle condizioni di accesso al concorso di magistratura, da riservare ad avvocati, dottori di ricerca in materie giuridiche e diplomati presso le scuole di specializzazione post-universitarie di cui al d.p.r. 10 marzo 1982, n. 162; 3) l'inasprimento – seppur ora di segno meno deciso, dopo la legge n. 111/2007 – delle condizioni per il passaggio dall'esercizio di funzioni requirenti all'esercizio di funzioni giudicanti e viceversa; 4) l'istituzione di una Scuola superiore della magistratura, quale struttura didattica stabilmente preposta alla formazione, all'aggiornamento e alla valutazione (non è chiaro in quali forme) dei magistrati, dotata di propria autonomia giuridica e contabile, ma destinata ad utilizzare “personale dell'organico del Ministero della giustizia” e di fatto semi-sganciata dal C.S.M. (e così di non sicura legittimità di fronte agli artt. 105 e 107 Cost., in specie se la valutazione della Scuola superiore inciderà, come par certo, su trasferimenti, promozioni e mutamento di funzioni dei magistrati); 5) la rinnovazione del sistema di progressione nei ruoli, ora organizzato su un sistema di “valutazioni di professionalità” rese dalla Scuola su parere dei Consigli giudiziari di distretto, in cui la riforma Mastella ha ripristinato una solida maggioranza togata (la riforma Castelli si era qui invece mossa in modo più deciso nel senso di un ritorno ad un modello organizzato prevalentemente su concorsi interni, ed aveva divisato una più nutrita presenza laica nei predetti Consigli); 6) la pubblicità degli incarichi extragiudiziali conferiti ai magistrati.

Del resto anche la speculare legge sull'ordinamento dell'avvocatura, che risale al 1933, è obsoleta (e solo di recente è stata superata, seppur molti contenuti restano gli stessi: v. la nuova legge sull'ordinamento forense, n. 247/2012) anche se l'istituzione forense ha subito minori modificazioni, eccezion fatta per una dilatazione degli organici (dovuta ad un affievolirsi della incidenza selettiva del concorso, i cui malanni difficilmente saranno compensati dai recenti “giri di vite” sull'aggiornamento professionale), avvenuta con poco criterio e che rende l'Italia un caso a sé in Europa; nonché per la soppressione (legge n. 27/1997) della figura (giovane) dei procuratori legali, si che – dopo la pratica e superato l'esame – si diviene direttamente avvocati; con

l'introduzione, con legge 4 agosto 2006, n. 248 di conversione del c.d. decreto Bersani, della possibilità, prima d'ora negata, di pattuire per iscritto coi clienti compensi inferiori ai minimi tariffari, ovvero legati al conseguimento di determinati risultati professionali (non però, ancora, di stipulare ogni sorta di vero e proprio patto di c.d. quota lite); e – da ultimo – l'abolizione delle tariffe forensi ad opera del d.l. n. 1/2012 (convertito con legge n. 27/2012).

Il libro II Vi è poi il libro II del codice che tratta “Del processo di cognizione”, ossia del giudizio ordinario a cognizione piena volto a dar luogo ad una sentenza che accerti il rapporto controverso con autorità di giudicato: e poiché questo è l'argomento da sempre e tuttora centrale della nostra materia è naturale che il libro II sia il più lungo ed articolato (artt. 163-473, ma in realtà – dal 1973 in avanti – ci si ferma all'art. 447-*bis* per effetto della riforma del processo del lavoro di cui si dirà).

Il libro è ripartito in quattro titoli: dal procedimento avanti al tribunale si passa al procedimento avanti al giudice di pace, per affrontare poi la materia delle varie impugnazioni cui vanno soggette le sentenze e finire con le controversie in materia di lavoro e di previdenza, disciplinate da norme introdotte nel codice in via di novellazione – con la legge n. 533/1973.

Ne è il fulcro il titolo I sul giudizio avanti il tribunale – ora destinato ad assorbire alquante più liti che nel passato –, tribunale concepito, nell'impianto originario del 1942, sempre come organo collegiale (non ritenendosi di poter accogliere il modello del giudice unipersonale – sperimentato nel 1912 per breve tempo – per le ragioni di garanzia offerte dalla collegialità espresse nella relazione al codice del guardasigilli Grandi, redatta in realtà dal processualista Calamandrei, ed oggi resa disponibile nell'appendice informatica che correddà quest'Opera, e di cui consigliamo la lettura).

Su tale assetto hanno profondamente inciso le riforme degli anni novanta – legge n. 353/1990 e d.lgs. n. 51/1998 –: oggi innanzi al tribunale la decisione è

La figura del giudice istruttore normalmente demandata all'organo unipersonale mentre nelle tassative ipotesi di cui all'art. 50-*bis* c.p.c. spetta al collegio (v. sez. IV, cap. 1).

Tuttavia, quando la decisione collegiale era la regola, per non gravare troppo sul collegio, ed impegnarne tutti i componenti per tutto l'arco delle udienze, si era congegnata (la esatta paternità è discussa) una soluzione – a tratti invero un poco macchinosa, ed allora ed ancor oggi da molti disapprovata – in grazia della quale la istruzione e trattazione della causa è affidata per legge e nel suo complesso al c.d. giudice istruttore e solo la fase decisoria (e certune fasi di controllo o reclamo) invece al tribunale collegiale come organo eminentemente giudicante, autore di sentenze allorché il giudice istruttore ritiene di potergli rimettere la causa (secondo le varie eventualità scandite nell'art. 187). E ciò per tutte le cause, senza distinguere fra cause semplici e cause complesse, senza più immaginare una duplicità di riti in alternativa (od almeno una pluralità di varianti del rito, secondo il

principio – *rectius*: dettame – della elasticità, propugnato da Carnelutti). Soprattutto nella fase avanti all'istruttore si è cercato di dare almeno parziale attuazione ai principii – propri del progetto Chiovenda del 1919 – della trattazione *orale*, nonché concentrata e con immediatezza di contatto fra il giudice, le parti e i soggetti che intervengono ai fini istruttorii (testi, consulenti tecnici). Chiovenda però non riferiva quei principii al giudice istruttore – invenzione del codice, figura sia ieri che oggi molto criticata e in larga misura ormai superata, data la frequenza delle ipotesi in cui il tribunale giudica in composizione monocratica ai sensi del d.lgs. n. 51/1998 – ma all'intero processo, collegiale o monocratico che ne fosse l'organo giurisdizionale.

Questa, nel complesso, si palesa come la parte più invecchiata del codice, anche perché è quella dedicata alla materia che maggiormente riflette la esigenza di approntare più flessibili percorsi procedurali per evitare lungaggini e processi di durata inaccettabile (in violazione anche del principio della durata ragionevole, imposto ormai a molti Stati europei dall'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo del 1950 e ora da noi oggetto di espressa disposizione costituzionale – art. 111 Cost.). Soprattutto sul titolo I del libro II hanno così, nel tempo ad iniziare dal 1950 ed ancora e più decisamente in epoca recente a partire dal 1990 sino ad oggi, inciso, quasi con moto altalenante, le riforme processuali parziali di cui fra breve si dirà qualcosa di più specifico.

Il libro III (artt. 474-632) tratta del processo di esecuzione, che in forza di un titolo esecutivo – che non di rado sarà una sentenza di condanna formatasi secondo le regole del libro II – consente al creditore di ottenere soddisfazione per il suo diritto pur a fronte della perdurante mancanza di adempimento della controparte. A seconda della natura della prestazione dovuta si farà luogo al processo di espropriazione forzata (che, relativamente alle prestazioni di pagare, riceve una disciplina più capillare nel titolo II) oppure ai processi di esecuzione in forma specifica (per gli obblighi di consegna o rilascio di beni e di fare o non fare). Sono alla fine trattate le opposizioni all'esecuzione, onde far verificare la legittimità del procedimento di esecuzione forzata, e i casi di sospensione o di estinzione dell'esecuzione. Questa parte del codice riveste tecnicamente un notevole pregio ma presenta insufficienze con riguardo soprattutto ai profili pratici che possano meglio garantire, specie nella esecuzione per espropriazione, tempi di realizzazione meno dilatati e risultati economici meno frustranti per i creditori.

Mentre la riforma del 1990 non ha tuttavia pressoché toccato il libro III, nell'intento di accelerare le operazioni di vendita e di alleggerire nel contempo l'impegno dei giudici, oberati di lavoro e per inclinazione e organizzazione dei loro uffici fatalmente discosti rispetto alla esigenza di realizzo economico della procedura, è venuta alla luce la legge 3 agosto 1998, n. 302 che prevede la facoltà di delegare ai notai le operazioni di vendita all'incanto dell'immobile pignorato.

Il libro II come epicentro di controriforme (1950) e nuove riforme (1973, 1990)

Il libro III sulla esecuzione forzata

Riforme e prospettive di riforma del libro III

L'ammmodernamento del processo di esecuzione, e soprattutto dell'espropriazione forzata (ma qualche approfondimento ed evoluzione normativa esigerebbe anche la disciplina, molto stringata, del processo siffattivo in forma specifica), ha poi costituito il principale obiettivo della legge n. 80/2005, che ha modificato o riscritto oltre un terzo delle norme codistiche che regolano questa importante materia, ampliando il novero dei titoli esecutivi, svecchiando le forme pubblicitarie, agevolando la ricerca dei beni da pignorare anche attraverso la previsione di maggiori obblighi di collaborazione del debitore e della possibilità di valersi dell'anagrafe tributaria, rendendo più difficile l'accesso alla procedura di creditori non muniti di titolo esecutivo, consentendo la delega delle operazioni di vendita all'incanto anche ad avvocati e dottori commercialisti ed in genere intervenendo sui principali snodi dell'alienazione forzata, allo scopo di renderne il più possibile fruttuoso l'esito finale.

Nello stesso senso ha cercato di muoversi pure la legge 24 febbraio 2006, n. 52, recante norme di "riforma delle esecuzioni mobiliari", ma in effetti concernente anche taluni importanti profili di "parte generale" dell'espropriazione forzata. Come sovente, luci ed ombre: tra le prime, è stata migliorata, in corso d'opera, la nuova disciplina del pignoramento, contribuendo a specificare e a rafforzare attraverso la minaccia della sanzione penale, gli obblighi di collaborazione del debitore nella segnalazione dei beni da pignorare, ed è stato ridotto il novero dei beni mobili impingnorabili; tra le seconde, destavano perplessità soprattutto la mutata disciplina delle opposizioni esecutive (per tutte le opposizioni vi si prevedeva la decisione con sentenza non soggetta ad appello) e la confusa innovazione dell'art. 624 c.p.c. in materia di sospensione del processo esecutivo (a tali ombre la riforma del 2009, di cui meglio si dirà, ha tuttavia posto almeno parziale rimedio). Sempre all'intento di rendere più spedita la fase di soddisfazione del diritto rispondono anche i più recenti interventi delle leggi n. 162/2014 e n. 132/2015, che hanno apportato modifiche (di cui si dirà alla sez. II), ad es., al contenuto dell'atto di preetto; alle modalità (ora anche telematiche, ed assai pervasive) di ricerca dei beni da pignorare; alle modalità di svolgimento delle espropriazioni presso terzi; e pure alla disciplina dell'estinzione del processo esecutivo (prevedendo una nuova ipotesi di estinzione "per infruttuosità").

Il libro IV Infine, il libro IV del codice, negli artt. 633-840, abbraccia la serie "dei procedimenti speciali" assai varia e composita, e quindi esso presenta un contenuto meno omogeneo degli altri libri e testimonia talora di un lavoro un po' affrettato sul finale. Seguono le disposizioni di attuazione e transitorie, con ben 231 articoli. Redatte dopo il codice, conservano oggi rilievo le sole disposizioni di attuazione che talora colmano vere e proprie lacune.

... e i suoi svariati contenuti Nel libro IV innanzitutto si trova la disciplina dei procedimenti "sommari", di grande importanza pratica: e qui si va dai procedimenti di tutela sommaria (non cautelare) accordati per la più celere soddisfazione dei crediti muniti di un certo grado di prova scritta – procedimento per decreto ingiuntivo, di enorme importanza pratica – nonché dei diritti del locatore al rilascio dell'immobile in caso di morosità o di finita conduzione – procedimento per convalida di sfratto –, ai procedimenti cautelari che si propongono di assicurare che il diritto fatto (o destinato ad essere fatto) valere nel gi-

dizio di cognizione, di cui al libro II, non riceva gravi o addirittura irreversibili pregiudizi, di varia indole, nel tempo occorrente per ottenere la sentenza pienamente efficace a tutelarlo definitivamente (sequestro conservativo, sequestro giudiziario, provvedimenti di urgenza di cui al troppo celebre art. 700, provvedimenti di assunzione preventiva di prove, procedimenti di denuncia di nuova opera o di danno temuto).

La riforma del 1990, ossia la legge n. 353/1990, qui è intervenuta: non già però sui presupposti sostanziali – pericolo nel ritardo e verosimiglianza del diritto cautelando – delle varie misure cautelari, che sono tuttora quelli previsti in origine dal codice nel 1942, stante la moderna elasticità del suo art. 700, ma sul loro procedimento che è stato reso uniforme per tutti i provvedimenti e meglio articolato quanto a garanzie e controlli rimediali per tutelare il destinatario del provvedimento.

Di ampio respiro sistematico, anche in questo contesto, sono poi le innovazioni contenute nella legge n. 80/2005, che incidono sulla stessa struttura della tutela cautelare tramite la rinuncia al requisito della assoluta provvisorietà, e così di riflesso con un ripensamento e una attenuazione – non però una soppressione – della strumentalità, in ordine ai provvedimenti d'urgenza ed agli altri provvedimenti cautelari aventi natura anticipatoria: viene meno l'esigenza che sia resa e tenuta pendente la causa di merito, requisito sin qui tradizionalmente essenziale, in ossequio ai risultati dello studio di Calamandrei del 1936, alla definizione di misure cautelari (c.d. provvisorietà nel fine); il provvedimento resta nondimeno revocabile in ogni momento, esaurita l'eventuale fase di reclamo, se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare.

Un posto a sé, proseguendo, spetta ai procedimenti possessori in cui è regolato il modo in cui si attuano le tutele reintegratoria e di manutenzione previste negli artt. 1168 e 1170 c.c., fenomeno che nelle forme si accosta (specie dopo la riforma del 1990) alla tutela cautelare, ma concettualmente non vi appartiene, poiché l'azione possessoria non ha per fine la tutela di un diritto reale onde cautelare il futuro giudizio petitorio, ma direttamente la protezione celere del c.d. *ius possessionis*. Un posto a sé merita anche il nuovo rito sommario di cognizione (artt. 702-bis ss.), introdotto dalla riforma del 2009 e molto valorizzato, seppur con l'introduzione di alcune peculiarità, dal d.lgs. n. 150/2011, sulla c.d. semplificazione dei riti (su cui v. oltre). Tale rito si connota per essere un rito a cognizione piena (che sfocia in una decisione idonea al giudicato sostanziale), pur se si svolge con forme assai semplificate (v. sez. VI, cap. 8).

Abbiamo poi i procedimenti – sempre speciali, perché si svolgono secondo un rito più elementare di quello disegnato dal libro II per far valere ordinariamente i diritti – in materia di famiglia e di stato delle persone, quelli relativi alla apertura delle successioni, allo scioglimento delle comunioni, alla liberazione degli immobili dalle ipoteche (tra questi la penultima riforma – quella del 2005-2006 – ha inciso soprattutto sul procedimento di separazione personale

dei coniugi). Altri procedimenti analoghi sono regolati in leggi speciali (molti dei quali, però, sono stati – dal cit. d.lgs. n. 150/2011 – ricondotti proprio al nuovo rito sommario).

Siamo qui perlopiù (non sempre, però) nel campo della c.d. giurisdizione volontaria ovvero non contenziosa, in cui al giudice – in forme processuali semplificate rispetto alle garanzie del processo ordinario – si affida il compito di intervenire nella vita di rapporti giuridici e nella cura amministrativa di interessi di incapaci, minori, assenti, etc. Siamo allora fuori dal cuore della funzione giurisdizionale, abbiamo provvedimenti non destinati al giudicato, per cui la semplificazione formale del procedimento (c.d. camerale) ben si giustifica.

Il libro IV si chiude con la disciplina dell’arbitrato (essenzialmente nella sua forma c.d. rituale) che esprime un fenomeno giurisdizionale in cui però il giudicante non è un magistrato statale ma un arbitro scelto dalle parti, che pronuncia così un lodo che potrà comunque acquisire la stessa efficacia – anche di titolo esecutivo giudiziale, nonché di giudicato – di una sentenza statale. La disciplina di tale arbitrato è stata in ultimo riformata da due successive leggi di novella – la legge n. 25/1994 e il d.lgs. n. 40/2006 – di cui sono in larga misura il frutto gli artt. 806-840 che chiudono il codice. Lo chiudono con la disciplina di questo istituto che è oggettivamente processuale anche se soggettivamente di matrice privatistica. Non quindi un fenomeno alternativo alla giurisdizione e al processo – come spesso a torto si diceva sino a poco tempo fa, e a differenza del c.d. arbitrato libero: v. *infra*, sez. III, cap. 7 – ma un potenziamento della tutela giurisdizionale dei diritti disponibili attraverso una soluzione di flessibilità nella costituzione dell’organo giudicante che la natura di quei diritti bene tollera.

Anche la materia dell’arbitrato è stata profondamente incisa nel quadro della penultima riforma, quella del 2005-2006 (l’ultima, del 2009, non è invece intervenuta in materia). La stessa legge n. 80/2005 dei cui motivi ispiratori si è già cominciato a dire, ha infatti delegato il Governo a razionalizzarne la disciplina positiva. In attuazione di siffatta delega, è stato poi emanato il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, nel quale convivono disposizioni encomiabilmente volte a risolvere taluni gravi problemi emersi con insistenza nella prassi (si pensi ai discussi rapporti tra arbitri ed autorità giurisdizionale ordinaria, o ancora alle difficoltà create dagli arbitrati con pluralità di parti), disposizioni miranti a supplire a strutturali debolezze, lacune ed incoerenze della disciplina precedentemente in vigore (si pensi alla totale ineffettività dei provvedimenti istruttori degli arbitri, o ancora alla sospensione necessaria di cui all’art. 819, co. 1, c.p.c.) e disposizioni probabilmente incapaci di risolvere alcuna vera questione applicativa, ma buone solo, forse, a generarne di nuove e sofistiche (si pensi alla pretesa d’offrire nel codice processuale una pur embrionale regolamentazione dell’arbitrato irrituale, definendo “contrattuale” il relativo lodo e contrapponendolo a quello rituale, di cui si ambisce poi a risolvere *per tabulas* l’accesa disputa sopra la “natura” ascrivendogli espressamente “gli effetti della sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria”). Negativamente colpiscono poi l’ecces-

sivo ampliamento dei termini concessi agli arbitri per la pronuncia del lodo e l'eccessiva riduzione – procurata attraverso una restrittiva tipizzazione delle violazioni professionali rilevanti – della responsabilità civile del giudice privato.

Vi era poi nel libro IV del c.p.c. – fino alla successiva legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del diritto internazionale privato e processuale – la disciplina della delibazione delle sentenze straniere. La riforma ha dettato una nuova disciplina di tale istituto (in veste non più di delibazione ma di riconoscimento), nonché delle norme attributive della giurisdizione italiana e della litispendenza internazionale (che erano all'inizio del libro I, agli artt. 2-3-4), ed ancora delle norme sulla legge applicabile alle cause caratterizzate da elementi di estraneità rispetto al nostro paese, in virtù del collegamento soggettivo od oggettivo della lite con altri ordinamenti, fin qui contenute nelle disposizioni preliminari al c.c. Per questo aspetto codesta legge n. 218/1995 segna la più rilevante – sia pure ben circoscritta (e forse tesa a dare alla luce a sua volta il germe di una sorta di codice di diritto internazionale italiano) – esperienza di “decodificazione” del diritto processuale.

La legge sul diritto internazionale processuale

Diritto processuale che per il resto, a differenza del diritto privato per il quale si è negli ultimi lustri parlato di una “età della decodificazione”, rimane per fortuna saldamente impennato sul concetto di codice, quale fonte di quella precipua organicità e maggiore certezza di disciplina che è invero particolarmente utile allorché si tratti di discipline processuali. Ed infatti nel campo processuale civile si ebbero, nella storia del diritto europeo, le prime esperienze antesignane dei codici: già nella Francia di Luigi XIV, *tout court* assolutista e così contraria ai particolarismi corporativi medievali e alle varie consuetudini giurisdizionali che le riflettevano, così riassunte ma anche superate con la *Ordonnance* del 1667 a cura del cancelliere D'Aguesseau. Nel volgere del secolo seguente la codificazione processuale si spostò nei paesi di lingua tedesca del dispotismo illuminato prussiano-fredericiano o della monarchia paternalista austriaca, probabilmente più oppressiva del primo in campo processuale (nel Regolamento generale giudiziario del 1781, di Giuseppe II, figlio di Maria Teresa, il diritto di azione veniva riconosciuto – diciamo pure autorizzato – solo dopo una delibazione del caso e della sua plausibilità). Alla stagione e all'attrattiva della codificazione si sottrassero Inghilterra e Stati Uniti, anche nel campo processuale, per la ragione generale che ivi non vi fu mai una cesura rispetto all'ordine giuridico medievale, nel quale al legislatore e alla sua autorità spettava un posto alquanto secondario. Quanto in particolare alla regolamentazione del processo, essa risultava effetto dello *Stylus Curiae* elaborato sulla base dell'esperienza. Solo nel secolo scorso si diede vita a corpi di norme (*Rules*) perlopiù di matrice giudiziaria, ossia redatte direttamente o indirettamente dalle corti supreme e valide anche per i giudici sottoordinati (da noi mai la Cassazione ha avuto simili poteri, neppure per il giudizio avanti a se stessa; li ha invece, in quanto organo costituzionale, per il processo avanti a sé, la Corte costituzionale, per colmare con propri regolamenti le lacune delle leggi del 1948 e del 1953 che dispongono al riguardo).

Il processo nella codificazione (profili storici)

Il frutto più fortunato della prima stagione codificatoria, anche nel campo processuale, si ebbe in Francia, nel 1807, con il francese *Code Napoléon*, prodotto di una con-

cezione borghese e antifeudale, parificatrice del diritto e della giustizia, e così tosto esportato al di là delle Alpi e del Reno e comunque più tardi autonomamente imitato in quegli stessi paesi e così anche in Italia, come già si accennava sopra per i due codici sardo-piemontesi del 1854-1859 (che presero il posto delle celebri Costituzioni piemontesi del 1770, tipico prodotto dell'epoca delle c.d. consolidazioni, di trapasso fra diritto comune e codificazione: ivi, fra l'altro, si trova la prima enunciazione da noi del divieto di citare autori giuridici nelle sentenze, tuttora operante per i giudici statali – non dunque anche per gli arbitri: v. l'art. 118, co. 3, disp. att.).

Lo stesso modello di codificazione processuale francese – nel quale in effetti l'impronta liberale-progressista si coglie assai meno che nel celebre codice civile napoleonico di tre anni prima – è riconoscibile nel codice napoletano o parmense. Altri stati italiani pre-unitari (quello estense-modenese, con il suo c.p.c. del 1852) guardarono piuttosto, per un modello di riferimento, al codice austriaco del 1797 che aveva – ovviamente – ripreso a vigere nel Lombardo-Veneto.

Del resto modello francese e modello austriaco, nel campo processuale civile, non erano agli antipodi (solo più borghese e minuziosamente rispettoso dei diritti delle parti il primo, e così non scandito da preclusioni; più paternalistico-burocratico il secondo, come sopra già si accennò, e così articolato in fasi presidiate da decadenze); entrambi si caratterizzavano per una trattazione soprattutto scritta della causa, per un accentuato rispetto del carattere dispositivo-privato del processo, con una posizione del giudice più che altro passiva.

Il codice unitario del 1865 guardava all'esperienza francese e non tenne gran conto – nel suo rapido approntamento – dei codici italiani diversi da quello piemontese. I lavori preparatori – negli anni venti e trenta – del codice del 1940 valorizzarono invece anche la lezione della codificazione germanica e più ancora di quella austriaca, frutto della ideologia del processo sociale di Menger e Klein (cui soprattutto Chiovenda si era mostrato molto sensibile). Ne discese un codice che mostra influenze plurime, non esclusa una certa qual venatura autoritaria dell'epoca, ma nel complesso ancora radicato sui principi di liberalismo processuale, cari a tutte le scuole giuridiche e processualistiche che cooperarono alla sua formazione (da quella del Redenti a quella del Cornelutti, infine a quella – già sensibile ai futuri valori costituzionali – del Calamandrei). Al di là delle opzioni di “schietta politica del diritto processuale” – talune delle quali destinate ben presto a risultare “invecchiate”, o materia di agone polemico (la figura del giudice istruttore, le preclusioni iniziali, la percentuale non lieve di poteri inquisitori del giudice) – risalta nel c.p.c. un elevato grado di nitore espressivo e padronanza tecnico-legislativa. Gli interventi normativi successivi non sempre risultarono, da questo punto di vista, di pari qualità. Anche da ciò deriva il carattere di tendenziale compiutezza ed autosufficienza del nuovo codice quale fonte della legge processuale italiana, con vasta attenzione ai vari processi speciali – in primo luogo quello monitorio – nati separatamente e ora ricompresi nel variegato libro IV del c.p.c.

Leggi processuali
speciali

A parte l'imponente ma a sua volta organico rilievo processuale, di espropriazione generale nell'interesse collettivo dei creditori, della Legge fallimentare (il r.d. n. 267/1942: sempre l'epoca delle ultime grandi leggi civili; anche questa, come il c.p.c., ha costituito oggetto di

recenti e più o meno compiuti interventi riformatori, con legge 14 maggio 2005, n. 80, prima, e con i dd.llgs. 9 gennaio 2006, n. 5, e 12 settembre 2007, n. 169, poi), fuori del codice e così nella legislazione speciale si trovavano solo limitate previsioni processuali.

Nello sviluppo della società italiana del dopoguerra, si fecero strada interessi e volontà, in senso lato politiche, troppo superficiali per indurre ad un ripensamento complessivo dei libri II e IV del c.p.c., ma troppo forti e potenti per rimanere senza influssi precisi anche nel campo della legislazione processuale. Ed ecco, per fare solo alcuni esempi, gli artt. 18 e 28 dello statuto dei lavoratori del 1970, le varie norme in materia di processi relativi alla responsabilità civile automobilistica e dell'assicuratore (art. 140 ss., d.lgs. n. 209/2005: c.d. codice delle assicurazioni private), di processi relativi alle locazioni urbane (legge n. 392/1978), di processi agrari (leggi n. 320/1963, n. 11/1971 e n. 203/1982), di tutela dell'uguaglianza fra i sessi (già leggi n. 903/1977 e n. 125/1991, ora artt. 36 ss., d.lgs. n. 198/2006: c.d. codice delle pari opportunità), di tutela delle persone con abilità diverse (legge n. 67/2006), che vanno ad aggiungersi alle norme speciali relative ai processi in materia elettorale, in materia commerciale e societaria (almeno fino all'abrogazione del rito societario introdotto con il d.lgs. n. 5/2003 ad opera della recente ulteriore legge di riforma del processo civile del 18 giugno 2009, n. 69; v. *oltre*), alle tutele tipiche del diritto industriale (ora razionalizzate nel quadro del nuovo codice della proprietà industriale, varato con d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 e contenente – agli artt. 120-143 – un nutrito *corpus* di disposizioni processuali) e del diritto dei titoli di credito, alle azioni collettive risarcitorie di cui al nuovo art. 140-*bis*, ed alle altre disposizioni in tema di accesso alla giustizia del d.lgs. n. 206/2005 (c.d. codice del consumo), etc. Il profilo processuale era del resto largamente rispecchiato già nel codice della navigazione (marittima e aerea).

2

Il moto delle riforme processuali dalla Costituzione fino all'epoca attuale

Le tutele giurisdizionali differenziate. – Il nuovo rito del lavoro. – Caratteristiche salienti e tecnica delle preclusioni. – La vicenda altalenante delle preclusioni nel rito ordinario fra versione originaria del codice e riforme successive. – Codice liberale o codice autoritario? – Codice e Costituzione del 1947. – Il contributo al codice della Corte costituzionale.

In ciascuna di queste materie, e sempre più in epoca recente, il legislatore ha creduto di cogliere esigenze per singoli profili e soluzioni di “tutela giurisdizionale differenziata”, talora addirittura predisponendo forme e gradi di tutela più incisivi a favore della parte del rapporto sostanziale ritenuta troppo più debole dell'altra. E la Consulta ha rimesso tali scelte, ove ragionevoli, alla discrezionalità del legislatore, senza ravvisare violato l'art. 3 soprattutto nei tentativi di perequazione attiva sperimentati nella riforma del processo del lavoro. Si è corso così il rischio della polverizzazione del processo in troppi spicchi slegati e particolaristici, frutto non di rado del gioco negoziatore di un'epoca neocorporativistica, che ha raggiunto l'acme non rimpianto agli inizi degli anni ottanta, ma che ancora non sembra oggi avviato a sopirsi del tutto.

