SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLVIII

GIUSTIZIA SENZA CONFINI

STUDI OFFERTI A FEDERICO CARPI

BUP Bononia University Press

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2012 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-713-3

Impaginazione: Irene Sartini

Stampa: Editografica - Rastignano (BO)

Prima edizione: marzo 2012

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

***

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Professor Giulio Illuminati (Università di Bologna)
Professor Giovanni Luchetti (Università di Bologna)
Professor Michele Taruffo (Istituto Universitario di Studi Superiori Pavia)

“Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi”
è una iniziativa promossa dagli allievi del Professore e raggruppa
una serie di contributi che rappresentano, ad un tempo, tributo al suo
pensiero giuridico e testimonianza di profondo affetto e riconoscenza,
da parte della sua scuola.

PREFAZIONE

Ho subito accettato molto volentieri l'invito dei membri della Scuola Bolognese a scrivere qualche riga di prefazione alla raccolta di saggi che molto opportunamente offrono a Federico Carpi. Credo che la ragione della loro scelta sia la stessa che mi ha spinto ad accettare, ossia la lunga, salda, profonda e affettuosa amicizia che mi lega a Federico. A parte alcune contingenze storiche, come l'appartenenza alla stessa generazione, la vittoria nello stesso concorso a cattedra, la partecipazione a numerosi eventi accademici di varia natura, essa si è via via consolidata nei molti anni di lavoro comune lungo i quali ci siamo occupati delle diverse edizioni del *Commentario breve al codice di procedura civile.* Questa amicizia, e quindi anche la situazione di privilegio in cui mi trovo in questo momento, hanno però radici più profonde, che meritano qualche accenno perché mi consentono di chiarire qualche aspetto di ciò che dirò tra poco.

Da un lato vi è la comune e costante condivisione di una concezione del lavoro scientifico fondata sui valori della serietà, della correttezza, della completezza dell'informazione, del rigore critico, dell'apertura alla dialettica e alla discussione. Queste cose sono comunque necessarie e possono apparire ovvie, ma lo sono sempre di meno in un'epoca in cui il diritto processuale ha perso quell'aura – che forse non aveva mai meritato – di austera aristocrazia del sapere giuridico e di ferrea selezione accademica, di cui altri giuristi favoleggiavano. Il processualista italiano medio non è più diverso

dagli altri giuristi, e questa omologazione è avvenuta naturalmente "al basso", seguendo la generale fase calante che – con pochissime eccezioni – sta caratterizzando gran parte della attuale cultura giuridica italiana.

Dall'altro lato sta la constatazione che l'amicizia di cui parlo si fonda su una sorta di diversità complementare: Federico ed io siamo diversi sotto molti aspetti, ma i profili delle rispettive diversità tendono a compensarsi. È da questo punto di vista, esterno ma non estraneo, che vorrei dire qualcos'altro di Federico.

Dico subito, però, che non intendo parlare della sua pur ricca ed interessante produzione scientifica. Essa è ben nota e spazia in numerosi campi del diritto processuale italiano, europeo e comparato; comunque, non è tempo di bilanci, e tanto meno di rievocazioni. Per fortuna l'attività di Federico è sempre *in progress* e quindi al pubblico non rimane che continuare a leggere con costante attenzione ciò che egli scrive. D'altronde, la presenza di una scuola così ricca e variegata come quella che si manifesta in questo volume è una prova evidente della sua qualità di maestro del diritto processuale, che gli viene comunemente riconosciuta in Italia e all'estero.

Vorrei invece mettere in evidenza due altri aspetti della personalità di Federico che mi paiono particolarmente rilevanti. Il primo riguarda il suo stile, che si rivela non solo nell'eleganza del vestire (ed in particolare nella scelta delle cravatte e dei gemelli), ma anche nel comportamento e – si sarebbe detto una volta – nel "modo di porgere". Questo stile nasce da una perfetta fusione di pacatezza, equilibrio e diplomazia, per un verso, e per altro verso di ferma determinazione e perseveranza nel perseguimento degli obbiettivi prescelti. Chi ha avuto a che fare con lui ha certamente notato che anche nelle discussioni più vivaci egli non alza mai la voce ma – per così dire – ha sempre l'ultima parola.

L'altro aspetto che vorrei sottolineare riguarda la lunga e feconda attività di Federico come organizzatore del sapere. Questa attività si è svolta per molto tempo anche sul piano internazionale: Federico è stato a lungo membro degli organi direttivi della *International Association of Procedural Law*, e ultimamente ne è stato anche presidente. In questa veste è stato *magna pars* dell'organizzazione

di numerosi congressi e colloqui internazionali nei quali si sono dibattuti ed approfonditi i temi di maggior rilevanza nell'ambito della giustizia civile. Sul piano nazionale va ricordato che egli è stato per molti anni segretario, e con pieno merito ne è ora presidente, dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile. Anche in questa veste Federico ha avuto ed ha tuttora un ruolo decisivo nell'ispirazione e nell'organizzazione delle varie attività scientifiche dell'Associazione.

Ma il contributo di Federico che a mio avviso ha avuto e continua ad avere maggiore importanza per l'evoluzione della cultura giuridica, e non solo di quella processualistica, è la direzione – da lungo tempo condivisa con Umberto Romagnoli – della *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* La *Rivista* è troppo nota, per fortuna, perché se ne debba parlare qui diffusamente. Vorrei però sottolineare che l'apertura di essa verso dimensioni culturali ampie, ed in particolare verso il diritto comparato e la teoria generale del diritto, deve moltissimo all'impulso dei suoi direttori e dunque – *in parte qua* – agli interessi e alle curiosità di Federico come uomo di raffinata cultura.

Potrei ricordare anche il Federico sportivo e il Federico viaggiatore (con cui ho condiviso memorabili escursioni al Paso de las Aguas Negras sulle Ande e al Valle de la Luna in Argentina), ma non vorrei eccedere. In fondo, come tutti i ritratti di personalità complesse e poliedriche, anche questo ritratto di Federico è destinato ad essere largamente incompleto, non più che un modesto schizzo a sanguigna. Mi auguro, tuttavia, che almeno alcuni tratti significativi del personaggio al quale questo volume è dedicato ne emergano con sufficiente chiarezza.

Michele Taruffo

RIFLESSIONI SULLA NATURA DELL'ARBITRATO IRRITUALE

Caterina Arrigoni
Assegnista di ricerca dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Vecchia storia di un istituto. – 2. Le teorie negozialiste. – 3. Arbitrato irrituale e processo. – 4. Il nuovo art. 808-*ter*: qualcosa è cambiato? – 4.1. Lettura negozialista della norma. – 4.2. Lettura processualista della norma. – 5. Coesistenza di due anime.

1. *Vecchia storia di un istituto*

Il tema dell'arbitrato irrituale è da sempre al centro di dibattiti dottrinali e giurisprudenziali circa la sua natura ed il rapporto con l'omologo rituale, ed è tornato di grande attualità in seguito all'introduzione nell'impianto codicistico di una norma, l'art. 808-*ter*, ad esso dedicata, che lo disciplina e ne costituisce un primo fondamento normativo[1].

L'istituto[2] di cui ci occupiamo affonda le sue radici in tempi lontani, sotto il vigore del codice del 1865, ed è fenomeno che nasce

[1] In realtà altre norme nel tempo vi hanno fatto riferimento: si pensi all'art. 619 cod. nav., all'art. 7 della l. 15 luglio 1966, n. 604, o all'art. 5 della l. 11 agosto 1973, n. 533 di riforma del rito del lavoro, agli artt. 412-*ter* e *quater* c.p.c. ed al richiamo contenuto nell'art. 35 del d.lgs. 5 del 2003 di disciplina del rito societario. Ora, poi, particolare attenzione merita la nuova disciplina del c.d. "collegato lavoro", su cui v. *infra*, BORGHESI, *Conciliazione e arbitrato nel "collegato lavoro"*.

[2] Tipico dell'esperienza italiana, cfr., però, l'indagine comparatistica di MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, p. 5 e p. 30 ss. che rivisita la *communis opinio* secondo cui il

nella prassi[3], soprattutto commerciale, ma ben presto guadagna gli onori di un fervido dibattito giuridico[4].

È strumento di risoluzione convenzionale delle liti, che si colloca interamente nella sfera negoziale ed a cui si riconosce legittimazione in nome della libertà contrattuale[5]. La sua fortuna va – almeno in origine – ricercata prevalentemente in ragioni fiscali[6] e di

---

fenomeno dell'arbitrato irrituale sarebbe un'esclusiva del nostro ordinamento. L'a. ritiene che le esperienze straniere conoscano fenomeni – seppure altrimenti denominati – volti alla composizione delle controversie in via stragiudiziale ed in alternativa all'arbitrato codicistico, rimanendo sul piano prettamente negoziale. In particolare analizza quanto accade in Germania, Austria, Svizzera, ma anche in Francia, Belgio, Olanda, come negli ordinamenti di *common law*, ove rivolge la sua attenzione alle figure della *valuation* o *appraisal* (negli USA) e della *certification*. In argomento si v. anche Verde, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 431 e richiami ivi contenuti; Alpa, *La dualità dell'arbitrato in diritto comparato*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 655 ss.

[3] A partire dalla seconda metà dell'Ottocento, nell'ambito dei rapporti di lavoro, ma in special modo nel mondo del commercio e spesso nelle forme del cosiddetto "biancosegno", la pratica secondo cui le parti consegnano ai soggetti designati quali giudici privati un foglio firmato in bianco, destinato ad essere riempito con la soluzione della controversia, in modo che la determinazione sembri direttamente stabilita dai firmatari.

[4] Per un'indagine storica sull'arbitrato irrituale e per i primi riconoscimenti dell'istituto si v. F. Ricci, *Commento al codice di procedura civile italiano*, I, Firenze, 1886, p. 40; Vecchione, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1954, p. 76 s.; Collura, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*, Milano, 1978, *passim*, spec. p. 61 ss. e p. 91 ss.; Calamandrei, *Le giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 252 ss. e Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1910, p. 37 ss. e p. 176 ss.; Bonfante, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 45 ss.

[5] Problematica, quella della libertà contrattuale, che si ripropone con tutta la sua forza anche in seguito all'inserimento dell'art. 808-*ter* nell'impianto codicistico: non è dato sapere se quello "ritualizzato" costituisca l'unico modello possibile di arbitrato libero, o se l'autonomia privata sia ancor oggi fatta salva, v. *infra* n. 5.

[6] Riguardo ai profili fiscali dell'arbitrato si v. Tinelli, *Profili tributari dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 30 ss.; De Falco, *Arbitrato rituale ed irrituale. Problemi civilistici connessi al trattamento fiscale*, in *Fisco*, 1987, p. 1605 ss.; Filippi, *Profili fiscali dell'arbitrato*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*[2], Bologna, 2007, p. 907 ss.; Tesauro, Vozza, *Tassazione delle fonti dell'arbitrato, degli atti del procedimento arbitrale e, in particolare, del lodo e degli atti relativi alla sua esecuzione*, in Buonfrate, Giovannucci Orlandi (a cura di), *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre a.d.r.*, Torino, 2006, p. 597 ss. Sull'argomento cfr. anche Vasetti, voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1957, p. 848; Calamandrei, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Riv. dir. proc.*, 1931, p. 56 ss.; Id., *Studi sul processo civile*, Padova, 1934, III, p. 82 ss.; Carnelutti, *Sistema*

maggiore riservatezza, dal momento che la determinazione finale, a differenza di quanto accadeva per l'arbitrato rituale, non doveva essere sottoposta ad alcun controllo statuale, né poteva essere depositata presso la cancelleria del pretore. È efficace risposta che i pratici del diritto si sono dati per ovviare alle lungaggini ed al malfunzionamento della giustizia ordinaria e a vincoli ed inconvenienti che gravavano sull'arbitrato rituale[7].

Dottrina e giurisprudenza, sollecitate dal panorama esistente nella prassi, si sono trovate a doversi esprimersi sull'ammissibilità di un fenomeno definito arbitrato, che non seguiva, però, le regole procedurali dettate per ottenere una decisione vincolante in deroga alla giurisdizione ordinaria.

Nel silenzio del legislatore hanno tentato di inquadrare sistematicamente l'istituto[8], anche in ragione del riconoscimento espresso dalla giurisprudenza, con la nota sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 1904, che ha legittimato l'arbitrato libero in nome della autonomia privata[9]. Secondo i giudici torinesi, se il codice di rito si occupa della soluzione giurisdizionale delle liti – ad opera del giudice o dell'arbitro rituale – la composizione amichevole delle stesse è lasciata nella libera disponibilità dei privati, che possono scegliere

---

di diritto processuale civile, Padova, 1936, I, p. 557. In giurisprudenza Cass., 24 gennaio 1981, n. 544, in *Rass. trib.*, 1981, II, p. 205; Cass., 7 maggio 1975, n. 1761, in *Riv. leg. fisc.*, 1975, p. 2245 sulla responsabilità solidale degli arbitri, in quanto mandatari delle parti, per il pagamento dell'imposta di registro.

[7] Oppresso da una formalità che si trasformava in formalismo, sottoposto a rigidi controlli ed a spese maggiori di quelle del processo ordinario, l'arbitrato rituale si trovava ad avere, per certi versi, più svantaggi di quel processo ordinario che le parti volevano evitare. Cfr. Carnelutti, *Per una riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, p. 56; Id., *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, I, p. 75 ss.

[8] Isolate restano le posizioni di chi (Sraffa, *Compromessi e lodi stabiliti tra industriali senza le forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, p. 429 ss.) nega legittimazione all'arbitrato irrituale ragionando sull'istituto applicato alla rappresentanza: il rappresentante non potrebbe avere poteri più ampi del rappresentato, che non è in grado di risolvere da sé una controversia.

[9] Cass. Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 45 ss. parla di "autonomia che si esprime nelle private convenzioni". Da stabilire è, però, se la Corte con il suo ragionamento si riferisca ad un vero e proprio arbitrato, o piuttosto ad un completamento negoziale, ad un arbitraggio. Secondo Carnelutti, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 396, la pronuncia non alluderebbe ad un compromesso vero e proprio, ma piuttosto ad una semplice convenzione.

di pervenire al risultato auspicato anche per mezzo di terze persone di comune fiducia, obbligandosi preventivamente a ritenere come propria – quale frutto di un accordo diretto – la determinazione da queste stabilita.

2. *Le teorie negozialiste*

Si inizia, così, ad interrogarsi sulla compatibilità di una decisione privata con il dogma del monopolio statuale della giurisdizione[10] e sull'accezione da attribuire a tale ultimo concetto. Tanto che la dottrina giunge a racchiuderlo non al momento logico della decisione, bensì alla possibilità di renderla esecutiva[11]. L'ordinamento vuole, infatti, evitare l'autotutela dei singoli che sfoci in invasione degli spazi altrui, ma non la composizione privata e stragiudiziale delle controversie, che, anzi, è vista con favore.

Per legittimare l'esistenza dell'arbitrato libero si valorizza la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale focalizzando l'attenzione

---

[10] Santoro-Passarelli, *L'accertamento negoziale e la transazione,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 1 ss.; Sraffa, *Compromessi e lodi stabiliti tra industriali senza le forme dei giudizi*, cit., loc. cit., ritengono che l'attività giurisdizionale, quale esercizio di *ius dicere*, sia riservata allo stato ed agli arbitri rituali, il cui giudizio è legislativamente ammesso e tipizzato.

[11] La giurisdizione nella sua più ampia accezione è "giustizia munita della bilancia e della spada" (efficace espressione di Bonfante, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, cit., loc. cit.); si distingue tra il giudizio, che è dotato dell'imperatività, e la sentenza, che è caratterizzata anche dalla esecutorietà. Si verrebbe, altrimenti, a negare qualsiasi legittimazione all'arbitrato libero propriamente inteso. Cfr. Scialoja, *Gli arbitrati liberi*, in *Riv dir. comm.*, 1922, I, p. 496 ss.; Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969, *passim*. Più di recente Fazzalari, *L'arbitrato,* Torino, 1997, *passim*; Id., *La distinzione fra arbitrato rituale ed irrituale: qualcosa si muove?*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 256 ss.; Id., *Processo di arbitrato libero*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 51 ss.; Id., *Impugnazione del giudizio di fatto dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 1 ss.; Id., *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 459 ss. ove l'a. rileva come sia legislativamente ammesso (ai sensi degli artt. 806 ss. c.p.c.) il giudizio del terzo nell'ambito dell'autonomia privata; Bin, *Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 373 ss. In giurisprudenza cfr. tra le tante Cass., 16 febbraio 1970, n. 366, in *Mass. Giust. civ.*, 1970, p. 203.

sull'efficacia di cui è propria la pronuncia: forza di sentenza in un caso e di contratto nell'altro[12]. Da qui trae origine il dualismo tra contrattualità e giurisdizionalità dei due arbitrati.

Ma le prime ricostruzioni del fenomeno spostano l'attenzione dall'efficacia del lodo e, riconducendo l'istituto nell'ambito dell'art. 1349 c.c., valorizzano la distinzione tra *arbiter* ed *arbitrator* sulla base della natura del contrasto[13]: lite da un lato e mero conflitto di interessi dall'altro. Con l'arbitrato libero le parti non aspirerebbero all'attuazione del diritto obiettivo, ma alla composizione del conflitto mediante la creazione di un nuovo rapporto. Le due figure di arbitrato sarebbero unite dal giudizio, ma divise dalla natura della lite da definire.

Impostazione criticata da chi[14] ritiene che all'arbitrato libero ed a quello rituale siano affidati compiti differenti: l'*arbitrator* non giudica sulla lite, ma determina un elemento del negozio già concluso dalle parti.

Altra dottrina[15] elabora, invece, una ricostruzione basata sulla distinzione del mezzo di composizione della lite e legittima l'arbitrato irrituale sostenendo che gli arbitri facciano esercizio di giurisdizione solo nel momento in cui giudicano secondo diritto e non anche quando decidono in base all'equità: la linea di confine viene ravvisata nel giudizio di diritto da un lato e giudizio secondo equità[16] dall'altro, sostenendo, poi, che vi sia una coincidenza tra arbitrato libero e quest'ultimo metodo di giudizio.

---

[12] Bonfante, *Dei compromessi e dei lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, cit., trova la giustificazione delle minori garanzie dell'arbitrato irrituale proprio nel fatto che il lodo libero non verrà mai inglobato nella giurisdizione statuale e non potrà assumere valore di cosa giudicata.

[13] In tal senso Carnelutti, *Arbitrato estero*, cit., loc. cit.; Id., *Arbitri e arbitratori*, cit., loc. cit.

[14] Scaduto, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, XI, Cortona, 1923, p. 89 ss.

[15] Scialoja, *Gli arbitrati liberi*, cit., loc. cit.

[16] Ma non possiamo esimerci dal rilevare che anche i giudici statali possono, e sovente debbono, decidere secondo equità, sì che non si può ridurre il fenomeno dell'equità esclusivamente al campo privatistico.

È, a questo punto, chiaro come le prime ricostruzioni dell'arbitrato irrituale, nel tentativo di conferire allo stesso legittimazione ed inquadramento sistematico, lo giustifichino alla luce dell'istituto dell'arbitraggio, seppure con differenti sfumature.

Si fa strada nella dottrina un'idea di arbitrato libero quale arbitraggio applicato al negozio di accertamento[17], istituto la cui esistenza nel nostro ordinamento era in principio avversata, ma poi riconosciuta sulla base dell'assunto che se i privati possono regolare i propri rapporti, allo stesso modo devono poterli accertare e, si intende, dare mandato a terzi affinché li accertino in loro vece. È proprio in forza di tali poteri delegati agli arbitratori dalle parti, che la dichiarazione di volontà dei terzi vale immediatamente nei confronti dei soggetti del rapporto sostanziale, come se fosse dagli stessi direttamente effettuata[18].

Parte della dottrina nega, però, l'esistenza nel nostro ordinamento del negozio di accertamento[19] e per legittimare l'arbitrato ir-

---

[17] Cfr. Ascarelli, *Arbitri ed arbitratori*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, p. 308 ss. L'a. inizia il suo ragionamento analizzando la teoria riconducibile allo Scaduto, *Gli arbitratori*, cit., ma, pur accogliendone le premesse, giunge a conclusioni difformi. Lo Scaduto fa leva sul fatto che l'agire dell'arbitratore, quando è *arbitrium boni viri*, è vincolato e deve conformarsi alle regole del *bonus vir*, per trarre la conclusione che la pronuncia dell'arbitro libero – come dell'arbitratore – è meramente dichiarativa e non volitiva, sulla base del sillogismo tra attività vincolata e controllabile e determinazione meramente dichiarativa. Ascarelli, *Arbitri ed arbitratori*, cit., p. 313 s., rileva però come la teoria appena esposta sia criticabile e non sia esaustiva, limitandosi ad analizzare l'ipotesi dell'*arbitrium boni viri* e trascurando il fatto che anche nell'*arbitrium merum* la pronuncia vale direttamente tra le parti quale espressione della propria volontà. L'a. critica, inoltre, l'assunto di base secondo cui da un'attività vincolata non potrebbe che discendere una determinazione meramente dichiarativa. Ritiene, infatti, che l'attività del terzo, pur essendo vincolata, sia comunque costitutiva e ribadisce come nel nostro ordinamento vi siano numerosi esempi in grado di avvalorare la propria affermazione: si pensi all'attività amministrativa o alla rappresentanza con finalità predeterminate.

[18] Gli effetti della pronuncia sono destinati a ripercuotersi direttamente sulle parti del rapporto sostanziale, infatti, per quanto riguarda il regime impugnatorio, bisognerà, secondo questa dottrina, porre mente alla capacità dei firmatari dell'accordo, essendo richiesta in capo agli arbitratori la sola capacità naturale; per ciò che riguarda, invece, i vizi della stessa, bisogna fare riferimento alla volontà dei terzi, in quanto si tratta di determinazione costitutiva e non meramente dichiarativa.

[19] Critici nei confronti di tale impostazione sono, tra molti, Satta, *Contributo*, cit., p. 176 ss. e Furno, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, p. 195 ss.

rituale fa ricorso ad altra operazione esegetica. Si sostiene, allora, che errato sarebbe riferirsi all'arbitrio del terzo quale elemento di definizione della volontà privata, dal momento che l'attività del terzo non ha mai contenuto volitivo, ma semplicemente logico, sì che la determinazione dell'arbitratore è considerata atto di scienza e non di volontà. Si ritiene che unico modo per inquadrare sistematicamente l'istituto sia vederlo come un arbitraggio applicato alla transazione[20]. L'arbitrato libero sarebbe una "sottospecie" dell'istituto dell'arbitraggio, scelto in funzione ed in vista di una transazione, volta a dirimere la controversia tra le parti relativa ad un rapporto negoziale, mediante l'*aliquid datum aliquid retentum*. L'arbitro riceverebbe, quindi, mandato di decidere la controversia mediante le reciproche concessioni[21].

Da altri si rileva, invece, come il negozio di secondo grado non debba assumere necessariamente i caratteri della transazione, mancando spesso nell'arbitrato irrituale le reciproche concessioni[22] e ben potendo inquadrarsi più in generale in un negozio dispositivo di

---

[20] Furno, *Appunti in tema di arbitramento e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 157 ss., spec. p. 165, riconosce in Parenzo, *Il problema dell'arbitrato improprio*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, p. 130 ss., il precursore di questa elaborazione dottrinale, anche se sottolinea come in tempi più remoti la questione fosse affrontata dalla dottrina francese; cfr. anche Minozzi, *Il foglio in bianco come accettazione anticipata nei giudizi arbitrali*, in *Arch. giur.*, 1903, p. 60 ss. Già Rocco, *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 47 ss., ritiene che il compromesso sia in sostanza una transazione i cui termini non sono stabiliti direttamente dalle parti in lite, ma rimessi alla determinazione di un terzo.

[21] Secondo la dottrina più rigorosa l'arbitratore della transazione deve determinare le reciproche concessioni e non potrà accogliere o rigettare *in toto* le richieste delle parti, tanto che la soluzione negoziale è ritenuta frutto di un giudizio, ma non giudizio essa stessa; da questo discende la non necessarietà, se non l'irrilevanza, della motivazione del lodo. Nell'occuparsi della differenza tra arbitrato irrituale e arbitrato di un amichevole compositore, secondo tale orientamento, si deve porre mente alla volontà delle parti: se queste abbiano inteso rinunciare alle proprie pretese dietro corrispettivo o piuttosto abbiano creduto di dare vita ad un vero e proprio giudizio svincolato dalle prescrizioni codicistiche, al fine di vedere determinati il torto e la ragione.

[22] In tal senso Biamonti, voce *Arbitrato* (Diritto processuale civile), in *Enc. giur. Treccani*, Milano, 1958, vol. II., p. 899 ss.; Santoro Passarelli, *Negozio e giudizio*, cit., loc. cit.

diritto privato – di autocomposizione della lite – che viene ricondotto alla figura del negozio *per relationem*[23].

3. *Arbitrato irrituale e processo*

Le riforme del 1983 prima e del 1994 poi modificano lo scenario in cui l'arbitrato irrituale aveva avuto i suoi natali, eliminando gli inconvenienti della disciplina codicistica, tanto che parte della dottrina sostiene che l'arbitrato libero non abbia più ragione di esistere[24]. Si propugna, così, una *reductio ad unum* dell'istituto arbitrale,

---

[23] Sull'argomento si v. *funditus* Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, spec. p. 104 ss., che si richiama all'art. 1349 c.c.

[24] Punzi, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, p. 1 ss.; Id., *Disegno sistematico dell'arbitrato,* Padova, 2000, p. 77 ss.; Walther, *L'arbitrato irrituale: osservazioni di uno straniero*, in Quadri (a cura di), *Problemi attuali dell'arbitrato. L'arbitrato irrituale*, Napoli, 1994, p. 11 ss., si chiede se un lodo irrituale sia da considerarsi *arbitral award* ai sensi della conv. di New York e — rilevato il dissenso della Corte federale tedesca — sostiene che questo non abbia più ragione di esistere, salvo addurre a contrario solo motivi di tradizione; la scomparsa di tale istituto sarebbe foriera di una maggiore certezza giuridica a livello interno ed internazionale. Nello stesso senso Fazzalari, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 459 ss.; Cecchella, *Arbitrato libero e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 881 ss.; Id., *L'arbitrato*, Torino, 2005, *passim*; Rascio, *Clausola compromissoria e poteri transattivi degli arbitri*, in Quadri (a cura di), *Problemi attuali dell'arbitrato*, cit., p. 63 ss. *Contra* Verde, *Ancora sull'arbitrato irrituale*, in Quadri (a cura di), *Problemi attuali dell'arbitrato*, cit., p. 81 ss.; La China, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*[2], Milano, 2004, p. 7 ss.; Recchia, *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. Dig. it., appendice*, I, Torino, 1980, p. 366; Rescigno, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 13 ss.; Monteleone, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro – ovvero: esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 43 ss.; Id., *Diritto processuale civile*, Padova, 2004, p. 818 ss. In particolare viene valorizzata la svolta negoziale in tema di natura dell'arbitrato rituale, compiuta ad opera della nota Cass., sez. un., 3 agosto 2000, n. 527 (in *Corr. giur.*, 2001, p. 51 ss., con nota di Ruffini, e sottolineato come l'esistenza di un lodo codicistico che non sia sentenza processualizzi la specie libera. Di diverso avviso Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969, *passim*; Id., *Meditazioni sull'arbitrato*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, Padova, 1970, p. 3 ss.; Id., *Note sull'arbitrato libero*, in *Rass. arb.*, 1974, p. 1 ss., riconduce ad unità l'istituto arbitrale, ma nell'ambito di una concezione strettamente contrattuale, riferendosi all'arbitraggio e trascurandone il carattere processuale; nella seconda parte del suo pensiero

quale mezzo di eterocomposizione della lite. Si valorizza l'identità di struttura e funzione tra le due forme di arbitrato, volte entrambe alla risoluzione della controversia tramite un giudizio, all'esito di un procedimento, nel rispetto del principio del contraddittorio: "l'arbitrato è processo o non è"[25], si afferma. Si supera l'idea che la categoria della processualità sia esclusiva della giurisdizione statuale, sì che l'arbitrato irrituale esce dagli schemi negoziali puri e tende alla processualizzazione[26].

Secondo questa impostazione l'arbitro libero non dispone del diritto, non completa *per relationem* uno schema contrattuale, ma – come quello rituale – giudica e decide la controversia; ciascuna parte aspira alla soluzione più giusta, non intende concedere niente né transigere. Presupposto di ogni forma di arbitrato è l'esistenza della *res litigiosa*; ciò che lo caratterizza rispetto agli altri equivalenti giurisdizionali[27] è la capacità di *dicere ius*[28].

(Id., *Diritto processuale civile*[10], Padova, 1987, p. 870, ss.) l'a. differenzia, però, l'istituto dall'arbitramento, ritiene che gli arbitri irrituali decidano controversie e rinviene nella forma libera un'ipotesi di arbitrato vero e proprio.

[25] Fazzalari, *I processi*, cit., p. 464 ss.

[26] Così anche Carpi, *Il procedimento*, cit., p. 394 ss. Già Carnacini, *Le controversie di lavoro e l'arbitrato irrituale come procedimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 629 ss., pur riconducendo l'arbitrato irrituale interamente nell'ambito del diritto privato, ne sottolinea l'aspetto processualistico, valorizzando l'elemento del procedimento e dell'esercizio del diritto di difesa; Collura, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia,* Milano, 1978, *passim*; Tarzia, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 14 ss.; Id., *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 451 ss.; E.F. Ricci, *Sul contraddittorio nell'arbitrato irrituale*, in *Rass. arb.*, 1987, p. 13 ss.; Ruffini, *Sulla distinzione tra arbitrato "rituale" ed "irrituale"*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 750; Bin, *Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitrato irrituale*, cit., loc. cit.; Carbone, *L'arbitrato verso una nuova riforma*, in Quadri (a cura di), *Problemi attuali dell'arbitrato*, cit., p. 31 ss.; Barone, *Considerazioni sul procedimento arbitrale e sugli aspetti processuali dell'arbitrato irrituale*, in *I processi speciali (studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi)*, Napoli, 1979, p. 55 ss.; Pagano, *L'impugnazione nell'arbitrato irrituale*, in *Problemi attuali dell'arbitrato. L'arbitrato irrituale*, a cura di Quadri, Napoli, 1994, p. 69 ss.

[27] Categoria carneluttiana.

[28] Efficace l'espressione di Montesano, *Aspetti problematici nella giurisprudenza della cassazione sugli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 1 ss.; Id., *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 441 ss., secondo cui si chiede "non di negoziare, ma di giudicare".

Se le parti conferiscono il potere di disporre del diritto e non di giudicare, siamo fuori dall'ambito dell'arbitrato vero e proprio. Nell'arbitrato irrituale, come in quello codicistico, il lodo ottenuto all'esito di un processo, nel rispetto delle garanzie indefettibili, accerta la situazione giuridica controversa[29], è fatto giuridico[30] e non atto di volontà. Corollari ulteriori di tale impostazione sono la natura processuale del patto compromissorio[31] e la riconduzione del rapporto parti-arbitri non alla disciplina del mandato, ma piuttosto alla prestazione d'opera intellettuale: il terzo è giudice, non agisce in nome e per conto delle parti, né nell'interesse di una di queste. L'arbitrato irrituale è mezzo di attuazione di giustizia, alla stregua di quello codicistico, sì che in esso devono essere rispettati i principi di ordine pubblico sostanziale e processuale oltre alle garanzie del giusto processo.

Nell'ottica di questa visione unitaria dell'istituto, parte della dottrina ritiene che la disciplina codicistica possa essere estesa alla forma irrituale, nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza[32]. È in questo senso che alcuni ravvisano nel titolo VIII del c.p.c. il "generale modello normativo" di ogni forma di arbitrato; unificazione del proce-

---

[29] Carpi, in *Arbitrato*, cit., p. 75 ss.; Id., *Il procedimento*, cit., p. 394, rileva come la dizione "giusta composizione" cui si riferisce la Cass., 3 maggio 1984, n. 2680, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1836 ss., implichi l'attribuzione di diritti e richiami l'idea di decisione in un processo, e non di transazione.

[30] De Nova, *Disciplina legale dell'arbitrato e autonomia privata*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 423 ss.; Fazzalari, *Arbitrato (teoria generale)*, cit., p. 400 ss.; Id., *I processi*, cit., p. 468 ss., vede nel *dictum* un mero atto intellettivo e non una disposizione negoziale.

[31] Cfr. Cecchella, *L'arbitrato*, cit., p. 23 ss.; Bin, *Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 373 ss., il quale sottolinea come il patto compromissorio irrituale sia un contratto atipico. Sul punto si v. la disamina di Zucconi Galli Fonseca, *sub* art. 806, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*[2], Bologna, 2009, p. 6 ss., che evidenzia la natura contrattuale della convenzione arbitrale, pur non trascurando il fatto che il legislatore della riforma ha sottolineato i profili processuali del patto compromissorio.

[32] In tal senso Carpi, *Il procedimento*, cit., p. 392 ss.; *contra* Montesano, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale*, cit., p. 444, che unifica i due istituti sul piano contrattuale. Cfr. la giurisprudenza che si pronuncia sull'estensione degli artt. 810 e 814 c.p.c.: in senso favorevole Cass., sez. un., 3 luglio 1989, n. 3189, in *Corr. giur.*, 1989, p. 1179 ss., con nota di Carbone; Cass., 16 novembre 2000, n. 14860, in *Mass. Giur. it.*, 2000, c. 1324; la Suprema Corte nega, invece, frequentemente l'applicabilità all'arbitrato irrituale dell'art. 815 c.p.c.

dimento arbitrale, nella sua struttura e disciplina, che deve avvenire sul piano del processo e non del contratto, quale espressione di mezzo alternativo di risoluzione delle controversie e non composizione negoziale di contrapposti interessi.

Controversia, processo, giudizio sono elementi imprescindibili dell'arbitrato propriamente inteso, da cui discendono l'esigenza di motivazione del *dictum* ed il necessario rispetto del principio del contraddittorio.

Concordando con la ricostruzione del fenomeno in chiave processualista, non riteniamo, però, che non vi sia più alcuna distinzione tra i due tipi di arbitrato: la distanza c'è[33] ed è definitivamente cristallizzata dal legislatore dell'ultima riforma.

4. *Il nuovo art. 808*-ter*: qualcosa è cambiato?*

Nel continuo oscillare tra transazione e processo, che ha da sempre caratterizzato l'evoluzione dell'arbitrato irrituale, interviene il legislatore del 2006, che con l'art. 808-*ter* c.p.c. codicizza l'istituto, in un certo senso "ritualizzandolo". Tanto che ad oggi sarebbe forse opportuno rivedere la qualificazione comunemente utilizzata di "irrituale", seppure ripresa dal legislatore nella rubrica della nuova norma[34].

Smentendo chi auspicava un'unificazione del fenomeno, l'art. 808-*ter* conferisce espressamente una propria identità ed autonomia all'arbitrato irrituale, e cerca di fare luce sulla natura dell'istituto. La norma, auspicio di certezza in una materia da sempre fonte di dibattiti, è, in realtà, passibile di opposte interpretazioni, tanto da

[33] Non nella struttura, ma negli effetti voluti dalle parti in relazione al dictum degli arbitri e nel regime delle impugnazioni. Lodo rituale e libero hanno in comune ambito di applicazione, struttura, funzione, ma differiscono per la possibilità di deposito e conseguente exequatur, con i relativi effetti (quali la trascrivibilità e la possibilità di iscrivere ipoteca giudiziale) e per la disciplina delle impugnazioni; ora anche in relazione all'efficacia, in seguito al nuovo art. 824-*bis* c.p.c.

[34] In tal senso cfr. anche Biavati, *sub* art. 808-*ter* in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2007, p. 160 ss. e *Il nuovo art. 808*-ter *c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 1159 ss., che parla di arbitrato "contrattuale".

fungere quale strumento a sostegno delle opposte teorie – negoziale e processuale[35].

4.1. *Lettura negozialista della norma*

Ad una prima lettura[36] potrebbe sembrare che il legislatore abbia voluto prendere posizione in favore della cristallizzazione della differenza tra i due modelli arbitrali, negozio da un lato e processo dall'altro, sulla scia delle impostazioni dottrinali e giurisprudenziali precedentemente esaminate.

In base a tale ricostruzione le due figure differirebbero non solo per l'efficacia dei rispettivi lodi, ma anche per struttura e funzione. Si legge l'espressione "determinazione contrattuale", con la quale l'art. 808-*ter* denomina il lodo irrituale, come un indice a sostegno delle teorie che equiparano arbitro irrituale ed arbitratore di un elemento contrattuale, distinguendolo nettamente dalla figura di giudice privato che connota l'arbitro rituale. Non solo, ma si vede nel regime impugnatorio riservato al lodo irrituale, che sarà annullabile dal giudice di primo grado, individuato secondo le normali regole di competenza, uno strumento a supporto della ricostruzione dell'isti-

---

[35] Parte della dottrina ha sottolineato come il riferimento operato dalla norma alla forza di contratto del lodo sembra voler restringere il campo di applicazione dell'istituto alle sole controversie che permettono una definizione contrattuale in senso stretto. Biavati, *op. ult. cit.*, loc. cit. ; Bove, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, in www.judicium.it e in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 1182 ss.; Marinelli, *Arbitrato irrituale*, in Buonfrate, Giovannucci Orlandi, *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, p. 39. La dottrina "sostanzialistica" (Galgano, *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 295 ss., spec. p. 303) rileva, poi, come l'introduzione dell'art. 808-*ter* renda tipico il contratto di arbitrato irrituale, precedentemente considerato atipico, la cui causa è rinvenibile nella definizione di una controversia attraverso il giudizio del terzo.

[36] Si v. Bove, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in Bove, Cecchella, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, p. 99; Id., *L'arbitrato irrituale*, cit., loc. cit.; Marinelli, *Il termine per la pronuncia del lodo irrituale*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 867 ss.; Id., *Arbitrato irrituale*, in Buonfrate, Giovannucci Orlandi, *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino, 2006, p. 36 ss.; Rampazzi, in Carpi, Taruffo (a cura di), *Commentario breve c.p.c.*[5], Milano, 2006, *sub* art. 808-*ter*, p. 2172; Verde, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 670 ss., quest'ultimo in modo, però, parzialmente critico.

tuto interamente sul piano sostanziale. Sulla scorta di tali rilievi si afferma che l'arbitro libero è destinato a risolvere la lite allo stesso modo in cui le parti avrebbero potuto fare autonomamente – stipulando un negozio transattivo o di accertamento – e si riconduce, ancora una volta, il fenomeno nell'ambito dell'arbitraggio, ai sensi dell'art. 1349 c.c.

Alla luce di una simile interpretazione della norma nulla sarebbe mutato rispetto a quanto dottrina e giurisprudenza dominanti affermavano prima della riforma, valorizzando le differenze tra arbitrato rituale ed irrituale e limitando quest'ultimo al campo meramente negoziale.

Da un'analisi puntuale della *littera legis*, gli stessi fautori della impostazione negoziale appena riferita rilevano, però, come il comma 1° dell'art. 808-*ter* sia foriero di dubbi interpretativi, ove sembra ridurre l'essenza della opzione in favore dell'arbitrato libero alla sola deroga all'art. 824-*bis*, che sancisce l'efficacia del lodo rituale.

Perplessità che sono costrette ad aumentare ove si ponga mente all'ultimo inciso della norma, il quale ribadisce che alla determinazione contrattuale in questione non si applica l'art. 825 c.p.c., relativo al regime dell'esecutorietà. Non si riesce ad individuare la *ratio* di tale ultima disposizione, che apparirebbe del tutto superflua, ove il legislatore avesse realmente inteso sposare una concezione *in toto* negoziale del fenomeno: assurdo sarebbe, infatti, ipotizzare il deposito di un contratto nella cancelleria del giudice, ai fini della dichiarazione di esecutorietà.

Crediamo, allora, sia più logico e coerente pensare che il legislatore abbia inteso delineare una determinazione negoziale, ma con i caratteri della decisione, accostandosi alla visione processualista del fenomeno.

I fautori della lettura negozialista ritengono, però, di poter superare i rilievi critici appena sollevati richiamandosi alla legge delega. Sono portati ad affermare che sarebbe semplicistico ridurre la differenza tra arbitrato rituale e libero ai soli effetti del lodo, dal momento che sarebbe evidente una totale distanza tra le due discipline nel loro complesso. A tal fine richiamano l'inciso finale del comma 1° della norma, ove si afferma che altrimenti si applicano le disposizioni del titolo VIII e ritengono di poter interpretare il riferimento

all'art. 825 c.p.c. quale mera espressione *ad abundantiam*. Lettura che a noi pare semplicistica, dal momento che non si può negare all'ultimo inciso della norma un autonomo significato e ricondurlo a mera espressione pleonastica.

Conseguenza immediata dell'interpretazione negoziale della disposizione è l'inapplicabilità radicale[37], sia in via diretta che analogica, di tutte le norme codicistiche dettate per l'arbitrato rituale. Ricondotto il fenomeno libero in chiave esclusivamente contrattuale, si ritiene, infatti, che sia regolato solo dalle disposizioni del codice civile, salvo ovviamente quanto esplicitamente stabilito dall'art. 808-*ter* c.p.c.

4.2. *Lettura processualista della norma*

Riteniamo di poterci discostare da tale ricostruzione dell'arbitrato irrituale in chiave eminentemente negoziale, soprattutto ad una lettura attenta della norma, che sembra valorizzare gli aspetti processuali di uno strumento di soluzione delle liti che termina con una determinazione contrattuale, ma che è giudizio emesso nel rispetto delle garanzie minime. L'art. 808-*ter* può essere interpretato alla luce dell'inquadramento unitario dell'istituto[38], o meglio dell'av-

---

[37] Verde, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 665 ss.; Id., *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudice ed arbitri*, in *Guida dir.*, 2006, n. 8, p. 82 ss.; Id., *Note a prima lettura sulla legge di conversione n. 80 del 14 maggio 2005*, in www.judicium.it; Bove, *L'arbitrato irrituale dopo la riforma*, cit.; Id., *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato,* in www.judicium.it; Rubino, Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato*[5], Padova, 2006, p. 90; Borghesi, *L'arbitrato del lavoro dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 829, il quale non manca, però, di far presente la discrepanza, quantomeno letterale, tra la disposizione di cui all'art. 808-*ter* e quanto stabilito dalla legge delega. Seppure partendo da opposte premesse si v. anche Verde, *Arbitrato irrituale*, cit., che ritiene di poter escludere l'applicabilità delle norme codicistiche all'arbitrato irrituale solo sulla base dell'ultimo inciso dell'art. 808-*ter*. L'a. critica, comunque, la disposizione, in quanto la ritiene incompatibile con la reale intenzione del legislatore, che è orientata ad affermare la natura comune delle due forme di arbitrato.

[38] Cfr. anche Sassani, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 25 ss., il quale ritiene che la riforma abbia inteso non accentuare le distinzioni tra le due forme arbitrali, ma piuttosto avvicinarle, all'insegna di una disciplina procedimentale simile (e differenziarle per quanto riguarda gli effetti del lodo). Si v.

vicinamento tra le due figure – pur nel riconoscimento delle reciproche differenze – all'insegna della processualizzazione, allontanandosi dall'ottica del negozio *per relationem*. La norma delinea un vero e proprio processo privato[39], che si chiude con un lodo che ha natura contrattuale. Non sembra, in realtà, che dalla negozialità della determinazione finale si possa far discendere la necessaria ricostruzione dell'intero istituto su base esclusivamente sostanziale; si può ben ritenere che un atto destinato ad avere efficacia obbligatoria solo tra le parti sia connotato dai caratteri del giudizio, ottenuto all'esito di un procedimento, nel rispetto delle garanzie minime di una giusta decisione.

È espressamente statuito il necessario rispetto del principio del contraddittorio, che viene ad assumere rilevanza autonoma e si discosta dalla ricostruzione in chiave sostanziale che dottrina e giurisprudenza gli avevano nel tempo attribuito, quale mero strumento conoscitivo a sostegno del convincimento del giudice. Le parti potranno svolgere, nella parità delle armi[40], le proprie attività assertive, di allegazione e di prova.

Non solo, ma se si pone mente alla disciplina dell'impugnativa del lodo, appare evidente come i motivi previsti dal comma 2° dell'art. 808-*ter* siano modellati su quelli dell'arbitrato rituale, di cui all'art. 829 c.p.c., con evidente emersione della processualità insita anche nel fenomeno irrituale.

Accanto al carattere negoziale della pronuncia non si potrà, così, disconoscere quello procedimentale dell'*iter* che porta alla decisione, né la sussistenza, alla base dell'arbitrato libero, di una vera e propria controversia. Riduttivo appare, infatti, riferirsi al mero conflitto di interessi, sulla scia del consolidato, anche se un po' datato,

---

anche Punzi, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 395 ss., spec. p. 404; Id., *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, in *Il processo civile, sistema e problematiche*, vol. III, Torino, 2008, p. 258 ss., spec. p. 267, che sulla base di una lettura della norma alla luce della delega ricevuta, deduce una volontà del legislatore di unificare l'istituto arbitrale nel suo complesso, applicando ad esso la disciplina codicistica, salva la possibilità delle parti di derogarvi.

[39] Biavati, *Il nuovo art. 808*-ter *c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, cit., p. 1163, definisce l'arbitrato irrituale come "il modo di regolare un conflitto di interessi raggiungendo una determinazione contrattuale attraverso un processo".

[40] Come in un "giusto processo" ordinario.

orientamento dottrinale e giurisprudenziale precedentemente analizzato. È, infatti, la stessa norma a riferirsi espressamente al concetto di controversia, al comma 1°, ed a confermarlo nel corso dell'intero art. 808-*ter*, ove richiama i concetti di conclusioni delle parti e di eccezione, oltre alla necessità che sia rispettata la parità delle armi nell'esercizio delle difese[41].

L'inserimento nell'impianto codicistico non è, però, valso ad eliminare l'incertezza sulla disciplina da applicare al procedimento: c'è chi ammette l'estensione delle norme[42] dettate per l'arbitrato rituale, in quanto non incompatibili, e chi, invece, nega *in toto* tale facoltà, ritenendo l'art. 808-*ter* c.p.c. unica norma guida ed esaustiva per l'arbitrato libero.

Sarebbe stata auspicabile da parte del legislatore una presa di posizione esplicita in favore del riconoscimento del carattere di processo privato in capo all'istituto. La riforma ha fatto filtrare sicuri indici in tal senso, ma non rendendo esplicite le proprie intenzioni, ha lasciato spazio ad una duplice interpretazione della norma da parte dei contrastanti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali.

---

[41] Cfr. anche Punzi, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, cit., p. 267; Bertoldi, in Consolo, Luiso, (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*[3], Milano, 2007, *sub* art. 808-*ter*, p. 5719; Sassani, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 25 ss.

[42] Punzi, *op. ult. cit.*, p. 406, ritiene applicabili le norme relative agli arbitri, quelle sul procedimento – anche relative all'ipotesi di pluralità di parti –, quelle inerenti all'attività istruttoria, all'anticipazione delle spese, al termine per la pronuncia del lodo ed al criterio di giudizio. Sostanzialmente l'a. ritiene incompatibili solo quelle espressamente escluse dall'art. 808-*ter*. Si v. anche Satta, Punzi, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento alla tredicesima edizione*, Padova, 2007, p. 191. Bertoldi, *op. loc. ult. cit.*, ha, poi, sostenuto che nonostante la deroga pattizia alla disciplina codicistica, alcune norme – quelle di applicazione necessaria – non possano comunque essere disattese; in tal senso legge l'art. 818, che esclude il potere cautelare in capo agli arbitri – principio generale in materia di arbitrato – e l'art. 819-*ter* relativo all'*exceptio compromissi* ed alla sua disciplina processuale.

5. *Coesistenza di due anime*

Appare, a questo punto, evidente come da sempre la dottrina abbia rinvenuto due anime nell'arbitrato irrituale: decisione di controversia, giudizio all'esito di un procedimento svoltosi nel rispetto delle garanzie fondamentali da una parte; strumento di natura contrattuale con funzione spesso transattiva dall'altra.

La realtà è che, anche alla luce della sua evoluzione storica e della sua quasi totale deformalizzazione, almeno prima dell'art. 808-*ter*, l'arbitrato libero è stato in grado di fungere da contenitore ampio delle differenti intenzioni delle parti. Si è delineata, così, la figura di un lodo[43] dai più ampi contenuti – dichiarativi, accertativi, dispositivi – a seconda dell'accezione che si è data al fenomeno.

Le differenti impostazioni non si escludono necessariamente l'un l'altra, e possono essere riconsiderate anche oggi, alla luce dell'ultima riforma, ma con le opportune precisazioni.

Per individuare la natura dell'istituto si dovrà, allora, avere riguardo alla reale volontà dei compromittenti, se aspirino ad un arbitrato vero e proprio, che termini con un giudizio sulle opposte pretese, in alternativa a quello rituale, oppure se optino per il mero arbitraggio.

Riteniamo, però, che la nuova norma abbia, seppure indirettamente, fornito indici sicuri circa la natura dell'arbitrato libero: tanto che ove il patto compromissorio parli di arbitrato irrituale, significa che le parti intendono dare vita ad un procedimento volto ad una

---

[43] Biavati, *Il nuovo art. 808*-ter *c.p.c. sull'arbitrato irrituale*, cit., p. 1159 ss., rileva come il significato stesso dell'arbitrato irrituale sia strettamente connesso con la natura del lodo, che negli anni ha visto fronteggiarsi la teoria giurisdizionalista e quella negozialista. Sì che il *dictum* dell'arbitro secondo alcuni (v. Punzi, *Disegno sistematico*, cit., I, p. 63 ss. e Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., p. 22 ss.) rimane interamente nella sfera negoziale, anche in seguito all'apposizione del decreto di esecutorietà ai sensi dell'art. 825 c.p.c., che va ad apporre un comando statuale ad un atto tra privati. Chi, invece, ritiene che il lodo abbia natura di sentenza afferma che la fase genetica dell'arbitrato appartiene alla sfera privata, ma, dal momento che le parti aspirano ad un provvedimento assimilabile alla sentenza del giudice, l'esecutorietà viene ad essere un effetto naturale. Questa impostazione rinviene, quindi, una distanza incolmabile tra *dictum* rituale ed irrituale, uno destinato ad essere inglobato nella giustizia statuale, l'altro che rimane interamente sul piano privatistico.

decisione della lite nel rispetto delle garanzie minime del giusto processo.

La figura del mandato a transigere[44] potrà continuare ad esistere, ma fuori[45] dal campo dell'arbitrato propriamente inteso, come disciplinato dall'art. 808-*ter*, quale procedimento che tende all'accertamento dei diritti controversi. Le parti, nell'esercizio della propria autonomia privata, possono senza dubbio stipulare transazioni o altri negozi il cui contenuto sia da determinarsi ad opera di uno o più terzi, ma siamo qui nell'ambito di operatività dell'art. 1349 c.c., ci troviamo di fronte ad un arbitraggio e non ad un arbitrato vero e proprio, nell'accezione che abbiamo inteso dargli.

La differenza tra arbitro ed arbitratore sta ancora una volta nella natura del compito affidato al terzo: decisione della lite da un lato e determinazione di un elemento contrattuale, composizione di un contrasto, spesso in via transattiva, dall'altro. L'arbitro interviene in un rapporto già completo, nella fase funzionale del quale insorge una controversia; l'arbitratore interviene nella fase genetica in una fattispecie contrattuale non completa in tutti gli elementi. Nell'arbitrato c'è determinazione dell'intero rapporto, nell'arbitraggio vero e proprio definizione di un solo elemento dello stesso.

La realtà è che nella prassi le parti si rivolgono agli arbitri non con l'intento di transigere la lite rinunciando alle proprie pretese, ma con la prospettiva di ottenere una decisione giusta sulla fondatezza giuridica delle stesse: un giudizio, di diritto o di equità, sulla propria *res litigiosa*. L'"arbitrato irrituale non transattivo"[46] è, a no-

---

[44] Lo stesso dicasi, ovviamente, per le altre ricostruzioni del fenomeno, si pensi al negozio di accertamento o *per relationem*.

[45] Contrari all'ipotesi di un arbitrato irrituale al di fuori della disciplina dell'art. 808-*ter* sono Punzi, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, in *Il processo civile, sistema e problematiche*, vol. III, Torino, 2008, p. 268. Non solo, l'a. si spinge oltre e ritiene che non si possano più attrarre nell'alveo dell'arbitrato irrituale quelle forme negoziali di composizione della lite – di cui ci siamo già occupati – che si discostano dal giudizio vero e proprio. Cfr. anche Corsini, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in www.judicium.it; Id., *Prime riflessioni sulla nuova forma dell'arbitrato*, in *Contratti*, 2006, p. 516 ss.; Sassani, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, p. 25 ss.; Odorisio, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina* dell'arbitrato, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 274.

[46] Espressione di Montesano, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, cit., p. 447.

stro avviso, l'arbitrato vero e proprio, ed è quello più ricorrente nella realtà.

L'arbitro libero, al pari di quello codicistico, giudica[47] sulle opposte pretese dei compromittenti e lo fa applicando il diritto o l'equità, a seconda di quanto le parti hanno stabilito nella convenzione arbitrale. Trattandosi di decisione e non di mera composizione transattiva o di integrazione di elementi contrattuali, dovranno, quindi, essere rispettate le garanzie minime in tema di processo, quali *in primis* il contraddittorio e la parità delle armi tra le parti, nonché la terzietà ed imparzialità dell'organo giudicante, oltre alla motivazione del *dictum*: dovrà essere assicurata un minimo di processualità, e le lacune normative potranno essere colmate guardando alla disciplina dell'omologo rituale, con un vaglio di compatibilità in concreto della singola disposizione normativa. È in questo senso che[48], già prima dell'ultimo intervento normativo in materia, si proponeva di delineare il procedimento nell'arbitrato irrituale alla luce della disciplina codicistica[49] – seppure con le dovute limitazioni –, nell'ottica di una

---

[47] In tal senso si esprimeva la dottrina più accorta già prima dell'ultima riforma. Cfr. Carpi, Zucconi Galli Fonseca, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2001, p. 75 ss.; Cecchella, *L'arbitrato,* cit., p. 42 ss.; Criscuolo, *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 71 ss.; Fazzalari, *Arbitrato e arbitraggio*, cit., p. 585 ss.; Id., *Fondamenti dell'arbitrato,* in *Riv. arb.*, 1995, p. 5 ss.; Luiso, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 773 ss.; Id., *Diritto processuale civile*[4], IV, Milano, 2007, p. 346 ss.; Punzi, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 80 s.; Id., *L'arbitrato: fecondità e attualità dell'insegnamento di Salvatore Satta,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 756 ss.; Tenella Sillani, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006, p. 276 ss.; Punzi, in *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento alla tredicesima edizione*, Padova, 2007, p. 887 ss.; Ruffini, *Sulla distinzione tra arbitrato "rituale" ed "irrituale"*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 752.

[48] Vedi *supra*, n. 4.2.

[49] Estensione della disciplina codicistica con esclusione delle norme dettate per l'efficacia e l'impugnazione del lodo rituale; Carpi, *Il procedimento*, cit., loc. cit.; Ruffini, *Sulla distinzione tra arbitrato "rituale" ed "irrituale"*, cit., loc. cit.; Tarzia, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, cit., loc. cit. ; Monteleone, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro – ovvero: esiste ancora l'arbitrato irrituale?*, cit., loc. cit.; Montesano, *Aspetti problematici dell'arbitrato irrituale dopo la riforma del 1983*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 441 ss., spec. p. 449, ritiene che questa sia modello generale di ogni tipo di arbitrato-giudizio, anche se puramente negoziale, e vede nello strumento irrituale più ampie garanzie giurisdizionali contro ingiustizie e vizi del patto compromissorio e del lodo.

visione unitaria, per struttura e funzione, dell'istituto quale espressione di giudizio e soluzione di controversie giuridiche[50].

La differenza tra le due *species* arbitrali si riduce, quindi, all'efficacia del lodo[51] ed al regime impugnatorio, come la dottrina più attenta aveva già teorizzato prima della riforma.

Per certi versi sembra che si riproponga, almeno in parte, il panorama normativo esistente quando l'arbitrato irrituale ha avuto i suoi natali. Assistiamo, infatti, alla crescente "ritualizzazione" dell'arbitrato codicistico[52], sempre più regolamentato e stretto nelle maglie di norme rigidamente prestabilite, con evidente sacrificio della volontà e libertà delle parti, che dovrebbero essere le principali fonti di un mezzo alternativo di risoluzione delle controversie dalle stesse scelto. Ci troviamo di fronte ad uno strumento probabilmente più efficiente e più garantista, ma meno libero e per certi aspetti snaturato nella sua essenza.

L'arbitrato irrituale, allora, con la sua disciplina minima ad opera del legislatore, sembra essere una valida alternativa in grado di superare l'eccessivo formalismo che attanaglia l'omologo codicistico e restituire alle parti il ruolo di protagoniste in uno strumento dalle stesse voluto. Può essere un efficace mezzo utilizzabile da soggetti che intendono gestire autonomamente il proprio processo privato,

---

[50] Carpi, *Il procedimento nell'arbitrato irrituale*, cit., p. 398, pur concordando con la prospettiva unificatrice di Montesano, sottolinea come tale operazione debba ricondurre l'intero istituto arbitrale nell'ambito del processo; Montesano, *Aspetti problematici*, cit., p. 444, prospetta, invece, una ricostruzione alla luce del diritto sostanziale, sostenendo che, anche ragionando in chiave privatistica, si possono richiedere il rispetto del contraddittorio e la necessità della motivazione (la cui carenza è ricondotta dallo stesso nell'ambito di applicazione dell'art. 1349 c.c., relativo all'iniquità manifesta).

[51] Dopo la novella del 1994, alcuni autori, pur sostenendo l'unicità di struttura e funzione tra i due tipi di arbitrato, continuavano a valorizzarne le differenze, ponendo il lodo rituale sul piano processuale, e ritenendolo dotato di una efficacia assimilabile al *dictum* del giudice statuale, compresa l'attitudine al giudicato; in tal senso si v. Fazzalari, *L'arbitrato*, cit., p. 11 ss.; Cecchella, *L'arbitrato*, cit., p. 42 ss. Altra dottrina, invece, sul presupposto che entrambe le forme di arbitrato hanno natura privatistica, riduceva la distinzione tra i due lodi alla possibilità che quello rituale aveva di ottenere l'*exequatur*, ed alla previsione delle impugnative processuali di cui agli art. 827 ss., si v. Punzi, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 78 ss. ed ancor prima Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano, 1971, p. 170 ss.

[52] In senso atecnico, in quanto anche l'arbitrato irrituale è, ormai, codicistico.

secondo le regole che ritengono più opportune e nel rispetto della massima riservatezza, avendo la certezza che la decisione non potrà essere depositata e, così, "inglobata" nella giurisdizione statuale. Ancora una volta le parti potranno essere animate da un desiderio di libertà, la stessa che ricercavano agli albori del fenomeno, quando nella prassi davano vita alle prime figure di arbitrato irrituale, svincolato dalle formalità dettate dalle norme codicistiche.

L'arbitraggio di una transazione o di un negozio di accertamento, storicamente ricondotti nell'alveo dell'arbitrato libero, lungi dall'essere unica espressione del fenomeno, potranno rimanere in vita, ma al di fuori della disciplina dettata dal codice di rito in materia. La volontà delle parti potrà sempre essere orientata nel senso di ottenere l'accomodamento transattivo delle proprie controversie, l'accertamento di una fattispecie incerta, come il completamento di un rapporto contrattuale ad opera di terzi, ma saremo in questo caso al di fuori dell'arbitrato irrituale come disciplinato dalla nuova norma. Ove sia assente il carattere del giudizio ci troveremmo di fronte ad un *arbitrator* e non ad un *arbiter* propriamente inteso.

Le parti, in ragione della propria autonomia privata, saranno probabilmente sempre in grado di dare vita, in forza della libertà contrattuale, ad un fenomeno che rimanga sul piano prettamente negoziale e che sia destinato a definire i propri rapporti al di fuori delle norme codicistiche. In tal senso andranno letti il deferimento a terzi del compito di completare un negozio di accertamento o transattivo in relazione alle contestazioni dei propri diritti; ma in questo caso si dovrà parlare più di arbitraggio che di arbitrato vero e proprio.

LA TUTELA MULTILIVELLI DEI DIRITTI FONDAMENTALI: UNA BUSSOLA PER L'EUROPA?

Paolo Biavati

Ordinario dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Esposizione del problema. – 2. L'applicazione della Cedu dopo il trattato di Lisbona. – 3. I rapporti fra le corti supreme: controlimiti, contaminazione, concorrenza. – 4. I rapporti fra la Corte europea dei diritti dell'uomo e i giudici europei: quale determinazione di confini? – 5. La specificità dell'apporto della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia processuale: uso ed abuso della c.d. contaminazione. – 6. La prospettiva dell'adesione dell'Unione europea alla Cedu. – 7. Giudici, parlamenti e diritti fondamentali. – 8. La democrazia, unico possibile motore dell'integrazione europea.

1. *Esposizione del problema*

La sensibilità per la protezione dei diritti fondamentali della persona umana[1] si è andata costantemente accrescendo negli ultimi decenni, portando all'attenzione dei giudici e dei difensori delle parti possibilità operative che vanno oltre la semplice applicazione dello

[1] La scelta di questo tema per il volume degli scritti offerti a Federico Carpi è dovuta a due motivi. In primo luogo, ricorda l'insuperabile (non trovo altri aggettivi) convegno internazionale che egli organizzò a Bologna nei giorni 22-24 settembre 1988 in occasione del nono centenario dell'Università, sul tema "La tutela giurisdizionale dei diritti dell'uomo a livello nazionale e internazionale". In secondo luogo, costituisce l'argomento di un intervento che ho svolto il giorno 24 gennaio 2011 in un seminario presso la Scuola superiore di studi giuridici dell'Ateneo bolognese, di cui Federico Carpi è stato, più che Direttore, autentico animatore.

stretto diritto positivo. Di fronte a situazioni meritevoli di tutela ma non rese oggetto di un'esplicita normazione interna, si assiste così, per un verso, all'impiego di testi di origine sovranazionale e, per altro verso, al ricorso alle corti strutturalmente deputate alla garanzia dei diritti umani.

Mentre le costituzioni dei vari paesi proclamano i diritti fondamentali e le rispettive magistrature, costituzionali e ordinarie, ne offrono una lettura interpretativa spesso espansiva, le fonti sovranazionali mettono in gioco l'iniziativa di organi come la Corte di giustizia di Lussemburgo e la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

Circolano le pronunce delle varie corti supreme, non di rado attraverso una serie di reciproci richiami, e si parla apertamente di "tutela multilivelli": volendo con ciò intendere che i diritti umani trovano protezione su diversi piani e davanti a diversi organi[2].

Tutto ciò è estremamente apprezzabile, ma nasconde alcuni rischi. Vi è il pericolo, infatti, che non risulti chiaro quale organo giudiziario applica quali norme, quale sia il rapporto fra gli organi giudiziari interni e quelli sovranazionali e se vi sia identità o differenza fra i cataloghi di diritti fondamentali che vengono applicati.

L'esigenza di fare chiarezza discende non solo e non tanto da una preoccupazione di ordine formale, ma dall'esigenza di evitare che un dato giudice possa scegliere una lettura piuttosto che un'altra di questo o quel diritto fondamentale, pescando fra le molteplici opportunità presenti, con una sorta di *law shopping*, il cui obiettivo finisce per essere quello di privilegiare una determinata opzione ideologica.

In dottrina, infatti, non sempre si ritiene opportuno uno sforzo di ricostruire i confini e la gerarchia fra le norme, ma si ritiene preferibile che il singolo giudice scelga quel riferimento normativo o interpretativo che, nel caso di specie, assicuri la "tutela più intensa" di quel dato diritto fondamentale.

In realtà, la profonda divaricazione dei contenuti sociali e antropologici che possono riferirsi ad un certo diritto fondamentale, nel

[2] V. ad es. Ruggeri, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 125 ss.

contesto dell'odierno relativismo culturale, ha per conseguenza che, in mancanza di una precisa gerarchia delle fonti, il giudice investito del caso vada a ricercare non la soluzione più corretta ma piuttosto quella più coerente con la sua soggettiva sensibilità.

In queste note, mi propongo di riflettere su qualche indicazione di metodo per una migliore chiarezza sul terreno dell'applicazione dei diritti fondamentali, con particolare riferimento agli organi giudiziari che operano nel contesto dell'Unione europea.

2. *L'applicazione della Cedu dopo il trattato di Lisbona*

Credo sia opportuno partire dalla novità introdotta in materia di diritti fondamentali dal trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009[3].

La nuova formulazione dell'art. 6 tr. Ue[4] comporta la conseguenza del dovere di applicazione dei diritti fondamentali da parte

---

[3] V. Van Raepenbusch, *La réforme institutionnelle du traité de Lisbonne: l'émergence juridique de l'Union européenne*, in *Cah. Dr. Eur.*, 2007, p. 573 ss.; Lenaerts, *De Rome à Lisbonne, la Constitution européenne en marche?*, ivi, 2008, p. 229 ss.; Baratta, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 21 ss.; Daniele, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, ivi, 2008, p. 655 ss.; Baruffi, *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, Padova, 2008, *passim*.

[4] Conviene riportare, per chiarezza, il testo della norma:

"1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Le disposizioni della carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3. I diritti fondamentali, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali."

degli organi giurisdizionali di Lussemburgo: dovere che ora si fonda in modo non equivoco su una norma del trattato, mentre prima andava desunto altrimenti. L'applicazione dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia non è di ieri,[5] ma ciò che cambia è l'esplicitazione della fonte.

A loro volta, i giudici interni, in forza del diritto dell'Unione, devono ora applicare non soltanto la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (che loro già si imponeva come diritto convenzionale), ma anche la Carta europea dei diritti e quel generico ed indistinto complesso, formato dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Resta non lambita da queste novità la Corte di Strasburgo, che continua ad applicare la Cedu.

È troppo facile dire, a questo punto, che le tre diverse fonti (Cedu, Carta dei diritti e tradizioni costituzionali comuni)[6] convergono a tutela dei diritti fondamentali. Questo è vero genericamente, ma non lo è più se per ogni complesso di norme si tiene in conto, come si deve, l'interpretazione giurisprudenziale offerta dalle varie corti supreme. Del resto, ad uno sguardo realistico, il rischio di antinomie fra l'ordinamento dell'Unione e la Cedu è destinato a crescere[7].

I problemi che si aprono sono molteplici, ma si possono ricondurre a due interrogativi. Il primo è quello di stabilire se vi sia una distinzione o un ordine di applicazione delle distinte fonti in materia di diritti fondamentali e, se possibile, l'individuazione della corte che deve applicarli. Il secondo riguarda la relazione reciproca fra le corti in questo àmbito.

La prima domanda non concerne evidentemente la Corte di Strasburgo, costruita per applicare la convenzione europea ed essa

---

[5] Per tutti, v. G.F. Mancini, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 1 ss. Più di recente, v. Coppel, O'Neill, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, in *Common Market Law Review*, 1992, p. 669 ss.

[6] Con la precisazione che il richiamo operato alla Cedu dall'art. 6 tr. Ue non ne comporta l'inserimento puro e semplice fra le fonti del diritto dell'Unione (v. Mastroianni, *Il dialogo tra la Corte costituzionale e le corti europee: dal conflitto alla contaminazione*, in *Corti europee e giudicati nazionali*, Bologna, 2011, p. 397).

[7] Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 653 ss.

soltanto. Riguarda invece sia la Corte di giustizia che le corti interne e in specie le corti costituzionali, per le quali viene in gioco una quarta fonte, vale a dire le singole costituzioni, laddove riconoscono una pluralità di diritti fondamentali.

A mio avviso, la Corte di Lussemburgo deve applicare prima di tutto la Carta europea, che è fonte promanante dall'ordinamento dell'Unione, di cui i giudici del Kirchberg devono osservare, ai sensi dell'art. 19 tr. Ue, la corretta applicazione[8]. Da un lato, non mi pare possano sussistere seri dubbi sull'efficacia vincolante e precettiva della carta[9]; dall'altro, è la carta a istituire un legame interpretativo con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quando, all'art. 5, par. 3°, precisa che "laddove la presente carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa".

Solo ove la Carta dei diritti non fornisse tutela al diritto invocato, la Corte potrà applicare la Cedu, che fa ora parte integrante del diritto dell'Unione e, in ulteriore subordine, le tradizioni costituzionali comuni dei Paesi membri, nella loro qualità di principi generali del diritto Ue.

Nello stesso tempo, va sempre ricordato che la competenza della Corte di giustizia è limitata all'esame delle sole disposizioni del

---

[8] Adinolfi, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, p. 45 ss. e spec. p. 6.

[9] V. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 664 ss.

Si v. di recente la sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2011, causa C-236/09, Association belge des Consommateurs e altri, che ha dichiarato contraria al diritto dell'Unione una disposizione normativa belga che permette di mantenere senza limiti di tempo una deroga alla regola dei premi e delle prestazioni assicurative *unisex*, in quanto contraria alla realizzazione dell'obiettivo della parità di trattamento tra donne e uomini perseguito dalla direttiva 2004/113 ed incompatibile con gli artt. 21 e 23 della Carta, di cui la Corte ha fatto immediata applicazione. Il caso è interessante perché l'organo remittente era la Corte costituzionale belga e le norme di riferimento indicate erano, al contempo, l'art. 6 tr. Ue, con il suo richiamo anche alla Cedu, e gli artt. 21 e 23 della Carta. La Corte di giustizia risolve il caso unicamente sulla base delle norme di diritto dell'Unione e della Carta, senza alcun riferimento in motivazione alla Cedu.

diritto dell'Unione[10] e che le norme della carta si applicano agli Stati membri esclusivamente in applicazione del diritto dell'Unione[11].

Diverso è il discorso per le corti costituzionali e per i giudici interni. Qui la prima fonte è la costituzione[12]. Poi, se la materia su cui si controverte rientra nell'àmbito del diritto Ue (di cui occorre sempre ricordare l'incompletezza), seguirà l'applicazione delle fonti dell'ordinamento europeo, nello stesso ordine della Corte di giustizia. Se, invece, la materia è estranea al diritto Ue, che non la regola, si applicherà la convenzione dei diritti dell'uomo, in quanto fonte interna.

Ogni corte dovrà poi tenere conto, nell'applicazione delle varie fonti, dell'interpretazione che, di quella fonte, è data dall'organo funzionalmente deputato per primo ad applicarla. Si dovrà dunque

---

[10] V. Corte giust., ord. 16 gennaio 2008, causa C-361/07, Polier, punto 9, e giurisprudenza ivi citata.

[11] Così la Corte di giustizia nell'ordinanza 12 novembre 2010, causa C-339/10, Asparuhov e altri, punto 12. Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto di non potersi pronunciare in una vicenda di diritto urbanistico fra i ricorrenti e la Bulgaria, a motivo che essa non costituisce una misura di attuazione del diritto dell'Unione, né presentava con esso altri elementi di collegamento.

È opportuno ricordare la dizione dell'art. 51 della carta: "1. Le disposizioni della presente carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati. 2. La presente carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati".

[12] Il punto della prevalenza del diritto costituzionale interno sul diritto europeo è direttamente connesso alla struttura politica dell'Unione europea. Il dibattito sul tema è troppo noto per essere qui anche solo richiamato. La supremazia del diritto dell'Unione sul diritto interno è un principio assodato, che però, in modo significativo, il trattato di Lisbona non richiama, a differenza della costituzione europea. Non si dimentichi che l'art. 50 tr. Ue, dopo Lisbona, afferma che "ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall'Unione" e che sul piano interno sono norme come l'art. 11 della Carta repubblicana italiana a fondare la legittimità dell'adesione all'Unione e, di conseguenza, la stessa *primauté* del diritto europeo. L'Unione non è una federazione e, nell'ipotesi di contrasto, occorre riconoscere la prevalenza del diritto costituzionale interno, l'unico ad avere una piena legittimazione democratica.

Sulla posizione della Corte costituzionale italiana in rapporto al diritto Ue, rinvio per tutti a Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee*, p. 374 ss.

applicare la convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretata dalla Corte di Strasburgo (e fatte salve le annotazioni che seguiranno su questo punto specifico); la Carta europea dei diritti, come interpretata dalla Corte di giustizia; le norme costituzionali nazionali, come interpretate dalle rispettive corti, con la conseguenza che un coerente richiamo ai principi costituzionali comuni deve supporre un'adeguata analisi dei ventisette ordinamenti degli attuali Stati membri[13].

In questa ottica, si inquadra anche il profilo (per certi versi, contrario a quello qui accennato) del rispetto che i giudici nazionali devono avere per le decisioni delle corti europee, in quanto effettivamente vincolanti, sia sotto il profilo delle resistenze indebite, sia sotto quello della corretta collaborazione, a livello di rinvio pregiudiziale[14].

L'ordine reciproco fra le corti è coerente con quello che deve sussistere fra giudici interni e giudici europei sul piano applicativo.

3. *I rapporti fra le corti supreme: controlimiti, contaminazione, concorrenza*

Il tema delle relazioni fra le corti in materia di diritti fondamentali, come sintomo delle relazioni fra gli ordinamenti, è argomento complesso, di cui vorrei raccogliere qui solo qualche aspetto.

---

[13] Il preambolo della Carta dei diritti afferma, fra l'altro, che "la presente carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. In tale contesto, la carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del *praesidium* della convenzione che ha redatto la carta e aggiornate sotto la responsabilità del *praesidium* della Convenzione europea".

[14] Su questo punto, mi permetto un richiamo a Biavati, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, p. 717 ss. V. di recente sul punto Tsalpatouros, *Le précédent de la résistance des juges internes au droit communautaire*, in *Rev. du Marché Commun et de l'Union européenne*, 2009, p. 403 ss.

Se l'ordine ipotizzato nelle righe che precedono fosse pienamente condiviso, la questione sarebbe risolta, perché ogni giudice saprebbe esattamente quale diritto applicare. Ma, notoriamente, così non è. Di qui, un atteggiamento che le corti assumono reciprocamente e che conosce tre formule: la contrapposizione, la contaminazione e la concorrenza.

La contrapposizione è collegata al classico tema dei c.d. controlimiti. Alla base di questa lettura si trova la rivendicazione delle corti costituzionali di mantenere l'ultima parola sul tema dei diritti fondamentali[15]. Da Solange al Lissabon-Urteil, la Corte costituzionale tedesca ha saputo promuovere l'integrazione europea, senza però consegnare a Bruxelles le chiavi della propria sovranità[16].

Più di recente, è venuto però ad affermarsi un diverso fenomeno, che è stato efficacemente descritto come contaminazione[17]. L'idea è che i diritti fondamentali siano un patrimonio comune e che ogni corte possa attingere alle diverse fonti e all'interpretazione che di esse viene data, a seconda delle opportunità di tutela che si presentano nel caso di specie.

La contaminazione, in altre parole, è esattamente il fenomeno che nega un rigoroso ordine applicativo delle diverse fonti e, tanto meno, una rigorosa ripartizione di compiti, ma allude, come si è detto, alla tutela più intensa dei diritti.

Il metodo della contaminazione va esaminato sul piano della sua attendibilità normativa e non valutato sotto il profilo degli esiti

---

[15] V. in argomento Mastroianni, *Il dialogo tra la Corte costituzionale e le corti europee: dal conflitto alla contaminazione*, cit., p. 391 ss.

[16] V. Hanf, *L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne. L'apport de l'arrêt "Lisbonne" de la Cour constitutionelle fédérale*, in *Cah. Dr. Eur.*, 2009, p. 639 ss.; Caponi, *Democrazia, integrazione europea e circuito delle corti costituzionali (dopo il* Lissabon-Urteil*)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 387 ss.; Ziller, Solange III, *ovvero la* Europarechtsfreundlichkeit *del* Bundesverfassungsgericht. *A proposito della sentenza della Corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, ivi, 2009, p. 973 ss. Caponi (*op. ult. cit.*, p. 388) annota che la sentenza del 30 giugno 2009 del *Bundesverfassungsgericht* ripete per ben quarantasei volte le espressioni "sovrano" e "sovranità".

[17] La dottrina di lingua inglese usa anche l'espressione *cross-fertilization*: così Jacobs, *Judicial Dialogue abd the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice*, in *Texas International Law Journal*, 2003, p. 547 ss.

pratici, che non di rado sono condivisibili. In altre parole, ci si deve chiedere se si tratta di un percorso giuridicamente corretto o no. Occorre anche notare che si tratta di un metodo che non coinvolge solo le corti supreme e il loro dialogo, ma si estende in modo più vasto a tutto il giudiziario.

A titolo di esempio, cito una sentenza di merito che ha affrontato il tema delle conseguenze dell'*overruling* della Cassazione in materia processuale e, in specie, della notissima vicenda della sentenza n. 19246 del 9 settembre 2010 delle Sezioni unite sul termine per l'iscrizione a ruolo dell'opposizione a decreto ingiuntivo[18]. Cercando di trovare una soluzione di buon senso, il giudice si fonda sulla dottrina che sostiene la tesi dell'irretroattività del mutamento giurisprudenziale "creativo", che dunque si applicherebbe ai soli processi iniziati dopo la formazione del nuovo orientamento.

Non mi interessa discutere qui il punto specifico, ma soltanto notare che l'estensore della sentenza perviene alla conclusione prescelta, che attiene all'esercizio del diritto fondamentale alla difesa, non sulla base dell'art. 24 o dell'art. 111 cost. (norme che la motivazione richiama, ma in modo non efficace), ma su orientamenti della Corte di Strasburgo[19] (si noti: in materia penale) e su un precedente della Corte di Lussemburgo (i cui poteri di determinare la retroattività o no delle proprie decisioni normative sono ben definiti).

La contaminazione, però, non è l'ultimo sbocco di questo reciproco rapporto fra le corti. A me pare che vi sia qualcosa di diverso, che si può definire concorrenza.

Se, in base all'ipotesi della contaminazione, ogni corte può attingere ad ogni fonte in materia di diritti fondamentali, ne segue che ciascuna di esse può cercare di precedere le altre nell'impiego delle fonti, perseguendo le finalità di politica del diritto che meglio predilige.

Un caso significativo mi sembra la sentenza del 28 aprile 2011 della Corte di giustizia nel caso Hassen el Dridi, nota in Italia perché

---

[18] Mi riferisco a Trib. Varese, 8 ottobre 2010, n. 1274, in *Guida dir.*, 2010, n. 42, p. 22 ss.

[19] La sentenza afferma, fra l'altro, che il punto di partenza della Corte eur. dir. uomo è che il termine "legge" riguarda anche il diritto vivente e, pertanto, anche la norma di origine giurisprudenziale.

ha sancito la contrarietà al diritto dell'Unione della normazione penale italiana sul reato di clandestinità. Qui i giudici del Kirchberg si fondano essenzialmente sulle fonti europee, ma citano la giurisprudenza Cedu e fanno affidamento alla nozione di tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, per individuare il comportamento che dovrà essere tenuto dal giudice del rinvio[20].

La discussione, ancora una volta, non riguarda la correttezza dell'esito finale, ma il percorso logico-normativo seguìto. In realtà, a me pare che le disposizioni di stretto diritto dell'Unione fossero adeguate a definire il caso; la non necessaria rincorsa alla convenzione europea e alle tradizioni costituzionali comuni sembra frutto di un intento politico, per cui i giudici di Lussemburgo, nel caso di specie, hanno voluto presentarsi come difensori di un comune sentire dei paesi membri.

4. *I rapporti fra la Corte europea dei diritti dell'uomo e i giudici europei: quale determinazione di confini?*

Nella materia dei diritti fondamentali, è evidente che il confronto decisivo si deve attuare con la Corte europea dei diritti dell'uomo. In questo senso, è utile un breve ragguaglio in tema di relazioni con la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia.

Per quanto concerne la Consulta, quattro importanti sentenze (per l'esattezza, le nn. 348 e 349 del 2007 e le nn. 311 e 317 del 2009) hanno ribadito, da un lato, la soggezione del giudice interno all'interpretazione della Corte di Strasburgo per quanto concerne l'esatta determinazione delle norme Cedu e, dall'altro, il divieto di disapplicazione diretta da parte del giudice interno delle norme interne ritenute contrastanti con l'obbligo internazionale discendente dalla Cedu e la supremazia della costituzione su tutte le norme internazionali, convenzione europea inclusa[21].

---

[20] Si tratta della sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011, causa C-61/11, Hassen el Dridi. I punti citati sono rispettivamente il 45 e il 61.

[21] Fra i molti contributi, v. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 955

Non si deve pensare che queste precisazioni siano frutto di un'ostilità latente. L'ordinamento italiano è seriamente impegnato a realizzare l'esecuzione delle sentenze di Strasburgo[22]. Tuttavia, le indicazioni della Consulta sono preziose ai fini delle esigenze di chiarezza, a cui queste note aspirano.

Il rapporto fra Corte di giustizia e Corte europea, a sua volta, è particolarmente delicato[23]. In linea di massima, i giudici del Kirchberg hanno attentamente evitato ogni contrapposizione diretta, in genere manovrando sul terreno della non esatta sovrapposizione fra la materia dei diritti fondamentali in quanto rilevanti per il diritto dell'Unione e quella della generale applicazione di tali diritti, riservata a Strasburgo[24].

I giudici dell'Unione, utilizzando in una certa misura il criterio della contaminazione, si sono trovati ad applicare a fattispecie in materia di diritti fondamentali, certo rientranti nella competenza del giudiziario europeo, criteri desunti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui efficacia diventa dunque quella di un paradigma interpretativo. Per tutti, si può citare il caso Kadi[25].