La stagione delle politiche processuali

Di solito, l'esigenza di tutela differenziata coltivata dal legislatore si è attuata mediante procedimenti speciali, del tipo di quelli che nel codice si trovano nel libro IV, ma in altre occasioni si è predisposta una variante – nel rito – del processo di cognizione piena regolato dal libro II.

In questa ultima chiave, all'interno del libro II del codice, va letta la innovazione più rilevante del periodo ormai non più recente, ossia la rinnovata disciplina del processo del lavoro, introdotta nel 1973, preceduta da un notevole dibattito di politica del processo e concepita onde dar vita ad un rito pur sempre a cognizione piena ma per molte soluzioni appunto differenziato da quello ordinario, sì da garantire maggior celerità ed incisività nella trattazione di cause che, da un lato, presentano frequenti aspetti di ripetitività e tipicità e, per converso, vedono perlopiù attore un lavoratore subordinato (di di-

Il rito del lavoro

ritto o di fatto; privato o pubblico: il d.lgs. n. 80/1998 – lo si rammenta – ha devoluto al giudice e al rito del lavoro anche le liti di pubblico impiego, dirigenti a parte, prima spettanti al giudice amministrativo).

Il lavoratore è infatti un soggetto che per solito persegue nel processo un bene della vita essenziale (art. 36 Cost.), sì che egli male può attendere i tempi del rito ordinario di cognizione. Il quale rito ordinario – prima della riforma del 1990 (legge n. 353/1990) che in più punti ha generalizzato soluzioni del rito del lavoro – prevedeva ad esempio che la sentenza di condanna di primo grado, se appellabile o appellata, non avesse ancora forza di titolo esecutivo; inoltre non prevedeva alcun tipo di ordinanza di condanna anteriore alla sentenza definitiva del primo grado; non dettava una competenza per materia di un organo monocratico – per solito più incisivo – per le cause di lavoro; concepiva con larghezza l'ammissibilità di sentenze non definitive del processo; ammetteva nuove prove e nuove eccezioni in appello; condizionava in genere l'ammissione di prove all'istanza di parte; etc.

... e le sue caratteristiche differenziali La riforma del processo del lavoro del 1973, innovando su tutti questi punti all'insegna dei dettami della immediatezza ed oralità, diede corpo ad un "rito" fortemente differenziato da quello ordinario dell'epoca (fra il 1973 e il 1990 il rito del lavoro – per la sua maggiore snellezza e concentrazione e presunta minor lentezza – venne peraltro in tutto o in parte esteso sbrigativamente, da varie leggi speciali, a talune categorie di controversie non attinenti al diritto del lavoro).

Sui vari profili sopra indicati che distinguono il rito del lavoro da quello ordinario (di cui ci occuperemo più ampiamente alla sez. VI, cap. 9) si consultino, nell'ordine, gli artt. 431 (che anticipa l'esecutorietà alla sentenza di primo grado, nonostante l'appello, se resa a favore del lavoratore); 420 (sull'udienza di trattazione orale e concentrata); 423, co. 1 e 2 (che prevede l'ordinanza di pagamento delle somme non contestate o delle somme per le quali il giudice ritiene già raggiunta la prova); 409 (che attribuisce al tribunale la competenza per materia per le cause di lavoro subordinato od anche di lavoro autonomo para-subordinato); 421 (che, in deroga al principio di trattazione dispositiva della causa, ammette anche l'ammissione di prove *ex officio iudicis*); 429 (sulla lettura della decisione in udienza); 437 (che tendenzialmente chiude il grado di appello ai *nova*: eccezioni o prove).

Il ritorno delle preclusioni iniziali

Espressamente od implicitamente, ognuna di queste soluzioni, devianti rispetto alla tradizione, era tesa a potenziare le possibilità che i diritti del lavoratore ricevessero una tutela energica e rapida, con costi processuali moderati. A tal fine si sancì anche la regola che la domanda si promuove con ricorso (anziché con atto di citazione, come nel rito ordinario) e soprattutto – ritornando alla scelta del codice del 1940, rovesciata nel 1950 sull'onda di una "battaglia" svolta dagli avvocati – si volle esigere che gli atti introduttivi di ciascuna parte siano per quanto possibile completi, con tendenziale preclusione di nuove allegazioni, eccezioni, istanze istruttorie

nel seguito del giudizio, così che esso possa proseguire in forma preminentemente di trattazione orale e concentrata, anziché scritta e diluita.

Talune differenze nelle posizioni processuali delle parti che così emergono (artt. 423, 431), purché giustificate da oggettive loro disparità preprocessuali, sono state ritenute non lesive del principio di uguaglianza.

In questo ed in altri consimili propositi – ad esempio nella scelta dei tipi di diritti per cui predisporre tutele sommarie non cautelari (decreto ingiuntivo, convallida di sfratto, condanna delle pratiche antisindacali o discriminatorie fra i sessi) – è agevole cogliere come anche il diritto processuale civile, pur ponendo norme in prevalenza strumentali rispetto al suo fine di *attuazione del diritto sostanziale*, non è una disciplina neutrale rispetto ai conflitti di interesse e non è ad essa estraneo il compito di scelte sostanzialmente politiche, pur se innervate da un tecnicismo spesso elaborato che non sempre le pone in immediata evidenza.

Da ultimo, si noti che la legge 21 febbraio 2006, n. 102, in vigore dal 1° aprile 2006, aveva esteso “alle cause relative al risarcimento dei danni per morte o lesioni, conseguenti ad incidenti stradali”, l’applicazione delle “norme processuali di cui al libro II, titolo IV, capo I del codice di procedura civile”. Ebbene si trattava d’una disposizione assai dubbia sotto il profilo dell’opportunità e – quel che è più grave – alquanto mal formulata. Avevamo comunque fin da subito sottolineato la necessità di intenderla in senso duplicemente restrittivo, in particolare concludendo che essa potesse valere per le sole domande di risarcimento per danni alla persona (e non, invece, ad altri beni del domandante coinvolti nell’incidente, salvo l’attrazione al rito ordinario – *ex art. 40, co. 3, c.p.c.* – in caso di cumulo di pretese risarcitorie: conclusione, questa, per vero contrastata nelle prime applicazioni, ma testualmente più affidabile) e che essa non potesse valere ad introdurre una nuova competenza per materia (che restava ferma in capo al giudice di pace a procedere secondo il rito del lavoro, se la domanda non eccedeva i limiti di valore di cui all’art. 7 c.p.c.). Le menzionate incertezze hanno fatto sì che il legislatore dell’ultima riforma (del giugno del 2009) abrogasse questa disposizione: oggi, dunque, le controversie relative al risarcimento dei danni per morte o lesioni conseguenti ad incidenti stradali verranno (nuovamente) trattate con il rito ordinario.

Con la riforma di larga parte del libro II del c.p.c., avutasi nel 1990, molte delle dette innovazioni proprie del rito del lavoro sono state comunque generalizzate a tutte le cause – cfr. ad esempio gli artt. 50-*bis*; 183; 282; 186-*bis*, 186-*ter*, 186-*quater* c.p.c.; l’art. 48, co. 1, ord. giud. –, attenuando così, almeno un poco, il carattere di rito differenziato del processo del lavoro. L’avvicinamento è solo parziale e fra l’altro non investe gli ampi poteri di impulso probatorio dati al giudice del lavoro.

Il rito del lavoro
e la riforma generale
del 1990

In particolare anche la riforma generale del 1990 ha valorizzato – sia pure con regole meno severe ed incalzanti di quelle del rito del lavoro – gli atti introduttivi e le prime udienze davanti al giudice istruttore – che in tribunale diventerà perlopiù anche organo decidente –, introducendo delle barriere preclu-

sive graduali ma rigide ai poteri delle parti (artt. 163, 164, 180, 183, 184, 345 novellati) e così privandole dell'ampia signoria sull'andamento del processo di cui esse, o forse più realisticamente i loro avvocati, godevano in precedenza.

**La rivolta dei pratici
contro il c.p.c. del 1940**

In tal senso disponevano anche le corrispondenti norme originarie del codice del 1940 – che nacque con una impostazione bensì ancora liberale, ma di intonazione piuttosto pubblicistica, se non proprio autoritaria, in cui a tratti ancora trapelano scorie delle dottrine giuridiche del corporativismo e statualismo imperanti nel 1940 (i due progetti del ministro Solmi del 1937-1939 ne erano alquanto affetti; il codice del 1940 Grandi-Calamandrei se ne seppe largamente depurare).

In realtà – lo si sarà a questo punto ben compreso – non si trattava di un codice né fascista, né illiberale, ma solo assai più attento di quanto avvenisse in precedenza alla proiezione pubblicistica del processo su rapporti privati e non esente – questo è vero – da alcune rigidità. Termini severi e preclusioni poco elastiche ai poteri delle parti sono di ciò solo uno dei riflessi, anche se è stato il più vistoso (ma nella stessa linea v. ad esempio pure gli artt. 69 e 70, nonché 107).

Con lo slogan del codice fascista, del tutto infondato e non di meno efficace, nel dopoguerra si vollero – specie ad opera degli avvocati, ben rappresentati in Parlamento – edulcorare e quasi nullificare quelle preclusioni iniziali e attenuare i poteri di direzione del processo del giudice istruttore (e così anche il regime della estinzione del processo per inattività delle parti); ed ancora, e fra l'altro, sancire la garanzia della immediata appellabilità delle sentenze non definitive. Si trattava e si tratta di snodi importanti, nei quali tuttavia la risonanza ideologica è per certi versi superficiale e nel complesso ambigua, pur se una traccia di autoritarismo burocratico forse non mancava nel codice (come Cipriani ha saputo efficacemente mostrare).

**La battaglia sulle
preclusioni**

Ecco perché non deve stupire che la battaglia antipreclusioni iniziali (quelle finali in ogni ordinato processo sono inevitabili) – provvisoriamente vinta con la legge n. 581/1950 dal sapore empirico – sia stata settorialmente nel 1973 e poi sul piano generale nel 1990 combattuta nuovamente, con esiti opposti e dunque con larga riaffermazione della “logica delle preclusioni”, seppur certo non con aspirazioni di restaurazione delle ideologie processuali ricollegabili all'epoca di gestazione del testo originario del codice. Ed ecco ancora perché, nel 1995, al momento della sua entrata in vigore, la legge di riforma n. 353/1990 che reintrodusse le preclusioni destò una rinnovata e non meno vivace reazione di scetticismo e rigetto fra gli avvocati (si arrivò perfino ad un lungo “sciopero”), sì che di nuovo al riguardo la girandola si manifestò: e così il d.l. n. 121/1995 subito confinò il “nuovo” rito alle cause nascenti da allora in poi e il successivo d.l. n. 238/1995 non esitò, anche per codeste cause, ad annacquare le preclusioni iniziali (non si ottenne però così vera e lodevole elasticità, ma solo l'allungamento del periodo iniziale del processo, scandito – solo esso – in almeno tre udienze e altrettanti “giri di memorie” dopo gli atti introduttivi e prima dell'inizio della istruttoria. Davvero troppo per la maggior parte delle cause!). Il vero è che abbiamo di fronte un problema eminentemente organizzativo e pratico, non già davvero di ideologie processuali e tanto meno politiche in conflitto ricorrente fra loro. E così si comprende il moto altalenante fin qui descritto che ha scandito e tuttora scandi-

sce la “guerra delle preclusioni” (ben tollerate dai pratici solo nel rito del lavoro, in quanto ad esso si dedicarono tosto solo specialisti, ed in esso confluiscono del resto cause non di rado standardizzate).

Nel senso dell’irrigidimento delle preclusioni iniziali si è orientata anche l’ultima massiccia riforma del codice di procedura civile (la più recente, quella del giugno del 2009, non è invece intervenuta al riguardo), portata dalle già citate leggi 14 maggio 2005, n. 80 e 28 dicembre 2005, n. 263, così rinnovando il descritto moto pendolare, dopo le oscillazioni in senso “distensivo” registrate nel 1995. Con questi nuovi interventi normativi (per vero concentrati, come pure si è detto, soprattutto sul processo di esecuzione), il legislatore processuale è tornato ad onerare il convenuto della deduzione di tutte le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d’ufficio, oltre che delle eventuali domande riconvenzionali e chiamate in causa, fin dalla comparsa di risposta, seppur estendendo a novanta giorni (da sessanta che era) l’ordinario termine dilatorio corrente tra l’atto di citazione e la prima udienza.

Il nuovo irrigidimento delle preclusioni registrato nel 2005

Quest’ultima udienza, poi, non è più istituzionalmente destinata alla sola verifica della regolarità del contraddittorio: ciò che, nel vigore del vecchio art. 180, ne faceva uno snodo sempre necessario, seppur del tutto inutile, ogni volta che, come accade nella grande maggioranza dei casi, non si manifestassero problemi intorno alla validità dell’atto di citazione, all’integrità dei profili soggettivi del processo, alla costituzione o alla rappresentanza delle parti in giudizio; salvo dunque che siano da adottare provvedimenti in ordine a codesti problemi (ché allora l’udienza sarà ad essi soltanto dedicata), la prima udienza è oggi subito destinata alla trattazione, e segna (insieme alla prima, eventuale, memoria che la segue) l’ultimo momento utile per la modifica-zione e la precisazione delle domande, eccezioni e conclusioni rispettivamente formulate dalle parti negli atti introduttivi (art. 183 c.p.c.). Di lì a poco si precludono anche le istanze istruttorie, alla cui definitiva formulazione sono oggi riservati il secondo e il terzo dei tre scritti difensivi, immediatamente successivi alla prima udienza ed anteriori invece alla seconda, che nelle intenzioni del legislatore dovrebbe esser ormai già riservata all’assunzione delle prove (su questo punto la legge n. 263/2005 ha un po’ migliorato il nuovo testo dell’art. 183 rispetto a quello originario di cui alla legge n. 80/2005, che prevedeva, in modo del tutto inadeguato, preclusioni sovrapposte per deduzioni assertive e deduzioni probatorie, così rendendo di fatto impossibile la difesa istruttoria contro le ultime allegazioni in punto di fatto dell’avversario).

Accenniamo qui infine ad una riflessione: che le preclusioni iniziali (rapide ed irreversibili) non sono in assoluto cosa buona o cattiva. Esse si addicono alle cause più semplici o ripetitive, di cui rendono ancor più fluido il corso successivo; esse vengono tollerate male e a fatica – cagionando in ipotesi non rare decisioni processualmente ineccepibili ma sostanzialmente ingiuste (con strascichi di nuovi processi e di liti di responsabilità professionale) – nelle cause contenutisticamente più articolate e complesse, che i difensori normali stentano a porre

Relativismo nella valutazione delle preclusioni

compiutamente a fuoco nelle poche settimane iniziali e prima di giovarsi della valenza chiarificatrice del contraddittorio appieno sviluppato. Ecco dunque un bisogno naturale di elasticità nella scelta del rito di trattazione, cui il legislatore deve venire incontro senza preconcetti favori per l'uno o l'altro modello.

Il codice e il sopravvenire della Costituzione

Il c.p.c. del 1940 proprio perché era ancora un ramo del processo di ceppo liberale (... con qualche fogliolina autoritaria, di stampo Solmi-Grandi-Calamandrei, caduta poiché agevolmente disinascibile dalla prassi; e poche altre di stampo "sociale" alla Klein-Chiovenda, cadute nel vuoto) poté reggere nel complesso egregiamente il confronto con la Costituzione entrata in vigore nel 1948 e divenuta pienamente efficace con l'insediamento nel 1956 della Corte costituzionale, munita del potere di annullare leggi e norme incompatibili, pur se nate prima della Carta fondamentale.

Mentre altre fonti fortemente permeate di valori illiberali – prima fra tutte il c.p.p. del 1931 (codice Rocco) – vennero punteggiate di annullamenti e si ridussero ben presto ad una screziata e indecorosa pelle di leopardo, sì che si dovette già alla fine degli anni sessanta pensare ad un nuovo codice di rito penale che vide la luce però solo nel 1988 (codice Vassalli), affatto diversa e migliore fu la relazione che si svolse – e continua pacatamente a svilupparsi – fra c.p.c. e Costituzione. Semplificando e riassumendo al massimo, vorremmo dire che le decisioni di incostituzionalità si sono succedute senza assillo e senza vistosità e non poche fra esse sono state rese soprattutto in forza del principio di egualianza – solo "orientato" verso livelli più elevati di tutela dall'art. 24 –, ugualianza intesa peraltro in senso "forte" e dunque come clausola generale di ragionevolezza. Le decisioni costituzionali di accoglimento via via rese sono volte così a perfezionare ed armonizzare corollari ed articolazioni dei principii sottesi al codice anziché a togliere loro credito (diverso il caso, oltre che del processo penale e del suo codice del 1931 – che la Consulta fece letteralmente a pezzi –, anche della disciplina, del resto risalente e frammentaria, dettata per la giustizia amministrativa e tributaria, esperienze giurisdizionali apparse subito ben poco in linea con l'art. 113 Cost.).

Si è avuta una giurisprudenza costituzionale, in materia processuale civile, di intonazione sintonica rispetto alle strutture codistiche e di attenzione quasi interpretativo-ricostruttiva di vari loro snodi capillari, sì da operarne una sorta

L'opera processualistica della Corte costituzionale

di minimale ma continuo aggiornamento (ben calibrato e ponderato in forza del meccanismo incidentale – attraverso la verifica di rilevanza della questione nell'ambito di un processo in corso – di remissione alla Corte delle questioni: art. 137 Cost. e artt. 23 ss., legge cost. n. 87/1953).

Le decisioni

Può essere interessante osservare la lenta successione delle, più di cinquanta, sentenze con cui la Consulta ha inciso sul c.p.c. (fra parentesi sono gli articoli che ne hanno formato oggetto, perlopiù appartenenti ai libri II e IV;

ma si tenga presente che molte decisioni della Corte di rilievo processualistico hanno riguardato norme estranee al codice od anche relative alla giustizia amministrativa anziché a quella civile in senso lato).

Ecco la elencazione cronologica delle sole sentenze di accoglimento (sovente, come suol dirsi, "manipolative"), mentre le sentenze di rigetto sono innumere:

sent. 29 novembre 1960, n. 67 (sull'art. 98, che elimina la cauzione per il rimborso delle spese);

sent. 15 dicembre 1967, n. 139 (sull'art. 305, in materia di decorrenza del termine per proseguire o riassumere il processo interrotto);

sent. 15 dicembre 1967, n. 143 (sull'art. 622, che elimina il divieto di opposizione della moglie del debitore);

sent. 5 luglio 1968, n. 87 (sull'art. 713, co. 1, in materia di provvedimenti del presidente sulle domande di interdizione o inabilitazione);

sent. 4 marzo 1970, n. 34 (sull'art. 297, co. 1, in materia di fissazione della nuova udienza dopo la sospensione);

sent. 30 giugno 1971, n. 151 (sugli artt. 707, co. 1, e 708, che consente ai coniugi di essere assistiti dal proprio difensore anche alla prima udienza di comparizione);

sent. 6 luglio 1971, n. 159 (sull'art. 305, in materia di decorrenza del termine per proseguire o riassumere il processo interrotto);

sent. 16 dicembre 1971, n. 201 (sugli artt. 707, co. 1, e 708, che consente ai coniugi di essere assistiti dai rispettivi difensori in caso di mancata conciliazione);

sent. 18 maggio 1972, n. 89 (sull'art. 668, co. 1, che estende le ipotesi di opposizione tardiva alla convalida dello sfratto);

sent. 14 gennaio 1974, n. 2 (sull'art. 380, in materia di assistenza del P.G. della S.C. alla deliberazione delle sentenze in camera di consiglio);

sent. 23 luglio 1974, n. 2 (sull'art. 247, che elimina il divieto di testimoniare per i parenti delle parti);

sent. 11 giugno 1975, n. 139 (sull'art. 248, che elimina il generale divieto di audizione dei minori di anni quattordici);

sent. 20 maggio 1976, n. 120 (sull'art. 650, co. 1, in materia di opposizione tardiva al decreto ingiuntivo);

sent. 4 gennaio 1977, n. 14 (sull'art. 426, in materia di comunicazione dell'ordinanza che fissa il passaggio dal rito ordinario al rito speciale del lavoro);

sent. 14 gennaio 1977, n. 15 (sull'art. 435, co. 2, in materia di comunicazione all'appellante del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza di discussione e decorrenza del termine per la notifica all'appellato);

sent. 2 febbraio 1978, n. 10 (sull'art. 143, co. 3, in materia di modalità della notificazione a persona di residenza, dimora e domicilio sconosciuti);

sent. 10 ottobre 1979, n. 117 (sull'art. 251, co. 2, in materia di formula del giuramento dei testimoni);

sent. 17 dicembre 1981, n. 195 (sull'art. 630, co. 3 che estende il reclamo ivi previsto anche avverso l'ordinanza dichiarativa dell'estinzione del processo esecutivo);

sent. 23 giugno 1983, n. 193 (sull'art. 419, in materia di intervento volontario del terzo nel processo del lavoro);

sent. 4 maggio 1984, n. 137 (sull'art. 648, co. 2, in materia di obbligata dichiarazione di esecutività del decreto ingiuntivo opposto in cambio di cauzione);

- sent. 7 giugno 1984, n. 167 (sull'art. 404, che ammette l'opposizione di terzo anche contro l'ordinanza di sfratto per finita locazione);
- sent. 25 ottobre 1985, n. 237 (sull'art. 404, che ammette l'opposizione di terzo anche contro l'ordinanza di sfratto per morosità);
- sent. 30 gennaio 1986, n. 17 (sull'art. 395, parte prima e n. 4, che estende la revocazione alle sentenze della Corte di cassazione);
- sent. 3 marzo 1986, n. 41 (sull'art. 328, che estende le ipotesi di interruzione dei termini di cui all'art. 325 c.p.c.);
- sent. 27 giugno 1986, n. 156 (sugli artt. 739 e 741, in materia di decorrenza del termine per proporre reclamo avverso provvedimenti resi in camera di consiglio);
- sent. 16 ottobre 1986, n. 220 (sugli artt. 75 e 300, sulle modalità di interruzione del processo per la scomparsa del convenuto);
- sent. 28 novembre 1986, n. 250 (sull'art. 292, co. 1, in materia di notificazione di atti al contumace nei procedimenti avanti al pretore e al conciliatore);
- sent. 31 dicembre 1986, n. 303 (sull'art. 641, co 3, in materia di liquidazione delle spese e competenze nel decreto ingiuntivo);
- sent. 19 gennaio 1989, n. 18 (sull'art. 131, in materia di forma dei provvedimenti collegiali);
- sent. 6 giugno 1989, n. 317 (sull'art. 292, co. 1, in materia di notificazione di atti al contumace);
- sent. 20 dicembre 1989, n. 558 (sull'art. 395, che estende la revocazione anche ai provvedimenti di convalida di sfratto o licenza per finita locazione);
- sent. 31 gennaio 1991, n. 36 (ancora sull'art 395 e la revocazione delle sentenze della Cassazione);
- sent. 12 aprile 1991, n. 156 (sull'art. 442, in materia di riconoscimento degli interessi legali e del maggior danno da svalutazione in ipotesi di condanna al pagamento di somme per crediti relativi a prestazioni di previdenza sociale);
- sent. 24 aprile 1991, n. 214 (sull'art. 313, co. 1, che estende il contenuto dell'atto introduttivo del giudizio avanti al pretore);
- sent. 3 febbraio 1992, n. 25 (sull'art. 705, co. 1, che tempera il divieto di proporre giudizio petitorio prima della definizione ed esecuzione del giudizio possessorio);
- sent. 24 febbraio 1992, n. 62 (sull'art. 122, che ammette in determinati processi l'uso di lingua diversa da quella italiana);
- sent. 9 novembre 1992, n. 416 (sull'art. 710, che impone la partecipazione del P.M. alla modifica dei provvedimenti riguardanti la prole);
- sent. 27 aprile 1993, n. 196 (sull'art. 442, che estende ai crediti relativi a prestazioni di assistenza sociale obbligatoria il medesimo trattamento riservato ai crediti relativi a prestazioni di previdenza sociale);
- sent. 3 marzo 1994, n. 69 (sugli artt. 142, co. 3, 143, co. 3 e 680, co. 1, in materia di perfezionamento della notificazione all'estero del sequestro);
- sent. 23 giugno 1994, n. 253 (sull'art. 669-terdecies, che estende il reclamo ivi previsto anche all'ordinanza di rigetto della domanda di provvedimento cautelare);
- sent. 20 febbraio 1995, n. 51 (sull'art. 395, co. 1, n. 1, in materia di revocazione nella convalida di sfratto);
- sent. 5 maggio 1995, n. 149 (sull'art. 251, co. 2, in materia di formula del giuramento dei testimoni);

sent. 26 maggio 1995, n. 192 (sull'art. 404, co. 1, in materia di opposizione di terzo avverso l'ordinanza di convalida di licenza per finita locazione);

sent. 15 aprile 1996, n. 119 (sull'art. 391-*bis*, che esclude la previsione del termine per la proposizione dell'istanza di correzione degli errori materiali delle sentenze della Corte di cassazione);

sent. 14 giugno 1996, n. 214 (sull'art. 70, in materia di intervento obbligatorio del pubblico ministero nei giudizi fra genitori naturali che comportino provvedimenti relativi ai figli);

sent. 19 luglio 1996, n. 257 (sull'art. 696, co. 1, in materia di accertamento tecnico o ispezione giudiziale sulla persona nei cui confronti l'istanza è stata proposta);

sent. 8 ottobre 1996, n. 334 (sull'art. 238, in materia di formula del giuramento);

sent. 9 aprile 1997, n. 110 (sugli artt. 318, co. 1, e 215, co. 1, n. 1 in materia di produzione in giudizio di scrittura privata rispettivamente nella domanda presentata al giudice di pace e nel corso del giudizio contro parte contumace);

sent. 18 luglio 1997, n. 260 (sull'art. 271, in relazione all'art. 167, co. 2, in materia di costituzione del terzo chiamato in causa);

sent. 21 marzo 2002, n. 78 (sull'art. 54, co. 3, in materia di pena pecuniaria posta a carico della parte che propone istanza di ricusazione giudicata inammissibile o che sia rigettata);

sent. 12 novembre 2002, n. 444 (sull'art. 30-*bis*, co. 1, in materia di foro per le cause in cui sono parti i magistrati);

sent. 26 novembre 2002, n. 477 (sull'art. 149, in materia di momento perfezionativo della notificazione a mezzo posta);

sent. 6 luglio 2004, n. 206 (sull'art. 113, in tema di decisione secondo equità del giudice di pace);

sent. 25 maggio 2004, n. 147 (sull'art. 30-*bis*, co. 1, ancora in materia di foro per le cause in cui sono parti i magistrati);

sent. 10 novembre 2004, n. 335 (sull'art. 287, in tema di correzione delle sentenze e delle ordinanze);

sent. 8 febbraio 2006, n. 41 (sul combinato disposto degli artt. 38 e 102, in tema di eccezione di incompetenza proposta non da tutti i litisconsorti necessari);

sent. 16 maggio 2008, n. 144 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 669-*terdecies* e 695 c.p.c., nella parte in cui non prevedono la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell'istanza di istruzione preventiva);

sent. 9 luglio 2009, n. 207 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 391-*bis* c.p.c., nella parte in cui non prevede la revocazione ordinaria per errore di fatto delle ordinanze pronunciate dalla Corte di cassazione *ex art. 370, n. 1, c.p.c.*);

sent. 20 gennaio 2010, n. 26 (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 669-*quaterdecies* nella parte in cui esclude l'applicazione dell'art. 669-*quinquies* all'istruzione preventiva);

sent. 19 luglio 2013, n. 223 (relativa alla materia dell'arbitrato rituale, che ha dichiarato l'inconstituzionalità dell'art. 819-*ter*, co. 2, nella parte in cui escludeva l'operare, tra giudizio civile e arbitrale e viceversa, dell'art. 50 sulla *translatio iudicii*).