---

ss.; Conti, *Corte costituzionale e Cedu: qualcosa di nuovo all'orizzonte?*, ivi, 2010, 5, p. 624 ss.; Savino, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 772 ss.

[22] V. Perrini, *La legge n. 12/2006 e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano: risultati realizzati e obiettivi da raggiungere*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2009, p. 339 ss.

[23] V., fra gli altri, Fragola, *Sovranità diffuse e diritti umani nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. dir. eur.*, 1999, p. 3 ss.; Jacobs, *Human rights in the EU: the role of the Court of Justice*, in *Eur. Law Rev.*, 2001, p. 331 ss.; Knook, *The Court, the Charter and the vertical division of powers in the European Union*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2005, p. 367 ss.

[24] Ad esempio, nella sentenza Kremzow (29 maggio 1997, in causa C-299/95, in *Racc. giur. Corte giust.*, 1997, I, p. 2629 ss.) la Corte di giustizia ha precisato che essa deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di una normativa interna "con i diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto, quali essi risultano, in particolare, dalla convenzione", ma solo se quella normativa si colloca nell'àmbito comunitario (punto 15).

[25] Corte di giustizia, sent. 3 settembre 2008, cause riunite C-420-05 P e C-415/05 P, Kadi c. Commissione e altri; Tribunale, sentenza 30 settembre 2010, causa T-85/09, Kadi c. Commissione e altri. Al punto 177, il Tribunale rileva che "applicando alla fattispecie criteri identici a quelli in tal modo elaborati dalla Corte eur. dir. uomo, è pacifico che al ricorrente non è stata data la possibilità di

Tuttavia, il riferimento ampio all'elaborazione della Corte di Strasburgo non impedisce alla Corte di giustizia di riaffermare l'autonomia nella sua interpretazione del diritto dell'Unione.

Insomma, come la Corte costituzionale interna, anche la Corte di giustizia non rinuncia ad avere in materia di diritti umani l'ultima parola all'interno del proprio ordinamento.

5. *La specificità dell'apporto della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia processuale: uso ed abuso della c.d. contaminazione*

Il punto della doverosa applicazione della convenzione europea da parte del giudice interno, ribadita, come si è detto, dalla Corte costituzionale, richiede almeno due brevi riflessioni.

La prima concerne la natura delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e, di riflesso, l'ampiezza dell'obbligo di conformarsi ad esse. Ora, va notato che la Corte di Strasburgo è, in sostanza, un giudice di merito, che esamina un caso concreto e verifica se, in quella data circostanza, vi sia stata o no una violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla convenzione[26]. Le sentenze di Strasburgo non hanno la medesima valenza normativa di quelle della Corte di giustizia di Lussemburgo, per effetto dei diversi compiti delle due corti. Con particolare riguardo alla materia processuale, le prime verificano se, nel caso di specie, è stato rispettato il *fair trial*, attraverso un'analisi globale del caso esaminato, ma senza scendere a valutazioni di conformità o meno alla convenzione di norme nazio-

---

contestare utilmente nessuna delle allegazioni formulate a suo carico, sulla base della sola sintesi dei motivi che gli è stata comunicata".

Sulla questione, v. Harpaz, *The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights: The Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2009, p. 105 ss.

[26] Mi permetto un richiamo a Biavati, *L'efficacia diretta delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 651 ss. e in *La Ciencia del Derecho procesal constitucional – libro homenaje a Hector Fix-Zamudio*, Ciudad del Mexico, 2008, tomo IX, p. 699 ss. V. sul punto anche Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, cit., p. 960.

nali[27]. Le seconde, invece, specialmente nel contesto delle pronunce pregiudiziali, esplicitano l'interpretazione del diritto dell'Unione europea con l'effetto di dichiarare, se del caso, che una determinata norma nazionale, in assoluto o a determinati fini, contrasta con il diritto europeo[28]. I giudici di Lussemburgo enunciano una regola di

[27] Richiamo qui due esempi molto noti. Nel caso Dombo Beheer c. Paesi Bassi del 27 ottobre 1993, in materia di prove, la Corte di Strasburgo così si esprime al punto 31: "The Court (is not) called upon to esamine the Netherlands law of evidence in civil procedure *in abstracto*. [...] The Court's task is to ascertain whether the proceedings in their entirety, including the way in which evidence was permitted, were *fair* within the meaning of Article 6 par. 1".

Nel caso Annoni di Gussola e altri c. Francia del 14 novembre 2000, in materia di accesso al ricorso per Cassazione, la Corte eur. dir. uomo scrive, ai punti 52 e 54: "The Court does not intend to reopen the issue of the compatibility of that system with the provisions of the Convention. [...] In this regard the Court reiterates that Article 6 of the Convention does not compel the contracting states to set up courts of appeal or of cassation. Where such courts do exist, the guarantees of Article 6 must be complied with, for instance in that it guarantees to litigants an effective right of access to the courts for the determination of their civil rights and obligations".

[28] Si pensi alla sentenza Mund & Fester c. Hatrex (Corte giust. com. eur., 10 febbraio 1994, causa C-398/92, in *Racc.*, 1994, I, p. 467 ss.), in cui la Corte ritenne discriminatorio il secondo capoverso del par. 917 *ZPO*, laddove era considerato motivo sufficiente per la concessione di un provvedimento di *arrest* la circostanza che la misura dovesse essere eseguita all'estero, senza distinguere fra paesi comunitari (caratterizzati, secondo la Corte, da una situazione di sostanziale equivalenza della tutela giurisdizionale), e paesi non comunitari. A sèguito di questa sentenza, che non censurava un singolo processo, ma la stessa esistenza di una specifica norma, il secondo capoverso del par. 917 *ZPO* è stato modificato nel 1998, in conformità alle indicazioni della Corte di giustizia.

Si pensi, ancora, alla sent. Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini S.p.a. (Corte giust., 18 luglio 2007, causa C-119/05), laddove i giudici del Kirchberg testualmente affermano che "il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione nazionale, come l'art. 2909 del Codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva".

Su questa pronuncia, v. fra gli altri Consolo, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 225 ss.; Nebbia, *Do the rules on State aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case*, in *Eur. Law rev.*, 2008, p. 427 ss.; Biavati, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 1591 ss.

diritto[29], mentre quelli di Strasburgo assolvono o condannano uno Stato, in relazione ad una fattispecie concreta[30].

Il secondo punto si riferisce alla nota dottrina, fatta propria dai giudici di Strasburgo, del c.d. margine di apprezzamento. L'idea di fondo è che i diritti fondamentali, pur presentando una dinamica oggettiva, collegata alle dimensioni etiche ed antropologiche della persona umana, si innestano però nei singoli ordinamenti tenendo conto della storia e della cultura di ognuno di essi. Unicamente a titolo di esempio, si può pensare all'uso che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto di questi principi quando ha deciso il caso dell'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche italiane[31].

---

[29] Queste brevi note, incentrate sul profilo dei diritti fondamentali, non possono prendere in esame il rapporto fra le sentenze della Corte di giustizia e gli ordinamenti interni. Benché si tratti in questo caso di un'azione più efficacemente penetrante rispetto a quella della Corte eur. dir. uomo, non bisogna mai dimenticare, come annota Caponi (*Democrazia*, cit., p. 401) che "un'unica corte di legittimità (quale già esiste in Europa) può forse assicurare una guida di coerenza nell'interpretazione giudiziale del diritto, ma non già una prassi uniforme nei diversi paesi".

[30] La differenza fra le pronunce delle due corti (Strasburgo e Lussemburgo) è efficacemente delineata da Consolo, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla Cedu a sua volta)*, in *Corti europee*, cit., p. 53 ss.

[31] Si tratta della sent. del 18 marzo 2011, Lautsi c. Italia. Senza appesantire il testo, ne cito qui alcuni passaggi in lingua originale:

"Le Gouvernement explique quant à lui que la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques, qui est le fruit de l'évolution historique de l'Italie, ce qui lui donne une connotation non seulement culturelle mais aussi identitaire, correspond aujourd'hui à une tradition qu'il juge important de perpétuer. Il ajoute qu'au-delà de sa signification religieuse, le crucifix symbolise les principes et valeurs qui fondent la démocratie et la civilisation occidentale, sa présence dans les salles de classe étant justifiable à ce titre (punto 67).

Selon la Cour, la décision de perpétuer ou non une tradition relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur. La Cour se doit d'ailleurs de prendre en compte le fait que l'Europe est caractérisée par une grande diversité entre les Etats qui la composent, notamment sur le plan de l'évolution culturelle et historique. Elle souligne toutefois que l'évocation d'une tradition ne saurait exonérer un Etat contractant de son obligation de respecter les droits et libertés consacrés par la Convention et ses Protocoles (punto 68).

La Cour en déduit en l'espèce que le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur. La circonstance qu'il n'y a pas de consensus européen sur la

Ora, dal combinato effetto di questi due aspetti, deriva che da Strasburgo non ci si può attendere l'enunciazione di principi normativi, traducibili in modo immediato ed inequivoco negli ordinamenti nazionali; dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo possono emergere tendenze molto chiare, che tuttavia suppongono un lavoro di traduzione e di adattamento da parte del giudice nazionale.

Segnalare questo modo di operare della Corte europea dei diritti dell'uomo non è privo di conseguenze.

In primo luogo, nessuno può arrogarsi il diritto di riscrivere porzioni più o meno ampie dell'ordinamento interno per adattarlo alla giurisprudenza di Strasburgo, semplicemente perché da quella giurisprudenza, seppur correttamente intesa, possono derivare molte e non identiche opzioni normative.

Inoltre (e soprattutto) è necessaria molta prudenza da parte del giudice nazionale nell'arruolare la Corte europea dei diritti dell'uomo a servizio di opzioni ermeneutiche soggettive. Per riprendere il caso citato più sopra, si sarebbe potuto richiamare la giurisprudenza di Strasburgo non solo per supportare la tesi dell'irretroattività dei nuovi orientamenti in materia processuale, ma anche per sostenere quella della rimessione in termini o, meglio ancora, per negare in radice il diritto di una corte suprema di comportarsi come un legislatore.

Il problema, insomma, non sta a Strasburgo, ma sulle scrivanie di chi, a vario titolo, ritiene di rafforzare una determinata tesi appoggiandosi sulla lettura che la Corte europea dei diritti dell'uomo offre dei diritti umani. Se, in dottrina, ciò può dare luogo ad un interessante dibattito e a soluzioni avvincenti, molto più delicato è l'impiego della giurisprudenza Cedu da parte dei magistrati.

La certezza del diritto, tradotta nella logica del processo, significa che tutte le parti, e quindi anche il convenuto, devono potere co-

---

question de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques (paragraphes 26-28 ci-dessus) conforte au demeurant cette approche (punto 70). »

Un'altra interessante applicazione della dottrina del margine di apprezzamento si riscontra nella sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria, in tema di legittimità dei divieti nazionali di fecondazione eterologa (in *Guida dir.*, 2011, n. 46, p. 15 ss.).

noscere a priori la fattispecie normativa, legale o giurisprudenziale, con la quale confrontarsi. Chi si difende deve sapere quale tipo di violazione gli si addebita e quale norma gli si imputa di avere disatteso. La fantasia del giudice rischia di alterare in modo grave la parità delle armi, violando (e qui il richiamo ci sta tutto) esattamente l'art. 6 Cedu.

La circolazione dei principi giuridici è un dato non solo ineliminabile, ma positivo e fruttuoso in un sistema che ho reputato corretto definire di ordinamenti aperti e fra loro comunicanti[32]. La c.d. contaminazione fra le corti supreme e, a cascata, fra le giurisprudenze nazionali, è una delle tante sfaccettature di questo prisma complesso. Sennonché, la comunicazione fra sistemi non può avvenire in modo caotico o *à la carte*: vi sono precise regole da rispettare. Il rischio odierno è quello di un oggettivo abuso della contaminazione.

6. *La prospettiva dell'adesione dell'Unione europea alla Cedu*

Come si è segnalato, in base all'art. 6, par. 2°, tr. Ue, l'Unione aderisce alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione, precisa la norma, non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati[33].

Ci si deve chiedere se e che cosa può accadere sul piano giudiziario europeo, qualora l'adesione dell'Unione alla convenzione venga a realizzarsi concretamente.

---

[32] Biavati, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997, p. 271 ss.

[33] È noto che finora l'Unione non ha aderito alla Cedu e che la Corte di giustizia, nel 1994, rese un parere formale contrario all'adesione alla convenzione dell'allora Comunità europea. Su quel dibattito, v. Wachsmann, *L'avis 2/94 de la Cour de Justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,* in *Rev. trim. dr. eur.,* 1996, p. 467 ss.; M. Waelbroeck, *La Cour de Justice et la Convention européenne des droits de l'homme,* in *Cah. dr. eur.,* 1996, p. 549 ss.; Chaltiel, *L'Union européenne doit-elle adhérer à la convention européenne des droits de l'Homme?*, in *Rev. du Marché Commun*, 1997, p. 34 ss. V. di recente Gianelli, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 678 ss.

In particolare, ci si deve prospettare la seguente ipotesi. Aderendo alla Cedu, l'Unione si allinea agli ordinamenti degli Stati nazionali (membri o no dell'Unione) che si sottopongono al controllo della Corte di Strasburgo per ciò che concerne le violazioni dei diritti fondamentali. Così come le pronunce delle autorità giudiziarie nazionali sono assoggettate alla verifica di Strasburgo, ad esempio per ciò che riguarda il diritto di difesa e il giusto processo, anche le decisioni della Corte di giustizia potranno essere analogamente controllate. L'Unione potrebbe essere condannata – ma non è che un esempio – a indennizzare un cittadino, qualora il giudizio in cui questi è parte avesse travalicato i limiti del *delai raisonnable*.

Alla luce di questo sviluppo, prende fiato la voce di chi propugna in Europa una soluzione monistica: non un dialogo o una circolazione di contenuti fra le corti, ma l'assunzione di un ruolo centrale da parte di Strasburgo, unica corte a poter giudicare l'operato delle altre[34].

È chiaro che questo esito potrebbe fare esplodere i contrasti latenti fra le grandi corti europee, finora calmierati da un reciproco *fair play*. Ci si deve chiedere, però, se tutto ciò verrebbe davvero ad alterare la struttura europea della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali.

Francamente, ne dubito. Infatti, se è vero che le pronunce di Strasburgo sono decisioni di merito e che non hanno efficacia normativa (non possono, cioè, costituire una linea operativa univoca per situazioni future), l'effetto maggiore è quello, caso per caso, di possibili sconfessioni dell'operato dei giudici del Kirchberg, non certo immuni dall'uso talora disinvolto delle regole procedurali e non sempre esenti da pecche quanto all'applicazione del diritto materiale. Sotto questo profilo, l'intervento di Strasburgo deve essere salutato positivamente.

Nulla cambierebbe, invece, rispetto al quadro attuale, successivo all'entrata in vigore del trattato di Lisbona, quanto all'apporto della giurisprudenza Cedu. E nulla cambierebbe, soprattutto, per ciò che concerne l'ultima parola, che spetta alla Corte di giustizia per il diritto dell'Unione e alle corti costituzionali per il diritto interno.

---

[34] Caponi, *Corti europee*, cit., p. 384 ss.

7. *Giudici, parlamenti e diritti fondamentali*

Il tema della tutela multilivello dei diritti fondamentali richiede, a mio avviso, che vengano dissipati alcuni equivoci.

Il primo ed essenziale equivoco è quello che porta a ritenere che si possa parlare di diritti fondamentali come di un dato assoluto e tale da identificare contenuti giuridici precisi: con la conseguenza che non avrebbe molta importanza quale corte sia chiamata a darvi tutela e dovendosi soltanto preferire (in una logica più di concorrenza che di contaminazione) la tutela più intensa dei diritti.

In realtà, stabilire quali siano i diritti umani fondamentali dipende dalla lettura culturale ed antropologica che si voglia dare della persona umana. Nel mondo di oggi, è lampante che non esiste in questo senso una condivisione di vedute[35]. Non serve rifarsi alla formulazione letterale delle norme della convenzione europea, della Carta dei diritti o delle costituzioni, perché i concetti di fondo "sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi"[36]. Fare esempi è superfluo: si pensi al concetto di diritto alla vita o a quello di famiglia.

Se non si può dare, di fatto, un consenso comune, occorre stabilire chi debba pronunciarsi al momento di fissare confini e limiti dei diritti umani.

La risposta corretta è nel senso che i diritti fondamentali sono originari e non negoziabili: essi non sono posti, ma solo riconosciuti dai cataloghi normativi e dai loro interpreti. Tuttavia, è evidente che occorre individuare chi, di questo riconoscimento, si faccia tramite e ne scelga l'orientamento politico e culturale.

---

[35] Le citazioni sono superflue. Si rileggano, ad esempio, le parole della Corte eur. dir. uomo nel caso Lautsi, citato alla nota n. 31, quando si afferma "qu'il n'y a pas de consensus européen sur la question de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques".

[36] Così la Corte costituzionale italiana nella sent. 138 del 15 aprile 2010, sulla legittimità costituzionale delle norme che non consentono la possibilità di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso.

In questa ottica, si tratta di stabilire se i diritti fondamentali sono riconosciuti dai parlamenti o dai giudici. Nell'attuale momento storico, è dato assistere ad un sensibile iato fra i valori e le convinzioni dei cittadini e le idee che circolano nelle *élites* intellettuali. Temi come l'integrazione degli stranieri, la bioetica o l'esposizione dei simboli religiosi (per non citare che alcune questioni in materia di diritti fondamentali) trovano risposte normalmente diverse fra i cittadini comuni, elettori dei parlamenti, da un lato, e i componenti delle corti supreme, dall'altro[37].

Ora, la logica democratica, pur nella sua imperfezione strutturale, che non consente di ritenere che maggioranza e verità coincidano, è certo preferibile rispetto a quella che finisce per affidare le risposte ad un ristretto novero di giudici. Le grandi scelte devono essere affidate al popolo, alla sua espressione diretta, o almeno a quella parlamentare indiretta, o ancora a quella delle corti costituzionali, il cui meccanismo elettivo ha comunque un riferimento al metodo democratico. È molto più difficile accettare che le scelte in materia di diritti fondamentali possano essere compiute da corti supreme, per definizione svincolate da ogni legittimazione democratica, proprio perché il loro compito è quello di interpretare la norma e non di crearla.

Significativo e corretto, in questo senso, è il percorso tracciato dalla Consulta. Di fronte all'ipotesi di leggere le nozioni di famiglia e matrimonio in modo da consentire le nozze fra persone del medesimo sesso, la Corte costituzionale italiana annota che un'ermeneutica di questo tipo darebbe luogo ad un'interpretazione creativa e non ammissibile: la questione appartiene alla discrezionalità del Parlamento e va quindi risolta sulla base del principio democratico[38].

Un altro equivoco è quello della convergenza delle interpretazioni delle diverse corti supreme intorno ad un nucleo di diritti fondamentali. Ora, altro è l'allineamento di fatto, che evita il confronto sulla supremazia, altro è invece l'allineamento di diritto. L'esistenza

[37] Si pensi, per non fare che un esempio, al sorprendente esito del referendum svizzero del novembre 2009, quando il 57% degli elettori elvetici si è espresso a favore del divieto per la costruzione di nuovi minareti.

[38] V. ancora la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 138 del 15 aprile 2010.

di due cataloghi di diritti non identici (la Carta europea e la convenzione dei diritti dell'uomo, oltre alle tradizioni costituzionali comuni) è potenzialmente fonte di conflitti giurisprudenziali[39]. Del resto, i contrasti esistono, anche se non vengono enfatizzati. Per restare nella materia processuale, la Corte di Lussemburgo ha negato il diritto delle parti di replicare alle conclusioni dell'Avvocato generale, quando introducono soluzioni di terza via, mentre Strasburgo ha ritenuto lesivo del diritto fondamentale al giusto processo un caso belga, del tutto analogo, in cui le parti non avevano potuto replicare al procuratore del Re[40]. Indagando a fondo, si scopre che i casi di contrasto effettivo non mancano e che "il limitato numero di antinomie rilevate è probabilmente dipeso più dall'intelligente opera delle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo, spinte a cercare un reciproco dialogo costruttivo, piuttosto che dall'assenza di frizioni sul piano normativo fra i due sistemi convenzionali"[41].

Non basta. Ho accennato, più sopra, alla dottrina del c.d. margine di apprezzamento. Si tratta di evitare un'idea astratta di un'Europa omogenea e di ammettere che le diverse concezioni sui diritti

---

[39] V. le osservazioni di Artino, Noël, *Les perspectives d'interactions entre la CJUE et la Cour Européenne des droits de l'homme du fait de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne*, in *Rev. du Marchè commun et de l'Union européenne*, 2010, p. 447.

[40] Si tratta dell'ord. 4 febbraio 2000, in causa C-17-98, Emesa Sugar, in *Racc. giur. Corte giust.*, 2000, I, p. 665 ss. Si veda, nello stesso senso, il caso Swedish Match (sent. della Corte di giustizia del 14 dicembre 2004, in causa C-210/03) al punto 24.

Intorno al caso Emesa Sugar si è sviluppato un ampio dibattito, di cui offro qualche riferimento: Simon, *Rôle de l'avocat générale et principe du contradictoire*, in *Europe*, 2000, n. 4, p. 8 ss.; Benoit-Rohmer, *L'affaire Emesa Sugar: l'institution de l'Avocat général de la Cour de justice des Communautés européennes à l'épreuve de la jurisprudence Vermeulen de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de droit européen*, 2001, p. 403 ss.; Id., *Le commissarie du gouvernement auprès du Conseil d'Etat, l'avocat général auprès de la CJCE et le droit à un procès équitable*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, p. 727 ss.; Iannone, *L'avvocato generale della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. Un. eur.*, 2002, p. 123 ss.; Iliopoulou, Clément-Wilz, *La résistance des acteurs d'une procédure préjudicielle en matière de libre circulation des personnes*, *in Cah. Dr. eur.*, 2004, p. 726 ss. Non di rado è segnalata, in questi interventi, una discrasia fra l'atteggiamento della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo e quello della Corte di giustizia.

[41] Così Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, cit., p. 659.

umani non attraversano soltanto le opinioni pubbliche dei vari paesi, ma da un paese all'altro possono ricevere una risposta diversa. La storia non si cancella e non si può negare che la percezione sociale di determinati diritti fondamentali sia profondamente differente da un paese all'altro. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto propria, con molto equilibrio, questa posizione.

Se, però, si ammettesse una contaminazione senza limiti e non si richiamassero le singole corti ad applicare rigorosamente le norme che specificamente le concernono, si può arrivare al risultato di assumere talune decisioni di Strasburgo, rese in un caso di merito riferito ad un paese specifico, e trasporle senza adeguata riflessione in altri casi di altri ordinamenti. Le pur imperfette regole della democrazia possono essere travolte da un uso spregiudicato del potere giudiziario.

Di qui l'esigenza che ogni giudice tuteli i diritti fondamentali con un rigoroso rispetto delle fonti e delle reciproche competenze. L'interpretazione evolutiva rientra pienamente in questo ambito e non si tratta in alcun modo di mettere freni allo sviluppo degli ordinamenti.

8. *La democrazia, unico possibile motore dell'integrazione europea*

Un corollario delle osservazioni svolte concerne il tema della sovranità e della democrazia in Europa.

Di fronte all'evidenza del *deficit* democratico nell'Unione europea, si aprono, a mio avviso, tre strade. La prima è quella di un deciso salto della costruzione europea in chiave pienamente federale: si tratta della realizzazione del progetto dei fondatori dell'Europa, che oggi però appare politicamente lontana. La seconda è quella del richiamo alle costituzioni interne come garanzia di fondo e alla prosecuzione dell'impegno europeo nei margini del possibile, lavorando sul piano della crescita culturale di una mentalità europea. La terza strada è quella del rafforzamento del progetto europeo, non dal basso ma dall'alto, per via giudiziaria, attraverso la cooperazione e

il dialogo fra le corti europee (Lussemburgo e Strasburgo) e quelle nazionali.

Rilevano, qui, espressioni come quella di "democrazia giudiziaria" e di "circuito delle corti", che esprimono una linea di tendenza di grande interesse, ma scontano l'incertezza sul punto che apre queste linee: sulla determinazione, cioè, di chi applica quali norme[42].

Il problema non è quello di negare alle corti un compito creativo nella difesa dei diritti fondamentali, ma è quello invece di prendere atto che non è oggettivo parlare di triplicazione di tutele. Ogni diritto concreto, collegato ad una fattispecie precisa, non ha tre o più giudici, ma ha un solo giudice, che va individuato; ogni diritto concreto non ha tre o più formulazioni, ma una sola formulazione, che va enucleata.

Evitare di affrontare i problemi e nascondersi dietro a formule ecumeniche, come quella della tutela multilivelli, può celare l'intenzione di non voler andare fino in fondo alla questione delle competenze, per non scoprire che le funzioni delle corti europee, seppure di enorme rilievo culturale e pratico, sono pur sempre limitate dall'originario conferimento di poteri che gli Stati hanno dato alle istituzioni dell'Unione, da un lato, e alla Corte europea dei diritti dell'uomo, dall'altro[43]. Per quanto concerne la Corte di giustizia, la *primauté* del diritto europeo sui diritti nazionali è certo affermazione giurisprudenziale, ma resta pur sempre limitata all'interno dello spazio (incompleto) di azione dell'ordinamento dell'Unione e trova la sua forza nella spontanea conferma, quasi implicita ratifica, da parte degli ordinamenti e delle corti nazionali. Per quanto attiene alla Corte europea dei diritti dell'uomo, le sue pronunce non hanno efficacia normativa generale ma sono essenzialmente decisioni di merito. Queste puntualizzazioni non vogliono ridimensionare il ruolo dell'una o dell'altra corte, ma solo mettere in guardia dall'impie-

---

[42] V. ancora Caponi, *Democrazia*, cit., p. 402 ss.

[43] V. Harpaz, *The European Court of Justice and its relations with the European Court of Human Rights*, cit., p. 112, secondo cui, pur negli ampi riferimenti che la Corte di Lussemburgo fa alla giurisprudenza di Strasburgo, "no systematic analysis is provided for the precise legal force that the Luxembourg Regime should ascrive to the Strasbourg Regime, nor of the circumstances in which the Luxembourg Court should depart from the case law of the Strasbourg Court".

go abusivo delle loro decisioni, attraverso una contaminazione non legittima.

È mia opinione che la crisi dell'Europa non possa essere aggirata per via giudiziaria, ma debba essere superata ritrovando una chiara finalità culturale per il progetto di integrazione, supportata dalla volontà popolare. Non solo l'Europa non può ignorare i parlamenti e le corti costituzionali, ma talune forzature, sia da parte delle istituzioni dell'Unione che da parte delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, rischiano di provocare reazioni opposte.

Certo, le grandi corti europee hanno dato e continueranno a dare un apporto fondamentale alla costruzione di uno spazio di libertà e di rispetto dei diritti fondamentali. Giunge però il tempo di ritornare alle fonti: senza una chiara scelta dei cittadini, il futuro dell'Europa si presenta nebuloso ed incerto[44].

[44] La recente lettura di alcune lucide ed appassionate pagine di Trocker (*La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, spec. p. 171 ss.) mi induce a precisare che il punto non è quello del rapporto fra Stati e istituzioni europee, né, tanto meno, quello del recupero di posizioni nazionaliste. La necessità di fondo in questo momento è quella di recuperare un raccordo profondo fra diritti fondamentali e legittimazione democratica, spostando l'asse dell'iniziativa a favore di quei soggetti istituzionali che meglio possono farsi portatori della volontà popolare.

I RAPPORTI TRA GLI ORGANI DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA NELLA NUOVA ARCHITETTURA DOPO IL TRATTATO DI LISBONA*

Roberto Bonatti

Ricercatore dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Il ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione del sistema di tutele nell'ordinamento dell'Unione. – 2. Elementi di attrito tra corti europee e giudici nazionali. – 3. L'originaria ripartizione di competenze e funzioni tra Corte e Tribunale di primo grado. – 4. La nuova architettura giurisdizionale europea. – 5. Differenziazione di funzioni giurisdizionali tra legittimità e merito. – 6. Questioni di fatto e questioni di diritto nella giurisdizione dell'Unione europea. – 7. La nuova procedura di riesame delle sentenze di ultima istanza del Tribunale.

1. *Il ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione del sistema di tutele nell'ordinamento dell'Unione*

L'opera interpretativa della Corte di giustizia ha permesso l'evoluzione dell'ordinamento dell'Unione europea sotto almeno tre direttrici fondamentali: in primo luogo, sotto il profilo istituzionale, la giurisprudenza della Corte ha consentito la definizione esatta dei rapporti tra istituzioni e Stati membri, e tra le istituzioni fra di loro, contribuendo a definire per via giurisprudenziale quei meccanismi di bilanciamento tra i poteri che hanno permesso all'Unione europea di perseguire efficacemente i propri obiettivi. In secondo luogo,

* Gli argomenti trattati nel presente saggio saranno oggetto di approfondimento in uno studio monografico di prossima pubblicazione.

si è detto che la Corte ha svolto un ruolo essenziale nell'affermazione dei diritti individuali dei cittadini dell'Unione e della persona in generale, così colmando lacune originarie dell'ordinamento comunitario, che è nato incompleto ed inadatto a questi fini in quanto principalmente rivolto all'attuazione di uno spazio economico comune. Infine, e come conseguenza di ciò, la Corte ha rappresentato il motore per l'evoluzione nell'implementazione delle libertà individuali, sia delle imprese che dei cittadini, giungendo a riempire di nuovo significato l'originaria previsione dei trattati sulle libertà fondamentali. Non v'è dubbio che tutte queste direttrici di evoluzione hanno condotto allo sviluppo di un insieme di regole europee relative al processo, andando così ad identificare un nocciolo minimo anche per ciò che riguarda la tutela dei diritti[1].

Il percorso evolutivo dell'organo di giustizia dell'Unione è stato in certi periodi alquanto travagliato, soprattutto in corrispondenza con momenti di difficoltà dell'intero ordinamento giuridico europeo[2] e che hanno imposto di ricercare nuovi equilibri istituzionali, ai quali nemmeno la Corte si è potuta sottrarre.

Ciò che emergeva dal trattato di Roma era indubbiamente un ruolo secondario della Corte rispetto a tutte le altre istituzioni. Quella fase storica del diritto comunitario è stata caratterizzata da un elevato ruolo degli aspetti politici legati alla creazione di un ordinamento nuovo, il quale traeva la propria legittimazione da una cer-

---

[1] Carbone, *Il ruolo della Corte di Giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Scritti in onore di Umberto Leanza*, II, Napoli, 2008, p. 919 ss.; Tizzano, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 141 ss.; Alters, *The european court's political power*, Oxford, 2009, p. 92 ss.; Trocker, "Civil law" *e* "common law" *nella formazione del diritto processuale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 421 ss., spec. p. 437 ss.

[2] Va peraltro rimarcato che, storicamente, la Corte di giustizia è sempre stata l'istituzione che, nei momenti di difficoltà o di transizione dell'ordinamento europeo, più di ogni altra ha saputo fungere da guida per le altre istituzioni. In alcuni casi, infatti, è accaduto che momenti di crisi politica dell'ordinamento dell'Unione abbiano indebolito l'efficacia dei processi decisionali delle altre istituzioni, ed in particolare della Commissione e del Consiglio; tuttavia, l'evoluzione del diritto dell'Unione ed il superamento di tali difficoltà momentanee sono stati possibili anche grazie alla persistente opera interpretativa della Corte di giustizia. In questo senso, v. Tizzano, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, cit., p. 141 ss.

ta rinuncia di sovranità che gli Stati membri avevano deciso. I trattati istitutivi avevano configurato la Corte di giustizia come l'organo deputato a risolvere principalmente conflitti fra Stati membri o fra istituzioni, mentre avevano probabilmente sottovalutato l'importanza per la futura evoluzione del sistema europeo delle azioni dirette e soprattutto la competenza pregiudiziale della Corte. Cosicché, la Corte fu inizialmente concepita in modo molto simile alle precedenti esperienze di diritto internazionale, ossia come l'organo deputato alla salvaguardia del rispetto del diritto dell'Unione principalmente verso gli Stati contraenti e le istituzioni. Non era, cioè, un organo giurisdizionale che nasceva con competenze specifiche di tutela dei diritti dei singoli. Tuttavia, fin dalle sue origini, la funzione giurisdizionale si è differenziata rispetto a quella propria degli ordinamenti sovranazionali, rispondendo a logiche proprie più di un ordinamento interno tradizionale che non tipiche di enti od organizzazioni di diritto internazionale. Fu senza dubbio una scelta precisa e non casuale, sebbene fortunata.

Anzitutto, la Corte di giustizia rappresenta, nel panorama degli ordinamenti di diritto internazionale, il primo modello di corte di nuova generazione. Rispetto alle precedenti, ed in particolare alla Corte internazionale di giustizia, ed ancor prima rispetto alla Corte europea dei diritti dell'uomo che sarebbe entrata in funzione qualche anno più tardi, la Corte di Lussemburgo ha per la prima volta attuato una giurisdizione internazionale obbligatoria nei confronti delle parti convenute e ad accesso diretto, non filtrato da meccanismi di assenso indipendenti dalla domanda, da parte dei singoli[3]. Inoltre, a differenza dell'organo di vertice di altri ordinamenti internazionali, ha avuto immediatamente una spiccata istituzionalizzazione e stabilità. È per questo motivo che il ruolo della Corte non è stato puramente giurisdizionale ma anzi ha avuto un carattere strut-

[3] Alters, *The european court's political power*, cit., p. 92, offre anche un interessante prospetto di confronto tra le caratteristiche principali delle più importanti corti internazionali, dalla quale si può notare che fino agli anni '80 del secolo scorso l'unica corte internazionale a consentire un accesso diretto ai singoli era la Corte di giustizia europea e che tale caratteristica è stata estesa in modo pieno alla Corte europea dei diritti dell'uomo soltanto a partire dal 1998 e propria delle principali corti internazionali successive.

turale all'interno delle istituzioni dell'Unione, anche di impulso nella creazione di nuove competenze e di nuovi obiettivi dell'Unione[4].

Sono state le novità di carattere processuale, però, a rendere veramente innovativo il sistema giurisdizionale europeo. Ciò vale sia per la procedura di infrazione[5], di recente potenziata addirittura con l'affermazione da parte della Corte di giustizia della possibilità che la violazione avvenga da parte dei giudici di ultima istanza di uno Stato membro[6], ma soprattutto per il meccanismo di pronuncia pregiudiziale di interpretazione di validità, che è a disposizione dei singoli giudici nazionali per colloquiare con la giurisdizione di vertice dell'ordinamento europeo, in modo diretto e senza intermediazione da parte di soggetti esterni alla funzione giurisdizionale. È proprio grazie a questo strumento che la Corte ha avuto modo di affermare i più importanti principi evolutivi di diritto comunitario instaurando un dialogo costante e diretto con i giudici nazionali, tra cui principalmente quello della supremazia del diritto dell'Unione sugli ordinamenti degli Stati membri[7].

---

[4] Tizzano, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, cit., p. 142 ss., il quale colloca l'avvio di questa concezione del ruolo della corte nella sentenza Corte giust., 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, in *Racc. giur. Corte giust.*, 1971, p. 263 ss.; si tratta di una pietra miliare nel diritto europeo, perché ha ridisegnato i confini reciproci tra i poteri degli Stati membri e quelli della Comunità. L'a. ricorda feroci critiche mosse alla sentenza *AETS*, che rimproveravano alla corte di avere oltrepassato il limite delle proprie funzioni, e di avere avallato, senza una solida base giuridica nei trattati, un riparto di competenze tra la Comunità e gli Stati membri in materia di *treaty making power* assai limitativo per la sovranità di questi ultimi.

[5] Lenaerts, *The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union*, in *Common Market Law review*, 2007, p. 1639.

[6] Così la nota sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, 13 giugno 2006, in causa C-173/06, *Traghetti del Mediterraneo c. Italia*, sulla quale v. D'Sa, *Limits on suing an EU Member State for non-contractual damages for judicial errors made by a national court of last instance*, in *European Current law*, 2006, p. 11 ss.; Rasia, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 661 ss.

[7] Komárek, *Federal elements in the Community judicial system: building coherence in the Community legal order*, in *Common market law review*, 2005, p. 12 ss., analizza le cause e i rimedi in cui il meccanismo di pronuncia pregiudiziale ha portato storicamente a obiettivi di forme rispetto a quelle dell'affermazione del diritto dell'Unione. Si tratta in particolare di situazioni in cui il meccanismo in questione non è stato attivato dai giudici nazionali, sebbene fossero tenuti a

Va condivisa, infatti, l'opinione di chi ha rilevato che lo strumento del rinvio pregiudiziale ha assunto un rilievo centrale nel processo di integrazione europea e ha garantito una tutela completa ed effettiva dei diritti dei singoli attribuiti dal diritto dell'Unione[8]. Tuttavia, il risultato è stato possibile soltanto attraverso una piena responsabilizzazione dei giudici nazionali, anche a costo di trasferire ad essi una parte rilevante del ruolo di traino del processo di integrazione europea, che la Corte avrebbe potuto trattenere per sé. In questo senso si spiegano i commenti più scettici, che appunto rimarcano la necessità di un affidamento sulla cooperazione da parte dei giudici nazionali, che, se fosse venuta meno, avrebbe potuto compromettere l'obiettivo ultimo della effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli di derivazione europea.

2. *Elementi di attrito tra corti europee e giudici nazionali*

Certo, in questo processo non sono mancate frizioni tra i due livelli.

---

farlo, oppure fosse opportuno per la decisione, e sentenze di giudici nazionali o provvedimenti di autorità nazionali hanno violato il diritto europeo. A queste situazioni patologiche, la Corte ha reagito elaborando innovative teorie: con la sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, in *Racc. giur. Corte giust.*, 2003, I, p. 10239 ss., la Corte ha affermato che il principio della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto europeo si applica anche allorquando la violazione è imputabile ad una giurisdizione di uno Stato membro; con la sentenza del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*, in *Racc. giur. Corte giust.*, in *Racc. giur. Corte giust.*, 2004, I, p. 837 ss., si è ulteriormente precisato che i giudici nazionali devono riaprire il procedimento contro una decisione definitiva di un organo amministrativo nazionale che viola il diritto europeo, anche se successivamente confermata da una corte nazionale; infine, nella sentenza del 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, ivi, 2003, I, p. 4637, la Corte ha avuto l'opportunità di riaffermare tali principi per la prima volta in una azione di inadempimento promossa dalla commissione, per il fatto che le corti e le autorità amministrative di uno Stato membro avevano ammesso decisioni in contrasto con il diritto dell'Unione.

[8] Tesauro, *Il dialogo tra giudice comunitario e giudice italiano come fattore insostituibile di crescita del sistema giuridico comunitario*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Umberto Leanza*, II, Napoli, 2009, p. 1367.

Il meccanismo di pronuncia pregiudiziale, per esempio, ha mostrato alcuni dei suoi limiti con l'affermarsi di quella giurisprudenza della Corte di giustizia tesa a limitare il flusso di richieste provenienti dai giudici nazionali, dichiarando inammissibili quelle questioni pregiudiziali presentate in modo non chiaro, pretestuose o fittizie[9] ovvero non direttamente attinenti al diritto dell'Unione. È vero che questo atteggiamento pare essersi addolcito nella giurisprudenza più recente; eppure non mancano nuovi ed ulteriori atteggiamenti giurisprudenziali della Corte nel senso di circoscrivere il numero delle questioni pregiudiziali che la stessa deve esaminare. Esemplificativa, in questa direzione, è l'evoluzione in senso restrittivo della nozione di giurisdizione abilitata ad effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte[10].

Atteggiamenti giurisprudenziali limitativi sulla possibilità di proporre questioni pregiudiziali nell'ambito di procedimenti nazionali erano stati ritenuti il simbolo di un *deficit* di tutela giurisdizionale dell'ordinamento europeo, con conseguenti tentativi di ampliare i limiti di esperibilità delle azioni dirette al fine di limitare gli inconvenienti di una riduzione dell'ammissibilità di questioni pregiudiziali. È su questo delicato bilanciamento, infatti, che si gioca la partita dell'effettività della tutela dei diritti derivanti dal diritto

[9] Il rinvio pregiudiziale è comunque inammissibile se la controversia stessa sia in realtà fittizia, e tenda esclusivamente a far dichiarare l'illegittimità di un atto o a far emergere l'incompatibilità con il diritto europeo di una norma (Corte di giustizia, 11 marzo 1980, in causa 104/79, *Foglia c. Novello*, in *Racc. giur. Corte giust.*, 1980, p. 745 ss.). Successivamente, la Corte ha escluso di potersi pronunciare in relazione a questioni puramente ipotetiche o obiettivamente non necessarie al giudice nazionale per la soluzione della controversia (Corte di giustizia, 16 luglio 1992, in causa C-83/91, *Meilicke*, ivi, 1992, p. 4871 ss.) ovvero ancora prive di un collegamento sufficiente con la controversia.

[10] Per via giurisprudenziale, tale qualità è stata esclusa per i collegi arbitrali a motivo che non sarebbero organismi stabili: Corte di giustizia, 23 marzo 1982, causa 102/81, *Nordsee*, in *Racc. giur. Corte giust.*, 1982, p. 1095 ss.; Corte di giustizia, 27 gennaio 2005, causa C-125/04, *Denuit e Cordenier*, ivi, 2005, p. 923 ss.; è stato invece ritenuto che lo strumento è utilizzabile da parte del giudice in sede di impugnazione del lodo (Corte di giustizia, 27 aprile 1994, in causa C-393/92, *Comune di Almelo*, ivi, 1994, I, p. 1477 ss.). Addirittura per l'autorità greca della concorrenza e del mercato, organo direttamente chiamato ad applicare le disposizioni dell'Unione di cui al regolamento n. 1/2003, per l'asserita mancanza di indipendenza di alcuni suoi membri, Corte di giustizia, 31 maggio 2005, in causa C-53/03, *Syfait*, in *Racc. giur. Corte giust.*, 2005, I, p. 4609 ss.

dell'Unione[11]. In questo senso si spiegano vari tentativi della stessa giurisprudenza europea di allargare le maglie per l'azione di annullamento[12]; sebbene questi tentativi siano in concreto falliti, tuttavia

[11] Jacobs, *Effective protection of individuals in the European Union, now and in the future*, in *Dir. Un. eur.*, 2002, p. 203; Manzini, *Ricorso d'annullamento: riforma e controriforma*, ivi, 2002, p. 718.

[12] Tradizionalmente, la giurisprudenza della Corte ha sempre affermato che l'atto comunitario è impugnabile da parte di un soggetto privato soltanto se esso lo investa a causa di alcune qualità personali, o comunque di precise circostanze soggettive, che lo distinguano dalla generalità, e quindi che lo identifichino alla stessa stregua dei destinatari (Corte di giustizia, 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann*, in *Racc. giur. Corte giust.*, 1963, p. 195 ss.). La c.d. formula Plaumann, che risulta essere nella pratica abbastanza restrittiva, è stata poi riaffermata più volte negli anni, anche recenti: v., ad es., Corte di giustizia, 1 luglio 1965, in cause riunite 106 e 107/63, *Töpfer e altri*, ivi, 1965, p. 497 ss.; più di recente, Corte di giustizia, 13 dicembre 2005, causa C-78/03 P, *Commissione c. Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum eV*, ivi, 2005, p 10737 ss.; Corte di giustizia, 29 aprile 2004, causa C-298/00 P, *Italia c. Commissione*, ivi, 2004, p. 4087 ss.

I primi tentativi di allargamento della legittimazione si inserirono formalmente nel solco della sentenza *Plaumann*, ma cercandone una riformulazione più ampia; così, ad esempio, si sono posti in luce gli specifici effetti dell'atto nella sfera soggettiva del ricorrente (Corte di giustizia, 10 giugno 1982, causa 246/81, *Lord Bethell*, ivi, 1982, p. 2277 ss.), oppure è stata ritenuta sufficiente l'appartenenza del ricorrente ad una categoria indeterminata ma comunque determinabile di soggetti (Corte di giustizia, 17 gennaio 1985, causa 11/82, *Piraiki Patraiki*, ivi, 1985, p. 207 ss.); quanto agli atti aventi contenuto normativo e quindi necessariamente di portata generale e non individuale, più di recente si è precisato che anche all'interno di essi possono essere individuate disposizioni che riguardano individualmente una determinata categoria di soggetti (Berrod, *La systématique des voies de droit communautaires*, Parigi, 2003, p. 573; Ward, *Judicial review and the rights of private parties in EU law*, Oxford, 2007, p. 284).

Più di recente è stata proposta una interpretazione evolutiva, al fine di consentire l'impugnazione generalizzata alle parti private di atti generali dell'Unione ritenuti lesivi, che rimanessero privi di atti interni di esecuzione, impugnabili davanti al giudice nazionale. Si tratta, in particolare, della posizione potenzialmente rivoluzionaria espressa dal Tribunale con la sentenza *Jego-Quéré* (Trib., 3 maggio 2002, causa T-177/01, ivi, II, p. 2365 ss.), sulla quale la dottrina si è immediatamente concentrata: v. Amalfitano, *La protezione dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2003, p. 24; Manzini, *Ricorso d'annullamento: riforma e controriforma*, cit., p. 717; Ward, *Judicial review and the rights of private parties in EU law*, cit., p. 316. L'orientamento avanzato dal Tribunale con la sentenza *Jego-Quéré*, che peraltro riprendeva le conclusioni dell'Avvocato generale nella contemporanea causa pendente avanti alla Corte *Union de Pequeños Agricultores*, è stato però immediatamente smentito dalla Corte di giustizia, 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, ivi, 2002, p. 6677 ss.), che non ha accolto tale impostazione confermando completamente la validità del tradizionale insegnamento *Plaumann*, sia pure auspicando un'attenuazione per via legislativa

essi hanno portato ad una maturata consapevolezza del problema, tanto che la stessa Corte di giustizia ha auspicato un intervento per via normativa, peraltro già caldeggiato dalla dottrina[13] e che si è oggi concretizzato nell'art. 263 del TfUe come derivante dal trattato di Lisbona[14].

Oggi, il fronte attualmente più caldo nei rapporti tra giurisdizione europea e giudici nazionali è quello rappresentato dai potenziali conflitti tra le corti costituzionali nazionali e la Corte di giustizia[15]: anche per effetto dell'allargamento dell'Unione, infatti, la Corte di giustizia si trova a dover dialogare con una molteplicità di corti supreme nazionali, anche di livello costituzionale, molte delle quali restie a riconoscere le competenze della Corte di Lussemburgo per timore di vedere minata o ridotta la propria autonomia e supremazia. In effetti, poche sono, attualmente, le corti costituzionali nazionali che hanno attivato il canale di cooperazione con la Corte di giustizia rappresentato dalla sottoposizione a questa di questioni pregiudiziali: si tratta delle giurisdizioni costituzionali austriaca, belga, lituana[16], oltre a quella italiana. La nostra Corte costituzionale, tutta-

---

del requisito dell'individualità previsto dal trattato. Successivamente, la Corte ha anche riformato in sede di impugnazione la sentenza del Tribunale sul caso *Jego-Quéré* (Corte di giustizia, 1 aprile 2004, causa C-263/02 P, ivi, 2004, p. 3425 ss.).

[13] Adam, Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2008, p. 279; Lenaerts, *The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union*, cit., p. 1626 ss.

[14] Sul quale si veda Fontana, *Il ricorso di annullamento dei privati nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 53 ss.

[15] Skouris, *Les rapports entre la Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 775 ss.; Zemánek, *The constitutional courts in the new member States and the uniform application of european law*, in Pernice, Kokott, Saunders (a cura di), *The future of the European Court of Justice in a comparative perspective*, Baden Baden, 2006, p. 257 ss.

[16] La Corte di giustizia ha reso pronunce pregiudiziali su richiesta del *Verfassungsgeright* (Corte costituzionale austriaca) nelle sentenze 8 novembre 2001, in causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, in *Racc. giur. Corte giust.*, 2001, I, p. 8365 ss.; 8 maggio 2003, in causa C-171/01, *Wählergruppe Gemeinsam*, ivi, 2003, I, p. 4301 ss. La Corte costituzionale belga ha nel tempo sottoposto alla Corte di giustizia molteplici questioni, la prima delle quali è stata definita dalla Corte già con sentenza del 16 luglio 1998, in causa C-93/97, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins*, ivi, 1998, I, p. 4837. Già pochi mesi dopo l'adesione della Lituania all'Unione europea, la propria Corte costituzionale ha rimesso alla Corte di giustizia la prima questione pregiudiziale, poi definita con sentenza del 9 ottobre 2008, in causa C-239/07, *Sabatauskas*, ivi, 2008, I, p. 7523 ss.

via, ha per lungo tempo rifiutato di considerarsi quale giurisdizione di ultima istanza a norma dell'art. 267 TfUe (e, prima, dell'art. 177 trattato Cee e dell'art. 234 tr. Ce)[17] e solo di recente, e soltanto in relazione a giudizi di legittimità costituzionale in via principale, ha riconosciuto la possibilità di investire direttamente la Corte di giustizia con questioni pregiudiziali[18].

Attualmente, le principali questioni aperte nei rapporti tra Corte di giustizia e corti costituzionali nazionali possono ricondursi a tutti quei casi in cui tanto il diritto europeo quanto la costituzione nazionale possono essere impiegati per sindacare la legittimità di una norma di diritto interno. Ciò accade in primo luogo quando si tratti di verificare la legittimità di una legge di trasposizione di direttive o di altri atti dell'Unione non *self-executing*, dove tuttavia non dovrebbe essere consentita altra via se non quella di investire la Corte di giustizia della questione, ovvero nei casi in cui si ipotizzi di verificare la legittimità costituzionale della legge interna di ratifica del trattato. È su questo terreno, fino ad oggi semplicemente teorizzato e mai seriamente attuato da alcuno Stato membro, che tuttavia si registrano i maggiori attriti[19].

Queste vicende dimostrano che l'effettività della tutela giurisdizionale è ancora incompleta nell'ordinamento processuale dell'Unio-

---

[17] V. Corte costituzionale, ord. n. 536 del 29 dicembre 1995, in *Riv. dir. internaz.*, 1996, p. 502 ss., nella quale si argomentava il rifiuto sulla base del fatto che le questioni di legittimità costituzionale sono, nel sistema italiano, soltanto questioni incidentali e che quindi spetta al giudice *a quo* sottoporre eventuali quesiti alla Corte di giustizia. Sul punto, v. anche Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 491 ss.

[18] Corte cost., ord. 15 aprile 2008, n. 103, in *Riv. dir. internaz.*, 2008, p. 867 ss. ed in *Giur. cost.*, 2008, p. 1193 ss., con nota di Sorrentino, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, ivi, p. 1288 ss.

[19] Come già ricordato, la Corte costituzionale italiana già diversi anni or sono aveva indicato nella possibilità di sottoporre a questione di legittimità costituzionale la legge di ratifica dei trattati, come *extrema ratio* nel caso in cui il diritto europeo violasse i diritti fondamentali dell'uomo o i principi fondanti della costituzione, così immaginando una sorta di auto-esclusione dall'Unione. Tuttavia, vicende simili sono emerse in anni recentissimi e da Corti costituzionali di Stati membri altrettanto importanti: va ricordato, per esempio, che la Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) il 30 giugno 2009, in www.bundesverfassungsgericht.de, è stata chiamata a pronunciarsi proprio sulla legittimità costituzionale della legge di ratifica del trattato di Lisbona.

ne; tuttavia, la sua evoluzione si manifesta nella direzione di un progressivo affinamento delle tecniche di tutela, colmando ed appianando quei difetti che la sua originaria struttura non avevano saputo evitare. Nell'attuale quadro storico, il momento presente vive di un rilevante affinamento della sensibilità con la quale si valuta il processo davanti agli organi di giustizia europei: i meccanismi di impugnazione e di revisione delle sentenze non sfuggono a questa linea di tendenza, ponendo il momento processuale quale indispensabile risvolto per l'assicurazione dei diritti di derivazione europea.

3. *L'originaria ripartizione di competenze e funzioni tra Corte e Tribunale di primo grado*

Da tempo, la Corte di giustizia non è più, però, l'unico organo giurisdizionale dell'Unione. Fin dal 1988 è stata affiancata in questa funzione dal Tribunale di primo grado[20], in attuazione di alcune modifiche introdotte dall'Atto unico europeo, cui oggi si sono ag-

[20] La bibliografia sul momento genetico del Tribunale di primo grado è sterminata. Tra i principali lavori, si vedano Jacobs, *Proposals for Reforms in the Organisation and Procedure of the Court of Justice with special reference to the proposed Court of First Instance*, in Aa.Vv., *Liber Amicorum Pierre Pescatore "Du droit international au droit de l'intégration"*, Baden-Baden, 1987, p. 114 ss.; Tizzano, *La Cour de justice et l'Acte unique européen*, ivi, p. 691 ss.; Id., *La Corte di giustizia e l'atto unico europeo*, in *Foro it.*, 1989, IV, c. 37 ss.; Saggio, *Il tribunale comunitario di primo grado*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 1988, p. 611 ss.; Id., *Osservazioni sul giudice comunitario nel contesto attuale: natura del ruolo e novità istituzionali*, in *Riv. dir. europeo*, 1990, p. 245 ss.; A. Migliazza, *Il Tribunale di primo grado delle Comunità europee*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 3. ss.; Rabe, *Das Gericht erster Instanz der E.G.*, in *Neue Juristiche Wochenschrift*, 1989, p. 3041 ss.; Schermers, *The European Court of First Instance*, in *Common Market Law rev.*, 1988, p. 541 ss.; Van Ginderachter, *Le Tribunal de première instance: un nouveau-né prodige?*, in *Cah. dr. eur.*, 1989, p. 63 ss.; Kennedy, *The Essential Minimum: the Establishment of the Court of First Instance*, in *Eur. Law rev.*, 1989, p. 7 ss.; Millet, *The New European Court of First Instance*, in *Int. Comp. law quart.*, 1989, p. 811 ss.; Lenaerts, *Le Tribunal de première instance des Communautés européennes. Genèse et premiers pas*, in *Journ. tribunaux*, 1990, p. 409 ss.; Condinanzi, *Parlamento europeo e tribunale di primo grado. Novità processuali e istituzionali*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 135 ss.

giunti il Tribunale della funzione pubblica e altri organi di giustizia dell'Unione specializzati.

Il doppio grado di giurisdizione indubitabilmente ha aumentato l'effettività della tutela giurisdizionale assicurata in via diretta dal diritto dell'Unione ai singoli, sia attraverso una ripartizione delle forze in più organi giurisdizionali, alleggerendo il carico di lavoro della Corte di giustizia e così migliorando l'allocazione delle risorse disponibili, sia per mezzo del riconoscimento del ruolo processuale dei meccanismi di riesame delle sentenze come completamento degli strumenti di tutela offerti ai singoli.

L'introduzione di un nuovo organo poneva però almeno due ordini di problemi: da un lato, definire le competenze tra l'uno e l'altro organo, in base alla funzione propria di ciascuno di essi; dall'altro, introdurre meccanismi di raccordo e di collegamento tra i due organi, sia per risolvere il conflitto nel caso in cui la stessa azione fosse proposta davanti ad entrambi gli organi, sia prevedendo strumenti di impugnazione e di revisione delle decisioni.

Per ciò che attiene al primo aspetto, fin dall'inizio il riparto di competenze avvenne secondo un criterio misto, per soggetti e per materia: al Tribunale era attribuita la competenza di primo grado su taluni ricorsi diretti, proposti da persone fisiche o giuridiche contro la commissione in materia di concorrenza, controversie tra la comunità ed i suoi agenti, azioni di risarcimento dei danni contro le istituzioni europee. In questo modo, si è potuto realizzare un sistema giurisdizionale che consenta un grado di merito ed un controllo di legittimità, con un reale miglioramento della tutela dei diritti individuali[21].

È chiaro che, in questo modo, il ruolo della Corte di giustizia resta nella commistione delle due funzioni: agisce quale organo, di "merito" e di unico grado, nella soluzione dei conflitti giuridico-politici tra soggetti istituzionali, e quale corte suprema di sola legittimità nel contenzioso dei singoli. Questa soluzione aveva altresì il vantaggio di accentuare il ruolo guida della Corte di giustizia, che in que-

[21] M. Migliazza, *Il doppio grado di giurisdizione nel diritto delle comunità europee*, Milano, 1993, p. 18 ss.

sto modo manteneva per sé la funzione di garanzia della coerenza e dell'unitarietà del sistema.

Il secondo aspetto è quello più delicato perché investe il meccanismo delle impugnazioni. In un sistema siffatto, il rimedio impugnatorio fa sì che il riesame di legittimità sia effettuato da un organo che normalmente persegue in modo principale una funzione diversa da quella propria del giudice che ha emesso la decisione impugnata. La Corte di giustizia, quando è chiamata a verificare la correttezza di decisioni emesse dal Tribunale, mantiene la propria funzione prevalente di affermazione del diritto dell'Unione e la decisione in sede di impugnazione va letta con una lente differente da quella che ha utilizzato il giudice della sentenza impugnata.

4. *La nuova architettura giurisdizionale europea*

Proprio il sistema delle impugnazioni si è ulteriormente sviluppato, a seguito delle più complete riforme del sistema giurisdizionale dell'Unione derivanti dalle modifiche introdotte prima dal trattato di Nizza e poi dal trattato di Lisbona[22].

Essenzialmente, le cause di un simile intervento massiccio sono, da un lato, l'allargamento dell'Unione a numerosi nuovi Stati membri che ha posto seriamente la questione di una riforma che coinvolgesse anche la struttura interna della Corte di giustizia e degli altri organi giurisdizionali; dall'altro, ed anche correlativamente, il pro-

[22] Il trattato di Lisbona è stato sottoscritto il 13 dicembre 2007 ed è entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ossia il primo mese successivo a quello in cui è stato depositato lo strumento di ratifica dell'ultimo Stato membro a procedere alla ratifica, ossia la Repubblica Ceca. La versione consolidata del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea sono ora pubblicate in *G.u.U.e.*, 30 marzo 2010, n. C 83, p. 1 ss.

Su di esso, v. Dutheil de la Rochère-Chaltiel, *Le Traité de Lisbonne: quel contenu?*, in *Rev. Marché Commun et de l'Un. eur.*, 2007, p. 617 ss.; Baratta, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 21 ss. spec. p. 49 s.; Craig, *The Treaty of Lisbon: process, architecture and substance*, in *Eur. Law rev.*, 2008, p. 137 ss.; Condinanzi, *Corte di giustizia e trattato di Lisbona: innovazioni strutturali ed organizzative*, in Bilancia, D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 207 ss.

blema del crescente carico di lavoro degli organi giurisdizionali, il quale era stato solo arginato con le soluzioni temporanee indicate dal trattato di Nizza, che tuttavia non avevano impedito che pochi anni dopo si ripresentasse di uguale intensità, rendendo indispensabile ed improcrastinabile un approccio definitivo.

Per ciò che attiene più da vicino alla riorganizzazione dell'intero apparato giurisdizionale dell'Unione, va detto che il Tribunale viene visto ora come il giudice deputato a risolvere le controversie comuni sul diritto dell'Unione, nelle quali il contenzioso coinvolge direttamente interessi di parti private, in cui cioè diviene indispensabile strutturare il processo per la garanzia di una piena tutela giurisdizionale[23]. La Corte di giustizia, invece, è immaginata sempre più quale corte di tipo costituzionale, alla quale affidare essenzialmente le questioni attinenti ai principi generali del diritto dell'Unione e la soluzione dei conflitti interistituzionali o tra istituzioni e Stati membri.

In questa visione, la soluzione delle questioni pregiudiziali viene concepita essenzialmente per la sua funzione ordinaria di risoluzione del conflitto tra parti private che si è manifestato davanti al giudice nazionale, riguardo all'interpretazione o all'applicazione del diritto dell'Unione e non più, come accadeva in passato, quale momento strategico per l'affermazione dei principi cardine dell'ordinamento europeo. Pertanto, di regola la questione interpretativa dovrà essere risolta dal Tribunale in quanto giudice comune dell'Unione. Va detto tuttavia che il trasferimento al Tribunale della competenza a conoscere le questioni interpretative non è ancora stata attuata e resta, al momento, solo sulla carta.

Il ruolo guida della Corte viene comunque preservato attraverso uno speciale strumento di impugnazione delle sentenze del Tribunale: il riesame consente appunto di riformare la decisione del

---

[23] Nascimbene, *Nuovi profili di competenza del giudice comunitario in materia di cooperazione giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 63 s., il quale ricorda anche come, nella relazione finale del circolo di discussione sul funzionamento della Corte di giustizia n. conv. 636/03, elaborata nell'ambito della convenzione sul futuro dell'Europa, incaricata di elaborare il progetto di trattato istitutivo di una costituzione per l'Europa, fosse stata proposta per il Tribunale la denominazione di Tribunale generale dell'Unione europea (*Common Court of the European Union*, *Allgemeines Gericht der Europäischen Union*) proprio al fine di rimarcarne il suo ruolo futuro di tribunale generale di base.

Tribunale nei casi in cui la questione sollevata dal giudice nazionale investa punti nevralgici per l'evoluzione dell'intero ordinamento europeo e la soluzione proposta dal Tribunale appaia minare l'unità e la coerenza del sistema. Anche in questo caso, però, non si tratta di uno snaturamento della funzione sulla questione pregiudiziale, perché è chiaro che, se la decisione di essa riveste un'importanza sistematica nel diritto dell'Unione, la soluzione della questione diviene l'obiettivo di natura para-costituzionale di consentire una corretta evoluzione dell'ordinamento dell'Unione, anche astraendosi dagli interessi dei singoli in gioco nel caso concreto[24].

Accanto alla riorganizzazione funzionale, relativa alle competenze delle varie corti, vi è poi una riorganizzazione nominale, che coinvolge la questione relativa all'assetto istituzionale complessivo: se da un punto di vista formale viene mantenuta una sola istituzione deputata alla funzione giudiziale, ossia la Corte di giustizia dell'Unione europea, tuttavia essa ricomprende vari organi, ciascuno dotato delle proprie funzioni e della propria struttura, vale a dire la Corte di giustizia in senso stretto, il Tribunale e i tribunali specializzati. La scelta effettuata è significativa perché dimostra come ciascuno degli organi di giustizia dell'Unione contribuisca a garantire l'essenziale funzione di tutela dei diritti in modo complementare[25].

La precisazione terminologica è significativa perché mostra che i rapporti tra le corti sono rappresentati essenzialmente dai rimedi di tipo impugnatorio; perciò, essi restano confinati nell'ambito del diritto processuale e non sconfinano mai in alcun modo in rapporti inter-istituzionali. I meccanismi di coordinamento consistono essenzialmente nelle norme che regolano i limiti di ammissibilità per l'impugnazione e per il riesame della singola decisione pronunciata

---

[24] Condinanzi, Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 15, ritengono che, nonostante la previsione dei trattati, proprio il mantenimento in concreto della competenza esclusiva sulle questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia sia indice della natura costituzionale di quest'ultima.

[25] Si tratta di una scelta non unanimemente condivisa dalla dottrina: per esempio, Locoratolo, *Il sistema giurisdizionale comunitario. Novità e prospettive tra il Trattato di Nizza ed il progetto di trattato che istituisce una costituzione per l'Europa*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 453 ss. ha evidenziato che il mancato riconoscimento di una struttura istituzionale propria per il Tribunale potrebbe mettere a rischio la propria indipendenza.

e non possono invece mai riguardare criteri indipendenti dal concreto caso oggetto di contenzioso né, in particolare, l'organizzazione e l'attività del giudice in quanto tale. In sostanza, i rapporti tra le corti europee si pongono in modo certamente non dissimile da quanto accade nell'ordinamento interno, dove le corti sono ordinate per grado, gerarchicamente, e tuttavia ciascun giudice personalmente gode della propria autonomia ed indipendenza dagli altri.

5. *Differenziazione di funzioni giurisdizionali tra legittimità e merito*

L'evoluzione storica del sistema giurisdizionale dell'Unione, dalle sue origini fino ad oggi, permette di evidenziare come l'ordinamento europeo si stia muovendo nel senso di una chiara separazione delle funzioni, in particolare tra la Corte di giustizia ed il Tribunale, con il potenziamento in capo alla prima dell'originaria funzione di corte internazionale di tipo costituzionale, che sempre più assomiglia ad una corte costituzionale all'interno di un sistema federale, ed il secondo quale giudice proprio della tutela dei diritti dei singoli attribuiti dall'ordinamento dell'Unione.

Potremmo affermare, cioè, che la Corte di giustizia è oggi il giudice del diritto, ossia che ha come obiettivi principali la salvaguardia del mantenimento dell'unitarietà e della coerenza dell'intero sistema e l'evoluzione corretta ed equilibrata dell'ordinamento europeo. Al contrario, i tribunali (Tribunale e tribunali specializzati) rappresentano i giudici dei diritti, avendo cura di garantire e preservare l'effettività dei diritti dei singoli che derivano dal diritto dell'Unione.

Non solo: se analizziamo alcuni dati statistici del funzionamento di Corte di giustizia e di Tribunale, nel quinquennio tra il 2004 ed il 2008, ci rendiamo conto che le controversie che sono promosse davanti alla prima riguardano molte e variegate materie, le quali hanno in comune probabilmente soltanto la necessità di risolvere una più o meno complessa questione di diritto[26]. Inoltre, le materie più fre-

[26] Sulla validità o sulla corretta interpretazione di una norma dell'ordinamento nelle questioni pregiudiziali; sulla corretta trasposizione effettuata dalla normativa

quentemente esaminate dalla Corte sono anche quelle più rilevanti e sensibili tra quelle in cui l'Unione ha competenze (ambiente e consumatori, libera circolazione delle persone, libera circolazione dei servizi, libertà di stabilimento, fiscalità, politica sociale); tuttavia, se limitiamo l'esame ai soli giudizi di impugnazione, le materie più significative cambiano radicalmente, poiché le impugnazioni riguardano essenzialmente il diritto della concorrenza e la proprietà intellettuale, che assorbono quasi completamente l'oggetto delle controversie ancora pendenti davanti al Tribunale.

Si può quindi anche affermare che la Corte di giustizia è principalmente un giudice di legittimità, mentre il Tribunale è un giudice di fatto.

Questa seconda semplificazione merita però una precisazione importante: la tipologia dei fatti oggetto di accertamento in sede di contenzioso comunitario è molto differente a seconda della materia di cui trattasi. Soltanto una parte delle controversie richiede la soluzione di questioni che attengono all'accertamento di fatto, nell'accezione propria cui siamo abituati nel processo civile interno.

Se si eccettuano le controversie promosse dai funzionari e dai dipendenti delle istituzioni, che presentano però peculiarità che le rendono difficilmente inseribili in un discorso complessivo, tanto che oggi sono state trasferite alla competenza esclusiva del Tribunale della funzione pubblica, il contenzioso dell'Unione comprende numerose situazioni in cui la complessità dell'accertamento di fatto non risiede nell'incertezza sul giudizio di verità o di falsità di un fatto, bensì nella qualificazione giuridica del fatto certo. In queste ipotesi, l'elemento che risulta maggiormente decisivo nella soluzione del contenzioso è quella zona grigia che si trova tra il giudizio di fatto ed il giudizio di diritto e che consiste nell'attività logico-giuridica che porta alla corretta individuazione della norma applicabile ad una data fattispecie. Esempi di questo gruppo di controversie possono essere individuati tra quelle in materia di aiuti di Stato.

---

nazionale di una norma contenuta in una direttiva nei ricorsi per inadempimento di uno Stato; sulla corretta applicazione di norme di diritto da parte del giudice nei giudizi di impugnazione.

Vi sono, poi, controversie nelle quali la complessità del fatto risiede essenzialmente nella circostanza che si tratta di fatti che vengono elaborati attraverso altre scienze, principalmente economiche[27], il cui accertamento riguarda perciò circostanze che potremmo definire fatti di secondo livello, perché, prima di essere sottoposti all'applicazione della regola di diritto, essi subiscono una prima elaborazione secondo schemi scientifici non strettamente giuridici. Ad esempio, nelle controversie relative all'esaurimento comunitario di un brevetto, oppure nelle controversie in materia di concorrenza.

Solo un ulteriore gruppo di contenzioso, numericamente meno rilevante, richiede la soluzione di una vera e propria questione di diritto: si tratta, ad esempio, di fornire la corretta interpretazione di norme del trattato o di fonti derivate, oppure di verificare la compatibilità di norme nazionali con il diritto dell'Unione. In questo gruppo di controversie, l'elemento centrale del contenzioso è rappresentato dall'interpretazione o dall'applicazione della norma di diritto e l'istruttoria è praticamente assente[28].

Si scorge una evidente simmetria tra le controversie di questo ultimo tipo e quelle, per materia e tipologia, di competenza della Corte di giustizia; allo stesso modo, quelle per le quali l'accertamento di fatto è centrale nella soluzione della questione coincidono normalmente con quelle di competenza del Tribunale o dei tribunali specializzati.

6. *Questioni di fatto e questioni di diritto nella giurisdizione dell'Unione europea*

Il rapporto tra Corte e tribunali, nell'ottica della progressiva differenziazione di funzioni in atto, si gioca proprio sulla corretta delimitazione tra questione di fatto e questione di diritto.

---

[27] Biavati, *Interessi e mercato nel processo comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 793 ss.

[28] Essa può essere limitata all'accertamento delle condizioni di ricevibilità della domanda, come per esempio la previa diffida da parte della Commissione allo Stato ritenuto inadempiente.

Infatti, nelle materie in cui la Corte opera quale giudice di unico grado con funzione para-costituzionale, l'affermazione della norma di diritto è l'aspetto centrale dell'intero contenzioso ed il motivo stesso per cui esso è sorto. Quando, al contrario, la Corte agisce in sede di impugnazione di decisioni emesse dal Tribunale, che è il giudice del fatto e dei diritti individuali, l'affermazione della norma di diritto viene calata in un dato contesto di fatto, oggetto di accertamento da parte del Tribunale; cosicché, pur nell'identità delle norme processuali applicate, è naturale che l'approccio della Corte sia in parte differente nei giudizi di impugnazione. Ciò non deve stupire oltremodo: la flessibilità è un valore in quanto consente di variare il canone interpretativo della norma, nei limiti del contenuto dispositivo che essa pone, in dipendenza delle peculiarità della fattispecie. Norme processuali flessibili, o interpretate in modo flessibile, hanno la funzione di rendere possibile adattamenti delle forme processuali al singolo caso concreto.

Fin dall'istituzione del Tribunale di primo grado, l'impugnazione alla Corte di giustizia delle sentenze emesse da esso è possibile per soli motivi di diritto. Attualmente, l'art. 58 dello statuto specifica che essi possono riguardare l'incompetenza del Tribunale, vizi di procedura recanti pregiudizio agli interessi della parte ricorrente, la violazione di norme di diritto dell'Unione. È proprio su questo terreno che si è fin da subito posto il problema della corretta distinzione tra questioni di fatto e questioni di diritto. Che non si trattasse di problema di facile risoluzione fu immediatamente piuttosto chiaro[29]; è toccato quindi alla stessa giurisprudenza della Corte delimitare i contorni del problema e le soluzioni da adottare.

Non v'è dubbio che, anche nel diritto processuale dell'Unione, costituisca una questione di diritto quella strettamente relativa alla corretta interpretazione della norma di diritto, indipendentemente dalle modalità con cui questo tipo di controllo viene condotto[30]. Più

[29] Sonelli, *Appeal on points of law in the Community system: a review*, in *Common Market Law Rev.*, 1998, p. 872.

[30] Il settore nel quale questo tipo di situazioni si è verificato con maggiore frequenza è quello relativo al diritto della concorrenza e alla corretta interpretazione del regolamento n. 17/62 che ha per primo dato attuazione alle norme dei trattati sul divieto di abuso di posizione dominante e di intese anticoncorrenziali. Si tratta di

problematico è stabilire se, ed in che limiti, costituisca questione di diritto quella avente ad oggetto il sindacato sulla corretta applicazione della norma da parte del giudice di merito; in questi casi, l'interpretazione della norma operata dal giudice di merito è corretta, ma è dubbia l'effettiva possibilità di sussumere il fatto all'interno della fattispecie legale prevista dalla norma applicata.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha sempre considerato la possibilità di sindacato della qualificazione legale del fatto all'interno della questione di diritto[31]. Le precisazioni sono a volte molto raffinate[32] ed a volte con rilevanti implicazioni si-

---

una situazione comprensibile, dato che in questa materia è proprio l'interpretazione della norma, e dei presupposti dell'illecito anticoncorrenziali, a rivestire un ruolo centrale. Il dato più significativo da sottolineare appare piuttosto quello relativo al ridotto numero di casi in cui è stata riformata l'interpretazione della norma offerta dal Tribunale: in questo senso, le sentenze di riforma più significative sono quelle del 19 maggio 1994, in causa C-36/92 P, *SEP c. Comm.*, in *Racc. giur. Com. eur.*, 1994, I, p. 1911 ss. e del 11 novembre 1997, in cause riunite C-359/95 P e C-379/95 P, *Comm. e Francia c. Ladbroke Racing Ltd.*, ivi, 1997, I, p. 6265 ss. Ciò può spiegarsi probabilmente con la volontà dei giudici della Corte, soprattutto nei primi anni di funzionamento del Tribunale di primo grado, di non adottare un approccio eccessivamente critico nei confronti del nuovo organo giurisdizionale, anzi preservandone la competenza e l'autorevolezza ed instaurando in questo modo uno spirito collaborativo tra giudice di prima istanza e Corte, che risulterà in effetti molto utile nella successiva evoluzione dell'istituzione giurisdizionale unitariamente considerata.

[31] Corte di giustizia, 21 novembre 1991, in causa C-145/90 P, *Costacurta c. Comm.*, in *Racc. giur. Com. eur.*, 1991, I, p. 5449 ss., ha ritenuto che rappresenti una questione interpretativa della norma, e non una questione di fatto, quella volta a determinare che cosa si debba intendere per "regolare" frequenza di un corso di studi, in caso di interruzione di esso prima del termine in relazione ad una indennità appunto collegata dalla legge a tale attestazione di regolarità. Analogamente, nella sentenza del 15 settembre 1994, in causa C-452/93 P, *P. Magdalena Fernandez c. Comm.*, ivi, 1994, I, p. 4295 ss., la Corte ha respinto l'eccezione di irricevibilità avanzata dalla difesa della Commissione, ritenendo che costituisca questione di diritto, e non di fatto, quella relativa alla valutazione di abitualità della residenza, ai fini del riconoscimento dell'indennità di dislocazione ad un dipendente della Comunità.

[32] Come nella sentenza della Corte di giustizia, 1 giugno 1994, in causa C-136/92 P, *Comm. c. Brazzelli Lualdi*, in *Racc. giur. Com. eur.*, 1994, I, p. 1981 ss., nella quale la Corte ha negato che costituisca questione di diritto la valutazione circa l'esistenza e la durata di un ritardo ascritto alla Commissione nell'adozione di determinati provvedimenti ma ha al contempo riconosciuto che, una volta accertato tale ritardo da parte del giudice del fatto, la sua connotazione di illiceità, quale

stematiche[33], ma tutte tendono ad affermare che la valutazione degli elementi giuridici che compongono una data fattispecie siano attratti al giudizio di diritto e quindi sindacabili in sede di impugnazione.

Una diversa situazione riguarda la valutazione dei fatti compiuta dal giudice di prime cure. Fin dalle prime pronunce, la Corte di giustizia si è mostrata particolarmente attenta a distinguere tra valutazioni di diritto, concernenti l'applicazione, l'interpretazione o la portata della norma applicabile, dalle valutazioni dei fatti di causa. Queste ultime, invero, attengono al giudizio di fatto, dal momento che consistono nelle conseguenze pratiche che discendono meccanicamente dall'accertamento circa l'esistenza o meno del fatto. La linea di distinzione appare qui più sottile, perché normalmente tali conseguenze sono disciplinate o comunque collegate ad una norma giuridica e pertanto potrebbe in taluni casi risultare problematico escludere l'attinenza ad una questione di diritto. Il criterio di delimitazione pare in questo caso doversi rinvenire proprio nell'attività di interpretazione della norma: se essa sussiste, ci troviamo in presenza di una questione di diritto; diversamente, se la conseguenza fattuale è prevista in modo automatico dalla norma, allora la questione resta confinata nell'ambito dell'accertamento di fatto, senza sconfinare in una questione di diritto[34].

---

elemento che può fondare una responsabilità dell'istituzione, è invece soggetta al sindacato di diritto della Corte stessa.

[33] Come nel caso esaminato dalla Corte di giustizia, 8 luglio 1999, in causa C-5/93 P, *DSM NV c. Comm.*, in *Racc. giur. Com. eur.*, 1999, I, p. 4695 ss., nella quale la Corte ha ritenuto costituire questione di diritto l'interpretazione della nozione di fatto decisivo ai fini della ricevibilità di una revocazione di una sentenza.

[34] Per esempio, l'accertamento sulla tardività di una domanda o istanza rispetto ad un termine previsto da una norma è da considerare come una questione di mero fatto, qualora non richieda attività interpretative del meccanismo di calcolo del termine stesso ma soltanto l'accertamento del momento in cui sono state compiute determinate attività o comportamenti, come nel caso esaminato da Corte di giustizia, 8 aprile 1992, in causa C-346/90 P, *M.F. c. Comm.*, in *Racc. giur. Corte giust.*, 1992, I, p. 2691 ss.

Allo stesso modo, la valutazione sul possesso dei requisiti per la partecipazione ad un concorso resta all'interno della questione di fatto fintantoché non sorgano contestazioni sull'interpretazione della norma che disciplini il possesso di tale requisito: v. Corte di giustizia, 17 gennaio 1992, in causa C- 346/90 P, *Hochbaum c. Comm.*, ivi, 1992, I, p. 157 ss.

7. *La nuova procedura di riesame delle sentenze di ultima istanza del Tribunale*

Come abbiamo accennato sopra, a partire dalle riforme operate dal trattato di Nizza, i rapporti tra gli organi di giustizia dell'Unione si sono arricchiti di un nuovo strumento, che consiste in una procedura di riesame, in casi eccezionali, delle sentenze emesse dal Tribunale su questioni pregiudiziali[35] oppure quale organo di appello delle decisioni dei tribunali specializzati ed in particolare del Tribunale della funzione pubblica. La procedura è prevista dall'art. 256 del Tfue, ed attuata dagli artt. 62 ss. dello Statuto della Corte di giustizia e dagli artt. 123-*bis* ss. del regolamento di procedura della stessa.

Si tratta di un rimedio piuttosto innovativo e non facilmente riconducibile a precedenti esperienze, tanto del processo europeo quanto degli ordinamenti nazionali. Le sue caratteristiche, ed anche la denominazione utilizzata, consentono di escludere facilmente che si tratti di un ulteriore grado di giudizio, dal momento che non può consentire un sindacato esteso alle questioni di fatto, ma neppure un controllo diffuso sull'applicazione del diritto da parte del Tribunale: la procedura, infatti, è utilizzabile unicamente in casi eccezionali, nei quali l'applicazione del diritto compiuta dal Tribunale possa compromettere l'unitarietà e la coerenza del diritto dell'Unione.

Nella sua prima pronuncia emessa a seguito di tale procedimento[36], la Corte ha avuto modo di precisare che tale pregiudizio può consistere anche in una violazione di norme di procedura, dal momento che occorre verificare la portata dell'affermazione di diritto compiuta dal Tribunale e la sua valenza pregiudizievole per l'unicità e la coerenza dell'ordinamento nel suo complesso. In particolare, il pregiudizio è stato ritenuto esistente in presenza di circostanze quali: l'assenza di precedenti specifici sull'applicazione o interpretazione di una data norma, con la conseguente possibilità che la decisione assuma una valenza di precedente per le cause future; la contrarietà della decisione oggetto di riesame ad una costante giurisprudenza

[35] Ricordiamo però che tale competenza primaria del Tribunale non è stata ancora attuata.

[36] Corte di giustizia, 17 dicembre 2009, in causa C-197/09 RX-II, *M. c. EMEA*, in *Racc. giur. Corte giust.*, 2009, I, p. 12033 ss.

della Corte; l'estensione applicativa della norma che si assume violata; la rilevanza della norma stessa nel diritto dell'Unione.

Successivamente, la Corte ha chiarito che, al contrario, non è sufficiente a fondare una procedura di riesame il mero rischio che una data interpretazione possa provocare sulla coerenza e l'unicità del sistema[37], nemmeno se essa si ponga in contrasto con un precedente orientamento consolidato dello stesso Tribunale ed in assenza di decisioni della Corte sul punto. In sostanza, la procedura di riesame non ha la finalità di sollecitare l'opinione della Corte sull'interpretazione di una norma, né chiarire l'opinione della stessa nei casi in cui la giurisprudenza dei tribunali non si sia ancora consolidata. Spetta infatti a questi ultimi, ed in particolare al Tribunale, di far evolvere la propria giurisprudenza; ciò, tuttavia, non compromette di per sé l'unicità e la coerenza del sistema.

La Corte ha dunque applicato in modo rigoroso l'eccezionalità del rimedio e aderito ad un'interpretazione restrittiva dello strumento del riesame. Sebbene un atteggiamento di questo tipo non sia privo di inconvenienti[38], tuttavia esso appare più coerente con il carattere eccezionale di tale rimedio, che dipende sia dalla necessità di non appesantire nuovamente il carico di lavoro della Corte, sia soprattutto dalla ormai netta distinzione tra le funzioni della Corte e del Tribunale, che abbiamo evidenziato sopra: solo una attuale, e non meramente ipotetica, compromissione dell'unità e della coerenza dell'ordinamento, infatti, è in grado di spostare il contenzioso dal piano dell'affermazione dei diritti dei singoli (nel processo davanti ai tribunali specializzati e al Tribunale) a quello più simile al controllo politico-istituzionale di costituzionalità esercitato dalla Corte.