Tutte le sentenze costituzionali – di alcune delle quali giova la lettura integrale, per osservare come la garanzia costituzionale degli artt. 3 e 24, muovendo da premesse ge-

nerali e da *standards “vaghi”*, si concretizza argomentativamente – sono edite nella rivista “Giurisprudenza costituzionale” (Giuffrè), e quelle di rilievo processuale civile si possono tutte leggere, per solito, anche nelle principali riviste di giurisprudenza generale (di legittimità e di merito); e così nella “Giurisprudenza italiana” (Utet), nel “Foro italiano” (Ed. Foro Italiano), in “Giustizia civile” (Giuffrè), nel “Corriere Giuridico” (Ipsoa). Spesso ivi sono pubblicate anche le ordinanze di rimessione ai giudici della Consulta. Per le sentenze, invece, della Corte di giustizia della Unione europea di Lussemburgo e della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, e in genere per le decisioni di diritto processuale internazionale e comunitario si consulteranno la “Rivista di diritto internazionale privato e processuale” (Cedam) nonché, dal 2002, sui temi del diritto processuale internazionale, la nuova “Int’l-Lis”, un tempo allegata tre volte per anno al “Corriere Giuridico”, ma dal 2010 pubblicazione autonoma (Ipsoa).

3

I principi costituzionali in materia processuale

I principi costituzionali processuali e l'esigenza di una loro specificazione casistica. – Segue: in rapporto all'interpretazione. – L'art. 24, co. 1, e la garanzia dell'azione. – Istituti da vagliare criticamente alla luce di tale garanzia. – Segue: pronunce costituzionali sulla portata della garanzia. – La difesa in contraddittorio e l'art. 24, co. 2. – Rilevanza costituzionale del ricorso per cassazione nell'art. 111, co. 7, e non già del doppio grado di giurisdizione di merito. – La proposta di revisione costituzionale (frutto della c.d. Bicamerale). – Il giusto processo in Costituzione (il potenziamento dell'art. 111). – Il ricorso per cassazione contro provvedimenti decisori per violazione di legge e la c.d. "cameralizzazione" del giudizio sui diritti. – Disciplina del procedimento camerale. – Il significato strumentale del principio del contraddittorio. – Varie angolazioni ed applicazioni del principio nella giurisprudenza costituzionale. – Le previsioni dell'art. 24, co. 3 e 4. – Le disposizioni costituzionali sulla magistratura: principi di legalità ed indipendenza. – Scelte di fondo della Costituzione.

La Costituzione, fonte di rango primario preminente su leggi o decreti delegati (e tali sono appunto i codici), contiene disposizioni di contenuto spiccatamente processuale – gli artt. 24, 25, 102, 111, 112, 113 – ed altre relative principalmente all'ordinamento giurisdizionale – artt. 101-110.

I principi costituzionali e la loro diversa specificità

Queste ultime, collocate nella parte II (Ordinamento della Repubblica) titolo IV (La magistratura), sono molto specifiche e direi quasi circostanziate, mentre di carattere generale e orientatore sono invece i principi processuali del giusto giudizio, fra i quali spiccano quelli contenuti – in parte I (Diritti e doveri dei cittadini) – non tanto nell'art. 25, co. 1 (precostituzione per legge del giudice competente, in via generale ed astratta: v. anche l'art. 102, co. 2) quanto soprattutto nell'art. 24, disposizione molto ricca di "significazioni discrete" (e così di una serie di valori sempre suscettibile di nuove specificazioni), nonché nell'art. 111 riformato dalla legge cost. n. 2/1999 che esplicitamente dichiara che l'esercizio della giurisdizione si attua mediante il giusto processo, proseguendo poi nell'indicare gli elementi caratterizzanti il giudizio giusto.

Tali principi abbisognano di un processo di concretizzazione costante, comparando il diritto vivente, frutto della attuazione giurisprudenziale del diritto

positivo legislativo, a quelle direttive di fondo e quasi di sapore giusnaturalistico (non a torto si è detto che l'epoca delle giurisdizioni costituzionali si salda – dopo quasi due secoli – a quella aurea del diritto naturale e del razionalismo giuridico, o almeno così dovrebbe essere).

La Corte costituzionale italiana, nelle sentenze indicate al capitolo precedente, non di rado additive o manipolative, ha così rese più “giuste” varie soluzioni (ossia talune inizialmente imperfette giunte) del codice, alla luce di decenni di loro passata elaborazione ed applicazione giurisprudenziale. Ne è sortito un nuovo testo di varie (non poi molte, però) disposizioni del codice, che esprimono così ormai precetti normativi meglio calibrati in forza di una precipua sensibilità pratica per il “caso”, indotta chiaramente anche dal meccanismo solo incidentale di remissione alla Consulta di tali questioni. Potrebbe così sostenersi la tesi che a molte di tali soluzioni difficilmente avrebbe potuto pervenire *ex abrupto* un nuovo codificatore che pur avesse conosciuto, ed inteso ovviamente rispettare, l'art. 24 e l'art. 3 Cost., ossia il principio di *azione e difesa* e quello di *uguaglianza*. Non deve stupire che, in larghissima misura, il codice del 1940 abbia rispettato anch'esso quei principii, trattandosi di precetti di giustizia, ben radicati nella tradizione processualistica e nella dinamica del giudizio, che essa ha via via concettualizzato.

Il coefficiente
interpretativo
nell'opera della Corte

Ciò detto, conviene approfondire la conoscenza soprattutto dell'art. 24 Cost. Dapprima fatalmente in astratto e poi con qualche sua concretizzazione particolare ed esemplare tratta dalla giurisprudenza costituzionale recente. Anche il lavoro della Consulta si sostanzia innanzitutto di interpretazione delle norme ordinarie soggette al suo sindacato, oltre che di ricostruzione della portata – che non può svolgersi una volta per tutte, ma in qualche modo si rinnova ed arricchisce ad ogni nuova occasione – dei principii-parametro del giudizio finale di compatibilità con la Costituzione.

Non di meno nel lavoro della Corte – come è noto – la tecnica delle sentenze interpretative di accoglimento ha giustamente prevalso negli ultimi vent'anni su quella (solipsistica e in sostanza venata di ipocrisia) delle c.d. sentenze interpretative di rigetto, ossia meramente interpretative (v. ancora di recente Corte cost. 8 febbraio 2006, n. 41: *infra*, sez. V, cap. 10). La Consulta non può cioè partire da una propria interpretazione della disposizione del codice denunciata, mostrando che essa a ben vedere non configge con il principio di difesa, e rigettare così la questione, quando quella disposizione è dalla giurisprudenza ordinaria – e così in primo luogo dalla Cassazione che ne seleziona e guida gli indirizzi (art. 65 ord. giud.; il vincolo tendenziale emerge anche dal c.p.c., agli artt. 384, co. 1 e 4; 374, co. 2 e 3; 363) – interpretata in modo ben diverso e tale da esporre la disposizione a censura costituzionale, da ritenersi fondata se si muove da quella premessa interpretativa (benché nulla esclude, anzi, un “adeguamento spontaneo” della giurisprudenza di legittimità all'interpretazione avallata dalla Consulta, com'è ad es., avvenuto subito in relazione alla sent. n.

3/2015, appunto interpretativa di rigetto, sul *dies a quo* del termine semestrale di impugnazione della sentenza: v. sez. VII, cap. 1).

In questo caso la Consulta – le cui interpretazioni non vincolano in concreto quanto quelle della Cassazione, che è l'apice del sistema delle impugnazioni delle sentenze – dovrà invece subito dichiarare fondata la questione, annullando in tutto o in parte la norma denunciata così come essa vige ed è applicata nel diritto vivente, ossia dalla giurisprudenza ordinaria che si manifesta soprattutto nelle decisioni della Cassazione. In questo senso, che si richiama al realismo giuridico (che viene fortunatamente affermandosi anche in Italia), la interpretazione delle leggi della Cassazione prevale e condiziona l'opera della Corte costituzionale: se fra due interpretazioni possibili di una disposizione, l'una compatibile e l'altra no con l'art. 24 Cost., i giudici e la Cassazione mediamente preferiscono quella non conforme al parametro costituzionale, essi certo sbagliano perché è canone ormai saldo di ermeneutica legislativa privilegiare una lettura orientata, là dove sia possibile, *secundum Constitutionem*.

Ma per raddrizzare tale errore – quando anche davvero errore in concreto fosse – la Consulta non può limitarsi ad una sentenza di rigetto basata sulla interpretazione “costituzionalmente preferibile”, e così giusta, della norma denunciata: in motivazione tale interpretazione potrà beninteso trovare spazio, ma il finale giudizio di compatibilità costituzionale dovrà – a pena di inanità – muovere dalla interpretazione radicata nel diritto giurisprudenziale “vivente”. Esemplare è a tal riguardo la vicenda infine culminata – ma con eccessivo ritardo – nel giudizio “manipolativo” di incostituzionalità dell'art. 648, co. 2, c.p.c., in materia di obbligata dichiarazione di esecutività del decreto ingiuntivo opposto ove chi si afferma creditore offra cauzione per le eventuali restituzioni, ad opera di Corte cost. n. 137/1984 (in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 397).

L'art. 24, così spesso invocato nei giudizi di costituzionalità di norme processuali, si articola in quattro commi.

Nel primo è espressa la garanzia, per tutti, del potere di agire in giudizio in relazione a tutte le situazioni giuridiche soggettive di vantaggio protette dall'ordinamento sostanziale, e così di tutti i diritti soggettivi – quale che ne sia la tipologia – ed ancora degli interessi legittimi che il diritto amministrativo italiano attribuisce, nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni e dei loro provvedimenti, ai cittadini portatori di un interesse personale, diretto ed attuale al rispetto delle norme pur dettate nel (preminente) interesse pubblico e così non attributive di veri e propri diritti soggettivi nei confronti della P.A. (per quanto riguarda l'azione nei confronti della P.A., a tutela sia di diritti pieni che di interessi legittimi – in questo secondo caso l'azione sarà avanti al giudice amministrativo e sarà volta all'annullamento del provvedimento illegittimo e lesivo – l'art. 24, co. 1, pone un principio che viene poi meglio specificato nell'art. 113 Cost.).

Le sentenze interpretative

Il canone della interpretazione secundum Constitutionem

L'art. 24, co. 1

E la garanzia dell'azione

La garanzia costituzionale del potere di azione comporta che siano illegittime non solo – ovviamente – norme che escludessero dal processo certe categorie di persone (in relazione alla cittadinanza, religione, razza, etc.: cfr. anche gli artt. 2, 3, 10), ma anche tutte le norme che, anche in modo indiretto o surrettizio, precludano o rendano troppo difficile la deduzione in giudizio di un diritto sostanziale (o di un interesse legittimo) riconosciuto dall'ordinamento, anche se quel diritto non sia ricompreso fra quelli per i quali la Costituzione offre presidio sostanziale. La garanzia processuale è così più ampia di quest'ultimo. Se dunque una norma di legge – vincolata od anche non vincolata a ciò dalla Costituzione – riconosce un diritto, né tale norma né altra norma potrà validamente precluderne la azionabilità in giudizio, così in forma di divieto diretto come – più insidiosamente – in forma di frapposizione di un grave ostacolo al potere di azione.

Soluzioni legislative poco conformi all'art. 24, co. 1

Norme irrispettose di questa esigenza di tutelabilità giurisdizionale – come è facile comprendere – sono abbastanza rare per i diritti soggettivi del diritto privato, non altrettanto quando la parte convenuta per la lesione di un diritto pieno o di un interesse legittimo sia una P.A.

L'arbitrato obbligatorio

Soprattutto in questo campo tutta una serie di soluzioni contrarie alla piena “giustiziabilità” erano state immaginate – in norme di varia epoca, estranee al c.p.c. – secondo varie gradazioni: dalla imposizione per legge dell'arbitrato obbligatorio, per certe controversie su diritti nascenti dagli appalti pubblici e su varie altre materie, fino a forme di c.d. giurisdizione condizionata, consistenti nella subordinazione del potere di adire il giudice al compimento previo di specifiche attività: soprattutto ricorsi ad organi-filtro di conciliazione oppure di definizione in via amministrativa della controversia. La giurisdizione condizionata si manifesta così in varie tipologie, a seconda della materia che talora abbraccia anche

La giurisdizione condizionata

liti solo fra privati: liti previdenziali, liti sui contratti agrari o relative alla assicurazione obbligatoria per la r.c.a. (qui la lite, si noti, è appunto fra privati e alla P.A. è data, nel campo agraristico, solo la funzione di filtro conciliativo preliminare, purtroppo a pena di ammissibilità e non solo di procedibilità dell'azione: art. 46, legge n. 203/1982; nel campo della r.c.a. l'art. 22, legge n. 990/1969 – ora rifiuto nel codice delle assicurazioni private: art. 145, d.lgs. n. 209/2005 – introduceva la forma più semplice e lieve di giurisdizione temporaneamente condizionata: la domanda del danneggiato contro il danneggiante non è procedibile se non siano passati secondo i casi sessanta o novanta giorni dalla sua richiesta risarcitoria, con raccomandata r.r., onde consentire alla società assicuratrice di scegliere se liquidare il risarcimento al danneggiato o rendere litigiosa la vicenda, sì da prevenire giudizi inutili).

La legge sui licenziamenti individuali (legge n. 108/1990) condizionava poi la procedibilità della azione al previo tentativo di conciliazione amministrativa o sindacale previsto dalla contrattazione collettiva; ed altrettanto facevano *per tutti*

te le controversie di lavoro privato e pubblico, gli artt. 410 e 412-*bis* del codice (ora modificati – nel senso della mera facoltatività del tentativo – dal c.d. Collegato Lavoro, legge n. 183/2010: v. sez. VI, cap. 9) e, rispettivamente, l'art. 65, d.lgs. n. 165/2001 (t.u. in materia di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni).

Ma la tendenza che sembra farsi strada – come vedremo soprattutto nella giurisprudenza costituzionale (ma anche in sede legislativa: l'art. 89, legge n. 353/1990, abroga l'art. 43, legge n. 392/1978, sulla previa conciliazione delle domande di equo canone locatizio) – è a guardare con maggiore severità e così infine con realistico disincanto questi filtri, specie se burocraticamente operanti, che certo depotenziano la pregnanza della garanzia di cui all'art. 24, co. 1, e non sempre a fronte del conseguimento di risultati apprezzabili in termini di economia di processi. Come si vedrà (*infra*, sez. III, cap. 7), anche gli accordi per arbitrati “liberi”, peraltro tutti volontari, danno luogo – ma ineccepibilmente, poiché appunto per intesa delle parti – a fenomeni di temporaneo impedimento all'azione in giudizio: ossia fino a che non si sia perfezionato il lodo-negoziò.

Vediamo ora la reazione della Corte costituzionale a tali previsioni legislative.

Quanto all'arbitrato obbligatorio, esso è stato subito dichiarato in- Le risposte della Corte costituzionale dalla Consulta con sent. n. 127/1977 e n. 488/1991, che hanno sottolineato come l'art. 24, co. 1, Cost. non garantisca solo una (qualsivoglia) azionabilità del diritto – che si realizza anche davanti agli arbitri purché rituali – ma proprio la possibilità di adire il giudice statale preconstituito per far svolgere avanti a lui l'ordinario processo di cognizione; la via dell'arbitrato è un'alternativa che esige un libero accordo arbitrale di tutte le parti (né l'arbitrato obbligatorio, in forza del divieto dell'art. 102, co. 2, Cost., potrebbe essere accostato ad una giurisdizione speciale o straordinaria; v. poi anche le sentenze della Corte cost. n. 152/1996 e n. 381/1997; *infra*, sez. III, cap. 7).

Sulla giurisdizione condizionata ad adempimenti preliminari (ricorsi amministrativi interni o filtri conciliativi, per solito), la posizione della Consulta è stata più possibilista, e con buona ragione (v. già la sent. n. 47/1964).

... e il loro approccio
giustamente
relativistico

Occorre distinguere: se l'adempimento preliminare che rende allo stato improcedibile l'azione, è funzionale al complessivo miglior svolgimento della tutela giurisdizionale (deflazionandone l'accesso e comunque preparandola) l'art. 24, co. 1, non è violato. Incostituzionali sono invece le norme che prevedono, anziché fasi preliminari in funzione conciliativa o giustiziale, l'adempimento di oneri tributari o addirittura il pagamento del contributo su cui verte la controversia, dal cui esito l'attore potrà solo ottenere allora una condanna alla restituzione di quanto riscosso dall'erario (incostituzionalità del c.d. *solve et repete*, già dichiarata con la sent. n. 21/1961 e poi estesa a tutte le norme che prevedevano quel condizionamento da decisioni successive).

Sempre in campo processuale tributario – ove il rispetto dell'art. 24 si palesa

più problematico, sotto questo ed altri profili (v. oltre) –, la Consulta ha adottato decisioni di incostituzionalità anche in molte ipotesi di ricorsi amministrativi preliminari rivelatisi all'atto pratico scarsamente funzionali e così pure perdite di tempo per il cittadino che vedeva solo differita la vera tutela (v. già le sent. n. 15/1991 e n. 154/1992, ma in materia postale e di pensioni; indi – in materia appunto tributaria, di imposte di bollo e sugli spettacoli – le sent. n. 406/1993 e n. 360/1994).

Sono altresì lesive del co. 1 le norme che sottraggono al giudice l'apprezzamento di singoli profili relativi al rapporto litigioso (sent. n. 70/1961), magari vincolandolo al riguardo a decisioni – preventive od anche no – di organi amministrativi (ad esempio: dell'ufficio tecnico erariale o del Genio civile o della guardia di finanza).

Portata della garanzia dell'azione

La garanzia dell'agire in giudizio, di cui sempre al co. 1 dell'art. 24, ovviamente si sostanzia della nozione costituzionale di giudice, che si ricava dal principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, co. 1) e di indipendenza del giudice (artt. 102, co. 1, e 108, co. 2). Dall'art. 24 si ricava però un ulteriore presidio alla neutralità del giudice: l'agire in giudizio è un potere della parte, l'organo giurisdizionale non può di norma attivarsi di propria iniziativa.

... anche nel campo della tutela esecutiva e cautelare

La garanzia dell'azione va intesa come un diritto costituzionale non solo di libertà, ma anche di prestazione; essa abbraccia così non solo l'azione di cognizione, ma anche quella esecutiva e – come si è con fatica chiarito – anche quella cautelare che deve essere data dal legislatore ognqualvolta il diritto subirebbe pregiudizi gravi o addirittura irreparabili nelle more del processo di cognizione (v. sent. n. 190/1985). Si consideri peraltro che il giudice tributario, sino alla riforma attuata nel 1992 con la legge n. 546/1992 che ha normalizzato questa branca del diritto, difettava di potere cautelare: questo ingiustificato limite era stato ribadito dalla sentenza n. 63/1982 che, per vero senza buoni argomenti, aveva lasciato in vita il difetto di potere cautelare nel giudice tributario, in tal modo diminuendo non poco le positive conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità della vecchia regola del *solve et repete* (in concreto: era possibile adire il giudice prima di aver pagato il tributo, ma egli non poteva sosperderne cautelarmente la riscossione in pendenza di giudizio, pur se l'azione appariva plausibile e il pregiudizio della esecuzione fiscale notevole).

Il diritto alla prova

La garanzia non si esaurisce, insomma, nell'accesso alle corti, ma ricomprende poteri e facoltà successivi alla domanda giudiziale: così innanzitutto il diritto alla prova, cioè a difendersi provando i fatti rilevanti (sent. n. 2/1974 e n. 139/1975, sui limiti soggettivi alla prova testimoniale in ragione dell'età o della parentela: artt. 247 e 248).

I costi del processo

La Costituzione, si badi, non sancisce affatto la gratuità e l'esenzione da tasse nello svolgimento del servizio giudiziario (sent. n. 30/1964 e n. 268/1984), salvo quanto oltre si dirà sul gratuito patrocinio. Profilo, questo, che non risulta contraddetto dalla – pur discutibile – sen-

tenza che dichiarò illegittimo l'art. 98 c.p.c. relativo alla *cautio pro expensis* a carico dell'attore non ammesso al gratuito patrocinio e a garanzia dell'adempimento dell'eventuale debito, verso la controparte vittoriosa, alla rifiuzione delle spese legali di lite: la Consulta (sent. n. 67/1960, la prima che incise sul c.p.c.) condannò tale onere patrimoniale perché non correlato ad un interesse pubblico e basato sulle cattive condizioni economiche della parte e così – secondo la Corte – poco compatibile soprattutto con il principio di uguaglianza.

Si consideri a questo proposito anche il fatto che, nella tradizione processuale europea (a differenza che in quella statunitense), non si avverte alcun ostacolo ad onerare la parte soccombente del carico delle spese di lite del vincitore – ed anzi la Consulta ha avuto modo di sostenere che tale principio è costituzionalmente ricompreso nel diritto di azione dell'attore, che diversamente sarebbe “in guisa monca garantito” (sent. n. 303/1986; altrettanto per la Consulta non valeva invece – chissà perché? – per il processo tributario: fra altre v. ord. n. 335/1987. Ma finalmente la legge n. 546/1992 ha normalizzato anche questo aspetto del processo tributario).

Dalla garanzia del diritto di azione il discorso viene così investendo già il principio di difesa (“inviolabile in ogni stato e grado del procedimento”: art. 24, co. 2) che si articola anche nella salvaguardia del contraddittorio fra le parti ora espressamente sancito dall'art. 111, co. 2, Cost. (cui fa riferimento espresso anche l'art. 101 c.p.c.; del resto anche rispetto al co. 1 dell'art. 24 abbiamo un parziale *pendant* nella legge ordinaria: all'art. 99 c.p.c. e all'art. 2907 c.c., su cui v. *infra*, sez. I).

La difesa in contraddittorio e l'art. 24, co. 2, Cost.

La garanzia della difesa in contraddittorio spetta ovviamente alla parte convenuta, contro cui una domanda è proposta; ma anche all'attore dopo l'esercizio dell'azione. È questo un valore nodale da sempre essenziale al concetto stesso di procedimento giurisdizionale, cioè di processo (che anzi acquista oggi risalto anche in non pochi procedimenti amministrativi). La possibilità di interloquire va data non solo nei confronti delle iniziative e degli atti della controparte, ma anche di quelli del giudice, specie allorché egli sia munito di poteri di impulso istruttorio in deroga al principio della trattazione dispositiva della causa e comunque in relazione al potere-dovere del giudice di rilevare anche d'ufficio non poche questioni ed eccezioni. Ne emerge quella dialetticità trilatera del processo che già esprimeva la celebre definizione di esso – all'epoca della Glossa – quale *actus trium personarum* (Bulgaro).

Il contraddittorio può svilupparsi – a differenza dei poteri specifici di allegazione ed impulso istruttorio, assoggettati dalle riforme del 1990 e del 2005 via via a specifiche preclusioni – per tutto l'arco del procedimento di cognizione e così fino al momento della finale discussione che ancora può precedere la deliberazione della sentenza. Dopo tale momento, chiuso l'intero primo grado, il contraddittorio può dispiegarsi nuovamente solo in quanto il processo giunga a svilupparsi in un grado successivo, attraverso la impugnazione della sentenza in forza di un atto di ap-

La garanzia del contraddittorio e le impugnazioni della sentenza

pello i cui motivi esprimono, di nuovo, la dialettica fra il soccombente e il giudice di primo grado. E dopo la sentenza di appello, ancora con il ricorso per cassazione contro di essa. Il contraddittorio va assicurato in ogni “grado” in cui il rapporto processuale progredisca, come la norma costituzionale sottolinea.

L'appello non ha copertura costituzionale Un aspetto importante va però subito posto in chiaro a questo proposito, ad evitare un facile equivoco. L'art. 24, co. 2, non garantisce direttamente la presenza, nell'ordinamento legislativo, della previsione di impugnazioni della sentenza di primo grado, in particolare dell'appello e più in generale di qualsivoglia impugnazione (ciò vale per la sentenza resa a seguito di cognizione piena ed aperta, sì che rimane salvo il caso particolare di decisioni assunte, come nel procedimento per ingiunzione regolato nel libro IV, senza previo contraddittorio, che potrà dispiegarsi per la prima volta proprio in una fase processuale legata a quella c.d. monitoria, ossia con l'opposizione del decreto ingiuntivo che dunque l'art. 24, co. 2, assicura costituzionalmente ma che per vero nessun legislatore potrebbe ardire di sopprimere). Per il solo processo amministrativo (ove la garanzia del successivo giudizio di cassazione è limitata ai motivi di giurisdizione), l'appello trovava una raccomandazione programmatica nell'art. 125 Cost., attuata con la legge n. 1034/1971 istitutiva dei T.a.r. (legge sostituita a partire dal 16 settembre 2010 dal nuovo Codice del processo amministrativo, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, emanato in forza della delega contenuta nell'art. 44, legge 18 giugno 2009, n. 69, di riforma del processo civile).

Allorché la Consulta ha esteso (almeno) un motivo della impugnazione per revocazione *ex art. 395 c.p.c.* anche alle sentenze della Cassazione (sent. n. 17/1986 e n. 36/1991; ma v. ora gli artt. 391-bis e 391-ter c.p.c., quest'ultimo introdotto con d.lgs. n. 40/2006 eppérò concernente le sole sentenze della Corte che decidono il merito della causa), ciò non è avvenuto in forza meramente dell'art. 24, co. 2, ma soprattutto alla stregua di giuste considerazioni dedotte dal generale principio di uguaglianza di cui all'art. 3 (e ciò vale anche per altre successive decisioni, in materia altresì di revocazione della ordinanza di convalida di sfratto).

Il ricorso per l'art. 111, co. 7, Cost. Va qui però subito aggiunto che *un discorso a sé va fatto per il ricorso per cassazione* (alla cui riforma avvenuta nel 2006 si è già peraltro fatto breve cenno), proponibile contro le sentenze di appello oppure rese in unico grado perché per legge inappellabili: tale impugnazione è sì – a differenza dell'appello e delle altre impugnazioni che il codice conosce – coperta da una specifica garanzia costituzionale, che impegna il legislatore a conservarla o a prevederla contro tutte le sentenze civili non più impugnabili, ma ciò in forza non dell'art. 24 ma del co. 7 dell'art. 111 Cost. Disposizione – fortemente voluta in Assemblea costituente dal processualista Calamandrei – che la giurisprudenza della Cassazione ha ritenuto subito prevalente sulla legge ordinaria difforme e così direttamente applicabile in una larga serie di ipotesi – molte delle quali estranee al c.p.c., e non poche gravitanti sulla leg-

ge fallimentare – senza esigenza di rimessione alla Consulta (anche perché questa nacque solo nel 1956).

Nel progetto di legge di revisione costituzionale frutto fugace della Commissione bicamerale del 1998, relativo all'intera parte II della Costituzione, era stato predisposto un titolo VII su "La giustizia". Gli artt. 117-133 dettavano una disciplina alquanto capillare. A parte le molte disposizioni sugli organi, fra le successive "norme sulla giurisdizione" (artt. 129-133) – dal punto di vista che qui interessa, della giustizia civile – spiccavano l'art. 130 che, al co. 1, inglobava un riferimento al "giusto" processo e ai suoi tratti essenziali anche di ragionevole durata (peraltro reiterativo, a parte ciò, dell'immutato art. 24) e addirittura un rinvio ai chiovendiani principi dell'oraltà, della concentrazione e della immediatezza (quasi si trattasse di formule magiche, anziché di un discutibile e largamente generico – ove non sia calato nel vero e proprio modello dibattimentale, peraltro nel campo di processi civili senza giuria poco comprensibile – manifesto riformatore di più di mezzo secolo fa).

La proposta di revisione costituzionale della bicamerale (1998)

L'art 131, co. 2, prevedeva che quella del ricorso per cassazione fosse non più una garanzia elargita direttamente – eventualmente anche contro il disposto della legge ordinaria – dalla Costituzione (oltre che contro i provvedimenti penalistici sulla libertà personale) nei riguardi di ogni "sentenza" civile, ossia contro ogni provvedimento del giudice civile che o rivesta tale forma tipica (art. 279 c.p.c.) o abbia in concreto per contenuto la statuizione su un diritto anche se resa (per previsione di legge od anche per eventuale errore del giudice), in forma di ordinanza o di decreto. Grande sarebbe stato allora il mutamento rispetto all'odierno art. 111, co. 7: il ruolo della Cassazione ne sarebbe risultato assai alleviato e comunque modulabile dal legislatore ordinario senza alcun vincolo superiore (ciò che potrà fare molto discutere).

I profili più notevoli e nuovi allora ipotizzati per la giustizia civile

Quasi a bilanciamento sempre l'art. 131, co. 2, prevedeva però che, ove non fosse dato accesso al grado di legittimità, spettasse almeno la garanzia del doppio grado di giudizio di merito, e così in sostanza dell'appello, più o meno "ampio" (oggi integralmente rimessa invece al legislatore ordinario). L'appellabilità della sentenza avrebbe conseguito così (in via di sindacato costituzionale) alle ipotesi di non ricorribilità per cassazione.