Anche dopo queste prime applicazioni, resta però aperta una questione di fondo, relativa alla classificazione di uno strumento di riesame così peculiare: se esso, cioè, possa essere annoverato tra i mezzi di impugnazione previsti dal diritto processuale europeo. Certo, anche in caso di risposta affermativa, si tratterebbe di un mezzo

---

[37] Corte di giustizia, dec. 8 febbraio 2011, in causa C-17/11 RX, *Commissione c. Petrilli*, rinvenibile sul sito della Corte di giustizia: http://curia.europa.eu/.

[38] Si veda Tizzano, Iannuccelli, *Premières applications de la procèdure de "réexamen" devant la Cour de justice de l'Union européenne*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 681 ss., spec. p. 696 s.

del tutto *sui generis*, non foss'altro che per la legittimazione attiva, che è sottratta alle parti ed è attribuita esclusivamente al primo avvocato generale. Al riguardo, le fonti processuali non precisano in base a quali valutazioni sia opportuna la richiesta di riesame da presentare alla Corte, lasciando in sostanza una certa discrezionalità al primo avvocato generale di apprezzare almeno un *fumus* di compromissione dell'unità e coerenza dell'ordinamento. È però vero che l'ultima parola circa l'ammissibilità o meno del riesame non spetta al primo avvocato generale, ma alla Corte stessa, che deve aprire formalmente il procedimento di riesame con una decisione preliminare, entro un mese dall'azione del primo avvocato generale. Se la Corte non emette alcuna decisione preliminare, infatti, l'istanza di riesame avanzata dal primo avvocato generale si intende respinta e la sentenza del Tribunale è definitiva.

La struttura immaginata dalle fonti normative non deve perciò trarre in inganno: è vero che la legittimazione è sottratta alle parti in causa per essere attribuita ad un soggetto terzo ad esse ed al giudice; tuttavia il meccanismo di riesame finisce per somigliare molto ad un meccanismo impugnatorio, tipico di alcune corti supreme degli ordinamenti nazionali ed anche alla Corte europea di Strasburgo, provvisto di filtro preventivo di ammissibilità da parte dello stesso giudice al quale il mezzo è rivolto. In questo senso, non mi paiono determinanti le critiche rivolte a questa configurazione, per il potenziale effetto discriminatorio tra parti di un processo nel quale il Tribunale ha commesso una violazione di legge che non compromette l'unità o la coerenza dell'ordinamento rispetto a quelle che hanno ottenuto una decisione della quale il primo avvocato generale ha chiesto il riesame[39]. Alle parti, infatti, è già stata pienamente garantita la possibilità di impugnare, anche solo per motivi di diritto; né, nell'ordinamento dell'Unione, vi sono norme che garantiscono l'accesso incondizionato, non filtrato, alla Corte di giustizia, come accade invece per esempio con l'art. 111 della nostra Costituzione in riferimento al ricorso per cassazione.

[39] Tizzano, Iannuccelli, *Premières applications de la procèdure de "réexamen" devant la Cour de justice de l'Union européenne*, cit., p. 701.

Piuttosto, deve a mio avviso orientare verso una qualificazione dello strumento quale mezzo di impugnazione a tutti gli effetti un duplice, ma connesso, rilievo. Anche la procedura di riesame è soggetta ad un termine di decadenza, al pari di un qualsiasi tradizionale mezzo d'impugnazione: il primo avvocato generale ha a disposizione un mese di tempo dalla data di pronuncia della sentenza da parte del Tribunale, per proporre alla Corte il riesame della stessa. Nell'inerzia del primo avvocato generale, la sentenza del Tribunale sarà definitiva, anche in presenza delle altre condizioni di ammissibilità dell'istanza di riesame. Ciò si collega al fatto che la statuizione della Corte è in grado di produrre effetti in capo alle parti del contenzioso, per le quali dunque la sentenza del Tribunale soggetta a riesame non è definitiva e non produce cosa giudicata, fintantoché la Corte non si sia espressa sull'istanza di riesame. A differenza di quanto accade nell'impugnazione *ex* art. 363 c.p.c., il riesame previsto nel processo europeo non ha soltanto l'obiettivo nomofilattico, essendo predisposto (anche) nell'interesse diretto delle parti.

CONCILIAZIONE E ARBITRATO NEL "COLLEGATO LAVORO"

Domenico Borghesi
Ordinario dell'Università di Modena e Reggio Emilia

SOMMARIO: 1. L'alternativa negoziale all'amministrazione della giustizia. – 2. Declino del tentativo di conciliazione. – 3. Continuità tra conciliazione e arbitrato. – 4. La convenzione di arbitrato e quella di conciliazione. – 5. L'effetto della domanda di conciliazione e di quella di arbitrato irrituale. – 6. Le spese della procedura. – 7. Il controllo del giudice sulla conciliazione e sul lodo irrituale. – 8. L'equità. – 9. L'efficacia esecutiva del lodo irrituale e del verbale di conciliazione. – 10. Le controversie del pubblico impiego privatizzato.

1. *L'alternativa negoziale all'amministrazione della giustizia*

Conciliazione e arbitrato sono visti nel "collegato lavoro" come due aspetti di un unico fenomeno, che ha come tratto caratteristico quello di mantenersi per intero (o quasi) in ambito negoziale.

Il fine non sembra tanto quello di realizzare con qualsiasi mezzo la deflazione di una giustizia togata sempre più in affanno, quanto quello di evitare accuratamente non solo la giurisdizione, ma anche quei sostitutivi che consentono di ottenere risultati identici.

Quindi niente ricorso all'arbitrato rituale, ma solo a quello irrituale cui si apporta qualche ritocco nel tentativo di renderlo più effettivo, senza tuttavia uscire dai confini del diritto privato (da quelli cioè nei quali indiscutibilmente rientra). Cosa questa che ha come conseguenza, prima di tutto, che i modi di decisione delle controversie riaffermati dal "collegato lavoro", ma già presenti nel nostro

ordinamento[1], sono diversi rispetto a quelli del giudice togato non solo per il percorso che indicano, ma anche e soprattutto per la qualità delle soluzioni previste, che non raggiungono, né dovrebbero aspirare a raggiungere, *standard* equiparabili a quelli dei provvedimenti del giudice.

In questo modo, per un verso, si crea un perfetto allineamento tra arbitrato e conciliazione e, per l'altro, si dovrebbero prendere le distanze dalla logica del giudizio, così come la si intende normalmente nelle aule di giustizia.

Si tratta insomma di due strumenti entrambi appartenenti all'ambito contrattuale, che si differenziano per essere uno più aggiudicativo dell'altro (o uno aggiudicativo e l'altro no)[2], ma che, quanto agli effetti e, tutto sommato, anche alle forme di controllo, non dovrebbero presentare differenze sostanziali. Cosa che tuttavia non si realizza pienamente perché, come si vedrà più oltre, il legislatore ha inserito nel contesto negoziale elementi che richiamano indiscutibilmente la giurisdizione: primo fra tutti quella sorta di ibrido tra l'*actio nullitatis* e l'impugnazione[3] cui è assoggettato il lodo arbitrale irrituale.

2. *Declino del tentativo di conciliazione*

Qualcuno ha scritto che il "collegato lavoro" segnerebbe il declino del tentativo di conciliazione e il contemporaneo spostamen-

---

[1] La volontà di puntare sull'arbitrato irrituale, piuttosto che su quello rituale, rappresenta una costante nelle scelte fatte dal legislatore dal dopoguerra ad oggi. Sulle origini di tale scelta v. Borghesi, *Gli arbitrati in materia di lavoro,* in A. Vallebona (a cura di), *Il diritto processuale del lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, IX, Padova, 2011, p. 643 ss. Per un'efficace ricostruzione delle fasi di sviluppo dell'arbitrato per le controversie di lavoro dai probiviri al "collegato lavoro", v. Punzi, *L'arbitrato per la soluzione delle controversie di lavoro,* in *Riv. dir. proc.,* 2011, p. 1 ss.

[2] Sul carattere aggiudicativo, valutativo o esclusivamente "facilitativo" degli strumenti di soluzione alternativa delle controversie v. Santagada, *La conciliazione delle controversie civili,* Bari, 2008, p. 292 ss.

[3] Sull'impugnazione (termine che non si sa se mettere o meno tra virgolette) del lodo irrituale v. *infra* il n. 7.

to del baricentro da questo all'arbitrato irrituale[4]. Io non so se le cose stiano effettivamente in questi termini. L'osservazione coglie senz'altro nel segno per il tentativo di conciliazione, che è stato declassato da obbligatorio a facoltativo, senza che, a compensazione, siano stati introdotti incentivi tali da invogliare le parti a ricorrervi. A volte addirittura è successo il contrario, incentivi che prima c'erano sono stati tolti o grandemente ridimensionati.

Esemplare sotto questo profilo è l'esonero da responsabilità amministrativa per i rappresentanti delle pubbliche amministrazioni che sottoscrivono accordi davanti ai conciliatori. Esonero che, in precedenza[5], non subiva condizioni se non quella di essere riconosciuto solo nel caso in cui le parti avessero aderito alla proposta del conciliatore, ma che oggi, oltre a non valere nella conciliazione sindacale, fa espressamente "salvi i casi di dolo e colpa grave". In questo modo il legislatore del "collegato" è tornato al punto di partenza, rappresentato dalla regola generale contenuta nell'art. 1 l. n. 20 del 1994, secondo il cui tenore sono esclusi dall'esonero da responsabilità i casi di dolo e colpa grave. La qual cosa significa anche che il nuovo ultimo comma dell'art. 410 c.p.c. è stato scritto inutilmente, perché il rappresentante della pubblica amministrazione che stipuli un accordo davanti al giudice o davanti ad una commissione cor-

[4] Parla di "forte distacco del *favor*" per il tentativo di conciliazione manifestato non più tardi del 1998 De Cristofaro, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del lavoro: conciliazione facoltativa ed arbitrato liberalizzato,* in *Lav. giur.,* 2011, p. 57, il quale vede anche un disegno del legislatore volto al "potenziamento dell'istituto arbitrale". Come è stato esattamente osservato, il "collegato lavoro" si segnala per avere "svincolato l'arbitrato dalla contrattazione collettiva, attenuando il rilievo fino ad oggi attribuito alla precostituzione collettiva per favorire la generale stipulazione dei patti compromissori, impegnativi e vincolativi, direttamente ad opera delle parti individuali del rapporto di lavoro, al di fuori di specifiche ipotesi o tipologie di controversie" (Punzi, *L'arbitrato*, cit., p. 11). Dubito però che una simile liberalizzazione abbia potenziato l'istituto arbitrale.

[5] V. l'art. 66, comma 8°, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Secondo De Cristofaro, *Il nuovo regime delle alternative*, cit., p. 62, i casi non scriminabili di dolo o colpa sono stati semplicemente esplicitati, ma dovevano ritenersi "esclusi anche nel contesto precedente".

re esattamente lo stesso rischio che correrebbe se sottoscrivesse una normale transazione, fuori dalle sedi assistite[6].

Per quanto riguarda poi l'arbitrato irrituale non mi pare invece siano state introdotte novità tali da garantire o, quanto meno, agevolare un suo decollo. Ci sono invece elementi negativi che molto probabilmente avranno come effetto quello di mantenere la diffidenza che già esiste nei confronti della giustizia arbitrale (complessità procedurale, poca cura per l'imparzialità degli arbitri e per un problema cruciale come quello dei compensi).

3. *Continuità tra conciliazione e arbitrato*

Fermo restando che, come si è visto, la continuità tra conciliazione e arbitrato irrituale è la caratteristica più rilevante del nuovo sistema di giustizia privata delineato dal "collegato lavoro", bisogna notare che questa caratteristica è in netta controtendenza rispetto all'impostazione data alla mediazione in generale dal d.lgs n. 28 del 2010, che dovrebbe quindi dettare principi validi anche per il tentativo di conciliazione in materia lavoristica sulla cui appartenenza al *genus* mediazione non dovrebbero esserci dubbi.

In primo luogo già si è accennato al tema dell'obbligatorietà che non solo è riaffermato per alcune importanti materie dal decreto sulla mediazione, ma è presente, in maniera abbastanza paradossale, anche nel tentativo facoltativo, nel quale il soggetto cui viene notificata la domanda di mediazione, se non partecipa, viene colpito da una sanzione, rappresentata dal fatto che da tale comportamento il giudice del susseguente giudizio può desumere argomenti di prova

[6] Lascia perplessi quanto si legge nella circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, 25 novembre 2010, cit., secondo la quale l'esonero dalla responsabilità amministrativa si estenderebbe "al Direttore della Direzione provinciale del lavoro ovvero al funzionario dallo stesso delegato che presiede la commissione". In primo luogo è palese che la legge non si riferisce affatto al pubblico funzionario che funge da conciliatore, ma solo a quello che rappresenta l'amministrazione davanti alla commissione o in giudizio. In secondo luogo, mentre la responsabilità per danni di chi impegna l'amministrazione in un accordo transattivo rientra tra le eventualità che possono concretamente realizzarsi, quella del conciliatore è poco più di un'ipotesi di scuola".

ai sensi dell'art. 116 c.p.c. (art. 8, comma 5°). La qual cosa significa che, se una delle parti decide di attivare la mediazione, in capo all'altra sorge una sorta di dovere di partecipazione che, per uno dei contendenti, attenua notevolmente il carattere facoltativo della procedura[7].

L'obbligatorietà è invece quasi totalmente abbandonata dal "collegato lavoro", nel senso che è conservata solo per le controversie aventi ad oggetto la certificazione, rispetto alle quali, peraltro, con l'abrogazione dell'art. 412-*bis* c.p.c., non vi è una specifica disciplina dell'improcedibilità, che quindi deve essere recuperata o resuscitando il citato art. 412-*bis,* oppure facendo riferimento all'art. 5 del decreto sulla mediazione, se, come si è detto, lo si vuole riconoscere come norma generale in materia di effetti del mancato esercizio del tentativo di conciliazione obbligatorio sul processo. Cosa questa cui non è di ostacolo l'art. 23, comma 2°, d.lgs n. 28 del 2010, il quale statuisce che restano fermi i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. e che tali procedimenti sono esperiti in luogo di quelli previsti dal decreto. Il fatto che i procedimenti relativi a singole materie, quale quella delle controversie di lavoro, restino applicabili in luogo di quelli previsti dalla normativa generale sulla mediazione non toglie infatti che a tale normativa si faccia comunque riferimento per colmare eventuali lacune delle leggi speciali[8].

Inoltre quello della "riservatezza"[9] è presentato nel d. lgs. n. 28 del 2010 come un vero e proprio principio fondante, in applicazione del quale è escluso che l'organo che sovraintende alla mediazione possa coincidere con quello che decide la causa ed è affermato il principio secondo il quale le due fasi (quella di mediazione e quella decisoria) vanno tenute nettamente distinte, creando anche tra di loro una barriera di incomunicabilità, nel senso che le dichiarazioni

---

[7] Sul punto v. Canale, *Il decreto legislativo in materia di mediazione*, in *Riv. dir. proc.,* 2010, p. 623 e Bove, *La mancata comparizione innanzi al mediatore,* in *Società*, 2010, p. 760 ss.

[8] Sul d.lgs n. 28 del 2010 come "disciplina comune in materia di mediazione" v. Bove, ADR *nel c.d. collegato lavoro (prime riflessioni sull'art. 31 della legge 4 novembre 2010, n. 183),* in www.judicium.it, p. 2.

[9] Sull'obbligo di riservatezza nella mediazione in generale v. Borghesi, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione,* in www.judicium.it.

rese e le informazioni assunte nel corso della mediazione non possono essere utilizzate, come materiale istruttorio, nel susseguente giudizio di merito (giudiziale o arbitrale che sia). Tutt'al contrario nel "collegato lavoro" il modello di riferimento è quello del contenitore unico nel quale il passaggio da una fase all'altra avviene quasi senza soluzione di continuità.

Nel caso dell'art. 412 c.p.c. è la stessa commissione di conciliazione che, su investitura delle parti, in corso di procedura o dopo il suo esaurimento, si trasforma in collegio arbitrale. In quello dell'art. 412-*quater* c.p.c. la logica è la stessa, sia pure a termini rovesciati, nel senso che gli arbitri, prima di dar corso alla vera e propria trattazione della causa, debbono esperire il tentativo di conciliazione, che, se riesce, gode dell'inoppugnabilità prevista dall'art. 2113, comma 4°, c.c.[10].

L'unica differenza tra le due procedure sta nel fatto che, secondo l'art. 412 c.p.c., la volontà di assoggettare la controversia ad arbitrato deve essere espressa separatamente rispetto a quella di esperire il tentativo di conciliazione, mentre nel sistema dell'art. 412-*quater* c.p.c. la volontà di esperire il tentativo di conciliazione si considera incorporata in quella di adire gli arbitri.

4. *La convenzione di arbitrato e quella di conciliazione*

Stando al sistema delineato dall'art. 410 c.p.c. il tentativo di conciliazione si basa su di un accordo che si realizza per fatti concludenti, consistenti nella proposizione della domanda di conciliazione, cui segue il deposito di una memoria difensiva effettuato dalla controparte, se "intende accettare la procedura di conciliazione".

In mancanza del detto deposito nel termine di venti giorni dal ricevimento della domanda, "ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria".

[10] La disposizione citata nel testo colma, molto opportunamente, una lacuna, dato che, in precedenza, solo alle conciliazioni raggiunte davanti alle commissioni appositamente istituite e al giudice, ma non a quelle davanti agli arbitri, era riconosciuta l'inoppugnabilità *ex* art. 2113 c.c.

Senza l'adesione del convenuto la procedura si estingue ancora prima di iniziare, non ha luogo la convocazione delle parti ad opera della commissione ed è quindi escluso che questa possa formulare la proposta prevista dall'art. 410, comma 6°, c.p.c.

Non è previsto che le parti possano dar vita ad una sorta di "obbligatorietà convenzionale", impegnandosi contrattualmente ad esperire il tentativo di conciliazione prima di adire il giudice o gli arbitri. Conseguentemente, stando alla giurisprudenza maggioritaria, un simile accordo, se stipulato e poi disatteso da una delle parti, non darebbe luogo ad improcedibilità della domanda, ma, tutt'al più, ad un risarcimento del danno[11].

Si potrebbe però ritenere che sia applicabile anche al tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. l'art. 5, comma 5°, d.lgs n. 28 del 2010, nel quale è espressamente sancita l'improcedibilità della domanda proposta in violazione di un impegno a ricorrere alla mediazione, contrattualmente assunto[12]. Questo nel presupposto che – come si è detto più sopra – il d.lgs. n. 28 del 2010 sia la *lex generalis*, come tale tendenzialmente applicabile a tutte le procedure di mediazione e conciliazione, anche allo scopo di colmare eventuali lacune delle leggi speciali dettate per disciplinare singoli casi.

L'accordo arbitrale si può formare per *facta concludentia ex* art. 412-*quater* c.p.c. secondo il quale: "se la parte convenuta intende accettare la procedura di conciliazione e arbitrato nomina il proprio arbitro di parte". La qual cosa significa che per attivare questo tipo di arbitrato non ci vuole un preventivo accordo tra le parti.

Nell'art. 412 c.p.c. invece si fa riferimento ad un accordo, determinatosi durante il tentativo di conciliazione o dopo il suo fallimento, con il quale le parti affidano alla commissione di conciliazione la soluzione arbitrale della controversia.

---

[11] Secondo una costante giurisprudenza, senza un'apposita previsione di legge, l'inadempimento all'obbligazione di esperire il tentativo di conciliazione, prima di adire l'autorità giudiziaria, non determina l'improcedibilità della causa, ma solo il risarcimento di un danno la cui dimostrazione è ovviamente, a dir poco, problematica (sul passaggio della conciliazione facoltativa a quella "facoltativamente obbligatoria" scandito dall'art. 40, comma 6°, del d.lgs. n. 5 del 2003 v. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di conciliazione dei conflitti*, Padova, 2008, p. 357 ss.).

[12] Così Bove, ADR *nel c.d. collegato lavoro*, cit., p. 2.

Lo stesso comma 1° dell'art. 412 c.p.c. prevede anche che, prima della o contestualmente alla decisione di sottomettere la questione ad arbitrato, le "parti possono indicare la soluzione, anche parziale, sulla quale concordano, riconoscendo, quando è possibile, il credito che spetta al lavoratore". La locuzione è difficile da interpretare. In primo luogo non si capisce il senso della parola "anche" riferita alla soluzione parziale. È infatti ovvio che, se la soluzione fosse totale, non residuerebbe materia alcuna da sottoporre ad arbitrato. Inoltre non è chiaro se la previsione in oggetto sia la ripetizione, con altre parole, di quanto stabilito dall'art. 411, comma 1°, c.p.c. a proposito della conciliazione "anche limitatamente ad una parte della domanda" o se aspiri ad avere un suo autonomo significato.

Se si guarda al testo precedente al "collegato lavoro" si nota che l'art. 411 c.p.c. non faceva riferimento alla conciliazione parziale e che l'art. 412 c.p.c. conteneva una dizione identica, con, in aggiunta, un rinvio al deposito del verbale ai sensi dell'art. 411 c.p.c., per avere accesso all'efficacia di titolo esecutivo.

Così stando le cose, è difficile ritenere che il riferimento alla conciliazione parziale, inserito nell'art. 411 c.p.c. dove prima non figurava, e l'eliminazione nell'art. 412, comma 1°, c.p.c. del rinvio al deposito *ex* art. 411 c.p.c., dipendano da un caso o da una disattenzione del legislatore.

Se quindi bisogna partire dal presupposto di una precisa scelta di differenziare l'ipotesi dell'art. 411 c.p.c. da quella dell'art. 412 c.p.c., è giocoforza concludere che la soluzione parziale concordata, nel secondo caso, è finalizzata esclusivamente alla determinazione della materia sottoposta agli arbitri e fa quindi parte dell'accordo di arbitrato. E, anche se vi è il "riconoscimento del credito che spetta al lavoratore", questo non si può considerare contenuto in un verbale di conciliazione suscettibile di acquistare efficacia esecutiva.

L'accordo, stando all'art. 808-*ter* c.p.c., dovrebbe avere forma scritta, ma non si può escludere che possa essere stipulato tramite semplice scambio di memorie[13] che hanno l'effetto di dar vita all'ar-

[13] Bove, ADR *nel c.d. collegato lavoro*, cit., p. 17. Ritiene invece che in questo caso sia necessaria la forma scritta Canale, *Arbitrato e "collegato lavoro"*, cit., p. 574.

bitrato, ma non comportano una rinuncia alla giurisdizione che vada oltre la singola procedura arbitrale.

Il secondo tipo di accordo arbitrale espressamente nominato è la clausola compromissoria, che ha costituito uno dei motivi che hanno determinato il Presidente della Repubblica a rimettere alle Camere per una nuova deliberazione ai sensi dell'art. 74 cost.

L'art. 31, comma 10°, nella versione approvata in via definitiva dal Senato il 3 marzo 2010, prevedeva che le parti potessero stipulare una clausola compromissoria riferita agli arbitrati di cui agli artt. 412 e 412-*quater* c.p.c., purché ciò fosse consentito da accordi interconfederali o contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati più rappresentativi sul piano nazionale e fossero certificati dalle apposite commissioni alle quali era affidato il compito di accertare "l'effettiva volontà delle parti di rinunciare alla giurisdizione". Ad una simile formulazione, molti dei primi commentatori che seguivano, passo passo, l'*iter* del progetto di legge hanno obiettato che consentire l'inserimento della clausola compromissoria nella lettera di assunzione avrebbe dato vita ad un arbitrato basato, di fatto, sulla volontà del solo datore di lavoro, dato che al lavoratore non sarebbe stata data altra alternativa che prendere o lasciare. Cosa questa che configura un arbitrato obbligatorio, certamente vietato dall'art. 24 cost.[14] In un simile contesto la certificazione rappresentava la classica foglia di fico, dato che, come ha notato il Capo dello Stato, "l'organismo di certificazione non può che prendere atto della volontà dichiarata dal lavoratore, una volta che sia stata sottoscritta in una fase che è pur sempre costitutiva del rapporto e nella quale permane pertanto un'ovvia condizione di debolezza".

Per uscire dall'*impasse* le Camere hanno modificato il testo nel modo che segue: *a)* la clausola compromissoria non può avere ad oggetto controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro; *b)* nella fase di certificazione il lavoratore può farsi assistere da un avvocato o da un sindacalista; *c)* la clausola non può essere stipulata prima che si sia esaurito il periodo di prova o siano comunque trascorsi trenta giorni dall'assunzione.

---

[14] V. Borghesi, *Le nuove frontiere dell'arbitrato del lavoro secondo il disegno di legge n. 1441*-quater, in *Lav. e dir.,* 2009, p. 21.

Con la prima disposizione non si è arrivati a riservare l'uso della clausola compromissoria alle cause di minore rilievo, tuttavia si è esclusa quella di importanza capitale perché in essa si decide della vita o della morte del rapporto di lavoro.

Con la seconda si vuole garantire che la scelta del lavoratore sia il più possibile consapevole sia sul se, sia sul tenore della clausola compromissoria. Tenore la cui importanza permane, anche se gli unici due arbitrati cui è possibile fare riferimento con la clausola compromissoria sono disciplinati abbastanza dettagliatamente dalla legge. Non è infatti detto che la disciplina sia totalmente immodificabile ad opera delle parti.

Con la terza sono state recepite le osservazioni mosse in modo corale dai primi commentatori e riprese dal Capo dello Stato, che – come si è visto – individuava il punto critico nella possibilità di stipulare la clausola nella fase costitutiva del rapporto. La nuova formulazione tuttavia non si accontenta di procrastinare la stipulazione della clausola compromissoria ad almeno trenta giorni dall'assunzione, ma richiede anche che sia esaurito il periodo di prova (anche se lo stesso è superiore ai trenta giorni). È chiaro quindi che il legislatore non ritiene ammissibile che la clausola sia sottoscritta in una fase del rapporto di lavoro, caratterizzata dalla recedibilità *ad nutum*. Tuttavia non è coerente fino in fondo perché non esprime in modo chiaro l'incompatibilità tra la clausola compromissoria e la mancanza di stabilità del lavoratore che la sottoscrive. Mancanza di stabilità che – come è noto – è presente in tutti quei rapporti di lavoro che si definiscono riassuntivamente precari e che sono caratterizzati dalla stessa mancanza di garanzie che è propria del periodo di prova. Ragion per cui il dubbio di costituzionalità non può dirsi completamente fugato[15].

Il "collegato" non menziona il compromesso. Quello stipulato *per facta concludentia* è un sottotipo di quello previsto dall'808-*ter* c.p.c. che non ha gli stessi requisiti (accordo esplicito in forma scrit-

[15] Borghesi, *Gli arbitrati in materia di lavoro*, cit., p. 657 s. Ad attenuare il dubbio di cui si è detto nel testo potrebbero contribuire le parti sindacali, le quali negli accordi interconfederali e contratti collettivi menzionati dall'art. 31, comma 10°, "collegato lavoro", dovrebbero prevedere, ad esempio, che la clausola compromissoria è ammessa solo quando il lavoratore ha la stabilità reale.

ta) né probabilmente gli stessi effetti. Essendo "incorporato" negli atti introduttivi, vale solo per la singola procedura e non sopravvive all'estinzione della stessa o alla sua conclusione con sentenza che non decide il merito, né all'annullamento del lodo.

Non si può tuttavia escludere che le parti si vincolino irreversibilmente all'arbitrato firmando un formale compromesso, prima dell'inizio della procedura. Ci vuole la forma scritta *ex* 808-*ter* c.p.c., ma non la previsione di un contratto collettivo e la certificazione come nella clausola compromissoria.

5. *L'effetto della domanda di conciliazione e di quella di arbitrato irrituale*

Venendo agli effetti della domanda di conciliazione e di quella di arbitrato, bisogna partire dal presupposto che, pur essendo assimilabili dal punto di vista del contenuto alla domanda giudiziale, sono accomunate dall'essere entrambe segmenti di procedure negoziali.

Questo dato di partenza consente di comprendere il motivo sulla base del quale l'art. 410, comma 2°, c.p.c. ricollega alla richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione la sola interruzione istantanea della prescrizione *ex* art. 2943 c.c., ma non la sospensione dell'effetto interruttivo *ex* art. 2945, comma 2°, c.c.[16] Lo stesso effetto, pur nel silenzio della legge, è prodotto dalla domanda di arbitrato irrituale, cui non può essere applicato per analogia il regime della domanda di arbitrato rituale, che invece determina la sospensione dell'effetto interruttivo della prescrizione, fino all'esaurimento della procedura arbitrale[17].

Per quanto riguarda invece la decadenza bisogna considerare l'art. 410, comma 2°, c.p.c. a mente del quale la domanda di conci-

[16] La domanda di mediazione secondo quanto dispone l'art. 5, comma 6°, d.lgs n. 28 del 2010 produce invece gli stessi effetti della domanda giudiziale e provoca quindi anche la sospensione dell'effetto interruttivo della prescrizione (Bove, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo,* in *Riv. dir. proc.,* 2010, p. 348 ss.).

[17] Sulla domanda di arbitrato rituale v. Muroni, *La pendenza del giudizio arbitrale,* Torino, 2008, p. 54 ss.

liazione sospende qualsiasi termine di decadenza per tutta la durata del tentativo e per i venti giorni successivi e l'art. 32 del "collegato lavoro" che ha novellato i primi due commi della l. n. 604 del 1966, mantenendo il meccanismo dell'impugnazione, entro sessanta giorni dal licenziamento, tramite atto scritto, anche extragiudiziale, aggiungendo però che l'impugnazione perde efficacia "se non è seguita, entro il successivo termine di duecentosettanta giorni dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta del tentativo di conciliazione o di arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formatisi dopo il deposito del ricorso".

Oltre alla domanda giudiziale valgono quindi ad impedire la decadenza anche gli atti introduttivi del tentativo di conciliazione e dell'arbitrato, purché portati a conoscenza dell'altra parte nel termine e purché le relative procedure prendano effettivamente l'avvio. Se invece il tentativo di conciliazione o l'arbitrato sono rifiutati o su di essi non si raggiunge un accordo, il ricorso giudiziale deve essere depositato, sempre a pena di decadenza, entro sessanta giorni "dal rifiuto o dal mancato accordo".

L'uso della locuzione "comunicazione alla controparte", a proposito della domanda di conciliazione o arbitrato, in contrapposizione al "deposito" riferito al ricorso giudiziale, fa pensare che ad evitare la decadenza non sia sufficiente la proposizione della domanda all'organizzazione di conciliazione o alla camera arbitrale, ma occorra l'effettiva instaurazione del contraddittorio tramite comunicazione della domanda alla controparte. Ad esempio, nel caso previsto dall'art. 410, comma 5°, c.p.c. nel termine deve essere consegnata o spedita tramite raccomandata con ricevuta di ritorno alla controparte la copia della richiesta del tentativo di conciliazione, non essendo sufficiente che la richiesta stessa sia consegnata o spedita alla commissione di conciliazione.

Deve invece essere escluso che per "comunicazione alla controparte" si debba intendere l'effettiva consegna della domanda al destinatario.

Le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno infatti ribadito[18], anche di recente, che l'impugnazione del licenziamento *ex* art.

[18] Cass., sez. un., 14 aprile 2010, n. 8830, in *Foro it.,* 2010, I, c. 3416.

6 l. n. 604 del 1966 deve intendersi tempestivamente effettuata se la spedizione della raccomandata è stata fatta nei sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento, anche se l'effettivo ricevimento da parte del destinatario ha luogo oltre il termine. Il problema semmai sta nello stabilire da quando decorra il "successivo termine di duecentosettanta giorni" entro il quale proporre la domanda davanti al giudice o agli arbitri. Se cioè il *dies a quo* del secondo termine di decadenza coincida con la consegna alla posta della raccomandata o con il ricevimento della stessa. Poiché l'impugnazione è indubbiamente un atto ricettizio, che, come tale, è produttivo di effetti solo quando entra nella sfera del destinatario e che la semplice spedizione rileva solo quel tanto che basta per evitare che il diritto di difesa del lavoratore resti pregiudicato, cioè per evitare la decadenza, propenderei per la seconda soluzione. Non ci si può tuttavia nascondere che, in questo modo, il termine perentorio subisce, di fatto, un allungamento.

Il triplice ordine di decadenze creato dal legislatore della riforma (60 + 270 + 60) costituisce un delicato gioco ad incastro e, per di più, non sempre consente di individuare con la dovuta precisione il *dies a quo*, cioè il giorno in cui hanno avuto luogo il rifiuto o il mancato accordo cui la norma fa riferimento.

Per quanto riguarda il tentativo di conciliazione, il testo della disposizione in oggetto prende in considerazione unicamente il caso in cui uno dei litiganti rifiuti di prendere parte al tentativo di conciliazione promosso dall'altro, trascurando invece quello – probabilmente più frequente – in cui entrambe le parti accettino di partecipare alla procedura, che poi, per un qualsiasi motivo, non ha esito positivo.

La lacuna va colmata facendo riferimento all'art. 410, comma 2°, c.p.c., secondo il quale il tentativo di conciliazione sospende i termini di decadenza dal momento in cui la relativa richiesta è stata comunicata al ventesimo giorno successivo alla conclusione della procedura. Conseguentemente, trascorsi venti giorni dalla conclusione del tentativo di conciliazione, non decorre il termine di sessanta giorni previsto per il rifiuto o per il mancato accordo[19], ma quel-

[19] Secondo Pellacani (*Il cosiddetto "collegato lavoro" e la disciplina dei licenziamenti,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2010, p. 253 s.) invece, l'espressione "mancato

lo che resta dei duecentosettanta giorni dall'impugnazione stragiudiziale, al netto della sospensione per la durata della procedura di conciliazione, più venti giorni.

Per quanto riguarda il rifiuto o la mancata accettazione, l'individuazione del *dies a quo* dal quale decorre il termine dipende, in larga misura, da come è articolato il tentativo di conciliazione. In quello disciplinato dal nuovo testo dell'art. 410 c.p.c. è previsto che, se la parte cui è stata notificata la domanda "intende accettare la procedura di conciliazione", deposita una memoria entro venti giorni dal ricevimento della stessa. "Ove ciò non avvenga – aggiunge il nuovo art. 410 c.p.c. – ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria".

Tirando le somme, mi pare si debba far decorrere il termine perentorio per il deposito del ricorso giudiziale, nel caso del rifiuto o mancato accordo, da quando questo è stato espresso, ovvero dalla scadenza del termine entro il quale la parte convenuta nel tentativo di conciliazione avrebbe dovuto depositare la sua memoria. È da questo momento infatti che – come si è visto – le parti sono libere di adire l'autorità giudiziaria e quindi si è formalizzato il rifiuto.

Nel caso in cui la procedura di conciliazione sia iniziata, ma non sia stata conclusa positivamente, il ventesimo giorno successivo a quello nel quale è stato sottoscritto il verbale di mancata conciliazione riprende a decorrere il termine sospeso, *ex* art. 410, comma 2°, c.p.c., nel momento in cui il tentativo di conciliazione è iniziato. Se la mancata conciliazione non è stata formalizzata con apposito verbale, la sospensione verrà meno e il termine riprenderà a decorrere trascorsi venti giorni da quello fissato per la comparizione delle parti o da quello in cui la procedura di conciliazione può considerarsi altrimenti conclusa.

Prima di concludere sul punto bisogna notare che il lavoratore, nel termine di sessanta giorni dal licenziamento, può depositare il ricorso giudiziale senza previa impugnazione stragiudiziale. In questo caso, se il giudizio si estingue, l'atto introduttivo vale come impugnazione equivalente a quella stragiudiziale e la causa può essere

---

accordo" contenuta nell'art. 6, comma 2°, della l. n. 604 del 1966 si riferisce anche "al mancato accordo conclusivo della medesima (procedura di conciliazione n.d.r.), nel qual caso il lavoratore dovrà depositare ricorso al giudice entro sessanta giorni da tale momento".

riproposta, purché non sia trascorso il termine di duecentosettanta giorni dall'inizio del processo. Nello stesso termine possono essere proposti anche il tentativo di conciliazione e l'arbitrato, con conseguente possibilità di ritornare al giudice togato se la proposta di attivare le procedure di cui si è detto sono rifiutate o sul loro inizio non si raggiunge l'accordo.

Altrettanto problematica si può presentare l'individuazione del giorno in cui il termine in oggetto inizia a decorrere quando nei duecentosettanta giorni dall'impugnazione stragiudiziale è proposta una domanda di arbitrato. Anche a questo proposito bisognerà fare riferimento ai vari tipi di procedura individuati dalla legge e dalla contrattazione collettiva per verificare con quali modalità si realizzi, in ciascuno di essi, il mancato accordo sull'inizio o sulla prosecuzione della procedura.

Secondo il comma 4° del nuovo art. 412-*quater* c.p.c., la parte cui è stata notificata la domanda di arbitrato, se "intende accettare la procedura di conciliazione e arbitrato nomina il proprio arbitro di parte, il quale, entro trenta giorni dalla notifica del ricorso procede, ove possibile concordemente con l'altro arbitro, alla scelta del presidente e della sede del collegio". È infatti chiaro che la mancata notifica ad opera del convenuto della nomina del proprio arbitro di parte realizza il mancato perfezionamento dell'accordo compromissorio. C'è solo da segnalare che manca l'indicazione del termine entro il quale la risposta del convenuto deve essere formulata. Ragion per cui, se l'attore non fissa un apposito termine al convenuto per la nomina del proprio arbitro, per individuare il *dies a quo* dal quale decorre il termine per adire il giudice, non si può che fare riferimento allo stesso art. 412-*quater,* comma 4°, c.p.c., secondo il cui tenore entro trenta giorni dalla notifica dell'atto introduttivo gli arbitri di parte devono accordarsi per la nomina del terzo.

Resta da stabilire che cosa accada nel caso in cui l'arbitrato si estingue o, comunque, viene abbandonato. A me pare che nei casi appena segnalati il lavoratore non decada dal diritto di impugnare il licenziamento (come accade se si estingue il processo ordinario), ma che inizi a decorrere il termine di sessanta giorni per adire il giudice togato, così come sarebbe accaduto se una delle parti avesse rifiutato l'arbitrato. Se infatti si ritiene che il rifiuto o il mancato accordo

relativi all'espletamento dell'arbitrato, oltre che iniziali, possano anche essere sopravvenuti, al venir meno, per qualsiasi motivo, della procedura non consegue la decadenza, bensì la decorrenza del termine di sessanta giorni per ricorrere al giudice togato[20]. Né si può obiettare che la disparità di trattamento tra giudizio e arbitrato sia priva di giustificazione. È infatti perfettamente comprensibile che il legislatore abbia lasciato una via di scampo al lavoratore in un contesto, quale quello dell'arbitrato, soprattutto irrituale, in cui la disciplina del procedimento è ridotta al minimo e quella dell'estinzione è del tutto carente[21].

Prima di concludere sul punto si deve rilevare che non è probabilmente prospettabile, né riguardo al tentativo di conciliazione, né riguardo all'arbitrato irrituale, un regime di nullità della domanda analogo a quello disciplinato dall'art. 164 c.p.c. Tuttavia non vi è dubbio che, qualora i termini della domanda non siano formulati o non siano formulati in maniera intellegibile, ovvero se qualcosa ha impedito alla controparte di prenderne conoscenza, né la procedura di arbitrato, né quella di conciliazione possono ritenersi regolarmente instaurate. In particolare non si producono gli effetti sostanziali di cui la domanda è normalmente capace sulla prescrizione e sulla decadenza[22].

6. *Le spese della procedura*

Il nuovo testo degli artt. 410 e 411 c.p.c. non detta una specifica disciplina sulle spese, né sul modo in cui queste vanno distribuite tra le parti.

---

[20] Borghesi, *L'arbitrato ai tempi del "collegato lavoro"*, cit., p. 34.

[21] Sulla procedura nell'arbitrato irrituale v. Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, p. 190 ss.

[22] Secondo la Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 25 novembre 2010, prot. 11/I/0003428/MA002.A001 "il dettato della l. n. 183 del 2010 impone ai funzionari della Direzione provinciale del lavoro di verificare che la richiesta possegga i contenuti essenziali richiesti, affinché gli stessi vengano eventualmente integrati, qualora siano parzialmente omessi, mentre la totale mancanza degli elementi indicati rende la richiesta improcedibile, salvo che la controparte si costituisca, presentando le proprie memorie, in tal caso l'Ufficio territoriale informerà il ricorrente affinché proceda ad integrare la propria richiesta".

La qual cosa significa che tutto è lasciato alla libera volontà delle parti o, *per relationem*, ai regolamenti degli organismi di conciliazione.

Nel processo che segue il tentativo di conciliazione senza esito positivo il giudice non può ordinare che la parte soccombente rimborsi a quella vincitrice le spese sostenute per remunerare il conciliatore o l'avvocato che l'ha assistita (se ne ha avuto uno). Gli artt. 91 ss. c.p.c. sono infatti riferiti alle sole spese processuali e nulla autorizza a ritenere che possano essere estese a quelle sostenute fuori dal processo, in un procedimento di carattere privatistico o amministrativo che non è neppure condizione di procedibilità. La detta estensione infatti sarebbe possibile, per l'indennità corrisposta al mediatore, solo se si ritenesse applicabile l'art. 13 del d.lgs n. 28/2010. Cosa questa che non mi pare praticabile non essendoci una lacuna da colmare.

L'art. 411, comma 2°, c.p.c. prevede un caso in cui il comportamento tenuto durante il tentativo di conciliazione produce effetti sul susseguente giudizio. Se non viene raggiunto un accordo, la commissione di conciliazione deve formulare una proposta "per la bonaria definizione della controversia", sulla quale le parti esprimono le proprie considerazioni. Il giudice, in sede di giudizio, tiene conto della proposta non accettata senza "adeguata motivazione".

La previsione non è un esempio di chiarezza, in primo luogo perché non precisa se a rilevare sia la proposta formulata dal conciliatore o l'adeguatezza o meno della motivazione che ha indotto la parte a rifiutare. Inoltre non si capisce a quali fini esattamente il giudice possa tenere conto della mancata accettazione. Se cioè il comportamento preso in considerazione dalla legge vada sanzionato tenendone conto ai fini delle spese o ai fini della decisione di merito, *ex* art. 116, comma 2°, c.p.c.[23].

[23] V. Bove, ADR *nel c.d. collegato lavoro*, cit., p. 10, ritiene che il giudice possa tenere conto del comportamento della parte ai fini delle spese, ma non possa trarne argomenti di prova. Cosa questa che invece non è elusa da tiscini, *Nuovi (ma non troppo) modelli di titolo esecutivo derivanti dal contratto di lavoro: il verbale di conciliazione stragiudiziale dopo il* restyling *della l. n. 183/2010 (c.d. collegato lavoro),* in www.judicium.it.

Da tanta indeterminatezza discende che ampio spazio è lasciato alla discrezionalità in primo luogo della commissione, la quale sarà libera non solo di determinare il contenuto della proposta, ma anche di stabilire le modalità tramite le quali esprimerla (unanimità, maggioranza, volontà del solo presidente), e poi, soprattutto, del giudice che dovrà decidere se esistono i presupposti per tenere conto della mancata accettazione, stabilendo se la mancanza di adeguata motivazione provenga da una sola delle parti o da entrambe, se la motivazione è o meno adeguata e in che modo si debba tener conto del rifiuto della proposta "in sede di giudizio", stabilendo quale sia la sanzione da applicare in concreto[24].

La disposizione in esame, essendo riferita alla mancata accettazione della proposta formulata dalla commissione di conciliazione, non sembra escludere la norma generale contenuta nell'art. 91, alinea, secondo periodo, c.p.c. aggiunto dalla legge n. 69 del 2009, che detta una disciplina generale in materia di spese, che non vi è motivo di non applicare anche al rito speciale del lavoro. La disposizione citata prevede che, se la domanda è accolta in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo è condannata al pagamento delle spese maturate dopo la formulazione della proposta medesima.

Non si applica quindi alla proposta formulata dalla commissione di conciliazione e rifiutata da entrambe le parti, ma diventa operativa se, nel corso della procedura di conciliazione, una parte avanza una proposta che l'altra rifiuta "senza giustificato motivo". In questo caso il raffronto tra quello che avrebbe potuto essere il contenuto della conciliazione e quello che è stato effettivamente il contenuto della decisione viene imposto al giudice, il quale deve riformulare la regola sulla base della quale decidere sulle spese, considerando di fatto soccombente chi ha rifiutato senza giusto motivo

[24] Bisogna inoltre tenere presente che la proposta formulata dalla commissione non esime il giudice dal dovere di formulare la propria, così come dispone l'art. 420, comma 1°, c.p.c. nel testo novellato dal "collegato lavoro". Si prospetta quindi una possibile sovrapposizione ogni qual volta il giudice non ritenga di fare propria, riproponendola, la proposta della commissione (v. Ferraro, *La conciliazione nelle controversie di lavoro*, in A. Vallebona (a cura di), *Diritto processuale del lavoro*, cit., p. 629).

una proposta transattiva della controparte, anche se formalmente è vincitore[25].

Piuttosto oscuro è, infine, l'art. 411, comma 3°, primo periodo, c.p.c. nel quale è previsto che, ove il tentativo di conciliazione sia stato richiesto dalle parti, al ricorso devono essere allegati i verbali e le memorie concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito.

In primo luogo, usando la locuzione "tentativo richiesto dalle parti" non si sa bene che cosa il legislatore abbia voluto significare, dato che non esistono tentativi di conciliazione attivati – per così dire – d'ufficio.

Forse ha voluto distinguere le procedure di conciliazione liberamente attivate dalle parti da quelle iniziate per rendere procedibile un futuro giudizio. Anche se non è chiaro il motivo sulla base del quale la produzione in giudizio di verbali e memorie sia stata ritenuta utile nel primo caso e non nel secondo.

Inoltre resta oscuro il motivo di opportunità che ha indotto il legislatore del "collegato lavoro" a rovesciare il principio generale secondo il quale le informazioni raccolte e le dichiarazioni rese durante il tentativo di conciliazione non possono avere accesso al giudizio davanti al giudice togato, enunciato dagli artt. 9 e 10 del d.lgs n. 28 del 2010[26]. Se infatti lo scopo è quello di consentire al giudice di fare le valutazioni previste dall'art. 411, comma 2°, c.p.c. o dell'art. 91, alinea, c.p.c. sarebbe stato sufficiente prevedere il deposito della proposta, senza usare la locuzione "verbali e memorie" che corrisponde sostanzialmente all'intera documentazione del tentativo di conciliazione ed è palesemente sovradimensionata rispetto al fine che la norma dovrebbe perseguire[27].

---

[25] Sulle modifiche apportate all'art. 91 c.p.c. dalla legge n. 69 del 2009 v. G.F. Ricci, *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, p. 15 ss.

[26] V. *supra* la nota 8.

[27] Ferraro, *La conciliazione nelle controversie di lavoro*, cit., p. 625 ritiene che l'obbligo di produrre verbali e memorie sia privo di sanzione.

7. *Il controllo del giudice sulla conciliazione e sul lodo irrituale*

Resta da dire di quali siano gli effetti del verbale di conciliazione e del lodo irrituale e di quale sia il sistema di controllo previsto dalla legge. Anche sotto questo profilo si parte da una base di piena omogeneità nel senso che: la loro vincolatività ha carattere negoziale, entrambi godono dell'inoppugnabilità ai sensi dell'art. 2113, comma 4°, c.c. e, se depositati presso la cancelleria del tribunale, diventano titoli esecutivi.

Il carattere contrattuale è ovvio nella conciliazione – che altro non è se non un accordo tra le parti "facilitato" da un terzo – e viene affermato con forza a proposito del lodo, a costo anche di incorrere in qualche ripetizione. Tanto che sono richiamati sia l'art. 808-*ter* c.p.c., secondo il cui tenore l'arbitrato irrituale si qualifica proprio per essere definito dagli arbitri "mediante determinazione contrattuale", sia l'art. 1372 c.c. intitolato appunto "efficacia del contratto".

Il riferimento all'art. 2113, comma 4°, c.c. ha invece la finalità di salvaguardare tanto la conciliazione assistita quanto il lodo irrituale da eventuali impugnazioni per violazione di norme inderogabili di legge[28].

Non si tratta però di inoppugnabilità assoluta, non solo perché contro il lodo si possono proporre i motivi di invalidità di cui all'art. 808-*ter*, comma 2°, c.p.c., ma anche perché si può far valere la contrarietà a norme di ordine pubblico. Inoltre, secondo la giurisprudenza, l'art. 2113, comma 4°, c.c. copre sì la vasta area dell'annullabilità, ma lascia scoperta la vera e propria nullità *ex* art. 1418 c.c.

Per fare qualche esempio[29] sono considerati radicalmente nulli gli accordi che stabiliscano per il futuro una retribuzione inferiore ai

---

[28] *Contra* Bove, ADR *nel c.d. "collegato lavoro"*, cit., nota 35 a p. 20, secondo il quale "il richiamo all'art. 2113, comma 4°, c.p.c. non implica che il lodo in commento non sia impugnabile per violazione di norme inderogabili, ma implica solo che esso non sia impugnabile nei modi indicati dagli altri commi della stessa norma".

[29] Per una completa panoramica della materia v. l'ampia rassegna di Cosattini, *Rinunzie e transazioni,* in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. Carinci (a cura di), *Diritto del lavoro,* III, 2 ed., Torino, 2007, p. 701 ss.

minimi previsti dalla contrattazione collettiva e quindi "insufficiente" ai sensi dell'art. 36 cost.; gli accordi, sempre *de futuro*, in materia di ferie e riposi; le pattuizioni aventi ad oggetto le misure dirette a salvaguardare la salute e la sicurezza dei lavoratori; gli accordi sulla proroga del periodo di prova; le pattuizioni relative al t.f.r. effettuate nel corso del rapporto di lavoro; gli accordi in materia di obblighi contributivi; le pattuizioni che modifichino per il futuro l'assetto legislativo in materia di qualifiche e mansioni del lavoratore.

Nei casi sopra elencati e in tutti quelli nei quali ricorrono i medesimi presupposti è chiaro che l'accordo transattivo, così come la determinazione arbitrale non conforme alla legge, sono radicalmente nulli (e quindi sottratti al regime dell'art. 2113, comma 4°, c.c.), né più né meno di come lo sarebbe un accordo non "assistito" che violi norme di ordine pubblico o incida, non su diritti già maturati, ma sull'assetto futuro del rapporto di lavoro.

Per quanto riguarda le modalità di impugnazione, tuttavia, le differenze sono notevoli soprattutto dal punto di vista processuale.

L'invalidità del verbale di conciliazione infatti può essere fatta valere tramite azione di cognizione, che può assumere la forma dell'opposizione all'esecuzione o quella ordinaria, proponibile nei termini di prescrizione.

Del lodo invece può essere fatta valere l'invalidità sempre con l'ordinaria azione di cognizione che però deve essere proposta entro trenta giorni dalla notifica davanti al tribunale nella cui circoscrizione l'arbitrato ha avuto sede, che decide con sentenza non appellabile, ma ricorribile per Cassazione ai sensi dell'art. 111 cost.[30].

Va anche ricordato un problema particolare che riguarda l'impugnazione del lodo per invalidità della convenzione di arbitrato (art. 808-*ter*, comma 2, n. 1, c.p.c.), nascente dal fatto che una delle condizioni per la stipulazione della clausola compromissoria è – come si è visto – la certificazione, la quale serve per garantire che la volontà delle parti sia "effettiva". Se quindi si vuole contestare che la detta effettività esista e che quindi l'invalidità della clausola de-

[30] Sul meccanismo di impugnazione del lodo irrituale, introdotto con i dd.legisl. nn. 80 e 387 del 1998 e conservato dal "collegato lavoro" v. Borghesi, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato,* Padova, 2005, p. 286 ss.

termini la nullità del lodo ai sensi dell'art. 808-*ter*, comma 2, n. 1, c.p.c., bisogna impugnare il lodo stesso entro il termine di trenta giorni dalla notifica, così come previsto dagli artt. 412 e 412-*quater*, c.p.c. Tuttavia bisogna anche agire nei confronti dell'atto di certificazione, ai sensi dell'art. 80 d.lgs n. 276 del 2010, al fine di farne venir meno gli effetti ai sensi dell'art. 81 del decreto appena citato[31].

Non mi pare ci siano ostacoli a cumulare l'azione diretta a far valere l'invalidità del lodo con quella diretta a contestare la legittimità della certificazione, né sotto il profilo della "specialità" dell'azione di impugnazione (che è in unico grado), né sotto quello del tentativo di conciliazione, che è rimasto obbligatorio per le controversie relative alla certificazione.

Sotto il primo profilo, infatti, se anche si ritiene che il giudice investito dell'impugnazione del lodo non possa, tramite un procedimento speciale, dichiarare l'invalidità della certificazione, determinandone l'inefficacia (cosa che richiederebbe il procedimento ordinario), penso che lo stesso possa conoscerne *incidenter tantum* al fine di disapplicarla[32].

Sotto il secondo profilo i casi sono due: o si ritiene possibile proporre l'azione contro la certificazione in via principale unitamente all'impugnazione del lodo e allora il tentativo di conciliazione è obbligatorio e, una volta proposto, sospende il termine di decadenza sino all'esaurimento del tentativo, più 20 giorni, oppure si pensa che della validità della certificazione il tribunale possa conoscere solo *incidenter tantum* e, in questo caso, il tentativo non è obbligatorio e la parte che impugna il lodo può adire il giudice direttamente.

Per quanto riguarda l'illegittimità della certificazione per vizio del procedimento o eccesso di potere che, secondo l'art. 80, ult.

---

[31] Sull'impugnazione della certificazione v. Zoppoli, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le* liaisons dangereuses, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde,* Napoli, 2010, p. 939 ss.

[32] Zoppoli, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 940. Secondo Auletta, *Le impugnazioni del lodo nel "collegato lavoro" (l. 4 novembre 2010, n. 183),* in www.judicium.it, p. 18, nota 34, si deve escludere che "a seguito di clausola certificata, si possa in via d'azione rimuovere l'efficacia obbligatoria della clausola compromissoria e quindi accedere direttamente all'A.G.O., siccome *a latere actoris* non è mai invocabile un effetto costitutivo (quale sarebbe la risoluzione di efficacia della certificazione) in via incidentale".

comma, d.lgs n. 276 del 2003, deve essere fatta valere davanti al giudice amministrativo, la via più semplice sembrerebbe quella di riconoscere all'autorità giudiziaria ordinaria investita dell'impugnazione del lodo il potere di valutare la legittimità o meno della certificazione per poi, se del caso, disapplicarla.

Diversamente, non c'è che affidarsi al più lungo e complesso sistema dell'impugnazione della certificazione davanti al tribunale amministrativo regionale, con conseguente sospensione del processo di impugnazione del lodo per pregiudizialità (con quale vantaggio per la ragionevolezza dei costi e dei tempi del processo è facile immaginare).

8. *L'equità*

Secondo l'opinione di molti, ulteriori limiti al controllo del giudice togato sul lodo irrituale deriverebbero dal fatto che il "collegato lavoro" ha, in qualche modo, riabilitato l'equità[33]. Gli artt. 412, comma 2, e 412-*quater*, comma 3°, c.p.c. stabiliscono infatti che l'attore nell'atto introduttivo deve fare riferimento alle norme "a sostegno della sua pretesa o avanzare l'eventuale richiesta di decidere secondo equità nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento" e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari.

Anche se la legge non lo specifica, la richiesta in questione rappresenta una semplice proposta che deve essere accettata dalla controparte con il suo atto difensivo, non potendo la determinazione di decidere secondo equità derivare solo da una parte[34]. Ci vuole l'accordo che, stando alla formulazione letterale della legge, sembrereb-

[33] Secondo Ferraro, *La conciliazione nelle controversie di lavoro*, cit., p. 616, l'equità "implica anche un limite o almeno una tipizzazione chiusa dei motivi di impugnazione del lodo arbitrale, che rimane sostanzialmente contestabile per ragioni prevalentemente procedurali".

[34] Sul carattere di "proposta" del riferimento all'equità contenuto nella domanda di arbitrato e sulla sua scindibilità dalla "proposta" di arbitrato v. Canale, *Arbitrato e "collegato lavoro"*, cit., nota 70, p. 582. Aggiungerei che la scindibilità delle "proposte" sussiste se non è esclusa dalla parte che le formula.

be stipulabile solo con lo scambio degli atti introduttivi. Penso però che la detta formulazione non sia tassativa e che quindi la determinazione che la causa sia decisa secondo equità possa essere contenuta anche nell'accordo arbitrale (compromesso o clausola compromissoria che sia)[35].

La richiesta di decidere secondo equità è posta in alternativa al "riferimento alle norme invocate dal ricorrente a sostegno della sua pretesa" (l'art. 412-*quater*, comma 3°, c.p.c. nel quale si dice anche che il "ricorso" deve anche contenere "le ragioni di fatto e di diritto" sulle quali si fonda la domanda).

Se si considera che, sulla base del principio *iura novit curia*, l'organo giudicante (giudice o arbitro che sia) può individuare ed applicare le norme di diritto, anche a prescindere da ogni indicazione di parte, la previsione secondo la quale l'attore deve indicare le ragioni di diritto sulle quali si fonda la domanda sembrerebbe non avere senso. Salvo considerare l'indicazione delle norme invocate alla stregua di una proposta che, se accettata dall'altra parte, vincola il giudice ad applicarle e, soprattutto, legittima la parte soccombente ad impugnare il lodo che ha applicato la legge in modo a lei sfavorevole, ai sensi dell'art. 808-*ter*, comma 2°, n. 4, c.p.c. per non essersi gli arbitri attenuti alle regole imposte dalle parti. In altre parole, attraverso questo meccanismo, se entrambe le parti lo vogliono, il lodo potrebbe diventare impugnabile per violazione di norme di legge e di contratto collettivo anche derogabili.

Il riferimento a principi regolatori della materia è stato inserito dopo il rinvio alle Camere del Presidente della Repubblica, il quale ha notato che i principi generali dell'ordinamento non ricomprendono necessariamente "tutte le ipotesi di diritti indisponibili, al di là di quelli costituzionalmente garantiti", volendo probabilmente significare che non è sufficiente mantenere l'equità entro i confini delle norme costituzionali per garantire il rispetto di tutti i diritti fondamentali dei lavoratori.

---

[35] Nel senso del testo v. De Cristofaro, *Il nuovo regime*, cit., p. 67. Secondo Della Pietra, *Un primo sguardo all'arbitrato nel collegato lavoro,* in www.judicium.it, p. 5, l'equità deve derivare da "una scelta libera *post litem*".

L'intervento delle Camere, diretto a restringere l'alto tasso di discrezionalità insito nell'equità arbitrale, ha finito per creare un'evidente situazione di squilibrio, perché in questo modo il lodo di equità sembrerebbe assoggettato ad un controllo molto più rigoroso rispetto a quello di diritto. Infatti mentre il lodo di diritto non è censurabile per violazione di legge, a parte quanto si è detto a proposito dei principi generali dell'ordinamento delle nullità non coperte dall'art. 2113, comma 4°, c.c., quello di equità può essere impugnato anche per la violazione dei principi che regolano la materia, che non sono necessariamente contenuti in norme di ordine pubblico o comunque inderogabili.

Probabilmente il legislatore non voleva un risultato tanto paradossale e, anche per questo motivo, si impone un'interpretazione correttiva, che estenda l'obbligo di rispettare i principi regolatori della materia anche (e a maggior ragione) agli arbitri di diritto[36]. Diversamente sarebbe difficile evitare un grosso dubbio di incostituzionalità per essersi determinata una disparità di trattamento del tutto inspiegabile in termini razionali. Per di più, se è costituzionalmente illegittimo il giudizio di equità che non ha come parametro di riferimento i "principi regolatori della materia"[37], come può non esserlo *a fortiori* il giudizio di diritto nel quale agli arbitri sia lecito discostarsi dai medesimi principi?

In conclusione, si può dire che lodo di diritto e lodo di equità sono soggetti allo stesso tipo di controllo e hanno, quindi, il medesimo grado di stabilità. Stabilità che non è certo garantita in misura maggiore dall'equità (che, come è noto, di regola trova il suo limite nelle norme inderogabili), ma nel richiamo all'art. 2113, comma 4°, c.p.c., fatto al preciso scopo di escludere l'impugnazione di tutti i lodi irrituali per violazione di norme inderogabili.

Quanto ai principi regolatori della materia, è chiaro che il legislatore ha voluto ridurre i margini dell'equità, rendendo più stringente il controllo che il giudice togato può esercitare, rispetto ai principi generali dell'ordinamento. Quale sia l'esatta portata del det-

---

[36] Così anche De Cristofaro, *Il nuovo regime*, cit., p. 68 e Tosi, *L'arbitrato nel "collegato lavoro" alla legge finanziaria 2010*, in *Lav. giur.*, 2010, p. 1172.

[37] Corte cost., 6 luglio 2004, n. 206, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1365.

to controllo non è tuttavia facile da dire, perché i contorni dei principi regolatori della materia si sono rivelati estremamente vaghi sino dal momento in cui sono stati introdotti con la legge n. 339 del 1984 e tali sono rimasti nonostante le numerose pronunce della Cassazione e della Consulta, la quale li ha considerati una vera e propria barriera costituzionale contro l'eccesso di discrezionalità insito nell'equità puramente sostitutiva[38].

Non c'è da aspettarsi che la chiarezza che è mancata sino ad ora sia fatta, a breve, in un settore – come quello giuslavoristico – nel quale l'equità è stata sino ad ora bandita e non c'è stata quindi l'occasione di riflettere su quale possa essere l'estensione dei principi che regolano o ispirano la materia. È infatti chiaro che una cosa è considerare i principi in questione come estesi all'intera materia lavoristica e cosa ben diversa è estrapolarli da ambiti più ristretti quali il licenziamento, la tutela della salute e così via. Sarà comunque la giurisprudenza a dare risposta ai quesiti appena posti. Sempre che, ovviamente, i nuovi tipi di arbitrato introdotti dal "collegato lavoro" abbiano più successo di quelli che li hanno preceduti e che le parti siano attratte dal giudizio di equità. Cosa di cui è lecito dubitare.

Resta da chiedersi quale sia il significato della locuzione "anche derivante da obblighi comunitari". Essendo i principi comunitari sostanzialmente anche principi generali del nostro ordinamento, non sarebbe stato necessario farne espressa menzione. Probabilmente con il termine "obblighi" il legislatore ha voluto fare riferimento ai principi enunciati da fonti comunitarie non direttamente applicabili quali le direttive o i pareri[39].

Quanto si è appena detto implica che il controllo del giudice sul lodo irrituale – non importa se di diritto o di equità – è più penetrante di quello che lo stesso può operare sull'accordo conciliativo, perché, mentre contro quest'ultimo possono essere fatte valere solo le nullità che fuoriescono dall'ombrello protettivo dell'art. 2113, comma 4°, c.c., il lodo può essere impugnato anche per violazione dei principi

---

[38] V. la sentenza della Consulta citata alla nota precedente nonché, in generale, Finocchiaro, *L'equità del giudice di pace e degli arbitri,* Padova, 2001, pp. 11 e ss. e 184 ss.

[39] Sulle fonti comunitarie v. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea,* 6ª ed., Padova, 2010, p. 150 ss.

regolatori della materia, che possono essere contenuti in norme la cui violazione non dà luogo a nullità assolute e che non hanno neppure necessariamente carattere inderogabile. Senza contare che il lodo irrituale, a differenza della conciliazione, può essere impugnato per i motivi di cui all'art. 808-*ter*, comma 2°, c.p.c., oltre che per violazione di regole procedurali inderogabili poste dalla legge.

9. *L'efficacia esecutiva del lodo irrituale e del verbale di conciliazione*

Quanto alla esecutività, in entrambi i casi la si acquisisce previo deposito presso la cancelleria del tribunale dal quale viene esercitato un controllo che è definito di regolarità formale con riferimento alla conciliazione raggiunta in sede sindacale, ma che non può non avere la medesima portata anche per quella intervenuta presso le direzioni provinciali del lavoro, anche se l'ultimo periodo dell'art. 410, comma 1°, c.p.c. si limita a stabilire che "il giudice, su istanza della parte interessata, lo dichiara esecutivo con decreto".

Riguardo al verbale di conciliazione il menzionato controllo non può andare oltre la constatazione che si tratta di una controversia rientrante tra quelle previste dall'art. 409 c.p.c., che l'accordo esiste ed è assistito, nel senso che è stato sottoscritto dalle parti e dai componenti della commissione di conciliazione, istituita presso le direzioni provinciali del lavoro, le quali attestano anche l'autenticità delle sottoscrizioni delle parti quando il tentativo di conciliazione è esperito in sede sindacale[40].

A differenza di quanto previsto per la mediazione dall'art. 12 del d.lgs. n. 28 del 2010, non compete invece al tribunale in sede di omologa di rilevare l'eventuale invalidità dell'accordo transattivo, neppure per violazione di norme imperative o di ordine pubblico[41].

---

[40] V. sul punto Tiscini, *Nuovi (ma non troppo) modelli di titolo esecutivo derivanti dal contratto di lavoro*, cit., p. 8 ss.

[41] Sul sistema di omologa previsto dal d.lgs n. 28 del 2010 v. Bove, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 351 ss.

Invalidità che potrà essere fatta valere con l'opposizione all'esecuzione oppure tramite azione di cognizione da proporre negli ordinari termini di prescrizione[42].

Nel silenzio della legge si deve ritenere che contro il provvedimento che nega l'esecutorietà si possa proporre reclamo ai sensi dell'art. 739 c.p.c. che regola i procedimenti in camera di consiglio alla cui categoria quello di omologa del verbale di conciliazione appartiene[43].

Per quanto riguarda invece il lodo irrituale il discorso è più complesso, sia relativamente all'omologa, sia relativamente ai rimedi contro l'invalidità.

Il tribunale, ai fini dell'omologa, oltre all'esistenza delle sottoscrizioni degli arbitri, debitamente autenticata, deve accertare che il lodo non sia stato impugnato nei trenta giorni dalla notifica o che le parti l'abbiano accettato o, ancora, che l'impugnazione sia stata respinta con pronuncia di merito (anche non passata in giudicato).

A questo fine il richiedente deve fornire apposita documentazione, rispetto alla quale l'unico caso problematico è quello in cui l'impugnazione non è stata proposta nel termine, rispetto al quale si potrebbe pensare ad un certificato della cancelleria del giudice davanti al quale avrebbe dovuto essere proposta[44].

Con il deposito il lodo irrituale acquista la qualità di titolo esecutivo. Per la verità, essendo prevista l'autentica, il lodo è già potenzialmente titolo esecutivo anche senza il deposito nella cancelleria del tribunale, in quanto rientra nella categoria delle scritture private autenticate, menzionata dall'art. 474 n. 2 c.p.c.[45]. Ragion per cui, in questi casi, il valore aggiunto da riconoscere al deposito sembra essere che così il lodo entra a far parte di titoli esecutivi di cui all'art. 474, comma 2°, n. 1, c.p.c., che aprono la via anche all'esecuzione

---

[42] L'illegittimità del provvedimento che concede l'esecutività deve invece essere fatta valere con l'opposizione all'esecuzione v. Bove, ADR *nel c.d. collegato lavoro*, cit., p. 9.

[43] V. Tiscini, *Nuovi (ma non troppo) modelli di titolo esecutivo*, cit., p. 12, la quale segnala anche la possibilità che il reclamo sia proposto *ex* art. 825 c.p.c.

[44] Borghesi, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, cit., p. 299 ss.

[45] Auletta, *Le impugnazioni del lodo*, cit., p. 9.

per consegna o rilascio, mentre quelli di cui all'art. 474, comma 2°, n. 2, c.p.c. consentono solo l'esecuzione per espropriazione.

Quanto appena detto dovrebbe valere anche per il verbale di conciliazione se non quando reca la sottoscrizione dei membri della commissione di conciliazione presso la direzione provinciale del lavoro, quanto meno quando è dichiarato autentico dalla stessa direzione provinciale del lavoro, se stipulato in sede sindacale[46].

10. *Le controversie del pubblico impiego privatizzato*

Riguardo alle controversie del pubblico impiego privatizzato il "collegato lavoro" lascia trasparire la volontà di ricondurre il tentativo di conciliazione alla disciplina per l'impiego privato (cosa già fatta in precedenza per l'arbitrato), compiendo così un ulteriore passo verso la creazione di un diritto processuale comune, nel quale diventano sempre più rare e dedicate a situazioni particolari le disposizioni speciali da applicare quando nella posizione di datore di lavoro vi è una pubblica amministrazione.

Già prima del "collegato lavoro", anche in mancanza di un'espressa previsione legislativa, la *communis opinio* dei commentatori[47] era nel senso che i rapporti di lavoro pubblico potessero essere assoggettati all'arbitrato irrituale istituito dalla contrattazione collettiva ai sensi dell'abrogato art. 412-*ter* c.p.c. Conseguentemente la disposizione secondo la quale gli artt. 412, 412-*ter* e 412-*quater* c.p.c. si applicano anche al pubblico impiego (art. 31, comma 9°, del "collegato") suona più come una conferma che come un'innovazione.

Vi è quindi un'eccezione alla (se non proprio una smentita della) idea, autorevolmente affermata dalla Cassazione a sezioni unite, secondo la quale vi sarebbe una sorta di "incapacità" della pubblica amministrazione di affidare il componimento di una controversia di cui è parte (anche avente ad oggetto diritti disponibili) ad arbitri ir-

[46] V. Tiscini, *Nuovi (ma non troppo) modelli di titolo esecutivo*, cit., p. 10.

[47] Borghesi, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, cit., p. 263 ss.

rituali. A soggetti cioè "individuati all'interno della medesima logica negoziale, in difetto di qualsiasi procedimento legalmente predeterminato e perciò senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta", i quali, per di più, opererebbero "secondo modalità parimenti, non predefinite e non corredate dalle suindicate garanzie di pubblicità e trasparenza"[48].

Al di là dell'attendibilità del principio enunciato dalla Suprema Corte, sul quale ci sarebbe molto da discutere, l'eccezione creata in materia di lavoro si potrebbe spiegare in termini di maggiore processualizzazione dell'arbitrato irrituale, sul quale il legislatore è intervenuto in modo tale da colmare, almeno parzialmente, il *gap* che lo separava da quello rituale[49], dando vita a quelle garanzie di "trasparenza" derivanti da regole procedurali predefinite, che nell'arbitrato libero di diritto comune mancano.

Altrettanto controcorrente è l'apertura all'equità, che non può non essere riferita anche alle controversie aventi ad oggetto rapporti di lavoro pubblico, dato che l'art. 31, comma 9, del "collegato" richiama senza limitazioni gli artt. 412 e 412-*quater* c.p.c. nei quali le disposizioni sull'equità sono incorporate.

Conseguentemente il principio, del quale non mancano riflessi nella legge[50], secondo il quale la pubblica amministrazione può utilizzare il solo arbitrato rituale di diritto, in materia di pubblico impiego privatizzato, è completamente (cioè doppiamente) sovvertito, restando in vigore forse solo per le controversie lasciate alla competenza del giudice amministrativo.

L'art. 31, comma 9°, appena citato, non richiama il comma 10° dello stesso articolo, nel quale è prevista la possibilità di inserire nel contratto di lavoro la clausola compromissoria. La qual cosa ha indotto uno dei primi commentatori del "collegato lavoro" a ritenere che la detta possibilità sia esclusa in materia di pubblico impiego[51].

---

[48] Cass., sez. un., 16 aprile 2009, n. 8987, in *Corr. Giur.,* 2009, p. 1620 ss.

[49] Sull'arbitrato del lavoro come *tertium genus* tra l'arbitrato rituale e quello irrituale o come "ibrido" v. Canale, *Arbitrato e collegato lavoro*, cit., p. 570.

[50] Mi riferisco all'art. 6, comma 2°, della l. n. 205 del 2000 nel quale è previsto che le controversie delle quali è parte la pubblica amministrazione rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo e aventi ad oggetto diritti soggettivi, possano essere assoggettate esclusivamente ad arbitrato rituale di diritto.

[51] Bove, ADR *nel c.d. collegato lavoro*, cit., p. 10.

A mio avviso tuttavia la limitazione – che peraltro non si spiegherebbe in termini razionali – non ha ragione di porsi, dato che è lo stesso comma 10° dell'art. 31 a prevedere che le parti possano stipulare clausole compromissorie "in relazione alle materie di cui all'art. 409 c.p.c.", nel quale, al n. 5, sono ricompresi i "rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici ed altri rapporti di lavoro pubblico".

Le uniche disposizioni che riservano un trattamento differenziato alle controversie del pubblico impiego privatizzato sono contenute nei commi 3° e 5° del nuovo art. 412-*quater* c.p.c. Nel primo è previsto che la domanda di arbitrato deve essere sottoscritta dalla parte o da un suo rappresentante al quale abbia conferito mandato e presso il quale deve eleggere domicilio, "salvo che si tratti di una pubblica amministrazione". Nel secondo la dizione "salvo che si tratti di una pubblica amministrazione" è riferita alla sottoscrizione della memoria difensiva da parte di un avvocato cui la parte convenuta abbia conferito mandato.

Le disposizioni, che già suonano contrarie al principio di parità delle armi perché dal loro tenore sembrerebbe che solo per il convenuto e non per l'attore sia necessario il patrocinio di un avvocato, quanto al riferimento alla pubblica amministrazione, sono incomprensibili nel loro significato letterale e, ancor di più, nella loro *ratio.* Non si capisce infatti che cosa la legge voglia significare quando stabilisce che la pubblica amministrazione non potrebbe sottoscrivere la domanda di arbitrato né "personalmente", né tramite un suo rappresentante. Altrettanto oscuro è il motivo in base al quale alla pubblica amministrazione non sarebbe consentito di stare in giudizio tramite un avvocato[52]. L'unica spiegazione che, con un certo sforzo di fantasia, si potrebbe dare alle disposizioni di cui si è detto potrebbe essere che il legislatore, in tempi di tagli alle spese, abbia voluto impedire alla pubblica amministrazione di conferire l'incarico di rappresentarla in giudizio a soggetti estranei (avvocati e non), costringendola ad usare suoi dipendenti, in linea con quanto

[52] V. Tosi, *L'arbitrato nel "collegato lavoro"*, cit., p. 1173.

le consente di fare davanti al giudice togato l'art. 417-*bis*, comma 1°, c.p.c.[53]

Sul tentativo di conciliazione il "collegato lavoro" è intervenuto abrogando gli artt. 65 e 66 del d.p.r. n. 165 del 2001 che disciplinavano un particolare tipo di procedura riservata alle controversie del pubblico impiego privatizzato, per riunirle a quelle dell'impiego privato di fronte alle commissioni istituite presso le direzioni provinciali del lavoro o gli organismi di certificazione ai sensi degli artt. 410 e 411 c.p.c. o ancora le strutture previste dalla contrattazione collettiva *ex* art. 412-*ter* c.p.c.

Risultato della riforma è che scompare il collegio istituito presso le direzioni provinciali del lavoro e composto, oltre che dal direttore delle stesse, da rappresentanti indicati rispettivamente dal lavoratore e dall'amministrazione datrice di lavoro, per essere sostituito dalla commissione composta dal direttore della direzione provinciale del lavoro, in qualità di presidente, e da quattro rappresentanti effettivi e quattro supplenti dei datori di lavoro e dei lavoratori, "designati dalle rispettive organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale" (art. 410, comma 2°, c.p.c.).

Anche per l'*ex* pubblico impiego quindi si è passati dalla rappresentatività individuale, che caratterizzava i collegi[54], alla rappresentatività collettiva propria delle commissioni.

Da notare che il nuovo testo dell'art. 410 c.p.c. fa riferimento esclusivamente alle "organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale" (e non più nazionale), senza preoccuparsi della presenza in commissione dei rappresentanti di singole categorie. La qual cosa significa che la partecipazione alle commissioni di rappresentanti sindacali del pubblico impiego non è garantita di per sé, ma solo se le relative organizzazioni sindacali rientrano tra

---

[53] Richiama l'art. 417-*bis* c.p.c. De Cristofaro, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione*, cit., p. 66.

[54] Il legislatore del "collegato lavoro", peraltro, nel disciplinare la procedura del tentativo di conciliazione, si è ispirato più all'art. 66 d.lgs. n. 165 del 2001 che al vecchio testo dell'art. 410 c.p.c.

le quattro più rappresentative a livello territoriale[55], che, nel caso di specie, dovrebbe coincidere con quello provinciale.

Va da ultimo ricordato che la riconduzione delle controversie del pubblico impiego alle modalità di conciliazione previste per quello privato ha determinato qualche sbavatura. Ad esempio tra i requisiti della domanda di conciliazione l'art. 410, comma 4°, n. 2, c.p.c. indica "il luogo dove è sorto il rapporto ovvero dove si trova l'azienda o sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale prestava la sua opera al momento della fine del rapporto". Si tratta di una disposizione che evidentemente serve per fare risultare, a prima vista, la competenza della commissione adita, ma che raggiunge solo parzialmente lo scopo riproducendo alla lettera il comma 2° dell'art. 413 c.p.c. che si riferisce ai soli rapporti di lavoro privato, ignorando invece il comma 5° dello stesso articolo, che per il pubblico impiego adotta parametri del tutto diversi. Parametri che, non a caso, trovavano riscontro nell'abrogato art. 66, comma 3°, lett. *a*, d.p.r. n. 165 del 2001, il quale chiedeva di indicare, oltre all'amministrazione di appartenenza, "la sede alla quale il lavoratore è addetto". Ora, anche ammesso che la nozione di dipendenza di azienda possa essere considerata equivalente a quella di sede dell'amministrazione alla quale il lavoratore è addetto, resta comunque il fatto che il riferimento al luogo in cui è sorto il rapporto non quadra con il criterio di determinazione della competenza previsto dall'art. 413, comma 5°, c.p.c.

---

[55] I direttori delle direzioni provinciali del lavoro devono richiedere la designazione dei propri rappresentanti alle organizzazioni sindacali e alle associazioni datoriali maggiormente rappresentative a livello territoriale, individuate secondo i criteri forniti con la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali dell'11 gennaio 1995 n. 14 per la ricostituzione dei comitati provinciali INPS (in questo senso v. la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 25 novembre 2010, cit.). Criteri che non mi sembra lascino spazi per la costituzione di commissioni dedicate al solo pubblico impiego, così come suggerito da Bove, ADR *nel c.d. collegato lavoro*, cit., p. 10.

Secondo Ferraro, *La conciliazione nelle controversie di lavoro*, cit., p. 621, le direzioni provinciali del lavoro debbono "rivolgersi alle sole organizzazioni sindacali del settore privato, per la designazione dei rispettivi componenti, non essendo rilevabili organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro pubblico".

LA NUOVA FORMA DEL PROCESSO CIVILE TELEMATICO

Brunella Brunelli

Ricercatore dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I presupposti normativi e tecnici del processo civile telematico. – 3. Le sperimentazioni del processo civile telematico. – 4. Il sistema di trasmissione degli atti processuali: il passaggio dalla CPECT alla PEC ordinaria. – 5. Il nuovo regolamento d.m. 21 febbraio 2011, n. 44. – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Aveva compiuto da poco dieci anni il d.p.r. 13 febbraio 2001 n. 123, ovvero il fondamentale testo di riferimento in materia di processo telematico[1] ed ora quel sistema informatizzato di gestione del

[1] Il processo civile telematico si può definire il principale progetto di *e-government* realizzato in Italia dal Ministero della giustizia. Com'è noto, non è un nuovo rito, ma un diverso modo di comunicare tra gli operatori del settore. Il sistema PCT quindi istituisce, definisce ed organizza le modalità attraverso le quali i documenti giudiziari in formato elettronico vengono prodotti, depositati, notificati, consultati e utilizzati dagli "attori pubblici" (personale di cancelleria, giudici, ufficiali giudiziari, Avvocatura dello Stato e delle amministrazioni pubbliche) e dagli "attori privati" (avvocati, consulenti tecnici d'ufficio e di parte, notai) coinvolti nel processo. Sul tema si è ormai formata una vasta bibliografia. A puro titolo orientativo e senza pretesa di completezza, si possono segnalare: CONTALDO-GORGA, *Le regole del processo civile telematico anche alla luce della più recente disciplina del S.i.ci*, in *Dir. Internet*, 2008, p. 5 ss.; TADDEI ELMI (a cura di), *Il processo telematico*, in *Informatica e dir.*, 2007, p. 1 ss.; ZAN, *Processo civile telematico*, in *Enc. dir. - Annali*, Milano, 2007, I, p. 982 ss.; BRESCIA, LICCARDO, *Processo telematico*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2005, XXIV, p. 1 ss.; BUONOMO,

contenzioso civile e amministrativo è stato accantonato in soffitta, o meglio, cancellato *d'emblée* dal d.m. 21 febbraio 2011, n. 44[2], che reca le nuove regole tecniche per l'adozione, anche in ambito penale, "delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione".

Questo provvedimento legislativo segna un passaggio fondamentale nella direzione della rivisitazione complessiva della giustizia telematica, passaggio imposto al fine di attuare i principi previsti dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, recante il codice dell'amministrazione digitale (successivamente modificato, corretto ed integrato prima con il d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159 e poi con il d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235[3]), e soprattutto allo scopo di rispettare quanto previsto dall'art. 4, commi 1° e 2° del d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito nella l. 22 febbraio 2010, n. 24, in tema di comunicazioni e notificazioni. Le regole tecniche dunque cambiano per la terza volta[4], senza che, nel frattempo, il processo telematico sia mai divenuto una realtà conclamata[5].

Processo telematico e firma digitale, Milano, 2004; Zan (a cura di), *Tecnologia, organizzazione e giustizia*, Bologna, 2004; Buffa, *Il processo civile telematico - La giustizia informatizzata*, Milano, 2002; Jacchia (a cura di), *Il processo telematico - Nuovi ruoli e nuove tecnologie per un moderno processo civile*, Bologna, 2000; Gattamelata, *Un nuovo tassello per un processo telematico (riflessioni sul decreto del ministero della giustizia 13 febbraio 2001 n. 123)*, in *Nuove leggi civ.*, 2001, p. 533 ss.; e di recente Ferrari, *Il processo telematico alla luce delle più recenti modifiche legislative*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1379 ss.; Villecco, *Il processo civile telematico*, Torino, 2011.

[2] Il decreto 44/11 è stato pubblicato in G.U. n. 89 del 18 aprile 2011 ed è in vigore dal 18 maggio 2011. L'art. 37 così recita: "1. Il presente decreto acquista efficacia il trentesimo giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana; 2. Dalla data di cui al comma 1, cessano di avere efficacia nel processo civile le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 13 febbraio 2001, n. 123 e del decreto del Ministro della giustizia 17 luglio 2008". Per un primo commento cfr. Sala, *Il processo telematico alla luce del D.M. 44/2011*, in *Immobili & Proprietà*, 2011, p. 647 ss., che solleva dubbi sulla sorte del d.p.r. 123/01 poiché il nuovo d.m. 44/11 non è regolamento governativo, come lo è quello istitutivo del PCT, e quindi non potrebbe abrogare le norme di quest'ultimo.

[3] Pubblicato in G.U. n. 6 del 10 gennaio 2010 - Suppl. Ordinario n. 8.

[4] Le prime regole tecniche-operative erano state portate dal d.m. 14 ottobre 2004 (pubblicato in G.U. n. 272 del 19 novembre 2004 - Suppl. Ordinario n. 167), poi sostituito dal d.m. 17 luglio 2008 (pubblicato in G.U. n. 180 del 2 agosto 2008- Suppl. Ordinario n. 184).

[5] Val la pena di ricordare che l'art. 19 del d.p.r. 123 del 2001 prevedeva che le disposizioni del regolamento si sarebbero applicate ai giudizi iscritti a ruolo

Prima di intraprenderne l'analisi, per meglio comprendere la nuova tappa di questo faticoso transito verso l'utilizzo delle nuove tecnologie in campo processuale, è indispensabile fare il punto sulla situazione attuale.

Anche perché – val la pena di evidenziarlo subito – il nuovo quadro normativo non si è ancora completato, prevedendo anche quest'ultimo regolamento[6], all'art. 35, comma 1°: che l'attivazione del processo telematico sia preceduta da un decreto dirigenziale che accerti l'installazione e l'idoneità delle attrezzature informatiche e la funzionalità dei servizi di comunicazione dei documenti informatici in ogni singolo ufficio giudiziario interessato. E nell'attesa che vengano definite le ennesime specifiche tecniche[7], l'art. 34, comma 3°, dispone che "continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni anteriormente vigenti".

Dunque, il cammino intrapreso nel 2001 deve ancora proseguire, anche se molto è stato fatto per far divenire il processo digitale qualcosa di concreto.

A tacer d'altro (come la finalità di realizzare il recupero di effettività della tutela giurisdizionale, unita ad un risparmio di spesa, con finale giovamento di tutti i protagonisti del processo), il tema della digitalizzazione della giustizia è perfettamente in linea con la filosofia ambientalista di questi tempi (minore utilizzo della carta, diminuzione del carico di atti da trasportare nei tribunali, riduzione dei trasporti per accedere alle cancellerie o alle udienze rinviate d'ufficio, ecc.).

---

dopo il 1 gennaio 2002. Ma, com'è noto, a tutt'oggi, alla nuova forma non si è data ancora piena attuazione, fatte salve alcune sperimentazioni di grande interesse, di cui si dirà nel testo.

[6] Come già l'art. 62 delle regole tecniche-operative del 2008.

[7] Il 3 maggio 2011 è stata pubblicata sul sito del Ministero della giustizia dedicato al processo telematico – www.processotelematico.giustizia.it – la scheda illustrativa dello schema relativo alle specifiche tecniche previste dal d.m. 21 febbraio 2011, n. 44. Tali specifiche tecniche sono poi state stabilite con decreto del Ministero di giustizia 18 luglio 2011, pubblicato per estratto in G.U. n. 175 del 29 luglio 2011 e in forma integrale sul sito Internet istituzionale del Ministero della giustizia, www.giustizia.it. Quest'ultimo provvedimento, in vigore dal 13 agosto 2011, disciplina, in particolare: le tipologie di sistemi informatici del dominio giustizia; le modalità di trasmissione di atti e documenti informatici; le procedure di consultazione delle informazioni del dominio giustizia; i metodi per effettuare pagamenti telematici.

I tempi sarebbero davvero maturi, anche perché, da un lato, è stato fatto un notevole sforzo di informatizzazione dell'amministrazione della giustizia; dall'altro, il contesto sociale e normativo è certamente diverso e più evoluto rispetto a quello di poco più di un decennio fa[8].

2. *I presupposti normativi e tecnici del processo civile telematico*

Com'è noto, i perni attorno ai quali ruota il processo telematico sono costituiti dal documento informatico[9] e dalla firma

[8] Nota Palazzolo, *Informazione pubblica e informatica per il diritto*, Firenze, 2001, p. 52, che "il problema è quello di un cambio di mentalità dei giuristi, di una nuova cultura che stenta a penetrare nel mondo del diritto"; secondo Zan, *Processo civile telematico*, cit., p. 893, con riferimento alla visione che accompagna la realizzazione del processo civile telematico, si possono individuare tre posizioni "ideologiche" differenti: *a)* i massimalisti, che vorrebbero un'immediata applicazione delle tecnologie a tutte le dimensioni del processo; *b)* i minimalisti, che reputano che la giustizia non possa essere ingabbiata in schemi fissi e predefiniti che lederebbero il fondamentale principio di libertà di espressione dell'avvocato (ma anche del giudice) e quindi anche la libertà sostanziale del cittadino; c) gli incrementalisti, che considerano l'innovazione tecnologica un processo complesso, che, se ben progettato, supportato e alimentato, sarà di grande giovamento alla modernizzazione del sistema giudiziario.

[9] Mutuando le parole di Giannantonio, *Il valore giuridico del documento elettronico*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 261, il documento informatico si può ancora definire come "il documento ottenuto con l'intervento del computer", il cui contenuto è attingibile per il tramite della fruizione di programmi *software* e grazie ai sistemi di comunicazione a distanza. Osserva al riguardo Villecco, *Il processo civile telematico*, cit., p. 22 che "i documenti creati dalla tecnologia informatica possono essere indifferentemente definiti informatici, elettronici o digitali, poiché si tratta di sinonimi. Infatti, il documento informatico non è altro che il prodotto di un'elaborazione mediante *computer*, un prodotto redatto e conservato dai *bit*, ossia da quella forma fisica elementare del linguaggio binario non direttamente percepibile dall'uomo se non attraverso gli organi di *output* del *computer*, come il *monitor* o l'elaborato della stampante su supporto cartaceo". Tra le tante similitudini proposte per spiegare il linguaggio con cui sono scritti i documenti informatici, a mio avviso, è particolarmente efficace quella che li assimila a spartiti musicali. "Anche la musica può essere scritta attraverso dei segni grafici trasponibili su carta o altro supporto, ma se vogliamo ascoltarla, ovvero prendere coscienza del suo reale contenuto, avremo bisogno di un esecutore e di uno strumento; esattamente alla stessa maniera i *bit* che costituiscono i documenti informatici possono essere descritti attraverso una sequenza di zero e uno, ma perché diventino intelligibili per l'uomo sarà necessario servirsi di un programma applicativo che interpreti le istruzioni (il *software*) e di una macchina (l'*hardware*) che li esegua": così Arcella,

digitale[10], strumenti ormai divenuti di uso quotidiano e la cui giuri-

---

Valia, *La copia conforme di una pagina WEB: natura giuridica e modalità operative. Studio n. 7-2007/IG*, approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica l'11 maggio 2007, in *Cnn Notizie del 26 settembre 2007*. Forza e ad un tempo limite, sotto il profilo giuridico, del documento elettronico è dunque la sua immaterialità, e quindi, potenzialmente, la sua modificabilità ed eliminabilità senza lasciar traccia. Per fortuna, l'evoluzione degli strumenti informatici ha permesso di superare questo serio problema, tanto che ormai si può affermare che le tecniche di sicurezza dei dati consentono di proteggere i documenti informatici da successive modifiche, impedendo, altresì, la cancellazione dei *files*. Pertanto, la sicurezza giuridica del documento informatico oggi deriva esclusivamente dal modo di essere del suo contenuto ed è completamente svincolata dal legame con il contingente supporto materiale. Notano in proposito Cammarata, Maccarone, *La firma digitale sicura. Il documento informatico nell'ordinamento italiano*, Milano, 2003, p. 59, che "il documento informatico in sé è *astratto*. Esiste sempre un supporto (perché l'informazione elettronica consiste sempre nel cambiamento di uno stato fisico della materia), ma la natura di questo supporto è irrilevante, anche se in determinati casi può essere essenziale per la produzione degli effetti propri del documento stesso". Oggi dunque si può concludere che il documento informatico pone le stesse problematiche di carattere logico-giuridico di qualunque altro tipo di documento, ed in particolare quelle dell'autenticità e dell'integrità, ma necessita di un'intermediazione tecnica (*hardware e software*) per la sua fruizione che ne influenza la conoscenza, in quanto ogni modifica del mezzo tecnico può incidere sulla rappresentazione.

[10] In modo atecnico, ma comprensibile, si può dire che la firma elettronica individua un eterogeneo insieme di possibili strumenti informatici che consentono di associare, con diversi gradi di certezza e sicurezza, il contenuto di un documento informatico ad un determinato soggetto. Tra questi possibili strumenti vi sono:

- *le chiavi di criptazione* (la cui complessità, e quindi affidabilità, può variare molto) che sono algoritmi o codici che, applicati ad un documento informatico, consentono di renderne il testo incomprensibile (trasformandolo in un insieme di numeri o lettere) a tutti coloro che non hanno la chiave, vale a dire, l'algoritmo o il codice di decriptazione. Tale chiave, applicata al testo, lo riporta alla sua forma iniziale e quindi comprensibile;

- *i sistemi di identificazione/autenticazione basati su* user name *e* password che consentono l'accesso ad un'area riservata (es. una casella di posta elettronica, dalla quale sarà poi possibile trasmettere per via telematica una *e-mail*) attraverso l'inserimento di due distinti codici tra loro associati.

Possono quindi ritenersi documenti firmati elettronicamente tutti quei documenti informatici che possono essere associati, con più o meno sicurezza, ad un determinato soggetto. Così la *mail* può definirsi documento firmato elettronicamente, perché consente la sua associazione al soggetto cui corrisponde la casella di posta elettronica dalla quale è stata inviata. Tuttavia, si tratta di un'associazione molto debole, perché *user name* e *password* sono elaborati dal soggetto e dunque possono essere facilmente scoperti. Il meccanismo di formazione della firma digitale è invece assai complesso e si fonda su un sistema di chiavi (da intendersi ancora quali algoritmi o codici) asimmetriche: una chiave privata (conosciuta solo dal soggetto cui il meccanismo di firma si riferisce) ed una chiave

dicità nessuno più mette in dubbio[11], trovando essi ormai da tempo

pubblica (diversa da quella privata, che verrà messa a disposizione di quanti necessiteranno di decriptare il documento criptato con la chiave privata. Per ogni chiave privata sussiste una sola chiave pubblica: un solo algoritmo che applicato al testo criptato ne consente la decriptazione. Il grado di sicurezza è dunque molto elevato. Chi intende dotarsi di una firma digitale deve rivolgersi ad uno dei certificatori qualificati (previsti dagli artt. 26 e 27 del codice dell'amministrazione digitale), inoltrando richiesta per la generazione di una coppia di chiavi (artt. 24 e 35 ss. del codice dell'amministrazione digitale). Si tratta di soggetti con particolari requisiti di onorabilità, che potevano essere accreditati presso il Centro Nazionale per l'Informatica della Pubblica amministrazione (CNIPA), ora confluito in DigitPA (in tal caso vengono chiamati certificatori accreditati), che tengono i registri delle chiavi pubbliche, presso i quali è possibile verificare la titolarità del firmatario di un documento elettronico. Fra le caratteristiche per svolgere l'attività di certificatore di firma elettronica vi è quella per cui occorre essere una società con capitale sociale non inferiore a quello richiesto per svolgere l'attività bancaria. In argomento v., tra i contributi più recenti, Di Benedetto, *Scrittura privata e documento informatico*, Milano, 2009; Navone, *La firma digitale ed il sistema di certificazione quale nuovo strumento di pubblicità legale*, in *Diritto dell'Internet*, 2008, p. 113 ss.; Delfini, *Firme Elettroniche*, in *Digesto civ., Agg., III*, Torino, 2007; Finocchiaro, *Firma digitale e firme elettroniche - Profili privatistici*, Milano, 2003.

[11] I primi studi della dottrina sulla rilevanza giuridica dei documenti informatici risalgono alla seconda metà degli anni '80 e riguardano la possibilità o meno dell'applicazione analogica di norme riguardanti alcuni documenti tipici. Scriveva, fra gli altri, Clarizia, *Informatica e conclusione del contratto*, Milano, 1985, p. 16: "L'interprete, l'operatore giuridico deve interrogarsi innanzitutto su se sia corretto "forzare" la lettera della norma per adattarla alla mutata realtà socio-giuridica, oppure se debba "vestire" questa realtà (quindi "forzandola") di abiti adeguati ad essere disciplinati dall'ordinamento vigente, oppure se debba procedersi […] ad una diversa lettura – ed è questa una operazione ermeneutica – della normativa esistente". Ben prima della normativa introdotta in materia, dunque, la dottrina (cfr. Giannantonio, *Manuale di diritto dell'informatica*, Padova, 1997, p. 383 ss.) riconosceva che il documento informatico era un vero e proprio documento, da considerarsi come atto scritto al pari di quello cartaceo. Tale conclusione era fondata su un ampio concetto di scrittura, non necessariamente legato al linguaggio alfabetico su supporto cartaceo. Particolarmente originale apparve la teoria (v. Borruso, *Computer e diritto, vol. II. Problemi giuridici dell'informatica*, Milano, 1988, p. 218) che considerava il flusso degli elettroni come il nuovo inchiostro di cui l'uomo si serve e le memorie elettroniche "la nuova carta, cioè il supporto su cui l'uomo scrive con il nuovo inchiostro"; i *bit* avrebbero costituito poi il nuovo alfabeto che l'uomo può utilizzare per esprimere qualsiasi opera del pensiero. Ed anche le teorie sulla natura giuridica dei documenti informatici, che consideravano la forma elettronica come una "forma dematerializzata", concludevano in ogni caso per l'assimilazione del documento informatico allo scritto (v. ancora Clarizia, *Informatica e conclusione del contratto*, cit., p. 100). Naturalmente, poiché un semplice documento scritto (ma non sottoscritto) ha una considerazione limitata nel nostro ordinamento, si riteneva dai più che il documento informatico non potesse

un solido sostegno normativo[12]. Infatti, con l'entrata in vigore delle

assumere valore di scrittura privata e tanto meno di atto pubblico, risultando all'uopo utilmente applicabile solo l'art. 2712 c.c.: cfr. Montesano, *Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 8 ss., per il quale nell'amplissima dizione di tale norma rientra "la disciplina di ogni strumento meccanico, pur non esistente al tempo della legge, per mezzo del quale siano riprodotti o anche posti in essere, contestualmente al medesimo strumento, idoneo a rappresentarli, fatti e perciò anche atti e in specie dichiarazioni giuridicamente rilevanti"; nello stesso senso v. anche De Sanctis, *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli, 1988, p. 93 ss.; Verde, *Per la chiarezza di idee in tema di documentazione informatica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 721 ss.; G.F. Ricci, *Aspetti processuali della documentazione informatica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 867 ss. Non mancava peraltro chi (v. Irti, *"Idola libertatis", tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 25 ss.), precorrendo i tempi e le norme, già ampliava la nozione di scrittura privata contenuta nell'art. 2702 c.c., per sussumere in essa anche il documento in formato elettronico. La riconduzione del documento informatico non sottoscritto alle riproduzioni meccaniche è stata poi effettuata in via diretta; il codice dell'amministrazione digitale ha, infatti, modificato l'art. 2712 c.c. inserendo l'espresso riferimento alle riproduzioni informatiche. In argomento v., in particolare, Graziosi, voce *Documento informatico (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir. - Annali*, Milano, 2008, vol. II, tomo II, p. 491 ss.

[12] La normativa relativa al documento informatico e alla firma digitale trova la sua prima origine nella legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, la quale, all'art. 2, lett. *m*, autorizzava il governo a procedere verso l'informatizzazione delle amministrazioni pubbliche. A tale provvedimento è seguito il d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 in materia di informatizzazione delle amministrazioni pubbliche. Pochi anni dopo, l'Italia è stata fra i primi Paesi a prevedere una legislazione in tema di firma digitale dotandosi, nel 1997, di una disciplina organica del documento informatico, il cui perno centrale era costituito proprio dalla firma digitale. È ben noto che il primo accenno al valore giuridico del documento informatico si rinviene nell'art. 15, comma 2°, della legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. legge Bassanini, dal nome del ministro proponente). Mediante tale norma, infatti, il legislatore ha introdotto il fondamentale principio secondo cui "gli atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici e telematici, i contratti stipulati nelle medesime forme, nonché la loro archiviazione e trasmissione con strumenti informatici, sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge". Il documento informatico è stato successivamente definito in maniera diretta dall'art. 1, lett. *a* del d.p.r. 10 novembre 1997, n. 513 come "la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti". Tale definizione è stata poi trasposta, senza modifica alcuna, prima nel d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, recante il "Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa" e poi nel codice dell'amministrazione digitale, approvato con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, all'art. 1, lett. *p*. In argomento cfr. Delfini, *L'evoluzione normativa della disciplina del documento informatico: dal d.p.r. 513/1997 al codice dell'amministrazione digitale*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 531 ss. La normativa sulle firme elettroniche è invece di derivazione comunitaria. La direttiva n. 99/93/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio "relativa ad un

quadro comunitario per le firme elettroniche" è stata recepita dall'ordinamento italiano con il d.lgs. 23 gennaio 2002, n. 10, che ha riconosciuto valore giuridico alla firma elettronica. Mediante la citata direttiva, l'Unione europea ha inteso dettare un quadro comune ed applicabile a tutti gli Stati membri, relativo alle condizioni ed ai requisiti da applicarsi alle firme elettroniche, come si evince dall'art. 1, che individua lo scopo dalla stessa perseguito, sancendo che essa "è volta ad agevolare l'uso delle firme elettroniche e a contribuire al loro riconoscimento giuridico. Essa istituisce un quadro giuridico per le firme elettroniche e taluni servizi di certificazione al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno". Il d.lgs. n. 10 del 2002 introduceva nell'ordinamento italiano le tre tipologie di firma elettronica previste dalla Direttiva comunitaria: 1) la firma elettronica debole, definita all'art. 2, lett. *a* come "l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di autenticazione informatica"; 2) la firma elettronica avanzata, prevista all'art. 2, lett. *g*, che si differenzia dalla prima in quanto "ottenuta attraverso una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario e la sua univoca identificazione, creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo e collegata ai dati ai quali si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati"; 3) ed infine la firma sicura di cui all'art. 10, comma 3°, che fa espresso riferimento alla direttiva comunitaria recepita, di cui non si fornisce una definizione espressa, se non statuendo che tale deve intendersi la firma elettronica avanzata, basata su un certificato qualificato e generata con i dispositivi di cui all'art. 3 della direttiva stessa. Successivamente è stato emanato il d.p.r. n. 137 del 2003 "regolamento recante disposizioni di coordinamento in materia di firme elettroniche a norma dell'art. 13 del d.lgs. n. 10 del 2002", con lo scopo di coordinare le disposizioni della legislazione italiana in tema di documento informatico e firma digitale e quelle di derivazione comunitaria sulla firma elettronica, il cui art. 1 identificava le seguenti quattro tipologie di firme elettroniche: 1) la firma elettronica semplice, la cui definizione veniva mutuata dal d.lgs. n. 10 del 2002; 2) la firma elettronica avanzata ai sensi dell'art. 2, comma 1°, lett. *g*, del d.lgs. n. 10 del 2002; 3) la firma elettronica qualificata di cui all'art. 1, lett. *e*, per tale dovendosi intendere "la firma elettronica avanzata che sia basata su un certificato qualificato e creata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma"; 4) la firma digitale, definita all'art. 1, lett. *n* come "un particolare tipo di firma elettronica qualificata basata su un sistema di chiavi asimmetriche a coppia, una pubblica ed una privata, che consente al titolare tramite la chiave privata ed al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici". La successiva svolta per la definizione dello scenario si è avuta con la l. 29 luglio 2003, n. 229, dal titolo *Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione - Legge di semplificazione 2001*, che ha dato avvio ad una nuova fase di codificazione e di riordino dei testi normativi esistenti in materia informatica. In attuazione della delega contenuta all'art. 10 della l. 229/03, che, tra l'altro, abilitava il governo a "graduare la rilevanza giuridica e l'efficacia probatoria dei diversi tipi di firma elettronica in relazione al tipo di utilizzo e al grado di sicurezza della firma", veniva poi varato il codice dell'amministrazione digitale che, come si dirà nel testo,

norme sulla firma digitale, documento analogico e documento informatico sono sostanzialmente equiparati, come equiparata è la valenza giuridica degli stessi[13].

In questo senso, nessuna forza speciale privilegiata è oggi annessa alla modalità concreta di formazione (sia essa cartacea o telematica) del documento e/o della copia[14] dello stesso, forza che è caso

riportava a tre le tipologie di firma elettronica. Sempre con riguardo alla firma elettronica, ulteriori integrazioni al contenuto del codice dell'amministrazione digitale sono avvenute col d.lgs. n. 235 del 2010, a norma dell'art. 33 della l. n. 69 del 2009, che ha delegato il governo ad adottare uno o più decreti legislativi per la modifica di tale testo fondamentale. Altre fonti importanti per la disciplina della firma elettronica sono costituite dal d.p.c.m. 30 marzo 2009, in G.U. n. 129 del 6 giugno 2009, recante le nuove regole tecniche in materia di generazione, apposizione e verifica delle firme digitali e validazione temporale dei documenti informatici; dalla circolare CNIPA 6 settembre 2005, n. 48, e dalla deliberazione CNIPA 21 maggio 2009, n. 45, recante regole per il riconoscimento e la verifica del documento informatico PDF (modificata dalla successiva determinazione commissariale CNIPA 28 luglio 2010, n. 69).

[13] Il nuovo art. 20, comma 1°, del codice dell'amministrazione digitale dispone testualmente che "il documento informatico da chiunque formato, la memorizzazione su supporto informatico e la trasmissione con strumenti telematici conformi alle regole tecniche di cui all'art. 71, sono validi e rilevanti agli effetti di legge, ai sensi delle disposizioni del presente codice".

[14] È stato spesso osservato in dottrina che la distinzione tra copia e originale perde di significato nel caso del documento informatico, dal momento che la copia di un *bit* è indistinguibile dal *bit* originario (v. in proposito, tra gli altri, Nastri, *Copie autentiche e documento informatico*. *Studio n. 3-2006/IG*, approvato dalla Commissione Studi di Informatica Giuridica il 20 novembre 2006, in *Cnn Notizie del 22 gennaio 2007*). Peraltro, il tema dell'individuazione del valore giuridico della copia informatica dell'originale cartaceo e della copia cartacea dell'originale informatico è stato un vero e proprio banco di prova per verificare il grado di adeguamento del diritto all'evoluzione della tecnologia e alle peculiarità della materia. È interessante segnalare in proposito che il nuovo codice dell'amministrazione digitale ha introdotto, per la prima volta, all'art. 1, lett. *i-bis*, *i-ter*, *i-quater* e *i-quinquies*, le definizioni relative alla "copia informatica di documento analogico", alla "copia per immagine su supporto informatico di documento analogico", alla "copia informatica di documento informatico" e al "duplicato informatico". Sono state poi significativamente riformate anche le altre norme chiave in materia, e cioè gli artt. 22, 23, 23-*bis* e 23-*ter*, al fine di introdurre filtri più pregnanti al regime dell'efficacia giuridica delle copie dei documenti elettronici, disponendosi l'adozione da parte degli operatori giuridici di modalità che ne garantiscano meglio la conformità all'originale, nonché la riferibilità a un momento determinato. Rilevante è, ad esempio, l'espressa affermazione che un documento informatico può essere trasformato in un documento analogico, con lo stesso valore probatorio, solo se la copia analogica è attestata da un pubblico ufficiale. Tale scelta ben si comprende, considerando che, con la stampa, il documento elettronico al quale

mai conseguibile per il tramite dell'attività di autenticazione da parte di pubblico ufficiale autorizzato a ciò dalla legge[15].

Va detto, per dovere di cronaca, che l'efficacia del documento informatico e della firma elettronica ha avuto, nel tempo, un andamento ondivago, in conseguenza dell'avvicendarsi di un coacervo di disposizioni (di cui si dà conto nelle lunghe note che precedono), che hanno messo a dura prova l'interprete, evidenziando una molteplicità di termini e concetti che si è spesso scontrata con la basilare esigenza dell'astratta possibilità di comprensione della normativa.

Il susseguirsi degli interventi normativi ha riguardato non tanto la definizione del documento informatico, rimasta immutata a partire dal d.p.r. 513/97 ("la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti"[16], quanto invece i meccanismi di imputabilità correlati alle diverse tecniche di identificazione dell'autore dei dati in esso contenuti, distinguendosi e graduandosi le diverse tipologie di firma elettronica e, conseguentemente, il loro "peso specifico").

è apposta una firma digitale perde ogni proprietà di integrità, immodificabilità, sicurezza e qualità. Infatti, la firma digitale esiste solo e soltanto in un ambiente informatico e non certo su un supporto analogico.

[15] L'autenticazione di un documento informatico – definita dal nuovo art. 1, lett. *b*, del codice dell'amministrazione digitale come "la validazione del documento informatico attraverso l'associazione di dati informatici relativi all'autore o alle circostanze, anche temporali, della redazione" – può avvenire in diversi modi e per mezzo di diverse tecnologie. L'importante è che queste tecnologie permettano di associare l'informazione del contenuto al proprio autore. È chiaro peraltro che, quando si parla di redazione di un documento informatico, esiste la possibilità che già al momento della formazione il documento possa essere riferito ad una persona fisica. Diversamente, invece, accade quando su un documento informatico già creato venga apposta, in un momento successivo, anche lontano, una firma digitale. In quest'ultimo caso, ovviamente, è la firma digitale che ne attesta la paternità verso la persona che possiede il dispositivo di firma per il documento informatico.

[16] È stato esattamente notato che da tale definizione deriva un'altra caratteristica precipua: contrariamente al documento cartaceo, la rappresentazione informatica non costituisce un fenomeno statico, bensì dinamico. Conseguentemente, la nota definizione di Carnelutti (voce *Documento – teoria moderna*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1957; *La prova civile*, Milano, ristampa 1992, p. 140) del documento come "cosa che fa conoscere un fatto" mal si adatta, per incompletezza, al documento elettronico, che è "cosa che fa conoscere un fatto a seguito di una corretta utilizzazione di strumenti tecnici, che deve essere reiterata ogni qualvolta si debba realizzare la conoscenza" (così Nastri, *Copie autentiche e documento informatico*, cit., p. 3).

Limitandoci al recente passato, va ricordato che il codice dell'amministrazione digitale, nella sua versione originale, aveva ridotto a tre le definizioni dedicate ai vari generi di firma, distinguendo tra:

- *firma elettronica semplice* (detta anche *leggera*), definita all'art. 1, lett. *q*: "l'insieme dei dati in forma elettronica, allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica";

- *firma elettronica qualificata* (detta anche *forte*), definita all'art. 1, lett. *r*: "la firma elettronica ottenuta attraverso una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario, creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo e collegata ai dati ai quali si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati, che sia basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma";

- *firma digitale,* definita all'art. 1, lett. *s*: "un particolare tipo di firma elettronica qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici".

Poiché l'unico tipo di firma elettronica qualificata finora conosciuto corrispondeva alla firma digitale, i due concetti finivano per sovrapporsi. Conseguentemente, i meccanismi di firma elettronica semplice o debole si individuavano per esclusione: tutto ciò che non era firma elettronica qualificata – e quindi che non era firma digitale – rappresentava un meccanismo di firma elettronica debole.

Pertanto, in ragione dell'alto grado di affidabilità della firma digitale, l'art. 21, comma 2°, del codice dell'amministrazione digitale disponeva che "Il documento informatico, sottoscritto con firma digitale o con un altro tipo di firma elettronica qualificata, ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 del codice civile. L'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria". Mentre lo stesso art. 21, comma 1°, recitava:

"Il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica, sul piano probatorio è liberamente valutabile in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità".

Con le modifiche apportate al codice dell'amministrazione digitale dal d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235 cambia l'inquadramento di genere, tanto che la firma digitale non è più un particolare tipo di firma elettronica qualificata, ma diviene firma elettronica avanzata. Infatti, secondo il nuovo art. 1, lett. *s*, la firma digitale oggi è "un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento".

Per altro verso, in linea con quanto previsto dalla direttiva comunitaria sulle firme elettroniche (direttiva 1999/93/Ce) è stata aggiunta una quarta tipologia di firma, la firma elettronica avanzata, che alla nuova lett. *q-bis* viene così definita: "insieme di dati in forma elettronica allegati oppure connessi a un documento informatico che consentono l'identificazione del firmatario del documento e garantiscono la connessione univoca al firmatario, creati con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo, collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati".

Come si può notare, tale definizione riecheggia quella in precedenza assegnata, dall'art. 1, lett. *r*, alla firma elettronica qualificata; quest'ultima, di conseguenza, diviene "un particolare tipo di firma elettronica avanzata che sia basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma".

Meno male che il legislatore dell'ultima riforma sullo "sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile" aveva dato delega al Governo di modificare la normativa della firma digitale con lo scopo di "semplificarne l'adozione e l'uso"[17]!

---

[17] V. l'art. 33, l. n. 69 del 19 giugno 2009; in argomento cfr. Lisi, *Il balzo del gambero del codice dell'amministrazione digitale*, in www.punto-informatico.it, secondo il quale la modifica esorbiterebbe dai limiti della delega.

Ad ogni buon conto, sul piano dell'efficacia probatoria le cose si semplificano poiché il nuovo art. 21, comma 2°, così dispone: "Il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche di cui all'art. 20, comma 3°, che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, ha l'efficacia prevista dall'art. 2702 c.c.". Prosegue poi la norma stabilendo che "L'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria".

Anche dopo l'introduzione di queste modifiche, la fruizione del sistema a chiavi asimmetriche (l'una delle quali pubblica, l'altra privata) continua dunque a sortire l'effetto già ben conosciuto di determinare una presunzione *iuris tantum* di paternità del documento informatico: la parte nei cui confronti verrà prodotto un documento firmato digitalmente potrà disconoscerne la paternità, facendo sorgere così l'onere per la controparte – se interessata ad affermarla – di proporre istanza per la sua verificazione. Peculiare continuerà ad essere in tal caso il procedimento di verificazione, posto che non si tratterà di saggiare la sottoscrizione, ma di valutare la corrispondenza tra la chiave privata utilizzata per l'apposizione della firma e la chiave pubblica che il certificatore attesta corrispondere al soggetto cui si vuole ascrivere la paternità del documento informatico. Ove l'applicazione della chiave pubblica consenta di riportare la firma "in chiaro", la sottoscrizione potrà ritenersi verificata. In tal caso, alla parte la cui firma digitale sia stata verificata spetterà un solo rimedio: proporre la querela di falso, per dimostrare che la chiave privata gli è stata sottratta ed è stata utilizzata a sua insaputa.

Sembra poi di poter dire che anche la differenza fondamentale tra firma digitale e firma elettronica semplice resta intatta, poiché le riforme introdotte al codice dell'amministrazione digitale dal d.lgs. 235 del 2010 non intaccano la valenza "depotenziata" della firma elettronica, lasciando immutato il testo dell'art. 21, comma 1°. Pertanto, solo il documento informatico cui venga apposta una firma *digitale* (oppure una firma *avanzata* o ancora *qualificata*) vincola il giudice – ove questa sia riconosciuta dalla parte contro la quale il documento è prodotto, oppure sia stata verificata (salva la querela

di falso) – ad ascriverne la paternità al soggetto contro il quale è stato prodotto; al contrario, il giudice potrà sempre discrezionalmente escludere, sulla base di un convincimento motivato e fondato sul complesso delle risultanze probatorie, la paternità del documento informatico sottoscritto con firma debole[18].

Peraltro, con le modifiche apportate dal d.lgs. n. 235 del 2010 al testo dell'art. 25 del codice dell'amministrazione digitale la non "ripudiabilità" del documento informatico sottoscritto con firma elettronica forte è divenuta una situazione finalmente possibile, poiché ora anche la firma digitale può essere autenticata, garantendosi così, fino a querela di falso, l'identità personale di chi la appone.

3. *Le sperimentazioni del processo civile telematico*

È interessante ricordare che l'idea di informatizzare le cancellerie civili nacque ben prima che venisse data legittimità al documento informatico con firma digitale e si sviluppò grazie ad un gruppo di magistrati del Tribunale di Bologna, i quali, nel 1993, iniziarono una seria riflessione sui mezzi più idonei a velocizzare l'attività giudiziaria, sfruttando le potenzialità offerte dalle strumentazioni informatiche già disponibili[19].

Nacque quindi un progetto, battezzato Polis, per la redazione, archiviazione, reperimento e trasferimento dei provvedimenti del giudice[20]. In breve, lo stesso Presidente del Tribunale istituzionalizzò la soluzione individuata, costituendo l'Udai (Ufficio documentazione automazione informatica).

---

[18] Sul valore probatorio della *e-mail* v., da ultimo, Trib. Prato, 15 aprile 2011, in *Foro it.,* 2011, I, c. 3198, che esattamente la qualifica come documento informatico sottoscritto con firma elettronica semplice.

[19] Cfr. Liccardo, *Introduzione al processo civile telematico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2000, p. 1165 ss.

[20] Tale iniziativa era volta, in particolare, a cercare di porre rimedio al disagio procurato dal constatare come un numero sempre crescente di decisioni, contrastanti tra loro, venisse emesso da giudici diversi, ma dello stesso ufficio giudiziario, su identiche questioni, anche di notevole rilievo giuridico.

Fin da allora si era compreso che l'informatica giuridica[21] avrebbe potuto avere un impatto dirompente sulle attività del processo e avrebbe potuto portare alla costruzione di sistemi esperti per la gestione elettronica di dati e di documenti giuridici, nonché per la previsione delle future sentenze mediante l'analisi dei precedenti giurisprudenziali[22].

---

[21] Com'è noto, l'informatica giuridica – materia relativamente nuova, caratterizzata dalla eterogeneità dei temi e dalla notevole complessità – non è la scienza che studia i problemi giuridici legati all'informatica (in questo senso si parla di diritto dell'informatica), bensì è la disciplina che utilizza i calcolatori elettronici nel campo del diritto (e con riguardo al processo telematico, si parla, specificamente, di informatica giudiziaria gestionale). In particolare, secondo Taddei Elmi, *Corso di informatica giuridica*, Napoli, 2003, p. 94: "il termine informatica giuridica indica solo un vasto campo di competenze interdisciplinari distinte da diversi oggetti primari dell'esperienza (la documentazione, la teoria della conoscenza, del ragionamento e della decisione, l'organizzazione dell'ufficio, la redazione del documento e la didattica) e legate da un comune oggetto dell'esperienza primario costituito dal calcolatore e da un comune oggetto di esperienza secondario costituito da una nozione molto generica di diritto". Si deve a Lee Loevinger, magistrato e avvocato statunitense, l'idea di estendere, nel lontano 1949, le applicazioni elettroniche alle aree umanistiche e, in particolare, alle scienze giuridiche, battezzando questo nuovo campo d'indagine con il termine giurimetria: cfr. Loevinger, *Jurimetrics. The Next Step Forward*, in *Minnesota Law Revue*, 1949, vol. 33, p. 455 ss. In Italia, i primi studiosi ad occuparsi della materia sono stati Frosini (*Cibernetica, diritto e società*, Milano, 1968, ora in Id., *Informatica, diritto e società*, Milano, 1988), Losano (*Corso di informatica giuridica. L'elaborazione dei dati non numerici*, Milano, 1984) e Borruso (voce *Informatica giuridica*, in *Enc. dir*. agg. I, Milano 1997, p. 640 ss.). Per una accurata ricostruzione della genesi e dello sviluppo dell'informatica giuridica, v. Fioriglio, *Temi di informatica giuridica*, Roma, 2004; cfr. altresì Sartor, *Corso d'Informatica Giuridica*, Torino, 2008 e Bin, Naucchi, *Informatica per le scienze giuridiche*, Padova, 2003.

[22] Punti di forza dell'informatica giuridica c.d. documentaria (che è quella "disciplina che si occupa della raccolta, selezione, organizzazione e reperimento, attraverso strumenti elettronici delle informazioni necessarie per la conoscenza e l'applicazione del diritto": così Fioriglio, *Temi di informatica giuridica*, cit., p. 77) attengono senz'altro alla valorizzazione dei dati e allo scambio di conoscenze, attività che ovviamente favoriscono anche la messa in sinergia delle specifiche competenze giuridiche. Per contro, i tentativi di costruire una sorta di "giudice elettronico", sviluppati da quel settore della giurimetria chiamata informatica metadocumentaria (disciplina finalizzata non all'archiviazione e al reperimento dei dati, ma alla creazione di nuovi dati, diversi da quelli di partenza, attraverso funzioni di analisi ed elaborazione testuale), a mio avviso saranno sempre destinati al fallimento, perché nessuna macchina potrà mai imparare a pensare come l'uomo, deviando, quando occorre, dalla rigida applicazione delle regole memorizzate. Come afferma Frosini, *Informatica, diritto e società*, cit., p. 55: "Il vero problema è se il ricorso alla regola sia sempre necessario, o se non convenga talora invece

Negli anni che seguirono il progetto Polis fu portato all'attenzione del Ministero della giustizia riscuotendo un successo tanto significativo che ne fu finanziata la prosecuzione, distaccando a Bologna personale informatico qualificato e il Tribunale di Bologna venne incaricato, insieme ad altri tribunali, di studiare l'informatizzazione dei servizi giudiziari.

Da Polis al notissimo *Polis Web*, ovvero al sistema di consultazione *online* dei fascicoli di cancelleria, il passo è stato breve[23].

Applicativo destinato agli avvocati ed agli operatori del distretto giudiziario di riferimento, questo innovativo sistema consente ai soggetti "abilitati" (magistrati, personale degli uffici giudiziari e degli Unep, avvocati, esperti e ausiliari del giudice) l'accesso alle banche dati civili dei tribunali e delle corti d'appello[24], via Internet da studio (per mezzo di autenticazione tramite *smart card* o chiavetta *USB*) o via Intranet (utilizzando i c.d. "Punti informativi"), recandosi direttamente presso l'ufficio giudiziario più vicino, a prescindere dalla competenza territoriale.

Polis Web consente altresì di effettuare ricerche giurisprudenziali, presso gli uffici giudiziari abilitati, e a breve anche presso la Corte di Cassazione.

Il sistema, già attivo in oltre 200 amministrazioni giudiziarie, tuttavia rende possibile soltanto una consultazione dei dati esistenti; non permette, invece, di svolgere attività connesse al processo, quali costituzione, iscrizione a ruolo, deposito del fascicolo. Tali attività,

---

commisurare il giudizio alla situazione concreta; e vera disumanità non è quella della macchina, che esegue senza sentire e capire, ma è bensì quella di integerrimi magistrati e di zelanti funzionari che conoscono e praticano il rispetto della legge, costi quel che costi".

[23] Il d.m. 27 marzo 2000, n. 264, emanato in forza della l. 2 dicembre 1991, n. 399 di delegificazione delle norme concernenti i registri, ha dato una svolta al progetto e, da quel momento, ritengo si possa parlare di nascita di *Polis Web*. Infatti, tale normativa regolamentare stabilisce le regole per la tenuta dei registri di cancelleria in uso presso gli uffici giudiziari. L'ambito operativo del progetto Polis si è così spostato su base nazionale, denotando un interesse alla realizzazione della cosiddetta "interoperabilità" tra gli uffici giudiziari.

[24] Attualmente, i dati disponibili alla consultazione sono relativi ai fascicoli iscritti nel ruolo generale del contenzioso civile, volontaria giurisdizione, diritto del lavoro ed esecuzioni civili e concorsuali degli uffici giudiziari.

com'è noto, rientrano specificamente nell'ambito del processo telematico.

Una sperimentazione di grande successo, che consente invece il deposito degli atti e le notificazioni *online*, riguarda il procedimento per ingiunzione telematico, inaugurato avanti al Tribunale di Milano l'11 settembre 2006 e finora attuato in 14 tribunali, Bologna compresa naturalmente[25].

La scelta di partire con la digitalizzazione del processo monitorio non è stata casuale: si è considerato, infatti, che la struttura semplificata della fase *inaudita altera parte* avrebbe comportato anche una relativa semplicità del flusso documentale[26].

La nota di iscrizione al ruolo è stata così il primo documento a essere "dematerializzato".

Alcuni specifici problemi sono sorti per l'adeguamento della procura alle liti al mezzo informatico, quando la parte non sia in grado di sottoscriverla digitalmente, ma nuovi espedienti tecnici e normativi[27] sembrano permettere il superamento di ogni *impasse*.

---

[25] Gli atti sono creati con il Redattore. Da poco è stato introdotto il nuovo Redattore, denominato "consolle avvocato", che è scritto in Java, programma molto più facile da utilizzare per l'operatore. In merito al formato elettronico utilizzato, vanno fatte alcune precisazioni, posto che in questa materia si sono registrati numerosi interventi. Inizialmente i *files* degli atti da depositare erano in formato XLM (metalinguaggio universale sviluppato dal *World Wide Web Consortium* nel 1998), che contiene i dati strutturati necessari per la veicolazione e per l'aggiornamento automatico dei sistemi. Questi *files* contengono due differenti elementi; un tracciato *record* dei dati (come nome e cognome) e la forma/impaginazione del testo (grassetto, corsivo ecc.). A partire dalle prime prove ufficiali di invio telematico, si è deciso di salvare gli atti in formato PDF, contenente la forma del testo, cui allegare un *file* XML contenente a sua volta i "dati di servizio" relativi all'atto e ritenuti essenziali per i sistemi di cancelleria. Il formato elettronico è quindi denominato *DatiAtto.xml* ed ha una struttura preconcordata: sono stati infatti utilizzati dei moduli *standard* che contengono dei "campi" specifici per ciascun singolo tipo di atto.

[26] V., in tal senso, Cavaliere, Di Scala, *Il decreto ingiuntivo nel processo telematico*, in Iaselli (a cura di), *Il decreto ingiuntivo: profili sostanziali e strategie processuali alla luce della riforma del processo civile*, Padova, 2010, p. 531 ss., nonché De Vita, *Il procedimento ingiuntivo apre la strada al processo telematico*, in www.judicium.it.

[27] Insufficiente si era rivelata la norma *ad hoc* contenuta nell'art. 10 del d.p.r. n. 123 del 2001, che si limitava a prevedere che, se il mandato *ad litem* è stato conferito su supporto cartaceo, il difensore, che si costituisce per via telematica, trasmette la copia informatica della procura medesima, asseverata come conforme

Il decreto ingiuntivo telematico si è rivelato un mezzo gradito ai difensori, che hanno compreso le potenzialità del sistema e le profonde trasformazioni che esso può generare.

La diretta osservazione empirica del suo funzionamento – con particolare riguardo al momento pratico della redazione ed invio degli atti, che segue forme standardizzate, la cui rigorosa osservanza è imposta a pena di inesistenza del procedimento telematico nel suo complesso – induce una considerazione altrettanto "spicciola": tanto più le soluzioni tecniche del nuovo processo civile telematico sono ingegnose e sofisticate, tanto meno si dovrà far ricorso, per le nullità processuali, al modello normativo di riferimento, cioè all'art. 164 c.p.c.

4. *Il sistema di trasmissione degli atti processuali: il passaggio dalla CPECT alla PEC ordinaria*

Altro pilastro fondamentale per il funzionamento del processo telematico riguarda il procedimento di trasmissione degli atti processuali.

Per coniugare efficienza e sicurezza, e soprattutto per salvaguardare l'esigenza di tutela della riservatezza delle informazioni, occorreva realizzare un sistema di interscambio dei dati in forma elettronica non solo ben protetto, facendo uso dei moderni sistemi di crittografia e firma digitale, ma anche assolutamente inaccessibile ai soggetti "non abilitati".

In proposito, la relazione illustrativa al d.p.r. n. 123 del 2001 avvertiva che l'informatizzazione delle comunicazioni e notificazioni sarebbe stata organizzata "con le cautele e le garanzie assicurate da un decreto ministeriale recante modalità tecnico-operative" e af-

---

all'originale mediante sottoscrizione con firma digitale. Le necessarie integrazioni a tale scarna disciplina sono state introdotte con l. n. 69 del 2009 che, all'uopo, ha modificato l'art. 83, comma 3°, c.p.c., introducendo due nuove modalità con le quali la procura può essere rilasciata, in origine o successivamente trasformata dal supporto cartaceo, nel giudizio. In argomento v., da ultimo, Zucconi, *Parti e difensori nel processo riformato*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1 ss.

fidata ad "un autonomo sistema informatico ("sistema informatico civile"), accessibile da terzi solo in casi specifici".

In questa particolare infrastruttura informatica, detta S.I.CI[28], era stata quindi integrata la casella di posta elettronica certificata, creata *ad hoc* per il processo telematico, casella attraverso la quale viaggiavano tutte le informazioni riguardanti il processo civile[29].

Dal punto di vista tecnico, la principale caratteristica di tale strumento consisteva nel fatto che la relazione mittente/destinatario avveniva non tra sistemi di posta presenti sui *computer* degli utenti, bensì tra macchine, come previsto all'art. 11, comma 4°, del d.m. 17 luglio 2008.

Vale la pena di trascrivere l'intero testo di tale norma tecnica:

"1. I soggetti abilitati esterni, per utilizzare i servizi di trasmissione telematica dei documenti informatici, dispongono di un indirizzo elettronico e della relativa casella di posta elettronica certificata del processo telematico, CPECPT, forniti e gestiti dal punto di accesso, nel rispetto dei requisiti di cui all'art. 12.

2. Ogni indirizzo elettronico, come definito nel D.P.R. 13 febbraio 2001, n. 123, corrisponde ad una CPECPT.

3. Ad ogni soggetto che interagisce per via telematica con il SICI corrisponde un solo indirizzo elettronico.

4. Ogni CPECPT è abilitata a ricevere messaggi provenienti unicamente da altri punti di accesso e dal gestore centrale".

---

[28] Il S.I.CI era definito all'art. 1, lett. *f*, del d.p.r. 121/01 come "il sottoinsieme delle risorse del dominio giustizia mediante il quale l'amministrazione della giustizia tratta il processo civile". Con apposite norme tecniche, il S.I.CI era stato integrato nella RUG (Rete Unitaria Giustizia), una rete gestita in via autonoma dal Ministero della giustizia, facente parte della RUPA (Rete Unitaria della Pubblica Amministrazione). In proposito v. Maioli, *Il Sistema Informatico Civile nel Processo Civile Telematico*, in www.cirfid.unibo.it.

[29] Le specifiche tecniche introdotte con il d.m. 14.10.2004 disciplinavano, con una dettagliata normativa, i punti principali di tale infrastruttura informatica (Gestore locale, Gestore centrale, Punto di Accesso, ecc.), regolamentando in dettaglio la casella di posta elettronica certificata per il processo telematico (CPECPT) e le attività del S.I.CI. Il decreto ministeriale del 2004 era stato poi sostituito dal d.m. 17.7.2008 che recava, tuttavia, su questi argomenti, un testo molto simile al precedente.

Siffatto sistema – che operativamente si avvaleva di due strutture fondamentali, il punto di accesso[30] e il gestore centrale[31] – garantiva dunque in modo pieno e soddisfacente le modalità di trasmissione telematica degli atti, poiché, per un verso, la casella CPECPT era consultabile esclusivamente tramite il punto di accesso, previa autenticazione con la propria *smart card* e/o *key* e, per altro verso, il relativo indirizzo elettronico non aveva valenza esterna al processo civile telematico, perché la CPECPT non poteva trasmettere messaggi all'esterno del S.I.CI né riceverne e le comunicazioni tra le CPECPT avvenivano solo da un punto di accesso ad un altro[32].

Completavano il quadro normativo, nell'ordine:

---

[30] Il punto di accesso è, tuttora, il sistema *hardware*, *software* e *middleware* che permette di stabilire una connessione via Internet con il sistema di controllo degli accessi al c.d. Dominio Giustizia. La connessione utilizza il protocollo HTTPS che consente di creare un canale di comunicazione sicuro e crittografato. Il sistema di controllo accessi è attivo direttamente sui *server* resi disponibili per il servizio ed è configurato per il riconoscimento dei certificati digitali emessi da uno degli Enti Certificatori accreditati e inseriti nell'elenco CNIPA (ora DigitPA). Per accedere ai servizi è necessario essere titolari di un dispositivo di firma digitale munito di certificato di autenticazione, quest'ultimo infatti accerta l'identità dell'utilizzatore del servizio e garantisce la navigazione all'interno degli applicativi in modalità protetta.

[31] II gestore centrale (G.C.) era la struttura tecnico organizzativa appartenente al dominio giustizia che, fornendo accesso al Sistema Informatico Civile, costituiva l'unico punto di interazione tra il S.I.CI stesso e i soggetti esterni abilitati. Il G.C. era attivo presso il Ministero della giustizia e veniva gestito dalla Direzione Generale per i Sistemi Informativi Automatizzati (DGSIA) ed era materialmente ubicato a Napoli. Il gestore centrale forniva due servizi essenziali: la consultazione del Sistema Informatico Civile e la trasmissione telematica degli atti, venendosi in entrambi i casi a trovare in posizione mediana tra i punti d'accesso e i gestori locali e dovendo, conseguentemente, smistare i relativi flussi di dati (richieste, informazioni, ricevute, atti, documenti) da una parte all'altra d'Italia. Il G.C. dialogava con i punti d'accesso attraverso un canale di comunicazione sicuro, mentre con i gestori locali utilizzava esclusivamente la Rete Unica della Giustizia. Al gestore centrale, tra i vari incombenti, spettava da un lato la funzione di associare automaticamente ai documenti informatici pervenuti un'attestazione temporale (data, ora e minuto) della loro ricezione e, dall'altro, il compito di tenere l'elenco di tutti gli indirizzi elettronici attivati dai punti di accesso.

[32] Sui caratteri distintivi della posta elettronica, della posta elettronica certificata e della posta elettronica certificata del processo telematico v., in particolare, Sala, *E-mail, PEC, CPECPT, caratteristiche e differenze*, in *Immobili & proprietà*, 2009, p. 717 ss.

- gli artt. 2, 6 e 7 d.p.r. n. 123 del 2001, che sancivano la validità della notificazione telematica con posta elettronica certificata a patto che la trasmissione, comunicazione o notificazione dei documenti informatici si compissero attraverso il S.I.CI o, per quanto riguarda gli avvocati, all'indirizzo elettronico comunicato dal difensore al Consiglio dell'Ordine;

- l'art. 16, comma 4°, d.p.r. n. 68 del 2005, che vietava espressamente l'applicabilità delle disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata in esso contenute "all'uso degli strumenti informatici e telematici nel processo civile, tributario e nel processo dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti"; e infine

- l'art. 51 d.l. n. 112 del 25 giugno 2008, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133[33], che prevedeva che "a decorrere dalla data fissata con uno o più decreti del Ministro della giustizia, le notificazioni e comunicazioni di cui al primo comma dell'articolo 170 del codice di procedura civile, la notificazione di cui al primo comma dell'articolo 192 del codice di procedura civile e ogni altra comunicazione al consulente sono effettuate per via telematica all'indirizzo elettronico comunicato ai sensi dell'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 13 febbraio 2001, n. 123, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, relativa al processo telematico, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici".

In breve, richiamata ancora l'importante previsione dell'art. 7 del reg. n. 123 del 2001, secondo cui, ai fini delle comunicazioni e delle notificazioni, l'indirizzo elettronico del difensore era unicamente quello comunicato dal medesimo al proprio consiglio dell'ordine, a decorrere dal 25 giugno 2008 (data di entrata in vigore del d.l. n. 112 del 2008 convertito), la notificazione telematica di documenti informatici poteva essere eseguita in due modi: a mezzo dell'ufficiale giudiziario o anche ad opera del difensore della parte, ove sussistessero i presupposti di cui alla l. 21 gennaio 94, n. 53; tale normativa infatti era stata novellata dalla l. 28 dicembre 2005, n. 263, proprio per consentire le notifiche telematiche dirette tra avvocati, per i documenti informatici sottoscritti con firma digitale.

[33] Pubblicata in G.U. n. 195 del 21 agosto 2008 - Suppl. Ordinario n. 196.

Nella prassi applicativa, il sistema così disegnato – pur se concretamente attivato solo a Milano[34] e in poche altre sedi giudiziarie – stava dando buona prova di sé. Mancava soltanto un piano pubblico generale che ne prevedesse la rapida attivazione in tutti i tribunali.

Sotto il profilo tecnico, da qualche tempo, si era però cominciato ad osservare che il progetto della CPECPT, rimasto purtroppo inoperante per anni, era già divenuto obsoleto prima ancora della sua definitiva messa in funzione, poiché non era stato mai oggetto di adeguato aggiornamento.

Di qui la scelta radicale del legislatore di mutare direzione, favorendo l'introduzione, anche nel processo telematico, della più moderna ed economica modalità di trasmissione degli atti rappresentata dalla posta elettronica certificata[35], c.d. PEC *standard*, la cui tecnologia era stata all'uopo rimodellata, con le integrazioni apportate al codice dell'amministrazione digitale dal d.lgs. 4 aprile 2006, n. 159, proprio per assicurare maggiori garanzie sulla certificazione relativa alla data e all'ora dell'invio e della ricezione delle comunicazioni e all'integrità del contenuto delle stesse [36].

---

[34] Il via libera al Tribunale di Milano è stato dato con d.m. 26 maggio 2009, n. 57.

[35] Ai sensi dell'art 1, lett. *g* del d.p.r. 11 febbraio 2005 n. 68, per "posta elettronica certificata" si intende "ogni sistema di posta elettronica nel quale è fornita al mittente documentazione elettronica attestante l'invio e la consegna di documenti informatici". Sulla disciplina della PEC e sul suo valore legale, v., fra gli altri, Cammarota, *La posta elettronica certificata come tecnologia dell'azione amministrativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, p. 760 ss.; Rognetta, *La posta elettronica certificata (Pec) nelle nuove regole tecniche sul processo telematico*, in www.altalex.com; Iaselli, *Posta elettronica certificata (Pec) e amministrazione digitale, quadro normativo fumoso*, in www.ilquotidianogiuridico.it, 2010; Lisi, Penzo Poria, *Che peccato! La posta elettronica certificata tra equivoci e limitati utilizzi concreti*, in www.altalex.com, 2010; Ambrosi, D'auria, *La posta elettronica certificata*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, p. 668 ss.; Pelosi, *Il codice dell'amministrazione digitale modifica il valore giuridico della posta elettronica certificata (commento al d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82)*, in *Contratti*, 2007, p. 255; Tortorici, *La posta elettronica certificata*, in *Immobili & proprietà*, 2006, p. 281; Brescia, *La posta elettronica certificata (commento al d.p.r. 11 febbraio 2005 n. 68)*, in *Nuove leggi civ.*, 2006, p. 37 ss.; Melica, *Posta elettronica certificata: immediatezza, disponibilità e gratuità*, in *Ventiquattrore avvocato*, 2006, p. 126 ss.; Finocchiaro, *L'unica differenza con la raccomandata è la necessità di un via libera a ricevere*, in *Guida dir.*, 2005, n. 20, p. 25.

[36] Anche perché, nel frattempo, a far data dal 1 gennaio 2006, l'uso della posta elettronica certificata era stato imposto alla pubblica amministrazione "per

Intanto, nell'attesa del concreto avvio del processo telematico, all'organica disciplina esterna portata dal regolamento n. 123 del 2001 venivano aggiunte, nel codice di rito, altre norme, introdotte "a macchia di leopardo", volte ad anticipare l'utilizzazione delle nuove tecnologie informatiche di comunicazione per la trasmissione degli atti nel processo civile.

Così, innanzitutto, le leggi n. 80 e n. 263 del 2005 avevano inserito agli artt. 133, 134, 136, 170, 176, 183, 250, 366, un ultimo comma, più o meno di identico tenore per tutte e otto le disposizioni, che incentivava all'utilizzo delle forme tecnologiche per le comunicazioni della sentenza, delle c.d. ordinanze riservate, dell'intimazione ai testimoni, delle comparse e delle memorie di parte "consentite dal giudice", del deposito di documenti, della rinuncia al ricorso nel giudizio per Cassazione, rendendo possibile la trasmissione di tali atti anche a mezzo *telefax* o, genericamente, a mezzo di posta elettronica, purché il destinatario avesse preventivamente autorizzato, tramite la chiara indicazione del proprio numero di *fax* o indirizzo di posta elettronica, la volontà di ricevere le comunicazioni per il mezzo telematico.

Peraltro, tali norme – abrogate dall'art. 25, comma 1°, lett. *b*, *c*, *e*, *f*, *g*, *h*, *i*, *l*, l. 12 novembre 2011 n. 183[37] – erano rimaste programmatiche[38] (come già in precedenza l'art. 17 d.lgs. n. 5 del 2003[39], che aveva introdotto le forme elettroniche nel processo societario), poiché il legislatore, se da un lato precisava che le trasmissioni a

---

ogni scambio di documenti e informazioni con i soggetti interessati che ne fanno richiesta e che hanno preventivamente dichiarato il proprio indirizzo di posta elettronica certificata" per effetto degli artt. 6 e 48 del codice dell'amministrazione digitale. In seguito, con l'art. 16, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito nella l. 29 gennaio 2009, n. 2, è stato poi introdotto l'obbligo per "i professionisti iscritti ad albi ed elenchi istituiti con legge dello Stato" (nonché per "le imprese costituite in forma societaria" e per la stessa pubblica amministrazione) di dotarsi di una casella di posta elettronica certificata entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto, cioè entro il 28 novembre 2009.

[37] Pubblicata in G.U. n. 265 del 14 novembre 2011 - Suppl. Ordinario n. 234.

[38] Eccezion fatta per il Tribunale di Milano, nel quale, dal 1 giugno 2009, aveva cominciato a vigere il processo di dematerializzazione delle comunicazioni e delle notificazioni di cancelleria, realizzato dal già ricordato d.m. n. 57 del 26 maggio 2009.

[39] A sua volta abrogato dall'art. 54, comma 5°, l. n. 69 del 2009.

mezzo posta elettronica "devono essere effettuate nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione e la trasmissione dei documenti informatici e teletrasmessi", dall'altro non chiariva a quale disciplina si dovesse fare riferimento.

Inevitabilmente, l'incertezza normativa era rimbalzata sulla giurisprudenza di merito, tanto da indurre alcuni tribunali a dichiarare nulla (ma sanabile per effetto della mancata eccezione di controparte) la comunicazione o la notificazione compiuta a mezzo *fax* o per via telematica[40]; altri a dichiararla, addirittura, inesistente, perché compiuta direttamente dal difensore[41].

Per parte sua, la dottrina non aveva mancato di sottolineare che l'affidamento del sistema ad elementi volontaristici (e cioè al consenso delle parti alla trasmissione degli atti con modalità telematiche, manifestato con l'indicazione dell'indirizzo *e-mail* negli atti)[42]

---

[40] Cfr. Trib. L'Aquila, 25 marzo 2005, in *Giur. it*., 2005, p. 2330 ss., con nota di Corsini, *Le notificazioni dirette tra avvocati a mezzo fax e posta elettronica nel processo societario: validità, nullità o inesistenza*; Trib. L'Aquila, 4 aprile 2005, ivi, p. 2127 ss., con nota di Poggio, *I (superabili) rischi della notificazione diretta via fax fra difensori nel processo societario*, ivi, p. 2129; Trib. Roma, 23 maggio 2005, in *Soc.*, 2006, p. 112 ss.; Trib. Mantova, 27 ottobre 2005, ivi, 2006, p. 1289 ss., con nota di De Santis, *Validità delle notificazioni a mezzo fax nel processo societario*; Trib. Milano, 8 febbraio 2006, in www.judicium.it; Trib. L'Aquila, 22 febbraio 2006, *in Foro it*., 2006, I, c. 1552 ss.; Trib. Roma, 16 luglio 2006, in *Giur. merito*, 2007, p. 1334 s.

[41] Trib. Monza, 30 dicembre 2004, in *Giur. it*., 2005, p. 2334 ss.; Trib. Bari, 2 giugno 2005, *in Foro it.*, 2006, I, c. 1552; Trib. Brescia, 6 dicembre 2005, in *Soc.*, 2006, p. 1289 ss.; Trib. Torino, 29 settembre 2006 e Trib. Torino 13 ottobre 2006, in *Giur. merito*, 2007, p. 1392 ss., con nota di Nardelli, *La notificazione a mezzo fax tra "parco della Vittoria" e "probabilità"*.

[42] L'elemento volontaristico avrebbe potuto ritenersi superato, a seguito della modifica dell'art. 125 c.p.c. apportata dall'art. 4, comma 8, lett. *a*, d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, conv., con modificazioni, dalla l. 22 febbraio 2010, n. 24, che ora richiede necessariamente l'indicazione del numero di *fax* (nonché – si badi – dell'indirizzo di posta elettronica certificata, e non anche della semplice *e-mail*) da parte dei difensori negli atti processuali introduttivi dei giudizi; ma tale conclusione, a mio avviso, non sarebbe stata in linea con le coordinate generali tracciate nel testo, per le quali le nuove forme di trasmissione dovevano considerarsi alternative – e non già sostitutive ed escludenti – rispetto al metodo tradizionale della trasmissione del biglietto di cancelleria. Conseguentemente, nonostante le innovazioni apportate all'art. 125 nel 2010 (e poi nel 2011, come si dirà alla nota 44), l'adozione di tali modalità sarebbe rimasta ancora condizionata all'esplicito assenso del difensore, che, dichiarando di voler ricevere notizia dei provvedimenti emessi dal giudice a mezzo *fax* o a mezzo di posta elettronica ed indicando all'uopo

era la vera causa del fallimento della riforma del processo telematico[43] [44].

il numero o l'indirizzo elettronico presso cui trasmetterli, avrebbe continuato ad assumere su di sé il rischio derivante dall'utilizzo di tali strumenti di trasmissione.

[43] Così Buffa, *Il processo civile telematico - La giustizia informatizzata*, cit., p. 361. La giurisprudenza di legittimità aveva invece reagito positivamente alla novità, ritenendo valida la comunicazione effettuata per *e-mail* all'indirizzo elettronico comunicato dal difensore al proprio consiglio dell'ordine e da questo alla corte d'appello competente, pur limitando l'affermazione del principio con riferimento al caso in cui il destinatario avesse dato risposta per ricevuta non in automatico, documentata dalla relativa stampa cartacea. Si era osservato, al riguardo, tra l'altro, che la legislazione speciale sulla firma digitale non impone la firma digitale per le comunicazioni di cancelleria, a differenza che per le notificazioni (così Cass., 19 febbraio 2008, n. 4061, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 14, p. 31 ss., nota Tatarelli e in *Dir. Internet*, 2008, p. 356, con nota di Buffa).

[44] Val la pena di evidenziare che all'art. 136 c.p.c. era poi stato aggiunto – ad opera dell'art. 2, comma 35°-*ter*, lett. *b*, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148, pubblicata in G.U. n. 216 del 6 settembre 2011 – un comma 4°, che disponeva che tutte le comunicazioni alle parti fossero obbligatoriamente effettuate con modalità informatiche. Il messaggio che il legislatore voleva trasmettere ponendo questo nuovo precetto sembrava essere che le esigenze di celerità ed efficienza sarebbero state meglio realizzate da Internet e che il recupero di "produttività" avrebbe dovuto prevalere sull'astratta garanzia di forma. La nuova norma era da mettere in correlazione, da un lato, con le modifiche e integrazioni apportate al codice dell'amministrazione digitale ad opera del d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235, che hanno imposto l'adozione da parte delle pubbliche amministrazioni delle nuove tecnologie (e in particolare della posta elettronica certificata) e, dall'altro lato, con le modifiche contemporaneamente introdotte dallo stesso d.l. n. 138 del 2011 all'art. 125 c.p.c., che hanno reso obbligatorio l'inserimento negli atti processuali del codice fiscale, del numero di *fax* e dell'indirizzo di posta elettronica certificata del difensore (si badi: non anche della semplice *e-mail*). Il nuovo art. 136, comma 4°, tuttavia, nel richiamare le "*modalità di cui al terzo comma*" rendeva obbligatoria la comunicazione degli atti processuali via *fax* e via *e-mail*, non anche via PEC. Al riguardo, va puntualizzato che se è vero che con la generica espressione "posta elettronica" si può intendere sia la categoria che comprende anche la posta elettronica certificata, sia la modalità di trasmissione dei messaggi priva delle caratteristiche proprie della PEC, è altrettanto certo che il raffronto della norma *de qua* con le nuove disposizioni degli artt. 137 e 149-*bis*, in tema di notificazioni (di cui subito nel testo), in cui si parla con chiarezza di posta elettronica certificata, portava a concludere che il legislatore alludesse qui, per le comunicazioni, alla sola posta elettronica comunemente utilizzata, detta anche, per l'appunto, posta elettronica comune. Poiché, come si è detto, non v'è alcuna norma che preveda l'obbligatoria segnalazione negli atti introduttivi del processo del semplice indirizzo *e-mail* del difensore, l'unica – seppur incoerente – conclusione, logicamente sostenibile, che si sarebbe dovuta trarre, se tale norma fosse rimasta in vigore, sarebbe stata che il cancelliere avrebbe dovuto utilizzare necessariamente il *fax* per procedere alle comunicazioni, mentre avrebbe potuto ricorrere alla posta

Poi, ancora, è intervenuta la l. 18 giugno 2009 n. 69, che, sempre nell'ottica di incentivare l'uso della posta elettronica certificata *standard* nel "contesto giustizia", ha modificato l'art. 137, comma 3°, c.p.c., per introdurre la disciplina delle modalità di notificazione dell'atto costituito da un documento informatico. Si doveva tener conto del fatto che il procedimento di notificazione per via telematica richiede, per la sua esecuzione, che le parti, tanto quella richiedente, quanto quella destinataria della notifica, siano in possesso di un indirizzo di PEC. Si imponeva dunque un adeguamento della disciplina prevista dalla norma generale sulle notificazioni, per disporre che, quando il destinatario non sia titolare di un indirizzo certificato, l'ufficiale giudiziario deve tradurre l'atto in forma cartacea e provvedere alla notificazione nei modi ordinari, attestando la conformità del supporto al documento informatico che ha ricevuto. E deve provvedere altresì alla conservazione del documento stesso per i due anni successivi, in attesa che il destinatario richieda la trasmissione telematica, indicando il proprio indirizzo di posta elettronica (anche non certificato) ovvero la consegna della copia dell'atto notificato (su supporto cartaceo) su supporto informatico non riutilizzabile.

---

elettronica comune solo in caso di esplicito assenso del difensore, che avesse all'uopo indicato l'indirizzo di *e-mail* presso cui ricevere gli atti. L'incongruenza è stata eliminata dalla l. 12 novembre 2011, n. 183. In particolare, l'art. 25, comma 1°, lett. *d*, nn. 1, 2 e 3, della c.d. legge di stabilità 2012 ha sostituito i commi 2° e 3° ed ha abrogato il comma 4° dell'art. 136. La disposizione così novellata dispone ora che, per quanto concerne le comunicazioni della cancelleria (dunque anche per quelle di cui agli articoli citati nel testo), il biglietto è consegnato dal cancelliere al destinatario, che ne rilascia ricevuta, ovvero trasmesso a mezzo posta elettronica certificata. Solo ove non sia possibile procedere tramite tale modalità, salvo che la legge disponga diversamente, il biglietto viene trasmesso a mezzo *telefax*, o è rimesso all'ufficiale giudiziario per la notifica. Il novello art. 136 c.p.c. prevede quindi l'uso del *fax* soltanto come forma di trasmissione in via residuale e subordinata, per il caso in cui non sia possibile avvalersi della posta elettronica certificata, elevata, per contro, a nuova, generale modalità di trasmissione degli atti del processo civile. Lo stesso art. 25, comma 1°, lett. *b*, *c*, *e*, *f*, *g*, *h*, *i*, *l*, l. n. 183 del 2011 ha coerentemente abrogato le modifiche introdotte dalle leggi n. 80 e n. 263 del 2005 agli artt. 133, 134, 170, 176, 183, 250, 366, 518, come si è detto nel testo.

Con la riforma dell'art. 137 c.p.c., il legislatore ha sancito, dunque, ufficialmente, la biforcazione del sistema PEC-CPECPT[45].

La vera e propria svolta per la definizione dello scenario si è avuta con l'introduzione del d.l. 29 dicembre 2009, n. 193[46], convertito nella l. 22 febbraio 2010, n. 24[47], avente ad oggetto "interventi urgenti in tema di funzionalità del sistema giudiziario".

Proseguendo il percorso intrapreso, con tale normativa il legislatore si è riproposto di completare il processo di digitalizzazione della giustizia, abbandonando definitivamente le regole tecniche del processo civile telematico, regole che – come si è detto – avevano, nel frattempo, cominciato ad essere applicate con successo.

Infatti, la principale novità della legge n. 24 del 2010 consiste, in sostanza, nell'adozione della posta elettronica certificata quale ordinario strumento regolamentare per le comunicazioni e notificazioni nei processi civili (e anche penali).

L'art. 51 d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008 n. 133, ha subìto quindi un *restyling*, per effetto del quale i documenti da portare a conoscenza del destinatario, rispettivamente, ai sensi degli artt. 170 e 192, c.p.c. (processo civile), secondo le disposizioni del r.d. 16 marzo 1942 n. 267 (processo fallimentare) e a norma degli artt. 148, comma 2°-*bis*, 149, 150 e 152, comma 2°, c.p.p. (processo penale), devono essere inviati all'indirizzo di posta elettronica certificata di cui all'art. 16 d.l. 185/08, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 2 del 2009, e non più a quello previsto all'art. 7 d.p.r. n. 123 del 2001. Per fare in modo che sia sicura la riconducibilità dell'indirizzo PEC ad un difensore abilitato, si è previsto che lo stesso sia aggiornato con cadenza giornaliera, sia inserito nell'albo degli avvocati e sia comunicato

[45] Cfr. De Sanctis, *Notificazioni e comunicazioni*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 278 ss., che in proposito ha osservato come l'art. 137 c.p.c. "implicitamente, sembra ammettere che notificazioni e comunicazioni telematiche possano avvenire anche da e nei confronti di soggetti provvisti di una semplice PEC, non facendo parola della CPECPT; la norma, dunque, sembra affetta da un grave vizio di coordinamento con la disciplina attualmente vigente e, in particolare, con le regole tecnico-operative di cui al d.m. 17 luglio 2008, le quali concepiscono un sistema in grado di funzionare in modo ottimale soltanto con una CPECPT".

[46] Pubblicato in G.U. n. 302 del 30 dicembre 2009.

[47] Pubblicato in G.U. n. 47 del 26 febbraio 2010.

unitamente al codice fiscale per via telematica al Consiglio nazionale forense ed al Ministero della giustizia e, infine, sia reso disponibile nelle forme previste dalle regole tecniche per l'adozione nel processo civile delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Per contro, nel caso in cui il singolo professionista non abbia provveduto ad istituire o a comunicare il proprio indirizzo PEC, le notificazioni sono effettuate presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario[48].

La PEC "ordinaria", per divenire strumento di notifiche in ambito processuale, doveva però essere sottoposta ad una ulteriore regolamentazione tecnica, da adottarsi con successivi decreti ministeriali entro 60 giorni a far data dal 27 febbraio 2010 (cioè dall'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 193 del 2009).

Ma, ancora una volta, il calendario non è stato rispettato.

Nelle more, non si è potuto che dubitare riguardo alla possibilità di continuare ad eseguire le notificazioni in base alle regole del processo telematico, e quindi all'interno del sistema informatico civile, nei tribunali già all'uopo autorizzati[49].

Per completare il panorama legislativo esistente prima dell'emanazione del nuovo d.m. 21 febbraio 2011, n. 44, va infine ricordato che, in sede di conversione, la l. n. 24 del 2010 ha introdotto nel

---

[48] V. l'art. 4 d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, coordinato con la l. di conversione 22 febbraio 2010, n. 24.

[49] Come era stato tempestivamente segnalato dal Consiglio superiore della magistratura, nel parere reso d'ufficio sul d.l. 193 del 2009 prima della sua conversione (in *Foro it.*, 2010, III, c. 103 ss.), la nuova regolamentazione introdotta dall'art. 4 poneva "un sicuro problema interpretativo", poiché, se da un lato cancellava la CPECPT, che doveva sparire a far data dal 31 dicembre 2010, dall'altro, però, non abrogava espressamente l'art. 16, comma 4°, del d.p.r. portante il divieto dell'uso della PEC nel processo civile e, per di più, limitava l'utilizzo della posta elettronica certificata nel processo civile e penale ai soli "casi consentiti". Osservava dunque in proposito l'autorevole consesso che "la discrasia normativa sembrerebbe condurre ad un'esegesi illogica, per cui il ricorso alla posta elettronica certificata sarebbe consentito unicamente con riguardo agli atti espressamente citati dalla legge". Mancando indizi testuali sicuri della volontà legislativa, la dottrina si è divisa fra chi ha ritenuto "abrogato di fatto" l'art. 16, comma 4°, d.p.r. 68 del 2005 e "novativo e sostitutivo" l'art. 4 della l. n. 24 del 2010 (così Ferrari, *Il processo telematico alla luce delle più recenti modifiche legislative*, cit., p. 1389 ss.) e chi invece ha confinato l'utilizzo della PEC ai casi espressamente previsti (così Sala, *Il processo telematico del 2010*, in *Immobili & proprietà*, 2010, p. 179). L'inciso "nei casi consentiti" è stato poi eliminato dall'art. 1, comma 1°, della l. 24 del 2010, in sede di conversione del decreto legge.

c.p.c. anche l'art. 149-*bis*, il quale detta una disciplina speculare a quella dell'art. 137 novellato nel 2009[50].

Infatti, mentre quest'ultima norma, come si diceva più sopra, dispone per il caso in cui il procedimento di notificazione inizi in via telematica, ma debba proseguire secondo l'*iter* normale, il nuovo art. 149-*bis* disciplina l'ipotesi in cui il destinatario dell'atto informatico sia dotato di una casella di PEC, disponendo in questo caso che, "se non è fatto espresso divieto dalla legge", la notificazione può avvenire per intero con modalità telematiche. Se procede in tal modo, allora "l'ufficiale giudiziario trasmette copia informatica dell'atto sottoscritta con firma digitale all'indirizzo di posta elettronica certificata del destinatario risultante da pubblici elenchi".

Dunque, la "notificazione a mezzo posta elettronica", così recita la rubrica dell'art. 149-*bis*, che si è aggiunta alla consegna diretta (art. 138 c.p.c.) e all'invio a mezzo del servizio postale (art. 149 c.p.c.), è destinata a diventare la forma che preferibilmente adotterà l'ufficiale giudiziario per la trasmissione degli atti, anche quando in origine siano cartacei. Con modalità procedurali dettagliate, la nuova disposizione prevede, infatti, che in tali casi l'ufficiale giudiziario provveda a digitalizzare l'atto cartaceo e a firmarlo digitalmente.

La norma farà conseguire indubbi vantaggi, considerato che la notifica avviene in tempo reale, perfezionandosi nel momento in cui il gestore rende disponibile il documento informatico nella casella di posta elettronica certificata del destinatario.

---

[50] In argomento v. Valerini, *Commento all'art. 149-bis*, in *Nuove leggi civ.*, 2010, p. 850 ss., che censura la scelta del legislatore di mantenere l'intermediazione dell'ufficiale giudiziario nelle operazioni di notificazione telematica, aderendo ed ampliando i rilievi critici già svolti dal Consiglio superiore della magistratura nel parere citato alla nota precedente, che al riguardo aveva osservato: "Non si comprende, infine, perché alla notificazione a mezzo posta elettronica (art. 149 *bis* c.p.c.), che non presuppone più una serie di attività occorrenti per le notificazioni a mezzo posta ordinaria, continuino ad essere preposti gli ufficiali giudiziari. L'incombente ben può essere espletato dal personale di cancelleria e di segreteria addetto ai servizi della giustizia".

5. *Il nuovo regolamento d.m. 21 febbraio 2011, n. 44*

Il decreto del 21 febbraio 2011 n. 44 si pone in linea di stretta continuità con le norme testé ricordate, che hanno "sponsorizzato" l'uso della PEC ordinaria nel processo telematico[51], e con i nuovi progetti del Governo per l'informatizzazione della giustizia[52].

La nuova normativa porge, all'art. 2, una lunga serie di definizioni, alcune delle quali riprese, quasi integralmente, dal vecchio regolamento 123/01 (come il "dominio giustizia", il "punto di accesso" e il "fascicolo informatico"), altre mutuate dal d.p.r. n. 68 del 2005 o dal d.lgs. n. 82 del 2005 (come, rispettivamente, la "posta elettronica certificata"[53], l'"identificazione informatica" e la "firma

[51] E difatti, come si legge nella scheda illustrativa dello schema relativo alle specifiche tecniche del 18 luglio 2011, gli obiettivi dichiarati delle nuove regole sono i seguenti:

1. Estensione dell'applicazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione al settore penale;

2. Adozione della posta elettronica certificata standard (PEC) per tutte le trasmissioni da e per il dominio Giustizia;

3. Messa a disposizione da parte del Ministero della giustizia del cosiddetto "Portale dei servizi telematici" per consentire l'accesso ai privati nonché ai soggetti abilitati esterni (avvocati e ausiliari del giudice) non dotati di punto di accesso;

4. Spinta alla dematerializzazione, evitando l'obbligo di formazione del fascicolo d'ufficio su supporto cartaceo e introducendo nuove tecnologie quali il contrassegno bidimensionale di attestazione previsto dal nuovo CAD;

5. Semplificazione dell'architettura, che non prevede più il gestore centrale, ma un sistema di interfacciamento tra i sistemi interni presso gli uffici giudiziari e il gestore della posta elettronica certificata;

6. Introduzione di regole tecniche sui pagamenti telematici, al fine di dare un impulso decisivo a questa tematica, in linea con le strategie di DigitPA, con il quale è da tempo attivo un proficuo tavolo di lavoro.

[52] Si v., sul sito www.giustizia.it, il nuovo piano di *e-Government* 2012 e, in particolare, il sotto-progetto dedicato alla giustizia, con il quale il Governo si propone di completare la digitalizzazione e riorganizzazione degli uffici giudiziari, la dematerializzazione dei procedimenti e la messa in rete dei principali servizi ai cittadini.

[53] Intesa come "sistema di posta elettronica in cui è fornita al mittente documentazione elettronica attestante l'invio e la consegna di documenti informatici, di cui al d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68", ed eliminandosi quindi la definizione di CPECPT contenuta nelle precedenti regole tecniche.

digitale"[54]) e molte di nuovo conio, come il "portale"[55] e il "gestore" dei servizi telematici[56], che sono i nuovi elementi cardine dell'architettura del processo telematico che sostituiscono i vecchi gestori centrale e locale[57].

Accanto ai ben conosciuti "soggetti abilitati", interni ed esterni, si trovano ora definiti anche gli "utenti privati", cioè le parti della lite, finora escluse dall'accesso diretto al processo telematico. Nel prossimo futuro, il contumace potrà quindi prendere visione degli atti del procedimento tramite accesso al portale dei servizi telematici e, nei casi previsti, anche tramite il punto di accesso.

Compaiono infine le descrizioni di termini ormai noti come "spam", "software antispam"[58] "log"[59], o di termini che entreranno presto a far parte del lessico informatico come "richiesta di pagamento telematico", "ricevuta telematica", "prestatore dei servizi di pagamento".

---

[54] Nella nuova accezione illustrata al n. 3.

[55] Come spiega ancora la scheda illustrativa, "il portale dei servizi telematici è un sistema accessibile via *web*, composto di una "area pubblica" e di una "area riservata". La prima, ad accesso libero, riporta informazioni varie sui servizi telematici, il catalogo dei servizi telematici (anche in formato strutturato XML, secondo le specifiche attualmente utilizzate), raccolte giurisprudenziali e informazioni essenziali sullo stato dei procedimenti pendenti, rese disponibili in forma anonima, ossia senza riferimenti in chiaro ai nomi o ai dati personali delle parti. Nell'area riservata, invece, sono disponibili le funzioni tipiche di un punto di accesso (previa identificazione informatica), quindi in sintesi la consultazione dei dati e dei documenti in formato elettronico".