Infine, spiccava la previsione espressa – nell'art. 133, co. 2 – della essenzialità della tutela giurisdizionale "anche cautelare", specie nei confronti della Pubblica amministrazione (garanzia che la legislazione ordinaria e la stessa Consulta talora in passato – così nel processo tributario *ante 1993* – avevano compreso). Avrebbe dovuto inoltre essere soppressa una autonoma giurisdizione contabile, per essere assorbita in quella amministrativa (art. 119).

Tutto questo non si è realizzato (come si vedrà tra breve, anzi, fermo il vecchio co. 7 dell'art. 111, il d.lgs. n. 40/2006 si è mosso in direzione sostanzialmente pragmatica per snellire un lavoro della S.C. sempre più "di massa"), ma è utile ricordare questo progetto poiché non è escluso che alcuni di questi fermenti di riorganizzazione di alcuni fondamenti giurisdizionali tornino ad affacciarsi nei prossimi anni.

Il "giusto processo" in costituzione (il potenziamento dell'art. 111 nel 1999)

Veniamo ora alla legge cost. 23 novembre 1999, n. 2 che ha inserito nell'art. 111 cinque nuovi comma, frutto del dibattito politico – di epicentro peraltro soprattutto penalistico – sul c.d. giusto processo.

Il co. 1, in gran parte pleonasticamente, tiene ad avvertire che "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge" (tipica riserva di legge, non da regolamenti e neppure dalla giurisprudenza, pur se fatalmente quest'ultima dovrà specificare aspetti concreti che una disciplina di legge anche molto minuziosa – quale è di solito quella processuale italiana – fatalmente lascerà scoperti).

Il nuovo co. 2, sottolinea con vigore il principio del contraddittorio (presente già nel co. 2 dell'art. 24), la parità fra le parti (insita già nell'art. 3), e il principio di imparzialità e terzietà del giudice (una endiadi che colma una apparente lacuna, solo lenita in passato dall'art. 101 Cost. e, ben più esplicitamente, dall'art. 6 C.e.d.u.).

È caduto invece – giustamente – il riferimento del progetto della Bicamerale alla "oralità" e "immediatezza" quali valori processuali per ogni tipo di processo.

Ai sensi poi dell'ultima parte del co. 2 è sancita in via di principio la necessità che il processo abbia una durata ragionevole, esigenza che spetta alla legge ordinaria garantire. Su tale problematica ci soffermeremo tra breve: ci basti anticipare che l'intervento del legislatore, con la legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), volto come troppo spesso accade a tentare di porre un rimedio *ex post* anziché incidere sulle cause del problema, che andrebbero ricercate, più che nelle pecche della legge processuale, nell'organizzazione dell'ordinamento giudiziario, ha piuttosto finito per aggravare la già grave situazione esistente (è questo – purtroppo – il bilancio dopo più di 10 anni di applicazione della legge Pinto: v. oltre).

Finalmente, i co. 3-4-5 del novellato art. 111 Cost., vertono sui principi di giustizia nella acquisizione probatoria che il c.p.p., ritornando all'ispirazione delle sue origini, dovrà saper realizzare; tali ricche, e a tratti troppo dettagliate previsioni, non paiono avere significati riflessi nel campo del processo civile.

Il nuovo testo non fa cenno invece al principio di pubblicità delle udienze (più volte sottolineato dalla Consulta) quale già ritenuto desumibile dall'art. 101, co. 1.

Vedremo quali conseguenze trarrà da tale articolato intervento di costituzionalizzazione di una serie di corollari del *fair process* la Corte costituzionale, specie sotto i profili del vaglio così della congruità degli effetti delle compressioni del principio del contraddittorio (ad esempio, quanto al decreto ingiuntivo esecutivo *ex art. 642*, quale titolo ipotecario) come delle ipotesi di non perfetta equidistanza decisoria del giudice già in qualche modo pronunciatosi e, più in generale, quanto alla oggi asfittica generale disciplina dell'imparzialità del giudice e così anche della sua astensione e ricusabilità. Necessaria pare una interpretazione che tenga conto dell'evoluzione interpretativa dei suddetti principi ef-

fettuata a livello europeo e in particolare da parte della Corte di Strasburgo in materia di giusto processo già garantito, negli stessi termini, dall'art. 6 C.e.d.u.

Proseguendo con l'analisi della norma, nella parte in cui non è stata oggetto di riforma, all'attuale co. 6, l'art. 111 impone innanzitutto che tutti i provvedimenti giurisdizionali vadano motivati – e non solo dunque le sentenze – al co. 7 dispone: “Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge”. Per il non penalista importa qui solo il riferimento alla “sentenza”, che allude in primo luogo a tutti i provvedimenti del giudice civile resi, secondo le norme del codice o delle leggi speciali, in forma appunto di sentenza, statuiscono esse o meno sulla lite e sul diritto che per solito ne formerà l'oggetto. Vi è, inoltre, un largo consenso a ritener che la garanzia costituzionale del ricorso per cassazione debba operare –

L'oggetto della garanzia

onde non rimetterla interamente alle contingenti o fuorvianti etichettature della legge ordinaria – anche per i provvedimenti non muniti della forma di sentenza, ma di quella di ordinanza o decreto, che non di meno rivestano contenuto schiettamente decisorio; nel senso cioè di una statuizione su diritti idonea a dar luogo al giudicato sostanziale (nel solco dei propositi di Calamandrei, la garanzia per il processo civile dell'art. 111, co. 7, è stata così intesa anche come esigenza che il giudicato sostanziale su qualunque decisione che accerta e rende incontrovertibili i diritti sia sempre preceduto almeno da questa particolare impugnazione di stretta legittimità della decisione stessa).

Il preceitto costituzionale assoggetta alla necessaria deducibilità in Cassazione le dette sentenze o decisioni – con un ricorso per cassazione che, se ammesso direttamente in forza dell'art. 111, anziché del c.p.c., è detto “straordinario”, sia allorquando si considerino, dal soccombente, affette da violazione delle leggi sostanziali, sia se possano aver violato norme processuali.

I motivi del ricorso c.d. straordinario per cassazione

In quest'ultima ipotesi rientrano certo anche i casi di sentenza totalmente priva di motivazione o – meno raramente – con motivazione sulle questioni di fatto al suo interno chiaramente contraddittoria e così manifestamente illogica; a lungo si è invece discusso se vi ricada anche il caso meno infrequente di tutti, ossia quello della sentenza solo insufficientemente motivata.

La norma ordinaria sul ricorso per cassazione, che non opera però per tutte le sentenze (ad esempio nel caso di cui all'art. 618 c.p.c.) e mai per le decisioni prive di quella forma, ancorché sentenze “in senso sostanziale”, ammetteva (sino al 2012: v. oltre) la impugnazione anche nel caso di motivazione solo insufficiente (art. 360, n. 5, c.p.c.). Fino ad epoca recente si è creduto in giurisprudenza che ciò valesse anche per il ricorso straordinario *ex art.* 111, con una perfetta sovrappponibilità fra tale norma e i motivi di cui all'art. 360. Dal 1992 (con la sent., sez. un., n. 5888) la Cassazione – che si vide applicare da sé sola l'art. 111, co. 7 quale norma *self-executing* – ha attribuito alle parole “violazione di legge” una lettura più restrittiva, che taglia fuori la evenienza di motiva-

zione solamente insufficiente. Questo *revirement* di giurisprudenza non appariva persuasivo eppero esso poteva ben dirsi di notevole profilo pratico: senza neppur bisogno di rimessione alla Consulta, il ricorso straordinario opera, infatti, non solo nelle rare ipotesi di sentenze formali che il codice dice non impugnabili (così le sentenze del vecchio giudice conciliatore nel testo dell'art. 360 precedente al 1984 e quelle rese *ex artt. 618 e 619*), ma soprattutto in quelle più frequenti in cui lo stesso codice (artt. 789, co. 3; 825 ult. co.) o più spesso leggi speciali – e soprattutto ciò avviene nell'ambito della legge fallimentare – concepiscono decreti od ordinanze “decisorii” definiti non impugnabili ed assunti secondo forme di trattazione in camera di consiglio.

È dunque in linea di massima da salutare con favore il normativo ritorno all'antico ad opera del d.lgs. n. 40/2006, che, in un nuovo co. 4 dell'art. 360, estende a tutti i “provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge” i medesimi motivi di impugnazione mediante ricorso ordinario.

Il raccordo tra l'art. 24 e l'art. 111 e la c.d. “cameralizzazione” del giudizio sui diritti

Indipendentemente dalla latitudine dei motivi esperibili, la immediata attuazione della garanzia del ricorso per cassazione nelle ipotesi di quest'ultimo genere soddisfa appieno le aspirazioni del Costituente che hanno dettato l'art. 111. Beninteso, a condizione che il giudizio di merito che conduce alla decisione così impugnabile, poiché statuente su diritti, già al suo interno sia regolato in modo tale da consentire un ampio sviluppo del principio di difesa, del contraddittorio e del diritto alla prova, a pena di violazione dell'art. 24 Cost. come sopra si vide. Non basta dunque la garanzia finale del giudizio di cassazione a rendere di per sé sola sempre accettabili modelli eccessivamente deformati e sommari di decisioni su diritti, secondo riti ispirati allo schema generale del procedimento in camera di consiglio di cui agli artt. 737 ss. c.p.c.

La procedura camerale è stata concepita per la tutela non tanto di posizioni giuridiche soggettive riconducibili a diritti soggettivi o *status* quanto più in generale a generici interessi in capo a singoli individui o determinate collettività la cui tutelabilità è rimessa ad una valutazione discrezionale del legislatore in considerazione anche di superiori interessi pubblici. È quindi parso al legislatore che un procedimento snello, caratterizzato da un'ampia iniziativa officiosa fosse il più adatto ad un simile contemperamento d'interessi.

Disciplina del procedimento camerale

Il processo camerale può in primo luogo essere azionato dalla domanda di parte come accade per il normale processo ordinario. Tuttavia il potere di impulso, non però di vera e propria azione, concesso alla parte, non implica il pieno rispetto del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c. poiché la tutela della situazione giuridica del singolo incontra il limite della predeterminazione normativa dei contenuti tipici del provvedimento camerale. Ampio spazio è poi dato all'iniziativa officiosa di attivazione del procedimento che peraltro esige il rispetto delle garanzie minime connesse al principio del contraddittorio e pertanto l'obbligo di informare il destinatario del provvedimento degli effetti del provvedimento

medesimo per consentire l'esercizio del diritto di difesa. La domanda, che deve essere normalmente redatta per iscritto, si effettua nelle forme del ricorso al giudice competente, da determinarsi di volta in volta secondo il disposto delle singole disposizioni. Tale competenza è inderogabile (art. 28) e la sua violazione può essere rilevata in ogni tempo, anche in sede di reclamo o revoca del provvedimento emanato.

Il principio della cameraleità è sancito dall'art. 738 che prevede la costante investitura del collegio che nomina un relatore incaricato di riferire al collegio medesimo; non è dato qui riscontrare quella duplicità di fasi davanti a giudice istruttore e collegio che caratterizza il giudizio di fronte al tribunale seppure nelle ora limitate ipotesi in cui la decisione è collegiale *ex art. 50-bis*. Inoltre il procedimento si svolge in camera di consiglio e quindi, come è evidente, senza pubblica udienza.

L'art. 738, co. 3, dispone poi che il giudice può assumere sommarie informazioni. La portata di questa norma deve essere valutata ancora una volta in relazione alla necessità che il giudice sia posto nella condizione di potere raccogliere, secondo le circostanze della causa, ogni elemento utile al fine di valutare e regolare il contemperamento dell'interesse dei singoli con quello della collettività. Ad una valutazione discrezionale del giudice è ancora demandata la scelta dei mezzi di prova e delle modalità della loro assunzione, senza che alla parte sia concesso di delimitare l'ambito del *thema probandum*. Il principio del contraddittorio esige peraltro che la parte sia resa edotta dei mezzi di prova che il giudice intende porre a fondamento del provvedimento al fine di garantire l'esercizio del diritto di difesa. Essenziale alla luce del medesimo principio pare l'audizione della o delle parti destinatarie del provvedimento, anche là dove singole disposizioni non lo prevedano. Quanto detto – sia chiaro – rappresenta una interpretazione costituzionalmente orientata di una disciplina che in punto di rispetto del principio del contraddittorio è, più che scarna, completamente inesistente. L'unica norma espressa, peraltro assai vaga, prende in considerazione il caso in cui il P.M. debba intervenire: in tale ipotesi – si dice – egli deve essere messo nella condizione di interloquire e stendere le sue conclusioni.

Il procedimento si conclude con un provvedimento che normalmente ha la forma del decreto motivato ma talvolta, se è così espressamente disposto, la forma dell'ordinanza. Il provvedimento acquista efficacia esecutiva decorso il termine di dieci giorni per il reclamo, salvo che il ricorrere di gravi motivi di urgenza non induca il giudice a disporre per la immediata esecutività. Il provvedimento infine – e questo è il tratto saliente del rito camerale, insieme alla procedura per lo più rimessa all'iniziativa discrezionale del giudice – non è suscettibile di passare in giudicato. È quindi revocabile dal giudice che lo ha emanato in ogni tempo ogni volta che il mutare delle circostanze lo renda opportuno. È inoltre concessa alla parte la possibilità di proporre impugnazione contro il provvedimento camerale, se pur limitatamente, mediante la proposizione di un reclamo al giudice superiore

Il provvedimento conclusivo è un decreto

nei tempi e secondo le modalità di cui agli artt. 739-740 c.p.c.: si ritiene che in tale sede il giudice del reclamo abbia la facoltà di effettuare una nuova valutazione dell'opportunità del provvedimento anche al di là di quanto richiesto dalle specifiche doglianze di parte.

Appare quindi evidente che il procedimento camerale è ben lungi dal garantire il dovuto processo sui diritti e che la valvola di salvezza del ricorso per cassazione *ex art. 111, co. 7*, pur se la sua ammissibilità prescinde dalla forma di sentenza della decisione impugnabile e opera quindi anche per i decreti camerali purché statuiscano su diritti soggettivi, non costituisce certo un rimedio adeguato.

Assai migliore è il nuovo procedimento c.d. sommario, introdotto nel 2009, deciso da una ordinanza idonea al giudicato, e basata su una cognizione piena ma semplificata; dunque soggetta ad appello (art. 702-*bis* ss.).

La variante dei procedimenti camerali su diritti Il legislatore, peraltro, non ha esitato a devolvere al rito camerale giudizi aventi ad oggetto veri diritti soggettivi e *status*, in nome dell'esigenza di effettività della tutela che può essere minata da giudizi troppo lunghi con il rito ordinario del libro II del c.p.c., mentre il procedimento camerale è, come appena visto, molto snello e concentrato. Varie leggi hanno così esteso il rito camerale a situazioni soggettive il cui valore sia patrimoniale sia morale avrebbe richiesto un giudizio, senza dubbio rapido, ma in grado di assicurare pienamente il diritto ad una piena tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost.

Si pensi, esemplificando, *a)* al disposto dell'art. 710 c.p.c. che prevede le forme del procedimento in camera di consiglio per la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli, il loro mantenimento e gli assegni a favore dei coniugi contenute nella sentenza di divorzio o conseguenti alla separazione o *b)* alla decisione del tribunale sul riconoscimento del figlio che non ha compiuto sedici anni, qualora non vi sia il consenso del coniuge che l'ha già riconosciuto, che in caso affermativo tiene luogo del consenso stesso (art. 250 c.c.), e secondo l'art. 38 disp. att. deve essere resa in camera di consiglio; *c)* all'art. 288 c.c. ai sensi del quale il provvedimento che dichiara la legittimazione dei figli naturali deve essere reso in camera di consiglio; *d)* ugualmente, sono previste le forme del rito camerale per il reclamo avverso i provvedimenti decisori del giudice delegato in materia di piani di riparto dell'attivo fallimentare. Si tenga infine presente che vi sono alcune ipotesi in cui il legislatore sottopone le domande relative a taluni diritti o *status* ad un preventivo vaglio di ammissibilità da effettuarsi in camera di consiglio: così per l'azione collettiva risarcitoria, *ex art. 140-bis, co. 3, d.lgs. n. 206/2005 e, olim*, per l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale *ex art. 274 c.c.* (norma di recente dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Consulta con sent. n. 50/2006); non è più così per l'azione di responsabilità contro i magistrati *ex art. 5, legge n. 117/1988* perché la legge n. 18/2015 ha abolito questo preventivo filtro (v. sez. IV, cap. 1). In queste ipotesi il rito camerale potrà risultare rispettoso degli artt.

24 e 111 Cost. solo se, in via interpretativa, si garantirà la pienezza di esercizio del diritto di azione (ché tale è in questi casi l'iniziativa del ricorrente), con tutti i corollari di ciò: dal principio della correlazione del chiesto al pronunciato, al diritto alla prova, alla impugnabilità del provvedimento decisorio (quale che ne sia la forma) quanto meno con il ricorso straordinario avanti la Corte di cassazione per tutti i cinque motivi di cui all'art. 360 c.p.c. (v. anche, a questo riguardo, quanto si osserverà tra breve a proposito dei riformati artt. 15, 18 e 99 l. fall.).

Abbiamo detto che l'art. 111, co. 2, e ancor prima l'art. 24 e più precisamente il suo co. 2, erigono a principio-cardine la dialettica processuale fra le parti e fra esse e il giudice, specie poi quando questi – come nel processo del lavoro o in alcuni “riti differenziati” che ad esso si ricollegano – sia titolare di autonomi poteri di iniziativa probatoria.

Il significato strumentale del contraddittorio

Merita approfondire bene anche il significato funzionale e finalistico di quel principio: esso consiste nell'approntare il miglior meccanismo attraverso il quale il processo possa approdare a decisioni, oltre che formalmente corrette, sostanzialmente giuste od almeno con la maggiore probabilità di risultare tali per effetto del gioco chiarificatore di una serrata e paritaria dialogicità interna.

Questo vale in particolare per il processo di cognizione, ma ovviamente anche per quello cautelare nel quale vi è soprattutto un profilo cognitivo, anche se non di accertamento con efficacia di giudicato, ma solo di ricognizione allo stato del pericolo nel ritardo e del *fumus boni iuris*. Ma nemmeno il processo esecutivo, in cui pure si tratta ormai di attuare un comando, è escluso dalla orbita applicativa del principio di difesa in contraddittorio, e ciò in molti suoi snodi e così non solo con riguardo ai veri e propri giudizi, seppur incidentali, che nel suo corso possono aprirsi in funzione *ex professo* di controllo, ovvero in caso di proposizione di opposizioni (nei loro tre tipi – opposizione all'esecuzione *tout court*, a taluni atti esecutivi, a tutela di diritti di un terzo – rispettivamente previsti agli artt. 615, 617, 619).

Anche, ed anzi soprattutto, nei processi speciali di cui al libro IV del c.p.c. l'art. 24, co. 2, ha rivestito e rivestirà, anche per il futuro con il combinato disposto dell'art. 111, co. 2, un ruolo di orientamento e di garanzia.

Applicazioni al libro IV del codice

Così, ad esempio, nei due più rilevanti procedimenti speciali di cognizione sommaria (non cautelare) – per ingiunzione e per convalida di sfratto – in forza del principio di difesa la Consulta ha esteso la protezione del destinatario del provvedimento, ampliando così la sfera della opposizione tardiva al decreto ingiuntivo o alla ordinanza di convalida di sfratto che, rispettivamente, gli artt. 650 e 668 prevedevano sì, ma in modo troppo angusto (sentt. n. 120/1976 e n. 89/1972); ed ancora intervenendo manipolativamente sul regime di attribuzione della provvisoria esecutorietà al decreto ingiuntivo durante il giudizio di opposizione *ex art.* 648, co. 2 (sent. n. 137/1984, di cui già abbiamo parlato ed in cui la Corte si è richiamata, come parametro violato, anche all'importante art. 6 C.e.d.u., che sancisce il principio del “giusto processo”, trasfuso nel suo conte-

nuto, come abbiamo visto nell'art. 111 Cost.; ma la Consulta aveva rigettato la questione in passato, ed ha rigettato anche quella relativa all'art. 655, che consente l'ipoteca giudiziale sulla base dell'ingiunzione esecutiva, anche se divenuta tale *inaudita altera parte*); introducendo la revocazione nei confronti della ordinanza di convalida di sfratto (sentt. n. 558/1989 e n. 51/1995).

Altrettanto vale per i procedimenti cautelari, sempre regolati nel libro IV, in ordine ai quali la Consulta ha in passato però mostrato talora una eccessiva timidezza (così in occasione della decisione di rigetto sulla durata dei sequestri, specie se concessi *inaudita altera parte*: art. 683, oggi abrogato), anche se si è estesa la portata del provvedimento d'urgenza *ex art.* 700 fuori del processo civile e così nel processo amministrativo di giurisdizione c.d. esclusiva sui diritti dei pubblici dipendenti (sent. n. 190/1985; si rammenta che, salvo poche eccezioni, la materia del pubblico impiego è stata con il d.lgs. n. 80/1998 trasferita al giudice ordinario). La legge n. 205/2000 ha inciso sul disposto dell'art. 21, legge T.a.r., rendendo ammissibile anche nel processo amministrativo, in via generale, la tutela cautelare o atipica *ex art.* 700 c.p.c. (e v. anche l'art. 245, co. 3 ss., cod. contr. pubbl.); previsione confermata dal c.p.a.: v. art. 55 d.lgs. n. 104/2010.

Dopo la radicale riforma del procedimento cautelare – avutasi con la legge n. 353/1990, vigente dal 1993, ed ispirata proprio ad un attento rispetto del principio di difesa – la Consulta ha avuto modo di intervenire, ampliandolo anche alle decisioni di rigetto del ricorso cautelare, sull'ambito applicativo del rimedio del reclamo cautelare previsto dal nuovo art. 669-terdecies (sent. n. 253/1994, in ordine alla quale può però discutersi se il suo fondamento, più che nell'art. 24, non risieda nell'art. 3 Cost.; l'art. 669-terdecies è stato da ultimo riformulato di conseguenza, ad opera della legge n. 80/2005).

... nel processo fallimentare Nel processo fallimentare, che contempla la pronuncia in camera di consiglio della sentenza dichiarativa di fallimento da parte della sezione fallimentare del tribunale (artt. 5 e 15 l. fall.), in forza del co. 2 dell'art. 24 si era introdotta nelle dette disposizioni, che non la prevedevano se non come facoltà discrezionale del giudice (la legge fallimentare, pur di recente riformata, conserva in qualche sua parte ancora una intonazione autoritaria ed inquisitoria), la necessità che prima di tale pesante provvedimento venisse ascoltato dal tribunale il debitore fallendo (sent. n. 141/1970; l'art. 15 l. fall. è stato opportunamente riscritto di conseguenza dall'art. 13, d.lgs. n. 5/2006).

... in materia di decorrenza dei termini Nel campo del processo ordinario di cognizione di cui al libro II, significativi interventi in forza dell'art. 24 – nell'ambito in cui il co. 1 e il co. 2 si intrecciano, e fuori dalla portata in senso stretto del principio della trattazione in contraddittorio – sono stati operati quanto alla interruzione e alla sospensione del processo, e più precisamente con riguardo al momento in cui inizia a decorrere il termine assegnato alle parti – a pena di definitiva estinzione del processo per loro inattività per riassumere, e dare così nuo-

vo impulso, al processo interrotto o sospeso (artt. 305 e 297 c.p.c.). La Corte costituzionale, infatti, con le sentenze, rispettivamente, n. 159/1971 e n. 34/1970, ha manipolato le disposizioni citate nel senso di far decorrere il termine non già da momenti ignoti alle parti ma dal momento in cui le parti vengono a legale conoscenza (mediante notificazione o dichiarazioni in udienza) del verificarsi di un evento causativo di interruzione o della cessazione della causa di sospensione e così della nascita del loro onere di riassumere il processo a pena di sua estinzione. Si è così prevenuto il rischio di una “estinzione misteriosa” del processo.

La tematica della adeguatezza di certe previsioni di legge sul *dies a quo* di decorrenza di termini processuali ritorna, sotto altri profili (principalmente quelli dei termini per la impugnazione di provvedimenti dei giudici fallimentari), in varie sentenze costituzionali, fondate sempre sull'art. 24, co. 1 e 2. Così si è statuito che un termine non può decorrere dalla semplice affissione della decisione sulla “porta esterna del tribunale” (art. 17, co. 2, l. fall. – per la opposizione entro 15 giorni del fallito alla sentenza di fallimento – su cui v. la sent. n. 151/1980; ma v. già con riguardo ad altre ipotesi consimili, e così per gli artt. 131 e 183 l. fall., la sent. n. 255/1974; poi, per l'art. 99, la sent. n. 152/1980 e per l'art. 119 la sent. n. 153/1980).

Codeste dichiarazioni d'illegittimità rendevano da tempo manifesto il fatto che l'intera strutturazione processuale della Legge fallimentare – siccome d'altronde buona parte del suo contenuto di diritto sostanziale – esigesse una compiuta riforma. A codesta riforma ha da ultimo messo mano il Governo, a ciò delegato, una volta di più, dalla legge n. 80/2005: è stato così frettolosamente varato il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (già incidentalmente menzionato e subito corretto in svariate sue parti con il pure citato d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169), attraverso il quale, per un verso, si è perseguito l'intento di adeguare la disciplina vigente al diritto vivente quale appunto risultato dei numerosi interventi della Corte costituzionale nella materia (si sono così ad esempio riformulate, in senso costituzionalmente conforme, le norme in materia di termini di cui poc' anzi abbiamo segnalato la censura da parte del giudice delle leggi); per altro verso, si è inteso semplificare al massimo la disciplina della dichiarazione del fallimento, e più ancora dell'accertamento del passivo e della risoluzione delle relative controversie di opposizione, impugnazione, revocazione ed insinuazione tardiva, di fatto ora da decidersi secondo un rito “semi-camerale”: non si fa per vero nei nuovi artt. 15, 18 e 99 alcun cenno ad un'istruttoria per sommarie informazioni o altrimenti ridotta, ma il contingentamento dei tempi, la deformatizzazione della trattazione e la pronuncia con decreto non reclamabile, unicamente soggetto a ricorso per cassazione, fanno certo pensare ad un giudizio di cognizione non autenticamente “pieno”.

I nuovi artt. 15, 18 e 99 l. fall.

Più in generale, nel solco di un'ancor più profonda e potenzialmente indiscriminata ‘cameralizzazione’ si collocava l'art. 24, co. 2, l. fall., nella versione introdotta nel 2006, al lume del quale era stabilito che per “tutte le azioni che derivano” dal fallimento, le quali sono attratte dalla competenza del tribunale fallimentare (pratica importanza hanno tra esse soprattutto le azioni revocatorie), si dovessero applicare gli artt. 737-742 c.p.c. Le severe critiche ricevute dalla norma dalla quasi totalità della dottrina ha com-

portato l'opportuna ed immediata abrogazione di questo assurdo rescritto (ma incombeva il rischio, ancor peggiore, del rito speciale societario, abrogato, senza rimpianti, dalla novella del 2009: v. oltre), ad opera del d.lgs. n. 169/2007, peraltro *ex nunc* e quindi lasciando un periodo di “rito intermedio”.

I dubbi di costituzionalità legati al nuovo art. 43, co. 3 e la sent. n. 17/2010

Anche la disciplina del d.lgs. n. 5/2006 non si è però sottratta a dubbi circa la sua legittimità costituzionale, recentemente risolti dalla Consulta. Ci si riferisce qui al combinato disposto dell'art. 43, co. 3, l. fall e dell'art. 305 c.p.c. In particolare l'art. 43, co. 3, d.lgs. n. 5/2006 prevede che tutti i processi aventi ad oggetto beni ricompresi nella massa fallimentare e pendenti al momento della pronuncia della sentenza di fallimento sono automaticamente sospesi (“l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo”). Ebene, proprio la previsione di questa nuova ipotesi di interruzione automatica del processo ha portato il Tribunale di Biella, con ordinanza del 6 marzo 2009, a sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 305 c.p.c. nella parte in cui esso prevede che il termine per la riassunzione del processo interrotto a valle della dichiarazione di fallimento della parte decorra dal giorno della pronuncia della sentenza dichiarativa del fallimento anche per le controparti (ossia per le parti non incise dalla dichiarazione di fallimento, che così potrebbero non essere a conoscenza della sua avvenuta pronuncia). La questione è stata però dichiarata non fondata dalla Corte costituzionale (sent. n. 17/2010), in forza dell'argomento per cui “continua a trovare applicazione l'art. 305 c.p.c., nel testo risultante a seguito delle ricordate pronunzie di questa Corte e del principio di diritto che sulla base di esse si è consolidato [v. *supra*]. Infatti, non sono ravvisabili ragioni idonee a giustificare, per la fatispecie qui in esame, una disciplina giuridica diversa rispetto alle altre ipotesi d'interruzione automatica, attesa l'identità di *ratio* e di posizione processuale delle parti interessate, che le accomuna”. Per le parti diverse dal fallito il termine per la riassunzione comincerà dunque a decorrere dal momento in cui, nel processo, è stata data notizia dell'avvenuta pronuncia della sentenza di fallimento.

In tutti i rami dell'esperienza processuale la garanzia della difesa esige inoltre che l'efficacia di giudicato di una sentenza (del giudice civile, penale, amministrativo) sia tendenzialmente circoscritta ai soggetti che parteciparono al processo che preparò quella sentenza. Di ciò non tenevano conto gli artt. 25, 27, 28 del vecchio c.p.p. – sul rilievo del giudicato penale in altri processi, specie civili – fino alle sentenze della Consulta (n. 55/1971 e seguenti) che introdussero un sufficiente limite soggettivo al giudicato penale (nel 1965 la questione era stata però rigettata; per converso il nuovo c.p.p. del 1988, specie all'art. 654, ha rafforzato quel limite soggettivo).

L'analisi del co. 2 dell'art. 24 e delle sue applicazioni – come si è visto non sempre immediate e rettilinee – potrebbe ampliarsi anche su altri profili delle esperienze giurisdizionali che evocano a loro volta ulteriori disposizioni costituzionali (dalla notifica alle persone irreperibili – sent. n. 10/1978, alla formula del giuramento dei testi – sent. n. 149/1995, che richiama soprattutto l'art. 8 Cost., alla tendenziale garanzia di apertura al pubblico delle udienze di discus-

sione della causa – sent. n. 50/1989, che si fonda su una larga lettura dell'art. 101, cpv., Cost., per tacere della non meno ricca casistica processualpenalistica). Ma quanto fin qui illustrato basta a renderne chiaro il senso applicativo.

Il 3 co. dell'art. 24 cerca di dare un completamento ai co. 1 e 2 Il co. 3 dell'art. 24 da un angolo visuale all'atto pratico rilevantissimo: l'accesso alla giustizia, come attori o convenuti, anche dei "non abbienti", in sostanza di coloro che faticano ad affrontarne i non lievi costi (fra cui quello delle imposte e tasse giudiziarie non è mai stato il più lieve, ed anzi sembra crescente). Deve allora essere l'erario statale a far fronte a quei costi, se l'azione o la difesa è plausibile e così con verosimile loro recupero dalla controparte che risultasse soccombente. L'attuazione di tale elementare ma costosa garanzia è stata assai scarsa, specie nella vigenza del vecchio r.d. n. 3282/1923 che, per risparmiare, tendeva ad imporre agli avvocati prescelti la difesa gratuita dei non abbienti (non si sa dunque quanto efficace). Una formula meno aleatoria era stata introdotta dall'art. 11, legge n. 533/1973 per le cause di lavoro, che poneva anche le spese degli onorari dell'avvocato a carico dell'erario (v. anche il vecchio art. 15, co. 1, legge n. 117/1988, per le azioni di responsabilità civile per gli errori giudiziari). Altrettanto prevedeva poi la legge n. 217/1990, ma solo per i processi penali e per le azioni civili per danni e/o restituzioni conseguenti ad un reato. Una applicazione meno incompleta rispetto a tale legge e meno stentata rispetto a quella vecchia del 1923, nel rispetto dell'art. 24, co. 3, già auspicata dalla Consulta (sent. n. 114/1964 e n. 35/1973), è stata introdotta dalla legge n. 134/2001; il legislatore ha esteso l'applicabilità dell'istituto del gratuito patrocinio alle azioni davanti ai giudici civili, amministrativi, tributari e contabili a favore di coloro che godono di un reddito familiare inferiore a poco più di 10.000 euro annuali, pur continuando a non consentire la scelta di un difensore di fiducia. In materia è più di recente intervenuto, negli stessi termini, il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia che ha espressamente posto l'assistenza dei non abbienti, in ogni processo sia civile, penale, amministrativo, contabile che tributario, a carico dello Stato (d.p.r. n. 115/2002, artt. 74 ss.; pertanto oggi si parla non più di gratuito patrocinio bensì di "patrocinio a spese dello Stato").

Anche il co. 4 dell'art. 24 è una disposizione purtroppo solo Il co. 4 dell'art. 24 programmatica, di problematica attuazione. Ivi si prevede che "La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari". Innanzitutto, a fronte di decisioni ingiuste specie penali (ma anche civili), il pregiudizio è spesso irreversibile e ben difficilmente risarcibile. Nondimeno la disposizione è parsa a taluni riguardare solo la giustizia penale e raccordarsi così alle disposizioni sulla revisione del giudicato di condanna penale contenute nei c.p.p., con una visione inutilmente riduttiva.

In realtà va visto nell'ottica segnata da questa finale garanzia costituzionale l'intero sistema delle impugnazioni c.d. straordinarie che possono doversi dare contro sentenze civili già passate in ... e la esigenza di riparazione degli errori giudiziari

giudicato, ed altresì la scottante tematica della c.d. responsabilità dello Stato e dei magistrati per gli errori decisorii più gravi e facilmente evitabili. A quest'ultimo riguardo le norme del c.p.c., di cui agli artt. 55 e 56, erano – coerentemente a quella certa qual sua originaria intonazione autoritaria – eccessivamente limitative. Vi fu nel 1987 un celebre *referendum* abrogativo, dall'esito positivo assai chiaro. La lacuna normativa così aperta fu colmata dalla legge n. 117/1988 che rese lo Stato (e solo lo Stato) risarcitorialmente responsabile verso le parti rimaste vittime – nonostante l'esperimento di tutte le impugnazioni ordinarie – di errori giudiziari colposi particolarmente gravi e di carattere oggettivo e non semplicemente valutativo (errori inescusabili di diritto ed errori sul contenuto dei documenti di causa, nonché diniego perdurante di giustizia). Sarà poi lo Stato, se rimasto soccombente nel giudizio e dopo aver compiuto il risarcimento, ad avere una azione di rivalsa di carattere civile-sanzionario contro i singoli magistrati cui si dovette quell'errore inaccettabile (si tratta d'una disciplina della responsabilità del giudice tuttora a maglie eccessivamente larghe, non a caso di recente giudicata – per gli errori nell'applicazione della normativa europea – incompatibile con il diritto comunitario dalla Corte di giustizia europea, anche sotto questo profilo modificata dalla legge n. 18/2015: sul tema *v. amplius infra*, sez. IV, cap. 1).

Le disposizioni su
"la magistratura"

Gli artt. 101-110 attengono all'ordinamento giurisdizionale ed il loro studio appartiene più che al diritto processuale al diritto costituzionale. Ci limiteremo a qualche essenziale notazione. L'art. 101, co. 1, detta lapidariamente il principio della promanazione dalla sovranità popolare – come nello Statuto albertino era detto per quella regia – anche dell'amministrazione della giustizia (che è cosa ben diversa però dal raccordare la giurisdizione ai voleri della democrazia popolare, come avveniva in Unione Sovietica e, per certi versi, anche nella Germania nazista); il co. 2 subito precisa però che i giudici debbono osservare ed attuare soltanto la legge – cioè l'ordinamento normativo dello Stato, comprensivo di tutte le sue fonti – non già direttamente le volontà ed aspirazioni del popolo o delle Assemblee legislative che da esso promanano, ove non si siano già riflesse in *leggi*; e tanto meno le volontà del governo da quelle espresso.

Principio di legalità e
di indipendenza

Il principio di legalità, così sancito, si raccorda dunque a quello di indipendenza dell'ordine giudiziario (cui presiedono i successivi **artt. 104-107** per la magistratura ordinaria e l'**art. 108** per le altre giurisdizioni) e nel loro complesso contribuiscono – come è stato detto (Pizzorusso) – ad impedire che la spinta delle esigenze contingenti della maggioranza popolare, magari mediate dall'influenza politica dei governanti, possa travolgere ed appannare le garanzie giuridiche della libertà dei singoli.

Dallo Statuto albertino
al decreto Grandi

Il sistema giudiziario esistente in Italia, allorché nel dopoguerra veniva discussa questa parte della Costituzione, derivava senza sostanziali soluzioni di continuità dalla organizzazione giudiziaria istituita nel Regno di Sardegna, sul modello burocratico (del *giudice funziona-*

rio, seppur inquadrato in una piramide di organi a collegialità sempre più accentuata) di derivazione francese e segnatamente napoleonica. Negli artt. 68-73 dello Statuto albertino riapparivano peraltro stratificazioni proprie dell'assolutismo monarchico. Il primo ordinamento giudiziario “unitario” (1856-1859) accentuava anch’esso la sottoposizione all'esecutivo. Le garanzie di indipendenza – prima fra tutte l'accesso per concorso – iniziano con la Legge Zanardelli del 1890 e si colgono specie nella Legge Orlando del 1907 che istituì un Consiglio Superiore, composto da magistrati, con funzioni consultive ed in parte deliberative sulle promozioni.

Fino al 1921 si ebbe un accentuarsi di tale tendenza (estendendo l'inamovibilità anche ai pretori, ossia ai magistrati di rango meno elevato).

Gli ordinamenti giudiziari successivi, di epoca fascista (decreto Oviglio del 1923 e decreto Grandi del 1941) invertirono la rotta quanto a carriera, gerarchia, guarentigie, rafforzando il controllo dell'esecutivo, specie sui magistrati del pubblico ministero (che una piena indipendenza non ebbero neppure all'inizio del secolo).

Con la liberazione, fin dal 1946, si introdussero le guarentigie della magistratura, di indipendenza ed inamovibilità, ma l'organizzazione di fondo del decreto Grandi del 1941 non fu mutata e, come già si accennò, tale fonte è tuttora vigente.

In sede costituente, i tratti fondamentali del nuovo statuto costituzionale della magistratura furono presto enucleati: *a*) nell'abbandono della concezione (monarchica) “delegata” del potere giudiziario, da collocarsi invece accanto agli altri poteri dello Stato; *b*) nel fare del P.M. un magistrato appieno indipendente, titolare di un potere-dovere di azione penale; *c*) nel sottrarre ogni potere sullo “status” dei magistrati, latamente inteso, e differenziato ormai solo per le varie funzioni, al potere esecutivo, per attribuirlo ad un organo di rilevanza costituzionale preminentemente “interno” alla magistratura: ossia il nuovo C.S.M. (istituito però solo nel 1958); *d*) nel ribadire la scelta di fondo per l'unità della giurisdizione – facendo così centro su quella ordinaria, però con temperamenti che fanno salve le giurisdizioni amministrativa e contabile (di quella tributaria, all'epoca non ancora chiaramente emersa nella legislazione, la Costituzione non fa cenno), assoggettate comunque al controllo delle sezioni unite della Corte di cassazione (apice dell'ordinamento giudiziario ordinario) quanto al rispetto dei criteri di riparto delle giurisdizioni.

Scelte di fondo dei costituenti sulla “magistratura”

L'accento è così, nel complesso, posto sulla *indipendenza*, che è però un valore non fine a se stesso ma funzionale alle esigenze di obiettività e legalità nella amministrazione della giustizia nell'interesse finale dei cittadini: dei fruitori di quella funzione-servizio. Nella giurisprudenza costituzionale tale indipendenza è stata specificata da varie angolature (personale, organica, funzionale). La Costituzione non prese in considerazione la possibilità che i magistrati possano essere eletti, additando invece l'accesso per il concorso (art. 106, co. 1; nel co. 2 si ammette la nomina “anche elettiva” solo per i magistrati onorari, con compiti unipersonali: del che non si sono però mai avute applicazioni).

4

La crisi di effettività della giustizia civile e, di riforma in riforma, le prospettive future

Effettività della tutela. – Qualche statistica sulla durata abnorme e crescente dei processi. – L'art. 6 C.e.d.u. – L'attuazione della garanzia del giusto processo. – Segue: il tipo di difficoltà tutt'affatto pratiche che riguardano l'attuazione della garanzia specifica di ragionevole durata. – La c.d. legge Pinto. – Il moto riformatore continuo per accelerare i giudizi civili. – Riscoperta dei giudici onorari e della giustizia "non togata". – Riforme processuali del 1990-1991 e loro non rassicuranti esiti. – Le due riforme del 1997: sezioni-stralcio per l'arretrato e giudice unico di primo grado con abolizione delle preture. – Riforme del 2005-2006 e progetti recenti. – Il nuovo rito societario. – La riforma del 2009. – Il continuo moto di mini-riforme del quinquennio 2010-2015. – Il diritto processuale civile comunitario ed europeo.

Nel suo complesso l'art. 24, con il suo prolungamento nell'art. 111, esplicitante il nesso fra tutela e ragionevole durata, mira quindi a garantire un grado sufficiente di effettività della tutela giurisdizionale ed ha consentito una serie di importanti sviluppi. Un profilo assai notevole della tutela effettiva a lungo rimasto scoperto è stato ora colmato dall'art. 111, co. 2, norma che rischia peraltro, più di ogni altra, di restare meramente programmatica: si tratta della garanzia che la durata dei processi non divenga insopportabile e tale da minarne il significato concreto di presidio dei diritti. Questo è diventato, nell'ultimo lustro, il nuovo "asse portante interpretativo", specie delle sezioni unite della Cassazione (financo con qualche eccesso di libertà semplificatoria); ed ancor più del legislatore, con interventi di mini-riforma tutt'altro che realmente risolutivi.

Il problema del tempo di percorrenza del procedimento che va dalla domanda alla sentenza (passata in giudicato od almeno esecutiva) è molto diffuso: lo si ritrova quasi in ogni tempo ed in ogni paese. Nel diritto romano emerge solo in età postclassica con il processo *extra ordinem*, ma unicamente perché il precedente processo formulare era in larga parte – ed in entrambi i suoi stadi (*in iure* e *apud iudicem*) – ancora estraneo alla dimensione di un procedimento pubblico burocraticamente organizza-

Effettività della tutela

... e tempi proverbiali
del processo

to e non conosceva impugnazioni della *sententia* dello *iudex privatus*. Al crescere delle garanzie sia interne al primo grado sia di impugnabilità delle sentenze, il rischio di durate insopportabili si accresce e così proprio gli ambienti processuali più raffinati talvolta originano prassi di processi pluridecennali (“immortali”, od almeno tali se confrontati alla vita delle loro parti): così nel processo canonico, in quello di diritto comune, in quello di gran parte dei paesi europei; e la esperienza dei codici e poi delle garanzie costituzionali non ha certo potuto valere da antidoto a questo male che ha radici soprattutto pre-processuali, insite nell’ordinamento e costume giudiziario e forense. Non è con la creazione di riti sommari né con il crescente ricorso alla tutela cautelare anticipatoria che quel rischio può essere di per sé debellato, come la storia anche italiana ha mostrato: si tratta di espedienti, non di rado nocivi, non certo di terapie accettabili.

Le ragioni della lentezza

Il contenimento della durata del processo è più che altro un fatto di organizzazione di mezzi e soprattutto di uomini, e solo molto secondariamente di “riti” e di nuove norme. Sul piano delle regole, riforme processuali sono talora utili, ma non lo sono meno norme più semplici relative ad adempimenti collaterali (modalità delle notificazioni, fase di “registrazione” delle sentenze presso gli uffici fiscali) o più attente previsioni sull’accesso alle professioni forensi e sulla produttività degli uffici giudiziari e di tutti i loro componenti. Si tratta di un problema politico, che esige costi e presuppone programmi amministrativi, si avvantaggia di provvedimenti meno demagogici, astratti e confusi di quelli che hanno punteggiato l’ultimo quarto del secolo scorso ed il primo scorci del presente, e al contempo dello svecchiamento di tante abitudini che rendono curiosa la macchina giudiziaria italiana (si pensi solo al caso dei tempi – molti mesi – di dattiloscrittura e poi di registrazione delle sentenze, solo in parte mitigati, e non per la S.C., dal c.d. “processo telematico”). Primo è inoltre il nodo della giustizia sulle liti minori affidate a giudici non di carriera, e su ciò ritorneremo più avanti parlando delle luci ed ombre che accompagnano l’ormai più che ventennale istituzione del giudice di pace.

La Corte costituzionale, da sola, può fare ben poco al riguardo, in quanto nessuna norma singolarmente presa attenta alla durata decente del processo e vale a comprometterla (anche se si è ammessa la applicabilità del canone di efficienza di cui all’art. 97 Cost. pure all’amministrazione giudiziaria e a certuni adempimenti processuali, ma per ora solo nella sent. n. 18/1989; si veda però la più recente Corte cost. n. 522/2002 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 66, d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131 nella parte in cui non consente il rilascio dell’originale o della copia esecutiva della sentenza o di altro provvedimento giurisdizionale se non dopo il pagamento dell’imposta di registro).

Ecco perché appare scelta utile, ma certo di per sé poco risolutiva, l’aver inglobato nell’art. 111 Cost. fra le varie garanzie dell’equo processo anche la regola della durata ragionevole dei giudizi. Non è proclamando tale ovvia esigenza anche in Costituzione che si farà un passo avanti verso la sua realizzazione, che non dipende da atti normativi ma da fatti quotidiani di buona e sagace ammi-

nistrazione giudiziaria (ricercata in tutti i suoi possibili risvolti e nelle stesse premesse di fondo quanto all'ordinamento amministrativo giudiziario, attualmente snervato ed inutilmente complicato). In tale ottica – e quantomeno nelle intenzioni – è da salutare con favore la previsione (ad opera degli artt. 62 ss. della legge n. 98/2013, di conversione con modifiche del c.d. “decreto del fare”, d.l. n. 69/2013), della figura del “giudice ausiliario”. Un soggetto laico (da scegliere tra magistrati a riposo, professori universitari o ricercatori, o anche avvocati e notai non più esercitanti) da affiancare ai giudici di appello ai fini dello smaltimento del contenzioso arretrato.

La considerazione della lunga durata del processo di cognizione, nei suoi vari gradi, evoca subito quella dell’arretrato. Ed a tal proposito sono utili alcuni dati statistici sui flussi giudiziari: i più recenti disponibili (riportati nella relazione sull’amministrazione della giustizia dell’anno 2015) si riferiscono, da ultimo, al 2013 (del 2014 viene considerato solo il I semestre, il che può trarre in inganno), nel quale si ebbero:

Qualche dato statistico

– in primo grado:

avanti ai giudici di pace: 1.372.421 nuovi processi, 1.415.020 processi terminati, 1.296.075 processi pendenti al 31 dicembre 2013: si tratta nel complesso del 30% del contenzioso civile di primo grado di nuova introduzione. È stato così conseguito il risultato, auspicato con la riforma del 1990, di alleggerire il carico dei tribunali da tutte le controversie c.d. minori con un notevole recupero di efficienza dell’organizzazione giudiziaria (benché nel 20014 la percentuale fosse assai maggiore: circa il 50%): in proposito si consideri che un processo davanti al giudice di pace si svolge mediamente in circa un terzo del tempo necessario davanti ai tribunali;

avanti il tribunale: 2.813.069 nuovi, 2.899.247 terminati, 3.265.876 pendenti al 31 dicembre 2013 (e questa è la cifra senza dubbio più impressionante: è peraltro da registrare un *trend* di lieve erosione dell’arretrato che dura ormai da qualche anno e che pare confermato per il 2015 ma a “pelle di leopardo” a seconda della virtuosità dei fori);

– in Corte d’appello: 123.241 nuovi appelli, 164.577 terminati, 397.536 pendenti (l’aumento delle sopravvenienze di fronte alla Corte d’appello consegue alla devoluzione al giudice unico del tribunale di un’ampia fetta della giurisdizione di primo grado, non meno che al costante incremento delle sopravvenienze *ex legge Pinto*, cresciute anche negli anni successivi e pari al 9% delle cause di nuova introduzione nel 2006; dal punto di vista dello smaltimento delle pendenze, com’è d’altronde agevole rilevare le corti d’appello sono sicuramente gli organi in maggiori difficoltà);

– in Cassazione: 29.091 nuovi ricorsi, 30.179 terminati, 98.690 pendenti (il numero è notevole: neppure in Cassazione l’arretrato viene dunque eroso, benché i ricorsi definiti siano più di quelli proposti).

Si consideri che, specie in primo grado (molto meno in appello e in Cassazione), fra le cause terminate vanno ricomprese anche quelle non decise con sentenza, ma conciliate o estinte per rinuncia od altra causa. La proporzione fra sentenze e conclusioni per altra causa fu, per esempio, nel 2000, di 1 a 0,9 per quanto riguarda i procedimenti in

primo grado, di 4 a 1 per i procedimenti in grado d'appello, di 10 a 1 in Cassazione (è interessante notare, peraltro, che questa proporzione pare ora progressivamente ridursi in favore degli epiloghi anomali o conciliativi, se si considerano i processi di cognizione ordinaria di primo grado, ove nel 2006 il rapporto è sceso ad 1 contro 1,3; si registra invece una tendenza contraria in Corte d'appello, ove nel medesimo periodo il rapporto è di 5 sentenze contro un epilogo non decisorio).

Dalla comparazione tra il numero delle sentenze di primo grado emesse e i nuovi appelli, si desume poi che l'appello, escluse le sentenze del giudice di pace, viene proposto poco più che una volta su dieci (dal che si evince che non vi è affatto quell'abuso dell'appello che tanti lamentano, ma un suo uso equilibrato). Avanti alla Cassazione – l'accesso alla quale è del tutto aperto, ora più di prima, dall'art. 111 Cost. e dall'art. 360, co. 4, c.p.c. – vengono poi portate tra un terzo ed un quarto delle cause decise in appello: anche se la proporzione non è alta, ciò dà corpo ad un numero di ricorsi assai elevato per una Corte suprema.

L'arretrato si è formato soprattutto negli ultimi trent'anni, per diverse cause (sociali, di cattiva legislazione settoriale, etc.) fra le quali spicca – dal punto di vista processuale – la squilibrata scala delle competenze per valore e la marginalità in cui è caduta la giustizia laica ed onoraria.

Soprattutto sul finire degli anni novanta ed a cavallo del 2000, si era per vero registrata un'inversione di tendenza, dovuta al notevole contributo inizialmente offerto dai giudici di pace, avviati ad assorbire circa la metà del contenzioso di primo grado. In quel periodo venivano proposte poco meno di un milione e mezzo di nuove cause di primo grado ogni anno e se ne definivano – con o senza sentenza – circa lo stesso numero (nel 2004 addirittura il numero delle cause definite è stato seppur di poco maggiore rispetto a quelle complessivamente sopravvenute dinanzi a giudici laici e togati). Oggi, tuttavia, lo slancio del giudice laico sembra essersi un po' sopito, l'arretrato ha ripreso a crescere un po' ovunque (con *trend* allarmante soprattutto presso le corti d'appello), e cresce ormai finanche presso gli uffici giudiziari non togati, nonostante le competenze per valore del giudice di pace, aggiornate dalla legge n. 69/2009.

Con un simile arretrato, ben si comprende che, se ancora attorno al 1960 – con "sole" 450.000 nuove cause annue circa – un processo di primo grado durava mediamente un anno e un anno e mezzo quello di appello, oggi quei valori sono quasi triplicati (specie in tribunale). Il giudizio di Cassazione dura ormai circa tre anni (973 giorni nel 2005; ma ciò perché si era iniziata – sul finire degli anni ottanta e per i primi anni novanta – una energica erosione dell'arretrato, riflessa dall'aumento del numero annuo delle pronunce del S.C., oramai stabilmente sopra cifra 20.000; l'erosione dell'arretrato in S.C., si è visto, continua anche oggi, come dimostrano i dati forniti dalla relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009, pur se – avverte la relazione relativa al 2013 – le pendenze hanno visto proprio nel 2013 un incremento pari all'1,9%).

Del resto, dopo aver beneficiato di rilevanti aumenti di organico negli anni novanta, i giudici civili di carriera non sono molto cresciuti di numero, rispetto al 1999, quando si registravano 900 pretori (con circa 370 sentenze annue cadauno; questi magistrati sono poi confluiti soprattutto nei tribunali), 1.300 giudici di tribunale (circa 150 sentenze cadasuno), 400 giudici di corti d'appello (circa 70 sentenze cadasuno), 140 magistrati delle

sezioni civili della Cassazione (circa 100 sentenze cadasuno). Per un totale di poco più di 3.000 unità (su un totale di più di 9.000 magistrati in servizio), che producono (2006) un complesso di circa 565.000 sentenze annue, di cui 470.000 di primo grado. Sempre la relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009 mostra come nel 2008 la domanda di giustizia sia arrivata a 4.809 procedimenti per magistrato, pervenuti ogni 100.000 abitanti, a fronte dei 4.516 definiti pro-capite (con la precisazione che la produttività pro-capite dei giudici italiani è circa il doppio di quella degli altri paesi).

Solo poi in piccola misura, come si diceva, la recente istituzione del giudice di pace ha potuto migliorare la situazione: i nuovi giudici laici hanno un organico di 4.700 unità, sia pure impegnato a tempo parziale (ed al 1° gennaio 2005 ricoperto solo per circa 3.818 unità), e dunque potenzialmente in grado di assorbire dal 1995 buona parte delle circa 800.000 nuove cause annue che ricadono nella loro competenza per valore. Come si accennava, però, dopo il primo, positivo impatto, l'arretrato è da ultimo in crescita anche presso il giudice di pace: i dati non sono perciò tali da far pensare che, negli attuali limiti di competenza per valore, il contributo di questi magistrati onorari sia sufficiente per erodere le sopravvenienze, in prospettiva, dell'unificato ufficio giudiziario di primo grado.

Nonostante il conseguente calo delle nuove cause destinate ai tribunali, gli arretrati di questi uffici sono tali – come sopra si vide – da esigere in ogni caso misure straordinarie per abbatterli in tempi più brevi di quelli estremamente graduali che anche le più ottimistiche previsioni statistiche additerebbero. Non del tutto soddisfacente, in questa prospettiva, specie per la “qualità” dei nuovi magistrati onorari, è stata la ormai risalente e sempre più criticata istituzione da parte del legislatore del 1997 (con legge 22 luglio 1997, n. 276) delle c.d. sezioni stralcio, da alcuni anni, dopo molte vicissitudini per la rivelatrice scarsità di “vocazioni”, entrate in funzione e però “stancamente” operanti su cause pendenti da data anteriore al 1995, che così continuano ad invecchiare (e a violare, ovviamente, ed in più sensi, l'art. 6 C.e.d.u.). Basti rammentare che, istituite nel 1997 per lo smaltimento di 650.000 pendenze di primo grado, codeste sezioni non hanno ancora esaurito il proprio compito (pur nell'ovvio difetto di sopravvenienze), sì che se ne è reso necessario il rinnovo straordinario, di anno in anno (31.671 pendenze al 31 dicembre 2006). Le loro sentenze spesso non superano indenni l'appello, sì che nel complesso il calcolo costi-benefici è passivo sotto ogni riguardo. Nel giugno 2010 una legislazione per alcuni versi analoga, e per altri diversa (basata sulla nomina di ausiliari non giudici!) si è per fortuna *arenata*.

Come s'accennava, la durata media di un primo grado civile italiano è di 36 mesi (di quello francese 12, tedesco 8, inglese 14); di un intero processo fino alla Suprema Corte 116 mesi (più del doppio degli altri paesi europei). Non di meno, negli anni novanta, la spesa per la giustizia è cresciuta del 140% e i magistrati togati sono aumentati del 15% (assieme a quelli onorari l'Italia ha oggi circa 1 giudice per ogni 10.000 abitanti: dato ben collocato, si noti, nelle medie europee). Eppure l'arretrato complessivamente cresce e il 60% dei processi di contenuto economico determinato ha valore inferiore ai 5.000 euro e meno della metà dei processi giunge alla sentenza. Il guasto evidentemente è nella logistica, nelle motivazioni, nelle carenze di “geometria” cartesiana di larga parte del sistema.

Qui, comunque, non è il caso di approfondire ancora i termini del problema e le

possibili prognosi in relazione alle varie terapie ipotizzabili; basti aver presente il quadro complessivo della grave situazione, entro il quale si sono collocate anche le recenti e recentissime leggi di riforma dei primi anni 2000 (cui si è già fatto cenno e delle quali si tornerà a parlare anche in seguito), che per vero non parrebbero *prima facie* tali da procurare un autentico cambiamento.

L'art. 6 C.e.d.u. Sotto questo profilo della durata del processo assume un particolare significato – ed anche un certo grado di cogenza pratica – una fonte sovranazionale (europea e non già solo della più ristretta Europa comunitaria), ossia la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, resa esecutiva in Italia con legge n. 848/1955. Essa è così immediatamente applicabile, per una sua larga parte, dai giudici nazionali, ma comunque vincola gli Stati che vi hanno aderito (salve eventuali riserve da ciascuno appostevi e salva la facoltà di ogni Stato di uscire dalla Convenzione).