[56] Il gestore dei servizi telematici è il nuovo "sistema informatico, interno al dominio giustizia, che consente l'interoperabilità tra i sistemi informatici utilizzati dai soggetti abilitati interni, il portale dei servizi telematici e il gestore di posta elettronica certificata del Ministero della giustizia".

[57] Per il resto, l'ossatura del processo telematico rimane quella già delineata dai precedenti provvedimenti, che ruota attorno al fascicolo informatico inserito in rete ed è contraddistinta dalla creazione di una rete informatica che collega studi professionali e cancellerie degli uffici giudiziari e dalla realizzazione di accessi autorizzati alla rete telematica con differenti gradi di abilità.

[58] A tal proposito si segnala che, ai sensi dell'art. 20, comma 2°, il soggetto abilitato esterno dovrà installare sul proprio *computer* un *antivirus* ed un *software antispam*, per prevenire la diffusione di virus e similari, nonché la trasmissione involontaria di messaggi di posta indesiderati.

[59] Il regolamento definisce il *log* come il documento informatico contenente la registrazione cronologica di una o più operazioni informatiche, generato automaticamente dal sistema informatico.

Una nuova funzionalità del processo telematico, minuziosamente descritta al capo V del regolamento, è infatti rappresentata dai pagamenti telematici del contributo unificato e degli altri diritti e spese nonché dei diritti di copia, delle spese di registrazione, trascrizione e voltura atti, dei diritti di notifica. Senza dubbio, la possibilità di richiedere in via telematica la copia di un atto processuale e di pagare i relativi diritti di cancelleria in via elettronica contribuirà a snellire il servizio di rilascio di copie, da sempre in sofferenza.

Scompare, invece, ovviamente, ogni riferimento, alla CPECPT, tanto che all'art. 4 si stabilisce che "il Ministero della giustizia si avvale di un proprio servizio di posta elettronica certificata conforme a quanto previsto dal codice dell'amministrazione digitale".

Degno di menzione è poi l'art. 7, che dà coerente seguito alle disposizioni dell'art. 16, comma 7°, d.l. n. 185 del 2008, che hanno imposto anche ai difensori l'obbligo – peraltro, fino alla scorsa estate, non sanzionato[60] – di dotarsi di una casella di posta elettronica

[60] Al riguardo, si segnala che il d.l. 6 luglio 2011, n. 98, contenente *Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria* (pubblicato in G.U. n. 155 del 6 luglio 2011 ed entrato in vigore lo stesso giorno e poi conv., con modificazioni, nella l. 22 settembre 2011, n. 148) ha operato, all'art. 37, rubricato *Disposizioni per l'efficienza del sistema giudiziario e la celere definizione delle controversie*, numerose modifiche in campo processuale, ritoccando, tra l'altro, anche la legge sul contributo unificato. In particolare, per quanto qui interessa, si è previsto, al comma 6°, lett. *q*, di aggiungere nel T.U. 115 del 2002, all'art. 13, dopo il comma 3°, la nuova disposizione portata dal comma 3°-*bis*, che così recita: "Ove il difensore non indichi il proprio indirizzo di posta elettronica certificata e il proprio numero di fax ai sensi degli articoli 125, primo comma, del codice di procedura civile e 16, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, ovvero qualora la parte ometta di indicare il codice fiscale nell'atto introduttivo del giudizio o, per il processo tributario, nel ricorso, il contributo unificato è aumentato della metà". D'ora in poi, nelle citazioni, nei ricorsi e, in generale, negli atti processuali di parte, andrà sempre indicato – oltre al codice fiscale, il cui inserimento è stato reso obbligatorio dall'art. 4, comma 8°, della l. n. 24 del 2010 – anche l'indirizzo di posta elettronica certificata del difensore e il suo numero di *fax*, altrimenti lieviterà del 50% l'importo del contributo unificato da corrispondersi. L'art. 2, c. 35-*quinquies*, lett. *a*, d.l. 138 del 2011, inserito in sede di conversione, dalla l. 148 del 2011, ha poi modificato l'art. 37, comma 7, d.l. 98 del 2011, al fine di specificare che le nuove norme sull'aumento del contributo unificato si applicano ai "procedimenti iscritti a ruolo […] alla data di entrata in vigore del presente decreto", escludendo pertanto l'obbligo di corresponsione del maggior importo (anche in caso di mancata indicazione di PEC e *fax*) per i procedimenti già pendenti dinanzi agli uffici giudiziari alla data del 6 luglio 2011. L'art. 125, comma 1°, c.p.c.

certificata, regolamentando il nuovo registro generale degli indirizzi elettronici gestito dal Ministero della giustizia, che contiene i dati identificativi e l'indirizzo di PEC dei professionisti iscritti in albi ed elenchi istituiti con legge dello Stato, nonché dei soggetti abilitati esterni non iscritti in albi e degli utenti privati.

Tale registro è consultabile tramite il punto di accesso o tramite il portale dei servizi telematici.

Specifiche disposizioni, che riprendono anche quanto previsto dalle precedenti regole tecniche, disciplinano poi la gestione del fascicolo informatico (art. 9[61]); i requisiti specifici della casella di PEC del soggetto abilitato esterno (art. 20); la consultazione delle informazioni del dominio giustizia attraverso i punti di accesso (artt. 23, 24 e 25) ed i servizi di consultazione (artt. 26, 27, 28 e 29).

è stato poi ulteriormente modificato dall'art. 25, comma 1°, lett. *a*, l. 22 settembre 2011, n. 148 (c.d. legge di stabilità 2012). La norma, nella nuova formulazione, ora specifica che l'indirizzo di posta elettronica certificata del difensore da indicare negli atti processuali deve essere quello comunicato al proprio ordine di appartenenza. La precisazione – sommamente opportuna, potendosi avere, secondo la disciplina che regolamenta la PEC (in particolare: le disposizioni del d.lgs. 82 del 2005, recante il codice dell'amministrazione digitale e le disposizioni del d.p.r. 68 del 2005, recante il regolamento concernente le disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata), più di un indirizzo certificato *standard* – altro non è che il portato finale delle disposizioni introdotte in proposito nel biennio 2009-2011, che hanno "sponsorizzato" l'uso della PEC ordinaria nel processo civile telematico. L'indirizzo PEC "comunicato al proprio ordine" costituirà dunque lo strumento di riferimento per tutte le comunicazioni di cancelleria non effettuate mediante la consegna personale. Non sarà più necessaria, inoltre, alla luce della riforma dell'art. 170 c.p.c., l'autorizzazione del giudice per procedere, a mezzo posta elettronica certificata, allo "scambio" ed alla "comunicazione" necessaria nell'ambito del procedimento.

[61] Scompare però la previsione, contenuta nell'art. 12 d.p.r. n. 121 del 2001, che onerava il cancelliere della formazione del fascicolo d'ufficio su supporto cartaceo, contemplandosi ora soltanto l'obbligo della conservazione di particolari tipologie di documenti analogici originali unici e richiamandosi all'uopo le disposizioni del codice dell'amministrazione digitale (verosimilmente l'art. 22) nonché "la disciplina processuale vigente". Potrebbe essere questo un segno dell'intenzione del legislatore di abbandonare l'idea della convivenza del processo telematico con il processo cartaceo. Infatti, il problema delle modalità di archiviazione e salvataggio degli atti e dei dati acquisiti per via informatica sembra essere stato risolto affidandosi ai sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia, il quale tuttavia, per il momento, è tenuto a garantire la conservazione dei *log* transitati attraverso il proprio gestore di posta elettronica certificata per soli cinque anni, ai sensi dell'art. 4, comma 3°.

Passando alla trasmissione telematica di atti e documenti informatici, disciplinata dall'art. 13, c'è da dire che il tema non sconta particolari novità rispetto alle precedenti regole tecniche del processo telematico, poiché il sistema prescelto rimane quello, ormai ben collaudato, della "busta di trasporto". Naturalmente cambia lo strumento e quindi i documenti si intenderanno ricevuti dal "dominio giustizia" quando sarà generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del gestore di PEC del Ministero; tale ricevuta attesterà anche l'avvenuto deposito dell'atto o documento presso l'ufficio giudiziario competente.

Ai fini della comunicazione prevista dall'art. 170, comma 4°, c.p.c., la parte che procede al deposito invia ai procuratori delle parti costituite copia informatica dell'atto e dei documenti allegati con le modalità previste dall'art. 18, cioè seguendo il procedimento di notifica diretta tra difensori[62].

Il "piatto forte" riguarda, *ça va sans dire*, il sistema delle comunicazioni e delle notificazioni, rispetto al quale il nuovo regolamento tecnico ha fatto delle scelte di semplificazione[63].

Orbene, per effettuare la comunicazione del provvedimento giudiziale – redatto dal soggetto abilitato interno in formato elettronico

---

[62] Nota giustamente Villecco, *Il processo civile telematico*, cit., p. 90, che, se non vi sono parti contumaci, il deposito *online* degli atti c.d. endoprocedimentali rende superfluo l'incombente della comunicazione alla controparte, "in quanto immediatamente tutte le altre parti ne sono portate a conoscenza, come se si fosse trattato di difese svolte in udienza e documentate nel processo verbale e comunque il sistema provvede in via automatica a trasmettere comunicazione dell'avvenuto deposito".

[63] La procedura di trasmissione, sia per le comunicazioni che per le notificazioni, è la seguente: l'operatore di cancelleria o dell'Unep registra l'evento nell'ambito del proprio sistema di gestione dei registri e procede al salvataggio del documento da trasmettere nel fascicolo informatico. Il sistema verifica la presenza della casella di PEC del destinatario sul registro generale degli indirizzi elettronici; in caso affermativo, si procede all'invio della comunicazione/notificazione. Il documento giunge quindi al gestore dei servizi telematici, che assembla il messaggio di PEC e lo invia al gestore di PEC del Ministero della giustizia. Quest'ultimo, a sua volta, rilascia la ricevuta di accettazione al gestore dei servizi telematici, che la salva nel fascicolo informatico. Contemporaneamente, il gestore di PEC del Ministero invia il messaggio al gestore di PEC del destinatario che provvede a renderlo disponibile nella relativa casella di PEC. Il gestore di PEC del destinatario rilascia ricevuta di avvenuta consegna al gestore di PEC del Ministero, il quale a sua volta lo invia al gestore dei servizi telematici che la salva nel fascicolo informatico.

e sottoscritto con firma digitale (in caso di giudice collegiale, anche dal presidente) – al soggetto abilitato esterno (difensore costituito, pubblico ministero, consulente tecnico, interprete o altri ausiliari del giudice), o anche agli utenti privati, l'art. 16 prevede l'invio di un messaggio (equipollente del biglietto di cancelleria), da parte del cancelliere (personalmente, senza l'intermediazione dell'ufficiale giudiziario), "dall'indirizzo di posta elettronica certificata dell'ufficio giudiziario mittente all'indirizzo di posta elettronica certificata del destinatario, indicato nel registro generale degli indirizzi elettronici". Se l'atto da comunicare è in formato cartaceo, il cancelliere dovrà preventivamente estrarne una copia informatica, da inserire poi nel fascicolo virtuale. La comunicazione si perfeziona "nel momento in cui viene generata la ricevuta di avvenuta consegna breve da parte del gestore di posta elettronica certificata del destinatario e produce gli effetti di cui agli articoli 45 e 48 del codice dell'amministrazione digitale". La trasmissione telematica è quindi equiparata alla notificazione per mezzo della posta: il rapporto di conferma costituisce prova dell'avvenuto invio dell'atto, con conseguente presunzione di conoscenza dello stesso da parte del destinatario, il quale può vincerla solo fornendo la prova rigorosa del caso fortuito o della forza maggiore, ovvero della mancata funzionalità del sistema, producendo un avviso di mancata consegna generato dal gestore della posta elettronica certificata.

Ma si deve segnalare anche un possibile punto critico: dispone l'art. 16, comma 4°, che "fermo quanto previsto dall'articolo 20, comma 6 [a proposito della modifica dell'indirizzo di PEC] e salvo il caso fortuito o la forza maggiore, si procede ai sensi dell'articolo 51, comma 3 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni, nel caso in cui viene generato un avviso di mancata consegna previsto dalle regole tecniche della posta elettronica certificata". Come si è illustrato più sopra, la richiamata disposizione prescrive ora che le notificazioni e le comunicazioni alla parte costituita che non ha comunicato l'indirizzo elettronico siano fatte presso la cancelleria. Il difensore potrebbe quindi, a sua insaputa, trovare un atto depositato in cancelleria, in caso di malfunzionamento della sua casella di PEC. Meglio sarebbe stato, per queste ipotesi, prevedere

un avviso di deposito da inoltrare per raccomandata con avviso di ricevimento.

Per le notificazioni, infine, le modalità sono indicate, rispettivamente, all'art. 17, quando vi proceda l'ufficiale giudiziario, e all'art. 18, quando siano eseguite tra avvocati personalmente.

Nel primo caso (notificazione per mezzo dell'ufficiale giudiziario), le disposizioni introdotte dal regolamento[64] vanno naturalmente integrate con la nuova norma cardine in materia, vale a dire l'art. 149-*bis* c.p.c., che prevede al comma 1° che la notificazione possa essere eseguita a mezzo posta elettronica certificata, anche previa estrazione di copia informatica del documento cartaceo, e al successivo comma 3° precisa che "la notifica si intende perfezionata nel momento in cui il gestore rende disponibile il documento informatico nella casella di posta elettronica certificata del destinatario". Vale dunque, anche per le notificazioni, il principio della conoscibilità, già largamente sperimentato in materia di contrattazioni telematiche e poi definitivamente fissato dall'art. 45 del codice dell'amministrazione digitale: a prescindere dall'effettivo ritiro dell'atto, eventuali termini perentori decorreranno dalla data di "consegna" del documento nella PEC del destinatario[65].

L'atto di impulso coincide con una richiesta telematica, inoltrata al sistema informatico Unep tramite posta elettronica certificata.

Il soggetto legittimato provvede con le stesse modalità di trasmissione del deposito in cancelleria, quindi si dovrà avvalere della busta elettronica, nella quale introdurrà il file *RichiestaParte.xml*.

Il sistema informatico Unep, ricevuta l'istanza di notificazione, "individua l'indirizzo di posta elettronica del destinatario dal registro generale degli indirizzi elettronici, dal registro delle imprese o dagli albi o elenchi costituiti ai sensi dell'articolo 16 del decreto-

---

[64] Che peraltro non si applicano ai casi di cui all'art. 51 d.l. n. 112 del 2008, e cioè, per il processo civile, ai documenti da portare a conoscenza del destinatario, rispettivamente, ai sensi degli artt. 170 e 192 c.p.c.

[65] Il principio della scomposizione degli effetti della notificazione, introdotto dalla Corte costituzionale per contemperare le esigenze di tutela del notificante e del notificato, non dovrebbe avere più ragion d'essere, perché momento della trasmissione del documento informatico e momento della sua ricezione nella casella di posta elettronica destinatario praticamente coincidono e la notificazione telematica si presta ad un'agevole verifica in tempo reale del suo perfezionamento.

legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, nonché per il cittadino dall'elenco reso consultabile ai sensi dell'articolo 7 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 maggio 2009".

Eseguita la notificazione, lo stesso sistema "trasmette per via telematica a chi ha richiesto il servizio il documento informatico con la relazione di notificazione sottoscritta mediante firma digitale e congiunta all'atto cui si riferisce, nonché le ricevute di posta elettronica certificata".

Nel secondo caso (notificazione diretta tra avvocati), il difensore trasmette copia informatica dell'atto sottoscritta con firma digitale all'indirizzo di posta elettronica certificata del collega destinatario risultante dal registro generale degli indirizzi elettronici, nella forma di allegato al messaggio di posta elettronica certificata inviato al destinatario[66].

Nel corpo del messaggio è inserita la relazione di notificazione che contiene le informazioni di cui all'art. 3, comma 2°, l. 21 gennaio 1994, n. 53, dell'indirizzo di posta elettronica certificata presso il quale l'atto è stato inviato, nonché del numero di registro cronologico di cui all'art. 8 della medesima legge.

---

[66] L'art. 25 l. n. 183 del 2011 ha modificato anche la l. 21 gennaio 1994 n. 53, recante "facoltà di notificazioni di atti civili e stragiudiziali per gli avvocati e procuratori legali", prevedendo la possibilità per l'avvocato di effettuare la notifica a mezzo PEC, ove sia possibile reperire l'indirizzo del destinatario da pubblici elenchi, "con le modalità previste dall'art. 149-*bis* c.p.c., in quanto compatibili, specificando nella relazione di notificazione il numero di registro cronologico di cui all'art. 8", stessa l. n. 53 del 1994. Con riferimento alla facoltà dell'avvocato, "munito della procura e dell'autorizzazione di cui all'art. 1" di eseguire direttamente "notificazioni in materia civile, amministrativa e stragiudiziale" (art. 4, l. n. 53 del 1994), deve rilevarsi che ove ciò avvenga mediante posta elettronica certificata non è necessario che notificante e notificato siano iscritti allo stesso albo. Tale ultimo requisito, invece, ai sensi del nuovo comma 2° dell'art. 4 l. n. 53 del 1994, continua ad essere previsto – unitamente alla previa vidimazione, con connessa apposizione della data, da parte del consiglio dell'ordine della copia dell'atto – in caso di notifica mediante consegna di copia dell'atto nel domicilio del notificante. Il comma 4° dell'art. 25 l. n. 183 del 2011 ha aggiunto, infine, all'art. 16 d.l. n. 185 del 2008, il comma 7°-*bis,* ai sensi del quale "l'omessa pubblicazione dell'elenco riservato previsto dal 7° comma, ovvero il rifiuto reiterato di comunicare alle pubbliche amministrazioni i dati previsti dal medesimo comma, costituiscono motivo di scioglimento e di commissariamento del collegio o dell'ordine inadempiente".

Peraltro, come si era avvertito all'inizio di queste note, ai sensi dell'art. 34, l'utilizzazione del nuovo sistema fondato sulla posta elettronica certificata dipende ancora da atti normativi che dovranno essere emanati "dal responsabile per i sistemi informativi automatizzati del Ministero della giustizia, sentito DigitPA e, limitatamente ai profili inerenti alla protezione dei dati personali, sentito il Garante per la protezione dei dati personali".

Conseguentemente, all'art. 35, si prevede ancora "un periodo transitorio non superiore a sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto"[67] di convivenza tra le nuove caselle e i vecchi indirizzi di cui all'art. 7 reg. 123 del 2001.

Il passaggio del processo civile telematico dalla vecchia piattaforma basata su gestore centrale e CPECPT alla PEC tradizionale che ogni avvocato, ai sensi del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, doveva comunicare al proprio ordine entro il 29 novembre 2009, si è completato lo scorso 19 novembre.

Tale transizione non è stata indolore: nel momento in cui si scrive, molti tra i principali ordini forensi italiani non hanno ancora comunicato gli albi completi di indirizzo PEC.

Inutile dire che questi ritardi, per l'incertezza che generano, potrebbero mettere a repentaglio il vero punto forte delle trasmissioni affidate a strumenti telematici: l'elisione alla radice di ogni possibile ipotesi di nullità, per vizi formali ed extraformali, del procedimento di notificazione.

6. *Conclusioni*

Indubitabilmente, con il d.p.r. n. 123 del 2001 si era assistito alla creazione di un impianto normativo serio e affidabile, idoneo a convincere anche i più diffidenti che l'innesto tecnologico avrebbe dato nuova linfa all'antica macchina della giustizia.

Nell'esatto momento in cui le fattezze del processo telematico cominciavano ad assumere forma concreta, si è invece deciso di abbandonare quel progetto e di incamminarsi su una nuova strada.

[67] Ovvero fino al 18 novembre 2011.

La scelta del legislatore non è stata salutata favorevolmente dalla dottrina, che ha subito individuato i concreti rischi che tale operazione può comportare[68].

Ha nuociuto, poi, al processo telematico la vera e propria "indigestione" tecnico-normativa che lo ha connotato, prima, durante e dopo la sua creazione.

Sarebbe auspicabile, dunque, che il legislatore provvedesse ad una razionalizzazione della legislazione sul processo telematico, che riunisca in un'unica fonte normativa tutte le disposizioni che lo riguardano, rendendo nel contempo più chiari e comprensibili i precetti del formalismo digitale.

È, d'altro canto, ferma convinzione, largamente diffusa tra i giuristi, che un'utilizzazione sempre più estesa del mezzo informatico possa contribuire a razionalizzare il lavoro degli operatori della giustizia e in particolare possa servire a velocizzare in modo decisivo l'attività dei servizi di cancelleria, a migliorare l'assistenza ai magistrati e l'afflusso degli avvocati negli uffici e per ciò stesso ad assicurare maggiore efficienza all'amministrazione della giustizia, facendo in modo che il principio dell'*access to justice* torni ad essere realmente garantito.

Tutto ciò, però, può avvenire solo quando l'informatica sia in grado di svolgere la funzione servente che le è propria, senza prevaricare sulle forme e i modelli processuali, rispettando degli obiettivi prefissati e assicurando, in termini di certezza del diritto, i risultati che è in grado via via di raggiungere. Le procedure informatiche infatti non possono prescindere dalla specificità dei diversi contesti normativi[69].

---

[68] Cfr. Sala, *Il processo telematico del 2010*, cit., p. 182; Rognetta, *Le nuove notifiche telematiche nel D.L. 193/2009*, in www.altalex.it.; Ferrari, *Il processo telematico alla luce delle più recenti modifiche legislative*, cit., p. 1391.

[69] A meno che non sia la legge processuale ad adeguarsi alle esigenze informatiche, come autorevoli maestri, da tempo, auspicano: v. Costantino, *Note sulla struttura della decisione nei processi a cognizione piena: un modello per la consolle del giudice*, in Zan (a cura di), *Tecnologia, organizzazione e giustizia*, cit., p. 191 e specialmente p. 193, ove l'a. nota "in questa prospettiva, occorre anche prendere atto che può ormai ritenersi acquisito che l'efficienza della giustizia, e di quella civile in particolare, dipende prevalentemente dai profili strutturali, più che dalla disciplina processuale. La disciplina processuale costituisce una variabile, importante, ma non decisiva. Si può ritenere che faccia ormai parte del comune

Per altro verso, non si può negare che la piena valorizzazione della giustizia digitale costituisce ormai l'unica speranza per il futuro della giustizia, soprattutto se non verranno elaborati più efficaci ed incisivi rimedi deflattivi in grado di arginare il pesante contenzioso civile accumulatosi. Ed è di tutta evidenza che la mediazione finalizzata alla conciliazione prevista dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28[70] non basta.

Ma ancora oggi, purtroppo, dobbiamo chiederci: quanti altri *bit* dovranno scorrere sotto il ponte della giustizia prima che la macchina del processo telematico possa funzionare a pieno ritmo?

Ai posteri l'ardua sentenza!

---

sentire che una eccellente disciplina del processo non garantisce affatto l'efficienza della giustizia, né che disposizioni raffazzonate impediscono un soddisfacente equilibrio tra efficienza e garanzie" e Carpi, *Spunti per l'unificazione dei modelli processuali tramite il Processo Telematico*, in Zan (a cura di), *Tecnologia, organizzazione e giustizia*, cit., p. 225, che esattamente osserva: "una approfondita meditazione sulle specifiche caratteristiche delle fasi iniziali dei riti esistenti, per rendere eventualmente più chiare e flessibili le relative norme disciplinatrici, e l'apertura ufficiale di una fase di consultazione sui requisiti indispensabili degli atti telematici sembrano dunque oggi più opportune di una corsa concitata al varo di nuove riforme".

[70] Pubblicato in G.U. n. 53 del 5 marzo 2010. In argomento v., tra gli altri, i saggi di Amendolagine, *Alcuni aspetti della mediazione "vista da vicino", tra utopia legislativa e prassi quotidiana* e Caponi, *Adesione e partecipazione alla mediazione*; Id., *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalit*à, tutti in www.judicium.it.

CONTRATTUALIZZAZIONE DEL PROCESSO CIVILE: PROSPETTIVE ITALIANE NEL SOLCO FRANCESE

Maria Giulia Canella

Ricercatore dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il negozio processuale. – 3. Contrattualismo e contrattualizzazione. – 4. La contrattualizzazione del processo civile italiano. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

La locuzione "contrattualizzazione del processo civile" individua la possibilità che quest'ultimo sia gestito, almeno parzialmente, in via convenzionale.

Tale affermazione deve però essere chiarita, poiché l'accostamento tra contratto (o contrattualizzazione) e processo può sembrare ad un primo sguardo poco coerente, ponendo apparentemente sullo stesso piano il potere giurisdizionale e quello privato di disposizione dei diritti soggettivi.

Si potrebbe infatti pensare che l'oggetto dell'indagine sia costituito dal tentativo di proporre una privatizzazione del processo oppure ancora dall'analisi dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie: in realtà la questione è di stretta attualità e non riguarda né la privatizzazione del processo statale, né direttamente le c.d. *ADR*[1].

[1] Si v. da ultimo LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in www.judicium.it.

Il tema verrà osservato come tendenza dell'ordinamento alla gestione condivisa del processo statale ed in questo senso la contrattualizzazione sarà analizzata sotto un duplice profilo.

Secondo una prima prospettiva, si tratta di associare il negozio di diritto civile al processo: questa operazione ermeneutica è stata già effettuata alla fine dell'Ottocento ed approfondita nella prima metà del secolo scorso con la figura del negozio processuale.

Tuttavia, se si trattasse "solo" di inserire il contratto di diritto civile nel contesto del processo statale, i problemi che si porrebbero sarebbero estremamente circoscritti, sebbene di difficile soluzione.

Ad esempio si porrebbe, come si è posto, il dubbio relativo alla espressa previsione legislativa dei vari negozi processuali, alla loro validità ed efficacia, alla possibilità dell'eventuale risarcimento dei danni in caso di inadempimento.

In questa prima accezione, solo in apparenza di più semplice soluzione, che corrisponde grosso modo all'interrogativo se un negozio può regolare il processo, l'indagine deve essere svolta da un punto di osservazione essenzialmente civilistico.

Sotto un secondo profilo, sicuramente più complesso, ma che apre più opzioni interpretative, la contrattualizzazione può invece essere analizzata dal punto di vista del contratto in senso ampio, come strumento di risoluzione dei conflitti[2].

Osservando così il fenomeno è però necessario risalire alle origini ed agli sviluppi più generali del problema e *a contrario*, anche a conferma della serietà della premessa, constatare che è in corso già da tempo nel nostro ordinamento un'evoluzione nel senso della contrattualizzazione del processo, nonché della negoziazione del pubblico potere in altri campi del diritto.

In primo luogo si deve fare riferimento ai temi del neo-contrattualismo e della contrattualizzazione e, in secondo luogo, è invece necessario pensare agli accordi in materia di lavoro (specialmente

[2] Supiot, *Homo juridicus*, Paris, 2005, trad. it., Milano, 2006, spec. p. 103 ss.

per quanto riguarda il pubblico impiego[3]) e alle convenzioni amministrative[4].

Per riprendere le fila del ragionamento generale, mentre l'indagine relativa al binomio negozio di diritto privato-processo, come accennato, è stata già effettuata da autorevole dottrina, ma ciò è avvenuto in un tempo ormai lontano, la seconda prospettiva, concernente la negoziazione in senso ampio del processo, per quanto risulta, non è mai stata oggetto di approfondimento.

Disegnato per sommi capi l'àmbito dell'indagine, *in primis* si ripercorrerà la teoria del negozio processuale che, sostanzialmente abbandonata, tuttavia può offrire lo spunto per nuove riflessioni; in un secondo momento si verificherà in quale modo la volontà delle parti in senso più ampio possa interagire con il processo (o sia opportuno che lo faccia).

L'attualità del tema è confermata sia a livello internazionale dall'esperienza dei *contrats de procédure* francesi[5] sia, a livello nazionale, da alcune novità legislative e di prassi finalizzate alla regolamentazione concordata del processo.

Sotto il profilo legislativo, infatti, con una disposizione assai recente e di portata generale, l'art. 2, comma 2°, del nuovo codice del processo amministrativo, articolo rubricato significativamente *Giusto processo* (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, all. 1), entrato in vigore il 16 settembre 2010, prevede che "Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo".

Nel processo amministrativo questa disposizione non sembra essere stata oggetto di indagine, costituendo (solo in apparenza) il

---

[3] Sgroi, *Dalla contrattualizzazione dell'impiego all'organizzazione pubblicistica dei pubblici uffici*, Milano, 2006, p. 38 ss.; Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, 2004, p. 30 ss.

[4] Bruti Liberati, voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, agg., I, Milano, 2001, p. 1 ss.; Greco, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, *passim*; Pizzi, *Le convenzioni amministrative: considerazioni sul regime giuridico applicabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 288 ss.

[5] Mi permetto di rinviare a Canella, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 549 ss.

secondo comma di un articolo contenente norme programmatiche che mirano all'attuazione dell'art. 111 cost.[6].

È tuttavia significativo che nella prima parte di un *corpus* di norme così recente il legislatore abbia deciso di porre in risalto la necessità della cooperazione tra parti e giudice.

Nel processo civile gli auspici per la cooperazione tra giudici e parti sono forse meno evidenti a livello generale, per quanto con l'introduzione dell'art. 81-*bis*, disp. att., c.p.c. da parte della l. 18 giugno 2009, n. 69, entrata in vigore il 4 luglio 2009, sia stata introdotta la possibilità che il calendario del processo sia stabilito dal giudice "sentite le parti"[7].

Il calendario del processo concordato tra parti e giudice evidenzia in ogni modo, e anche in questo caso, la volontà del legislatore di sollecitare il dialogo tra la magistratura e l'avvocatura per la gestione del processo e quindi, in ultima analisi, manifestando il favore per la negoziazione dell'aspetto più organizzativo della funzione giurisdizionale[8].

Dal punto di vista della prassi, si deve invece segnalare la recente e sempre maggiore crescita del numero e dell'àmbito di efficacia dei protocolli per la gestione dei processi civili all'interno delle singole giurisdizioni che, al fine di rendere più efficiente il processo,

---

[6] Il primo comma del medesimo art. 2 recita infatti: "Il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'art. 111, comma 1°, cost.". Sul punto v. Comoglio, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 633.

[7] Su cui si v. M. De Cristofaro, Case management *e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 282; Consolo, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 877; Salvaneschi, *La riduzione del tempo del processo nella nuova riforma dei primi due libri del codice di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1568; Fabiani, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1161 ss.; Picozza, *Il calendario del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1650; Briguglio, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in www.judicium.it; Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in www.judicium.it; Sassani, Tiscini, *Prime osservazioni sulla legge 18 giugno 2009, n. 69*, in www.judicium.it.

[8] Sulla distinzione tra potere più prettamente giurisdizionale e potere di governo del giudice, si v. Fabbrini, voce *Potere del giudice*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, p. 321, spec. 323 e *amplius infra*.

mirano ad integrare le norme processuali con la previsione di regole concordate tra avvocati e tribunali[9].

Apparentemente l'indagine relativa ai protocolli di procedura potrebbe sembrare di scarso valore sistematico, soprattutto se confrontata con le tematiche appena evidenziate del negozio processuale, del neo-contrattualismo e della contrattualizzazione, oppure con quelle relative alle modifiche legislative del processo.

In realtà i protocolli costituiscono la prova tangibile dell'esistenza di una tendenza del nostro ordinamento, sulla scia di altri ordinamenti europei, volta alla autoregolamentazione del processo e dunque dell'ingresso non programmato, probabilmente nemmeno desiderato, della volontà degli operatori del diritto nella gestione del processo.

Mi sembra dunque che l'evoluzione delle nostre norme processuali vada analizzata sotto il profilo della contrattualizzazione non tanto per approvare o dissentire, quanto per tracciare un quadro d'insieme nell'àmbito del quale inserire e valorizzare le tendenze riformatrici del processo.

2. *Il negozio processuale*

Due concetti generali e fondamentali determinarono la nascita del negozio processuale: quello di negozio giuridico e quello di rapporto processuale.

---

[9] Costantino, *Un protocollo romano per la gestione delle udienze civili: Presentazione*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 251; Caponi, *Per gli osservatori sulla giustizia civile*, in *Foro it.*, 2003, V, c. 253; Id., *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 7 ss.; Id., *Autonomia privata e processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, numero straord., p. 112 ss.; Id., *Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 334 ss., spec. c. 336; C. Graziosi, *La nuova figura del giudice civile tra riforme processuali, moduli organizzativi e protocolli d'udienza*, in www.judicium.it. Si v. altresì Canella, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, cit., p. 549 ss. Per una panoramica dei vari protocolli stipulati in Italia si v.: http://it.groups.yahoo.com/group/osservatori_giustiziacivile/; www.osservatoriogiustiziacivilefirenze.it.

Si tratta, come accennato all'inizio, della possibilità che una convenzione tra le parti influisca sulla regolazione del processo, anche se si deve comunque rilevare che tale idea non era del tutto nuova, perché già presente nel *iudicium* romano e nel processo medievale, sotto forma di contratto giudiziale.

Infatti la procedura dell'*Ordo Iudiciorum* e delle *legis actiones* si fondava su una speciale convenzione che si esprimeva attraverso le formalità ed i contenuti della *contestatio litis*[10], mentre in epoca medievale[11] si riteneva che il giudizio procedesse per mezzo di singoli contratti: esso consisteva essenzialmente in una serie di accordi che si succedevano, mentre al magistrato veniva attribuita la funzione di notaio[12].

Alla fine dell'Ottocento in Germania si pensò che la dichiarazione di volontà produttiva di effetti giuridici, così come si stava evolvendo nella teoria del negozio giuridico, potesse essere inserita nel contesto della teoria del rapporto processuale formulata da Bülow[13], in virtù della quale il processo si iniziava a delineare come un *aliud* rispetto al diritto sostanziale.

Per quanto concerne il primo aspetto, se più in generale l'elaborazione del concetto di negozio giuridico dal punto di vista sistematico ha avuto l'indubbio pregio di unificare molte categorie, soprattutto civilistiche[14], dall'altro lato, proprio la necessità di organizzare il diritto secondo categorie omogenee, nel caso del negozio proces-

---

[10] Fadda, Bensa, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1930, I, p. 706 ss.

[11] Diana, *La confessione giudiziale nel processo civile*, Torino, 1901, *passim*; Novelli, voce *Contratto giudiziale*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1938, p. 107 ss.

[12] Novelli, *op. ult. cit.*

[13] Bülow, *Die Lehre von den Prosesseinreden und die Prossesvoraussetzungen*, Giessen, 1868, *passim.* Anche Kohler fu tra coloro che teorizzarono l'esistenza del rapporto processuale: Kohler, *Prozess als Rechtverhältniss*, cit., *passim*. Si v. Ricca Barberis, *Due concetti infecondi: "negozio" e "rapporto processuale"*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, 191 ss. con postilla di Carnelutti; Liebman, *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 328 ss.

[14] Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 54 ss.; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, *passim*; Id., voce *Negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, 1965, p. 208 ss.; Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, rist. 1989, p. 125 ss.; Galgano, voce *Negozio giuridico (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 1977, p. 935. V. *contra* Conso, *op. ult. cit.*

suale, ha determinato l'effetto di utilizzare un concetto generalissimo, come quello del negozio giuridico, per descrivere due fenomeni molto lontani tra loro, come il contratto e il processo[15].

Il moderno concetto di contratto processuale fu formulato principalmente da Kohler[16], per quanto altri non meno illustri studiosi tedeschi ne avessero anticipato la concezione, sotto la diversa denominazione di negozio processuale[17].

Come appena accennato, nel processo romano e medievale la volontà privata produceva l'effetto giuridico di fare progredire il processo.

A differenza di quanto previsto in passato, la nozione tedesca di negozio processuale, e di coloro che in seguito approfondirono questo concetto in Italia, non fu invece mai impiegata per descrivere l'intero fenomeno processuale (come avveniva in epoche passate), ma fu utilizzata per individuare solo singoli segmenti del processo.

Infatti tale negozio non è utilizzato per descrivere il processo nella sua interezza, quanto piuttosto per individuare singole fasi del processo che subiscono gli effetti della volontà dei litiganti.

Deve inoltre rilevarsi l'incerta estensione del concetto di negozio processuale che va dal più ampio (e più antico) significato che assume ove designa la domanda giudiziale, in quanto atto di disposizione del diritto sostanziale[18], fino a quello molto più circoscritto che esso ha quando, per esempio, è riferito all'accordo delle parti per derogare la competenza territoriale.

Nel significato più ampio il concetto di negozio processuale risente ancora in modo evidente dell'influenza dell'"antenato" con-

---

[15] Decisamente contrario alla utilizzazione del concetto di negozio giuridico nel diritto pubblico Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 74 ss.

[16] Kohler, *Der Prozess als Rechtsverhältniss*, Mannheim, 1888, p. 62. Più specificamente Id., *Ueber prosessrechtliche Verträge und Creationem*, in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprosess*, Berlin, 1894, spec. pp. 127-129, 165, 219, 253-259.

[17] Wach, *Das Geständniss. Ein Beitrag zur Lehre von dem prozessualischen Rechgeschäft*, in *Arch. civ. Pr.*, 1881, LXIV, p. 238, con particolare riguardo agli atti processuali dispositivi di situazioni sostanziali (come ad esempio la confessione o il componimento giudiziale); Trutter, *Ueber prozessualische Rechgeschäfte*, München, 1890, p. 63 ss., con particolare riguardo alla domanda giudiziale.

[18] In questo senso Trutter, *Ueber prozessualische Rechgeschäfte*, cit.

tratto giudiziale, mentre nell'accezione più restrittiva, come si vedrà nel prosieguo, può costituire ancora oggi uno strumento funzionale alla regolazione del processo.

Quanto al secondo aspetto, il negozio processuale si inseriva nell'àmbito di un processo che si andava separando dal diritto sostanziale, attraverso la *fictio* del rapporto processuale.

Oltre a ciò, esso si dovette confrontare con le caratteristiche della giurisdizione nello Stato moderno, così come si andava evolvendo tra l'Ottocento e il Novecento, e pertanto subì alterna fortuna.

In Italia, in particolare, prima dell'entrata in vigore del codice del 1942, un processo civile "ad alto tasso di disponibilità" lasciò inizialmente agli studiosi la libertà di indagare l'argomento privi di preconcetti sull'accostamento del negozio al processo.

L'approvazione del nuovo codice, di segno fortemente pubblicistico rispetto al previgente, ha costituito invece un grave limite allo sviluppo più recente della figura giuridica in esame.

Infatti, se fino all'inizio del secolo scorso il negozio processuale costituì l'oggetto di approfondimento da parte dei maggiori processualisti italiani che ne inserirono l'analisi nell'àmbito delle proprie impostazioni sistematiche[19], parte della dottrina ha evidenziato che "sul punto la letteratura italiana conserva attualmente, di regola, il silenzio, rotto talvolta da qualche breve voce enciclopedica[20], da qualche nota a sentenza[21], nonché da qualche osservazione a piè di pagina negli studi monografici dedicati ad altri argomenti. Il tema appare attualmente un ramo piuttosto secco nella riflessione italiana contemporanea"[22].

---

[19] Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 1923, ried. 1965, Napoli, p. 96; Mortara, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, s.d., II, p. 552 ss.; Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, V (364). Si v. altresì Costa, *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*, Bologna, 1921, p. 120 ss.; Donà, *Del negozio giuridico processuale*, Milano, 1930, *passim*. Più di recente De Stefano, *Studi sugli accordi processuali*, Milano, 1959, *passim*.

[20] Satta, voce *Accordo processuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, pp. 300-301; Denti, voce *Negozio processuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 138 ss.

[21] Tombari Fabbrini, *In tema di "*pactum de non exsequendo*"*, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1846.

[22] Caponi, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, numero straord., p. 112 ss.

Per effettuare una breve ed estremamente difficile sintesi sul concetto di negozio processuale così come si è venuto a delineare nel tempo, si devono osservare diversi punti critici: *a)* la denominazione che, a seconda delle impostazioni, va da *contratto*, a *negozio* fino ad *accordo processuale*; *b)* l'estensione del concetto; *c)* gli effetti della volontà delle parti sulla sequenza processuale.

a) Per quanto riguarda la denominazione, Kohler parla di *Vertrag* (contratto, accordo), mentre altri lo indicano come negozio giuridico (*Rechgeschäft*) processuale.

Per evidenziare l'importanza che ha assunto tale denominazione, basti rilevare che in Italia Satta[23] contrasta vivacemente la figura del contratto processuale, soprattutto per i risvolti che avrebbe sulla disciplina dell'eventuale "inadempimento", mentre ammette senza alcuna riserva quella dell'accordo processuale, quale incontro di volontà dello stesso segno, tanto da dedicarvi una, seppur breve, voce enciclopedica[24].

Carnelutti si sofferma invece sulla diversa denominazione e sulla presunta diversa natura dell'incontro di volontà delle parti nel processo, dedicandovi brevi ma estremamente approfondite riflessioni, nelle quali evidenzia come, a fianco di accordi in cui la volontà delle parti è finalizzata al medesimo scopo, nulla osta alla utilizzazione della figura del contratto anche nel diritto processuale, come incrocio di volontà divergenti, salvo poi evidenziare che passando dal diritto privato a quello processuale la figura del contratto si trasforma profondamente[25].

Più di recente, Denti dedica una scettica voce enciclopedica al negozio processuale ove, sostanzialmente in accordo con la appena citata impostazione di Carnelutti, ma alla luce di impostazioni più moderne tendenti a mettere in risalto la volontà in determinati tipi di atti processuali, evidenzia che, anche ove tale volontà influisce sul

---

[23] Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, p. 43 ss.

[24] Satta, voce *Accordo*, cit., p. 300 s.

[25] Carnelutti, *Contratto e diritto pubblico*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, p. 13 ss.

processo, le regole applicabili devono prescindere da classificazioni di stampo civilistico[26].

Nessuno nega però la possibilità che la volontà delle parti influisca sulla regolazione del processo, poiché in determinati casi ciò è previsto dalla legge: qualificarlo poi come contratto, negozio o accordo, mi sembra che implichi semplicemente intendersi sull'accezione da utilizzare, poiché in ogni caso è impossibile fare riferimento *sic et simpliciter* al contratto di diritto civile.

b) Quanto alla estensione del concetto di negozio (contratto o accordo) processuale, come già accennato, le impostazioni più risalenti vi riconducevano la domanda giudiziale.

Prescindendo da tale obsoleta ricostruzione le altre ipotesi sono varie.

Secondo la convincente classificazione di Denti esistono negozi che si formano fuori dal processo ed influiscono sul processo (ad esempio l'accordo sulla competenza[27] e sulla giurisdizione (straniera), il compromesso, il patto per escludere l'appello *ex* art. 360 c.p.c., l'acquiescenza di cui all'art. 329 c.p.c., ecc.) ed atti processuali che contengono accordi destinati ad avere effetti sul piano sostanziale (ad esempio l'istanza congiunta di assegnazione di immobile indivisibile)[28].

Satta, parlando di accordi processuali, distingue anch'egli quelli stipulati fuori dal processo che hanno efficacia sul processo (sempre l'accordo sulla competenza, ma anche l'accordo sull'onere della prova di cui all'art. 2698 c.c., i *pacta de non petendo* e *de non exsequendo*, le clausole limitative della proponibilità delle eccezioni *ex* art. 1462 c.c.) da quelli che si stipulano nel processo ed hanno efficacia sul processo stesso (ad esempio l'accordo sulla sospensione del processo e sul giudizio di equità di cui all'art. 114 c.p.c.): solo questi ultimi sarebbero disciplinati da norme processuali e ciò avrebbe rilievo soprattutto per ciò che concerne la disciplina sotto il

---

[26] Denti, voce *Negozio processuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 138, spec. p. 145.

[27] Si v. anche Bessone, *Aspetti sostanziali ed aspetti processuali dell'accordo di deroga alla competenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1064.

[28] Denti, *op. ult. cit.*, loc. cit.

profilo temporale e spaziale, ad esempio per ciò che concerne il regolamento della forma[29].

Vi sono poi accordi che sono stipulati nel processo ed hanno efficacia sul processo, ma solo perché incidono sul diritto sostanziale, come nel caso della conciliazione giudiziale[30].

Si deve invece escludere, alla luce delle impostazioni più recenti, che possano essere qualificati come negozi processuali il giuramento e la confessione giudiziale, per quanto quest'ultima sia stata per lungo tempo considerata un esempio tipico di negozio processuale[31].

Mi sembra comunque che nulla osti alla futura previsione di nuove ipotesi di negozi processuali, nonostante essi si inseriscano nell'àmbito del processo ed incidano sulla funzione giurisdizionale, come si vedrà tra poco.

c) Quanto agli effetti della volontà delle parti sulla sequenza processuale, la premessa è costituita dalla ricostruzione dottrinale secondo cui l'atto processuale pone in essere una situazione processuale, che a sua volta determina il potere di porre in essere un altro atto processuale creatore di altra situazione giuridica, in modo da

---

[29] Satta, voce *Accordo*, cit., spec. p. 301.

[30] Redenti, voce *Atti processuali civili,* in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 115.

[31] Si v. Diana*, op. ult. cit.*; Messina, *Contributo alla dottrina della confessione*, Sassari, 1902, p. 160; Carnelutti, *La prova civile: parte generale: il concetto giuridico della prova*, Milano, ried. 1992, p. 160. Si v. poi le osservazioni di Denti, *op. ult. cit.* Più di recente sulla natura della confessione giudiziale E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile*, Napoli, 2008, I, p. 107 ss.; Taruffo, *La semplice verità*, Bari, 2009, spec. p. 122 ss. L'evoluzione più recente del dibattito sulla confessione giudiziale può essere considerata quella sulla contestazione/non contestazione, su cui si v. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, *passim*; Comoglio, voce *Allegazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 274; Id., *Le prove civili*, Torino, 2004, p. 73; Ciaccia Cavallari, *La contestazione nel processo civile*, Milano, 1992-1993, *passim*; Del Core, *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. civ.*, 2004, II, p. 112; Proto Pisani, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 606.

modellare una concatenazione di atti e situazioni che costituiscono il processo stesso[32].

Nell'àmbito di tale sequenza è dunque necessario domandarsi come si inserisce il negozio processuale e, in ultima analisi, la volontà delle parti.

Posto che il processo è una sorta di catena costituita dall'alternarsi ritmico delle particelle elementari rappresentate dallo schema atto processuale - situazione giuridica - atto processuale - situazione giuridica; posto che la situazione giuridica è creatrice del potere di porre in essere l'atto processuale; posto che la sequenza procede solo attraverso questa alternanza di potere (creato dalla situazione) e di atto processuale, ci si deve domandare:

1) se il negozio processuale può sostituirsi all'atto processuale nella creazione della situazione giuridica facendo procedere la sequenza;

2) se l'eventuale effetto creatore della situazione giuridica è un effetto diretto o indiretto del negozio processuale;

3) se tutti i negozi processuali incidono nello stesso modo sul processo.

Quanto a *sub 1)*, si tratta con tutta evidenza della questione di più difficile soluzione.

Secondo l'originaria impostazione di Kohler i negozi processuali si dividevano in due categorie.

Una prima, costituita da negozi dotati di efficacia diretta, che avrebbe avuto l'effetto tipico di creare una situazione processuale, analogamente a quanto si produceva in forza di un atto processuale: ciò sarebbe potuto avvenire perché il contesto pubblico in cui il negozio processuale si esplicava, cioè il processo, determinava in quanto tale la creazione della situazione processuale.

---

[32] Carnelutti, *Sistema di diritto processuale*, II, p. 73; Andrioli, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 473; Cordero, *Le situazioni soggettive*, Torino, 1956, p. 208. Si v. anche Allorio, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1969, p. 454, per quanto riguarda in particolare la distinzione tra atti processuali in senso stretto ed atti processuali normativi: questi ultimi a cui sarebbero riconducibili i negozi processuali. Si v. anche Liebman, *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, cit., p. 333.

Quest'ultima non sarebbe stata in tal caso prodotta dall'atto processuale, bensì dalla concorde volontà delle parti.

Esistono infatti casi, come quello dell'accordo sulla competenza, in cui si determinano effetti giuridici (creazione della situazione processuale, analogamente a quanto avverrebbe ad opera di un atto processuale) direttamente sul processo per effetto di un negozio stipulato *inter partes* o del rilievo della relativa eccezione.

Una seconda categoria di negozi avrebbe invece prodotto sul processo solo effetti indiretti, che si sarebbero configurati quando la situazione processuale non era disponibile ad opera della volontà delle parti: in tali ipotesi il negozio non sarebbe stato in grado da solo di creare o modificare la situazione processuale in via diretta.

In questi casi, secondo Kohler, il mancato accordo avrebbe potuto fondare un'azione civile per danni oppure la richiesta di annullamento della situazione processuale.

Nell'ipotesi dei negozi processuali con effetti indiretti, la volontà delle parti opererebbe sempre tramite il negozio processuale, ma non potrebbe creare la situazione processuale (perché indisponibile), bensì solo rimuoverla o modificarla.

Infatti il processo tendenzialmente non si ferma: ciò implica che, nonostante la presenza di un eventuale negozio processuale che incide su situazioni indisponibili, nella causa si crei comunque una situazione processuale, non determinata dal negozio, ma dall'atto processuale ricompreso automaticamente nella sequenza a causa.

Mi spiego meglio attraverso l'esempio di un ipotetico negozio processuale impossibile, poiché incide su una situazione giuridica indisponibile.

Le parti si accordano per prorogare i termini per il deposito della comparsa conclusionale, termini contemplati dalla legge ed indisponibili, la cui previsione espressa è contenuta nell'ordinanza di rimessione in decisione della causa.

In forza dell'atto processuale del giudice si crea il potere delle parti di depositare la comparsa nel termine di 60 giorni previsto dall'art. 190 c.p.c.: la situazione giuridica di potere delle parti è determinata dall'atto del giudice e non è disponibile, perciò l'accordo non produce alcun effetto.

Se l'accordo fosse possibile (o meglio se la situazione fosse disponibile), secondo l'impostazione strettamente contrattualistica di Kohler, le parti potrebbero alternativamente chiedere l'annullamento della situazione processuale prodottasi tramite l'ordinanza del giudice (previsione del termine di 60 giorni dalla rimessione in decisione di cui all'art. 190 c.p.c.) o la modifica del termine di legge con quello prorogato di cui all'accordo, oppure ancora iniziare un'azione per danni.

Anche secondo Mortara, che forse non a caso parla di contratto e non di negozio processuale, il fatto che esso sia stipulato in occasione del processo non comporterebbe alcuna deviazione dalla disciplina dei contratti ordinari: esso sarebbe sottoposto al sindacato giurisdizionale, anche non esistendo una figura generale di contratto giudiziale[33].

Questa impostazione strettamente contrattualistica è la più risalente ed è decisamente superata.

A ben vedere, ed in prima approssimazione, se ci si limita a considerare negozi processuali solo quelli previsti dalla legge, non si pone alcun problema di adempimento, poiché l'eventuale mancato "rispetto" dell'accordo si risolve sempre tramite il rilievo della relativa eccezione all'interno del processo, con la conseguente decisione del giudice su di essa.

Problemi di "adempimento" del negozio processuale si pongono invece solo nel caso in cui si ammettano negozi processuali innominati.

Quanto a *sub 2)*, cioè se la creazione della situazione processuale costituisce un effetto diretto o indiretto del negozio, mi sembra che, nei casi il cui il negozio processuale è previsto dalla legge, il negozio crea direttamente la situazione giuridica.

Seguendo lo schema processuale appena individuato (atto – situazione - atto) tale creazione può tuttavia avvenire in modo diverso, a seconda del comportamento concreto delle parti.

Infatti, ad esempio, l'attore può adire il giudice territorialmente indicato come competente nel negozio processuale in deroga alla norma di legge, senza che il convenuto eccepisca alcunché, oppure,

[33] Mortara, *op. ult. cit.*, loc. cit.

sempre l'attore può adire il giudice incompetente secondo l'accordo ed il convenuto, proponendo la relativa eccezione e provocando la decisione positiva del giudice, può determinare mediatamente la creazione della situazione giuridica consistente nell'individuazione del giudice competente.

Invece, nei casi di accordi non previsti dalla legge, sebbene l'eccezione sia sempre proponibile, il giudice non può decidere positivamente su di essa, come nell'esempio impossibile appena fatto, relativo alla modifica del termine perentorio di cui all'art. 190 c.p.c., perché la situazione processuale è indisponibile.

In tali casi il negozio processuale non ha effetti né diretti, né indiretti.

Quanto a *sub 3)*, cioè se i diversi negozi processuali incidono tutti allo stesso modo sul processo, si deve rilevare, come accennato, che vi sono negozi processuali di diverso contenuto, e per questo essi incidono diversamente sulla sequenza del processo.

Alcuni di essi, come quelli che determinano l'organo decidente (l'accordo di proroga della giurisdizione[34], della competenza ed il compromesso, l'accordo sul ricorso per cassazione *per saltum* di cui all'art. 360 c.p.c.), è evidente che operano in modo essenziale sull'incedere della sequenza processuale.

Stesso ragionamento vale anche per l'acquiescenza.

Diversamente, i negozi relativi alle prove[35] ed altri accordi di nuovo conio, come quelli sul calendario del processo, che a mio parere, come spiegherò meglio in fine, può essere considerato un negozio processuale, costituiscono un mero accidente rispetto alla sequenza[36].

In queste ultime ipotesi il negozio crea pur sempre una situazione processuale ma, rispetto al procedere innanzi della sequenza, non è essenziale.

---

[34] Come l'accordo con cui si deroga alla giurisdizione straniera di cui all'art. 4, l. n. 218 del 1995, ma si pensi anche alla controversa presa di posizione delle Sezioni unite sull'art. 37 c.p.c. (Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1071 con nota di E.F. Ricci, *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*).

[35] Come quello di cui all'art. 2698 c.c.

[36] Denti, voce *Negozio processuale*, cit., spec. p. 142 s.

Fatte queste brevi considerazioni, mi pare che la figura del negozio processuale non possa dirsi scomparsa, quanto piuttosto integrata completamente nel processo.

Ammetterne l'esistenza non implica in alcun modo il rinvio alle norme civilistiche sui contratti, poiché dal punto di vista dinamico (adempimento) il negozio processuale opera all'interno della causa tramite la tecnica del tempestivo rilievo della eccezione.

Come già osservato, queste considerazioni valgono però solo per le ipotesi di negozi processuali nominati, mentre per quelli non previsti dalla legge si pongono diversi tipi di problemi, non solo per quanto concerne l'ammissibilità, ma anche riguardo alla loro eventuale "eseguibilità".

A latere e sempre riguardo all'ammissibilità dei negozi processuali, si deve rilevare la qualificazione come tali dei *pacta de non petendo*[37] e *de non exsequendo*, creati dalla giurisprudenza, ma che non sono in alcun modo previsti dalla legge.

A mio parere entrambi i *pacta* possono essere ricondotti alla disposizione del diritto sostanziale ed, in particolare, il primo come rinuncia al diritto sostanziale sottostante ed il secondo come modifica della disciplina sostanziale determinatasi a sèguito del giudicato: in realtà soprattutto il secondo presenta profili processuali evidenti[38].

Ci si deve dunque domandare se nella ipotizzata contrattualizzazione del processo civile è implicita la rivitalizzazione del negozio processuale oppure se, per descrivere il ruolo della volontà di parte nel processo, tale concetto deve considerarsi ormai superato.

---

[37] Segre, *Sull'efficacia del "*pactum de non petendo*"*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 1062 ss; Moschella, "Pactum de non petendo", in *Dizionario pratico dir. priv.*, Milano, 1938, V, p. 18 ss.; Redenti, *Diritto processuale civile*, Milano 1957, I, p. 74 ss.; Gallo, *Sull'asserita sopravvivenza del "*pactum de non petendo*" nel diritto civile italiano*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 129 ss., Cass., 7 giugno 2000, n. 7717, in www.dejure.it; Trib. Napoli, 22 ottobre 2002, in www.dejure.it; Cass., 12 aprile 2006, n. 8606, in www.dejure.it; Cass., 19 ottobre 1995, n. 10887, in www.dejure.it; Cass., 27 marzo 1097, n. 1776, in www.dejure.it.

[38] Infatti mentre la giurisprudenza generalmente l'ha ritenuto ammissibile solo se stipulato dopo il giudicato, più di recente ne è stata ammessa la stipulazione preventiva. Si v. Cass., 12 agosto 1991, n. 8774 con nota di Tombari Fabbrini, *op. ult. cit.*; Trib. Milano, 17 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 945.

3. *Contrattualismo e contrattualizzazione*

Al fine di spiegare il fenomeno della contrattualizzazione, ed in particolare quella del processo civile, è opportuno fare un brevissimo cenno alla teoria neo-contrattualista di John Rawls[39] ed al processo di contrattualizzazione delle funzioni pubbliche.

Infatti il concetto di "neo-contrattualismo" e quello di "contrattualizzazione" sono differenti, in quanto il primo indica l'impostazione filosofica secondo cui il legame contrattuale rappresenta la manifestazione più compiuta del vincolo sociale, destinato a sostituirsi ovunque agli imperativi unilaterali della legge, mentre il processo di contrattualizzazione individua l'estensione oggettiva del ricorso alle tecniche contrattuali[40].

Anche se l'opera filosofica di Rawls è di respiro estremamente più vasto ed è finalizzata alla creazione di una teoria generale della giustizia, proprio in quest'opera fondamentale[41] il filosofo americano afferma che principi di giustizia di derivazione consensuale procurano vantaggi in quanto superano le pretese contrastanti: il termine "contratto" utilizzato implica sia che la pluralità degli interressi confluiscono nelle regole, sia che tali regole risultano da una adeguata suddivisione dei benefici, in modo che essa sia accettabile per tutte le parti[42].

Da una prospettiva differente, perviene a conclusioni simili il filosofo francese Jean-François Lyotard[43], che ha elaborato la fondamentale categoria interpretativa della società contemporanea, quella della società "postmoderna", la cui caratteristica peculiare è costituita dal venir meno delle grandi impostazioni filosofiche (illuminismo, idealismo, marxismo) che hanno giustificato ideologicamente la coesione sociale.

---

[39] Rawls, *A theory of justice*, 1971, Cambridge, Mass., ried. 1999, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Milano, 2008, p. 32 ss.; Id., *Justice as fairness: A Restatement*, Cambridge, Mass., 2001, trad it., *Giustizia come equità: una riformulazione*, Milano, 2002, p. 45 ss. Si v. di recente Maffettone, *Introduzione a Rawls*, Bari, 2010, p. 23 ss.

[40] Supiot, *Homo juridicus*, cit., p. 109.

[41] Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., *passim*.

[42] Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 37.

[43] Lyotard, *La condition postmoderne*, Parigi, 1979, *passim*.

Nell'àmbito di questo differente scenario si rende necessario reperire nuovi parametri organizzativi, che in particolare vengono individuati da Lyotard nell'utilizzazione dello strumento negoziale.

Sul solco di quest'ultimo, il giurista francese Jacques Chevallier, nella sua opera dedicata alla Stato postmoderno[44], rileva che nell'evoluzione dal diritto moderno a quello postmoderno si passa da un modello di norme prescrittive ad una tecnica di formazione ambivalente della regola di diritto, nell'àmbito della quale il legislatore tende a fissare degli obiettivi, oppure si limita a impartire delle direttive, oppure ancora formula raccomandazioni.

Si tratta del c.d. *soft law* o *droit doux* che, deprivato della componente prescrittiva, si trasforma inevitabilmente in un diritto privo di confini certi (c.d. *fuzzy law* o *droit flou*).

Nell'àmbito di questo diritto si moltiplicano raccolte di norme sotto la denominazione di termini vaghi come *carta*, *accordo* oppure ancora quelli di *principi* o *standards*, creandosi in tal modo una zona di incertezza e di indeterminazione causata dal venir meno della rigida predeterminazione delle regole di diritto.

È dunque necessario che il diritto sia animato da pragmatismo permettendo alle norme di agire efficacemente sulla realtà e questa preoccupazione d'efficacia modifica anch'essa la tradizionale concezione della formazione del diritto.

Infatti la rigidità del diritto cede il passo alla flessibilità e la tendenziale stabilità della norma lascia spazio alla capacità della norma stessa di adattarsi alle diverse situazioni pratiche.

Così la tecnica di produzione giuridica tradizionale si modifica a favore di un diritto di formazione consensuale, nell'àmbito del quale i destinatari delle norme sono sempre più spesso associati al processo di produzione del diritto stesso: la "contrattualizzazione" ha finito per costituire un aspetto emblematico della post-modernità[45].

In questo senso si era già espresso sostanzialmente Massimo Severo Giannini[46], quando affermava che nello Stato pluriclasse, succeduto allo Stato monoclasse borghese, si rilevava "l'aumento dei

---

[44] Chevallier, *L'État post-moderne*, Parigi, 2008, p. 143.
[45] Chevallier, *L'État post-moderne*, cit., p. 137 ss.
[46] Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, spec. p. 125.

moduli convenzionali in uso per lo svolgimento di attività amministrative".

Quanto alla contrattualizzazione, nell'accezione sopra evidenziata di estensione oggettiva del ricorso a tecniche contrattuali, essa costituisce un'espressione di questa tendenza più ampia, che finisce inevitabilmente per influenzare anche il processo civile.

4. *La contrattualizzazione del processo civile italiano*

Nonostante quanto appena detto, il processo italiano non si presta alla deformalizzazione delle regole.

La rigidità della norma processuale, poiché inserita nel contesto della sequenza della causa, acquisisce infatti un valore più profondo rispetto ad altri campi del diritto.

In particolare i requisiti di "contenuto-forma" dell'atto processuale portano con sé la sublimazione delle forme: il principio della rispondenza della forma alla sostanza esalta la regola processuale dettata dalla legge e le affida addirittura la descrizione del contenuto dell'atto.

In tal senso è la legge stessa ad intervenire per determinare come e con quali effetti il pensiero umano possa essere versato all'interno di un atto processuale, predisponendo a tal fine veri e propri modelli di atti[47].

Non solo gli atti sono analiticamente descritti, ma anche la sequenza processuale è spesso disciplinata in modo estremamente dettagliato dalla legge, che indica termini e sancisce specifiche cause di nullità in caso di inosservanza delle scansioni imposte.

L'apparente rigidità del processo non è però fine a sé stessa, ma al contrario si giustifica appieno in tutti i casi in cui rappresenta la tutela di garanzie costituzionali.

Per quanto concerne, ad esempio, la forma degli atti, i requisiti di contenuto-forma della citazione di cui all'art. 163 c.p.c. sono in primo luogo l'espressione della volontà dell'attore (requisito di con-

[47] Redenti, *Diritto processuale civile*, cit., p. 112.

tenuto-forma dell'atto), cioè la proposizione della domanda, con il rispetto delle forme previste dalla legge, in secondo luogo garantiscono il convenuto riguardo al rispetto del principio del contraddittorio, infine ed in terzo luogo, tutelano entrambe le parti, sottoponendo chiaramente la decisione sulle pretese dell'attore al giudizio di un magistrato terzo ed imparziale, individuandolo nell'atto introduttivo attraverso le regole in materia di competenza.

Riguardo alla sequenza processuale, si può invece pensare al necessario spostamento della prima udienza che viene disposto dal giudice nel caso in cui il convenuto chiami in causa un terzo *ex* art. 167, comma 3°, c.p.c. (spostamento di termine che garantisce sia il terzo, sia l'attore), oppure il caso in cui a fronte dell'introduzione, anche solo eventuale, di nuovi mezzi di prova *ex* art. 183, comma 6°, n. 2, c.p.c., il giudice concede *ex lege* un termine di ulteriori venti giorni per le indicazioni di prova contraria.

Ci si può dunque domandare come un modello assai rigido e predeterminato dalla legge, ma soprattutto le cui rigidità sono in gran parte dettate dalla necessità di applicare garanzie costituzionali (garanzia di agire e di difendersi in giudizio *ex* art. 24, commi 1° e 2°, cost.; principio del contraddittorio, garanzia al giudice terzo ed imparziale, garanzia alla parità delle armi, *ex* art. 111, comma 2°, cost.), possa essere legittimamente inciso dalla tendenza più generale ad un'organizzazione normativa paratattica e dalla ricerca del consenso del destinatario delle norme giuridiche, secondo i modelli in senso lato consensuali cui ho fatto cenno.

In secondo luogo, e sempre in relazione al rapporto tra contrattualizzazione ed art. 111 cost., segnatamente con il comma 2°, ci si deve domandare se un eventuale *iter* di contrattualizzazione del processo civile sia funzionale a rendere effettiva tale norma costituzionale, secondo la quale, come noto, "la legge assicura la ragionevole durata del processo".

L'interrogativo non è di semplice né di univoca soluzione e mi sembra che una risposta rigorosa comporti l'analisi dettagliata delle norme processuali per verificare se ed in quale modo il nostro ordinamento consenta che norme, di origine in senso lato contrattuale, possano regolare la sequenza processuale, tenendo in considerazione che, secondo il dettato costituzionale, la ragionevole durata del processo deve essere assicurata "dalla legge".

Ciò può infatti significare due cose: in primo luogo, che solamente la legge può dettare norme di diritto volte alla regolamentazione più efficace del processo, ma tale impostazione più rigida è abbastanza agevolmente aggirabile[48]; in secondo luogo, che la ragionevole durata del processo non può essere assicurata da strumenti diversi dalla giurisdizione dello Stato.

Quanto a quest'ultimo profilo, mi sembra evidente che non solo per il legislatore italiano, ma in ogni parte del mondo, sono previsti (e necessari) metodi alternativi di risoluzione delle controversie, ove la soluzione delle controversie non è assicurata direttamente dalla legge processuale, metodi che però sono volti indirettamente ad assicurare la ragionevole durata del processo statale, sia eliminando parte delle controversie e devolvendole alla composizione di mediatori o alla cognizione di arbitri, sia disincentivando l'accesso alla giustizia statale, promuovendo il previo esperimento di tentativi di conciliazione stragiudiziale[49].

Una volta accettato, mi pare senza bisogno di alcuna argomentazione, l'assunto per cui il legislatore affida sempre più spesso a terzi la gestione della soluzione delle controversie civili, l'ulteriore questione che si pone è quella di sapere in primo luogo se nell'àm-

---

[48] Secondo l'orientamento che mi pare preferibile, la riserva di legge inserita nel 1999 non comporta in alcun modo la necessità che i processi richiedano "una rigida predeterminazione delle forme, delle fasi e delle scansioni cronologiche della attività processuali": infatti l'art. 111 cost. impone al legislatore di regolare il processo secondo i parametri del giusto processo, ma ciò non implica, ad esempio, che non si possa adottare uno schema procedimentale flessibile come quello camerale di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. (Trocker, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in Civinini, Verardi (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001, p. 36 ss., spec. p. 40). Sostanzialmente in accordo con l'impostazione appena illustrata, altra parte della dottrina sottolinea che la riserva di legge implica semplicemente che il processo non possa essere regolato da fonti normative diverse dalla legge e dunque riguarda solamente i rapporti tra potere legislativo ed altri poteri dello Stato legittimati ad emanare norme giuridiche e cioè, in pratica, tra potere legislativo ed esecutivo (Chiarloni, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., p. 13 ss., spec. p. 17 ss. Più di recente Id., *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 129 ss., spec. p. 132). Sul punto mi permetto di rinviare alle mie osservazioni in Canella, *op. ult. cit.*, loc. cit.

[49] Si v. in particolare il d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010 e le eventuali prospettive di incostituzionalità della mediazione obbligatoria, v. Caponi, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, in www.judicium.it.

bito del processo civile statale l'eventuale devoluzione parziale della normativa processuale ad un accordo che intervenga tra le parti della causa, o tra le parti e il magistrato, possa essere utile alla gestione più rapida o comunque più razionale del processo; in secondo luogo, è poi necessario verificare se, oltre ai casi già previsti dalla legge, il nostro ordinamento accetti che un accordo (tra le parti o tra le parti e un giudice) possa intervenire ed entro quali limiti nella regolazione del processo civile.

Per rispondere a questo interrogativo mi sembra necessario operare una suddivisione.

Infatti tra le norme processuali, la maggioranza è caratterizzata dalla indisponibilità della situazione giuridica sottostante ed è spesso finalizzata alla tutela di interessi sovraordinati.

Tali norme possono essere oggetto di un accordo delle parti che influisce direttamente sul processo solo nei casi previsti dalla legge (ad esempio l'accordo espresso per la deroga della competenza o della giurisdizione, la rinuncia all'appello *ex* art. 360 c.p.c., l'acquiescenza, i patti sull'onere della prova), anche se nulla osta a che il legislatore preveda in futuro altre ipotesi di accordi processuali.

Del primo gruppo, cioè tra le norme indisponibili, ve ne sono poi alcune, come ad esempio quelle sulla nullità degli atti processuali, che ammettono una deroga non ad opera di un accordo delle parti, ma per effetto del mancato tempestivo rilievo dell'eccezione.

Non si tratta in questi casi di situazioni (e dunque norme) processuali disponibili, come nei casi precedenti, perché la natura della norma, come osservato da Chiovenda[50], non può essere dedotta dagli effetti della sua inosservanza.

In tali ultime ipotesi accade "solo" che l'interesse generale si ferma innanzi al fatto compiuto, ma le parti non possono anticipatamente accordarsi (e dunque la norma non può dirsi disponibile) solo perché il giudice non potrà rilevare d'ufficio la sua inosservanza.

Vi sono poi norme processuali che, pur essendo strutturalmente integrate nella sequenza processuale, ricoprono funzioni differenti, in quanto riguardano l'amministrazione del processo, cioè l'eserci-

[50] Chiovenda, *op. ult. cit.*, loc. cit.

zio dei poteri c.d. "di governo" dello stesso da parte del giudice[51], quando cioè il magistrato fa uso della propria discrezionalità a soli fini organizzativi, come nelle ipotesi in cui si limita a fissare la data delle udienze o altri termini processuali: si tratta di poteri del giudice diversi da quelli dal cui esercizio discendono effetti sulla decisione.

In queste ipotesi non ha senso parlare di indisponibilità della norma processuale, poiché le norme (processuali) rivolte all'organizzazione del processo hanno l'unica funzione di dettare l'agenda del giudice.

Su queste norme organizzative, che non riguardano l'esercizio del potere giurisdizionale in senso stretto, mi sembra che possano intervenire liberamente accordi preventivi, successivi e contemporanei di varia natura tra le parti ed i giudici, senza che abbia alcun rilievo l'espressa previsione legislativa della possibilità delle parti di accordarsi sul processo.

Si deve rilevare che, a differenza dei negozi processuali "tipici", questa ultima categoria di accordi coinvolge anche il giudice.

Inoltre con il calendario del processo di cui all'art. 81-*bis*, disp. att., c.p.c.[52] il legislatore ha disciplinato espressamente un'ipotesi di questa ultima tipologia di convenzioni: l'accordo per organizzare le udienze successive è infatti caratterizzato dalla trilateralità, poiché interviene tra le parti ed il giudice.

---

[51] Contrapposti ai poteri del giudice dal cui esercizio discendono effetti sulla decisione, secondo la distinzione operata da Fabbrini, voce *Potere del giudice*, cit., p. 723; Proto Pisani, *Relazione conclusiva*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., p. 321.

[52] Il calendario del processo risulta "rafforzato" a séguito dell'intervento del legislatore del 2011 (art. 1-*ter,* l. n. 148 del 2001) secondo il quale l'art. 81-*bis* disp. att. c.p.c. recita ora: "Il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa, nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive, indicando gli incombenti che verranno in ciascuna di esse espletati, compresi quelli di cui all'art. 189, comma 1°, c.p.c. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini. Il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario di cui al comma precedente da parte del giudice, del difensore o del consulente tecnico d'ufficio può costituire violazione disciplinare, e può essere considerato ai fini della valutazione di professionalità e della nomina o conferma agli uffici direttivi e semidirettivi".

Come già accennato, mi sembra che essi possano essere compresi nella categoria dei negozi processuali, poiché comunque si inseriscono nella sequenza della causa.

Determinano infatti una situazione processuale, costituita dall'indicazione di termini perentori del processo per accordo tra parti e giudice ed il loro eventuale mancato rispetto può essere fatto valere all'interno del processo tramite eccezione e si vedrà tra poco che il nostro codice autorizza già questa lettura.

5. *Conclusioni*

L'analisi ha preso avvio dallo studio dell'ordinamento francese.

Oltralpe infatti l'adozione della forma convenzionale si inserisce nell'àmbito di una più ampia tendenza generale dell'ordinamento giuridico francese alla contrattualizzazione, oggetto di grande attenzione da parte di tutte le dottrine giuridiche[53].

[53] Chassagnard, Hiez, *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, *passim*; Ancel, *Contractualisation et théorie générale du contrat: quelques remarques méthodologiques*, in Chassagnard, Hiez (a cura di), *Approche renouvelée de la contractualisation*, Aix-Marseille, 2007, PUAM, p. 15 ss.; Peskine, *Contractualisation et droit du travail: de l'enterprise au réseau*, in Chassagnard, Hiez (a cura di), *Approche renouvelée*, cit., 47 ss.; Bissara, *De la société contractante à la contractualisation de la societé*, in Chassagnard, Hiez (a cura di), *Approche renouvelée*, cit., p. 53 ss.; Boillart, Leclerq, Lecocq, *Les services de la défense à l'heure de la contractualisation*, in Chassagnard, Hiez (a cura di), *Approche renouvelée*, cit., p. 95 ss.; Ballandras-Rozet, *La contractualisation du risque environnemental*, in Chassagnard, Hiez (a cura di), *Approche renouvelée*, cit., p. 113 ss.; Ancel, *Contractualisation et théorie générale du contrat: quelques remarques méthodologiques*, in Chassagnard, Hiez (a cura di), *Approche renouvelée de la contractualisation*, Aix-Marseille, 2007, PUAM, p. 15 ss.; Supiot, *Les deux visages de la contractualisation: déconstruction du droit et renaissance féodale*, in Chassagnard, Hiez (a cura di), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, 2007, PUAM, p. 19 ss.; Postel, *Contrat, Coercition et Institution: un regard d'économiste*, in Chassagnard, Hiez (a cura di), *Approche critique*, cit., p. 69 ss.; Serverin, *Lectures socio-juridiques sur l'État et le contrat*, in Chassagnard, Hiez (a cura di), *Approche critique*, cit., p. 95 ss.; Guérard, *Loi de programmation: Loi nouvelle ou contrat implicite?*, in Chassagnard, Hiez (a cura di), *Approche critique*, cit., p. 121 ss.; De Lamy, *Procédure et procédés (propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale)*, in Chassagnard, Hiez (a cura di), *Approche critique*, p. 149 ss.; Dekeuwer-Défossez, *La contractualisation*

Non sembra peraltro che in Francia il fenomeno della contrattualizzazione, ed in particolare quella delle norme processuali[54], abbia destato perplessità a causa della struttura di queste ultime, né abbia in alcun modo richiamato lo studio dei negozi processuali di origine tedesca.

Mi sembra invece necessario verificare se la contrattualizzazione del processo civile italiano implica l'adozione di un modello vecchio o nuovo di negozio processuale oppure ancora se, nelle pieghe della (ipotizzata) contrattualizzazione come fenomeno generale, sia ancora attuale la figura del negozio processuale.

In prima approssimazione non si può negare una certa contiguità tra il negozio processuale e la contrattualizzazione del processo, poiché in entrambi i casi la volontà delle parti influisce sulla regolazione del processo.

È tuttavia necessario, per così dire, sgomberare il campo dalle versioni più arcaiche: il processo non è costituito da un succedersi di contratti, né tantomeno è condivisibile l'impostazione secondo cui la domanda giudiziale è un negozio processuale[55].

Ciò detto, è evidente che nella sequenza processuale si hanno numerosi episodi in cui la volontà privata acquisisce rilievo.

---

de la famille, entre leurre et instrumentalisation, in Chassagnard, Hiez (a cura di), *Approche critique*, cit., p. 167 ss.; Rocard, *La malaise français en matière de contractualisation*, in Chassagnard, Hiez (a cura di), *Approche critique*, cit., p. 179 ss.; Ancel, voce *Contractualisation*, in Cadiet (a cura di), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 2004, PUF, p. 231 ss.; Cadiet, *Le spectre de la societé contensieuse*, in *Mélanges offerts à Gerard Cornu*, Paris, 1994, PUF, p. 29 ss.

[54] Cadiet, *Les jeux du contrat et du procès: esquisse*, in Aa. Vv., *Mélanges en l'honneur de Gérard Fajat. Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?*, Parigi, 1999, Frison-Roche, p. 23 ss.; Cadiet, *Liberté des conventions et clauses relatives au réglement des litiges*, in *LPA*, 5 mai 2000, p. 30 ss.; Normand, *Les facteurs d'accélération de la procédure civile*, in Aa. Vv., *Mélanges offerts à Pierre Drai. Le juge entre le deux millénaires*, Paris, 2000, Dalloz, p. 427, spec. p. 429 ss.; Cadiet, *Une justice contractuelle, l'autre*, in Aa. Vv., *Études offerts à Jaques Ghestin*, Parigi, 2001, LGDJ, p. 177 ss.; Cadiet, in Ancel, Rivier (a cura di), *Le conventionnel et le jurisdictionel dans le réglement des differends*, Parigi, 2001, Economica, p. 34 ss.; Chazal, voce *Justice contractuelle*, in Cadiet (a cura di), *Dictionnaire de la justice*, cit., p. 723 ss.; Cadiet, voce *Clauses relatives aux litiges*, in *Juris classeurs*, 2008, fasc. 190; Amrani-Mekki, *La déjurisdictionalisation*, in *Gazz. Pal.*, 4-5 juin 2008, *Doctr.*, p. 1425.

[55] Trutter, *Ueber prozessualische Rechgeschäfte*, cit.

Le tipologie di accordi che influiscono sul processo sono varie e a mio parere tutte devono essere ricomprese nella categoria dei negozi processuali in senso ampio.

Si tratta però di ipotesi diverse:

1) i negozi processuali propriamente detti (stipulati tra le sole parti) tipizzati dalla legge, nelle diverse forme classificate, ad esempio, da Denti e da Satta[56];

2) i negozi processuali (stipulati tra le sole parti, ma di dubbia natura) creati dalla giurisprudenza, come i *pacta de non petendo* e *de non exsequendo*[57];

3) gli accordi tra parti e giudice per concordare il calendario del processo *ex* art. 81-*bis*, disp. att., c.p.c.;

4) gli "accordi collettivi" tra presidenti dei singoli tribunali e dei consigli dell'ordine (e talvolta dei capi delle cancellerie) per l'integrazione delle norme processuali (c.d. buone pratiche), che a loro volta spesso contengono norme ulteriori, anche per il calendario del processo.

Da non ricondurre in alcun modo alla figura del negozio processuale sono invece le ipotesi, già descritte, in cui sulla situazione processuale influisce l'eventuale rilievo di un'eccezione, come ad esempio nel caso della nullità degli atti.

In quest'ultima ipotesi sarebbe infatti improprio parlare di negozio processuale, nemmeno implicito, poiché non esiste la possibilità che le volontà delle parti si incontrino autonomamente per produrre effetti processuali, direttamente o indirettamente, né la situazione processuale su cui si influisce può essere considerata in alcun modo disponibile, come rilevato già dal Chiovenda[58].

Tra l'altro, argomentando *a contrario*, si dovrebbero qualificare come negozi processuali tutte le innumerevoli ipotesi in cui l'eccezione non è rilevabile d'ufficio e la controparte omette di sollevarla.

Si deve dunque prendere atto che il nostro ordinamento prende già esplicitamente in considerazione l'ipotesi che il giudice pronunci ordinanza su accordo delle parti se quest'ultimo verte (non a caso,

---

[56] V. *supra*, n. 2.

[57] V. *supra*, n. 4.

[58] Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 83.

mi sembra) su una materia della quale le parti possono disporre (art. 177, comma 3°, n. 1, c.p.c.).

Per quanto riguarda il processo inteso come esercizio della giurisdizione in senso proprio, le uniche "materie disponibili" mi sembrano quelle riguardo alle quali la legge prevede espressamente per le parti la possibilità di accordarsi (e dunque i casi di accordi espliciti più volte menzionati).

Riguardo invece al processo inteso come amministrazione della giustizia, come avviene ad esempio quando si tratta di fissare udienze successive e termini non perentori, mi sembra al contrario che si tratti di materia disponibile, specialmente se l'accordo interviene non tra le sole parti, ma anche con il coinvolgimento del giudice.

Ciò significa che è possibile prevedere accordi, in particolare trilaterali, tra parti e giudice, anche in fattispecie ulteriori rispetto al calendario del processo di cui all'art. 81-*bis*, disp. att., c.p.c., ipotesi quest'ultima che ha il limite di poter essere utilizzata solo in una fase già avanzata della causa, cioè quando il giudice provvede sulle richieste istruttorie.

Per questo motivo i protocolli collettivi stipulati a livello locale possono contenere norme processuali ulteriori, ma solo se si tratta di materia disponibile e dunque senza sovrapporsi a norme di legge.

Nel momento in cui il giudice pronuncia la propria ordinanza nel processo in ossequio a quanto previsto nel protocollo, l'eventuale mancato rispetto di quanto disposto nell'ordinanza ed ove in quest'ultima si faccia menzione dell'accordo delle parti, la norma del protocollo è inserita a tutti gli effetti nella sequenza processuale ed è possibile far valere l'eventuale mancato rispetto di quanto previsto dall'ordinanza attraverso un'eccezione.