Dal punto di vista processuale civile interessano soprattutto gli artt. 5 e 6, e specie il co. 1 dell'art. 6: “Ogni persona ha diritto a un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente ed imparziale costituito per legge, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile”. È questo un obbligo di prestazione e di risultato – in larga misura corrispondente alle garanzie del “giusto processo”, sul piano costituzionale interno assicurate già dagli artt. 24 e 111 – che ogni Stato aderente contrae a favore dei propri cittadini sul piano internazionale. Per più efficacemente presidiarlo sono stati però istituiti appositi organi convenzionali sovranazionali (la Commissione e la Corte europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo). Il sistema di controllo istituito dalla Convenzione europea è stato modificato dal Protocollo 11, adottato l'11 maggio 1994, ed entrato in vigore il 1º novembre 1998, che ha sensibilmente innovato, anche se non stravolto, il sistema originario della Convenzione concentrando tutte le funzioni giurisdizionali nella Corte europea, muniti del potere di esaminare ricorsi individuali dei cittadini che abbiano esaurito i ricorsi interni e – se ritenuti fondati – di dichiarare lo Stato responsabile non solo inadempiente ma eventualmente anche tenuto a corrispondere alla vittima una “equa soddisfazione” in denaro. La Corte, secondo procedure di recente rese più snelle, non giudica su norme interne, raffrontandole alle garanzie della Convenzione, al modo di una super Corte costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo. Il giudizio verte sul concreto rispetto nel caso di specie della garanzia in capo al ricorrente. Lo Stato non eviterà la condanna in forza delle sue belle o buone norme interne, ma solo se la loro applicazione sia stata tale da escludere ogni violazione lamentata.

L'attuazione della garanzia convenzionale La garanzia convenzionale del “giusto processo”, di cui all'art. 6 C.e.d.u., ha in larga misura contenuti sovrappponibili a quelli degli artt. 24, 101 ss., e specialmente dell'art. 111, della nostra Costituzione, ma essa opera nel modo assai più diretto e specifico che si è detto. Inoltre – e proprio perché quel suo modo di operare rende tale completamento

congruo – l'art. 6 garantisce precettivamente che uno Stato, che non sappia organizzarsi in modo tale da avere processi di durata “ragionevole”, sarà dichiarato responsabile e tenuto almeno ad una riparazione monetaria a favore dell'individuo leso, quasi come un deterrente per il futuro. Non potrà, infatti, essere un vero e proprio risarcimento (non è facile quantificare il danno da durata processuale abnorme, fra l'altro senza ancora conoscere l'esito del processo), ma neppure un mero simbolo; ecco dunque che si adotta un indennizzo forfettario, di ammontare variabile a seconda dei casi, che inoltre meglio contribuisce a stigmatizzare la dichiarata inadempienza.

La garanzia del giusto processo di cui all'art. 6 C.e.d.u. era oggetto di esplicita enunciazione all'art. 6, paragrafo 1, del Trattato dell'Unione europea (TUE) che nel testo modificato dal Trattato di Amsterdam (firmato ad Amsterdam il 7 ottobre 1997, entrato in vigore, nel nostro paese, il 1° maggio 1999, per effetto della legge di ratifica ed esecuzione n. 209/1998) poneva esplicitamente a fondamento dell'Unione europea “i principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri”. Inoltre il testo dell'art. 7 TUE prevedeva un meccanismo sanzionatorio del reiterarsi “di una violazione grave e persistente ... dei principi di cui all'art. 6, par. 1, TUE” che poteva comportare per i Paesi inadempienti la sanzione della privazione dell'esercizio di alcuni diritti derivanti dall'applicazione del Trattato, quale principalmente il diritto di voto nell'ambito del Consiglio europeo.

Il testo degli artt. 6 e 7 TUE, come più in generale gran parte del Trattato, è stato ampiamente revisionato dal c.d. Trattato di Lisbona, firmato il 19 ottobre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Con esso sono stati modificati sia il Trattato sull'Unione europea (il quale oggi prevede una nuova numerazione), sia il Trattato che istituisce la Comunità europea (Trattato CE), oltretutto ribattezzato “Trattato sul funzionamento dell'Unione europea” (TFUE). Tale trattato fa seguito al fallimento del più ambizioso Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (G.U.C.E. n. 310/C del 15 dicembre 2004), ormai definitivamente naufragato per via degli esiti negativi delle consultazioni popolari in Francia ed Olanda.

Il trattato di Lisbona
del 2009

Il nuovo art. 6, in particolare, si apre con l'affermazione che l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e chiarisce che l'Unione aderisce *per sé* alla C.e.d.u. Quanto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, al suo art. 47 (“Diritto a un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale”) stabilisce: “1. Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. 2. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona

ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. 3. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”.

L’art. 267 del TFUE post-Lisbona consente di nuovo ai giudici non di ultima istanza di investire, con il rinvio pregiudiziale, la Corte di Lussemburgo anche su questioni di giustizia civile (possibilità che era stata soppressa per alcuni anni).

Condanne per violazione della garanzia di durata ragionevole ne hanno raccolte vari Stati, ma l’Italia ha svettato a lungo molto al di sopra degli altri: praticamente per tutti i tipi di suoi processi e per le loro durate almeno doppie rispetto al più largamente inteso *standard* di ragionevole tempo di percorrenza (che in concreto va valutato alla luce di ogni circostanza, del contegno non solo dei giudici ma anche delle parti, della complessità della causa nonché dell’importanza dell’oggetto del processo, la c.d. posta in gioco). Sono questi i criteri utilizzati dalla costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo al fine di valutare il ricorrere o meno della violazione della garanzia della durata ragionevole del processo: un processo alla luce di tale giurisprudenza è giudicato “lento” se mediamente un grado di giudizio – e specie quelli successivi al primo – supera i tre anni di durata: in questi termini *ex plurimis Cancellieri c. Italia*, 26 aprile 2001; *Aggiato c. Italia*, 26 aprile 2001. Da noi è pressoché sempre così!)

I giudici della Corte europea dei diritti dell’uomo hanno reiteratamente e pubblicamente manifestato insofferenza nei confronti della situazione italiana: a tal punto che in diverse decisioni pronunciate nel corso del 1999 è stata affermata l’esistenza in Italia di una pratica “incompatibile” o comunque “contraria” alla Convenzione e, in occasione della cerimonia di inaugurazione dell’anno giudiziario svoltasi il 25 gennaio 2000, il Presidente della Corte Wildhaber ha, al riguardo, affermato che, avendo la Corte ritenuto l’esistenza di una tale pratica, i casi italiani avrebbero potuto essere trattati in maniera sommaria, senza cioè una più puntuale motivazione stante il pericolo che la Corte potesse restare “sepolta” sotto i casi italiani.

La c.d. legge Pinto Ebbene, in questa situazione e in considerazione dell’introduzione della garanzia della durata ragionevole del processo tra i principi costituzionali, il nostro Ministero della Giustizia, come già in Spagna, ha varato la legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto): poiché il ricorso individuale a Strasburgo esige l’esaurimento dei ricorsi ordinari di diritto interno, si è pensato di “schermare” gli organi convenzionali con l’istituire in Italia delle sedi di applicazione dell’art. 6, presso ognuna delle nostre corti di appello, e così devolvere a un collegio di Corte d’appello il compito di esaminare se lo svolgimento di un certo processo (magari tuttora pendente, eventualmente in Cassazione o presso la stessa Corte di appello), considerata la sua natura e il contegno di tutti i suoi protagonisti, abbia o meno rispettato la garanzia dell’art. 6 ed esiga così o meno la condanna dell’Italia ad una equa riparazione alla parte che ne chiede il rispetto.

L’effetto deflattivo per la Corte di Strasburgo è stato in larga misura assicurato: non solo in relazione ai processi ancora da instaurare, ma anche con riferimento ai processi già pendenti a Strasburgo al tempo dell’entrata in vigore della legge, per i quali è stata dettata

un'apposita disciplina transitoria. Tuttavia a grave prezzo. Il “rovescio della medaglia” (se così eufemisticamente vogliamo definirlo) è stato che questa attuazione decentrata dell'art. 6 con le strutture stesse della macchina giudiziaria italiana, ha finito per condurre: *a*) a migliaia di azioni di rispetto dell'art. 6: v. oltre; *b*) a distrarre, in mancanza di adeguamenti di organico, i magistrati delle corti di appello dai loro compiti ordinari: si deve così registrare il paradosso tutto italiano di una legge che, nel mentre si propone di riparare per equivalente all'eccessiva durata di taluni processi, indirettamente accresce la durata di altri (non solo, dunque, la legge Pinto non interviene sulle cause del problema, ma addirittura contribuisce sensibilmente al suo aggravio); *c*) a possibili proscioglimenti dell'Italia, in realtà più o meno autogiustificazionisti, ovvero a condanne troppo esigue, che non reggono il successivo scrutinio che il cittadino può sempre ottenere dagli organi della Convenzione a Strasburgo (anche se occorre segnalare che la giurisprudenza della Corte di cassazione ha di recente chiarito che i parametri risarcitorii dovrebbero essere i medesimi adottati in uso presso la giurisprudenza della Corte europea, e ha da ultimo riconosciuto l'indennizzo anche agli eredi della parte lesa); *d*) si è così dato corso non di meno a molte condanne pecuniarie, ciascuna (troppo) piccola (circa 3 mila euro), ma nel complesso costituenti una nuova – ed inutile – falla per la finanza pubblica.

L'equa riparazione monetaria non è infatti il fine dell'art. 6, ma l'unica sanzione-deterrente che si poteva immaginare: condanne “municipali” impoveriscono l'erario (intasano le corti d'appello e, in prospettiva, anche la Cassazione), ma non soddisfano davvero quella funzione di sanzione-deterrenza-monito sovranazionale, com'è d'altronde manifesto nelle rinnovate raccomandazioni rivolte ancora nel 2005 dalla Corte di Strasburgo al Governo italiano.

Ma vediamo un po' più da vicino quali sono i “gravissimi ed assurdi costi della Legge-Pinto” (per usare le parole impiegate nella relazione annuale della Cassazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009, spec. p. 163 e la relativa tabella esplicativa). Alcune cifre (e sono quelle disponibili al 2009) potranno aiutare a comprendere perché si deve concludere che il rimedio è risultato peggiore del male: il Ministero della Giustizia ha dovuto erogare, fino al 2009, 150 milioni di risarcimenti; esso ha poi maturato – solo fino al 2008 – un debito ancora pendente di ulteriori 86 milioni di euro, ma già per il solo 2009 sono stati contratti debiti risarcitorii per 31 milioni di euro. Il totale, tra erogazioni passate e debiti maturati, ammonta allora a 267 milioni di euro. Ma ancora di più spaventa l'incremento esponenziale dei costi legati a questa legge: il fabbisogno delle Corti, delegate al pagamento per il c.d. debito Pinto, ha visto un incremento complessivo del 69.96% dal gennaio 2009 al gennaio 2010 (passando da 56.777.439 euro a 89.195.741 euro). In crescita – ovviamente – anche le azioni intentate in forza della legge Pinto: l'incremento qui rispetto al 2008 e del 30,8%.

Non stupisce, allora, che a fronte di questo disordinato e disordinante sconquasso il Governo, raccogliendo tardivamente i reiterati inviti in tal senso, abbia presentato in Parlamento il 10 marzo 2009 un progetto di riforma della legge Pinto. In particolare questo è stato inserito nell'ambito del più ampio e famoso disegno di legge A.S. n. 1440, noto come legge sul processo breve (sulla cui “equivoca” valenza sotto il profilo della giustizia penale e della giustizia contabile non occorre, fortunatamente, qui soffermarsi). La proposta del Governo – per quel che qui rileva – prevede una riorganizza-

Il disastroso bilancio decennale della legge Pinto

... e il disegno di legge proposto dal Governo nel marzo 2009

zione del procedimento presso le Corti di appello, nel tentativo di rendere solo residuale il giudizio di cognizione piena, e ancor più sporadico l'eventuale finale giudizio di legittimità in Cassazione (sul punto si v. *funditus, si vis*, il ns. *La improcrastinabile radicale riforma della Legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art. 6 Cedu*, in *Corriere Giuridico*, 2010, 425 ss.).

Ma il legislatore ha tentato altresì di prevenire l'insorgere di una moltitudine di casi di violazione della ragionevole durata mediante l'introduzione di un meccanismo che prevede un onere per la parte di attivare un "congegno sollecitatorio", ossia di far presente al Giudice che il procedimento sta "andando un po' troppo per le lunghe" chiedendone la celere definizione, pena la impossibilità, in futuro, di dolersi del suo eccessivo protrarsi (è chiaro però che le parti avranno non poche remore a sollecitare in tal senso il Giudicante). Viene infine precisato che non sono considerati "irragionevoli": due anni per il primo grado, altri due per l'appello e poi ulteriori due per il giudizio di cassazione, nonché un altro anno per ogni successivo grado di giudizio (ed il riferimento è al giudizio di rinvio dopo la cassazione della sentenza). Questi termini potranno poi essere aumentati fino alla metà dal giudice nei casi e secondo i parametri descritti dall'art. 2, co. 2 della legge Pinto.

Sulla legge Pinto è di recente intervenuto il legislatore (legge n. 134/2012). Le novità introdotte possono così essere riassunte: la previsione legislativa della durata ragionevole di ciascun grado di giudizio (secondo le indicazioni già provenienti dalla giurisprudenza); la modifica del procedimento per l'erogazione dell'indennizzo (che si avvicina sempre di più al procedimento monitorio); la previsione di criteri standardizzati per il calcolo dell'indennizzo (al fine, evidentemente, di rendere piuttosto "meccanico", e così più celere, il giudizio demandato al giudice); e – soprattutto – la previsione della rilevanza, al fine di escludere il diritto all'indennizzo, della condotta (stragiudiziale e giudiziale) della parte (ad esempio la parte che sia stata condannata, *ex art. 96, co. 1, c.p.c.* per lite temeraria, non potrà proporre istanza per l'indennizzo). Si tratta di un intervento tutt'altro che risolutivo, che non ci pare in grado di invertire la tendenza – ormai purtroppo in uso – di indiscriminati "risarcimenti a pioggia" per violazioni della ragionevole durata del processo. Ed anzi, è da credere che alla semplificazione del procedimento di richiesta dell'indennizzo (sempre più vicino al modello monitorio) conseguirà un aumento delle decisioni di accoglimento, aumento che non pare potrà essere significativamente ridotto dalle restrizioni introdotte nell'estate del 2012.

La soluzione era e resta, crediamo, una sola: eliminare questo meccanismo indennitario, che a ben vedere si auto-alimenta (imbrigliando risorse economiche e umane che invece potrebbero essere ben più utilmente impiegate per ridurre davvero i tempi processuali), e valorizzare nuovamente il ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo, limitando però l'accesso ai soli casi davvero lesivi del diritto ad una ragionevole durata del processo, ossia quei casi ove la durata del processo è risultata in concreto davvero eccessiva rispetto alla durata media del processo nazionale (e non certo rispetto ad astratti parametri troppo lontani dalla situazione effettiva, comune alla maggioranza dei consociati).

Nella storia del processo, quasi in ogni epoca e paese la più parte delle leggi di riforma vede la luce per finalità di abbreviazione dei tempi di attesa del giudizio (e ben di rado cambia realmente le cose). Ma nel caso italiano, a partire dalla fine degli anni ottanta, non solo quella consueta aspirazione di fondo ma proprio le montanti condanne di Strasburgo hanno indotto a varare nuove leggi processuali (ma purtroppo solo nuove leggi processuali e ben poca vera “riorganizzazione”).

Il moto riformatore per accelerare i processi

In precedenza si accarezzava l’idea di dare già vita ad un vero e proprio nuovo c.p.c. e qualche rilevante passo in tale direzione si compì alla fine degli anni settanta (Commissione Liebman; Commissione Andrioli). L’assillo di una situazione insostenibile ha fatto prevalere, dal 1988 ad oggi, l’idea che occorressero piuttosto provvedimenti urgenti, che sono stati adottati sul piano legislativo tra il 1990 e il 1995, tra il 2005 e il 2006, salvo l’occasionale ritorno d’aneliti a più organici e complessivi interventi, nell’intervallo tra queste due novelle (Commissione Tarzia; Commissione Vaccarella), nel 2009 e da ultimo anche nel quinquennio 2010-2015. Sul piano organizzativo ed amministrativo, tuttavia, ben poco – al solito – si è saputo fare.

Ci si è mossi in due direzioni e l’ispirazione di fondo era in entrambi i casi sensata, anche se la sua attuazione è stata per certi aspetti maldestra.

a) Da un lato, si è compreso che occorreva potenziare le forme di giustizia affidate a giudici non di carriera, per meglio garantire che anche le liti economicamente minori possano trovare accesso, senza costi esagerati e senza inutili formalismi. Di qui la drastica rivalutazione della competenza del giudice laico, rappresentato solo da quel giudice conciliatore che – fin dal secolo scorso – aveva mostrato di poter definire anche l’80% delle cause, ma la cui competenza era, negli ultimi cinquant’anni, divenuta sempre più irrisoria, con carico sui giudici togati di quasi tutto il contenzioso (di qui l’ingorgo e la durata abnorme dei processi). La legge n. 374/1991 ha allora sostituito, alla figura usurata del giudice conciliatore, quella del giudice di pace, con un organico di 4.700 posti ed una selezione tendenzialmente più accurata e presupponente almeno la laurea in legge, e così una competenza in allora di reale spessore (liti fino a 5 milioni – ora 5 mila euro –, come aggiornato dalla riforma del 2009) ed anzi di tutto risalto per le cause di responsabilità civile automobilistiche (fino a 30 milioni – dal 2009 20 mila euro –).

La giustizia laica e il giudice di pace

Purtroppo il profilo soggettivo di giudice di pace emergente dalla legge presentava alcune stranezze (età minima di 50 anni, ad esempio) e dava troppo spazio per la nomina di pubblici dipendenti in pensione (c.d. modello del giudice della terza età). La diffusa perplessità sulla loro effettiva preparazione, ed anche sul loro spirito di servizio e flessibilità di attitudine, ha portato nel 1994 a modifiche della legge intese a dare spazio anche alla nomina di giovani procuratori legali o di avvocati; e su queste ripensate basi soggettive la nuova figura ha

preso le mosse dal 1° maggio 1995, anche se purtroppo a ranghi non completi e sulla base delle nomine – non sempre accurate – svoltesi secondo il vecchio modello. Donde la virulenta – ma non troppo infondata – reazione degli avvocati e il permanere in generale di gravi dubbi sulla efficienza di questa nuova istituzione giudiziaria, il cui successo sarebbe invece necessario per avviare a soluzione il problema della durata accettabile dei processi.

Proprio l'iniziale percezione di un certo miglioramento complessivo della "nuova leva" dei giudici di pace e della funzionalità sociale dei processi che si celebrano avanti a loro, nonché la necessità di perseguire un ulteriore sgravio dei ruoli dei giudici togati, avevano ispirato il d.d.l. di "disposizioni per la razionalizzazione e l'accelerazione del processo civile" (d.d.l. n. 1524/XV/S, c.d. disegno Mastella), mai approvato, ove appunto si contemplava l'innalzamento del limite generale di valore della competenza del giudice onorario sino a 10.000 euro, e addirittura a 50.000 euro per le cause di risarcimento del danno da circolazione di veicoli o natanti. La riforma del 2009 ha sì innalzato il limite generale di valore, ma senza prevederne uno così alto (si è passati da 2.500 euro a 5.000 e da 15.000 a 20.000 per le cause di responsabilità civile da circolazione di veicoli e natanti): aumento di competenze che però imporrebbe in modo ineludibile quella copertura piena della pianta organica dei giudici di pace cui ancora, da parte di C.S.M. e Ministero, non si è provveduto, forse anche per ragioni di risparmio e perché nel C.S.M. – incostituzionalmente, crediamo – ancora i giudici di pace non sono minimamente rappresentati; ciò che probabilmente spiega perché – benché se ne parli da tempo – a quell'innalzamento non si sia messo mano in occasione dei più recenti interventi di riforma.

Nuove leggi processuali *b)* Per altro verso, con la legge n. 353/1990 si è data una disciplina in larga parte nuova al rito di cognizione delle cause avanti ai giudici "togati", specie davanti al tribunale, con molti avvicinamenti alle soluzioni – non giustamente a tutte, però; né mai negli stessi esatti termini – sperimentate nel rito del lavoro: sentenza di condanna di I grado già esecutiva; favore per il giudice monocratico; possibilità di ordinanze di condanna in corso di causa e prima della sentenza; impossibilità di tenere in serbo per l'appello nuove eccezioni e nuove prove; necessità dell'interrogatorio libero delle parti; nuova scala di competenza per valore. Con il d.l. n. 238/1995, convertito con legge n. 534/1995 il confine fra pretore e tribunale era stato spinto addirittura a 50 milioni di vecchie lire, in considerazione anche del fatto che fra un giudice della pretura ed un giudice del tribunale non vi era più – con l'abolizione delle selezioni interne instauratasi attorno al 1970 – alcuna differenza di preparazione od esperienza, sì che solo il numero dei giudicanti ha fatto persistere fino al 1998 la reale differenza fra i due organi.

Le novità legislative del 1998 sul giudice unico La modifica dell'art. 48 ord. giud. nel senso di prevedere la regola della monocraticità della decisione del tribunale riservando alla decisione collegiale solo talune cause previste in via tassativa ha aperto la via al d.lgs. n. 51/1998 che ha soppresso le preture ribadendo il principio della decisione del tribunale in composizione monocratica ad eccezio-

ne di tassative ipotesi, ora contenute nell'art. 50-*bis* del codice di rito, che in ragione della oggettiva complessità giuridica delle materie e della rilevanza economico-sociale delle controversie sono devolute in decisione al collegio (v. sez. IV, cap. 1).

Moltissime norme del c.p.c. e di alquante leggi speciali sono state così dal d.lgs. n. 51/1998 corrette al fine di sopprimere ogni riferimento al pretore e sostituirvi di norma attribuzioni di competenza giurisdizionale al tribunale (con l'occasione ritrasferendo “alle amministrazioni interessate le funzioni amministrative in precedenza affidate al pretore, se prive di collegamento con l'esercizio della giurisdizione”: lett. *o*). A seguito di tale riforma le regole sulla competenza per valore e le norme sulle deroghe alla competenza per ragioni di connessione risultano semplificate e l'unico reale confine che permane è quello che corre fra giudice laico e giudice di carriera ossia reclutato per vero concorso e incardinato nella amministrazione statale. Ma soprattutto sarà più agevole ripartire i magistrati nelle varie sedi secondo gli effettivi carichi di lavoro da affrontare.

Altra legge riformatrice (il d.p.r. n. 276/1997), di più contingente e quasi malinconica tessitura ed ispirazione (quasi di *extrema ratio*), attiene all'arretrato dei tribunali, ossia alle (centinaia di migliaia di) cause che erano già pendenti alla data del 1° maggio 1995, alle quali si applica solo in piccola parte la riforma del 1990 e che erano destinate a rimanere soggette al “vecchio rito” di trattazione ed anche alla collegialità decisoria del tribunale senza eccezioni.

... e sulle sezioni stralcio per l'arretrato

Per agevolare la definizione di tali procedimenti civili (esclusi solo quelli già assunti in decisione a seguito dell'udienza di discussione e quelli che secondo il nuovo art. 50-*bis* c.p.c. spetterebbero al Collegio, ove si trattasse di cause nuove) – con l'obiettivo di esaurirne entro cinque anni almeno il primo grado: e già si è detto del mancato rispetto anche di questo termine – si è inteso procedere “alla nomina di giudici onorari aggregati” (di tribunale) “nel numero di mille”, reclutandoli soprattutto tra gli avvocati vicini alla pensione o già a riposo (artt. 1 e 2, legge cit.).

Tali nuovi giudici, pur venendo assegnati ad apposite sezioni stralcio dei tribunali, istruiscono e decidono *monocraticamente* pressoché tutte le “vecchie” cause, senza alcun limite di valore e senza alcun effettivo controllo e garanzia di collegialità da parte dei presidenti (“togati”) delle sezioni stralcio entro cui operano (art. 12); inoltre ritornano in istruttoria, avanti a loro, anche le cause in cui erano state già precise le conclusioni, affinché sia esperito un tentativo di conciliazione (in esenzione fiscale: art. 13).

Tali soluzioni presentano, al di là delle buone intenzioni (di cui, come suol dirsi, non di rado sono lastricate ...), molte aporie – anche istituzionali e costituzionali – e destano sincere preoccupazioni per la qualità degli esiti e per il sostanziale abbandono dell'arretrato “vecchio rito” ad un giudice neofita, non professionale, monocratico; risulta così incongruamente accentuato, fino ad un *diapason* di innaturalezza, il diverso regime fra cause nate prima del vigore della riforma del '90 (“vecchie”) e cause “nuove”, cui sole nel 1995 si è scelto di applicare il rito riformato.

Occorreva invece almeno, per evitare ciò, garantire che le sezioni stralcio decidessero collegialmente, con la vigile e ponderata presidenza di un magistrato togato di grande competenza ed esperienza.

L'innovazione più controversa, se non più importante, della riforma del 1990-1995, a parte la soppressione della collegialità in tribunale (originariamente stabilita solo per le cause di "nuovo rito", iniziate cioè dopo il 1º maggio 1995), è stata quella della reintroduzione della griglia di preclusioni iniziali ai poteri delle parti (destinate a scattare in parte al momento delle scritture introduttive della causa e in parte dopo le sue prime udienze). Il che non è altro – come si vide – che un ritorno al passato, cioè all'impostazione del codice travolta poi dalla legge del 1950.

Corsi e ricorsi. E come nel 1950, anche negli anni novanta questa più severa canalizzazione del diritto di difesa e del contraddittorio – più severa ma si badi bene non certo lesiva dell'art. 24, co. 1 e 2, Cost. – ha incontrato una cattiva accoglienza nei suoi destinatari, ossia negli avvocati il cui lavoro è stato da quelle nuove regole reso alquanto più impegnativo ed assillante.

Si aprì, anche per questa ragione, una agitata stagione di polemiche e di rinvii all'entrata in vigore delle due nuove leggi (con una serie di decreti-legge, su cui sarebbe inutile soffermarci). Ad acuire tensioni e perplessità – fino all'acme segnato nella primavera del 1995 da un lungo "sciopero" degli avvocati (giuridicamente, beninteso, non era uno sciopero) – si aggiungeva l'insoddisfazione per le nomine dei giudici di pace con criteri superati e non sempre affidabili. Sullo sfondo, per essere chiari, si stagliava la crisi generale di un processo civile lasciato andare allo sbando da troppi lustri, soggetto non di meno ad una crescente imposizione fiscale, per il quale non si sapeva additare nulla di meglio che nuove norme processuali – in larga parte buone, ma talune, e fra queste quelle sulle preclusioni, un poco involte – e l'accrescimento del coefficiente pubblicistico-autoritario, che è a molti sembrato insito nelle preclusioni e nel reclutamento di troppi giudici di pace-ex burocrati.

Ma non va neppure tacito (perché tali profili ordinamentali e financo sociologici si riflettono sulla vita delle norme di rito) che la crescita incontrollata del numero degli avvocati italiani (gli iscritti agli albi sono oggi 230 mila, e crescono di 10.000 all'anno) – che non tarda a riflettersi sul "clima" che informa la trattazione delle cause civili – e la disattenzione nella loro selezione hanno alterato ogni proporzione rispetto al numero e al peso specifico dei giudici e la poca cura nel riordino del mondo giudiziario in genere è venuta creando una situazione paradossale nella quale il processo civile è diventato un'esperienza non di rado mortificante e, staremmo per dire, socialmente meno responsabile che nel passato. Si che ogni tentativo di recupero di credibilità brancola – e quasi affonda – in un pulviscolo di interessi corporativi e di ipersensibilità esacerbate, che ha condotto ad una certa qual contrapposizione anche fra giudici ed avvocati civilisti (nella quale i neo-reclutati giudici di pace della "terza età" sembrano a tratti aspirare, più che altro, a dar forma ad un terzo polo, esso pure con venature corporative; né troppo diversamente si deve dire per i giudici "aggregati" delle sezioni stralcio, che avrebbero invece dovuto unicamente rappresentare una esperienza transitoria).

**Prognosi non facili
sull'esito concreto
delle riforme**

In particolare il recupero legislativo nel processo ordinario delle regole di preclusione, del cui rispetto finisce con l'essere arbitro (talora anche discrezionale) il giudice, sembrò un fattore destabilizzante di un *modus vivendi* basato, in sostanza, sull'assunto che lo sforzo difensivo po-

tesse essere diluito e quasi centellinato cammin facendo, poiché comunque l'attesa della sentenza sarebbe stata lunga a cagione degli ingombranti arretrati e delle disfunzioni amministrativo-giudiziarie.