Tra l'altro, ai sensi del medesimo art. 177, comma 3°, c.p.c., tale ordinanza non è né modificabile, né revocabile.

Il crescente successo dei protocolli di udienza evidenzia che anche in Italia è in corso un fenomeno di contrattualizzazione del processo: i problemi che destano tali protocolli sono in primo luogo la loro efficacia ed in secondo luogo la legittimità dell'inserimento di nuove norme formali.

Il primo problema può essere superato anche quando non si tratta di ipotesi riconducibili al calendario del processo, inserendo nell'ordinanza del giudice la menzione del fatto che le parti sono d'accordo perché quest'ultimo applichi le regole del protocollo.

Quanto alla natura di tali norme, e sempre che vi sia l'esplicito accordo delle parti, l'art. 177 c.p.c. prevede già una generale ipotesi di accordo delle parti in causa e dunque si tratta a tutti gli effetti di norme processuali.

La contrattualizzazione si sta certamente attuando dal basso attraverso le c.d. buone pratiche: esse mirano con tutta evidenza a rendere il processo civile di durata ragionevole, cosa che le molte riforme che si sono succedute negli ultimi anni non sono riuscite a realizzare.

Che tale fenomeno postmoderno si fosse insinuato anche nei gangli della giustizia civile forse non era del tutto evidente.

VERSO UNO STATUTO EUROPEO DEL GIUDICE? BREVI CONSIDERAZIONI SULL'INDIPENDENZA DEL GIUDICE NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO

Daniela Cavallini

Ricercatore dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. L'armonizzazione delle garanzie di indipendenza del giudice: una questione aperta. – 2. La nuova dimensione internazionale della magistratura: i *network* giudiziari. – 3. Lo *status* del giudice nei documenti più recenti del Consiglio d'Europa. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *L'armonizzazione delle garanzie di indipendenza del giudice: una questione aperta*

La creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia è l'obbiettivo che da tempo l'Unione europea persegue attraverso politiche di intervento attivo nell'àmbito della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale. Tali politiche vengono attuate attraverso convenzioni e soprattutto regolamenti, volti a migliorare la collaborazione tra le autorità degli Stati membri, il mutuo riconoscimento e la circolazione delle decisioni giudiziarie, nonché, in materia penale, la lotta alla criminalità[1]. Tra gli obbiettivi di queste politiche rientrano anche: la creazione di una cultura giudiziaria comune e di un lessico comune, il ravvicinamento delle legislazioni nazionali e l'armonizzazione delle diverse giurisdizioni, favorendo non solo la compatibilità di norme e procedure, ma anche la reciproca fidu-

[1] V. a riguardo l'Atlante giudiziario europeo e BIAVATI, LUPOI (a cura di), *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2008.

cia degli Stati europei nel modo in cui la giustizia viene esercitata. La consapevolezza "che l'Europa è un territorio unico sotto il profilo dell'esercizio dell'attività giurisdizionale può giustificare il venir meno di quei controlli che invece permangono nei rapporti con gli Stati estranei all'Unione"[2].

L'armonizzazione delle giurisdizioni tocca però anche un altro àmbito, finora poco studiato ma non meno rilevante, strettamente legato agli obbiettivi appena menzionati. Esso riguarda l'assetto ordinamentale dei sistemi giudiziari e, più in particolare, l'indipendenza della magistratura. Tale àmbito non rientra nelle competenze dell'Unione europea e non esistono direttive o regolamenti comunitari in materia, essendo invece regolato dalle legislazioni nazionali. Tuttavia, tentativi di armonizzazione vengono promossi anche in questo settore, con riguardo alla figura del giudice, alle garanzie di autonomia e indipendenza, al governo della magistratura. In questo caso, al di là di fonti giuridiche a tutti note come l'art. 6 Cedu – ripreso dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[3] – gli strumenti operativi sono costituiti da raccomandazioni e, soprattutto, pareri, statuti e altri documenti ancora[4], elaborati dal Consiglio d'Europa e da vari organismi consultivi (reti o *network* giudiziari) che operano nel suo sistema. Essi cercano, in vario modo e al di là dei confini dell'Unione europea, di individuare le caratteristiche fondamentali e imprescindibili che la figura del giudice deve possedere[5]. Sono caratteristiche che, secondo i diversi organismi, consentono di garantire al meglio la funzione del giudice come organo indipendente e imparziale, a prescindere dal singolo ordinamento

---

[2] Biavati, *I regolamenti europei in materia di processo civile. Profili introduttivi*, in Biavati-Lupoi (a cura di), *Regole europee e giustizia civile*, cit., p. 15 ss.

[3] Art. 47, comma 2°, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: "Ogni individuo 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 individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare".

[4] Come ad es. *guidelines*, *checklist*, conferenze e incontri di formazione internazionali, compendi di *best practices*, ecc.

[5] Come si vedrà in séguito (v. par. successivo) vi sono in realtà due reti (quella sui Consigli per la giustizia e quella sulla formazione giudiziaria) che operano nell'àmbito più ristretto dell'Unione europea, sempre però attraverso atti formalmente non vincolanti.

in cui egli opera. Alcuni di questi documenti riguardano lo *status* del giudice in generale (ivi compresi reclutamento, promozioni, valutazioni di professionalità, *governance* della magistratura, ecc.), altri più propriamente l'etica e le regole disciplinari, cioè i doveri connessi alla funzione giudiziaria. Tutte queste fonti, c.d. di *soft law*, pur non essendo vincolanti, incidono in varia misura sull'assetto della magistratura nei vari Paesi e, quindi, sulle modalità di esercizio della funzione giurisdizionale.

Attualmente, il fenomeno più interessante è dato dalle "reti o *network* giudiziari". Le reti sono considerate forme di coordinamento e cooperazione alternative ad un'impostazione gerarchica, funzionali ad una gestione il più possibile condivisa di competenze[6]. Tale modello organizzativo si caratterizza per il fatto di: non essere autoritativo nelle finalità da perseguire e negli atti idonei a soddisfarle; favorire un'ampia partecipazione dei soggetti interessati e una maggiore corresponsabilizzazione in tutte le fasi dei processi decisionali; ridimensionare il criterio di identificazione territoriale dei componenti per farli ritrovare in un terreno comune, come ad es. quello della tutela dei diritti, nel settore della giustizia[7]. Tale nuovo assetto si differenzia notevolmente da quello tradizionale di tipo rigidamente piramidale, tipico dei sistemi giudiziari dell'Europa continentale, poiché le relazioni avvengono in direzione non solo verticale ma anche orizzontale, potenzialmente tra tutti i componenti della rete[8]. Peraltro, l'inserimento in assetti piramidali di un assetto reticolare potrebbe causare un indebolimento dei primi, allo stesso modo di quanto avvenuto nei sistemi giudiziari nazionali in Europa, grazie al rapporto che si è creato tra le corti nazionali e le corti europee. In

---

[6] Canepa, *La rete quale "forma-organizzazione" del settore della giustizia europea*, in www.astrid-online.it/Riforma-de/Studi-e-ri/Archivio-24/CANEPA_rete_quale_forma_organizzazione.pdf.

[7] Canepa, *La rete quale "forma-organizzazione" del settore della giustizia europea*, cit. Per un maggiore inquadramento teorico v. Magrassi, *Reti giudiziarie ed equilibrio istituzionale nel processo di integrazione europea*, in Toniatti, Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali*, Padova, 2011, p. 401 ss.

[8] Guarnieri, *Le reti giudiziarie europee: le esperienze, il potenziale, le conseguenze per la funzione giurisdizionale*, relazione tenuta al convegno: "Le nuove competenze comunitarie in materia di giustizia", Trento, 29 maggio 2010.

ogni modo, viene sottolineato, la presenza di reti giudiziarie non può non avere un impatto, più o meno diretto, sulla funzione giurisdizionale e sul governo della magistratura[9].

Questo scritto si propone, da un lato, di fornire una breve rappresentazione dei principali *network* giudiziari che hanno più rilevanza in materia di indipendenza della magistratura e del giudice in particolare e, dall'altro, di analizzare alcuni documenti recenti che gli stessi hanno elaborato con riferimento allo *status* del giudice, ovvero alle caratteristiche ordinamentali che meglio assicurano l'indipendenza del giudice[10].

Gli studi comparati hanno messo in evidenza come nei Paesi democratici non vi sia un'unica nozione di indipendenza del giudice, perché diverse sono le condizioni con cui essa viene realizzata, nei rapporti interni ed esterni alla magistratura, e queste condizioni possono variamente combinarsi tra loro[11]. Di recente invece emerge la tendenza opposta, volta ad individuare requisiti o *standard* minimi di indipendenza e a sollecitarne l'implementazione da parte dei legislatori nazionali. Diversi studiosi parlano della progressiva formazione di un "diritto comune europeo della magistratura, basato sulla condivisione di un nucleo di princìpi fondamentali e di regole essenziali"[12], o della istituzione di un "modello europeo di Consiglio

---

[9] Guarnieri, *Le reti giudiziarie europee*, cit.

[10] Il dibattito riguarda soprattutto i giudici, poiché nella maggior parte degli ordinamenti europei giudici e pubblici ministeri non appartengono allo stesso corpo e i p.m. hanno generalmente un assetto diverso, gerarchico e verticistico, per lo più collegato al potere esecutivo. Data la varietà degli ordinamenti nazionali, le garanzie di indipendenza interna ed esterna del p.m., e quindi anche i princìpi e i doveri che ne governano la professione, sono diversi da Paese a Paese, più eterogenei di quelli riguardanti i giudici. Non mancano però, anche in questo caso, alcune iniziative di armonizzazione. Sull'assetto del p.m. v. www.euro-justice.com (*Eurojustice network of European General Prosecutors*) e *Consultative Council of European Prosecutors*, Opinione n. 4, 2009, in www.coe.int.

[11] Si pensi soltanto ai Paesi che hanno un Consiglio superiore della magistratura e a quelli, come Germania e Austria, che non ce l'hanno. V. Di Federico (a cura di), *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe: Austria, France, Germany, Italy, The Netherlands and Spain, Research Paper*, Irsig-Cnr, Bologna, 2005, in www.irsig.cnr.it/pubb_online.html.

[12] Volpi, *L'indipendenza della magistratura nei documenti del Consiglio d'Europa e della rete europea dei Consigli di giustizia*, in *Dir. pubb. comp. ed eur.*, 2010, 4, p. 1754 ss. V. in tale rivista l'intera sezione monografica dedicata all'indipendenza della magistratura in Europa e al ruolo dei Consigli di giustizia. V.

della magistratura"[13], o comunque sottolineano l'impossibilità di continuare a configurare i rapporti tra ordinamenti in termini gerarchici, precisando come essi non siano più basati sul classico rapporto di gerarchia (di norme e di ordinamenti) bensì su di un rapporto di integrazione, che coinvolge soggetti pubblici e privati, istituzioni e imprese, corti e giudici. Da qui la necessità di creare e sviluppare strumenti di cooperazione che consentano il dialogo, la circolazione di decisioni, la condivisione di soluzioni[14].

Vi sono però anche altri elementi da considerare, sui quali si tornerà in séguito: chi sono i promotori di questi *standard* e quanto peso abbiano i magistrati in tale processo; in quale misura tali documenti siano in grado di influenzare concretamente le politiche europee e/o nazionali; quali sono le nuove "sfide" a cui essi cercano di rispondere.

2. *La nuova dimensione internazionale della magistratura: i* network *giudiziari*

Posto che negli ultimi anni vi è stata una notevole e progressiva espansione del fenomeno delle reti giudiziarie, la loro classificazione è tutt'altro che agevole. Si contano attualmente oltre 20 reti giudiziarie dotate di stabilità. In linea generale si possono distinguere dei *network* istituzionali, la cui fondazione cioè è basata su una decisione del Consiglio d'Europa o su un regolamento, e dei *network* non istituzionali, nati cioè in forma autonoma per impulso di singole autorità, istituzioni nazionali o altri soggetti destinati ad esserne componenti[15].

---

anche Montanari, *L'indipendenza della magistratura in Europa: verso un modello comune di garanzie?*, in Toniatti, Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali*, Padova, 2011, p. 401 ss.

[13] Volpi, *Esiste un modello europeo di Consiglio della magistratura?*, in *Quest. giust*., 2009, 3, p. 151 ss.

[14] Lupo, *Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2011*, p. 73 s., in www.giustizia.it.

[15] Canepa, *La rete quale "forma-organizzazione" del settore della giustizia europea*, cit., p. 2. Vi sono comunque altri possibili criteri di classificazione facenti

I principali *network* che si occupano di magistratura e *status* del giudice sono istituzionali, in quanto nati in seno al Consiglio d'Europa, come la Commissione per l'efficienza della giustizia, il Consiglio consultivo dei giudici europei, la Rete di Lisbona e la Commissione di Venezia, oppure lo sono diventati successivamente dotandosi di uno specifico statuto, come la Rete dei Consigli per la giustizia. Di contro, la Rete europea per la formazione giudiziaria può invece essere considerata un *network* non istituzionale[16].

Non rientra tra gli scopi di questo scritto fornire una descrizione esaustiva e dettagliata della struttura e delle funzioni delle singole reti. Tuttavia, una breve illustrazione delle loro finalità può essere interessante per capire meglio la complessità del fenomeno e gli àmbiti in cui esse operano. Vi sono alcune finalità generali che accomunano la maggior parte delle reti giudiziarie. Sono funzioni che più o meno tutte le reti enunciano tra gli obbiettivi da perseguire e consistono nello scambio di informazioni e conoscenze sui diversi sistemi giudiziari; nel favorire e incrementare la reciproca fiducia nelle magistrature dei diversi ordinamenti; nell'incoraggiare *partnership* e il dialogo tra le istituzioni; nel promuovere *standard* di qualità della giustizia e il perseguimento della *rule of law*. Ci sono poi finalità specifiche a cui ciascuna rete fa riferimento e che le contraddistinguono tra loro. Vediamole brevemente.

La Commissione per l'efficienza della giustizia (Cepej)[17] si propone di migliorare l'efficienza e il funzionamento della giustizia nei vari Stati membri e di promuovere la diffusione delle misure a tal fine predisposte dal Consiglio d'Europa. Più in dettaglio, si propone

---

riferimento alla tipologia dei componenti (e quindi agli interessi rappresentati), al loro ruolo all'interno della rete, alla materia trattata.

[16] Tutti questi *network* sono definiti anche "reti associative" o "reti di operatori giudiziari o di istituzioni giudiziarie" per distinguerli dalle reti giudiziarie in senso stretto o reti di giurisdizioni come la Rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, v. Toniatti, Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali*, Padova, 2011, p. 391 e 406. Non vengono considerati in questo scritto i *network* che non hanno attinenza con la disciplina dello *status* del giudice, come ad es. il Consiglio consultivo dei procuratori europei (Ccpe) o la Rete dei Presidenti delle Corti Supreme.

[17] La Commissione per l'efficienza della giustizia (*European commission for the efficiency of justice*) è stata istituita il 18 settembre 2002 con la risoluzione Res (2002)12 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa.

di analizzare le *performance* dei vari sistemi giudiziari, definire concrete misure per migliorare la valutazione dei risultati e il funzionamento degli stessi, fornire assistenza agli Stati membri e segnalare ai competenti organi del Consiglio d'Europa gli àmbiti in cui è opportuno promuovere degli interventi. Per fare ciò la Cepej raccoglie informazioni e dati, definisce strumenti di misurazione e valutazione, predispone documenti (rapporti, pareri, linee guida, ecc.) e promuove contatti con esperti, organizzazioni non governative, istituti di ricerca, reti di professionisti del diritto[18].

A tutt'oggi partecipano alla rete i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa più alcuni Stati osservatori. Gli Stati sono rappresentati da persone qualificate assistite da corrispondenti nazionali (incaricati di raccogliere le informazioni di volta in volta richieste) e da alcune corti pilota (che consentono alla Cepej di avere un raffronto con il lavoro quotidiano degli uffici giudiziari).

L'attività della Cepej è particolarmente intensa, come dimostrano le varie ricerche promosse di anno in anno, le conferenze organizzate e la vasta documentazione prodotta[19]. Particolarmente noto è il rapporto sull'efficienza della giustizia che viene pubblicato *online* ogni due anni[20], ma meritano attenzione anche gli studi sulla durata dei procedimenti e la definizione di *standard*[21]. Ogni anno inoltre la Cepej partecipa alla giornata europea della giustizia civile, organizzata dal Consiglio d'Europa per diffondere e promuovere le proprie attività nell'àmbito della giustizia civile. In questa occasione

---

[18] www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp.

[19] Le ricerche spaziano in tantissimi campi. Per esempio, sono stati istituiti gruppi di lavoro in materia di valutazione dei sistemi giudiziari e dei magistrati, gestione della durata dei procedimenti, qualità della giustizia, mediazione, ecc. Tra le conferenze si ricordano per es.: *Truth and efficiency in civil proceedings* (2011); *Landscape of European legal profession(s): has unity been lost?* (2010); *Enforcement, enforceability and effectiveness of legal protection* (2009); *The foundations of an accountable, accessibleand efficient judiciary* (2008).

[20] Ora è *online* la quarta edizione (2010).

[21] V. ad es. i documenti denominati *Compendium of best practices on time management of judicial proceedings* e *Time management checklist*. Mentre il primo analizza alcune prassi virtuose degli uffici giudiziari, il secondo contiene degli indicatori che consentono di raccogliere le informazioni più rilevanti per valutare la durata dei procedimenti. È dunque uno strumento di lavoro, una matrice per la raccolta di dati, che consente di avere informazioni uniformi e confrontabili tra i vari Paesi.

viene conferito il premio *Crystal* (*the Crystal scales of justice prize*), ideato per dare un riconoscimento alle prassi più innovative ed efficienti adottate negli uffici giudiziari per migliorare l'organizzazione o la gestione del procedimento e che meritano attenzione da parte dei legislatori e di tutti gli operatori della giustizia[22].

Il Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje) è stato istituito nel 2000 dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. Ha competenze in materia di indipendenza, imparzialità e ruolo dei giudici negli Stati membri del Consiglio d'Europa ed è composto esclusivamente da giudici[23]. Ha funzioni consultive che consistono, sostanzialmente, nella formulazione di proposte e pareri all'attenzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nelle materie sopra indicate. Lo stato di diritto, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali necessitano, per la loro piena realizzazione, di magistrature forti e indipendenti e proprio a questo è preordinata l'attività del Ccje. Esso, in particolare, si propone di rafforzare il ruolo del giudice in Europa, garantendone l'indipendenza, l'imparzialità e la competenza, di contribuire al dialogo tra corti nazionali ed europee, di dare suggerimenti e pareri sulle problematiche relative al ruolo del giudice nel mondo contemporaneo globalizzato[24].

Nel Ccje sono rappresentati tutti i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, unitamente ad alcuni Stati osservatori (Santa Sede, Stati Uniti d'America, Canada, Giappone e Messico)[25]. I giudici sono scelti in collaborazione con i vari organi nazionali di governo della magistratura e le autorità nazionali responsabili dell'amministrazione della giustizia. Sia la Commissione europea sia il Segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea sono invitati a prendere parte alle riunioni del Ccje. ll Ccje collabora attivamente con altre

[22] Nel 2010 ha vinto un progetto della Bulgaria, volto a migliorare la comunicazione e la trasparenza tra gli uffici giudiziari e i cittadini. Altri tre progetti di Austria, Finlandia e Slovenia hanno ricevuto una speciale segnalazione.

[23] Il Ccje è un *unicum* nel panorama europeo, poiché è un organo istituito in seno ad un'organizzazione internazionale composto esclusivamente da giudici.

[24] www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/presentation/president_en.asp.

[25] Hanno il ruolo di osservatori anche l'Associazione europea dei giudici, l'Associazione dei magistrati europei per la democrazia e le libertà (Medel), la Federazione europea dei giudici amministrativi, la rete dei Consigli per la giustizia e la rete di formazione europea.

reti giudiziarie, come la Cepej, il Comitato europeo di cooperazione giudiziaria, il Comitato europeo per gli affari criminali e la Rete dei presidenti delle Corti Supreme.

L'attività del Ccje si esprime soprattutto attraverso le conferenze europee dei giudici (di fatto *forum* per lo scambio di esperienze e idee su problematiche comuni ai vari sistemi giudiziari) e i pareri generali, le c.d. *opinions*[26]. I pareri costituiscono l'attività preponderante del Ccje. Fino ad oggi ne sono stati emessi tredici su vari argomenti più o meno correlati allo *status* del giudice. Tra di essi si ricordano, ad es., quelli in materia di *standard* di indipendenza e inamovibilità del giudice (parere n. 1), etica e responsabilità (parere n. 3), formazione dei giudici (parere n. 4), giustizia e società (parere n. 7), Consigli per la giustizia (parere n. 10), qualità delle decisioni giudiziarie (parere n. 11), rapporto tra giudici e pubblici ministeri nella società democratica (parere n. 12)[27], ruolo del giudice nell'esecuzione delle decisioni giudiziarie (parere n. 13)[28]. Di recente, il Consiglio ha celebrato il suo decimo anniversario e nell'occasione ha adottato la *Magna carta* dei giudici europei (v. *infra*).

Nel settore della formazione giudiziaria si distingue la Rete di Lisbona. Essa promuove la cooperazione e il dialogo tra i vari organi responsabili della formazione dei magistrati negli Stati membri del Consiglio d'Europa e favorisce la creazione e lo sviluppo di iniziative formative. Insieme alla Rete europea di formazione giudiziaria (v. oltre), con la quale intrattiene continui rapporti, essa favorisce una "riflessione comune sullo sviluppo della formazione giudiziaria nei paesi membri"[29]. Nata nel 1995, la Rete di Lisbona raccoglie i rappresentanti degli organi responsabili della formazione giudiziaria

[26] Su richiesta di uno Stato membro, il Consiglio può anche trattare questioni e problematiche più specifiche, concernenti lo *status* del giudice nell'ordinamento di un singolo Stato, organizzando anche visite *in loco*.

[27] È la c.d. Dichiarazione di Bordeaux, predisposta a Bordeaux in seduta comune e adottata congiuntamente dal Ccje e dal Consiglio consultivo dei pubblici ministeri europei (Ccpe) a Brdo (Slovenia) il 18 novembre 2009. Tale dichiarazione è contenuta nel parere n. 12 del Ccje e nel parere n. 4 del Ccpe.

[28] www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Avis_en.asp.

[29] La rete di Lisbona partecipa come osservatore alla Rete europea di formazione giudiziaria e quest'ultima, a sua volta, partecipa alle sedute plenarie della rete di Lisbona.

degli Stati del Consiglio d'Europa (attualmente i membri sono 45, più alcuni osservatori) e promuove incontri annuali in cui vengono discussi argomenti di comune interesse. Dal 2011 le attività della rete sono state inglobate in quelle della Cepej.

La rete di Lisbona si propone di promuovere e salvaguardare, in ottemperanza agli obbiettivi del Consiglio d'Europa, l'indipendenza, l'efficienza e la qualità della giustizia attraverso l'azione delle scuole o dei vari organi responsabili della formazione dei magistrati, strumenti chiave a tali fini[30]. Più in dettaglio, essa si propone *inter alia* di: fornire pareri e proposte ai vari organi del Consiglio d'Europa in materia di formazione giudiziaria, come utile completamento del lavoro della Cepej sull'efficienza e la qualità della giustizia; promuovere la diffusione degli studi della Cepej attraverso la formazione iniziale e continua dei magistrati; collaudare e verificare in seno agli organi di formazione i vari strumenti messi a punto dalla Cepej nell'àmbito del suo lavoro; promuovere la diffusione di *curricula* e di nuovi metodi di insegnamento per la formazione giudiziaria (in tema di qualità ed efficienza, capacità organizzative, *test* di ingresso alla magistratura); predisporre un sistema di valutazione della formazione giudiziaria e fornire indicazioni alle ricerche nel campo; promuovere la diffusione degli *standard* minimi definiti dal Consiglio d'Europa (*Minimum Corpus of Council of Europe standards*); predisporre studi specifici (*expert reports*) a richiesta di singoli Stati membri[31].

Sul piano degli assetti costituzionali opera invece la Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, detta anche Commissione di Venezia, dal nome della città in cui si riunisce. Istituita nel 1990 come "strumento d'ingegneria costituzionale di emergenza, in un contesto di transizione democratica", la Commissione si è progressivamente evoluta fino a diventare "un'istanza di riflessio-

[30] www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/presentation/Strategie_en.pdf.

[31] Merita una segnalazione anche il premio *Thesis*, una gara internazionale tra gli allievi delle scuole di magistratura di tutta Europa. La terza edizione, organizzata con il supporto dell'Istituto nazionale della magistratura rumeno e della Scuola portoghese di studi giudiziari, ha assegnato ai vincitori uno *stage* formativo presso la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea.

ne giuridica indipendente e internazionalmente riconosciuta". Oltre a contribuire alla diffusione dei valori costituzionali fondamentali del patrimonio europeo, essa garantisce un "sostegno costituzionale" agli Stati membri, elaborando norme e consigli in materia costituzionale e svolgendo un ruolo essenziale nella gestione e prevenzione dei conflitti[32].

Attualmente vi partecipano 57 Paesi: tutti gli Stati del Consiglio d'Europa e altri Paesi come Cile, Perù, Brasile, Tunisia, Messico, Turchia, Algeria, ecc., oltre ad alcuni membri osservatori. I rappresentanti sono professori universitari di diritto costituzionale o internazionale, giudici di Corti Supreme o costituzionali e alcuni membri di parlamenti nazionali[33]. Essi sono designati dagli Stati membri, ma agiscono in piena autonomia e indipendenza. Il lavoro della Commissione si articola in quattro settori chiave: assistenza costituzionale; elezioni e *referendum*; cooperazione con le corti costituzionali; studi, rapporti e seminari transnazionali.

Di particolare interesse sono le competenze in materia di assistenza e giustizia costituzionale. La Commissione, infatti, fornisce pareri sui testi legislativi fondamentali per il funzionamento democratico delle istituzioni, verificando la loro conformità agli *standard* democratici e dando consigli su possibili miglioramenti. Tali pareri non sono vincolanti, non sono imposti, ma sono il frutto della cooperazione e del dialogo con il Paese o l'istituzione interessata. Particolare attenzione viene inoltre dedicata a quei Paesi che attraversano o hanno vissuto conflitti etnico-politici. Per quanto riguarda la giustizia costituzionale, la Commissione favorisce il dialogo e lo scambio di informazioni tra le corti costituzionali (o comunque gli organi che esercitano tale giurisdizione), soprattutto con riferimento alla giurisprudenza costituzionale. A tal fine, è stato istituito un

[32] www.venice.coe.int/site/main/Presentation_ITA.asp.

[33] Secondo lo statuto (art. 2), la Commissione di Venezia è composta da "esperti indipendenti di fama internazionale per la loro esperienza nelle istituzioni democratiche o per il loro contributo allo sviluppo del diritto e della scienza politica".

apposito centro (*Centre on constitutional justice*) che si serve di un bollettino, un *database*, una libreria e un *forum*[34].

Nell'àmbito dell'Unione europea, particolare significato assume la Rete europea dei consigli di giustizia[35]. Essa ha la funzione di porsi come collegamento tra le istituzioni europee e le varie magistrature nazionali, allo scopo di favorire la tutela dei princìpi di autonomia e indipendenza del potere giudiziario nell'elaborazione degli strumenti normativi di cooperazione. Più in particolare, la rete si propone di promuovere la reciproca fiducia e la cooperazione tra i consigli di giustizia e i sistemi giudiziari degli Stati membri dell'Unione europea, favorire la conoscenza dei vari sistemi giudiziari e del loro funzionamento, offrire consulenze e conoscenze basate sull'esperienza, formulare proposte alle istituzioni europee o ad altre organizzazioni nazionali e internazionali. In sintesi, la Rete unisce e rappresenta tutti i consigli di giustizia dei Paesi membri dell'Unione europea e si pone come interlocutore con le istituzioni europee, favorendo la consultazione delle "istanze giudiziarie nel corso del processo normativo posto in essere dall'Unione per la costruzione di uno spazio giuridico comune"[36].

Secondo il Csm italiano, non è tanto in gioco la creazione di un modello unico di Consiglio superiore della magistratura, quanto il

---

[34] V. www.venice.coe.int/site/main/Constitutional_Justice_E.asp. Su richiesta di una corte costituzionale (o comunque di un organo equivalente) la commissione fornisce anche pareri su questioni costituzionali di tipo comparato e internazionale. In materia di giustizia vanno menzionati anche il programma *Central Asia Rule of Law Iniziative*, volto a dare assistenza ad alcuni paesi dell'Asia centrale nello sviluppo dei sistemi giudiziari, nella promozione della *rule of law* e nella modernizzazione della legislazione, e il programma *Unidem campus*, diretto alla formazione di particolari categorie di dipendenti pubblici (personale dei Ministeri, magistrati, parlamentari, ecc.).

[35] La Rete europea dei consigli di giustizia (*European network of councils for the judiciary*) è nata per iniziativa dei Consigli di Belgio, Irlanda e Olanda ed è stata formalmente istituita nel 2004 (Roma, 20-21 maggio 2004), data in cui è stata sottoscritta la Carta costitutiva e sono stati nominati i suoi organi, rinnovabili ogni due anni. Il primo presidente della rete è stato un componente del Csm italiano, il prof. Luigi Berlinguer. Nella stessa occasione ha avuto inizio l'attività della rete attraverso la formazione di vari gruppi di lavoro su temi come la valutazione dei giudici, *case management*, *information technology*, il ruolo e le funzioni dei Consigli di giustizia.

[36] www.csm.it.

"consolidamento dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, nel contesto di un processo di forte accelerazione delle politiche di cooperazione giudiziaria". Da qui l'importanza di promuovere la reciproca fiducia tra le magistrature, che deve essere ricercata in un cammino lungo e concreto di pratiche comuni, di dialogo diretto fra gli operatori della giustizia, di scambio di informazioni e di azioni sul campo. La fiducia reciproca presuppone che i magistrati, e più in generale tutti gli operatori della giustizia, confidino nella piena realizzazione di un giusto processo, inteso anche quale garanzia dello *status* dei magistrati, come soggetti autonomi ed indipendenti[37].

La Rete è attualmente composta da 19 Paesi che hanno un Consiglio di giustizia con caratteristiche più o meno affini al nostro Csm[38] e 14 membri osservatori, tra cui Paesi che non hanno un Consiglio di giustizia, come Austria e Germania, e istituzioni comunitarie come la Corte di giustizia dell'Ue[39]. La Rete è particolarmente attiva in settori come l'etica e la deontologia giudiziaria, il governo della magistratura (studio del ruolo e delle funzioni dei Consigli di giustizia nei vari Paesi europei), *status* del giudice e valutazioni di professionalità, accesso alla giustizia, definizione di *standard* di qualità[40].

Da ultimo, sempre nell'àmbito dell'Unione europea, ma nel campo della formazione, va menzionata la Rete di formazione giudiziaria europea[41], un organismo sovranazionale che promuove numerose iniziative di formazione comune dei magistrati dei vari Paesi europei. Creata nel 2000, dal 2004 ha acquisito personalità giuridi-

---

[37] www.csm.it.

[38] La rete di fatto è aperta alla partecipazione di istituzioni nazionali degli Stati membri dell'Ue che siano indipendenti dal potere esecutivo e legislativo, o che siano autonome, e che si assumano la responsabilità di sostenere la magistratura nell'esercizio indipendente della giurisdizione (www.encj.eu).

[39] Vi sono poi altri Paesi candidati a divenire membri osservatori. V. www.encj.eu (organs and members).

[40] V. anche lo *Strategic plan 2010-2011*. Oltre alle relazioni di sintesi dei vari gruppi di lavoro, possono essere consultate sul sito le raccomandazioni e le opinioni fornite su temi di attualità riguardanti la giustizia e l'ordinamento giudiziario. Nella IX Assemblea generale, per esempio, è stata adottata la *Vilnius declaration*, contenente una serie di raccomandazioni per le magistrature europee su come affrontare le nuove sfide ed opportunità nel contesto economico attuale.

[41] *European judicial training network* (Ejtn).

ca e riceve consistenti finanziamenti dalla Commissione europea per le sue numerose attività di formazione. Dal 2006 è anche attivo un programma di formazione che consente ai magistrati di singoli Paesi dell'Ue di recarsi presso gli uffici giudiziari di altri Paesi Ue per acquisire cognizioni dirette sullo svolgimento delle loro attività. La partecipazione del Csm italiano alla Rete di formazione giudiziaria europea è molto intensa: esso non solo organizza corsi di formazione aperti a magistrati stranieri, favorisce la partecipazione dei magistrati italiani alle iniziative della Rete, promuove le attività della Rete e collabora all'organizzazione dei vari incontri, ma mantiene anche una costante presenza di sue delegazioni a tutti gli incontri della rete e dei suoi organi, direttivi o di programmazione, sia in Italia sia all'estero[42].

Alla luce del nuovo scenario europeo, negli ultimi anni il Csm italiano ha intensificato la propria attività internazionale, sia nel promuovere collegamenti e rapporti con magistrature di altri Paesi europei ed extraeuropei, attraverso incontri di studio o attività di ricerca in àmbiti di comune interesse, sia nel fornire assistenza all'attuazione di riforme giudiziarie di altri Paesi. Il Csm, infatti, non solo partecipa direttamente a reti od organismi internazionali (come la Rete di formazione giudiziaria europea o la Rete europea dei consigli per la giustizia), ma si occupa anche di supervisionare, coordinare e promuovere le attività dei magistrati che operano nelle organizzazioni internazionali. Tale attività di coordinamento riguarda sia magistrati che operano a tempo pieno o parziale presso organismi internazionali, sia magistrati che, facendo parte della Rete giudiziaria europea, operano in Italia con il compito di facilitare la collaborazione con le autorità giudiziarie di altri Paesi[43]. Oltre a ciò, l'attività internazionale del Csm comprende anche: visite di delegazioni consiliari all'estero e accoglienza presso il Consiglio di delegazioni straniere o di rappresentanze di scuole di formazione europee; ac-

[42] Di Federico, *Il Consiglio superiore della magistratura*, in Di Federico (a cura di), *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, Csm e governo della magistratura*, Padova, 2008, p. 158 ss.

[43] Sul sito del Csm è pubblicato l'elenco dei magistrati italiani che svolgono incarichi internazionali. V. www.csm.it (attività internazionale).

cordi bilaterali per promuovere riforme in altri Paesi[44]; progetti finanziati dalla Commissione europea; conferenze e incontri di studio internazionali[45].

3. *Lo* status *del giudice nei documenti più recenti del Consiglio d'Europa*

Tra i documenti più recenti in materia di indipendenza e *status* del giudice vanno senz'altro ricordati, nel contesto del Consiglio d'Europa, la raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 12 del 2010, la *Magna carta* dei giudici del 2010 e la Carta europea sullo statuto del giudice del 2008. L'analisi si concentrerà in particolar modo sui primi due, poiché sono i più completi, tengono conto dei documenti antecedenti (tra cui la Carta europea sullo statuto del giudice) e si propongono di rispondere alle "nuove sfide" riguardanti l'indipendenza del giudice[46].

La raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa n. 12 del 17 novembre 2010 ha ad oggetto l'indipendenza, l'efficienza e le responsabilità dei giudici[47]. Essa aggiorna e sostituisce una precedente raccomandazione del 1994 con l'obbiettivo di rinforzare le misure necessarie a promuovere l'indipendenza e l'ef-

---

[44] I c.d. *twinning projects* sono "finalizzati a supportare i Paesi di nuovo o prossimo accesso all'Unione europea nello sforzo di adeguare gli ordinamenti e le istituzioni nazionali ai parametri comuni agli altri Stati europei. A tal fine, le istituzioni europee finanziano specifici progetti basati sulla trasmissione di conoscenze ed esperienze da un Paese all'altro". Negli ultimi anni, ad esempio, il Csm ha partecipato al progetto di riorganizzazione e rafforzamento del Consiglio di giustizia della magistratura albanese (www.csm.it).

[45] Per approfondimenti v. Di Federico, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 158 ss.

[46] Per quanto riguarda la Carta europea sullo statuto del giudice (*European charter on the statute for judges*) è sufficiente qui ricordare che essa raccoglie le idee e i risultati dei lavori e dibattiti che si sono svolti in seno al Consiglio d'Europa sulle varie problematiche concernenti lo *status* del giudice. È diretta a giudici, avvocati, politici e, più in generale, ad ogni persona che abbia interesse nella *rule of law* e nella democrazia. È accompagnata da un *memorandum* esplicativo.

[47] *Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities*, consultabile nel sito del Consiglio d'Europa.

ficienza dei giudici, garantire e rendere più efficace la loro responsabilità e rafforzare il ruolo della magistratura in generale. I governi degli Stati membri devono fare in modo che la raccomandazione trovi applicazione sul piano legislativo, delle politiche e delle prassi nazionali e che i giudici possano svolgere le loro funzioni in conformità alla stessa[48]. La *Magna carta* dei giudici, invece, è stata adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje) il 18 novembre 2010 in occasione della celebrazione decennale della sua istituzione. Essa riassume e codifica in un unico documento i pareri espressi dal Ccje al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa in dieci anni di attività[49].

Lo scopo di questi documenti è quello di promuovere l'indipendenza dei giudici, individuando dei valori comuni, delle garanzie fondamentali con le quali ciascun Paese possa misurarsi nel disegnare l'ordinamento interno per assicurare, in termini concreti, i livelli più alti di tutela (*the best level of guarantees*[50]). Secondo il presidente del Csm italiano è "giusto dotare di princìpi comuni le magistrature europee ed è di grande importanza il formarsi di una comune visione europea in ordine ai princìpi che devono presiedere ai sistemi giudiziari nazionali". Lo *status* del giudice presenta questioni ineludibili (che riguardano i poteri, i limiti e le responsabilità, la formazione e l'aggiornamento, la valutazione di professionalità, la qualità e tempestività delle decisioni, l'organizzazione degli uffici, i rapporti con gli utenti, la pubblica opinione e i *media*, il rapporto con il pubblico ministero) che devono essere affrontate "alla ricerca di soluzioni condivise per garantire, attraverso la tutela dell'indipendenza della funzione giurisdizionale, il rafforzamento dell'assetto democratico dello Stato"[51].

Tutti i documenti in esame contengono princìpi che non riguardano solo l'esercizio delle funzioni giurisdizionali, ma anche il re-

---

[48] *Recommendation CM/Rec(2010)12,* preambolo. V. anche Oberto, *La proposta di una nuova raccomandazione sul tema "indipendenza, efficienza e responsabilità dei giudici", elaborata dal comitato d'esperti sulla magistratura (CJ-S-JUD) del Consiglio d'Europa*, in *Contr. e impr. Europa*, 2010, p. 481 ss.

[49] *Consultative council of European judges, Magna Carta of judges.*

[50] *European charter on the statute for judges*, preambolo.

[51] Vietti, *Conferenza stampa in occasione dell'adozione della* Magna carta *dei giudici*, consultabile sul sito del Consiglio consultivo dei giudici europei.

clutamento, la carriera, la formazione, l'organizzazione dell'ufficio, i doveri e le responsabilità, proprio perché l'indipendenza della magistratura dipende da una pluralità di fattori complessi. Tutti considerano l'indipendenza come un presupposto fondamentale non solo dell'imparzialità del giudice e del corretto funzionamento del sistema giudiziario, ma anche, e soprattutto, del diritto di ogni persona ad un giusto processo. Essa quindi non è un privilegio per i giudici, una prerogativa nel loro interesse personale, ma una garanzia del rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali. Il corretto esercizio da parte dei giudici delle loro responsabilità, dei loro doveri e poteri, mira infatti a tutelare gli interessi di tutte le persone[52]. Tutti i documenti, infine, distinguono tra indipendenza esterna, interna, statuto del giudice, governo della magistratura, doveri e princìpi deontologici, che sono le "dimensioni tradizionali" utilizzate per valutare l'indipendenza della magistratura. Vi sono però riferimenti anche a risorse finanziarie, amministrazione dei tribunali (raccomandazione del 2010) e accesso alla giustizia (*Magna carta*). Nel séguito verranno illustrate brevemente le principali garanzie facenti riferimento all'indipendenza esterna e interna del giudice, al governo della magistratura e allo *status* del giudice, partendo dalla raccomandazione n. 12 del 2010.

L'indipendenza esterna è innanzitutto quella dal potere legislativo e soprattutto dall'esecutivo. Secondo la raccomandazione in parola, l'indipendenza della magistratura, aspetto fondamentale dello stato di diritto, dovrebbe essere sancita dalla Costituzione o da altro testo equivalente, nonché a livello di legislazione primaria (cap. I, 7). Al di fuori di amnistia, grazia o misure analoghe, i poteri esecutivo e legislativo non devono assumere decisioni che invalidino pronunce giurisdizionali (cap. II, 17).

L'indipendenza interna, invece, ha a che fare più propriamente con l'attività di *ius dicere*, garantendo la libertà del giudice nella formazione del proprio convincimento. A tal fine viene stabilito che: i giudici devono avere libertà assoluta di statuire sui procedimenti in

[52] CM/Rec(2010)12, preambolo e cap. II. V. anche Volpi, *L'indipendenza della magistratura nei documenti del Consiglio d'Europa e della rete europea dei Consigli di giustizia*, cit., p. 1758.

modo imparziale, in base al diritto e al loro apprezzamento dei fatti; devono disporre di poteri sufficienti ed essere in grado di esercitarli nello svolgimento delle loro funzioni, al fine di preservare la loro autorità e la dignità del tribunale (cap. I, 5-6). Un procedimento non può essere sottratto ad un giudice senza giusta causa e può essere riassegnato ad altro giudice solo in base a criteri oggettivi e predeterminati (cap. I, 9). I provvedimenti dei giudici non devono essere soggetti ad alcuna revisione al di fuori dei canali di impugnazione o di riapertura del procedimento previsti dalla legge, né i giudici possono essere obbligati a riferire circa le ragioni delle loro pronunce, al di fuori della motivazione delle loro decisioni (cap. II, 16). I giudici devono assumere le loro decisioni in modo indipendente e imparziale, senza alcuna restrizione, influenza indebita, pressione, minaccia o interferenza, dirette o indirette, da parte di qualsiasi autorità, ivi comprese le autorità interne alla magistratura. I tribunali superiori non devono emanare istruzioni ai giudici sul modo di decidere un determinato caso, se non nel quadro di un rinvio pregiudiziale o di un mezzo di impugnazione e nelle condizioni previste dalla legge.

Per quanto riguarda il governo della magistratura e lo *status* del giudice (aspetti che in realtà, non meno degli altri, incidono sull'indipendenza interna e/o esterna della magistratura), la raccomandazione prevede, da un lato, l'istituzione di un Consiglio superiore della magistratura, composto almeno per la metà da giudici scelti dai colleghi ai vari livelli, a cui i giudici devono potersi rivolgere ogni qual volta ritengano che la loro indipendenza sia stata minacciata (cap. IV) e, dall'altro, alcune prerogative che assicurino la stabilità del ruolo. Tra di esse vengono annoverate: la retribuzione adeguata alla dignità della professione[53], la carriera basata su criteri obbiettivi di merito predeterminati dalla legge o dalle autorità competenti (cap. VI), l'inamovibilità, la destituzione limitata ai casi di gravi infrazioni disciplinari o penali stabilite dalla legge o qualora il giudice non sia più in grado di esercitare le funzioni giurisdizionali. Quando disposizioni costituzionali o di legge prevedono che il capo dello

[53] È opinione diffusa che il trattamento economico adeguato e la stabilità dell'impiego contribuiscano a garantire reali condizioni di autonomia, personale e sociale, del giudice.

Stato, il Governo o il potere legislativo assumano decisioni in merito alla selezione e alla carriera dei giudici, deve essere riconosciuto ad un organo indipendente, composto da una parte sostanziale di giudici, il potere di formulare raccomandazioni o pareri, ai quali l'autorità competente per la nomina o promozione sia tenuta per prassi ad attenersi (cap. VI, 47).

Anche la valutazione dei giudici deve rispondere a criteri oggettivi, resi pubblici dalla competente autorità giudiziaria. La procedura deve consentire ai giudici interessati di esprimere il proprio punto di vista e di impugnare la valutazione davanti ad un'autorità indipendente o a un tribunale (cap. VI, 58). Peraltro, viene precisato, devono essere evitati sistemi che facciano dipendere dalle prestazioni dei giudici gli elementi essenziali della loro retribuzione, in quanto ciò potrebbe arrecare un grave pregiudizio all'indipendenza dei giudici stessi (cap. VI, 55). Per quanto riguarda la responsabilità, l'attività di interpretazione della legge, di valutazione dei fatti e delle prove non può fondare una responsabilità disciplinare o civile, tranne che nei casi di dolo o colpa grave, né penale, tranne che in caso di dolo. Lo Stato che abbia concesso una riparazione può chiedere l'accertamento della responsabilità civile del giudice attraverso un'azione giudiziaria (cap. VI, 66 ss.). Il procedimento disciplinare deve essere svolto da un'autorità indipendente o un tribunale con tutte le garanzie del giusto processo e deve consentire al giudice di impugnare la decisione e la sanzione. Le sanzioni devono essere proporzionate e i princìpi di condotta giudiziaria devono essere sanciti in codici di etica giudiziaria, preparati con la collaborazione dei giudici stessi. I giudici devono poter richiedere pareri su temi deontologici ad un organo istituito nell'àmbito della magistratura.

Tra le disposizioni forse più innovative sono ricomprese quelle in materia di organizzazione e risorse. Ad es. viene stabilito che i giudici devono mantenere un costruttivo rapporto professionale con le istituzioni e gli enti pubblici coinvolti nella gestione e amministrazione dei tribunali, nonché con i professionisti i cui compiti sono collegati a quelli del giudice. I procedimenti giudiziari e le questioni relative all'amministrazione della giustizia sono di pubblico interesse, tuttavia il diritto all'informazione incontra delle limitazioni derivanti dall'indipendenza della magistratura. Non solo i giudici de-

vono dar prova di moderazione nei rapporti con la stampa, ma deve altresì essere incoraggiata la creazione di "portavoce giudiziari" e di servizi stampa e comunicazione sotto la responsabilità dei tribunali o del Csm o di altre autorità indipendenti (cap. II, 19). I giudici, peraltro, per godere della fiducia del pubblico "devono informarsi sulle aspettative della società nei confronti del sistema giudiziario, nonché sulle doglianze in merito al funzionamento dello stesso". A ciò possono contribuire sistemi permanenti per la raccolta dati, gestiti dai Csm o altre autorità indipendenti (cap. II, 20).

Ogni Stato deve assegnare ai tribunali risorse, strutture e attrezzature adeguate per consentire ai giudici di lavorare in modo efficace. I giudici devono disporre di tutte le informazioni necessarie per assumere decisioni di carattere procedurale che abbiano implicazioni di spesa. Il potere del giudice di "pronunciarsi su un affare non deve essere limitato solo dal vincolo di fare l'uso più efficace delle risorse"[54]. Al fine di gestire e ridurre il carico di lavoro possono essere attribuiti compiti non giurisdizionali ad altre persone con qualifiche adeguate. Allo stesso modo però deve essere promossa la partecipazione dei giudici all'amministrazione del tribunale. L'utilizzo di sistemi elettronici di gestione dei processi e delle tecnologie informatiche e di comunicazione deve essere promosso sia dalle autorità sia dai giudici e ne deve essere incoraggiata la generale diffusione.

La *Magna carta* dei giudici riprende buona parte dei princìpi appena illustrati, con alcune differenze però, dovute soprattutto ad una concezione più estesa di indipendenza[55]. L'indipendenza deve essere "ordinamentale, funzionale e finanziaria" e deve essere garantita rispetto agli altri poteri dello Stato, agli utenti della giustizia, agli altri giudici e alla società in generale, tramite norme di diritto interno della fonte più elevata (art. 3). Essa deve altresì essere garantita nel reclutamento e nella carriera, sia attraverso la nomina

[54] CM/Rec(2010)12, cap. V, 34.

[55] Ciò non deve meravigliare, precisa Sabato (*I recenti strumenti del consiglio d'Europa in tema di indipendenza e responsabilità dei giudici. Il codice etico dell'Associazione nazionale magistrati*, in *Foro it.*, 2011, V, c. 116 ss.), considerato il fatto che la *Magna carta* è stata emanata da un organo, il Ccje, composto esclusivamente da giudici e "che sta al comitato dei ministri del Consiglio d'Europa come il Csm sta all'autorità politica sul piano nazionale".

del giudice a tempo indeterminato, sino all'età pensionistica, sia attraverso modalità di selezione basate su criteri obbiettivi determinati dall'organo di tutela dell'indipendenza della magistratura (artt. 4 e 5). Vengono poi menzionate come garanzie di indipendenza l'inamovibilità, la formazione sotto la supervisione della magistratura stessa, l'immunità giudiziaria, la disciplina, la remunerazione adeguata e lo stanziamento di bilancio della giustizia (art. 4 ss.).

Con riguardo all'indipendenza interna, la magistratura deve essere coinvolta in tutte le decisioni che si riflettono sull'esercizio delle funzioni giudiziarie (organizzazione dei tribunali, procedure, altra legislazione) e, nello specifico esercizio della giurisdizione, il giudice è tenuto esclusivamente al rispetto delle norme di diritto e non può essere destinatario di alcun ordine o istruzione, né sottoposto ad alcuna pressione gerarchica (artt. 9 e 10). Anche la *Magna carta* promuove l'istituzione di un Consiglio superiore della magistratura, o altro organo specifico, indipendente dai poteri esecutivo e legislativo e munito "delle più ampie prerogative per ogni aspetto relativo allo statuto (dei giudici), nonché all'organizzazione, al funzionamento e all'immagine delle istituzioni giudiziarie [...], composto o esclusivamente da magistrati o quantomeno da una maggioranza sostanziale di magistrati eletti dai loro pari [...], tenuto a rendicontare quanto alle sue attività e decisioni" (art. 13).

Alcune disposizioni riguardano più propriamente l'accesso alla giustizia (inteso in realtà come accessibilità) e la trasparenza. La giustizia deve essere trasparente e le informazioni sul suo funzionamento devono essere oggetto di pubblicazione. Il giudice deve favorire l'accesso ad una soluzione rapida, efficace ed a costi ragionevoli, promuovere gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, redigere i provvedimenti in un linguaggio accessibile, semplice e chiaro, utilizzare appropriate tecniche di gestione del processo e del carico di lavoro (*case management*) (artt. 14-16).

Quanto alla disciplina, viene specificato che l'azione dei giudici deve essere guidata da princìpi di deontologia distinti dalle norme disciplinari, emanati dagli stessi giudici e utilizzati per la loro formazione. Gli illeciti disciplinari e il procedimento disciplinare devono essere definiti per legge, il giudice deve rispondere penalmente, secondo la legge ordinaria, per i reati commessi al di fuori dell'eserci-

zio delle funzioni, mentre non deve rispondere penalmente per fatti connessi all'esercizio delle funzioni, in caso di violazioni non dolose (artt. 18-20). Il rimedio agli errori giudiziari deve essere individuato in un adeguato sistema di impugnazioni, qualsiasi rimedio per altre disfunzioni dà luogo esclusivamente a responsabilità dello Stato (art. 21). Infine, il giudice non può essere soggetto, tranne che in caso di dolo, a qualsiasi responsabilità personale, neppure a seguito di rivalsa dello Stato (art. 22).

Oltre alle fonti esaminate, vi sono diversi altri documenti interessanti a livello sovranazionale, come ad es. le relazioni della Commissione di Venezia[56], il parere n. 12 del Ccje (c.d. Dichiarazione di Bordeaux), lo Statuto del giudice elaborato dal gruppo di lavoro della Rete dei Consigli per la giustizia (Relazione finale 2009-2010 e relative conclusioni rassegnate all'Assemblea generale di Londra in data 3-4 giugno 2010)[57]. Quest'ultimo documento si concentra soprattutto sull'etica e, oltre ai valori essenziali di indipendenza, imparzialità, integrità, riservatezza e discrezione, diligenza, rispetto e capacità di ascolto, uguaglianza di trattamento, competenza e trasparenza, individua le qualità che il giudice deve offrire come persona. Si tratta, in particolare, di saggezza, lealtà, senso di umanità, coraggio, serietà e prudenza, capacità di lavorare, di ascoltare e di comunicare efficacemente. Interessante è il modo in cui queste qualità vengono scandagliate e interessante è anche il quesito di partenza, a cui il documento cerca di dare una risposta: che cosa la società e i cittadini si aspettano da un giudice? Tali qualità, peraltro, presuppongono che il giudice sia consapevole del fatto che non solo il suo lavoro, ma anche la sua vita privata e la sua condotta nella società contribuiscono ad alimentare la fiducia dei cittadini nella giustizia e a costruire l'immagine della magistratura[58].

---

[56] V. a riguardo *European Commission for democracy through law*, *Report on the independence of the judicial system*, 2010.

[57] Encj, *Working group on status of judges. Judicial ethics. Principles, values and qualities*, disponibile sul sito della rete dei Consigli per la giustizia.

[58] Encj, *Working group on status of judges. Judicial ethics. Principles, values and qualities*.

4. *Osservazioni conclusive*

I *network* sono fenomeni relativamente recenti, i cui effetti non sono ancora del tutto chiari. Ciò è dimostrato anche dal crescente numero di studi e progetti di ricerca che si propongono di analizzarli, soprattutto con riferimento al loro reale impatto sulle politiche europee e/o nazionali. Peraltro, vista la complessità del fenomeno, la sua continua evoluzione e il numero elevato di atti prodotti, è difficile fare sintesi adeguate e dare valutazioni unitarie. È dunque un fenomeno che dovrà essere attentamente monitorato in futuro.

In questa sede ci si limita ad alcune considerazioni sparse, di ordine generale, sui *network* e sull'oggetto del presente scritto e cioè l'armonizzazione delle garanzie di indipendenza del giudice.

Obbiettivo condiviso delle reti giudiziarie è quello di individuare strumenti ottimali, anche se non vincolanti, per assicurare i princìpi di indipendenza, imparzialità e competenza dei giudici, incrementando il livello di garanzie all'interno dei vari Stati europei[59]. Tali strumenti, si è detto, rispondono all'esigenza di uniformare lo statuto dei giudici, ovvero di elaborare una sorta di "statuto europeo del giudice". Insieme a iniziative di formazione congiunta, che consentirebbero di avvicinare tra loro giudici di diversi Stati, e a possibili contatti interpersonali, uno statuto europeo porrebbe le basi per realizzare un "corpo giudiziario europeo" qualificato da comuni *standard* di indipendenza e di autonomia, funzionali ad una miglior tutela dei diritti delle parti, da intendersi come "cittadini dell'Europa"[60]. Tali *standard* dovrebbero, in ultima istanza, garantire la fiducia dei cittadini nella giustizia, valore tanto più importante

[59] Carta europea sullo statuto del giudice. Naturalmente, viene precisato, qualora il livello di garanzie stabilito all'interno di un Paese sia già più alto di quello previsto dalla Carta europea, la Carta non può in alcun modo giustificare modifiche al "ribasso".

[60] Encj, *Working group on status of judges. Judicial ethics. Principles, values and qualities*. Va ricordato, peraltro, che iniziative di armonizzazione sono presenti non solo a livello di Unione europea e di Consiglio d'Europa. Si ricordano ad esempio, i Princìpi basilari sull'indipendenza dei giudici, adottati dalle Nazioni Unite nel 1985 (*Basic Principles on the Independence of the Judiciary*) e i Princìpi di Bangalore (*Bangalore principles of judicial conduct*. *Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity*, 2002), nonché un recente progetto di ricerca internazionale nato dalla collaborazione tra l'Università di Cambridge e l'Università

in vista della crescente globalizzazione delle dispute e della più ampia circolazione delle decisioni. Sono dunque strumenti di coordinamento tra livello europeo e nazionale, ovvero "luoghi di composizione e mediazione delle istanze nazionali"[61] in vista di una maggiore armonizzazione delle garanzie di indipendenza del giudice.

È difficile dire se e in che misura i *network* giudiziari siano in grado di condizionare le politiche europee o nazionali in materia di riforme giudiziarie. Certo è che, attraverso i loro pareri ufficiali e le loro proposte, essi esercitano un'influenza importante in tal senso. Un esempio è dato dalla Rete europea dei consigli di giustizia che si propone espressamente di formulare proposte alle istituzioni europee o ad altre organizzazioni nazionali e internazionali. E non è un caso che la maggior parte dei Paesi dell'Est Europa, nuovi membri dell'Unione europea, nel riformare l'organizzazione e l'assetto della magistratura, abbia istituito un organo di governo della magistratura e adottato un codice di etica deontologica, secondo quanto suggerito dalle organizzazioni reticolari[62]. Inoltre, ai *network* partecipano solitamente studiosi ed esperti di prim'ordine (magistrati e non solo) che possono facilmente farsi portavoce a livello domestico dell'esperienza maturata in tali sedi. Se così è, i *network* svolgono di fatto un ruolo ben più importante, di "indirizzo politico".

Se da un lato, dunque, le reti giudiziarie rappresentano dei nuovi e importanti interlocutori delle istituzioni europee e nazionali, creando un dialogo complesso tra due dimensioni sempre più interconnesse, dall'altro esse rafforzano il ruolo e il potere della magistratura a livello europeo e internazionale, sia perché sono in larga parte composte di magistrati, sia perché comunque i magistrati svolgono al loro interno un ruolo molto attivo. C'è anche chi definisce la loro attività come un'azione di *lobbying* "a supporto dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura"[63] attraverso la creazione

---

Ebraica di Gerusalemme denominato "*Revised International Standards of Judicial Independence*".

[61] Canepa, *La rete quale "forma-organizzazione" del settore della giustizia europea*, cit.

[62] Coman, Dallara, *Handbook of judicial politics*, Iasi, Romania, 2010.

[63] Magrassi, *Reti giudiziarie ed equilibrio istituzionale nel processo di integrazione europea*, cit., p. 395.

di un articolato sistema sovranazionale di governo della giustizia. Se davvero, dunque, le reti vogliono essere luoghi di dialogo e mediazione tra i magistrati, i poteri politici, la società e le istituzioni europee, esse devono assicurare un confronto aperto anche a soggetti esterni, per evitare di essere concretamente "monopolizzate dalla magistratura".

Per quanto riguarda, più in dettaglio, le garanzie di indipendenza della magistratura esaminate nel paragrafo precedente, la maggior parte dei valori e princìpi enunciati ha carattere generale e spesso rinvia a criteri obbiettivi che devono essere fissati dalla legge o da autorità indipendenti[64]. Se tali princìpi, come si è detto, sono da intendersi come obbiettivi da perseguire, strumenti ottimali per garantire l'indipendenza dei giudici, essi lasciano di fatto margini di discrezionalità nella scelta delle modalità con cui agire. Sono dunque indicazioni generali che per alcuni ordinamenti (non tutti) possono anche apparire "scontate" o troppo generiche o addirittura incomplete[65]. Il loro impatto può dunque variare da Paese a Paese, a seconda del grado di evoluzione e consolidamento delle istituzioni democratiche e giudiziarie (l'impatto è sicuramente maggiore nei confronti dei Paesi in via di sviluppo e/o in transizione verso assetti democratici). Essi rappresentano in definitiva una base di confronto con cui ciascun ordinamento si può misurare. Peraltro, a ben vedere, vi sono suggerimenti utili anche per un Paese come il nostro, a democrazia consolidata, in cui l'indipendenza della magistratura trova ampia tutela. Basti pensare, ad es., che per lungo tempo le promozioni dei magistrati sono avvenute di fatto sulla base della mera anzianità di servizio[66] e non in base a criteri obbiettivi di merito, come prescrive la raccomandazione n. 12. Interessanti sono anche: la

[64] Ciò avviene, per es. in materia di promozioni, valutazioni di professionalità, responsabilità, assegnazione dei procedimenti (v. *supra*).

[65] Per es. nei documenti analizzati non vi è alcun riferimento alla questione degli incarichi politici dei magistrati, alla loro partecipazione alle competizioni elettorali (elezioni politiche e amministrative), fenomeno piuttosto diffuso nel nostro Paese, che invece costituisce un grave pericolo per l'indipendenza del giudice. La raccomandazione n. 12 si limita a dire (in modo piuttosto tautologico) che i giudici possono svolgere attività extragiudiziarie solo se compatibili con la loro imparzialità e indipendenza (cap. II, 21).

[66] Di Federico, *Il Consiglio superiore della magistratura*, cit., p. 185 ss.

figura del "portavoce giudiziario" (che consentirebbe al giudice di meglio rispettare il proprio dovere di riserbo/riservatezza); i sistemi per la valutazione delle "doglianze" della società in merito al funzionamento della giustizia[67]; il divieto di legare la retribuzione del giudice, o meglio, i suoi (soli?) elementi essenziali alle *performance* dello stesso; il valore della trasparenza, in più punti evocato (ad es. per la rendicontazione dell'attività del Csm, i criteri di valutazione dei giudici, il funzionamento della giustizia, l'"accessibilità" delle sentenze).

Per quanto riguarda le nuove sfide da affrontare, vi sono alcuni significativi riferimenti alle nuove tecnologie informatiche (e quindi alla modernizzazione della giustizia), all'uso razionale delle risorse (per una maggiore efficienza del sistema), al *case management* come tecnica di gestione del procedimento, all'organizzazione e amministrazione delle corti, alla trasparenza e accessibilità della giustizia. In tutte queste attività il giudice mantiene comunque una forte centralità, soprattutto nel disegno predisposto dalla *Magna carta*[68].

La questione più controversa, in realtà, riguarda l'assetto della magistratura in generale. Come rilevato da altri studiosi, il modello di riferimento promosso dai *network* giudiziari è quello delle magistrature burocratiche, tipico dei Paesi dell'Europa continentale, in cui il Csm svolge un ruolo preminente, essendo dotato di ampi poteri e competenze relative allo *status* dei giudici (a partire dal reclutamento sino al pensionamento), e la professione giudiziaria appare nettamente separata dalle altre professioni legali[69]. Tale modello,

---

[67] Anche la Carta europea sullo statuto del giudice sollecita l'istituzione di un organo indipendente a cui poter indirizzare senza particolari formalità gli esposti nei confronti dei giudici, ma anche di avvocati, cancellieri e altro personale impiegato negli uffici giudiziari, che possa poi verificare se sussistono sufficienti ragioni per chiedere l'instaurazione dell'azione disciplinare all'autorità competente. Il *memorandum* esplicativo precisa a tal fine che i vari ordinamenti nazionali hanno organizzato secondo diverse modalità i sistemi dei reclami e degli esposti, ma non sempre il risultato è soddisfacente.

[68] La *Magna carta* infatti precisa che: "la magistratura deve essere coinvolta in tutte le decisioni che si riflettono sull'esercizio delle funzioni giudiziarie (organizzazione dei tribunali, procedure, altra legislazione)" (art. 9).

[69] Guarnieri, *Le reti giudiziarie europee*, cit., p. 5 ss. La *Magna carta* prevede addirittura un Csm formato esclusivamente da magistrati o quantomeno da una maggioranza sostanziale di magistrati eletti dai loro pari (art. 13). Per ulteriori

tuttavia, non è esente da critiche e attraversa attualmente un momento di crisi, sia per quanto riguarda il ruolo del Csm che, essendo formato in larga misura da magistrati, rischia di privilegiare i loro interessi corporativi (proprio per tale motivo la Francia, con una recente riforma costituzionale, ha reso minoritaria all'interno del Csm la componente togata[70], sia per ciò che concerne l'eccessiva "separatezza" dei giudici dalle altre professioni legali[71]. È noto anche che in Europa alcuni Paesi (ad es. la Germania e più di recente l'Inghilterra) hanno adottato meccanismi di reclutamento dei magistrati che prevedono la partecipazione, a vario titolo, di più organismi a composizione mista e non sono quindi accentrati in un unico organo, quale il Csm, formato in larga misura da magistrati[72].

Anche l'assetto della responsabilità del giudice lascia alcuni dubbi. Oltre ad un generale filtro (del tutto legittimo) alla responsabilità personale del giudice[73], sono previste ampie limitazioni di ordine generale. Secondo la *Magna carta*, infatti, il giudice deve rispondere penalmente per i reati commessi al di fuori dell'esercizio delle funzioni, ma non invece per le violazioni non dolose connesse all'esercizio delle funzioni (artt. 18-20). Compare anche una clausola generale di esonero da responsabilità disciplinare, civile e penale per l'attività di interpretazione della legge o di valutazione dei fatti e delle prove, tranne che nei casi di dolo o colpa grave (per il penale l'eccezione riguarda solo il caso di dolo). In linea con la ten-

---

approfondimenti sulle magistrature burocratiche e professionali v. Guarnieri, Pederzoli, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002.

[70] *Loi constitutionnelle n. 2008-724 du 22 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V République*, art. 31. Sul ruolo dei Consigli per la giustizia in Europa, v. Di Federico, voce *Consiglio superiore della magistratura*, in *Dig., disc. pen.*, agg. V, Torino, 2010, p. 131 s.

[71] Guarnieri, *Le reti giudiziarie europee*, cit.

[72] Si pensi, ad es., alla creazione in Inghilterra, con la riforma costituzionale del 2005, della *Judicial Appointment Commission* (composta da quindici membri tra giudici, avvocati, laici esperti di *management* e selezione del personale), o alle *Judicial electoral Commissions* in Germania (commissioni composte da membri del Parlamento statale, magistrati e avvocati) che partecipano anche alle procedure di promozione. In Inghilterra esiste anche un *Judges' council*, che però ha compiti di carattere prevalentemente consultivo e informativo.

[73] Il giudice non può essere soggetto, tranne che in caso di dolo, a qualsiasi responsabilità personale, neppure a seguito di rivalsa dello Stato (*Magna carta*, art. 22).

denza più recente, volta a rendere più certe e conoscibili le regole di condotta dei giudici, gli illeciti e il procedimento disciplinare devono essere fissati con legge. Molti di questi princìpi sono oggetto di importanti dibattiti a livello interno e internazionale: dall'esigenza di sviluppare nuove forme di *accountability* del giudice e/o dell'ufficio giudiziario (con riferimento anche a criteri organizzativi e manageriali)[74] alla possibilità di istituire una Corte disciplinare indipendente esterna al Csm[75], fino al significato che oggi può assumere il principio che esclude/limita la responsabilità civile del giudice per attività interpretativa della legge o di valutazione del fatto e delle prove[76]. Il tema della responsabilità del giudice è al centro negli ultimi anni di un'importante evoluzione.

In conclusione, la riflessione nazionale e sovranazionale su temi concernenti l'indipendenza della magistratura non potrà più prescindere per il futuro dal confronto con le reti giudiziarie[77]. Tuttavia, il compito più arduo resta affidato all'ordinamento nazionale e consiste nel dare attuazione e combinare tra loro i vari princìpi (generali) sullo *status* del giudice, in modo da realizzare in concreto il giusto bilanciamento tra i valori di indipendenza e responsabilità (*accountability*)[78]. Questa è, ancora oggi, la sfida più importante.

---

[74] Contini, Mohr, *Judicial Evaluation. Traditions, innovations and proposals for measuring the quality of court performance*, Saarbrucken, 2008.

[75] V. il d.d.l. costituzionale *Riforma del titolo IV della parte II della costituzione*, attualmente in discussione in Parlamento.

[76] V. l'art. 2, l. n. 117 del 1988 sulla responsabilità civile del magistrato e la valutazione che ne dà la Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza C-379-10 (a séguito della precedente pronuncia C-173/03, caso *Traghetti del Mediterraneo*).

[77] Montanari, *L'indipendenza della magistratura in Europa*, cit., p. 127.

[78] Cappelletti, *Giudici irresponsabili?*, Milano, 1988.

L'ESTENSIONE DEGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI (ART. 182-*BIS* L. FALL.) ALL'IMPRENDITORE AGRICOLO: UN PRIMO PASSO VERSO IL FALLIMENTO DEL DEBITORE CIVILE?

CENNI DI DIRITTO COMPARATO E PROSPETTIVE DI RIFORMA

Elena Frascaroli Santi

Ordinario dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La diversa disciplina dell'insolvenza commerciale rispetto a quella civilistica. Inquadramento storico. – 3. Rilevanza attribuita al "credito" nell'evoluzione socio-economica. – 4. Profili interpretativi del requisito della "crisi" nel contesto di una rielaborazione in senso unitario del concetto di presupposto oggettivo delle procedure concorsuali. – 5. Divergenze normative con altri sistemi concorsuali europei. – 6. L'auspicabile adozione nelle prospettive di riforma di un principio di unità soggettiva del trattamento normativo dell'insolvenza del debitore: sia esso debitore comune, imprenditore commerciale e non.

1. *Premessa*

Il problema della globalizzazione delle economie e il carattere transnazionale dei mercati ha portato alla ribalta come nuovo fenomeno economico sociale il vistoso incremento dell'attitudine al consumo e, quindi, il crescente ricorso al credito, come strumento di finanziamento da parte di categorie, persone fisiche e nuclei familiari, che tradizionalmente si ponevano in posizione marginale o residuale rispetto a tali tecniche. Non solo, ma in un contesto economico strutturalmente modificato anche la posizione di imprenditori non commerciali e, quindi, storicamente esclusi dalle procedure concorsuali, come gli imprenditori agricoli, ha assunto una rilevanza economica del tutto nuova, soprattutto nel caso specifico in cui si manifesti una crisi od una vera e propria insolvenza dell'impresa stessa.

Ebbene, a fronte di questa nuova realtà economico sociale il legislatore della riforma ha mantenuto riguardo all'inquadramento del presupposto soggettivo delle procedure concorsuali l'impostazione tradizionale, che ha come archetipo l'imprenditore commerciale individuale o collettivo, trovandosi, pertanto, in posizione pressoché isolata (insieme alla Grecia) nel contesto dei sistemi concorsuali europei.

Sistemi nei quali sono stati adottati modelli con elementi comuni che prevedono norme speciali per la disciplina dell'insolvenza delle persone fisiche, famiglie, consumatori. Soggetti, quindi, che costituiscono in definitiva il supporto principale del consumo che a sua volta costituisce il volano dell'economia. Il permanere del legame della disciplina concorsuale italiana alla figura dell'imprenditore commerciale quale presupposto soggettivo affonda, del resto, le sue radici nei precedenti storici del sistema concorsuale italiano.

2. *La diversa disciplina dell'insolvenza commerciale rispetto a quella civilistica. Inquadramento storico*

Occorre ricordare, infatti, che fra i vari profili problematici che, non solo da oggi, l'insolvenza dell'imprenditore commerciale solleva vi è sicuramente quello che concerne il suo rapporto con l'insolvenza del debitore civile e dell'imprenditore non commerciale. Infatti, nell'ordinamento italiano, nei confronti del debitore civile e dell'imprenditore non commerciale la tutela dei creditori si è sempre attuata fino alle più recenti innovazioni legislative con l'applicazione della disciplina dell'espropriazione forzata, secondo le norme del codice di procedura civile, con la peculiarità che sul patrimonio del debitore è possibile che si moltiplichino le azioni esecutive individuali promosse dai creditori per debiti scaduti e non scaduti, rispetto alle quali la rapidità del creditore nel promuovere l'esecuzione stessa è garanzia per ottenere con precedenza sugli altri creditori la realizzazione del proprio credito. Ciò, invece, non si verifica nei confronti dell'imprenditore commerciale, in quanto la tutela dei creditori si attua nell'ambito delle procedure concorsuali, la cui apertura preclude

l'esercizio delle azioni esecutive individuali e impone il rispetto del principio del concorso dei creditori, di cui la *par condicio creditorum* costituisce una modalità di attuazione.

La repressione dell'insolvenza, in Italia (ma anche in altri paesi latini, prima delle recenti riforme) ha, dunque, una diversa efficacia per i soggetti privati, da un lato, e per gli imprenditori commerciali, dall'altro. Ciò che, invece, non si ha nelle legislazioni di tipo germanico, nelle quali tale repressione è la medesima, in quanto l'insolvenza, prodotta indifferentemente dal debitore civile o dall'imprenditore commerciale, non costituisce in ogni caso il presupposto per l'apertura di un procedimento concorsuale.

È appena il caso di ricordare, infatti, che fin dalla metà del secolo scorso la dottrina italiana mise in luce la particolarità delle legislazioni di tipo germanico imperniate sulla distinzione tra il caso di equilibrio economico (solvenza) e il caso di squilibrio economico (insolvenza)[1]. Nel primo caso, che è quello normale, lo stato di equilibrio economico del debitore assicura, infatti, che se vi sono altri creditori insoddisfatti, questi possano egualmente conseguire quanto è loro dovuto. Viceversa, nel caso di squilibrio economico, essendo il valore pecuniario del patrimonio insufficiente a coprire tutti i crediti di scadenza attuale, all'esecuzione individuale "a base di esclusione" si sostituisce un'esecuzione generale universale "a base di inclusione", la quale abbraccia tutto il patrimonio del debitore ed è condotta a favore di tutti i creditori, in base al principio del soddisfacimento proporzionale, mediante il quale la perdita è ripartita equamente fra tutti i creditori.

Al contrario, come si è precisato, il diritto italiano, partendo da un altro punto di vista, in base al quale alla distinzione tra il caso di

[1] A. Rocco, *Il fallimento*, Milano, 1962 (rist. dell'ed. del 1917), p. 83 ss.; Mortara, *Dell'esecuzione forzata. Principi generali*, in *Comm. codice e delle leggi di procedura civile*, vol. V, Milano, s.d., p. 8 ss.; Galgano, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976, p. 29 ss.; Picardi, *Il problema dell'armonizzazione delle procedure concorsuali nelle aree economiche integrate*, in *Imprenditori anormali e fallimento*, a cura di Apice, Padova, 1997, p. 405 ss. Per la dottrina tedesca sui rapporti tra espropriazione e fallimento, cfr. Grunsky, *Grundzug der Zwangsvollstreckungs und Konkursrecht*, Tübinghen, 1983, pp. 3-9; Schönke-Baur, *Zwangsvollstreckung Konkurs und Vergleischsrecht*, Heidelberg-Karlsrühe, 1978, *passim*.

equilibrio economico e il caso di insolvenza si sostituisce la distinzione tra debitori civili e imprenditori commerciali, predisponeva solo per questi ultimi, almeno fino alle più recenti riforme, i procedimenti concorsuali. Per i debitori civili, invece, il processo di espropriazione vale tanto per i casi di equilibrio economico, quanto per quelli di squilibrio.

Ebbene, occorre al riguardo ricordare, come è stato ben evidenziato negli studi storiografici sul diritto statutario italiano, che tale diversa disciplina dell'insolvenza civilistica rispetto a quella commerciale, risalente alla legislazione statutaria nei secoli XII-XIV, alla quale va ricondotta la creazione dell'istituto del fallimento si basava non tanto su di una diversità concettuale dell'insolvenza civile rispetto a quella commerciale. Difatti, in entrambi i casi secondo la disciplina originaria del fallimento il concetto di insolvenza si identificava con l'incapacità a pagare i debiti e, quindi, con l'insolvibilità, intesa quale stato di insufficienza dei beni del debitore a far fronte alle obbligazioni. Concetto che all'epoca degli Statuti italiani valeva, quindi, sia per l'insolvenza del debitore civile, sia per quella del mercante[2].

Era, invece, l'appartenenza alla categoria dei mercanti il fattore determinante, almeno nella generalità degli Statuti, per l'applicazione della disciplina del fallimento in presenza di inadempimenti e di perdita della garanzia patrimoniale determinata dall'incapienza dei beni.

La separazione e l'autonomia della disciplina dell'insolvenza commerciale rispetto a quella civile intervenne in via definitiva in epoca più tarda con il codice di commercio del 1808. Separazione che fu ritenuta, del resto, inevitabile per il fatto che nel codice di commercio del 1808 (ma anche in quelli successivi del 1865 e 1882) si introdusse la "cessazione dei pagamenti", quale presupposto per

[2] Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane nell'età intermedia*, Padova, 1964, pp. 81-84; Migliorino, *Profilo storico delle procedure concorsuali*, in *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, Padova, 1997, p. 786 ss.; Id., Mysteria concursus, Milano, 1999, p. 76 ss. Per riferimenti ci si permette di rinviare a: Frascaroli Santi, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, diretto da F. Galgano, Padova, 2005, *passim*; Id., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2012.

l'apertura del fallimento. Nozione questa ultima che andava tenuta rigorosamente distinta da quella di insolvibilità, nel senso che pur non considerando le due nozioni in totale antitesi tra di loro si intendeva, peraltro, affermare che il fallimento può sussistere senza l'insolvibilità, come pure l'insolvibilità senza fallimento, in quanto un debitore poteva essere solvibile essendo l'attivo superiore al passivo e trovarsi, tuttavia, in stato di cessazione dei pagamenti per carenza di liquidità ed essere, quindi, dichiarato fallito[3].

Diversità di impostazione che si riscontrò nell'abrogato codice di commercio del 1882, anche sulla base del diverso regime delle obbligazioni commerciali rispetto a quelle civili, tanto che i creditori civili non erano considerati legittimati a richiedere il fallimento del commerciante. In definitiva, quindi, la "cessazione dei pagamenti", qualificabile come insolvenza commerciale, era un concetto adattabile esclusivamente ai commercianti.

Secondo l'interpretazione prevalente la diversa disciplina per la repressione dell'insolvenza del debitore civile rispetto a quella del commerciante si attuò definitivamente nella legislazione italiana seguendo l'esempio dell'esperienza francese. In Francia, infatti, con il *code de commerce* del 1807 si abbandonò la disciplina dell'"Ordinanza" del 1673, nella quale le norme in materia fallimentare erano assai generiche, anche se di fatto applicate ai soli commercianti. Mentre, per il caso di insufficienza del patrimonio del debitore a far fronte all'adempimento delle proprie obbligazioni, non si faceva distinzione alcuna tra debitore civile e commerciale, ma si ricorreva alla disciplina del concorso dei creditori secondo le norme della procedura di *déconfiture*[4]. Fu, invece, con la regia dichiarazione del 10 giugno 1715 che si accordò competenza in materia di fallimento

[3] Sulla distinzione di concetti: Bonelli, *La decadenza dal termine del debitore insolvente*, in *Giur. it.*, 1889, IV, c. 225; Id., *Del fallimento*, Milano, 1938, pp. 8-12 ss.; Bonsignori, *Il fallimento*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, diretto da F. Galgano, IX, Padova, 1986.

[4] *Nouveau Coutumier general*, III, Paris, 1724, tit. 8°, artt. 448-449; sull'etimologia della parola *déconfiture*: Carnacini, *Espropriazione individuale e pluralità dei creditori*, Bologna, 1941, p. 77, nota 1, che si riporta a: Brodeau, *Cousteme de la Prévôsté et Vicoté de Paris*, II, Parigi, 1669, p. 442; Menestrina, *L'accessione nell'esecuzione*, Vienna, 1901, p. 107 ss.; Garbagnati, *Il concorso dei creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, 1938, p. 46 ss.

ai tribunali consolari, che costituirono l'antecedente dei tribunali di commercio del *code de commerce*.

Ebbene, quella della specialità dell'istituto del fallimento, per i commercianti insolventi fu una scelta legislativa comune anche ad altre legislazioni, che hanno preceduto la codificazione francese e che furono chiaramente ispirate alle consuetudini mercantili e influenzate dall'esperienza statutaria italiana, confermandosi in tal modo il carattere sovranazionale dello *ius mercatorum*.

È confermato, infatti, che la procedura fallimentare riservata a coloro che esercitavano la mercatura, secondo la tendenza manifestatasi nella tradizione statutaria italiana, venne accolta antecedentemente alla codificazione francese anche negli Stati interessati all'affermazione del commercio marittimo nel mare mediterraneo, come la Spagna e l'Austria (per quanto riguardava il littorale c.d. dell'"Austria inferiore" che fu sotto il suo dominio fino al 1918), nei quali era istituita la giurisdizione speciale dei Consolati del Mare e dei Tribunali mercantili[5].

Per quanto concerne l'esperienza giuridica spagnola risulta, infatti, che nei secoli XIV-XV, con la creazione dei *Consolati del Mar* si formò un diritto mercantile nuovo, che prevedeva una giurisdizione speciale sia soggettiva, sia oggettiva. Seguirono, poi, i Tribunali di commercio, rimasti in vigore fino al 1868, allorché il decreto de *Unificacion de Fueros* ne dispose la soppressione con la fine del processo mercantile.

In epoca più tarda tali principii normativi, non estranei all'esperienza statutaria italiana e alla sua successiva elaborazione, si rinvengono anche in legislazioni più avanzate, quale appunto quella austriaca del 1758, destinata a coloro che esercitavano la mercatura nel litorale austriaco. Tale fu il *Nuovo Regolamento di commercio e dei falliti*, fatto redigere dall'imperatrice Maria Teresa d'Austria, emanato il 19 gennaio 1758, il cui contenuto normativo si presenta rispetto alla sua epoca particolarmente evoluto ed elaborato sulla base di molti dei princìpi e delle regole che si rinvengono anche nelle legislazioni sia italiana, sia francese dei secoli XVII-XVIII, che

[5] Ci si permette di rinviare a Frascaroli Santi, *Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali*, cit., p. 38 ss.

prepararono, poi, la codificazione napoleonica del 1807. Tale Regolamento, che ripropone e arricchisce il sistema di leggi già in vigore nel territorio austriaco, era destinato a coloro che esercitavano la mercatura nel litorale austriaco e a coloro che avevano accesso in Borsa. Veniva così individuato in questi soggetti anche il presupposto soggettivo per l'apertura del fallimento in caso di insolvenza e si attribuiva la competenza ai "Tribunali mercantili", sia ad autorizzare l'apertura di un "negozio" e a decidere ogni questione inerente, sia a dichiarare "d'ufficio" il fallimento in caso di insolvenza. In questo sistema normativo venne accolto, quindi, il principio della specialità della disciplina riservata ai commercianti insolventi[6].

La disciplina del concorso dei creditori si applicava, quindi, in presenza di uno stato di insolvenza, la cui generica nozione sembrava ricondursi al concetto di insolvibilità, intesa come incapacità a far fronte alle obbligazioni, senza che tale nozione potesse assumere un diverso connotato in relazione alla qualifica del debitore. Quel che rileva del citato Regolamento austriaco è, quindi, la peculiarità del medesimo, in quanto si applicava esclusivamente al debitore commerciante con la possibilità, peraltro, che quest'ultimo potesse avvalersi, in caso di insolvenza incolpevole, dell'istituto della *cessio bonorum*, disciplinato per regolare l'insolvenza del debitore in genere (P. I, art. VI, §5).

Anche nella predetta legislazione austriaca non era, quindi, un diverso tipo di insolvenza, civile o commerciale, che rilevava ai fini dell'applicazione del concorso dei creditori su base paritaria, ma la qualifica del debitore, al quale erano destinate tutte le disposizioni relative all'imposizione da parte del giudice o del Tribunale mercantile delle misure cautelari o dello svolgimento dell'accertamento dell'attivo e del passivo al fine di accertare l'esistenza dei presupposti per l'apertura del concorso stesso.

Ebbene, questo sistema è stato abbandonato nelle più recenti legislazioni ispirate all'ordinamento germanico, mentre va ribadi-

[6] Nuovo regolamento di commercio e dei falliti di Maria Teresa d'Austria del 19 gennaio 1758, nuova ed., Weiss del 1816, Biblioteca Miscell. dell'Archivio di Stato di Trieste (colloc. B453). In questo territorio fu costituito il Tribunale di cambio e mercantile e il Consolato del Mare di II istanza in Trieste e di I istanza in Signa (*Mercantilgericht*) 1769-1776.

to che per il diritto italiano la distinzione tra la disciplina dell'insolvenza in senso civilistico e quella dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale con radici profonde nell'evoluzione storica dell'*iter* legislativo, che ha contraddistinto l'individuazione del presupposto per l'apertura dei procedimenti concorsuali, può dirsi avviata ad un efficace, ma ancora parziale superamento, con l'introduzione del d.l. 6 luglio 2011, n. 28, convertito con l. n. 111 del 2011, che ammette l'imprenditore agricolo in stato di crisi alla procedura di accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182-*bis* l. fall. e alla transazione fiscale *ex* art. 182-*ter* l. fall., con conseguente esdebitazione. Non solo, ma il segno di una radicale svolta nel sistema di tutela concorsuale del credito si è manifestato, poi, con il d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, destinato a disciplinare una nuova procedura di composizione della crisi per i debitori sovraindebitati non assoggettabili a procedure concorsuali e per i consumatori indebitati. Va chiarito, tuttavia, che in sede di conversione da tale decreto si è proceduto a stralciare tutte le norme riguardanti l'intera disciplina della procedura di composizione della crisi, in quanto la stessa e solo per i debitori sovraindebitati e non assoggettabili alle procedure concorsuali è stata, poi, nuovamente e integralmente ridisciplinata con la l. 27 gennaio 2012, n. 3, nel frattempo emanata. Per la categoria dei consumatori sovraindebitati è, invece, in elaborazione un complesso progetto normativo autonomo.

3. *Rilevanza attribuita al "credito" nell'evoluzione socio-economica*

Ebbene, occorre evidenziare che dopo la grande riforma del 2005, il permanere di un diverso trattamento normativo dell'insolvenza commerciale rispetto a quella civile sembra aver perduto ogni realistico fondamento.

È caduto, infatti, uno dei profili argomentativi di maggior rilievo che poggiava, appunto, sulla pretesa distinzione dei due concetti di insolvenza: civilistica, da un lato, e commerciale, dall'altro.

Già con la legge fallimentare del 1942 e l'introduzione della nozione di insolvenza, quale presupposto del fallimento e del concordato preventivo, pur non essendo stata fatta, sulla base di tale nuova nozione, una effettiva chiarezza circa la coincidenza, o no, dei concetti di insolvenza civilistica e di quella dell'imprenditore commerciale, si poteva dire, tuttavia, che avevano perduto consistenza le ragioni socio economiche che motivarono la scelta attuata con il codice di commercio di una diversa disciplina delle due forme di insolvenza.

Non più significativa, come in passato, poteva dirsi, infatti, la differenza di disciplina tra le obbligazioni dei commercianti e quelle dei non commercianti: per le prime, cioè, la garanzia si riteneva insita principalmente nel credito personale di cui gode il commerciante, mentre per le seconde la garanzia si riteneva che riguardasse in modo principale, anche se non esclusivo, il patrimonio del debitore. Si osservò autorevolmente che il credito al commerciante non veniva concesso in proporzione ai beni che lo stesso poteva offrire in garanzia ai creditori, ma in funzione della stima delle sue capacità di creare nuova ricchezza con il lavoro e i rapporti commerciali. Le operazioni di credito a favore del commerciante si consideravano, pertanto, piuttosto sconti sul patrimonio futuro, che anticipazioni su quello attuale. Il puntuale adempimento era, quindi, essenziale per conservare il credito, la cui perdita costitutiva il sintomo del dissesto economico[7]. Motivazioni che non hanno perduto fondamento, ma sicuramente erano più apprezzabili in un'epoca in cui il credito era quasi esclusivamente limitato a favore dei commercianti, ai quali poteva essere accordato anche in assenza di una garanzia patrimoniale adeguata, a differenza di quanto accadeva, invece, per il non commerciante, al quale di norma si richiedeva a garanzia del credito che i beni posseduti fossero sufficienti al pagamento dei debiti.

Non solo, ma, come la dottrina dell'epoca osservava, l'importanza del credito era così diversa per il commerciante rispetto al non commerciante, che il credito di cui godeva il commerciante stesso costituiva il vero patrimonio dello stesso, che, secondo una nota de-

[7] Mortara, *op. ult. cit.*, p. 10 ss.; Bonelli, *La decadenza dal termine del debitore insolvente*, cit., p. 6 ss.

finizione "doveva essere rispettato come una proprietà", tanto che la sua esistenza, come d'altronde la sua mancanza, poteva rendere inutile la considerazione di un attivo superiore al passivo. Si reputava, quindi, che il credito potesse supplire e integrare la solvibilità obiettiva, in quanto chi trattava con il commerciante contava soprattutto sull'elemento personale e sulla sua condotta[8].

Sulla base, pertanto, di tale diversità di effetti, ricollegabili alle obbligazioni dei commercianti e a quelle dei non commercianti, si motivò l'opportunità di tenere distinta la disciplina dell'insolvenza civile rispetto a quella commerciale[9].

Oggi, invece, si può constatare che a seguito dell'evoluzione economica prodottasi negli ultimi decenni, il rapporto con il credito è sostanzialmente mutato, non costituendo più tendenzialmente una peculiarità della categoria dei commercianti, diffuso com'è anche ai privati e al minuto, non solo per l'acquisizione dei beni, ma anche per l'utilizzo dei servizi. Il mutamento si riscontra soprattutto per quanto concerne la garanzia, che per questi ultimi viene richiesta per lo più in base al reddito fisso, costituito da stipendi, salari o pensioni, fruite dal debitore, anche in assenza di un patrimonio immobiliare[10].

---

[8] Bonelli, *op. loc. ultt. citt.* Sull'importanza del "credito" e della "onorabilità" di cui doveva godere il commerciante si basò la disciplina contenuta nel Nuovo Regolamento di Maria Teresa d'Austria del 1758, nel cui sistema di norme, data la grande importanza attribuita al "credito" goduto dal commerciante nell'esercizio dell'attività sulla "Piazza di commercio", si puniva severamente il comportamento di chi "sotto falsa apparenza di credito" proseguiva l'attività commerciale. Sistema di norme previsto, quindi, a protezione del "bene pubblico" oltre che dei creditori del fallito, e teso a sanzionare quest'ultimo sottoponendolo alla dura disciplina del fallimento doloso. In tal caso, infatti, il fallito era considerato un "usurpatore non tanto dei beni del suo prossimo, quanto distruttore di una intiera Piazza di commercio; circostanza quest'ultima esposta a conseguenze molto più rilevanti che la perdita dei poveri ingannati creditori". Si legge, inoltre: "[…] Noi non conosciamo delitto alcuno tanto distruttivo della comune società, che quello di maliziosi inganni occultamente fabbricati. […] Quindi, il pubblico bene vuole che tali malfattori siano separati come perniciosi membri, dal corpo dello Stato e stabilito sia a comune terrore un esempio". La disciplina del "fallimento doloso" era prevista nella P. I, art. VI, §4.

[9] Mortara, *op. loc. ultt. citt.*

[10] L'evoluzione economica ha portato anche alla ricerca di nuovi strumenti di garanzia mobiliari. Tale fenomeno si è sviluppato soprattutto nell'ordinamento tedesco, ove nella prassi si è andato formando un sistema di garanzie mobiliari che

Si tende, quindi, ad affermare che dalla diffusione del credito alla produzione si è passati alla diffusione del credito al consumo, per cui il credito stesso non costituisce più una discriminante particolarmente qualificata tra il commerciante e il non commerciante. Anzi, si assiste ad un fenomeno nuovo, costituito dall'incremento dei consumi mediante una più larga concessione del credito ai privati, pur in mancanza di garanzie reali, in quanto si tende a considerare l'individuo soprattutto come elemento produttivo, in quanto consumatore. Attualmente, quindi, quello che interessa è che l'individuo, come l'impresa, non vengano esclusi dalla produttività, anche se tale obiettivo si debba perseguire concedendo credito senza le tradizionali forme di garanzia[11].

Ebbene, il profilo problematico così enunciato, induce a una serie di considerazioni circa le ragioni che si pongono all'origine di tale significativa evoluzione del sistema.

In primo luogo, infatti, si deve prendere atto della caduta di interesse per le ragioni socio-giuridiche che hanno sostenuto nel tempo le differenziazioni normative enunciate. Infatti, oggi sembrano

---

non trova alcun riscontro nella disciplina legislativa, tanto da presentarsi come un diritto consuetudinario, in questo senso si legga: Inzitari, *Sistema del concorso e modelli di garanzia nell'esperienza italiana e straniera*, in *Dir. fallim.*, 1991, I, p. 539 ss. Si evidenzia al riguardo che in base al sistema tedesco si può ottenere un superamento delle procedure concorsuali, in quanto il debitore insolvente, nel momento in cui viene accertata l'insolvenza, è assolutamente privo di beni e di patrimonio da poter mettere a disposizione dei propri creditori. Infatti, tutte le attività patrimoniali, siano esse merci o crediti, appartengono, in tal caso, già ad altri soggetti. Pertanto, alcuni creditori vengono soddisfatti prima ancora del concorso e fuori da ogni controllo concorsuale. Piepoli, *Garanzie sulle merci e spossessamento*, 1980, p. 32 ss., l'a. approfondisce il delicato processo formativo svolto nell'esperienza tedesca in relazione agli strumenti utilizzati nella prassi, quali il *Kauf auf Wiederkauf* e il *Sicherungsübereingnung*; strumenti di garanzia definiti come indispensabile base di finanziamento per un sempre più esteso tessuto di piccole e medie imprese, che non sono in grado di offrire garanzie reali immobiliari o che non possono privarsi del patrimonio aziendale mobiliare e che per questo motivo rimarrebbero escluse dal mercato del credito.

[11] Tali mutamenti dal punto di vista economico hanno portato a dubitare della convenienza dell'apertura dei procedimenti concorsuali come mezzo di tutela del credito, poiché si reputa più importante che l'individuo e l'impresa non vengano esclusi dalla produttività, affinché né la produzione, né il consumo subiscano alcun rallentamento. Per l'ordinamento statunitense, cfr.: A. Castagnola, *La liberazione del debitore (*discharge*) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, p. 68 ss.

innanzitutto aver perso incisività gli argomenti socio-economici formulati alla fine del'800 in Italia (e, come si è potuto notare, anche in Francia), in base ai quali si sosteneva l'opportunità di una diversa disciplina dell'insolvenza civile rispetto a quella commerciale, differenziandone i concetti alla luce delle rispettive norme disciplinatrici: l'art. 1176 c.c. 1865 (ora 1186 c.c.) e, per quella commerciale, l'art. 638 cod. comm.

Irrilevanza dovuta principalmente, come si è accennato, anche al mutamento, che si è manifestato di recente circa i criteri e le condizioni per la concessione del credito a cui anche i privati possono accedere anche nell'ipotesi in cui la garanzia messa a disposizione sia costituita unicamente dal reddito da lavoro fisso (il ché alla stregua del credito del commerciante secondo la concezione bonelliana, potrebbe significare potenzialità di beni futuri, piuttosto che patrimonio attuale). In altre parole, la rapida evoluzione economica ha mutato sostanzialmente il rapporto con il credito, essendo mutate le condizioni per la sua concessione[12]. Anche se non si esclude che l'insolvenza possa essere determinata da esigenze di risanamento conseguenti proprio a carenza di credito.

È indubbio che questa sostanziale modificazione rende più evanescente la separazione dei due concetti qui esaminati, non essendo l'importanza del credito, inteso in senso oggettivo, come si è chiarito, un criterio distintivo dei due fenomeni[13]. Semmai, potrebbe riuscire in alcuni casi più difficoltoso individuare il concetto di insolvibilità, quale presupposto per l'applicazione dell'art. 1186 c.c., nella situazione del non commerciante, che non onora le scadenze, non essendo sempre possibile individuare uno stato di insolvibilità nella perdita o nella lesione della garanzia reale, in quanto può sussistere una condizione di credito ottenuto senza prestazione di garanzie

---

[12] Sugli interventi legislativi in caso di sovra indebitamento, inoltre, cfr.: Alpa, *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Cont. e impr.*, 1995, p. 6 ss.; Canale-Macario, *Norme di attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo*, in *Nuove leggi comm.*, 1994, p. 745 ss.

[13] Per una definizione di "credito", cfr. Roppo, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, secondo cui in senso oggettivo deve intendersi "come affidabilità degli impegni giuridico-economici, come stabilità della relazione d'affari e in questo senso come funzione del sistema economico e fattore decisivo per il suo buon funzionamento".

reali o personali, ma solo in funzione di una possibilità di reddito anche futuro, quale, appunto, costituito dallo stipendio od altra entrata fissa, in base alle norme che disciplinano il c.d. credito al consumo.

Il credito, dunque, non rappresenta più una peculiarità dell'imprenditore commerciale, nel senso che non è più la ricchezza del solo commerciante, che seppur privo di beni materiali poteva in passato sperare di ottenere credito in forza della sua capacità imprenditoriale, secondo una superata visione del fenomeno.

Nei tempi moderni l'accesso al credito, senza la necessaria prestazione di opportune garanzie reali può essere, invece, come si è ricordato, appannaggio di tutti, indipendentemente dall'inserimento del soggetto in una attività produttiva, ma solo in quanto si provi sia l'esigenza di soddisfare un determinato consumo, sia una minima capacità di reddito. Ne consegue che sfuma la ragione di distinguere tra insolvenza commerciale ed insolvibilità, intesa come insolvenza civile.

Nozioni che, comunque, non sono in totale antitesi tra di loro. Al contrario, come si è chiarito, suscita più di una perplessità il tentativo di interpretare le nozioni di insolvenza, di cui all'art. 5 l. fall., e di insolvibilità, di cui alle norme del codice civile, in senso concettualmente opposto. Si intende semmai affermare che tale la differenziazione è utile se viene utilizzata, secondo il concetto c.d. quantitativo di insolvenza, per graduare le scelte gestionali nell'ambito dei singoli procedimenti concorsuali.

4. *Profili interpretativi del requisito della "crisi" nel contesto di una rielaborazione in senso unitario del concetto di presupposto oggettivo delle procedure concorsuali*

Sul piano concettuale anche il requisito oggettivo della "crisi" introdotto dalla riforma, quale presupposto degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis*) e del concordato preventivo (art. 160), non ha aperto una antinomia trai concetti di insolvenza. Anzi, con il nuovo impianto normativo introdotto dalla riforma falli-

mentare si è compiuta l'auspicata rielaborazione in senso unitario del concetto di presupposto oggettivo dei procedimenti concorsuali. Nell'elaborazione interpretativa si è affermato, infatti, che il concetto di crisi non potrebbe che corrispondere a quello di insolvenza e di temporanea difficoltà di cui alla legge fallimentare e che, pertanto, il nuovo presupposto oggettivo di cui all'art. 160 l. fall. può coincidere con fenomeni che vanno dall'insolvenza vera e propria a situazioni graduabili per minore intensità[14].

Solo un indirizzo, di carattere minoritario, affermò che l'applicazione della procedura di concordato poteva avvenire solo a fronte di condizioni economiche che escludessero lo stato di insolvenza, ritenendosi che per l'ammissibilità al concordato preventivo lo stato di "crisi" consiste in una situazione determinata solo da cause contingenti di squilibrio od inefficienza, che precede l'insolvenza e che tendenzialmente risulta reversibile, non identificabile in uno stato di insolvenza[15].

Si può osservare, peraltro, che negli orientamenti più recenti si è venuta affermando l'impostazione secondo cui tra le due fattispecie esiste un rapporto di *genus ad speciem*[16]. Anche se non si è mancato, tuttavia, di sottolineare che la crisi possiede caratteri propri, ma nel senso che la crisi può caratterizzarsi per fattori interni all'impresa e, a differenza di quanto accade per l'insolvenza la crisi può non esteriorizzarsi, non divenendo conoscibile ai terzi e rimanendo nella stretta sfera dell'imprenditore[17].

In definitiva, non essendo stato chiarito nell'art. 160 l. fall. il significato del termine "crisi", quest'ultima si dovrebbe riferire all'insolvenza sia irreversibile, sia reversibile, ma anche al "rischio di in-

---

[14] Censoni, *Il "nuovo" concordato preventivo*, in *Giur. Comm*., 2005, p. 731; Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 136; Trib. di Torino, 11 ottobre 2005, in *Fall*., 2006; Trib. di Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fall*., 2006, p. 570.

[15] Trib. Treviso, 15 luglio 2005, in *Fall*., 2006, p. 63; Alessi, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. Fall*., 2005, p. 1135.

[16] Sandulli, *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p. 189.

[17] G. Fauceglia, N. Rocco di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, p. 324 ss.

solvenza", ossia al rischio di una futura, ma non certa insolvenza[18], il cui concetto può, quindi, ricomprendere tutte quelle situazioni che sono potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza.

Concetto che ci deriva, invero, dalla disciplina dell'insolvenza nell'ordinamento tedesco (*Insolvenzordnung*), anche se di tale fenomeno non si fa menzione nella relazione illustrativa della legge di riforma. Al riguardo si può, tuttavia, osservare che il rischio di insolvenza non può esaurire la portata del concetto di crisi, nel quale si può, invece, ricomprendere, come si è precisato, una ben più vasta serie di situazioni. Nell'ampio e variegato panorama della casistica si annoverano, infatti, anche decisioni che hanno individuato nell'illiquidità momentanea (una sorta di temporanea difficoltà) il carattere distintivo della crisi[19]. Impostazione che sembra, peraltro, prevalere nell'orientamento generale, mentre perde di consistenza quella che afferma in modo indifferenziato che è stato di crisi la situazione di grave insolvenza identificabile in tutte quelle situazioni in cui l'imprenditore non è più in grado di far fronte alle obbligazioni assunte alle scadenze con i normali mezzi di pagamento[20].

Ebbene, non si può, dunque, non ribadire che le importanti innovazioni legislative, per le ripercussioni che sembrano produrre nell'intero sistema delle procedure concorsuali inducono a riaffermare la totale inutilità, ai fini dell'apertura dei procedimenti concorsuali, di una previsione classificatoria che imponga una distinzione tra insolvenza, insolvibilità e crisi dell'impresa.

Distinzione che si può, invece, presentare utile quando dal dato fenomenologico si passa a quello ontologico e si possono riscontrare nei concetti espressi elementi utili per una valutazione dinamica dell'attività imprenditoriale in crisi, tale da rivestire caratteri eminentemente, anche se non esclusivamente, quantitativi.

---

[18] Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, p. 570; Trib. Sulmona (decr.), 2 novembre 2010, in www.ilCaso.it; Rocco di Torrepadula, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, p. 216.

[19] Trib. Roma, 1° febbraio 2006, in *Dir. Fall.*, 2007, II, p. 95; Trib. Bologna, 15 novembre 2005, in *Giur. Comm.*, 2006, II, p. 891.

[20] Per una equiparazione, Trib. Mantova, 25 agosto 2005, in *Dir. e prat. fall.*, 2007, n. 3, p. 69.

Su tale base interpretativa si ribadisce, quindi, che viene a cadere uno dei profili argomentativi su cui si poggiava la sostenuta distinzione di disciplina dell'insolvenza civilistica rispetto a quella commerciale. Diversa disciplina alla quale, peraltro, anche in sede di riforma sono state rivolte non poche critiche, in quanto la stessa, pur riferendosi a fenomeni di insolvenza tra loro non in contraddizione, evidenzia tuttavia una sostanziale disparità di trattamento tra l'uno e l'altro soggetto insolvente.

Rilievi critici che permangono anche a fronte del recente, frammentario e disorganico intervento legislativo in base al quale è ora concesso all'imprenditore agricolo di accedere all'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* artt. 182-*bis* e 182-*ter*[21]. Occorre rilevare, infatti, che rispetto a quest'ultimo procedimento sussiste una problematica diversità di disciplina e di effetti ravvisabile nella nuova citata procedura concorsuale, c.d. di composizione della crisi sovraindebitamento, destinata ai debitori comuni sovraindebitati, nonché agli imprenditori che a norma degli artt. 2083 e 2221 c.c. rientrano nella categoria di piccolo imprenditore, o a quelli che non svolgono attività commerciale. Differenza non motivata secondo quella parte della dottrina italiana che in sede di riforma riteneva, invece, i tempi ormai maturi per un cambiamento di impostazione. Va ribadito, infatti, che una delle obiezioni di maggior rilievo fu quella secondo cui le sopra menzionate categorie di soggetti non possono beneficiare dell'istituto dell'esdebitazione regolato dagli artt. 142, 143 e 144 l. fall., che consente la liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti nel fallimento.

5. *Divergenze normative con altri sistemi concorsuali europei*

Con riguardo alle esperienze straniere si può constatare, invece, una diversa impostazione.

[21] D.l. 6 luglio 2011, n. 98, art. 23, comma 43°, convertito in l. n. 111 del 2011.

a) Nel sistema concorsuale tedesco è previsto, all'interno del procedimento unico di *Insolvenzordnung*, un corpo normativo e speciale e semplificato per il concorso dei debitori persone fisiche, inclusi consumatori e piccoli imprenditori. Si tratta di una procedura c.d. di composizione o regolazione dei debiti, fondata su di un accordo tra debitore e creditori, nonché quella semplificata a carattere sussidiario definita sommaria, alla quale si accede solo se la procedura di regolazione dei debiti, secondo un piano concordato (*Schuldenbereinigungsplan*) non abbia avuto esito positivo. In generale, come ha evidenziato la dottrina che si è occupata di questo complesso istituto disciplinato nel sistema tedesco, il beneficio della liberazione dei debiti è esteso a tutte le persone fisiche, debitori civili e non solo ai c.d. consumatori. Sono escluse, invece, le persone giuridiche in quanto secondo il diritto tedesco il procedimento di insolvenza si conclude con la liquidazione e l'estinzione dell'ente[22].

b) Anche nel sistema francese, che si differenzia da quello anglosassone, si evidenzia da tempo la tendenza a favorire meccanismi di esdebitazione per il debitore fallito. Come la dottrina ha messo in luce, infatti, nell'ordinamento concorsuale francese è stato da tempo introdotto l'istituto del fallimento personale e "il perno su cui ruota il meccanismo esdebitatorio" è costituito dalla norma di cui all'art. l. 643-11, comma 1°, che dispone che "la sentenza di chiusura della liquidazione giudiziaria per insufficienza dell'attivo non fa recuperare ai creditori l'esercizio individuale delle loro azioni esecutive contro il debitore".

Principio, quello del blocco delle azioni esecutive quale effetto della chiusura della procedura che presenta, tuttavia, alcune importanti eccezioni o limitazioni alla effettiva possibilità per il debitore di ottenere una esdebitazione definitiva. Come nel caso di accerta-

---

[22] La *Insolvenzordnung* del 1994 è stata modificata nel 2001: all'art. 301, II, si disciplina il *Verbraucherinsolvenzverfharen* e agli artt. 286-303 il *Restschuldbefreiung*. C. Ferri, *L'esdebitazione*, in *Fall.*, 2005, p. 1085, ove si ricorda che la durata del periodo è stata ridotta da sette a sei anni dalla legge di riforma del 2001. Mucciarelli, *L'insolvenza del debitore civile in Germania*, in *Analisi giuridica dell'economia*, Bologna, 2004, p. 337 ss. Al modello tedesco si è ispirata anche la legge di riforma portoghese: De Carvalho Fernandes, *Profili generali del nuovo regime dell'insolvenza nel diritto portoghese*, in *Dir. fall.*, 2004, p. 1418 ss.

mento di determinate condotte in capo al debitore o atti di cattiva gestione od ancora come la volontaria prosecuzione di una attività in perdita o l'irregolare tenuta della contabilità[23].

In definitiva, come la dottrina ha messo in luce, nel sistema francese l'effetto esdebitatorio viene inquadrato non solo come un beneficio per il debitore che può riprendere l'attività liberato dai debiti, ma anche come logica conseguenza del fatto che la procedura di liquidazione giudiziaria ha completato la propria funzione e il permanere dei crediti insoddisfatti non può essere direttamente imputata al debitore. In tal caso, quindi, "la tutela del credito deve necessariamente piegarsi alla realtà dell'economia"[24].

Il modello francese, introdotto nell'àmbito del diritto dei consumi (art. L331-2 cod. cons. del 31 dicembre 1989 e successive modifiche fino all'ultima riforma del 2003) si caratterizza, in quanto, affronta in modo preventivo il sovraindebitamento prima che si trasformi in insolvenza.

c) Solo nel modello spagnolo di "concorso" non è previsto un meccanismo di esdebitazione[25] in quanto si reputa che tale procedimento abbia esclusivamente finalità liquidatorie.

Va segnalato, tuttavia, che nell'ordinamento spagnolo vige il principio di unità soggettiva (principio che costituisce una delle grandi novità della *Ley concursal* 22/2003), in base al quale è stato superato il trattamento differenziato delle crisi in funzione della qualità imprenditoriale del debitore (è stato abbandonato, quindi, il sistema giuridico latino). È prevista, quindi, una uniformità di disciplina, ma non sono previste norme speciali in funzione della distinta tipologia del debitore e in particolare per il caso in cui il debitore sia

---

[23] Fabbrini, *Meccanismi di esdebitazione nella legislazione francese*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 243 ss. e p. 246 ss., ove si indicano tra le eccezioni quella del garante solvens che mantiene il diritto all'azione di regresso: quella riferita ai crediti personali o ai crediti che derivano da illeciti penali commessi dal debitore. Altra deroga si ha quando il debitore viene condannato al "fallimento personale" o per bancarotta. In tal caso, ciascun creditore recupera il diritto di procedere in via coattiva.

[24] Così, testualmente, Fabbrini, *op. loc. ultt. citt.*

[25] Pulgar Ezquerra, *La prevenzione e il trattamento dell'insolvenza delle famiglie e dei consumatori nell'ordinamento spagnolo*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p. 86 ss.

un consumatore. Ragione per cui è stata varata una riforma parziale della legge concorsuale che preveda in particolare anche la revisione del trattamento delle crisi economiche delle persone fisiche e delle famiglie, tenuto conto del fenomeno del sovraindebitamento.

d) Un modello di procedura esdebitatoria del tutto peculiare, ancorché ispirato al modello tedesco, e uniformato, quindi, all'estensione del procedimento concorsuale anche ai debitori civili, è quello varato nella Repubblica Ceca con la l. n. 186 del 2006, entrata in vigore il 1° gennaio 2008[26]. Il procedimento di esdebitazione costituisce, infatti, in tale sistema uno dei mezzi di rimozione dell'insolvenza riservato, peraltro, esclusivamente al debitore persona fisica e non imprenditore. Viene definito anche "fallimento personale" al quale possono accedere, proponendo ricorso al Tribunale d'insolvenza, i consumatori che si sono sovraindebitati a seguito dell'utilizzo indiscriminato, o non programmato sufficientemente, dello strumento di finanziamento, qual è il credito al consumo.

Il complesso sistema di disciplina prevede l'apertura di un procedimento nel quale devono essere accertati i presupposti e le condizioni di ammissibilità. Avvenuta l'approvazione dell'esdebitazione il debitore è obbligato ad esercitare un'attività, che gli procuri entrate tali da consentirgli nei cinque anni successivi il soddisfacimento pianificato delle ragioni creditorie. Solo se ottempera agli obblighi assunti il debitore può ottenere il beneficio della liberazione dei debiti residui.

In definitiva, le diverse discipline concorsuali introdotte nei vari ordinamenti derivano anche dal fatto che manca nell'ordinamento comunitario una normativa specifica relativa al sovraindebitamento familiare o delle persone fisiche, per cui i modelli di riferimento rimangono attualmente: quello francese e quello tedesco, ai quali si è fatto cenno[27].

---

[26] L. 182/2006 Sb. (*Insolvenční Zákon*) che ha abrogato la l. 328/1991 Sb. (*Konkurzu a Vyrovnání*).

[27] Una direttiva di riferimento può essere, solo marginalmente, la 2007/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008; Punzi, *Le procedure di insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 997.

6. *L'auspicabile adozione nelle prospettive di riforma di un principio di unità soggettiva del trattamento normativo dell'insolvenza del debitore: sia esso debitore comune, imprenditore commerciale e non*

Non a caso, dunque, con l'aggravarsi della crisi economico-finanziaria, che ha coinvolto tutti i settori produttivi, determinando crescenti situazioni di sovraindebitamento e di insolvenza anche di soggetti privati, si è riproposta con vigore all'attenzione del legislatore italiano l'esigenza di riconsiderare l'importanza, alla stregua degli altri sistemi concorsuali europei, dell'adozione di un principio di unità soggettiva di trattamento normativo della crisi e dell'insolvenza del debitore, sia esso debitore comune, imprenditore commerciale e non, o piccolo imprenditore.

Il distacco normativo dal punto di vista soggettivo del sistema italiano rispetto al contesto europeo si è avviato verso un progressivo ridimensionamento.

Il legislatore, infatti, nell'affrontare tale problematica si è mosso in via trasversale, sotto il profilo, cioè, dell'adozione di mezzi di prevenzione dell'insolvenza e di liberazione dell'insolvente dai debiti che residuano a procedimento eseguito, ma solo limitatamente ad una particolare categoria di imprenditori, tradizionalmente esclusi dalle procedure concorsuali, gli imprenditori agricoli[28], che ora possono accedere alla procedura di accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis*) e alla transazione fiscale (art. 182-*ter*).

Viceversa, per quanto concerne il sovraindebitamento delle famiglie e delle persone fisiche, che non svolgono attività imprenditoriale, e che non sono in grado far fronte alle obbligazioni assunte, come si è già precisato[29], è stata introdotta una nuova procedura c.d. di composizione della crisi, che non consente, tuttavia, di perveni-

---

[28] La disposizione normativa è stata introdotta nella Manovra economica disposta con il d.l. n. 98 del 2011, art. 23, comma 43°, conv. in l. n. 111 del 2011.

[29] Disegno di legge su "Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovra indebitamento", approvato dal Senato il 1° aprile 2009. Su specifiche problematiche relative alla tutela del risparmiatore: Carpi, *Servizi finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 1049 ss.

re all'esdebitazione. Mentre, per il consumatore sovraindebitato è in progetto una diversa procedura. Pertanto, con i recenti interventi legislativi si può affermare che il principio del concorso dei creditori ha trovato, dunque, piena attuazione nelle varie forme di disciplina dell'insolvenza, ma a fronte del frazionamento di procedure, diversificate per quanto concerne modalità ed effetti, a seconda del presupposto soggettivo, non può invece dirsi attuato l'auspicato principio di unità soggettiva di trattamento dell'insolvenza.

Ebbene, per quanto concerne, in particolare, l'isolato intervento legislativo di estensione del procedimento degli accordi di ristrutturazione alle imprese agricole si osserva come questo costituisca, tuttavia, una discutibile anomalia, che apre una problematica frattura nel sistema concorsuale italiano.

Difatti, tale innovazione non realizza, come si è già osservato, l'auspicata introduzione del principio di unità soggettiva del trattamento dell'insolvenza, ma anzi riapre, anziché chiudere definitivamente, una serie di problematiche, dibattute anche in un recente passato[30].

Difatti, l'imprenditore agricolo, nonostante non rientri nell'ambito degli imprenditori commerciali, ora può accedere ad un procedimento concorsuale di carattere preventivo che, invece, richiede tale qualifica quale presupposto soggettivo per accedervi. Né, d'altro canto, l'imprenditore agricolo, a norma dell'art. 1 l. fall. può essere assoggettato a fallimento o concordato preventivo, salvo che lo svolgimento della sua attività non assuma le caratteristiche dell'attività commerciale, per cui solo da questo punto di vista e previo rigoroso accertamento in sede di istruttoria prefallimentare, potrebbe essere inquadrato come soggetto fallibile.

Altra anomalia è data dal fatto che proprio in ragione della peculiarità del soggetto, l'imprenditore agricolo, la disciplina degli ac-

[30] Rilievi critici in Ferro, *Manovra fiscale: più tutele ai crediti tributari e prime procedure concorsuali per gli imprenditori agricoli*, in *Fall.*, 2011, p. 907, ove si evidenzia che l'art. 23 è stato introdotto in attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi per consentire di transigere tributi e contributi con il fisco e con gli enti previdenziali; Buono, *Ristrutturazione del debito e transazione fiscale estese alle imprese agricole*, in *Corr. trib.*, 2011, p. 2555.

cordi di ristrutturazione e i relativi effetti possono trovare applicazione solo parzialmente. Dal punto di vista formale manca, infatti, un coordinamento con la prescritta iscrizione nel registro ordinario delle imprese e con le modalità di tenuta della contabilità, che divergono a seconda che l'imprenditore sia commerciale o agricolo[31].

Si consideri, inoltre, che qualora l'imprenditore agricolo non ottemperi al piano di ristrutturazione dei debiti, non potendo questi essere dichiarato fallito, i suoi creditori che hanno acconsentito al piano rimangono sprovvisti della possibilità di godere del beneficio dell'esenzione dalle revocatorie, rimanendo, infatti, esposti all'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria, i cui presupposti sarebbero *in re ipsa*. Esenzione che, invece, secondo un preciso orientamento di dottrina opererebbe a loro favore se venisse dichiarato un successivo fallimento[32].

L'apertura, quindi, della procedura di Accordi di ristrutturazione dei debiti a categorie imprenditoriali non qualificate come commerciali e, cioè, a favore del soggetto imprenditore commerciale, riapre nel contempo, offrendo tuttavia, una nuova chiave di lettura, l'iniziale dibattito circa l'individuazione del presupposto soggettivo del procedimento in questione. Dibattito che sembrava ormai concluso, in quanto orientato definitivamente nel senso che il relativo presupposto soggettivo non può che essere inquadrato nei medesimi termini previsti per tutti i procedimenti concorsuali e, cioè, a favore del soggetto imprenditore commerciale, dato il richiamo all'art. 161 l. fall. per le formalità richieste per il deposito del ricorso per l'omologazione[33].

La considerazione che ne scaturisce, in ultima analisi, è che a fronte dell'ingestibile anomalia che il frammentario e incompleto intervento legislativo ha creato in un ambito di tale rilevanza socio-economico qual è il trattamento di insolvenza in sede concorsuale, si

---

[31] Secondo l'orientamento della dottrina, l'esenzione dal fallimento dell'imprenditore agricolo, da tempo non è più giustificata; per richiami di dottrina: Zaccaria, in Maffei Alberti, *Comm. breve alla legge fallimentare*, Padova, 2011, *sub* art. 1, p. 15 ss.

[32] Apice-Mancinelli, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, p. 383.

[33] Frascaroli Santi, in Maffei Alberti, *Comm. breve alla legge fallimentare*, cit., *sub* art. 182-*bis*, p. 1061; Pajardi-Paluchowski, *Manuale*, cit., p. 911.

impone con ancor maggior urgenza la sistemazione, come è già avvenuto da tempo negli altri ordinamenti europei, dell'intera materia che riguarda il trattamento unitario soggettivo della crisi e dell'insolvenza, sia questa civile o commerciale o del consumatore in genere.

L'ACCESSO ALLA TUTELA CAUTELARE ITALIANA NELL'IPOTESI DI ARBITRATO ESTERO

Elena Granata

Assegnista di ricerca dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'incidenza dell'accordo per arbitrato estero sul potere cautelare dell'autorità giudiziaria italiana. – 3. Giurisdizione e competenza cautelari e arbitrato estero. – 4. Le vicende del procedimento cautelare: profili problematici. – 5. Arbitrato estero e istruzione preventiva. – 6. La tutela cautelare nella fase di riconoscimento del lodo estero.

1. *Introduzione*

Il tema della tutela cautelare in relazione al fenomeno arbitrale è argomento di sempre stringente attualità[1]. Da un lato vi è il costante incremento della diffusione dello strumento arbitrale, in particola-

[1] La rilevanza del tema è testimoniato dalla copiosa letteratura in materia; a solo titolo esemplificativo, fra gli altri, RAMOS MENDEZ, *Arbitrage international et measures conservatoires*, in *Revue de l'arbitrage*, 1985, p. 54 ss.; BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires*, Zurigo, 1998; GOLDMAN, *Mesures provisoires et arbitrage international*, in *Rev. dr. aff. int.*, 1993, p. 3 ss.; REDFERN, *Interim Measures*, in NEWMAN-HILL (a cura di), *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, New York, 2004, p. 217 ss.; YEILIMAK, *Provisional Measures in International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2005; CARLEVARIS, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, Padova, 2006. L'attualità della problematica è confermata dagli interventi emendativi operati nel 2006 sul testo della *Model Law on International Commercial Arbitration* e su quello delle *Arbitration Rules*, entrambe sorte nell'ambito dell'UNCITRAL; ambedue gli interventi in parola sanciscono un ampliamento dei poteri cautelari riconoscibili in capo al collegio arbitrale.

re per ciò che attiene le controversie commerciali connotate da elementi di transnazionalità[2]; dall'altro, la sempre maggior specificità e complessità delle liti devolute ai collegi rallenta i tempi del processo arbitrale[3], facendo risorgere[4] la necessità per le parti di disporre di rimedi interinali che consentano loro di tutelare i propri diritti nelle more del giudizio arbitrale.

Fra le molteplici prospettive di analisi cui il fenomeno in parola si presta, lo studio in esame si propone di indagare la disciplina del potere cautelare del giudice italiano nell'ipotesi di arbitrato estero, potere oggi pacificamente ammesso in forza della lettera dell'art. 669-*novies,* comma 4°, c.p.c.[5].

Per affrontare il tema sono opportuni alcuni chiarimenti terminologici in premessa, così da delimitare con maggior chiarezza l'area di indagine.

Preliminare è la definizione di arbitrato estero, intendendosi con questo l'arbitrato con sede fuori dall'Italia[6], riconducibile ad un di-

---

[2] Frignani, *L'arbitrato commerciale internazionale*, in Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico*, vol. XXXIV, Padova, 2004, p. 1.

[3] Muller, *Fast-Track Arbitration, Meeting the Demands of the Next Millennium*, in *J.I.A.*, 1998, 3, p. 16.

[4] Tradizionalmente si riteneva che, essendo l'arbitrato un procedimento ontologicamente improntato a criteri di rapidità del giudizio, le esigenze di tutela garantite degli strumenti cautelari fossero qui da ritenersi soddisfatte dall'arbitrato in sé. Tale considerazione, per le ragioni accennate nel testo, non può ritenersi corrispondente alla concreta realtà odierna del commercio internazionale; in questo senso Laudisa, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare,* in *Riv. arb.*, 2005, p. 455; Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires*, cit., p. 43 ss.; Tommaseo, Lex fori *e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. arb*., 1999, p. 9; Bernardini, *Arbitrato internazionale e misure cautelari*, in *Riv. arb.*, 1993, pp. 13-14, con peculiare riferimento alle fasi antecedenti la costituzione del collegio arbitrale. Su quest'ultimo punto, in particolare, Carlevaris, *Tutela cautelare "pre-arbitrale": natura del procedimento e della decisione,* in *Riv. arb*., 2002, p. 259 ss.; ID., *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, cit., p. 77 ss.

[5] Recita la norma: "Se la causa di merito è devoluta alla giurisdizione di un giudice straniero o di un arbitro italiano o *estero*, il provvedimento cautelare perde altresì efficacia".

[6] Dottrina e giurisprudenza concordano sulla notazione per cui, stante il disposto dell'art. 816 c.p.c., la fissazione in Italia della sede dell'arbitrato è da ritenersi elemento necessario e (tendenzialmente) sufficiente per riconoscere allo stesso la nazionalità italiana. Sul punto v. fra gli altri E.F. Ricci, in Tarzia, Luzzatto, Ricci, *Legge 5 gennaio 25 del 1994*, in *N. g. c. c.*, 1995, p. 88; G.F. Ricci, *Art. 816*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, 2° ed., Bologna, 2007, p. 340 ss.; Punzi, in

verso sistema giudiziario nazionale da cui ripete la nazionalità[7] e che assume rilevo nel nostro ordinamento in forza degli artt. 839 e 840 c.p.c. e, prima ancora, in ragione dell'applicazione della convenzione di New York del 1958[8]. Quanto invece alla definizione di provvedimento cautelare (*interim measures of protection, measures provisoires et conservatoires*), l'operazione si presenta piuttosto difficoltosa poiché diverse esperienze giuridiche nazionali ci rimandano a definizioni del concetto non facilmente sovrapponibili fra loro o riducibili ad unità[9]; e anche quando la concessione del provvedimento cautelare è apparentemente assoggettata ai medesimi presupposti, la concreta interpretazione circa la ricorrenza degli stessi può essere fortemente divergente da una realtà giuridica all'altra[10].

Bernardini, De Nova, Nobili, Punzi, *La riforma dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 37; Fazzalari, in Briguglio, Fazzalari, Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 107; Cecchella, *La "sede" dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 201. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 18 febbraio 2000, n. 1808, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1479.

[7] Per la considerazione che un arbitrato "non italiano" può considerarsi "estero" solo se e in quanto riconducibile ad un altro ordinamento che lo riconosca come proprio, Biavati, *Dei lodi stranieri. Riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri. Opposizione*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 881. In senso analogo, Lupoi, *Quel che resta dell'arbitrato con elementi di estraneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1340.

[8] La convenzione di New York per il riconoscimento e la esecuzione delle sentenze arbitrali straniere è entrata in vigore in Italia il 1° maggio 1969; sul tema, fra gli altri, Gaja (a cura di), *International Commercial arbitration – New York Convention*, Dobbs Ferry, New York, 1979-80; Briguglio, *L'arbitrato estero. Il sistema delle Convenzioni*, Padova, 1999.

[9] In questo senso, Laudisa, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., pp. 455-456; Trocker, *Provisional remedies in trasnational litigation: the issue of jurisdition. A comparative outline. - I. The approach of a civil law countries and of the Brussels Convention and regulation*, in *Int'l Lis*, 2009, p. 48 ss. e riferimenti ivi contenuti (in part. nota 3); Fazzalari, voce *Provvedimenti cautelari*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 841.

[10] Così accade, ad esempio, fra Italia e Germania in tema di concreta ricorrenza del requisito del *periculum in mora*. (Consolo, Merlin, *Conflitto fra provvedimenti sommari-cautelari e diniego di riconoscimento: la Italian Leather segna una forzatura*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 111). In ambito europeo una definizione di misura cautelare si rinviene nella storica sentenza *Reichert*, Corte di giustizia, 26 marzo 1992, in *Racc.*, 1992, 2175 ss. (poi ripresa, fra le altre, nella sentenza *St. Paul Dairy* del 28 aprile 2005, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 2005, p. 833 ss.), secondo cui sono da ritenersi provvedimenti provvisori e cautelari quei "provvedimenti volti alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto onde preservare diritti dei quali spetterà poi al giudice del merito accertare l'esistenza" (critica la definizione,

A fronte di questo variegato panorama, si può allora individuare il vero elemento comune dei provvedimenti cautelari, proprio di tutti gli ordinamenti, nel loro carattere provvisorio, nella possibilità di essere modificati e revocati nel caso mutino le circostanze di riferimento, nella loro impossibilità di dare vita alla cosa giudicata[11].

Dal tema qui in esame esulano, per contro, tutte quelle ipotesi di intervento dell'autorità giudiziale nella vicenda arbitrale che, per quanto ad essa strumentali, non rientrano nel concetto di tutela cautelare, ma bensì di aiuto giudiziario[12]; si intende con questo fare riferimento a quella serie di attività funzionali a garantire il corretto e lineare svolgimento della procedura arbitrale in sé, come la nomina del collegio o la fissazione della sede nell'inerzia delle parti, la sostituzione dell'arbitro o la decisione sulla sua ricusazione[13]. La preci-

---

ritenuta troppo restrittiva, Huet, nella nota relativa alla sentenza, in *JDI*, 1993, p. 465). Nel contesto più propriamente transnazionale, definizioni delle "provisional and protective measures" si rinvengono nei *Principal of Provisional and Protective Measures in International litigation* (princ. n. 1) adottati nell'ambito dell'*ILA*, nonché nel testo dei *Principles of Transnational Civil Procedure* (par. 8) adottato dall'*ALI* e dall'*UNIDROIT* nel 2004. Per quanto attiene più strettamente il tema dell'arbitrato, un tentativo di definizione delle misure cautelari si trova oggi nella *Model law* così come emendata nel 2006 (art. 17, (2)). Sforzi in tal senso sono stati compiuti anche in occasione della revisione delle *Arbitration Rules* dell'*UNCITRAL* (art. 26), ma la difficoltà di giungere ad una definizione realmente soddisfacente, specie qualora la stessa voglia essere calata in ambito internazionale, è dimostrata dal fatto stesso che le *Rules*, pur fornendo un'elencazione delle finalità cui deve mirare un provvedimento per dirsi cautelare, specificano che trattasi di un elenco "non tassativo", essendo ben possibile che esistano altre finalità meritevoli di essere perseguite attraverso il ricorso alle misure cautelari (in tema Vigoriti, *La revisione delle* Rules of Arbitration *dell'Uncitral*, in *Riv. arb.*, 2009, p. 582; l'a. sottolinea come l'apertura sia soprattutto funzionale a dare la stura a provvedimenti di natura anticipatoria che non rientrerebbero nel novero di quelli espressamente previsti dalla norma delle *Rules*).

[11] Laudisa, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 456; Carlevaris, *La qualificazione delle decisioni arbitrali*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 494.

[12] Sul tema v. Tarzia, *Assistenza e non interferenza giudiziaria nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 473 e ss.; Briguglio, *L'arbitrato estero e l'ordinamento processuale italiano,* I, *Arbitrato estero e giurisdizione italiana*, Roma, 2004, p. 169 ss.

[13] Una differenziazione analoga a quella riportata nel testo è rinvenibile nelle pronunce della Corte di giustizia che, nel delimitare l'ambito della clausola di esclusione dell'arbitrato (art. 1, n. 4) dall'operatività della convenzione di Bruxelles 1968 (ora reg. n. 44 del 2001), ha stabilito che la convenzione (e oggi il regolamento) non si applica a "i procedimenti che servono ad attuare un procedimento arbitrale,

sazione è di particolare rilevanza per il tema che si sta qui trattando perché normalmente le attività di aiuto giudiziario sono previste dalle legislazioni statali solo per i propri arbitrati interni, per cui a fronte di un arbitrato estero dovrebbero risultare escluse in radice[14].

2. *L'incidenza dell'accordo per arbitrato estero sul potere cautelare dell'autorità giudiziaria italiana*

Definiti così i termini generali della problematica si pone un quesito preliminare; se cioè, ferma la compatibilità fra la tutela cautelare impartita dal giudice italiano e la ricorrenza di un arbitrato estero, così come prevista dal nostro legislatore nazionale, tale potere cautelare possa ritenersi scalfito dalle peculiarità dell'arbitrato in questione e, segnatamente, dal fatto che la disciplina di quest'ultimo riconosca poteri cautelari in capo al collegio arbitrale cui è deferita la decisione nel merito.

La tendenza internazionale è infatti nel senso, da un lato, di riconoscere agli arbitri il potere di emanare provvedimenti a contenuto cautelare[15], dall'altra, di limitare la contemporanea competenza

---

quali quelli di designazione o ricusazione dell'arbitro o di determinazione del luogo dell'arbitrato e di proroga del termine fissato per la pronuncia", mentre trova applicazione in ipotesi di provvedimenti provvisori (cautelari) poiché questi "non mirano, in via di principio, ad attuare un procedimento arbitrale, ma sono adottati contemporaneamente a tale procedimento e sono diretti a rafforzarne l'efficacia"; punti 32 e 33, *Van Uden* del 17 nov. 1998, in *Riv. arb.*, 1999, p. 313 ss.

[14] In questo senso Briguglio, *op. ult. cit.*, p. 170; con riguardo al nostro ordinamento la conclusione trova conferma positiva nella lettera dell'art. 810, comma 3°, c.p.c.

[15] Riconoscono espressamente poteri cautelari agli arbitri, seppur con rilevanti differenze di disciplina, le legislazioni inglese (*Arbitration Act* 1996, sec. 38 ss.), svizzera (art. 183 *ldip*), belga (art. 1696 *cj*), olandese (art. 1051 *WBR*), tedesca (§§ 1033, 1041 *ZPO*), spagnola (art. 23 *Ley* 60/2003 de 23 *diciembre, de Arbitraje*) e austriaca (§ 593 *ZPO*, come modificato dalla riforma del 2006, che recepisce le indicazioni della *Model Law UNCITRAL*, art. 17 ss.). In Francia, pur mancando una norma espressa sul tema, dottrina e giurisprudenza concordano sulla possibilità di riconoscere poteri cautelari in capo agli arbitri (quantomeno con riferimento alle *mesures provisoires*, mentre esulerebbero dalla competenza arbitrale le *mesures conservatoires*; sul tema, Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires*, cit., p. 99; Ramos Mendez, *Arbitrage international et measures*

cautelare dell'autorità statale, ritenendo che l'intervento di quest'ultima nella vicenda arbitrale debba improntarsi ad un criterio di assistenza e di non ingerenza[16]. Se infatti la regola generale è nel senso che la materia cautelare è retta da un principio di competenza concorrente[17], col che da un lato l'autorità statale non è privata del potere cautelare per il fatto stesso dell'esistenza di un patto arbitrale[18] e, dall'altro, la richiesta di tutela cautelare dalle parti all'autorità statale non può essere letta come rinuncia all'arbitrato[19], è pur vero che sempre più legislazioni nazionali, nonché i regolamenti delle principali istituzioni arbitrali, tendono a limitare per le parti il legittimo ricorso all'autorità giurisdizionale in caso di devoluzione del merito ad arbitri aventi poteri cautelari[20] o lasciano queste libere di decidere se il potere cautelare riconosciuto agli arbitri sia da ritenersi esclusivo o concorrente con quello dell'autorità giudiziaria[21].

---

conservatoires, cit., p. 56). Poteri cautelari agli arbitri sono riconosciuti anche dai regolamenti delle principali istituzioni arbitrali operanti sul piano internazionale: *ICC* (art. 23 reg. *ICC* del 1998. La disposizione è riportata identica all'art. 28 del testo aggiornato del regolamento, in vigore dal 1° gennaio 2012), *AAA* (art. 21), *AIA* (art. 19), *LCIA* (art. 25), *SCC* (art. 31).

[16] Carlevaris, *Tutela cautelare "pre-arbitrale": natura del procedimento e della decisione*, cit., p. 261.

[17] Carlevaris, *op. ult. cit.*, p. 260.

[18] Pietrangeli, *Sulla competenza dell'autorità giudiziaria ad emettere provvedimenti cautelari prima dell'inizio della procedura arbitrale, con particolare riguardo all'ordinamento indiano ed alla legge Modello UNCITRAL*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 95.

[19] Nel senso della compatibilità fra tutela cautelare statale e devoluzione del merito in arbitri si esprimono sia la *Model Law* (art. 17, J) che le *Arbitration Rules* (sul punto, Vigoriti, *La revisione delle* Rules of Arbitration *dell'Uncitral*, cit., p. 580) che sul tema riprendono lo schema già tracciato dalla convenzione di Ginevra 1961 sull'Arbitrato Commerciale Internazionale, all'art. VI.

[20] Così, il Regolamento *ICC* all'art. 23 (art. 28, nel testo in vigore dal 2012) prevede che, instaurato il procedimento arbitrale, le parti possano chiedere misure provvisorie e cautelari all'autorità giudiziaria solo al ricorrere di "circostanze appropriate", mentre la *Sec.* 44 dell'*Arbitration Act* 1996, per i casi in cui non ricorra l'urgenza, subordina l'intervento del giudice all'autorizzazione dell'arbitro o all'accordo scritto fra le parti: si parla in questi casi di "sussidiarietà" dell'intervento dell'autorità giudiziaria rispetto a quella arbitrale; Laudisa, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 460.

[21] Nel senso che le parti possono escludere la competenza cautelare del giudice statale, Laudisa, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 468. Sui rapporti fra autorità statali e arbitri nei sistemi a competenza cautelare concorrente, si veda Carlevaris, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, cit., p. 132 ss.

Da questo punto di vista il nostro ordinamento si pone su posizioni tradizionaliste (e forse anche anacronistiche[22]) laddove statuisce una riserva statuale assoluta di giurisdizione cautelare, sancendo il divieto per gli arbitri di assumere misure cautelari[23], scelta, questa, tradizionalmente motivata argomentando dalla mancanza di poteri coercitivi in capo agli arbitri in ragione della loro natura di organo privatistico[24], cui consegue l'impossibilità per gli stessi di dare concreta attuazione alle misure cautelari che eventualmente fossero abilitati a pronunciare[25].

Indipendentemente da qualsivoglia valutazione sulla bontà o meno della scelta del legislatore italiano, in dottrina si è però rilevato che se tale impostazione è sicuramente vincolante in termini di arbitrato interno (dal che, con riferimento all'arbitrato italiano, rimane preclusa qualsiasi possibilità di riconoscere agli arbitri poteri cautelari[26]), la stessa non sarebbe *sic et sempliciter* esportabile nella

---

[22] Sull'inopportunità della riserva statale assoluta in tema di tutela cautelare e della negazione in radice di qualsiasi potere cautelare agli arbitri, già Carpi, *Arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 901 ss.

[23] Ai sensi dell'art. 818 c.p.c. "Gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge".

[24] Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, p. 633. Secondo altra tesi, la ragione del divieto in esame sarebbe piuttosto da rintracciarsi nella mancanza, in capo agli arbitri, delle necessarie garanzie di indipendenza tipiche della giustizia ordinaria e imprescindibili quando si tratti di pronunciare provvedimenti direttamente incidenti sulla realtà materiale; così Arieta, *Note in tema di rapporti fra arbitrato rituale e irrituale e tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 751. Nota G.F. Ricci, *sub art. 818*, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 484, che, indipendentemente dalla giustificazione adottata, "agli arbitri è in genere vietato ogni provvedimento direttamente incisivo sulla realtà materiale, che non sia fondato su un accertamento pieno".

[25] Per la sostanziale inconsistenza della tradizionale motivazione riportata nel testo, che confonde il potere di pronunciare un provvedimento con quello, diverso, di eseguirlo, Consolo in Consolo, Luiso, Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, *sub* art. 669-*quinquies*, p. 606 ss.; Luiso, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, in *Riv. arb.*, 1991, p. 253. In generale, per una ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali sul punto, Carlevaris, *op. ult. cit.*, p. 255 ss.

[26] Ne consegue che in un arbitrato italiano la pattuizione che riconoscesse poteri cautelari agli arbitri si scontrerebbe con il divieto inderogabile di cui all'art. 818 c.p.c. (Verde, *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2000, p. 358. Nel senso della nullità, per contrasto con una norma imperativa, di una clausola siffatta, Broggini, *I poteri cautelari nell'arbitrato internazionale: analogie e differenze delle soluzioni*

materia dell'arbitrato estero[27]. Nella scelta dell'arbitrato estero è infatti insita una volontà delle parti di sottrarsi alla dinamica della giurisdizione statale, obiettivo che risulterebbe frustrato laddove si imponesse a queste di ricorrere all'autorità giudiziaria nazionale ogni qual volta fosse necessario assumere, all'interno del procedimento arbitrale, un provvedimento a contenuto *lato sensu* cautelare[28].

Se questa è la suggestione dottrinale, la realtà legislativa si pone però in termini in parte diversi. Anche a non voler conferire all'art. 818 c.p.c. il valore di norma di ordine pubblico, capace di imporsi con forza cogente anche agli arbitrati esteri (non aventi, cioè, sede in Italia) che per avventura entrino in contatto con il nostro ordinamento[29], all'atto pratico la possibilità di ritenere l'autorità cautelare del giudice italiano limitata dal contemporaneo riconoscimento del potere cautelare agli arbitri esteri competenti nel merito, sconta una serie di problematiche ulteriori.

Tale limite non potrebbe infatti ricondursi all'effetto negativo conseguente al riconoscimento dell'accordo per arbitrato estero in sé, ai sensi dell'art. II, par. 3 della convenzione di New York, essen-

---

italiana e svizzera, in *Riv. arb.*, 1991, p. 489; G.F. Ricci, *op. ult. cit*., p. 485; nel senso della sua mera "inefficacia", Bernardini, *Sentenze arbitrali e Convenzione di New York*, cit., p. 20). In dottrina si è però sottolineato come, ferma l'impossibilità di accedere all'assistenza giudiziaria in fase di attuazione coattiva, le parti sarebbero comunque legittimate a conferire agli arbitri il potere di emettere provvedimenti a contenuto cautelare, aventi per le stesse mera efficacia obbligatoria (Tommaseo, Lex fori *e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 26; Biavati, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 43 (in part. nota 44), ambedue riprendendo sul punto Marengo, in Briguglio, Fazzalari, Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato,* Milano, 1994, sub *art. 818*, p. 136).

[27] In questo senso, Briguglio, *op. ult. cit*., p. 197; Barletta, *L'*exequatur *dei provvedimenti cautelari arbitrali stranieri (tendenze e prospettive di riforma)*, in *Riv. dir. proc*., 2003, p. 1202; Radicati Di Brozolo, Requiem *per il regime dualista dell'arbitrato internazionale in Italia? Riflessioni sull'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc*., 2010, p. 1278, in part. nota 27.

[28] Così, Carlevaris, *Tutela cautelare "pre-arbitrale": natura del procedimento e della decisione*, cit., p. 261; Pozzi, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 18.

[29] Nel senso, si intende, che la disposizione in esame, in quanto conseguenza della strutturale mancanza negli arbitri del potere di *imperium* (in questo senso: Satta, *Diritto processuale civile*, Padova, 1987, p. 847), integrerebbe un principio di ordine pubblico capace di frapporsi, negandolo, al riconoscimento in Italia dei provvedimenti cautelari assunti dagli arbitri esteri; sul punto, criticamente, Barletta, *op. ult. cit.*, p. 1197.

do pacifico come questo riguardi esclusivamente la giurisdizione sul merito[30].

Allo stesso modo, e ragionando in una prospettiva più propriamente interna, nemmeno si potrebbe sostenere che la deroga alla giurisdizione italiana insita nella scelta di deferire il merito ad arbitri esteri implichi in sé anche la rinuncia alla tutela cautelare statuale[31]. Tale conclusione, benché in passato sostenuta anche in giurisprudenza[32], appare oggi più che mai smentita dalla riforma dell'art. 669-*quinquies* c.p.c. che ha sancito la compatibilità fra arbitrato irrituale e accesso alla tutela cautelare[33], opzione che evidenzia con chiarezza come la giurisdizione di merito e quella cautelare rispondano in realtà a due esigenze di tutela differenti[34], col ché la deroga alla prima non trascina con sé quella alla seconda[35].

Così ragionando, un effetto limitativo del potere cautelare dell'autorità giudiziaria italiana potrebbe derivare solo da una spe-

---

[30] Gaja, *International Commercial arbitration*, cit., p. 1; Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires*, cit., p. 346. La risalente posizione della giurisprudenza americana che, argomentando dal testo dell'art. II della convenzione di New York, aveva ritenuto che l'effetto negativo conseguente al riconoscimento di una clausola per arbitrato estero implicasse anche l'impossibilità per l'autorità giudiziaria richiesta di intervenire in sede cautelare (inaugurato con *McCreary Tire & Rubber Co. V. CEAT SpA*, 501 F, 2d 1032 – 3d Cir. 1974, *Yearbook,* 1976, p. 204 ss.) non ha avuto particolare seguito nel panorama internazionale.

[31] Carlevaris, *La tutela cautelare nell'arbitrato internazionale*, cit., p. 307. In giurisprudenza, per tutte, Cass., sez. un., 2 nov. 1987, n. 8050, in *Riv. dir. internaz. priv.*, 1989, p. 125 ss.

[32] Cass., sez. un., 7 ago. 1992, n. 9380, in *Riv. arb.*, 1993, p. 615 ss. In tema Tommaseo, Lex fori *e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 20.

[33] La modifica suddetta (operata dalla l. n. 80 del 2005) ha recepito sul punto le indicazioni della Corte costituzionale (ord. 5 lug. 2002, n. 320, in *Riv. arb.*, 2002, p. 503 ss. con nota di Sassani, *La garanzia dell'accesso alla tutela cautelare nell'arbitrato irrituale*).

[34] Nel senso che la tutela cautelare non sarebbe un *minus* rispetto alla tutela di merito, ma qualcosa di diverso rispetto a questa, caratterizzata da una propria autonomia funzionale e strumentale, Arieta, *Note in tema di rapporti fra arbitrato rituale e irrituale e tutela cautelare*, cit., p. 752 ss.; analogamente C. Delle Donne, *Ancora sui rapporti fra arbitrato (anche irrituale) e accertamento tecnico preventivo: è davvero illegittimo l'art. 669*-quaterdiecies *nella parte in cui non prevede l'applicabilità a tali cautele dell'art. 669*-quinquies*?*, in www.judicium.it.

[35] In questo senso, con riferimento alle ipotesi di arbitrato libero, espressamente Olivieri, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme (l. 14 maggio 2005, n. 80)*, in www.judicium.it.

cifica pattuizione delle parti in tale senso[36]; ma, anche ammessa la perseguibilità di una tale opzione[37], l'esperienza internazionale è nel senso che le parti rinunciano alla tutela cautelare statale a favore del riconoscimento del potere cautelare arbitrale, solo laddove sia loro concesso realizzare risultati concreti analoghi, ossia quando sia possibile avere dagli arbitri provvedimenti a contenuto cautelare che tengano il posto di quelli statali[38]; risultato, questo, che risulta garantito solo da quei sistemi che prevedono l'assistenza giudiziaria in sede di esecuzione del provvedimento cautelare di origine arbitrale[39]. Traslato nel nostro ordinamento, questo significherebbe che, per l'ipotesi che qui interessa, la giurisdizione cautelare italiana in relazione ad un arbitrato estero potrebbe ritenersi limitata nei soli casi in cui sia possibile ottenere un provvedimento da tali arbitri esteri con contenuto ed efficacia analoghi a quello ottenibile dall'autorità giudiziaria italiana[40]. È però questo un obiettivo di difficile raggiungimento, sia perché i provvedimenti cautelari degli arbitri non sono generalmente riconoscibili in Paesi diversi da quello in cui vengono emessi, non essendo ritenuta ad essi applicabile la convenzione di New York, in quanto non rientranti nel concetto di sentenza arbitrale sposato da questa[41], sia perché, quand'anche riconosciu-

---

[36] Ammette tale opzione Tommaseo, Lex fori *e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., pp. 23-24, ripreso sul punto anche da Briguglio, *op. ult. cit*., p. 199, Laudisa, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 457, Carlevaris, *op. ult. cit.*, p. 308.

[37] Parte della dottrina ritiene infatti che la tutela cautelare, in quanto garantita dall'art. 24 cost., sia di per sé irrinunciabile per le parti; in questo senso Arieta, *Note in tema di rapporti fra arbitrato rituale e irrituale e tutela cautelare*, cit., p. 757.

[38] Dovendosi altrimenti considerare inefficace la clausola pattizia di rinuncia alla tutela cautelare statale; Carlevaris, *Tutela cautelare "pre-arbitrale"*, cit., p. 286; Laudisa, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 46.

[39] Come espressamente previsto, ad esempio, dall'art. 183 l.d.i.p. svizzera.

[40] In questo senso, in chiave dubitativa, Tommaseo, Lex fori *e tutela cautelare nell'arbitrato commerciale internazionale*, cit., p. 17, aderendo alla tesi (di cui subito alla nota successiva) che riconosce valore determinante alla forma dei provvedimenti arbitrali ai fini della loro circolazione *extra moenia*.

[41] Benché la convenzione non contenga una definizione puntuale di cosa debba intendersi per sentenza arbitrale, la dottrina e la giurisprudenza internazionali maggioritarie ritengono che riferendosi ad un *arbitral award*, la convenzione intenda considerare solo quelle decisioni "qui tranchent de manière définitives, en tout ou en partie, le litige qui leur a été soumis" (*Court d'appel de Paris*, 25 marzo 1994, in

ti, per la loro attuazione si necessiterebbe comunque dell'assistenza dell'autorità giudiziaria, assistenza che, se l'autorità statale italiana non riconosce ai propri arbitrati interni, difficilmente potrà fornire a provvedimenti arbitrali che provengano dall'estero[42].

3. *Giurisdizione e competenza cautelari e arbitrato estero*

Al di là delle possibili suggestioni dottrinali, quindi, la situazione attuale è nel senso che, davanti ad un arbitrato estero e indipendentemente dalle caratteristiche di questo, l'autorità giudiziaria italiana conserva normalmente[43] i propri poteri cautelari così come previsti dall'art. 669-*bis* ss. c.p.c. Si tratta allora di vedere come si atteggia in concreto questo potere.

Revue de l'arbitrage, p. 391. Sul tema v. Bernardini, *Sentenze arbitrali e Convenzione di New York*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 89 ss.). Parte della dottrina, soprattutto internazionale, ritiene che l'ostacolo potrebbe essere superato optando gli arbitri per rendere le decisioni a contenuto cautelare non in forma di *interim award* ma di *partial award* (opzione consentita da diverse legislazioni, quale quella olandese – art. 1051.3 *WBR* – e dal Regolamento *ICC* all'art. 23 [art. 28 versione 2012]); tale soluzione si scontra però con la tendenza generale a ritenere che il giudice del riconoscimento non sia tenuto a dare rilievo al *nomen iuris* del provvedimento così come identificato dagli arbitri, ma bensì a valutarlo considerandone il contenuto puntuale: e un provvedimento che disponesse con provvisorietà non rientrerebbe nel concetto di sentenza arbitrale così come delineato sopra, indipendentemente dal fatto che venga reso in forma di lodo parziale piuttosto che di ordinanza. In generale, sul tema, Pozzi, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, cit., p. 37 ss.

[42] In questo senso Vigoriti, *La revisione delle* Rules of Arbitration *dell'Uncitral*, cit., p. 583. Nel senso che normalmente l'assistenza all'esecuzione dei cautelari arbitrali è riservata dalla legislazioni statali ai propri arbitrati interni, Laudisa, *Arbitrato internazionale e tutela cautelare*, cit., p. 473; Besson, *Arbitrage international et mesures provisoires*, cit., p. 305. Il tema della circolazione all'estero dei cautelari di origine arbitrale è stato oggetto del recente intervento emendativo della *Model Law* che oggi prevede per questi una disciplina sostanzialmente analoga a quella che la convenzione di New York detta per i lodi arbitrali, fondata su una presunzione di riconoscibilità e un'elencazione tassativa dei motivi che legittimano lo Stato richiesto a negarne il riconoscimento (art. 17 H e I). Va però ricordato che la disciplina in esame non è direttamente cogente per cui, sino a quando le legislazioni nazionali non dovessero recepirla, la situazione concreta non subisce modifiche.

[43] V. *supra*, note 36 e 37.

Il primo punto da risolvere è definire quando ricorra la giurisdizione cautelare italiana. Risposta a tale quesito ci viene dall'art. 10, l. n. 218 del 1995, laddove si dispone che "In materia cautelare, la giurisdizione italiana sussiste quando il provvedimento deve essere eseguito in Italia o quando il giudice italiano ha giurisdizione di merito".

La norma pone quindi due criteri alternativi[44]: alla regola generale che, valorizzando il concetto di strumentalità, attribuisce la competenza cautelare al giudice italiano quando sia competente nel merito[45], si aggiunge l'ipotesi specifica della competenza in casi in cui il provvedimento cautelare debba essere eseguito nel territorio italiano[46]. Ne consegue che, in ipotesi di devoluzione della controversia in arbitrato estero e di conseguente difetto di *potestas* del giudice nazionale a decidere sul merito, la competenza cautelare dell'autorità giudiziaria italiana ricorrerà solo quando il provvedimento debba essere eseguito sul territorio nazionale[47].

Una parte della dottrina ha in verità negato la correttezza di una tale ricostruzione: partendo dal presupposto che l'accordo per arbitrato estero attiene alla competenza nel merito e non già a quella cautelare, si è ritenuto di leggere la norma in esame nel senso che il giudice italiano sarebbe competente ad emanare provvedimenti in ipotesi di arbitrato estero, oltre che nei casi in cui il provvedimento debba essere eseguito sul territorio nazionale, anche nelle ipotesi in cui questi "avrebbe avuto giurisdizione nel merito" se non fosse in-

---

[44] Salerno, *Art. 10*, in Bariatti (a cura di), *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995, n. 218)*, in *N.l.c.c.*, 1996, p. 984.

[45] Consolo, *Il nuovo processo cautelare, Problemi e casi*, Torino, 1998, p. 486.

[46] Nel senso che il criterio territoriale del luogo di esecuzione si sia imposto "quasi a livello consuetudinario [...] quale tipico criterio di giurisdizione aggiuntiva nella materia del provvisorio", Merlin, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 769.

[47] Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, p. 235; Celeste, *Il nuovo procedimento cautelare civile*, 2° ed., Milano, 2010, p. 72; Consolo, *Il nuovo processo cautelare*, cit., p. 588; Salerno, *Art. 10*, cit., p. 990, secondo cui "va esclusa l'operatività del titolo strumentale di giurisdizione in tutte le ipotesi in cui la sussistenza astratta del titolo di giurisdizione sia in concreto venuta meno per effetto della deroga alla giurisdizione italiana sul merito a favore di un giudice straniero o di un arbitro estero".

tervenuto l'accordo per arbitrato estero. Il riferimento alla giurisdizione sul merito contenuto nell'art. 10, l. n. 218 del 1995, sarebbe, quindi, da leggersi come rimando alla "giurisdizione virtuale" (valutata, cioè, sulla base dei criteri normativi astratti che la regolano) e non già a quella concreta, dal ché non rileverebbe il fatto che la cognizione di merito sia stata nel caso specifico deferita in arbitrato, né tantomeno la circostanza che lo stesso sia italiano o straniero[48].

Questa soluzione, per altro, eliderebbe il problema di analizzare già in sede cautelare la sussistenza e la validità dell'accordo che prevede l'arbitrato: infatti, facendo dipendere la potestà cautelare dell'autorità giudiziaria italiana (per provvedimenti da eseguirsi fuori dal territorio) dalla contemporanea sussistenza della competenza giurisdizionale sul merito, davanti ad un accordo per arbitrato estero il giudice dovrebbe preventivamente indagare sulla validità dello stesso per decidere della ricorrenza o meno del proprio potere cautelare[49]. Così intesa la disciplina, però, porta con sé la conseguenza pratica di aggravare l'indagine richiesta al giudice sulla propria competenza e di prorogare oltre misura i tempi per la concessione della tutela cautelare, in piena dissonanza con la caratteristica dell'urgenza propria di questa[50]; al contrario, riconnettere la competenza

---

[48] In questo senso, seppur con qualche differenza, Proto Pisani, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 62; Luiso, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, cit., p. 255; Frus, in Chiarloni (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992, p. 651; Andolina, *Profili della nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1993, V, c. 69; Raiti, *Competenza cautelare italiana e giudizio civile dopo la legge 353/90*, in *Riv. proc. civ.*, 1993, p. 778, e, più recentemente, Briguglio, *op. ult. cit.*, p. 223 ss.

[49] Sottolinea Salerno, *Art. 10*, cit., p. 991, infatti, come il legame strumentale ben si potrebbe "rivitalizzare", tornando operativo, qualora la deroga per arbitrato estero risultasse inefficace. Riconosce la possibilità per il giudice adito in sede cautelare di deliberare *incidenter tantum* sulla validità della clausola compromissoria (sebbene al diverso scopo di decidere della concreta competenza territoriale ad emanare un provvedimento provvisorio), Trib. Roma, 17 novembre 1995, in *Giur. mer.*, 1996, p. 946.

[50] A sommesso parere di chi scrive, per altro, tale valutazione incontrerebbe comunque i limiti connessi alla vigenza, anche sul piano internazionale, del principio della *Competence-Competence* (per una trattazione generale del principio in chiave internazionale, Dimolitsa, *Autonomie et Kompetenz-Kompetenz*, in *Rev. arb.*, 1998, p. 305 ss.), per cui ogni giudice è giudice della propria competenza, compresi gli arbitri; e poiché la competenza degli arbitri da altro non è definita se non

cautelare italiana alla giurisdizione sul merito "virtualmente intesa" snellirebbe le indagini preliminari del giudice adito circa la ricorrenza o meno della propria *potestas* cautelare nel caso di specie, con una conseguente abbreviazione dei tempi necessari per ottenere la tutela richiesta.

L'interpretazione da ultimo proposta, per quanto ampiamente seguita in dottrina, pare però tutt'ora scontrarsi con la radicata tendenza giurisprudenziale a legare la competenza cautelare italiana in ipotesi di arbitrato estero alla circostanza che il provvedimento abbia ad oggetto comportamenti da eseguirsi esclusivamente in Italia[51].

Problema successivo (e per certi aspetti indistinguibile da quello ora affrontato[52]) è individuare quale sia il giudice concretamente competente a rendere la tutela cautelare in ipotesi di merito devoluto alla cognizione di arbitri esteri.

Il tema sconta la mancanza di una norma specificamente dettata per il tema dell'arbitrato estero: le opzioni interpretative oscillano, allora, fra ritenere l'arbitrato in questione equiparato a quello interno e quindi soggetto alla disciplina contenuta nell'art. 669-*quinquies* c.p.c., specificamente dettata per regolare la competenza in ipotesi di merito rimesso in arbitri e che si applica indifferentemente alle ipotesi di cautela *ante causam* e *pendente lite*[53], oppure riferirsi al combinato disposto degli artt. 669-*ter,* comma 3° e 669-*quater,* comma 5°, c.p.c. rispettivamente per la competenza *ante* e in corso di causa, sul presupposto di un'equiparazione fra arbitrato estero e

---

dall'accordo con cui si deferisce agli stessi la decisione della causa, l'applicazione del suddetto principio comporta che la valutazione data dal giudice statale sulla validità o meno dell'accordo arbitrale non vincola gli arbitri, che ben potranno decidere liberamente dalla validità dell'accordo che li riguarda, con potenziali esiti contrari a quelli raggiunti dal giudice e con conseguenti possibili profili di vuoti di tutela per le parti.

[51] In questo senso Trib. Roma, 28 agosto 1999 e Trib. Roma 12 luglio 1999, in *Foro it.*, 2000, I, c. 990 ss.

[52] Per effetto del generale rinvio alle norme sulla competenza contenuto nell'art. 3, comma 2°, l. n. 218 del 1995, infatti, la giurisdizione cautelare sussiste anche in base ai criteri della competenza territoriale.

[53] Luiso, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, cit., p. 255.

giurisdizione straniera che trova la sua principale giustificazione positiva nel dettato dell'art. 4, l. n. 218 del 1995[54].

Tradizionalmente dottrina e giurisprudenza hanno optato per questa ultima scelta: sul presupposto che la presenza di una clausola per arbitrato estero realizza una mancanza di giurisdizione in capo al giudice italiano[55], l'autorità competente ad emettere la misura cautelare andrebbe individuata nel giudice che sarebbe competente per materia o valore del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare[56].

La soluzione da ultimo riportata è stata contestata da altra parte della dottrina che, sul rilievo letterale per cui l'art. 669-*quinquies* c.p.c. non contiene alcuna distinzione fra arbitrato interno e estero[57], ritiene la norma da ultimo citata disciplinare l'intera materia della competenza cautelare in ipotesi di accordo arbitrale, indipen-

---

[54] Nel senso della "appartenenza come *species* degli arbitrati esteri al *genus* dei giudizi pendenti all'estero", Consolo, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (parte prima),* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 612; analogamente Salerno, *Art. 10*, cit., loc. cit.

[55] Malgrado la svolta della sezioni unite (inaugurata dall'ormai storica sent. 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, p. 699) a favore della natura essenzialmente negoziale dell'arbitrato, abbia di recente condotto la Suprema Corte a qualificare l'eccezione di arbitrato estero (al pari di quella di arbitrato interno) come una questione di merito "attinente alla proponibilità della domanda giudiziale" (Cass., sez. un., ord. 15 aprile 2003, n. 6349, in *Riv. arb.*, 2004, p. 33; Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22236, in *Gius. civ. Mass.*, 2009, p. 10), la dottrina maggioritaria ritiene tutt'ora che la stessa sia da qualificarsi come eccezione di difetto di giurisdizione; in questo senso, fra gli altri, Briguglio, *Le Sezioni Unite e l'eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero*, in *Riv. arb.*, 2004, p. 34 ss.; Consolo, *Soprassalti delle S.U. intorno all'eccezione di arbitrato estero e alla Convenzione di New York*, in *Corr. Giur.*, 2004, p. 919 e in *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (parte seconda)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 956 ss.

[56] Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., p. 231 ss.; Olivieri, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, Napoli, 1991, p. 688 ss.; Montesano, Arieta, *Il nuovo processo civile,* Napoli, 1991, p. 194; Guarnieri, in Tarzia, Cipriani (a cura di), *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *N.l.c.c.* 1993, p. 308. Tale impostazione è stata seguita in giurisprudenza da Trib. Palmi, 9 luglio 1998, in *Giur. it.*, 1996, p. 6 con nota di Gennari.

[57] Salvaneschi, *Sui rapporti fra istruzione preventiva e procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1993, p. 625; Proto Pisani, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, cit., loc. cit.

dentemente dalle caratteristiche specifiche di questo; col che, il giudice concretamente competente andrebbe individuato in quello che sarebbe stato competente in assenza dell'accordo compromissorio[58].

Nella dicotomia di soluzioni prospettate, è forse preferibile, anche da una prospettiva pratica, prediligere un approccio intermedio, che, raccordandosi con quanto detto in precedenza in tema di giurisdizione, porti a differenziare le soluzioni a seconda che per la causa devoluta in arbitrato estero sussista o meno la giurisdizione italiana secondo le regole generali: così, in caso di indagine con esito positivo si applicherà l'art. 669-*quinquies* c.p.c., mentre qualora non sia comunque possibile individuare il giudice italiano che sarebbe competente nel merito per mancanza originaria di giurisdizione, si farà ricorso al criterio di cui agli art. 669-*ter*, comma 3° e 669-q*uater*, comma 5°, c.p.c.[59].

4. *Le vicende del procedimento cautelare: profili problematici*

Per quanto attiene lo svolgimento del procedimento cautelare, le principali problematiche in tema di coordinamento fra la disciplina uniforme dei cautelari e la ricorrenza di un arbitrato estero riguardano sostanzialmente l'individuazione concreta delle ipotesi di sopravvenuta inefficacia del provvedimento giurisdizionale in relazione alle vicende che attengono strettamente il procedimento arbitrale.

In forza degli artt. 669-*octies* e 669-*novies* c.p.c. il provvedimento cautelare strumentale ad un arbitrato estero diviene inefficace quando: *a)* reso *ante causam*, la causa di merito non è introdotta nel termine previsto; *b)* il procedimento arbitrale si estingue senza

---

[58] Briguglio, Potestas iudicandi *in materia cautelare e arbitrato estero*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 40.

[59] In questo senso, Luiso, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, cit., p. 255; G.F. Ricci, *op. ult. cit.*, p. 485; Andolina, *op. loc. ultt. citt.*; Carlevaris, *op. ult. cit.*, p. 305; *contra* Merlin, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. XIV, Torino, 1996, p. 400, secondo cui, in presenza di compromesso per arbitrato estero, opera sempre il criterio di competenza del foro di esecuzione della misura.

giungere ad una pronuncia di merito definitiva; *c)* non venga versata la cauzione eventualmente fissata dal giudice; *d)* sia emesso lodo estero che dichiara inesistente il diritto a tutela del quale è stato emesso il cautelare; *e)* la parte non chieda il riconoscimento del lodo estero nel termine perentorio eventualmente previsto.