Non riuscendosi a por mano a reali interventi (che avrebbero dovuto e dovrebbero prendere le mosse dagli ordinamenti giudiziario e forense, l'uno e l'altro finora solo rat-toppati), si è solo concluso un compromesso incerto ed instabile, non a caso espresso da due decreti-legge della primavera del 1995 (n. 121/1995 e n. 238/1995). Il nuovo rito, che per larga sua parte includeva anche le regole sulle preclusioni, si applicò solo alle cause promosse dopo il 1° maggio 1995 e non anche a quelle già pendenti. Anche per le cause nuove, le regole di preclusione furono inoltre, a tambur battente, addolcite, sì da far luogo ad un rito per metà scritto e per metà orale, non troppo concentrato, sostanzialmente ibrido: ancora troppo rigido ed incalzante per le (relativamente poche) cause difficili; troppo dilatato e articolato (e fors'anche più costoso) per le molte cause di *routine*. Per diversi anni si è sperimentata la coesistenza di una duplicità di riti, "vecchio" (secondo le norme codicistiche *ante* legge n. 353/1990) e "nuovo" (con i tribunali monocratici "togati" e i giudici di pace); ma non nel senso – attento al contenuto delle stesse, e non già solo all'epoca del loro inizio – che esperienza e comparazione accreditano quale proficuo, bensì solo al fine di rendere più digeribile per gli operatori il processo che è infine sortito dalle convulse e confuse fasi di accoglienza di riforme che si presentavano quali urgenti ed essenziali.

Ne derivò infine anche una maggiore propensione a valorizzare l'arbitrato (propensione ben viva, ma in modo scomposto, ancora oggi: v. l'ampia novella portata dal d.lgs. n. 40/2006: v. sez. III, cap. 7), più celere, ma più costoso, del processo ordinario, superando legislativamente varie tradizionali limitazioni: più timidamente con la legge n. 28/1983 e con maggiore organicità con la legge n. 25/1994, che peraltro tuttora fatica a superare tutti i vecchi condizionamenti e le correlate arcaiche prevenzioni (di cui è eco anche nella giurisprudenza della S.C., specie nel triennio 2000-2003, ma non in quella della Consulta che nel 2002 ha "abilitato" anche gli arbitri a rimettere questioni, in veste di vero giudice *a quo*: e v. ora l'art. 819-*bis*, co. 1, n. 3, c.p.c.).

Nel solco tracciato dal legislatore del 1990, in parte poi rivisto nel 1995 a seguito della ricordata protesta della classe forense, si è mossa anche la legge n. 80/2005, il cui intervento sul processo ordinario di cognizione di primo grado è quasi esclusivamente ristretto proprio al regime delle preclusioni. Di questo, la recente riforma torna ossessivamente a proporre un nuovo irrigidimento (stabilendo, come già spiegato, oneri di maggior completezza per le parti negli atti introduttivi del giudizio e rendendo tendenzialmente eventuale un'udienza devoluta alla sola verifica della regolarità del contraddittorio), una volta di più destinato a trovare indifferente applicazione per tutte le cause, indipendentemente dal loro valore e dalla loro complessità.

Riforme egregie del 2005-2006 e processo di cognizione

Sul processo ordinario di cognizione questa riforma ha inciso anche per aspetti diversi dalle preclusioni: dalla forte e complessivamente benvenuta apertura a comunicazioni a mezzo telefax o a mezzo posta elettronica (seppure subordinatamente al rispetto d'una normativa regolamentare all'epoca, non oggi, ancora in gran parte da varare), al parziale

svecchiamento e adeguamento alla giurisprudenza costituzionale delle disposizioni in materia di notificazione degli atti processuali, al profondo rinnovamento del giudizio di cassazione (con d.lgs. n. 40/2006) di cui già si è dato sommario conto in precedenza.

Una nota probabilmente positiva può inoltre riconoscersi, nell'ambito di questo variegato quadro di novità, nel potenziamento dell'art. 186-*quater* c.p.c. Questa disposizione, originariamente frutto del d.l. n. 238/1995, prevedeva una nuova forma di decisione nelle cause di condanna a un pagamento o alla consegna di beni mobili o rilascio di immobili. Una volta compiutasi l'istruzione probatoria, invece di attendere la sentenza finale, l'attore può chiedere al giudice di pronunciare una decisione esecutiva con ordinanza, non idonea al giudicato ma titolo per l'esecuzione forzata, poiché basata su una cognizione piena in fatto e in diritto. Questo istituto, che non deve degenerare in giustizia sommaria, acquista un interessante significato proprio e solo nella prospettiva della meno lenta definizione del grande arretrato e della ricerca delle premesse per meno frequenti violazioni dell'art. 111 Cost., in specie ora che, in difetto di un'istanza del convenuto di proseguimento del processo in primo grado, l'ordinanza acquista efficacia di sentenza immediatamente appellabile (prima della legge n. 263/2005, il convenuto aveva viceversa onere di attivarsi se desiderava siffatto risultato, mentre in caso di sua inerzia si sarebbe comunque giunti alla pronuncia di una sentenza che avrebbe assorbito la precedente decisione).

Sono comunque soprattutto altri i settori del processo civile su cui hanno inciso le riforme del 2005-2006: dall'espropriazione forzata (la parte meno ben riuscita), al procedimento cautelare uniforme, all'arbitrato. Alle linee guida di tali interventi – che è nondimeno giusto richiamare anche qui, in quanto essi pure variamente intesi al recupero di effettività della giustizia civile – si è già fatto in parte qualche cenno: di essi si tornerà ad occuparsi in seguito, allorché si tratteranno più diffusamente i settori riformati (v. soprattutto *infra*, sez. II, capp. 2-9; sez. III, cap. 7).

La riforma, pure
e positiva, del 2009 ...

L'ultimo intervento pregnante sul processo civile si deve alla legge n. 69 del 18 giugno del 2009 *retro* menzionata, la quale rappresenta un nuovo tassello che si aggiunge alle recenti riforme del 2005 e del 2006 (le successive leggi n. 183/2011 e n. 27/2012 ed altre ancora, di cui si dirà oltre, hanno invece recato modifiche settoriali e non sono organicamente intervenute sullo svolgimento del processo). Tuttavia a dispetto di quelle del 2005-2006, la novella dell'estate del 2009 non assume la veste di una vera e propria riforma: si è in presenza di una serie di interventi – tra loro, invero, eterogenei – chiamati ad incidere soprattutto sulla durata del processo e sulla sua “effettività”. Di questi interventi si darà ampiamente conto mano a mano che si affronteranno gli istituti interessati; per ora basterà una sintetica carrellata generale delle principali novità.

Gli ambiti sui quali la recente legge ha inciso sono i più variegati: è stata notevolmente aumentata la competenza per valore (anche se non quanto prevedeva il d.d.l. Mastella, si è visto) e per materia del giudice di pace; si è modificato il regime dell'eccezione di competenza, quando essa sia sollevata dalla parte (è stato esteso anche all'ipotesi di incompetenza per materia, valore e territorio inderoga-

bile quanto già previsto per l'incompetenza per territorio semplice: l'ultimo momento utile per sollevare la relativa eccezione è la comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata, artt. 38 e 167); è stata introdotta la espressa sanzione della nullità per le c.d. sentenze della terza via, ossia pronunciate dal giudice sulla base di questioni rilevate d'ufficio senza però instaurare sulle stesse il doveroso contraddittorio delle parti; si è esplicitato il principio di non contestazione, riconoscendo che il giudice dovrà fondare il proprio convincimento anche sui "fatti non specificamente contestati dalla parte costituita" (art. 115).

Ancora l'istituto della rimessione in termini, un tempo collocato tra le norme del libro II del codice, trova oggi una collocazione sistematica di più ampio respiro all'interno del libro I: il nuovo art. 153, co. 2 riproduce infatti la regola già prevista dall'art. 184-*bis* (abrogato); le conseguenze di questo mutamento di ubicazione non sono lievi: dopo il 2009 la rimessione opererà anche per quei termini concernenti l'esercizio di poteri "esterni" al singolo grado di giudizio (come ad es. quello di impugnazione).

È stato poi introdotto il c.d. procedimento sommario di cognizione (artt. 702-*bis* ss.), ovvero un nuovo rito a cognizione piena ed istruttoria sommaria destinato ad operare per le controversie devolute al giudice ordinario in composizione monocratica, che si affianca agli altri due riti a cognizione piena: quello ordinario e quello del lavoro (sul rito sommario v. sez. VI, cap. 8).

Quanto ai giudizi di gravame, la novella ha recepito le indicazioni delle sez. un. che, in tema di nuove prove in appello, dal 2005 assoggettavano anche i nuovi documenti al regime generale imposto dall'art. 345, co. 3. Con particolare riguardo poi al giudizio di Cassazione, all'abrogazione del c.d. quesito di diritto (introdotto dalla novella del 2006 all'art. 366-*bis* quale adempimento imposto al ricorrente a pena di inammissibilità del ricorso) si è accompagnata la previsione di un nuovo filtro di ammissibilità dei ricorsi *ex art. 360-bis*: il ricorso è oggi considerato inammissibile ove il provvedimento impugnato abbia deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offra elementi per mutare l'orientamento già espresso o quantomeno confermarlo ma in forza di diversi argomenti; ovvero quando sia palesemente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo. Altre modifiche hanno interessato il procedimento per cassazione (tra le quali si segnala l'istituzione di una "sezione filtro", destinata a filtrare, appunto, i moltissimi ricorsi che ogni anno vengono proposti, mediante l'impiego di un procedimento semplificato volto alla eventuale declaratoria di inammissibilità o palese fondatezza/infondatezza).

Modifiche minori sono poi state apportate al processo cautelare e a quello di esecuzione forzata. In relazione a quest'ultimo, però, non può tacersi l'avvenuta introduzione – da tempo auspicata – dell'istituto dell'*astreinte* (il quale, pur se collocato tra le disposizioni sull'esecuzione, attiene per vero anche alla fase di cognizione), ossia di una misura coercitiva accessoria alla condanna (originariamente solo ad un fare infungibile o ad un non fare, e dalla legge n. 132/2015 estesa anche alle obbligazioni di dare, consegnare, rilasciare) e finalizzata ad ottenere

l'adempimento “spontaneo” della pronuncia giudiziale mediante la prospettazione di una sanzione pecuniaria per il caso di disobbedienza.

Con una disposizione *extra codicem* – l'art. 59 – è stata poi introdotta la c.d. *translatio iudicii* tra giurisdizioni (chiaramente interne, e così civile, amministrativa, tributaria e contabile), ossia la possibilità che a valle di una pronuncia declinatoria di giurisdizione si proceda alla riassunzione del processo innanzi al giudice indicato come giurisdizionalmente competente dal giudice originariamente adito, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente resa pendente innanzi alla giurisdizione sbagliata.

Tra gli interventi destinati a ridurre la durata dei contenziosi si segnalano l'accelerazione dei tempi di estinzione del processo e di formazione del giudicato; sotto quest'ultimo aspetto va ricordata la riduzione – da un anno a sei mesi – del c.d. termine lungo per impugnare: in base al novellato art. 327 la sentenza passerà in giudicato se non impugnata entro sei mesi dalla sua pubblicazione. Sempre nell'ottica di riduzione dei tempi del processo si giustificano la retroattività della sanatoria dei difetti di rappresentanza o autorizzazione, di cui all'art. 182; il nuovo regime dell'eccezione di estinzione (oggi rilevabile anche d'ufficio *ex* art. 307, co. 4) e la previsione del c.d. calendario del processo.

... la legge n. 24/2010 sulla telematica Spiccole ed essenzialmente tecniche sono le novità portate al codice dall'art. 4, d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito con modificazioni nella legge 22 febbraio 2010, n. 24, e mirante ad un più diffuso e razionale impiego delle tecnologie digitali in ausilio alla giustizia civile, la quale ha in verità finora mostrato ad esse resistenza tenace e – visto il disordine e l'esoterismo che di solito caratterizzano le disposizioni in materia – piuttosto comprensibile. Anche qui, in breve: sono stati modificati gli artt. 125, 163 e 167 c.p.c., prevedendo che gli atti di parte rechino indicazione del codice fiscale delle parti e dei loro rappresentanti e difensori; è stato introdotto l'art. 149-*bis* c.p.c., che permette la notificazione di atti processuali mediante posta elettronica certificata (c.d. PEC); e sono stati modificati gli artt. 529, 530, 533 e 569 c.p.c., che – integrati da una cospicua normativa di attuazione, anche regolarmente – consentono lo svolgimento con modalità telematiche delle vendite dei beni, mobili ed immobili, espropriati al debitore. Sempre nell'ottica di informatizzazione del processo va segnalata la (questa sì pregnante) novità recata dalla c.d. Legge di stabilità 2013 (n. 228/2012), che prevede – a partire dal 30 giugno 2014 – l'obbligatorietà del deposito in via telematica per tutti gli atti e i documenti processuali relativi a giudizi instaurati dopo il 30 giugno 2014. Per le cause già pendenti a quella data, l'obbligatorietà del deposito informatico di atti e documenti è invece prevista a partire dal 1 gennaio 2015 (sul c.d. processo telematico v. sez. VI, cap. 13).

... e il d.lgs. n. 28/2010 sulla mediazione Gioverà assai poco – invece – ad una più celere e spedita definizione dei processi il d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010, in materia di c.d. mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, emanato in attuazione della delega al Governo,

contenuta nell'art. 60, legge n. 69/2009 (v. sul punto *amplius* sez. VI, cap. 2). Con esso si è prevista la possibilità (che in alcuni casi diventa un onere ai fini della procedibilità – pur se solo temporanea – della domanda giudiziale, art. 5) per le parti di ricorrere ai servizi di un mediatore, ossia di un soggetto terzo il quale le aiuterà ad addivenire ad una composizione amichevole (e stragiudiziale) della lite tra loro insorta. L'accordo amichevole eventualmente raggiunto avrà però una efficacia peculiare: il relativo verbale potrà infatti essere omologato (omologazione nemmeno necessaria se nel procedimento di mediazione le parti siano state assistite da avvocati), su istanza di una delle parti, dall'A.g.o. e costituirà “titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale” (così l'art. 12, co.

2 del d.lgs. n. 28/2010). Certo un meccanismo di conciliazione efficiente rappresenta una grande risorsa per la giustizia civile; senonché crediamo che, per come è stata concepita (l'intervento del mediatore è tendenzialmente previsto in una fase antecedente all'instaurazione del procedimento innanzi all'A.g.o.), la mediazione del d.lgs. n. 28/2010 non avrà il successo che c'era da augurarsi. Ed infatti il meccanismo di mediazione può funzionare bene solo una volta che le parti (ed il mediatore) abbiano un quadro piuttosto preciso delle reciproche posizioni, e così solo a processo avanzato, quanto saranno note le difese di ciascuna parte e magari anche le prove che potranno essere fornite. Nella versione “anticipata” del d.lgs. n. 28/2010, invece le parti difficilmente addiverranno ad un accordo (ancora non sanno che piega potrà prendere la lite, né conoscono la posizione dell'avversario e così potrebbero ben confidare in una vittoria giudiziale), e – del resto – il mediatore difficilmente potrà proporne uno adeguato non avendo a disposizione sufficienti informazioni. Insomma una mediazione del genere potrà funzionare bene sono per le cause davvero bagatellari, nelle quali però l'accordo potrà tranquillamente essere raggiunto dai difensori delle parti senza necessità di coinvolgimento di un terzo mediatore (e così senza doverne sopportare i costi).

La delega in materia di mediazione non è l'unica prevista dalla legge n. 69/2009, che – all'art. 54 – ne contiene una ulteriore, “per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili”. Il compiuto del Governo (portato a termine con il d.lgs. n. 150/2011) era dunque quello di “riordinare” non poco il novero dei riti/procedimenti speciali, purché però “regolati dalla legislazione speciale”, che dovevano essere ricordati (a seconda delle caratteristiche) ad uno dei tre riti a cognizione piena: quello ordinario, quello del lavoro o quello sommario introdotto dalla novella agli artt. 702-*bis* ss. (v. sez. VI). Erano invece esclusi dal riordino i procedimenti previsti dal c.p.c. e dal c.c. (ad es. quello per la denuncia delle gravi irregolarità nella gestione delle società, *ex art.* 2409 c.c.), oltre che quelli – pur previsti da leggi speciali – elencati dall'art. 59 (ossia quelli in materia di fallimento; famiglia e minori; cambiale ed assegni; attività sindacale; tutela industriale e consumatori); il

La delega per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili: il d.lgs. n. 150/2011

che – come hanno osservato i primi commentatori del d.lgs. n. 150/2011 – rappresentava una forte limitazione all’opera del legislatore delegato.

Nonostante le clausole di salvezza imposte dal legislatore delegante, di procedimenti speciali da ricondurre all’ambito di uno dei tre riti menzionati (ordinario, del lavoro e sommario) ce ne sono parecchi: circa 24!

A mero titolo esemplificativo conviene elencarne alcuni: quello in materia di liquidazione degli onorari degli avvocati (legge n. 794/1942); di opposizione al decreto di pagamento in favore dell’ausiliario del magistrato (d.p.r. n. 115/2002); di opposizione all’ordinanza-ingiunzione della legge n. 689/1981; di opposizione a sanzioni amministrative in materia di intermediazione finanziaria (art. 187-*septies*, d.lgs. n. 58/1998), salvo l’imminente spostamento alla giurisdizione amministrativa *ex d.lgs. n. 104/2010*; di opposizione a sanzioni amministrative in materia bancaria (d.lgs. n. 385/1993); quello relativo agli atti e procedure di recupero degli aiuti di Stato (legge n. 101/2008); di risarcimento del danno delle vittime del terrorismo (legge n. 206/2004); di impugnazione del provvedimento di allontanamento dallo Stato (d.lgs. n. 196/2003); di impugnazione dei provvedimenti in materia di riconoscimento dello *status* di rifugiato (d.lgs. n. 25/2008); quello attinente all’eleggibilità nelle elezioni comunali, provinciali e regionali (legge n. 1147/1966 e d.p.r. n. 570/1970), nonché nelle elezioni per il parlamento europeo (legge n. 18/1979); quello in materia di discriminazione per motivi razziali (d.lgs. n. 286/1998), per motivi di disabilità (legge n. 67/2006), per ragioni di sesso nell’accesso ai beni ed ai servizi e loro fornitura o nell’accesso al lavoro (d.lgs. 198/2006), etc.

**Prevalenza del nuovo
rito c.d. sommario**

Ebbene, di questi ben più dei due terzi sono stati ricondotti al rito sommario *ex art. 702-bis* (al quale però sono stati introdotti alcuni correttivi – ad es.: l’impossibilità per il giudice adito di disporre il mutamento del rito da sommario ad ordinario; la possibilità che il rito venga applicato anche quando la decisione è collegiale; l’esclusione, nei casi in cui in precedenza il provvedimento non era impugnabile, dell’appello, – che differenziano non poco il rito sommario del d.lgs. n. 150/2011 da quello codicistico); altri ancora al rito del lavoro, molto pochi (circa 2 o 3) al rito ordinario (ove non si opti per la riconduzione a quello sommario). La scelta, avvertiva il legislatore delegante, doveva essere effettuata ponderando i caratteri preminenti di ciascun procedimento speciale. Così (n. 1) sono stati ricondotti al rito del lavoro quei procedimenti nei quali maggiore è il tasso di officiosità dell’istruzione; al rito sommario introdotto agli artt. 702-bis ss. (n. 2) quelli in cui prevale il carattere semplificato della trattazione o dell’istruzione; mentre tutti gli altri (n. 3) sono stati residualmente ricondotti al rito ordinario. Sono state poi mantenute ferme, come prescritto, alcune particolarità proprie dei diversi riti speciali (molto spesso si tratterà dell’individuazione del giudice competente e/o dei suoi poteri inquisitorii, ma non solo).

Insomma, l’intento del legislatore delegante è chiaro: porre fine alla (e altresì ridurre la) proliferazione di una molteplicità di riti e procedimenti (quelli *retro* elencati, e che potranno essere toccati, sono solo una piccolissima parte) che

lungi dal lenire (se non proprio curare) le inefficienze della giustizia civile (e del suo rito ordinario), non hanno fatto altro che aumentare il grado di incertezza e la complessità del sistema, con gravi ripercussioni sull'effettività – da salvaguardare anche in termini temporali – della tutela dei singoli (si v. comunque più nello specifico sez. VI, cap. 11).

Proprio nell'ottica della semplificazione dei riti va letta l'abrogazione – ad opera dello stesso legislatore delegante (art. 54, legge n. 69/2009) – del rito societario, che ha avuto una vita davvero breve: la sua introduzione si deve al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che aveva inteso disciplinare un rito speciale per le controversie in materia di diritto societario, di diritto finanziario, bancaria e creditizia (esso continuerà ad applicarsi ai processi pendenti alla entrata in vigore della legge di riforma: 4 luglio 2009). Nessuno, crediamo, sentirà davvero la mancanza di questo rito di difficile – se non davvero impossibile – attuazione pratica, specie nel processo con pluralità di parti (per una breve analisi del rito societario e delle sue modalità di svolgimento v. sez. VI, cap. 11).

Vediamo ora schematicamente le novità introdotte dalle leggi n. 183/2011 e n. 27/2012 (delle quali si dirà più nello specifico trattando delle singole disposizioni modificate).

La legge n. 183/2011 è intervenuta anzitutto sugli artt. 125, 133, 134, 136, 170, 173, 183, 250, 366, 518 c.p.c., al fine di potenziare ulteriormente l'uso della posta elettronica certificata, eleggendola a mezzo principale per la comunicazione degli atti delle parti e del giudice (art. 25). L'art. 27 è invece intervenuto sul procedimento di appello. Nell'ottica di consentire un suo più celere svolgimento si è infatti previsto che il Presidente del collegio possa delegare ad uno dei componenti lo svolgimento delle attività istruttorie eventualmente necessarie (art. 350), e che la decisione possa avvenire anche a seguito di discussione solo orale, come previsto per il primo grado dall'art. 281-*sexies* (artt. 351 e 352). È stato infine modificato anche l'art. 283, che ad oggi prevede la possibilità, per il giudice investito dell'istanza di inibitoria del provvedimento impugnato, di condannare la parte che l'ha proposta al pagamento di una somma (tra i 250 e 10.000 euro) ove l'istanza risulti inammissibile o manifestamente infondata.

Le principali novità della legge n. 27/2012 (di conversione, con modificazioni del d.l. n. 1/2012) attengono all'istituzione delle sezioni specializzate in materia di impresa (art. 2), di cui si è già detto qualcosa, e ampiamente si dirà alla sez. VI, cap. 11; e l'abolizione delle tariffe forensi (art. 9), su cui v. sez. IV, cap. 3.

Altre novità sono state introdotte dalle leggi n. 218/2011 e n. 3/2012. Quanto alla prima, con essa il legislatore è intervenuto sull'art. 645 c.p.c. in tema di opposizione a decreto ingiuntivo, ed in particolare sul suo co. 2, che recitava: “in seguito all'opposizione il giudizio si svolge secondo le norme sul procedimento ordinario davanti al giudice adito; *ma i termini di comparizione sono ridotti alla metà*”, abrogando quest'ultima parte. Così facendo il legislatore, con una legge di interpretazione autentica, ha inteso prende-

Il rito societario e la giusta sua abrogazione a pochi anni dalla infelice introduzione

Le novità delle leggi n. 183/2011 e n. 27/2012

... e quelle delle leggi n. 218/2011 e n. 3/2012

re posizione (negandone il fondamento) sull'orientamento della S.C., che – con la sent. n. 19246/2010 resa a sez. un. – aveva affermato che la riduzione a metà dei termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto sarebbe derivata *ex lege* dalla previsione dell'art. 645, co. 2. Con la modifica così introdotta, dunque, la dimissione dei termini è invece (nuovamente) rimessa alla scelta dell'opponente. La legge n. 3/2012, invece, ha introdotto una peculiare procedura di soluzione della crisi da sovraindebitamento, a favore di soggetti che non possono fallire (ossia piccole imprese e imprenditori individuali). Si prevede, in sostanza (ma v. cap. 5 sez. II) per questi soggetti un vantaggio simile a quello di cui godono gli imprenditori commerciali che falliscono: quello di vedere – a date condizioni – estinti i loro debiti, potendo così ripartire nuovamente con la loro attività senza alcun carico ostacolante. La complessa disciplina a tal fine dettata, che richiede il consenso dei creditori e che qui non mette conto illustrare nei dettagli, ci pare invero un poco farraginosa.

Le modifiche apportate dalla legge n. 134/2012 all'appello e al procedimento per cassazione

Nell'estate del 2012 il legislatore ha poi apportato alcune significative modifiche al procedimento di appello e a quello di cassazione (d.l. n. 83/2012, convertito con modificazioni nella legge n. 134/2012). Di esse si dirà approfonditamente nella sezione dedicata ai mezzi di gravame (sez. VII, spec. capp. 1 e 2), ma merita qui tratteggiare brevemente le novità più salienti. Anticipiamo subito che si tratta di modifiche certo non benvenute, che rischiano di danneggiare non poco il nostro, già rodato, sistema delle impugnazioni, che, tutto sommato, non funzionava poi così male (per un approfondimento v. il ns. *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di "svaporamento"*, in *Corriere Giuridico*, 2012, 1133 ss.).

Per ciò che concerne l'appello, è stata introdotta una nuova ipotesi di "filtro" (strumento ad oggi molto *in auge*, si noterà). Si tratta in particolare di un "filtro di inammissibilità" delle impugnazioni che appaiono non avere "*una ragionevole probabilità di essere accolte*" (così recita il nuovo art. 348-bis), le quali potranno così essere dal giudice di appello dichiarate inammissibili con ordinanza "*succintamente motivata*" alla prima udienza, quella prevista dall'art. 350. Le criticità della nuova previsione sono davvero molte, lo si vedrà; una per tutte: l'eccessiva genericità del parametro cui è agganciata la valutazione di inammissibilità (che, a ben vedere, è piuttosto una valutazione di infondatezza dell'appello). Accanto a tale ipotesi di davvero peculiare inammissibilità, ne è stata poi introdotta un'altra (già riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità, però: v. sez. VII, cap. 2), attraverso la modifica del co. 1 dell'art. 342 sul contenuto dell'atto di appello (che dovrà così essere davvero molto puntuale ed articolato, secondo le indicazioni fornite dal co. 1 riformato, pena – appunto – l'inammissibilità del gravame). Altre novità attengono poi al regime delle nuove prove, che diviene assai più rigido (limitando ulteriormente la loro proponibilità), sia per l'appello "ordinario" (art. 345, co. 3), sia per l'appello che sia reso pendente a valle di un giudizio di primo grado retto dal rito sommario di cognizione (art. 702-quater). Nel primo caso, infatti, potranno

essere ammissibilmente proposte solo le prove che la parte dimostri di non aver potuto introdurre nel corso del primo grado per causa ad essa non imputabile (e non più anche le prove che il collegio reputi “indispensabili”, come recitava la precedente versione dell’art. 345, co. 3); nel secondo caso, accanto alle prove che la parte non ha potuto proporre in primo grado, potranno trovare ingresso in appello solo quelle che il collegio reputi “indispensabili” ai fini del decidere (mentre in precedenza l’art. 702-*quater* faceva riferimento alle prove “rilevanti”).

Quanto al procedimento per cassazione, le “innovazioni” attengono anzitutto alla modifica dell’art. 360, co. 1, n. 5. In precedenza, questo articolo consentiva di denunciare alla S.C. il vizio della sentenza consistente nella “omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio”; oggi invece si prevede che possa essere denunciato solo il vizio di “omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti”. Vedremo meglio (sez. VII, cap. 3) quali vizi prima riconducibili al “vecchio” n. 5 dell’art. 360 potranno essere dedotti quali *error in procedendo*, e così “recuperati” attraverso il n. 4 dell’art. 360. Di certo vi è che questa previsione rischia di lasciare “scoperti” tutti quei casi in cui la motivazione, pur se presente, non risulta sufficientemente articolata e così tale da dare veramente conto dell’*iter* logico-giuridico seguito dal giudice che l’ha resa. Oltre a ciò si prevede poi che il vizio motivatorio (appunto quello del n. 5 dell’art. 360) non sarà più deducibile quale motivo di ricorso nel caso di “doppia conforme”, ossia se la sentenza di appello, confermando quella di primo grado, si sia fondata sulle stesse ragioni inerenti alle questioni di fatto su cui si fondava già quella di prime cure.

Come si sarà notato, in tempi recenti il legislatore predilige – ad interventi organici, certo assai più complessi, ma pure più pensosi e pensati – modifiche “a macchia di leopardo”, attraverso “minilegge” di riforma di singoli istituti processuali (spesso prive di una visione di insieme e così suscettibili di arrecare più danni che benefici: questa è la valutazione concorde relativa alla richiamata legge n. 134/2012). Tra questi ulteriori interventi segnaliamo quelli relativi alla disciplina del pignoramento presso terzi (legge di stabilità 2013, n. 228/2012); all’art. 648 (sulla concessione della provvisoria esecutività al decreto ingiuntivo) e all’art. 645, co. 2 (sull’anticipazione dell’udienza di comparizione nel giudizio di opposizione a d.i.); all’art. 70 (con limitazioni dell’intervento obbligatorio del PM nelle cause civili davanti alla S.C.); e all’istituto della conciliazione giudiziale (con l’introduzione di una nuova ipotesi, disciplinata dall’art. 185-*bis*). Di queste novità daremo conto studiando gli istituti interessati.

Le altre modifiche (sempre settoriali) apportate al c.p.c. nel 2012-2013

Sempre guidata da un intento deflattivo è anche la previsione (essa pure assai criticabile), ad opera della legge n. 228/2012, della automatica “sanzione” che colpisce la parte che abbia visto integralmente rigettata l’impugnazione (principale o incidentale) proposta, che dovrà pagare allo Stato, a titolo di contributo unificato, una somma pari all’importo dovuto quale contributo unificato per l’impugnazione svolta (v. sez. IV, cap. 3).

La nuova legge n.
162/2014

Alla logica degli interventi minuti e settoriali, “a macchia di leopardo”, non si sottrae neppure, purtroppo, uno degli ultimi interventi del legislatore processuale (su cui v., per approfondimenti, il ns. [Un d.l. processuale in bianco e nero fumo sullo equivoco della “degurisdizionalizzazione”](#), in *Corriere Giuridico*, 2014), convertito in legge n. 162/2014 (delle novità – poche – recate dalla legge di conversione verrà dato conto quando tratteremo delle singole norme incise). Ci riferiamo al recente d.l. n. 132 del 13 settembre 2014, che apporta alcune modifiche (queste non tutte criticabili, ma certo non epocali) al processo esecutivo (v. sez. II, capp. 7 e 8), ed altre – esse sì, invece, criticabili – ai Libri I e II del c.p.c. Si tratta, in particolare, del nuovo art. 183-bis c.p.c. (la cui previsione è possibile sì ma non è certa: il d.l. ne prevede l’applicabilità solo ai giudizi instaurati 30 giorni dopo l’entrata in vigore della legge di conversione; il legislatore è quindi ancora in tempo per tornare sui propri passi ...). Questa norma riconosce al giudice il potere di disporre d’ufficio il mutamento del rito da ordinario a sommario (*ex artt. 702-bis ss.*). Un meccanismo che, per come congenitato, rischia di far incorrere le parti (meglio: i loro difensori) in decadenze dalla formulazione dei mezzi istruttori e dal deposito di documenti (v. sez. VI, cap. 2). Il d.l. n. 132/2014 interviene altresì sull’art. 92, prevedendo che la compensazione delle spese di lite (ovviamente al di fuori dei casi di reciproca soccombenza) possa avvenire non più per “gravi ed eccezionali ragioni”, ma solo per “novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza”. È quasi certo che la modifica non riuscirà in ogni caso a contenere il pervasivo ricorso alla compensazione delle spese di lite da parte dalla giurisprudenza.

Altre novità recate dal d.l. riguardano previsioni destinate a rimanere extravaganti. Ciò vale anzitutto per l’art. 1 del d.l., che prevede la possibilità – per le sole cause pendenti avanti al tribunale o alla corte di appello al momento della sua entrata in vigore (13 settembre 2014) – di uno “switch”. Le parti, con istanza congiunta (rara, allora), potranno scegliere che la causa pendente venga decisa da un collegio arbitrale, anziché dal giudice di I o II grado. Anche in questo caso il meccanismo così previsto è tanto contorto da rendere a dir poco sconsigliabile questo nuovo strumento di “fuga” dalla giurisdizione ordinaria (v. sez. VI, cap. 1). Davvero criticabile è la nuova procedura di “negoziazione assistita”, di cui agli artt. 3-11 del d.l. (v. sez. VI, cap. 1). In estrema sintesi, il legislatore ha previsto una nuova condizione di (temporanea) improcedibilità di tutte le domande relative al pagamento, “a qualsiasi titolo”, di somme di denaro sino all’importo (non certo esiguo) di 50 mila euro (e salve alcune esclusioni previste ai co. 1 e 3 dell’art. 3, d.l.). Chiunque intenda far valere in giudizio un credito che non superi i 50 mila euro, dovrà preliminarmente invitare la controparte a concludere una “convenzione di negoziazione assistita”, ossia “un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l’assistenza di avvocati iscritti all’albo” (art. 2, d.l.). Come abbiamo avuto modo di osservare in sede di prime riflessioni al d.l., così facendo il legislatore pare scoprire ... l’acqua calda (salvo renderla davvero poco fluida).

Infatti, il contatto pre-giudizio tra difensori è buona prassi, che merita di essere coltivata con impegno; non certo, però, al punto di renderla condizione di procedibilità della domanda. Così facendo si complicano non poco le cose: a tacer d'altro si possono sin d'ora immaginare liti sulla convenzione stessa, sulla sua esecuzione e sul suo inadempimento. Liti che, magari, daranno luogo a nuove ... convenzioni! In una spirale che davvero poco giova alla Giustizia Civile, da anni in affanno.

Altre disposizioni del d.l. riguardano la materia della separazione e del divorzio (con la previsione della possibilità di procedervi davanti all'ufficiale dello stato civile, senza – parrebbe – l'assistenza di avvocati; oppure solo attraverso l'assistenza di avvocati, attraverso una apposita procedura di “negoziazione assistita”: art. 6, d.l.), e pure la disciplina degli interessi. L'art. 17 del d.l., infatti, prevede l'introduzione di due nuovi commi all'art. 1284 c.c., in forza dei quali – salvo diverso accordo delle parti – “da quando ha inizio un procedimento di cognizione [o anche arbitrale] il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali” (d.lgs. n. 231/2002 e successive modifiche). Si tratta di una disposizione senz'altro benvenuta ed attesa da tempo, nonostante essa – per come formulata nel d.l. – presenti alcuni margini di criticità. Anzitutto, infatti, non appare condivisibile la scelta del legislatore di rendere operante la nuova disciplina solo per i processi instaurati decorsi trenta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione (più corretto sarebbe stato prevederne l'applicazione anche per i processi pendenti, nei quali però i nuovi interessi sarebbero ovviamente iniziati a decorrere dalla data di entrata in vigore della disposizione). Inoltre, non viene detto se tali interessi decorreranno per il solo giudizio di cognizione, o anche nell'eventuale sua appendice esecutiva, nel qual caso – però – onde evitare dilazioni del creditore (che si potrebbe così avvantaggiare del maggior tasso di interesse dovutogli), sarebbe stato opportuno prevedere un limite di tempo per l'instaurazione del processo esecutivo.

In questa sede ci limitiamo a menzionare – a completamento di questo *excursus* – la legge n. 132/2015, che ha principalmente recato minute modifiche alla disciplina del processo esecutivo. Ne tratteremo alla sez. II, senza qui inutilmente dilungarci.

Dall'agosto 2014 sono circolati altresì due schemi di disegni di legge delega. Il primo è rivolto alla efficienza del processo civile. Degli interventi così propiziati, è ancora prematuro parlare: lo schema di disegno di legge delega (ancora allo studio della Commissione Berruti) è piuttosto nebuloso, la sua concretizzazione incerta, ed ancor più lo sono i contenuti degli eventuali futuri decreti legislativi delegati (che dovrebbero essere adottati dal governo entro 18 mesi dall'entrata in vigore della legge delega). Possiamo dunque per ora soprassedere, limitandoci ad osservare che alcune possibili modifiche saranno benvenute (lo era l'estensione dell'art. 614-bis c.p.c. oltre gli attuali angusti confini delle obbligazioni infungibili, già

i recenti interventi legislativi dell'agosto 2015 (legge n. 132/2015)

... ed i nuovi schemi di disegno di legge delega

attuata però dalla legge n. 132/2015); altre rappresentano meri adeguamenti al diritto vivente, seppur benvenuti essi pure (la modifica all'art. 37 c.p.c., per adeguarlo all'interpretazione "limitatrice" del rilievo officioso del difetto di giurisdizione al solo I grado, che dal 2008 viene costantemente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità ed è già espressa nel codice del processo amministrativo); altre ancora rischiano di peggiorare non poco l'attuale disciplina della fase di trattazione (la modifica complicatoria dell'art. 183 c.p.c., ormai ben assestato); altre, infine, paiono voler minare alla radice istituti processuali generali (la previsione dell'immediata efficacia di tutte le sentenze di I grado, non solo di condanna e quindi esecutive, ma pure di accertamento e costitutive). Senza dimenticare poi la previsione (che campeggia nel comma 1 dell'art. 1 dello schema) di ampliamento delle competenze del c.d. tribunale delle imprese (cui si accompagna l'ennesima modifica della denominazione delle sezioni specializzate: da sezioni specializzate in materia di impresa, a sezioni specializzate per l'impresa e il mercato), che sarà – tra l'altro – chiamato a decidere pure sulle *class actions*; e pure di introduzione di un nuovo tribunale della famiglia e della persona (c.d. sezioni specializzate per la famiglia e la persona, da istituirsì presso tutte le sedi di tribunale). A queste nuove sezioni specializzate, oltre alla competenza per le controversie attualmente devolute al tribunale per i minorenni, saranno riservate tutte le controversie in materia di stato e capacità della persona, rapporti di famiglia (compresi separazione e divorzio) e di minori, attualmente di competenza del tribunale ordinario, nonché le controversie di competenza del giudice tutelare in materia di minori ed incapaci (mentre i procedimenti di adozione, ed altri ancora, saranno di competenza delle sezioni specializzate aventi sede nel capoluogo del distretto di Corte di appello). In generale, comunque, le prospettive non sono "rosee".

Condivisibile si mostra l'altro schema di disegno di legge delega, per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nel quale si prevede sia un ampliamento della competenza per materia e valore del civile del giudice di pace, sia – e soprattutto, poiché altrimenti l'ampliamento della competenza risulterebbe invero assai difficoltoso da affrontare – che «il Ministero della giustizia stabilisca la dotazione organica dei giudici onorari di pace e conseguentemente la pianta organica di ciascun ufficio del giudice di pace» (nella speranza che ciò implichi un assestamento e perfezionamento del suo personale, necessità assai impellente, specie al centro-sud).

Vero è però che, di per sé sole, non saranno le nuove regole processuali a incidere significativamente sui tempi di durata dei processi. Mentre le preclusioni iniziali, come già si disse, mal si addicono alle cause più complesse e potranno portare con sé – specie a breve/medio termine – più frequenti ipotesi di decisioni sostanzialmente ingiuste. Le due leggi di riforma del 1990 e del 1991, siccome quella del 2005 e le successive, pur coltivando impostazioni al fondo sensate (le più recenti, per vero, a volte assai meno), non si presentano in termini organicamente credibili, sì che non sembrano in grado d'innescare quell'auspi-

cato processo di ammodernamento organizzativo della giustizia civile italiana, intesa come servizio sociale, senza il quale non possono essere davvero fruttuose.

L'odierna crisi del processo civile deve essere ricercata non poco anche nell'assenza perdurante e ormai quasi scontata di una regia della politica giudiziaria e processuale. Tale ruolo, tradizionale fin che si vuole ma insostituibile, è disputato fra un Ministro – dai poteri ormai dimessi e instabile oltre che con l'occhio sempre rivolto alle sole “attualità penalistiche” –, il C.S.M. – che tende a somigliare ad un parlamentino lento e diviso –, i capofila dei movimenti forensi – che rappresentano, senza veri meccanismi elettori, una categoria troppo cresciuta e fatalmente senza un disegno strategico – e quelli delle correnti nelle quali si articola la magistratura italiana, non senza venature corporative o addirittura di casta (a causa delle quali la garanzia costituzionale di indipendenza – art. 101 – perde talora la sua destinazione, che non è certo quella di rendere insindacabile il servizio giustizia, dovendo invece intendersi come salvaguardia per i suoi utenti, sì che forme di sindacato democraticamente fondato dovrebbero venire in auge onde sostituirne gli obsoleti controlli ministeriali e i riluttanti scrutini del C.S.M.). E tutti tali aspiranti alla regia dedicano alla giustizia civile solo i rimasugli della loro attività, di norma attratta dal dibattito sull'applicazione giudiziaria del diritto penale nel contesto della crisi politica della (seconda?) Repubblica. Non stupisce che non riescano ancora, e ormai da lustri, a delinearsi strategie intelligentemente coerenti.

Se – come si diceva poco più sopra – l'adattamento al più importante vincolo processuale della C.e.d.u. deve nell'insieme darsi in alto mare, le altre componenti della garanzia del “giusto processo” e di parità delle armi, di cui all'art. 6 C.e.d.u., vengono invece meglio osservate dal legislatore nazionale.

Prospettive comunitarie

Per altro verso, alcuni passi avanti si registrano sul versante di un primo embrionale avvicinamento delle discipline processuali fra i vari Stati della Comunità, ormai anzi dell'Unione, che ha esteso le sue competenze normative anche a larghe parti della materia giudiziaria (civile e penale): la moneta unica, a ben vedere, lo imponeva con la forza delle cose (innanzitutto) economiche. Anche senza far concessioni a modelli marxiani, è constatazione piuttosto convincente per varie e intuibili ragioni. Esso, negli ultimi anni, si è potuto cogliere in più di una direzione:

a) innanzitutto con riguardo all'esperienza applicativa, che si estende ormai su ben oltre un quarto di secolo, della Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla giurisdizione e il riconoscimento delle sentenze in ambito comunitario, la cui disciplina è stata pressoché integralmente trasfusa nel Reg. CE 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, sostituito, dal 10 gennaio 2015, dal Reg. 1215/2012. Nella sez. III (cap. 4) illustreremo il contenuto di questa Convenzione, e delle novità introdotte dalla disciplina del Reg. CE n. 44/2001 e di quella ora vigente del Reg. 1215/2012, molto importanti sia all'atto pratico sia come laboratorio per verificare la possibilità di ar-

monizzare – o addirittura superare con impostazioni unitarie – vari istituti processuali dei diversi diritti interni (dal foro del luogo dell’adempimento alla connessione e litispendenza, dal concetto di provvedimento cautelare a quello di impugnazione ordinaria di una decisione). A tale opera di interpretazione vincolante della Convenzione, cui partecipano tutti i giudici degli Stati membri, sovrintende la Corte di giustizia UE. Essa ha sede a Lussemburgo, e Protocollo di Lussemburgo si chiama l’accordo che nel 1971 ha dato tali funzioni – non ricomprese nell’art. 267 TFUE (*ex art. 234 Trattato UE, e già art. 177 Trattato CEE*) – alla Corte, consentendo che – similmente a quanto prevede l’art. 267 – essa possa venir adita in via pregiudiziale dai giudici nazionali e debba esserlo, nei casi appena dubbi, dalle corti supreme di ultima istanza, affinché si affermi una interpretazione unitaria della Convenzione (a questo proposito la grande sezione della Corte, 31 maggio 2005, C-53/03, *Syfait*, ha precisato che non costituisce giurisdizione nazionale un’autorità garante della concorrenza). Interpretazione che è opera di analisi comparatistica e di sintesi armonizzatrice – quando è possibile – ove non, addirittura, di sintesi autonomamente ricostruttiva. E pluriimi sono gli esempi di varianti funzionali di istituti processuali tradizionali forgiate dalla Corte nell’arco di un trentennio, dalla nozione di litispendenza “allargata”, al giudicato “ridimensionato” (pur se ciascuno dei non pochi precedenti della Corte in tema di giudicati nazionali con effetti contrari al diritto comunitario – sentt. *Lucchini, Olimpicclub, Kapferer, Asturcom* – reclama la propria autonomia e comunque non sottende che l’incontrovertibilità propria del giudicato possa essere incrinata in nome della “primazia” del diritto comunitario sostanziale, se il giudicato medesimo non sia stato carpito con frode).

La Convenzione di Bruxelles – ora, con variazioni e mutamento di veste “costituzionale” Reg. CE n. 44/2001 (e, oggi, il Reg. 1215/2012) – opera solo nelle materie civili e commerciali e nel campo patrimoniale ed è in vigore nei soli Stati membri (compresi i 10 nuovi Stati). Per estenderne l’ambito (non però quello del Protocollo di Lussemburgo) è stata conclusa la c.d. Convenzione parallela di Lugano con la Svizzera ed altri Stati europei della vecchia EFTA (Islanda e Norvegia): il suo contenuto è pressoché identico a quello della Convenzione di Bruxelles (nella ultima sua versione frutto della Convenzione di San Sebastiano) e finisce così con il vincolare 18 paesi europei (non è invece applicabile nei nuovi 10 Stati membri). A seguito del parere reso il 6 febbraio 2006 dalla Corte di giustizia, la Commissione (e non gli Stati membri) ha condotto la rinegoziazione della Convenzione di Lugano (conclusa, così riveduta, il 30 ottobre 2007) al fine renderla conforme al nuovo Reg. CE n. 44/2001.

La Commissione europea si è rivolta (quanto a notifiche, circolazione di prove, liti matrimoniali, titoli esecutivi, procedimenti monitori etc.) anche ad estensioni materiali del campo di intervento del diritto processuale civile comunitario, concretizzatesi nei regolamenti emanati in base all’art. 65 del Trattato di Amsterdam e in altri sempre più numerosi progetti (sui modi alternativi di risoluzione delle controversie, sui c.d. *small claims*, su successioni e testamenti

etc.). Con ciò, si acuiscono però le ragioni del latente conflitto giuridico-procesuale fra USA ed Europa;

b) per dare maggiore uniformità e cogenza alle disposizioni economiche del trattato UE sulla libera circolazione di persone, cose, capitali, occorre che le norme nazionali incompatibili con quelle previsioni siano dai giudici dei vari Stati subito disapplicate, e non già solo all'esito di un lungo ed estenuante processo. Di qui l'emergere ed il consolidarsi di una importante questione: quella della rilevanza (non solo costituzionale – v. *retro* – ma ormai anche) comunitaria della tutela cautelare urgente dei diritti fondati su garanzie comunitarie, e ciò anche se i diritti interni non prevedono o pongano limiti a quella tutela cautelare (come nel caso inglese *Factortame*, in tal senso nel 1989 deciso dalla Corte di giustizia). Si è così affermato un fondamento comunitario per la tutela cautelare anticipatoria.

E la stessa Corte di Lussemburgo ha dichiarato poi lesiva del trattato una disposizione nazionale tedesca che ammetteva la tutela cautelare conservativa con particolare larghezza contro chi non ha beni nello Stato (sent. *Mund & Fester* del 1994; analogia, per certi versi, la sent. *Hubbard c. Hamburger* del 1993). Inoltre la Corte ha ammesso che anche i provvedimenti cautelari siano riconoscibili (“esportabili”) in altri Stati della Comunità, se concessi previa instaurazione del contraddittorio (sent. *Denilauler* del 1980; sent. *Reichert e Kockler c. Dresdner Bank* del 1992) ed altrettanto vale per i provvedimenti sommari (non cautelari) di condanna, non esclusi i decreti ingiuntivi (sent. *Hengst c. Campese* del 1995 e *Klomps c. Michel* del 1981) e le nostre nuove ordinanze di condanna *ante sententiam* (artt. 186-bis, 186-ter, 186-quater). La via della progressiva emersione dell’ammissibilità delle cautele transnazionali è stata proseguita dalla pronuncia della Corte di giustizia resa nel 1998, *Van Uden c. Deco-Line* (negli stessi termini la sent. *Mietz c. Intership Yachting* del 1999; per una conferma indiretta, v. sent. *Italian Leather c. WECO* del 2002) che ha chiarito che la più specifica previsione della competenza giurisdizionale cautelare – contenuta nel previgente art. 24 Conv. Bruxelles, riversato nell’art. 31, Reg. CE n. 44/2001 – non esclude e non limita il potere di cautela del giudice del merito: il giudice giurisdizionalmente competente per il merito può anche autorizzare cautele, pure da eseguirsi in altri Stati membri previo espletamento dell’ordinaria procedura semplificata di *exequatur* (che, tra l’altro, esclude pressoché ogni controllo sulla competenza del giudice che ha emanato il provvedimento, e che non è invero più necessaria per i provvedimenti recanti condanna, nella vigenza del nuovo Reg. n. 1215/2012). E tale potere di cautela del giudice giurisdizionalmente competente per il merito comprende non solo le misure (*lato sensu*) cautelari ma anche i provvedimenti anticipatori “autonomi”, non ritenendosi quindi decisivo e limitatore il richiamo alla funzione “conservativa” e “preservativa” che ricorre nella definizione tradizionale di misure provvisorie *ex art.* 31, Reg. CE n. 44/2001, ed estendendosi la potestà cautelare del giudice competente per il merito a “tutte le misure qualificate provvisorie o conservative dal giudice nazionale”.

Una importante decisione processualistica – questa in materia di diritto alla prova nell'equo processo – è stata resa anche dalla Corte C.e.d.u. di Strasburgo, in forza dell'art. 6 e del principio di parità delle armi fra le parti del processo in materia di (sia pure eccezionale) ammissibilità della testimonianza della parte (sent. *Dombo Beeher* del 1993). Ad essa ne sono seguite altre: in materia di diritto alla prova (per il diritto a non vedere escluse prove rilevanti sent. *De Haes et Gijssels* del 1997) oppure in materia di rispetto del principio del contraddirittorio (sent. *Nideroest-Huber* del 1997) o del diritto ad essere giudicati da un giudice imparziale (sent. *De Hann* del 1997 e *Morel* del 2000) o della garanzia di potere partecipare anche non di persona al proprio processo, ma solo rappresentati dal proprio difensore (sent. *Krombach-Bamberski* del 13 febbraio 2001, in *Int'l Lis* 2002/3-4, 119 ss.);

c) il Trattato di Amsterdam ha “comunitarizzato”, ovvero trasposto fra quelle in cui la Comunità ha competenza diretta, diverse materie che, sotto il Trattato di Maastricht, erano ricomprese nel c.d. terzo pilastro dell'Unione europea ed oggetto dunque di azione a livello intergovernativo: si tratta di materie che hanno lo scopo precipuo di avvicinare le disposizioni giurisdizionali dei singoli Paesi membri dell'Unione al fine di creare uno spazio giudiziario europeo. Tra le materie oggetto di trasferimento figura la cooperazione giudiziaria in materia civile (art. 65). La “comunitarizzazione” di queste materie ha comportato l'attribuzione al Consiglio europeo di una vera e propria potestà legislativa che si esprime mediante regolamenti con efficacia diretta e immediata nei singoli Stati membri dell'Unione europea. Inoltre, il controllo sulla corretta interpretazione e applicazione dei regolamenti è, come già avviene per la Convenzione di Bruxelles, demandato alla Corte di giustizia, senza che sia all'uopo necessario un Protocollo integrativo che estenda la competenza della Corte, che è naturalmente competente per interpretare in via pregiudiziale (art. 267 TFUE, già art. 234 Trattato UE) i regolamenti comunitari.

Nell'ambito di quanto abbiamo detto diversi regolamenti sono già stati adottati dal Consiglio europeo.

Il 29 maggio 2000 sono stati approvati tre regolamenti comunitari, che riprendono le disposizioni di Convenzioni precedentemente concluse: si tratta del Reg. CE n. 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza, il Reg. CE n. 1347/2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi – a far data dal 1° marzo 2005 abrogato e sostituito dal Reg. CE n. 2201/2003, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale – e il Reg. CE n. 1348/2000 relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale (anch'esso abrogato e sostituito dal Reg. n. 1393/2007). Come già anticipato il 22 dicembre 2000 è poi stato approvato il Reg. CE n. 44/2001 concer-

nente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale che, entrato in vigore il 1° marzo 2002, riprende le disposizioni della Convenzione di Bruxelles apportandovi dei miglioramenti. Il 28 maggio 2001 è stato approvato dal Consiglio dell'Unione europea il Reg. CE n. 1206/2001 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale.

Menzione particolare e però particolarmente critica (v. *infra*, sez. III, cap. 4) merita ora il Reg. CE n. 805/2004, del 21 aprile 2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, entrato in vigore il 21 gennaio 2005. Esso prevede la creazione di un titolo esecutivo europeo che possa circolare negli Stati membri senza *exequatur*, possibilità che si aggiunge, senza sostituirsi, a quelle già disponibili, ed in particolare a quella offerta dal Reg. CE n. 44/2001. L'attribuzione di titolo esecutivo spetta alle decisioni giudiziarie, alle transazioni giudiziarie e agli atti pubblici aventi ad oggetto crediti pecuniari liquidi ritenuti, nel Paese di origine del titolo, quali non contestati e così documenti esecutivi nello Stato membro d'origine (spiccano, per la loro pericolosità, gli *orders* esecutivi per *default of appearance* dei *masters* inglesi).

Tra gli atti comunitari nella materia, vanno infine indicati la Direttiva 2003/8/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minimi comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie; ed ancora il Reg. CE n. 1896/2006, del 12 dicembre 2006, che intende semplificare ed accelerare i procedimenti in materia di crediti pecuniari non contestati (e di nuovo, però, tale locuzione e le sue applicazioni possono essere alquanto ambigue) e ridurne i costi, istituendo, da un lato, un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, e correlativamente permettendo, dall'altro, la libera circolazione delle ingiunzioni di pagamento europee in tutti gli Stati membri, elaborando norme minime il cui rispetto renda superflui, nello Stato membro dell'esecuzione, i procedimenti intermedi per il riconoscimento e l'esecuzione (v. *infra*, sez. II, cap. 1).

Come accennato, diversi progetti sono poi in cantiere, per ora inseriti in numerosi "libri verdi", ad esempio sui modi alternativi di risoluzione delle controversie (2002: a questo libro verde ha fatto seguito una proposta di direttiva nel 2004), sulla giurisdizione e legge applicabile in materia di divorzio (su cui v. il recente Reg. n. 1259/2010, in vigore dal 21 giugno 2012), sui testamenti e le successioni transnazionali, compresi gli aspetti giurisdizionali e amministrativi (su cui v. il Reg. n. 650/2012, del 4 luglio 2012 ma con entrata in vigore a decorrere dal 17 agosto 2015), sulle obbligazioni alimentari (Reg. n. 4/2009, del 18 dicembre 2008) e sulle azioni di risarcimento del danno da illecito *antitrust* (libri, tutti e tre, del 2005), sul sequestro conservativo dei depositi bancari (su cui v. la proposta della Commissione per l'adozione di un Regolamento istitutivo di un'ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari del 25 luglio 2011), sulla revisione del Reg. n. 44/2001, con apertura alla materia arbitrale (2009). Manca invece ogni congrua financo solo progettazione comunitaria delle azioni risar-

citorie di classe (il libro bianco del 2008 in materia di azioni da illecito *antitrust*, ha iniziato però a delibarle quale modello efficiente di c.d. *private enforcement*). I vari Stati vanno così in ordine sparso, ma non senza consonanze spontanee (verso la entificazione, almeno endoprocessuale, della “classe attrice”; in molti Stati peraltro vi entreranno solo gli aderenti, in altri è possibile “uscirne”, recuperando il proprio individuale diritto di azione, con un *opt-out*). L’Italia ha introdotto all’uopo l’art. 140-*bis* nel c.d. Codice del Consumo (ossia nel d.lgs. n. 206/2005) con la legge finanziaria del 2008; articolo poi riscritto dalla legge 23 luglio 2009, n. 99 (sul punto v. sez. III, cap. 8) basato ancora sulla tecnica dello *opt in*, cioè sull’adesione ma per vari, altri tratti, quale la legittimazione dei singoli, sensibile al modello USA, più efficiente di quelli delle azioni associazionistiche.

L’incedere della integrazione processuale si viene insomma facendo così veloce e dirompente e verosimilmente non tarderà ad avere importanti ricadute sui diritti processuali interni e sulle loro ri-codificazioni, che da oggi (ad oltre duecento anni dal primo c.p.c., quello francese del 1806) in avanti quasi certamente più non potranno avvenire con visuali “municipalistiche”.

In Germania, in via per ora sperimentale e presso certi tribunali del distretto di Colonia, si ammette che processi relativi al commercio internazionale, per scelta delle parti dei relativi contratti, si svolgano in inglese (lingua del contratto), come già avviene per gli arbitrati. La generalizzazione di questa facoltà avrà enorme impatto sistemologico sulla pratica e sulla teoria del processo civile, e per non pochi aspetti positivamente (qui non possiamo diffonderci di più sull’affascinante tema della “colonizzazione” che dal contratto giunge, abbastanza coerentemente, al processo).

Per la bibliografia si veda l’appendice informatica.