I singoli aspetti meritano una considerazione distinta. Per quanto attiene al momento in cui può ritenersi pendente il giudizio arbitrale, se la riforma dell'art. 669-*octies*, comma 5°, c.p.c. ad opera della l. 5 gennaio 1994, n. 25 ha dissolto pregressi dubbi con riguardo all'arbitrato rituale interno[60], la stessa non può però considerarsi perfettamente applicabile alle ipotesi di arbitrato estero. Osta a ciò la considerazione che quest'ultimo, più ancora di quello italiano, potrebbe essere retto da una procedura che preveda diverse modalità di introduzione della causa; in questa circostanza, obbligare le parti a dare vita a formalità introduttive del procedimento *extravaganti* rispetto alla procedura dalle stesse prescelta, per rispettare la forma di cui all'art. 669-*octies*, comma 5°, c.p.c. potrebbe configurarsi come un'indebita ingerenza nella loro libertà[61]. Da altra prospettiva, va però sottolineato come si tratti qui di mantenere in vita l'efficacia di un provvedimento di tutela reso dall'autorità italiana e non sia quindi possibile obliterare *in toto* le esigenze di certezza richieste dall'ordinamento. Con ogni probabilità un giusto equilibrio si potrebbe rintracciare, da un lato, nella non pretesa che l'atto introduttivo del giudizio arbitrale estero risponda perfettamente al paradigma fissato nell'art. 669-*octies* c.p.c., dall'altro nel verificare che lo stesso contenga, però, quei requisiti di sostanza (la volontà di instaurare il procedimento, l'indicazione della causa devoluta al giudizio arbitrale, la comunicazione alla controparte) che emergono dalla norma come elementi funzionali rispetto all'instaurazione del giudizio arbitrale[62].

---

[60] Per i contrasti esistenti in dottrina prima del detto intervento legislativo, Luiso, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, cit., p. 257.

[61] Nel senso che per verificare quali siano gli adempimenti necessari per instaurare la causa è necessario fare riferimento alle regole del singolo arbitrato, già Luiso, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, cit., p. 258.

[62] In questo senso, se ben comprendo, Briguglio, *L'arbitrato estero e l'ordinamento processuale italiano*, cit., p. 253. Per altro indicazioni sostanzialmente analoghe si trovano anche nelle *Arbitration Rules*, che all'art. 3 dettano il contenuto (necessario e facoltativo) dell'atto di *notice* che dà inizio alla procedura arbitrale.

Problemi analoghi possono proporsi con riguardo alle ipotesi di estinzione del giudizio arbitrale prima di giungere alla pronuncia di un provvedimento sul merito, per la notazione che il regolamento dell'arbitrato potrebbe non prevedere, per la circostanza in questione, l'emissione di uno specifico provvedimento; egualmente, provvedimenti apparentemente decisivi potrebbero in realtà rivelarsi pronunce solo interinali nell'ambito della vicenda arbitrale specificatamente considerata. Riterrei, nel caso, l'opportunità di optare per una soluzione priva di eccessivi formalismi e che prenda atto degli arresti raggiunti sul punto, anche a livello internazionale, in forza dei quali un procedimento arbitrale può dirsi concluso nel momento in cui il collegio arbitrale investito abbia esaurito i suoi poteri[63]. Ciò avviene normalmente quando il collegio rende una decisione definitiva sul merito, ma ben potrebbe accadere anche in ipotesi in cui, malgrado l'assenza di una decisione siffatta, il collegio abbia comunque esaurito le sue funzioni, ad esempio per aver pronunciato con definitività sulla propria incompetenza o per essere venuta meno la materia del contendere.

Benché, quando esistente, il provvedimento arbitrale che dichiari l'estinzione del procedimento arbitrale sia ritenuto rilevare di per sé, ai sensi dell'art. 669-*novies* c.p.c., come mero fatto, senza quindi bisogno di formale riconoscimento[64], in giurisprudenza si è ritenuto che la competenza ad indagare sull'effettiva estinzione del procedimento arbitrale (in accordo, ovviamente, con la disciplina procedurale che lo regoli nel caso di specie), ai fini della dichiarazione di inefficacia della misura cautelare, sia comunque riservata al giudice italiano[65].

L'ipotesi del mancato versamento della cauzione non crea particolari problemi applicativi. Quanto invece all'ipotesi del lodo estero che pronunci l'inesistenza del diritto per il quale il provvedimento era stato concesso, è opinione generalmente condivisa che per l'inefficacia del provvedimento cautelare sia sufficiente la pronuncia del

---

[63] Bernardini, *Sentenze arbitrali e Convenzione di New York*, cit., p. 101.

[64] Briguglio, *op. ult. cit.*, pp. 262-263.

[65] Trib. Trieste, 13 giugno 1994, in *Riv. arb.*, 1994, p. 739 ss., con nota di Tommaseo, *Arbitrato estero e dichiarazione d'inefficacia di provvedimenti cautelari.*

lodo[66]. La norma specifica infatti la non necessarietà del carattere esecutivo di quest'ultimo; il che, se elimina i problemi con riguardo all'arbitrato italiano, non risolve tutte le questioni relativamente a quello estero. A differenza delle sentenze straniere, il lodo estero non gode infatti di un sistema di riconoscimento immediato: perché tale provvedimento possa esperire effetti nell'ordinamento italiano, fosse anche di solo accertamento, è necessario riconoscerlo con il procedimento di cui agli artt. 839 e 840 c.p.c.[67]. Ammettere che, con riguardo all'inefficacia del provvedimento cautelare, sia sufficiente la pronuncia del lodo, quand'anche non riconosciuto, potrebbe forse atteggiarsi come una forzatura del dettato normativo, da ritenersi però legittima in ragione della natura strumentale insita nella tutela cautelare[68].

Per quanto attiene, infine, la mancata richiesta di riconoscimento del lodo entro il termine perentorio, la norma risente della mancanza, nell'ambito delle convenzioni internazionali, della previsione di un termine di decadenza per la richiesta di esecutorietà del lodo estero[69]. Parte della dottrina ha ritenuto di poter superare la lacuna attraverso un'applicazione analogica a tutte le misure cautelari del disposto di cui all'art. 156-*bis* disp. att. c.p.c. espressamente dettato in tema di sequestro conservativo[70]. Tale conclusione non pare però condivisa dalla recente dottrina che ritiene piuttosto la sostanziale inoperatività della norma in esame e attribuisce alla disposizione di cui all'art. 156-*bis* disp. att. c.p.c. carattere eccezionale, giustificato dalla particolarità insita nelle caratteristiche del sequestro conserva-

---

[66] Picardi, *Commentario al codice di procedura civile*, 2009, *sub* art. 669-*novies*, p. 3119.

[67] Biavati, *Dei lodi stranieri*, cit., p. 884.

[68] Briguglio, *op. ult. cit.*, p. 266. Riconosce al giudice della cautela la possibilità di operare un siffatto riconoscimento incidentale, Merlin, *op. ult. cit*., p. 397.

[69] Giovannucci Orlandi, *La Convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere (1958)*, in Ferreri (a cura di), *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, Milano, 2ª ed., 2002, p. 423.

[70] Così Sassani in Consolo, Luiso, Sassani, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, p. 494; Luiso, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, cit., p. 258.

tivo[71]. Si è infatti sottolineato come il lodo straniero non riconosciuto, se non può valere come titolo esecutivo per pretendere un intervento della autorità giudiziaria italiana per una modifica della realtà concreta, non di meno, qualora dia ragione al beneficiario della misura, costituisce titolo idoneo al mantenimento in vita della stessa[72].

Per quanto riguarda le possibili vicende del procedimento cautelare, la competenza è normalmente regolata secondo le norme del codice di rito[73], cosicché competente per l'eventuale revoca o modifica del provvedimento (*ex* art. 669-*decies* c.p.c.), così come per la concreta pronuncia di inefficacia della misura cautelare e gli eventuali provvedimenti necessari per la rimessione in pristino (*ex* art. 669-*novies*, comma 2°, c.p.c.), sarà il giudice che ha emanato la misura cautelare[74].

5. *Arbitrato estero e istruzione preventiva*

Dimostrata la generale compatibilità fra la tutela cautelare italiana e l'arbitrato estero, si pone ora un problema ulteriore e cioè verificare se tutti i provvedimenti cautelari previsti dal nostro ordinamento possano accedere ad un arbitrato siffatto. La questione si è posta, in termini generali, per i provvedimenti a contenuto anticipatorio sul presupposto che gli stessi, anticipando la decisione nel merito, di fatto potrebbero spogliare l'arbitro dei propri poteri, in contrasto con la volontà stessa delle parti di rimettere a questi la

---

[71] Briguglio, *op. ult. cit.*, p. 278. Sottolinea la natura eccezionale della disposizione G.F. Ricci, *op. ult. cit.*, p. 487.

[72] In questo senso, Picardi, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 3121.

[73] Si nota infatti che "così come gli arbitri non possono provvedere sulla domanda cautelare, così ad essi è inibito di pronunziare su tutti gli aspetti ad essa connessi" (G.F. Ricci, *op. ult. cit.*, p. 483).

[74] Nel senso che, in ipotesi di misura confermata in sede di reclamo *ex* art. 669-*terdecies*, il giudice competente per eventuali domande di modifica o revoca sia da individuarsi nel giudice del reclamo, Luiso, *Arbitrato e tutela cautelare nella riforma del processo civile*, cit., p. 263; diversamente, per la competenza del giudice monocratico per la revoca o la modifica di un cautelare emesso in sede collegiale, Trib. Bassano del Grappa, 13 marzo 1999, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 263, con nota adesiva di Bianchi.

decisione della loro controversia[75]. Ciò malgrado, e nonostante le modifiche intervenute nella disciplina italiana della tutela cautelare abbiano comportato un rilevante allentamento del vincolo di strumentalità delle misure anticipatorie rispetto al giudizio di merito[76], ad oggi non esistono reali indici per ritenere che la disciplina della compatibilità fra arbitrato estero e provvedimenti cautelari italiani possa differenziarsi in ragione della natura conservativa o anticipatoria degli stessi[77].

Più problematica si è rivelata la questione della compatibilità fra l'arbitrato estero e gli strumenti di istruzione preventiva. Tradizionalmente i provvedimenti in parola hanno sempre goduto di una considerazione distinta rispetto alla generalità dei cautelari, perché, pur condividendo con questi una generale funzione cautelativa/conservativa, si caratterizzano per essere indirizzati alla tutela non già del diritto sostanziale dedotto in giudizio, ma bensì del diritto processuale alla prova[78]; la loro finalità non è garantire l'effettività dell'esecuzione, ma la possibilità stessa di rendere la decisione, il che consentirebbe di dire che essi hanno struttura cautelare ma non funzione cautelare. Conferma di tale diversità starebbe nella stessa disciplina legislativa che dispone all'art. 669-*quaterdecies* c.p.c. l'inapplicabilità (con l'eccezione dell'art. 669-*septies* c.p.c.) della disciplina uniforme dei cautelari ai procedimenti di istruzione preventiva; a tale dettato legislativo conseguirebbe l'impossibilità di accedere alle misure in esame nelle ipotesi di cause devolute in arbitrato[79].

---

[75] In tal senso Pozzi, *Arbitrato e tutela cautelare: profili comparatistici*, cit., p. 18; Tarzia, *op. ult. cit.*, p. 475.

[76] D.l. 14 mar. 2005, n. 35, conv. da l. 14 mag. 2005, n. 80.

[77] Sul punto, prima della riforma, Tommaseo, Lex fori *e tutela cautelare*, cit., pp. 15-16, e, con riguardo alla situazione odierna, Licci, *Istruzione preventiva, arbitrato e art. 669*-quaterdecies*: una convivenza possibile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 730.

[78] Calvosa, *Istruzione preventiva*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. IX, Torino, 1963, p. 324 ss.

[79] Nel senso che il disposto di cui all'art. 669-*quaterdecies* c.p.c. osta all'applicazione dell'intera procedura arbitrale uniforme si è espressa la maggior dottrina: fra gli altri, Trisorio Liuzzi, *Istruzione preventiva*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. X, Torino, 1993, p. 255; Proto Pisani, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, cit., p. 385; Merlin, *op. ult. cit.*, p. 428. Diversamente Besso,

Tale situazione legislativa[80] è stata però modificata dal recente intervento della Corte costituzionale che, partendo dal pieno riconoscimento della natura cautelare ai provvedimenti di istruzione preventiva[81], ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 669-*quaterdecies* c.p.c. nella parte in cui, escludendo l'applicazione dell'art. 669-*quinquies* c.p.c. ai procedimenti di cui all'art. 696 c.p.c., impedisce l'accesso agli strumenti di istruzione preventiva (segnatamente, all'accertamento tecnico preventivo) nelle ipotesi di merito rimesso in arbitri[82].

Tale decisione, benché concretamente originata da un'ipotesi di arbitrato interno, dovrebbe servire a porre nel nulla quell'orientamento, ribadito anche recentemente dalla giurisprudenza[83], che, argomentando sulla natura "non meramente cautelare" dei provvedimenti di istruzione preventiva e sul dato formale della lettera dell'art. 669-*quaterdecie*s c.p.c., ha ritenuto sovente l'incompatibilità fra l'accesso all'istruzione preventiva e la clausola per arbitrato estero[84].

La prova prima del processo, Torino, 2004, p. 222 ss., che ritiene il testo della norma non ostativo ad un'applicazione analogica di alcune norme della disciplina cautelare uniforme anche ai procedimenti di istruzione preventiva.

[80] …e la implicita considerazione, ad essa sottesa, che i provvedimenti di istruzione preventiva siano ontologicamente differenti dalla tutela cautelare: in questo senso Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006, p. 583.

[81] Per altro, sul punto, la Corte aveva già avuto modo di pronunciarsi (16 maggio 2008, n. 144, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 247 ss.).

[82] Corte cost., 25 gennaio 2010, n. 26, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 123.

[83] Da ultimo, Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22236, in *Riv. arb.*, 2009, p. 709 ss.; in senso parzialmente analogo, Cass., sez. un., 15 ott. 1985, n. 5049, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, p. 84 ss.; Cass., sez. un., 7 agosto 1992, n. 9380, in *Riv. dir. proc*, 1993, p. 615 ss.

[84] Nel senso che la Corte, operando tale modifica, abbia inteso riferirsi all'accordo arbitrale in sé, senza differenziare fra interno ed estero, Briguglio, Potestas iudicandi *in materia cautelare e arbitrato estero*, cit., p. 42, nota 38. Per la concreta estensione della soluzione alle ipotesi di arbitrato estero si può forse profilare, però, un problema eminentemente tecnico: nel decidere per l'incostituzionalità dell'art. 669-*quaterdiecies* la Consulta mostra di aderire alla tesi del giudice remittente secondo cui, non potendosi applicare l'art. 669-*quinquies* ai procedimenti di istruzione preventiva, mancava una norma che attribuisse al giudice statale il potere di provvedervi nelle ipotesi di causa devoluta in arbitri (critico Delle Donne, *Ancora sui rapporti fra arbitrato*, cit., ritenendo invece che la norma attributiva del potere sia da individuarsi nell'art. 24 cost., col ché l'art. 669-*quinquies* rileverebbe solo come criterio di competenza). Ma se è vero che

6. *La tutela cautelare nella fase di riconoscimento del lodo estero*

L'ultimo aspetto che preme affrontare è quello della tutela cautelare offerta dall'ordinamento italiano in relazione al procedimento per il riconoscimento del lodo estero, così come regolato dagli artt. 839 e 840 c.p.c., in chiara assonanza con la convenzione di New York.

Ferma la sicura accessibilità alla tutela cautelare nelle more del procedimento in esame, i principali problemi applicativi si pongono su due fronti: da un lato, l'ampiezza della tutela ottenibile e, dall'altro, l'individuazione del giudice competente a renderla. Con riguardo a quest'ultimo punto, l'aspetto più problematico riguarda la definizione della competenza *ante causam*: se è infatti pacifico che durante la pendenza dell'eventuale giudizio di opposizione *ex* art. 840 c.p.c. la competenza cautelare sia della stessa corte d'appello davanti alla quale pende il procedimento[85], con riguardo alla fase processuale precedente le posizioni si differenziano fra chi ritiene che, sino al momento della presentazione della domanda, la competenza sia regolata dalle norme sul procedimento cautelare uniforme (e segnatamente dall'art. 669-*ter*, comma 3°, c.p.c.[86]) e chi invece reputa che, anche in questa fase, debba proporsi ricorso al giudice individuato sulla scorta dell'art. 839 c.p.c., in ragione della competenza funzionale attribuita a questo organo in materia di riconoscimento dei lodi esteri[87].

Quanto all'ampiezza della cautela accessibile, l'argomento risente fortemente delle divergenze in tema di provvisoria esecutività o meno del decreto presidenziale di riconoscimento che chiude la

---

all'arbitrato estero non si applica l'art. 669-*quinquies* c.p.c., bensì gli artt. 669-*ter* e 669-*quater* c.p.c. (v. *supra*, nel testo), allora, tecnicamente, mancherebbe tutt'ora una norma attributiva della competenza cautelare in istruzione preventiva per le ipotesi di arbitrato estero, avendo la Corte dichiarato l'incostituzionalità solo con riguardo all'art. 669-*quinquies* c.p.c. e non già con riferimento alla disciplina cautelare uniforme nel suo complesso.

[85] Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 350.

[86] Così, Tommaseo, *op. ult. cit.*, p. 19; Roversi, *Aspetti processuali della disciplina sulla delibazione dei lodi stranieri*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 158. Così anche Corte App. Milano, (decr.) 30 mar. 1998, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 2943; Trib. Venezia, 6 luglio 1998, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1999, p. 92.

[87] Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., p. 351.

fase *inaudita altera parte*[88]: l'accesso alla tutela cautelare, infatti, se non risulta di per sé particolarmente rilevante qualora si ritenga che il decreto in parola possieda immediata efficacia esecutiva, assume invece grande valore se si sposa la tesi, invero più diffusa sia in dottrina che in giurisprudenza[89], della non esecutività del decreto presidenziale sino alla conclusione del procedimento, atteggiandosi, in questo caso, come l'unico strumento di tutela accessibile nelle more del procedimento per il riconoscimento dei lodi esteri[90].

[88] Il tema, oggetto di particolare dibattito, ha dato vita a rilevanti contrasti sia sul piano interpretativo che su quello applicativo. In dottrina sostengono la tesi dell'immediata esecutività del decreto, fra gli altri, Zucconi Galli Fonseca, *L'esecutorietà del lodo arbitrale in pendenza di opposizione*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 348 ss.; Roversi, *Aspetti processuali della disciplina sulla delibazione dei lodi stranieri*, cit., p. 157 ss.; La China, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 3° ed., Milano, 2007, p. 211. In senso contrario, Biavati, *Dei lodi stranieri*, cit., p. 891; Auletta, *L'efficacia in Italia dei lodi stranieri*, in Verde (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino, 2007, p. 560.

[89] Per una ricostruzione delle differenti tesi sul punto, Consolo, *Sulla provvisoria esecutorietà del lodo straniero tra art. 840 c.p.c. e Convenzione di New York*, nota a App. Milano, 12 luglio 1995, in *Corr. giur.* 1997, p. 707 ss.

[90] La disciplina specifica dettata dagli artt. 839 e 840 c.p.c. prevede infatti solo la possibilità per il giudice, su istanza della parte che ha chiesto il riconoscimento, di imporre all'altra parte una cauzione nelle ipotesi in cui il procedimento di riconoscimento venga sospeso (art. 840, comma 4°, c.p.c.). Nel senso che il mancato riconoscimento di provvisoria esecutività al decreto presidenziale non privi la parte di tutela interinale, potendo la stessa sempre accedere al meccanismo cautelare di cui agli artt. 669-*ter* e *quater* c.p.c., si è espressamente pronunciata anche la giurisprudenza; in particolare, App. Milano, 12 luglio 1995, cit., loc. cit.; App. Firenze, 17 maggio 2005, in *Riv. arb.*, 2006, p. 127 ss., con nota di Guadalupi, *Ancora sulla provvisoria esecutorietà del decreto che riconosce il lodo straniero nel corso del giudizio di opposizione*.

PICCOLE VARIAZIONI IN TEMA DI *ERRORES IN PROCEDENDO* E ACCERTAMENTO DEL FATTO NEL GIUDIZIO IN CASSAZIONE

Andrea Graziosi
Ordinario dell'Università di Ferrara

SOMMARIO: 1. Delimitazione del campo di indagine. – 2. Cenni sul giudizio di fatto. – 3. Dal merito del giudizio al fatto processuale. – 4. *Errores in procedendo* e autosufficienza del ricorso per cassazione. – 5. La produzione di nuovi documenti nel giudizio di cassazione – 6. La denuncia di omessa pronuncia *ex* art. 112 c.p.c. e l'interpretazione delle domande proposte dalle parti.

1. *Delimitazione del campo di indagine*

Si insegna tradizionalmente in dottrina che il canone dell'insindacabilità del giudizio di fatto ad opera della Corte di Cassazione valga unicamente quando essa si pronuncia sugli *errores in iudicando*, non invece quando sia chiamata a sindacare intorno ad un *error in procedendo*, o agli eventuali difetti del rapporto processuale che si svolge dinanzi ad essa[1]. In tali ultime ipotesi, infatti, la suprema

[1] "Non altrimenti che risolvendo questioni di fatto può decidersi se fu omessa o violata una forma, se la sentenza è nulla, se le parti erano o no capaci, se ci fu eccesso di potere o mancata pronuncia", così scriveva CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pp. 1030 ss.; in termini non dissimili CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1925, p. 264; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, p. 660; BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 697; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 861; CALAMANDREI, FURNO, voce *Corte di Cassazione*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 1073, ove, assai puntualmente, si legge che "a proposito di questi vizi di attività dobbiamo avvertire fin d'ora […] che il relativo accertamento si presenta alla Corte

Corte, si suole dire, è anche giudice del fatto, nel senso che la sua indagine si estende sino ai presupposti di fatto che condizionano l'applicazione della norma processuale.

La formula corrente, in dottrina e in giurisprudenza, è quella secondo cui nella valutazione dei motivi di cui ai nn. 1, 2 e 4 dell'art. 360, comma 1°, c.p.c. la Corte "non può limitarsi a porre a raffronto con la norma di diritto processuale, che si assume violata, la fattispecie, così come accertata dal giudice di merito, ma deve procedere, sempre sulla base degli atti e dei documenti già allegati al processo, al riesame della fattispecie e a porla a raffronto con la norma di diritto solo dopo averla per suo conto accertata"[2]. Pertanto, allorché venga denunciato un *errores in procedendo*, i giudici di legittimità hanno il potere di esaminare direttamente gli atti di causa, onde verificare la sussistenza del vizio denunciato, controllare come si sono svolte le attività di cui si compone il processo, accertare il comportamento delle parti processuali. In pratica, in queste ipotesi "l'accertamento e la valutazione del fatto processuale è compiuto dalla Cor-

---

come una indagine sulla attività concretamente svolta nel processo dal giudice o dalle parti, posta in relazione coi precetti processuali ai quali tale attività avrebbe dovuto conformarsi: la Corte Suprema è chiamata qui, dunque, non già (come per gli *errores in iudicando*) a riesaminare se il giudice di merito abbia esattamente *applicato* il diritto ai fatti da lui accertati, ma ad accertare essa stessa quello che nello svolgimento del processo è stato fatto, e come è stato fatto, dai soggetti del rapporto processuale, per poi decidere se queste attività siano o non siano conformi ai precetti del diritto processuale. L'accertamento di uno di questi vizi di attività si presenta così alla Cassazione prima di tutto come una questione di fatto, poiché, per stabilire se vi sia stata o meno contravvenzione alla legge processuale, bisogna incominciare con lo stabilire quale sia stato in realtà il comportamento concreto delle persone che nel processo erano tenute ad osservarla".

[2] Andrioli, *Appunti di diritto processuale civile*, Napoli, 1962, pp. 156-157; Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, p. 183, secondo il quale "più precisamente, a fronte dei motivi di cui al n. 4, la S.C. ha – pur nel silenzio della legge – necessariamente il potere di procedere direttamente all'esame e alla ricostruzione in concreto, evincendoli dai fascicoli dei gradi precedenti del processo e dai relativi atti di parte e dei giudici, dei fatti storici processuali, senza doversi appagare della lettura che di quegli atti abbia eventualmente dato il giudice la cui sentenza è censurata; Lorenzetto Peserico, Errores in procedendo *e giudizio di fatto in cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 651 ss.

te direttamente e non è intermediato dalla valutazione che ne abbia per avventura dovuto antecedentemente dare il giudice di merito"[3].

Ebbene, ferma questa indiscutibile premessa di ordine teorico, in questa sede si vorrebbero indagare alcune delicate problematiche che da essa derivano quando il principio generale va ad innestarsi nella dinamica del giudizio in Cassazione.

2. *Cenni sul giudizio di fatto*

Per poter esaminare le questioni che si vogliono qui affrontare, occorre prima, e per chiarezza, dedicarsi a tratteggiare, sia pur sommariamente, la non sempre nitida distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto.

Come scriveva Satta "il compito istituzionale della Cassazione è quello di assicurare la retta osservanza della legge, come dice l'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario: il che si esprime comunemente dicendo che la Cassazione è giudice del diritto, volendosi con ciò escludere che essa sia giudice del fatto"[4], con la ovvia ed ineludibile conseguenza che la Suprema Corte è del tutto priva del potere di indagare il merito della controversia, che resta perciò cristallizzato nel giudizio formulato dai giudici (appunto) di merito, e dovendo essa limitarsi a sindacare solo il giudizio di diritto da questi condotto[5]. È dunque da qui, dall'essenza stessa del giudizio in Cassazione, che nasce l'esigenza, di insopprimibile rilievo sistematico, di distinguere nel modo più netto possibile tra questione di diritto (*Rechtsfrage*) e questione di fatto (*Tatfrage*); distinzione i cui con-

[3] Vittoria, in Aa.Vv., *La Cassazione civile*, in Proto Pisani (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, Torino, 1998, p. 1430.

[4] Satta, *Comm. al c.p.c.*, I, Milano, 1959, p. 190; in arg. anche Bove, *Il sindacato della Corte di cassazione, Contenuto e limiti*, Milano, 1993, p. 193, secondo il quale "la questione di diritto è censurabile nel senso che in sede di legittimità si può accertare se essa è stata risolta bene o male, in altre parole se è stato o meno compiuto un *error iudicando in iure*. La questione di fatto, invece, è incensurabile nel senso che la Corte suprema non può verificare se essa è stata risolta giustamente o ingiustamente, vale a dire non può occuparsi di un eventuale *error in iudicando in facto*".

[5] Fazzalari, *Il giudizio civile di Cassazione*, Milano, 1960, p. 65.

torni, invero, poco si prestano, sul piano strettamente logico, ad essere così nettamente delineati[6].

Sia pur nei ristretti limiti di queste riflessioni, si può allora cominciare col dire che, secondo la dottrina maggioritaria[7], ed in un'ottica di semplificazione della questione, l'operazione di giudizio consiste nella sintesi di due momenti logici: il giudizio di diritto, da un lato, ed il giudizio di fatto, dall'altro. Mentre con l'espressione "giudizio di diritto" si fa riferimento all'operazione di interpretazione della norma, e quindi alla precisa determinazione della volontà astratta di legge ed all'individuazione dei fatti in astratto suscettibili di esservi sussunti; con l'espressione "giudizio di fatto" si intende il riscontro che, nel caso concreto, si sono (o non si sono) effettivamente verificati i fatti previsti in astratto dalla norma oggetto di interpretazione. Nella sintesi di questi due momenti consiste il giudizio, ossia l'enunciazione che, nello specifico caso concreto sottoposto alla cognizione del giudice, la volontà astratta di legge è (o non è) divenuta concreta. Sulla base di questa riflessione, l'attività di giudizio è stata, come noto, avvicinata ad un sillogismo, la cui premessa maggiore sarebbe costituita dal giudizio di diritto, ove il giudice opererebbe unicamente sul piano astratto, come giurista puro, e la cui premessa minore sarebbe rappresentata dal giudizio di fatto, in relazione al quale l'attività del giudice si avvicinerebbe più a quella dello storico.

Detto questo, e ribadendo l'avvertimento che il ragionamento appena condotto riflette uno schema inevitabilmente semplificativo, che fatalmente non tiene conto della contaminazione reciproca che

---

[6] Su cui ancora oggi appaiono illuminanti le indimenticabili pagine di Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Studi di diritto processuale civile*, I, Padova, 1927; nonché Id., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 111 ss.

[7] Tra i tanti, Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Torino, 2008, p. 467; Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 174. Particolarmente chiaro appare l'inquadramento di Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, p. 402, secondo cui "l'attività logico-conoscitiva del giudice concerne: *a)* l'individuazione e l'interpretazione della fattispecie legale astratta sotto cui sussumere il diritto fatto valere in giudizio dall'attore: è la *quaestio iuris*; *b)* l'accertamento dell'esistenza o no dei fatti principali rilevanti come fatti costitutivi, modificativi, impeditivi, estintivi ai fini del diritto azionato: è la *queastio facti*".

in realtà si riscontra tra le due premesse del sillogismo giudiziale[8], appare possibile procedere a qualche puntualizzazione sul concetto di giudizio di fatto, mediante il quale il giudice forma il proprio libero convincimento sui fatti di causa, e che costituisce propriamente la fase del sillogismo giudiziale "interdetta" alla Corte di Cassazione.

Si può allora osservare che tale giudizio può essere scomposto in due fasi, la seconda delle quali costituisce il risultato della prima: una prima fase, comprendente la valutazione probatoria o interpretativa del fatto, ed una seconda nella quale il giudice fissa proposizioni positive o negative che costituiscono il risultato di detta valutazione[9].

Il problema della sindacabilità in Cassazione del giudizio di fatto sta tutto nel valutare se, ferma restando l'assoluta insindacabilità del convincimento in fatto, cioè del risultato del giudizio di fatto, cui è pervenuto il giudice di merito, sia possibile pervenire alla censura di ciò che sta alla sua base, se sia cioè possibile per la Corte di Cassazione sindacare la valutazione probatoria o interpretativa condotta dal giudice del merito. Al quesito appena prospettato, si deve verosimilmente rispondere in senso affermativo, con la precisazione tuttavia che il giudizio di fatto potrà essere oggetto di indagine non al fine di coglierne l'ingiustizia, ma, al massimo, al fine di coglier-

---

[8] In proposito, cfr. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2007, I, p. 85, il quale sottolinea esattamente come la ricostruzione del giudizio in termini di sillogismo, e di giudizio di diritto e giudizio di fatto quali premesse maggiore e minore dello stesso, sia in realtà la semplificazione di operazioni mentali ben più complesse; egli infatti nota come "i due giudizi (di diritto e di fatto) non possono mai compiersi del tutto indipendentemente l'uno dall'altro perché il giudizio di diritto presuppone, nella sua stessa impostazione […] un primo orientamento che non può esser dato che dai fatti […], mentre il giudizio di fatto presuppone la cernita e la messa a fuoco degli elementi rilevanti, la quale presuppone a sua volta il riferimento alla portata della norma. […] In pratica, le due valutazioni finiscono, specialmente nell'ambito della premessa minore, col fondersi e coordinarsi a vicenda in una complessità nella quale gli elementi di intuizione svolgono un ruolo assai importante e nella quale, come spesso accade nel pensiero umano, l'operazione più schiettamente logica opera come controllo a posteriori"; v. pure Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 217; Vocino, *Sulla c.d. "attuazione della legge" nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951, p. 667.

[9] Cfr. in questo senso Bove, *Il sindacato della Corte di cassazione*, cit., p. 194.

ne un *sintomo di ingiustizia*[10], consistente nell'avvenuta violazione, nell'ambito di quella valutazione che sta alla base del convincimento in fatto, di una norma di diritto.

In altri termini, la Corte di Cassazione non potrà annullare la sentenza impugnata perché l'accertamento di fatto è "sbagliato" o semplicemente ingiusto, ma potrà sindacare l'attività compiuta dal giudice per pervenire al proprio convincimento, nella misura in cui, essendo essa scandita da regole giuridiche, se ne possa lamentare la violazione: in ciò consiste il c.d. sindacato indiretto della Corte sulla questione di fatto[11].

È in conformità a quanto appena detto che, ad esempio, la giurisprudenza di legittimità afferma che la valutazione interpretativa dei negozi giuridici sia sindacabile in Cassazione nei limiti in cui essa contrasta con le regole di interpretazione poste dall'ordinamento giuridico[12]: la Corte cioè non potrà censurare il convincimento in fatto cui è giunto il giudice di merito, ma potrà verificare l'eventuale errore di diritto in cui lo stesso sia incorso nella valutazione che sta alla base del convincimento medesimo e dunque la violazione di una norma di interpretazione. Anche per quanto attiene alla valutazione probatoria del fatto, la Corte sarà legittimata al suo sindacato nei limiti in cui questa attività giurisdizionale sia disciplinata da regole giuridiche[13].

---

[10] L'espressione è di Bove, *Il sindacato della Corte di cassazione*, cit., p. 195.

[11] Cfr. Bove, *op. ult. cit.*, p. 219, ove si legge che il sindacato indiretto della questione di fatto si sostanzia nel controllo del corretto uso delle norme metodologiche che scandiscono sia la valutazione probatoria sia la valutazione interpretativa dei negozi giuridici.

[12] Cfr. Cass., 22 settembre 2000, n. 12550, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, c. 1980; Cass., sez. un., 20 novembre 1999, n. 807, in *Giur. it.*, 2000, p. 1286; Cass., 2 febbraio 1999, n. 849, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, c. 225. Le sentenze ora richiamate hanno messo in luce come il sindacato della Corte in tema di interpretazione del contratto può riguardare la delineazione della fattispecie astratta e la riconduzione ad essa della fattispecie concreta accertata, ma non anche l'individuazione degli elementi costitutivi di quella fattispecie concreta, compresa la ricerca del contenuto e della portata delle sue clausole, la quale si traduce in una valutazione di fatto affidata esclusivamente al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità solo per il caso di violazione di norme ermeneutiche, di illogicità o inadeguatezza della motivazione.

[13] Cfr. in proposito Fazzalari, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, p. 66, secondo il quale "il divieto in discorso non preclude, per alcun verso, la

Fissati questi concetti, su cui non ci si può intrattenere oltre visti i limiti di queste note, ma che ovviamente potrebbero meritare ben altri approfondimenti[14], occorre svolgere alcune ulteriori puntualizzazioni preliminari, che consentano di focalizzare meglio in cosa consista il giudizio di fatto che la Corte è autorizzata a compiere, allorquando, *ex* art. 360, comma 1°, n. 4, c.p.c., sia denunciata la violazione di una norma processuale.

3. *Dal merito del giudizio al fatto processuale*

L'espressione, invalsa in dottrina ed in giurisprudenza[15], secondo la quale, nel caso di censura di *errores in procedendo*, la Corte di Cassazione è giudice anche del fatto, se non correttamente intesa, è suscettibile di fuorviare l'interprete. Dire infatti che la Corte di Cassazione è giudice anche del fatto nelle limitate ipotesi in cui dinanzi ad essa sia fatto valere un vizio di attività non significa che la Corte abbia il potere di riformulare il giudizio di merito svolto nei precedenti gradi di giudizio. Il fatto di cui si parla con riferimento alle ipotesi di cui al n. 4 dell'art. 360, comma 1, c.p.c., per legittimarne l'indagine indipendente da parte della Corte, non è certamente il merito della causa, bensì il solo fatto processuale, lo svolgimento della sequela processuale.

Come ammoniva Fazzalari, "il *fatto* il cui riesame è inibito alla Corte nell'ambito del n. 3 dell'art. 360 c.p.c. (in sede di controllo del giudizio di merito) è *toto coelo* diverso dal *fatto* che essa può cono-

---

cognizione della Corte in ordine alla violazione di regole probatorie: vero è che esse incidono sul giudizio (di merito) in punto di fatto, ma si tratta pur sempre di norme giuridiche: le sole, e di ristretto numero, che disciplinano positivamente il giudizio di fatto (mentre per il resto esso viene affidato al *prudente apprezzamento* del giudice, per essere poi eventualmente censurato anche in Cassazione, ma nell'ambito del n. 5 e sotto il profilo della carenza di motivazione). La loro violazione è pertanto deducibile ai sensi del n. 3".

[14] Per ulteriori sviluppi, v. anche i classici studi di Calamandrei, *Sulla distinzione tra* error in iudicando *ed* error in procedendo, in *Studi di diritto processuale*, I, Padova, 1930, p. 213 ss.; Id., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, *ibidem*, p. 67 ss.

[15] Vedi *supra*, n. 1.

scere, poniamo, in ordine ad una *nullità* del procedimento: questo consiste nell'attività svolta in concreto, dalla parte o dal giudice, nel processo e che, appunto, si denuncia in Cassazione come non conforme a legge; quello invece è costituito dalle circostanze di fatto su cui è, prima e fuori del processo, strutturato il rapporto sostanziale dedotto in lite"[16].

Tali considerazioni sono tanto vere che questo autore, nel suo approfondito studio, giungeva sino ad affermare la fallacia della tradizionale distinzione tra *errores in iudicando* ed *errores in procedendo*, giacché, egli notava: "per tenerla ferma rispetto ai tipi di vizi fissati dall'art. 360 occorrerebbe, da un canto, cogliere fra i medesimi un divario di disciplina positiva, che costituisca valida *ratio distinguendi*, e, dall'altro, convincersi che tale divario possa essere convenientemente contraddistinto dalle due formule in discorso"[17].

Ed in effetti, sul piano strettamente ricostruttivo, non si può negare che la ricerca di un *discrimen* tra *errores in iudicando* ed *errores in procedendo* non può fondarsi sull'ampiezza dei poteri cognitori della Corte, quando in realtà, in ognuna delle due ipotesi, la Corte compie comunque, e soltanto, un puro e semplice controllo di legittimità. E perciò se ne può dedurre che tale distinzione non regge alla sola considerazione del duplice significato che il termine fatto può assumere: fatto, invero, è tanto il merito della causa, quanto il processo inteso nel suo svolgersi dinamico, ovvero nel suo dispiegarsi come serie concatenata di atti e provvedimenti processuali. Fatto, insomma, può significare tanto il merito quanto il fatto processuale[18].

---

[16] Fazzalari, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, p. 103; ancora più netto Mandrioli, *Diritto processuale civile*, cit., p. 497, per il quale "con riguardo all'esame dei vizi di attività, si suol dire che la Corte di Cassazione è giudice anche del fatto. L'affermazione può essere accettata solo in quanto si tenga presente che i fatti dei quali la Cassazione può conoscere non sono mai i fatti che costituiscono l'oggetto del giudizio di merito, ma i fatti processuali, ossia i fatti con i quali si è realizzata l'attività processuale che la Cassazione può censurare".

[17] Fazzalari, *Il giudizio civile di cassazione*, cit., pp. 102-103.

[18] Sul punto v. Mazzarella, *Analisi del giudizio civile di Cassazione*, Padova, 2003, p. 75, il quale, pur non rifiutando la distinzione tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando*, precisa che "il fatto, il cui esame è inibito alla Corte nell'ambito del n. 3 dell'art. 360, è diverso dal fatto che essa può e deve conoscere nell'ambito dell'*error in procedendo*. Ed il motivo è che in questo caso, nonostante l'espressione usata, non si tratta di *fatto*, come accadimento passato, bensì una situazione che

Al tempo stesso tuttavia, a mio avviso, la distinzione mantiene tutto il suo valore se viene predicata con esclusivo riferimento alla tipologia delle norme rispetto alle quali il controllo di legittimità viene effettuato: norme sostanziali da un lato e norme processuali dall'altro. Ed inoltre, non può trascurarsi che mentre i fatti sottesi alle censure con cui si fanno valere *errores in iudicando* sono fatti accertati nei precedenti gradi del processo, e ad esso estranei, rispetto ai quali, quindi, la Corte è chiamata a verificare la correttezza del loro accertamento ad opera dei giudici di merito (nei limiti visti sopra n. 2), i fatti che fondano la denuncia di *errores in procedendo* sono compiuti *nel* processo, dal giudice o dalle parti, per cui richiedono, di solito, un loro primario accertamento nell'ambito del giudizio in Cassazione.

4. Errores in procedendo *e autosufficienza del ricorso per cassazione*

Chiarito in che limiti è lecito affermare che quando la Cassazione giudica del processo è giudice anche del fatto, si può a questo punto procedere all'esame di alcune peculiari problematiche che l'operare di questa regola pone, in relazione alle specificità proprie del giudizio in Cassazione.

Anzitutto, ci si deve soffermare sull'atteggiarsi del c.d. principio di autosufficienza del ricorso, laddove la sentenza sia gravata con il motivo di cui all'art. 360, comma 1°, n. 4 c.p.c. Non prima, però, di aver speso qualche parola sul significato ed i contenuti di siffatto principio.

Il canone di "autosufficienza" del ricorso per cassazione è stato elaborato verso il finire degli anni '80 dalla giurisprudenza di legittimità[19], allo scopo di consentire alla Corte di Cassazione l'esame del-

è sempre presente e che continua a svolgersi sotto gli occhi di tutti, compresa la Cassazione. Questa situazione, che è sempre presente e che continua a svolgersi anche in Cassazione, non è altro che il processo, nel quale anche la Cassazione è inserita, e il suo aspetto fenomenico è rappresentato dagli atti del procedimento".

[19] Cfr. Cass., 18 settembre 1986, n. 5656, in *Mass. Giust. civ.*, 1986, c. 313, ove testualmente si legge che "la mancata ammissione di un mezzo di prova è

le ragioni sottese ai motivi di impugnazione direttamente sulla base del testo del ricorso, senza quindi necessità di desumerle o ricercarle dai precedenti atti del processo. Esso è stato inizialmente forgiato in relazione al vizio di motivazione con il fine precipuo di evitare che detto motivo di ricorso potesse consentire alla Corte un nuovo apprezzamento sulla rilevanza ed attendibilità delle fonti di prova, che invece deve essere esclusivamente riservato al giudice di merito. In sostanza, il principio di autosufficienza, in questa sua primigenia veste, andava inteso come un modo per esprimere la necessità che le censure proposte raggiungessero il necessario livello di specificità attraverso l'ausilio della compiutezza espositiva dei fatti rilevanti, al fine di garantire che il giudice di legittimità si limitasse a compiere, nel decidere sul presunto vizio di motivazione, il c.d. sindacato indiretto sul fatto[20].

---

denunziabile in Cassazione, sotto il profilo del difetto di motivazione, solo se i fatti dedotti siano tali da costituire un punto decisivo della controversia ed il ricorrente indichi specificamente le circostanze che formavano oggetto della prova e il nesso di causalità tra l'asserita omissione e la decisione, al fine di consentire al giudice di legittimità il controllo sulla decisività della prova medesima: controllo che, per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, deve appunto avvenire sulla base delle deduzioni contenute nell'atto, alle cui lacune non è possibile sopperire con indagini integrative"; Cass., 22 marzo 1993, n. 3356, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, c. 533.

[20] Cfr. Evangelista, Canzio, *(Introduzione alla) Rassegna della giurisprudenza di legittimità*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 84; Conforti, *Principio di autosufficienza ed* errores in procedendo, in www.judicium.it, il quale, per la verità, mette opportunamente in luce che "la realtà giurisprudenziale è stata ben diversa. La *scure* dell'inammissibilità si è abbattuta sui motivi di ricorso con argomentazioni del tenore più formalistico". L'a. a sostegno della propria affermazione cita in particolare le sentenze che hanno ritenuto necessario, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, la trascrizione dei capitoli di prova non ammessi, della formula con cui era stato articolato il giuramento decisorio, delle circostanze sulle quali la parte avrebbe dovuto rispondere in sede di interrogatorio formale (Cass., 17 maggio 2006, n. 11501, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Cassazione civile*, n. 304; Cass., 1 agosto 2001, n. 10493, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Cassazione civile*, n. 223; Cass., 9 maggio 2000, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Cassazione civile*, n. 206; Cass., 30 maggio 2002, n. 7923, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Cassazione civile*, n. 172; Cass., 5 giugno 2007, n. 13085, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Cassazione civile*, n. 202); Rusciano, *In tema di autosufficienza del ricorso per cassazione*, in *Giur. it.*, 2005, pp. 1674-1675, la quale bene ha sottolineato che "l'applicazione puntigliosa del principio di autosufficienza del ricorso […] sembra condurre a delle inaccettabili esasperazioni formali. Il principio in esame va applicato *cum grano salis*, altrimenti rischia di

Solo di recente[21], invece, la giurisprudenza di legittimità[22] ha ritenuto l'autosufficienza un canone indefettibile di qualsiasi motivo di ricorso, ed anche dunque del motivo che qui interessa. Sulla base del menzionato principio, ai fini della ammissibilità del ricorso per cassazione, è necessario che il ricorrente indichi in modo autosufficiente, e cioè con specificazione che consenta, attraverso lo stesso ricorso, la chiara e completa cognizione dei fatti e delle argomentazioni, gli elementi trascurati dalla sentenza impugnata, nella loro materiale consistenza, nella loro pregressa deduzione in sede di merito e nella loro processuale rilevanza, intesa quale potenzialità probatoria che consenta di giungere ad una diversa decisione.

Chiarito, in termini generali, il contenuto ed il significato del principio di autosufficienza del ricorso, e ricordato che la Suprema Corte ritiene che esso debba valere anche per i motivi di ricorso fondati su *errores in procedendo*[23], si tratta di indagare come si atteggi

---

apparire come il frutto di un'operazione *maltusiana*, dettata dalla necessità di ridurre in qualsiasi modo le pendenze che affliggono la Corte".

[21] Cfr. in proposito Conforti, *op. ult. cit.*, n. 4, che individua tale allargamento a partire dal 2000, specificando che fino a quel momento il canone di autosufficienza era riferito esclusivamente al vizio di motivazione; cui *adde* Rusciano, *op. ult. cit.*, p. 1672, secondo la quale "la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che tale principio presiede la redazione del ricorso a prescindere dal tipo di vizio denunciato, sia esso qualificabile come *error in iudicando* […] o come *error in procedendo*".

[22] Cfr. Cass., 10 febbraio 2009, n. 3276, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 600; Cass., 15 dicembre 2008, n. 29932, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Cassazione civile*, n. 262; Cass., 25 luglio 2008, n. 20437, in *Guida dir.*, 2008, 40, p. 49; Cass., 14 marzo 2008, n. 7051, in *Guida dir.*, 2008, 23, p. 95; Cass., 26 giugno 2007, n. 14744, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, c. 713; Cass., sez. un., 13 febbraio 2007, n. 3041, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Espropriazione per p.i.*, n. 58; Cass., 11 gennaio 2007, n. 323, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Procedimento civile*, n. 41; Cass., 6 ottobre 2005, n. 19510, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Cassazione civile*, n. 184; Cass., 2 agosto 2005, n. 16132, *ibidem*, n. 169; Cass., 11 gennaio 2005, n. 376, *ibidem*, n. 19.

[23] Cfr. Cass., 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Guida dir.*, 2008, p. 82, ove si legge che "la Corte di cassazione, allorquando viene denunciato un *error in procedendo* è anche giudice del fatto ed ha il potere - dovere di esaminare direttamente gli atti di causa. Per il sorgere di tale potere dovere, tuttavia, è necessario - allorché il vizio non è rilevabile *ex officio* - che la parte ricorrente indichi gli elementi individuanti e caratterizzanti il fatto processuale di cui richiede il riesame, e, quindi, per il principio di autosufficienza del ricorso, tutte le precisazioni e i riferimenti necessari a individuare la dedotta violazione processuale. In particolare, nel tradursi nella violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, in quanto incidente sulla sentenza emessa dal giudice del gravame, il vizio di omesso esame

in tali ultime ipotesi, se cioè detto principio debba essere o meno interpretato ed applicato in modo pieno e rigoroso, ovvero alla stessa stregua di come è inteso nelle ipotesi di vizio di motivazione.

Il problema si pone poiché, come si è avuto modo di mettere in luce *supra*, nel caso in cui l'impugnazione per Cassazione si basi sulla censura di vizi di attività in cui il giudice di merito sia incorso nel condurre il processo, la Corte è anche giudice del fatto processuale, ovvero ha il potere-dovere di procedere all'esame diretto degli atti giudiziari onde acquisire gli elementi necessari alla pronuncia richiesta: in queste ipotesi, pertanto, desta talune perplessità l'applicazione del principio di autosufficienza, in quanto esso dovrebbe trovare limitazioni proprio in considerazione del potere della Corte di esaminare il "fatto processuale"[24]. Sembrerebbe in sostanza contraddittorio sancire da un lato il potere-dovere della Corte di esaminare direttamente gli atti del processo e allo stesso tempo imporre, quale requisito di ammissibilità del ricorso, che gli atti che si lamentano viziati siano integralmente trascritti nel corpo del ricorso medesimo.

---

di una domanda ovvero di pronuncia su domanda non proposta, non rilevabile d'ufficio, è deducibile con ricorso per cassazione esclusivamente ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c. […]. La censura per essere validamente proposta richiede non solo che sia trascritta la domanda o la eccezione che si assume non esaminata, ma che sia indicato, altresì, l'atto difensivo o il verbale di udienza nei quali la stessa sia stata proposta al fine di consentire al giudice di verificarne in primo luogo la ritualità e tempestività"; Cass., 19 marzo 2007, n. 6361, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, c. 3; Cass., 23 marzo 2005, n. 6225, in *Giur. it.*, 2005, p. 1670 ss., ove si legge che "anche per gli *errores in procedendo*, pur potendo i giudici di legittimità prendere cognizione degli atti di causa, è necessario per il principio di autosufficienza che nel ricorso siano indicati tutti gli elementi di fatto che consentano alla Corte di controllare l'esistenza dei vizi dedotti, senza che si debba procedere ad un esame dei fascicoli ove tali atti siano contenuti"; Cass., 4 marzo 2005, n. 4741, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, c. 213; Cass., 7 marzo 2006, n. 4840, in *Mass. Foro it.*, 2006. c. 411; Cass., 29 agosto 2005, n. 6225, in *Giur. it.*, 2005, p. 1670.

[24] Così Rusciano, *op. ult. cit.*, p. 1673; Conforti, *op. loc. ultt. citt.*; Lupo, *Il ricorso ordinario in cassazione in via principale. Tecniche di redazione dei motivi* ex *nn. 1, 2 e 4 art. 360 c.p.c. Il principio di autosufficienza. Le condizioni di ammissibilità*, in www.cassaforense.it, secondo il quale l'estensione dell'autosufficienza in relazione agli *errores in procedendo* non trova una sua giustificazione normativa, ed anzi conduce a svuotare di significato l'idea che in relazione a tali errori la Corte di Cassazione possa accedere direttamente al fascicolo di parte poiché è giudice del fatto processuale. Inoltre, secondo questo a., il motivo di ricorso dovrà essere prospettato in modo sì specifico, ma senza necessità di uniformarsi al principio di autosufficienza.

Ed allora, sembra che detto principio debba essere inteso, con riguardo agli *errores in procedendo*, con caratteristiche che si discostano notevolmente da quelle assunte in relazione al vizio di motivazione. In particolare, sembra che l'unica ricostruzione dell'autosufficienza compatibile con la circostanza che per gli *errores in procedendo* la Corte di Cassazione è anche giudice del fatto processuale, sia quella che impone al ricorrente un onere di indicazione specifica – o meglio di localizzazione – dei singoli passaggi del giudizio in cui si è verificato l'asserito vizio processuale[25], senza alcun obbligo di trascrizione integrale degli atti e dei documenti del giudizio. Così interpretato, è evidente che il principio di autosufficienza sfuma in quello di specificità del ricorso canonizzato dall'art. 366 c.p.c.

Un indice di correttezza dell'interpretazione appena proposta risiede, ad avviso di chi scrive, anche nel nuovo testo dell'art. 366 c.p.c., novellato per effetto del d.lgs. n. 40 del 2006, il quale, nel disciplinare il contenuto del ricorso per cassazione, impone al ricorrente, a pena di inammissibilità del ricorso medesimo, "la specifica indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti e accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda" (art. 366, comma 2°, n. 6, c.p.c.)[26]. La lettera della disposizione, che utilizza il verbo indica-

[25] Cfr. Cass., 4 marzo 2005, n. 4741, cit., loc. cit.; in dottrina, cfr. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 187, il quale ha rigorosamente osservato che "nell'ipotesi di *error in procedendo*, il principio di specificità ed autosufficienza […], impone al ricorrente non solo di enunciare le norme processuali violate e di specificare le ragioni della loro violazione, ma, soprattutto, di indicare puntualmente i singoli passaggi dello sviluppo processuale nel corso del quale è stato commesso l'errore che si fa valere. A tal fine, il ricorrente ha pure l'onere di indicare, nel proprio ricorso, i luoghi del processo ove rivenire gli atti, le pronunzie o le omissioni che si pongano in contrasto con la norma invocata", e ancora p. 188, ove si legge che "soprattutto con riguardo ai vizi *in procedendo*, per valutare i quali l'esame del fascicolo è indispensabile al fine di verificare la sussistenza del fatto posto a base della censura, è possibile sostenere in modo convincente che il ricorso deve esporre con nitore e precisione la critica intera portata dal ricorrente al punto controverso, essendo superflua, ai fini propri del giudizio di legittimità, la puntuale ritrascrizione di documenti o verbali. Sarà il giudicante a incaricarsi delle verifiche del caso".

[26] In proposito v. di recente Cass., 12 dicembre 2008, n. 29279, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, c. 12, ove si legge che "in tema di ricorso per cassazione, a seguito della novella introdotta dal d.lgs. n. 40 del 2006, il requisito di cui all'art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c., per essere assolto, postula che nel detto ricorso sia specificato in quale sede processuale il documento, pur individuato nel ricorso stesso, risulta prodotto,

re anziché trascrivere, potrebbe far pensare che il legislatore abbia voluto "introdurre un freno alle declaratorie di inammissibilità basate su argomenti dal tenore per lo più formalistico piuttosto che dettate da reali esigenze di intelligibilità del ricorso"[27] e così rendere più difficile alla Corte l'imposizione dell'onere di integrale trascrizione degli atti e dei documenti su cui si fonda la censura[28].

Se la dottrina prevalente[29] ha visto nella riforma del 2006 un'attenuazione del principio di autosufficienza del ricorso in relazione agli *errores in procedendo*, limitato, come s'è or ora visto, ad un onere di localizzazione dei vizi oggetto di censura tale da rendere più

---

in quanto indicare un documento significa, necessariamente, oltre che specificare gli elementi che valgono ad individuarlo, dire dove è rintracciabile nel processo. Pertanto, qualora il documento sia stato prodotto nelle fasi di merito dal ricorrente, è necessaria la produzione del fascicolo di parte e l'indicazione dell'avvenuta produzione in ricorso con la specificazione che il documento è all'interno di esso; qualora sia stato prodotto dalla controparte, è necessaria l'indicazione della sua collocazione nel fascicolo di tale parte o la produzione in copia; qualora, ai soli fini dell'ammissibilità del ricorso per cassazione sia ammissibile la produzione in sede di legittimità, è necessaria l'indicazione e la produzione unitamente al ricorso".

[27] Conforti, *op. ult. cit.*, il quale giustamente osserva "se già la stessa intrinseca struttura di tale tipo di vizio faceva di per sé dubitare della legittimità dell'imposizione dell'onere di integrale trascrizione degli atti di causa, la presenza di una norma che pone espressamente a carico della parte un onere *minore* di mera localizzazione degli stessi dovrebbe comportare *un passo indietro* da parte di quella giurisprudenza che tende al trasferimento *tout court* ai motivi di ricorso *ex* art. 360, comma 1°, n. 4, c.p.c. dei *canoni* di autosufficienza enucleati in relazione al vizio di motivazione".

[28] Cfr. Tiscini, *Il giudizio di cassazione riformato*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 546; Tedoldi, *La nuova disciplina del procedimento di cassazione: esegesi e spunti*, in *Giur. it.*, 2006, p. 2011; Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., p. 228, il quale ha acutamente osservato la nuova norma "realizza un onorevole compromesso tra la direttrice del c.d. principio di autosufficienza del ricorso (principio di cui si è largamente abusato) e la logica (egualmente perversa) dello *jura novit chartulam* che sembra presiedere alla redazione di molti ricorsi in cui l'accavallarsi dei riferimenti documentali mette il relatore che intenda eseguire i necessari controlli, nella sgradevole alternativa di impiegare il suo tempo alla caccia dei riscontri cartolari ovvero di sbrigativamente invocare il deprecato principio di autosufficienza"; Poli, *Il giudizio di cassazione dopo la riforma,* in *Riv. trim. dir. proc. civ., 2007,* p. 14 ss.; Balena, *Elementi di diritto processuale civile*, *Le impugnazioni*, II, Bari, 2006, p. 410 ss.; *contra* Balletti-Minichiello, in Ianniruberto e Morcavallo (a cura di), *Il nuovo giudizio di cassazione*, Milano, 2007, p. 207, per i quali la novella non può consentire interpretazioni lassiste del principio di autosufficienza, pena la violazione del diritto al contraddittorio nell'ambito del riconoscimento dell'effettivo esercizio del diritto di difesa.

[29] Vedila citata *supra.*

agevole alla Corte l'effettuazione del riscontro della censura stessa mediante l'esame diretto del fatto processuale, bisogna tuttavia avvertire che la giurisprudenza[30], anche dopo l'intervento del legislatore, ha confermato la sua tendenza di *self restraint* continuando a dichiarare inammissibili i ricorsi carenti della trascrizione integrale di atti e documenti del processo.

Nondimeno, a me pare che se si vuole evitare che il principio di autosufficienza del ricorso vanifichi in concreto il potere della Corte di sindacato sul fatto processuale allorché siano denunciati *errores in procedendo*, non si può che convenire con la dottrina sul rilievo che in dette ipotesi, contrariamente a quanto accade con riguardo ai vizi di cui all'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c., l'autosufficienza del ricorso è soddisfatta dalla semplice localizzazione del difetto censurato.

5. *La produzione di nuovi documenti nel giudizio di cassazione*

Altro aspetto procedimentale che interferisce col potere della Suprema Corte di ergersi a giudice del fatto se è denunciato un vizio processuale, e che perciò merita di essere qui rapidamente sondato, è quello che concerne le produzioni documentali.

---

[30] In particolare, l'interpretazione proposta sembra smentita da una recente pronuncia nella quale, affrontandosi *ex* professo il tema, si è sottolineato che la disposizione di cui all'art. 366, comma 1°, n. 6, c.p.c. sembra introdurre un principio che si pone al di là del principio di autosufficienza: "mentre in precedenza era sufficiente a garantire l'autosufficienza del ricorso per cassazione che dal testo del ricorso si evincessero con sufficiente chiarezza le questioni sottoposte al giudice di legittimità in relazione agli atti e ai documenti contenuti nel fascicolo di parte dei gradi di merito […] ora viene richiesta la *specifica* indicazione degli atti e documenti posti a fondamento del ricorso al fine di realizzare l'assoluta precisa delimitazione del *thema decidendum*, attraverso la preclusione per il giudice di legittimità di esorbitare dall'ambito dei quesiti che gli vengono sottoposti e di porre a fondamento della sua decisione risultanze diverse da quelle emergenti dagli atti e dai documenti specificamente indicati dal ricorrente", così Cass., sez. un., 31 ottobre 2007, n. 23019, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1871 ss.; cfr. anche Cass., sez. un., 2 dicembre 2008, n. 28547, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Cassazione civile*, n. 258; Cass., 17 luglio 2008, n. 19766, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Cassazione civile*, n. 215.

Visto il ruolo attribuito nel nostro ordinamento alla Corte di Cassazione, quale giudice di sola legittimità, refrattario quindi a qualsivoglia attività istruttoria, è del tutto consequenziale che il nostro codice di rito, all'art. 372, vieti il deposito di atti e documenti non prodotti nei precedenti gradi di giudizio[31].

In realtà, come ha avuto modo di mettere in luce illustre dottrina, la regola della improducibilità di atti o documenti per così dire "nuovi" e, *a contrario*, quindi, della producibilità dei documenti già presenti nei fascicoli delle fasi di merito, è del tutto apparente, poiché in Cassazione "non si producono neanche i documenti prodotti nei precedenti gradi del processo se al termine produzione si vuole attribuire un significato probatorio. Gli atti e i documenti dei precedenti giudizi sono depositati come oggetto del giudizio, piuttosto che come fonti di prova"[32].

La disposizione appena richiamata contempla un'unica eccezione per gli atti e i documenti che riguardano la nullità della sentenza impugnata e l'ammissibilità[33] del ricorso o del controricorso. In proposito, si deve peraltro segnalare che la giurisprudenza prevalente

---

[31] Si parla assai elegantemente di "corollario della posizione sistematica dell'istituto", in Satta-Punzi, *Diritto processuale civile*, Torino, 2000, p. 517; Luiso, *L'attività istruttoria nel giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 250 ss.

[32] Satta, voce *Corte di cassazione*, in *Enc. dir.*, 1962, p. 820; per completezza si v. Cass., 22 maggio 2006, n. 11942, in *Mass. Giust. civ.*, 2006, c. 813, la quale esclude che il divieto contenuto nell'art. 372 c.p.c. si applichi ai fascicoli di parte; nonché Cass., 15 marzo 2006, n. 5682, in *Mass. Foro it.,* 2006, c. 471.

[33] In proposito si deve osservare che la giurisprudenza tende ad interpretare l'espressione ammissibilità del ricorso e del controricorso in senso assai ampio, tale cioè da comprendere anche le ipotesi il cui verificarsi nel giudizio di cassazione, dando luogo ad una inammissibilità sopravvenuta, impediscono la prosecuzione del giudizio medesimo. Sono questi i casi, ad esempio, di cessazione della materia del contendere (cfr. Cass., 18 gennaio 2006, n. 824, in *Mass. Foro it*., 2006, c. 60, ove si legge che "documenti diretti ad evidenziare la cessazione della materia del contendere, come nel caso di sopravvenuti accordi transattivi, sono producibili anche in sede di legittimità ai sensi dell'art. 372 c.p.c., concernendo l'ammissibilità del ricorso per il venir meno dell'interesse alla sua prosecuzione"; Cass., 14 ottobre 2005, n. 19977, in *Mass. Foro it*., 2005, c. 1897; Cass., 24 giugno 2005, n. 13565, in *Mass. Foro it*., 2005, c. 989; Cass., 16 giugno 2004, n. 11324, in *Rep. Foro it*., voce *Straniero*, 2004, n. 125, od il formarsi di un giudicato esterno (cfr.: Cass., sez. un., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro it*., 2007, 2, c. 493, ove si legge che "nel giudizio di cassazione, l'esistenza del giudicato esterno è, al pari di quella del giudicato interno, rilevabile d'ufficio, non solo qualora emerga da atti prodotti nel giudizio di merito, ma anche nell'ipotesi in cui il giudicato si sia formato successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata" cui adde Cass., 11 gennaio 2006, n. 360,

interpreta l'espressione "nullità della sentenza" in senso più ristretto rispetto a quello accolto nell'art. 360, comma 1°, n. 4, c.p.c. Ed infatti, la disposizione si riferirebbe unicamente alle ipotesi di nullità determinata da vizi propri della sentenza, e non anche a quelle di nullità derivata della stessa per effetto della propagazione del vizio non sanato di altro atto processuale antecedente[34].

Tale interpretazione desta alcune perplessità, perché ancora una volta rischia di mettere in crisi la regola che, in siffatte ipotesi, vuole la Cassazione giudice anche del fatto. Se da un lato risulta piuttosto arbitrario restringere l'ambito di applicazione della norma alle sole nullità originarie della sentenza, escludendo quelle derivate (che, per inciso, sono anche quelle più frequenti), quando invece l'art. 372 c.p.c. si riferisce alla "nullità della sentenza" senza ulteriori specificazioni, dall'altro è evidente che vietare la produzione di documenti se il ricorrente ha fatto valere una nullità derivata, significa, in pratica, restringere in modo assolutamente irrazionale il potere di accertamento del fatto processuale, che invece alla Suprema Corte è riconosciuto, almeno in astratto, dalla stessa giurisprudenza di legittimità. In altri termini, ciò che voglio dire è che se si ammette (come in effetti è corretto fare - v. *supra*, nn. 1, 2, 3) un potere cognitivo sul fatto processuale in capo alla Cassazione, le correlative facoltà istruttorie delle parti non possono essere discriminate a seconda del tipo di vizio processuale che è fatto valere (cosa che in effetti, a ben vedere, non è affatto prevista dall'art. 372 c.p.c.); e perciò se queste

in *Mass. Fisco*, 2006, p. 720). Sul delicato tema della cessazione della materia del contendere, v. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., p. 197.

[34] Così Cass., 26 ottobre 2006, n. 23026, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 1908, la quale ha ritenuto inammissibile, ai fini della prova della tempestività della produzione di una opposizione ad ordinanza ingiunzione, la produzione per la prima volta nel corso del giudizio di cassazione della certificazione, proveniente dall'ufficio postale che aveva curato la notifica a mezzo posta dell'ordinanza, attestante la consegna di essa in una data successiva a quella che, sulla base della sentenza impugnata, risultava dalla busta, non rinvenuta nel fascicolo di parte; Cass., 8 maggio 2006, n. 10437, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 864; Cass., 5 maggio 2006, n. 10319, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 1004; Cass., 22 dicembre 2004, n. 23783, in *Arch. giur. circol.*, 2006, p. 771; Cass., 4 novembre 2004, n. 21140, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1214; Cass., 7 gennaio 2004, n. 50, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1451; Cass., 20 dicembre 2002, n. 18136, in *Giur. it.*, 2003, p. 2034. *Contra* Cass., 11 dicembre 2006, n. 26319, in *Mass. Foro it.*, 2006, c. 2152, con riferimento alla producibilità di documenti attestanti la morte del difensore della parte costituita, intervenuta nel giudizio di secondo grado irritualmente proseguito fino alla sentenza di appello.

facoltà sono limitate dalla legge alla sola produzione documentale, esse devono valere indistintamente a prescindere dal tipo di nullità che è stata eccepita, fatta eccezione, ovviamente, per i documenti la cui produzione sia impedita da preclusioni istruttorie già maturate nei precedenti gradi del processo[35].

Emblematico a tal proposito appare il controverso caso del difetto di *legittimatio ad processum*. Secondo la giurisprudenza si tratta di un vizio sanabile in ogni stato e grado del processo, tramite la costituzione del legittimato o la produzione di documenti attestanti l'intervenuto conseguimento della *legittimatio ad processum*, che tuttavia può essere posto a fondamento di una eccezione rilevabile, anch'essa, in ogni stato e grado del processo. Ebbene, volendo seguire l'orientamento restrittivo, secondo cui in Cassazione sarebbero producibili unicamente i documenti attestanti nullità proprie della sentenza, si dovrebbe escludere la possibilità di produrre documenti volti a dimostrare che il vizio è stato sanato nei precedenti gradi di merito, dovendosi viceversa considerare ammissibili solamente quelli relativi alla legittimazione processuale riferita al processo di cassazione[36].

La palese irrazionalità di un siffatto orientamento, che diversifica l'attribuzione di un potere istruttorio in funzione di un elemento pu-

[35] Sostanzialmente su questa linea, si sono in realtà espresse alcune pronunce, nelle quali si ammette la producibilità di documenti ai sensi dell'art. 372 c.p.c. anche nelle ipotesi di nullità o inesistenza dell'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado, nell'ipotesi in cui, trattandosi di sentenza impugnabile solo con ricorso per cassazione, la produzione di documenti costituisca l'unico mezzo per dimostrare, con il vizio del procedimento, la nullità della sentenza, atteso che il divieto di produzione di documenti nel giudizio di legittimità si tradurrebbe in tal caso in una ingiustificata limitazione del diritto di difesa della parte; così Cass., 8 giugno 2007, n. 13535, in *Mass. Foro it.*, 2007, c. 1060.

[36] In termini Cass., 23 luglio 2002, n. 10760, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, c. 1323, secondo la quale "in tema di procedimento dinanzi alla Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 372 c.p.c. la produzione di documenti relativi alla *legitimatio ad processum* è consentita esclusivamente con riferimento al processo di cassazione, e non anche al processo di primo o di secondo grado, relativamente ai quali, se non vi è stata valida contestazione nel corso dei medesimi, non è più possibile sollevare al riguardo alcuna contestazione in sede di legittimità; a tale stregua, qualora il difetto di *legitimatio ad processum* in ordine al processo di merito costituisca motivo di ricorso per cassazione, la parte è tenuta ad indicare, a pena di inammissibilità, in quale grado ed in quale atto processuale ha sollevato la relativa contestazione nel processo di merito"; Cass., 20 novembre 2002, n. 16331, in *Mass. Giust. civ.*, 2002, c. 2013.

ramente accidentale, viene fortunatamente contrastata da altro più recente orientamento, secondo cui per nullità della sentenza impugnata deve intendersi anche quella originata, in via riflessa, da vizi radicati del procedimento, con la conseguenza che l'art. 372, comma 1°, c.p.c. consentirebbe il deposito e l'esame di tutti quei documenti integranti la prova della regolarità del rapporto giuridico processuale[37].

6. *La denuncia di omessa pronuncia* ex *art. 112 c.p.c. e l'interpretazione delle domande proposte dalle parti*

Da ultimo, qualche cenno merita il problema della esatta qualificazione dell'omessa pronuncia che venga censurata sotto forma di violazione dell'art. 112 c.p.c.

La giurisprudenza di legittimità distingue tra l'ipotesi in cui si lamenti l'omesso esame di una domanda (oppure l'avvenuta pronuncia su domanda non proposta) da quella in cui si censuri l'interpretazione data della domanda medesima, essendo stati ritenuti compresi o esclusi in essa aspetti della controversia in base ad una valutazione non condivisa dalla parte[38].

---

[37] Cass., 29 settembre 1998, n. 9733, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, c. 1970, secondo la quale "per nullità della sentenza impugnata, in riferimento all'art. 372, comma 1, c.p.c. sul deposito in cassazione di atti e documenti non prodotti nei precedenti gradi del giudizio, deve intendersi non soltanto quella derivante dai vizi propri della sentenza - e cioè dalla mancanza dei requisiti essenziali di forma e di sostanza prescritti dal coordinato disposto degli art. 132, 156 e 161 c.p.c. -, ma altresì quella originata, in via riflessa, da vizi radicali del procedimento che, attenendo alla identificazione dei soggetti del rapporto processuale *legitimatio ad processum* e dunque alla legittimità del contraddittorio, determinino la nullità degli atti processuali compiuti. (Nella specie la S.C. ha ritenuto ammissibile la produzione del provvedimento di riconoscimento della personalità giuridica e approvazione dello statuto di un ente privato e conseguentemente ha annullato senza rinvio la sentenza di merito che, sul presupposto della mancanza della personalità giuridica del medesimo, aveva ritenuto che ciascuno del "comitati provinciali" della medesima costituisse un'associazione non riconosciuta, come tale evocabile in giudizio)"; Cass., 18 giugno 1997, n. 5460, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, c. 1010; cui *adde*, più di recente, Cass., 2 settembre 2008, n. 22027, in *Guida dir.*, 2008, n. 39, p. 59.

[38] In proposito in giurisprudenza si afferma costantemente che "in sede di legittimità occorre tenere distinta l'ipotesi in cui si lamenti l'omesso esame di una domanda o la pronuncia su una domanda non proposta, dal caso in cui si censuri

La linea di confine tra la pronuncia su domanda che non è stata proposta dalla parte e la pronuncia su domanda effettivamente proposta, ma interpretata e qualificata dal giudice nell'esercizio del potere a lui spettante, può risultare in alcuni casi di difficile demarcazione. A tal proposito, la giurisprudenza ha precisato che, se da un lato è vero che il giudice di merito, nell'ambito dell'esercizio del suo potere di interpretazione e qualificazione della domanda, non è condizionato dalla formula adottata dalla parte, dovendo egli tenere conto, piuttosto, del contenuto sostanziale della pretesa, così come desumibile dalla situazione dedotta in causa, nonché del provvedimento richiesto in concreto; dall'altro lato, un limite a tale potere è costituito dalla necessità di rispettare il principio della corrispondenza della pronuncia alla richiesta, ciò che impedisce di sostituire d'ufficio una diversa azione a quella formalmente proposta. Ove tale principio sia violato – e, quindi, venga denunziato un *error in procedendo*, quale la pronunzia su di una domanda che si afferma diversa da quella inizialmente proposta – la Corte di Cassazione ha il potere-dovere di procedere direttamente all'esame e all'interpretazione degli atti processuali e, in particolare, delle istanze e delle deduzioni delle parti.

Nel primo caso (omissione di pronuncia o pronuncia *extra petita*) il giudice, rispettivamente alterando taluno degli elementi obiettivi di identificazione dell'azione (*causa petendi* e *petitum*), o intro-

---

l'interpretazione data dal giudice di merito alla domanda stessa: solo nel primo caso si verte propriamente in tema di violazione dell'art. 112 c.p.c., per mancanza della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato, prospettandosi che il giudice di merito sia incorso in un *error in procedendo*, in relazione al quale la Corte di cassazione ha il potere - dovere di procedere all'esame diretto degli atti giudiziari, onde acquisire gli elementi di giudizio necessari ai fini della pronuncia richiestale; nel caso in cui venga invece in considerazione l'interpretazione del contenuto o dell'ampiezza della domanda, tali attività integrano un accertamento in fatto, tipicamente rimesso al giudice di merito, insindacabile in cassazione salvo che sotto il profilo della correttezza della motivazione della decisione impugnata sul punto"; così Cass., 24 luglio 2008, n. 20373, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, c. 1201; conf. Cass., 28 novembre 2007, n. 24742; Cass., 5 agosto 2005, n. 16596, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, c. 9; Cass., 20 marzo 1999, n. 2574, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, c. 621; Cass., 9 febbraio 1999, n. 1108, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, c. 302; Cass., 27 settembre 2000, n. 12790, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, c. 2009; Cass., 28 agosto 2000, n. 11199, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, c. 1838; Cass., 24 marzo 2000, n. 3538, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2200.

ducendone uno nuovo, finisce in buona sostanza per negare ad una delle parti il bene richiesto o per attribuire alla medesima un bene diverso. In tali casi, si verte, dunque, propriamente in tema di violazione dell'art. 112 c.p.c., risolvendosi l'omessa pronuncia nella violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, e, quindi, in un difetto di attività che deve essere fatto valere dinanzi alla Corte di Cassazione attraverso la deduzione del relativo *error in procedendo*, non già con la denuncia della violazione di una norma di diritto sostanziale o del vizio di motivazione *ex* art. 360, n. 5, c.p.c. Il problema che qui si pone è, infatti, di natura tipicamente processuale e, pertanto, in relazione ad esso, la Corte di Cassazione è giudice anche del fatto ed ha il potere di esaminare direttamente gli atti di causa – in particolare le istanze e le deduzioni delle parti – e di acquisire gli elementi di giudizio necessari alla pronuncia richiesta.

Il ricorso per errata interpretazione del contenuto o dell'ampiezza della domanda, al contrario, implica un'attività diretta all'esatta identificazione della volontà della parte in relazione alle finalità dalla medesima perseguite, la quale costituisce un tipico accertamento di fatto, come tale, attribuito dalla legge al giudice del merito. Tale violazione, pertanto, può trovare rilievo in sede di legittimità soltanto se la motivazione è giuridicamente o logicamente viziata, sempre che il ricorrente individui e denunci la regola ermeneutica che sarebbe stata violata dal giudice del merito[39].

[39] Sul punto si vedano le considerazioni critiche di A. Nappi, *Il sindacato di legittimità sugli "*errores in procedendo*" e l'interpretazione degli atti processuali*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 4 ss., il quale ritiene non accettabile l'orientamento giurisprudenziale che riconduce al motivo di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., le ipotesi di erronea interpretazione della domanda, ed infatti si osserva che tale orientamento giurisprudenziale "comporterebbe una riduzione al vizio di motivazione della gran parte degli *errores in procedendo* con uno stravolgimento inaccettabile del giudizio di legittimità. Infatti, se il controllo della Corte di cassazione sul vizio di *ultra* o *extra* petizione dovesse davvero esercitarsi solo attraverso il sindacato sulla motivazione esibita dal giudice di merito nell'interpretazione della domanda, dovrebbe coerentemente concludersi che, accertato il vizio della motivazione, la Corte dovrebbe rinviare al giudice del merito per una nuova interpretazione della domanda".

LA PROPOSTA DI MODIFICA DEL REGOLAMENTO N. 44 DEL 2001: LE NORME SULLA GIURISDIZIONE

Michele Angelo Lupoi
Associato dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le novità sull'ambito di applicazione del regolamento. – 3. I nuovi criteri di collegamento. – 4. Le novità in materia di giurisdizione basata sul consenso. – 5. Proposte per migliorare il coordinamento tra i procedimenti pendenti dinanzi ai giudici degli Stati membri. – 6. (Segue): Litispendenza e procedimenti pendenti in Stati terzi. – 7. Provvedimenti provvisori e cautelari. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La normativa comune europea sulla giurisdizione e la circolazione delle decisioni tra gli Stati membri in materia civile e commerciale è in costante evoluzione.

Com'è noto, la prima pietra di quello che oggi chiamiamo lo spazio giudiziario europeo fu gettata dalla convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, che introdusse norme uniformi in materia di diritto processuale transnazionale tra i sei Stati membri originari dell'allora Comunità economica europea. L'utilizzo dello strumento convenzionale (peraltro all'epoca obbligato)[1] implicava che, con l'ingresso di ogni nuovo Stato nella Comunità, si dovesse predispor-

[1] All'epoca, infatti, la cooperazione giudiziaria non rientrava nell'ambito del diritto comunitario in senso stretto e l'*ex* art. 220 del trattato di Roma si limitava ad impegnare gli Stati membri ad intervenire in materie non comunitarie con i meccanismi del diritto internazionale comune, come appunto una convenzione.

re una nuova convenzione *ad hoc*, c.d. di adesione, per fare entrare tale Stato nel sistema così creato. In effetti, negli anni, di tali convenzioni se ne susseguirono diverse[2] e ciascuna di esse apportò modifiche di varia portata all'impianto iniziale, che però non venne mai nella sostanza rivoluzionato.

A seguito dell'entrata in vigore del trattato di Amsterdam nel 1999, il legislatore comunitario si trovò finalmente a poter legiferare direttamente nelle materie internazional-processualistiche, senza dovere più ricorrere agli strumenti del diritto internazionale tradizionale. A quel punto, la convenzione di Bruxelles fu convertita nel reg. n. 44 del 2001 (c.d. regolamento di Bruxelles I). In tale passaggio, si introdussero alcune innovazioni (tra le più importanti, senz'altro quella relativa all'art. 5, n. 1 sulla giurisdizione in materia contrattuale)[3], senza però intaccare l'assetto fondamentale e la "gerarchia" tra le norme né eliminare la necessità dell'*exequatur* nello Stato *ad quem* prima di potervi eseguire una decisione straniera.

Successivamente, sulla scia di due studi preliminari curati, rispettivamente, da Arnaud Nuyts (2006) e dai professori Hess, Pfeiffer e Schlosser (2007), come previsto dall'art. 73 del regolamento, le istituzioni europee hanno dato avvio al lungo cammino per la "rifusione" del regolamento stesso, in conformità alle prese di posizione e ai piani predisposti in materia giudiziaria in ambito europeo. Il 21 aprile 2009 sono stati presentati il rapporto della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione del regolamento n. 44 e il Libro verde sulla revisione del regolamento n. 44. Sulla base di tali documenti, è partito un percorso di consultazioni pubbliche da cui, nel dicembre 2010, è scaturita la proposta della Commissione di rifusione del

---

[2] Il riferimento è alle convenzioni del Lussemburgo del 9 ottobre 1978 (adesione di Irlanda, Gran Bretagna e Danimarca), del Lussemburgo del 25 ottobre 1982 (adesione della Grecia), di Donostia-S. Sebastián del 26 maggio 1989 (adesione di Spagna e Portogallo), di Bruxelles del 29 novembre 1996 (adesione di Austria, Finlandia e Svezia).

[3] In materia, mi permetto di rinviare al mio *La giurisdizione in materia contrattuale nel regolamento n. 44 del 2001: la nozione di luogo di consegna dei beni e di prestazione dei servizi*, in *Tutele e procedure giudiziarie europee. Principi fondamentali e applicazioni pratiche*, Rimini, 2011, p. 75 ss.

regolamento Bruxelles I[4]. In questo scritto, dedicato al maestro che mi ha avviato allo studio e alla passione per questa branca del diritto processuale civile, analizzerò, dunque, le principali innovazioni in materia di giurisdizione contenute in tale proposta. In effetti, in tale ambito, le novità sono molteplici e non si limitano a meri ritocchi delle norme esistenti, andando ad infrangere veri e propri capisaldi del sistema attualmente in vigore. Ove tali proposte dovessero essere confermate, dunque, la *litigation* transfrontaliera in Europa appare davvero destinata a cambiare volto.

2. *Le novità sull'ambito di applicazione del regolamento*

In primo luogo, la Commissione propone importanti innovazioni per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione del regolamento.

Il criterio generale di collegamento continua ad essere costituito dal domicilio del convenuto nel territorio di uno Stato membro[5]. Nel nuovo art. 4 (che aspira a sostituire e modificare l'attuale art. 3), peraltro, rispetto alle persone domiciliate nel territorio di uno Stato membro, si elimina il riferimento alla impossibilità di applicare alcuni criteri di collegamento esorbitanti previsti dalle leggi nazionali, attualmente contenuti nell'allegato I. Il par. 2 del nuovo art. 4, dal canto suo, rivoluziona l'approccio all'applicazione "soggettiva" delle norme regolamentari, in attuazione di quella che viene definita "l'internazionalizzazione" del regolamento stesso[6].

Attualmente, in base all'art. 4, i convenuti non domiciliati in uno Stato membro sono soggetti ai criteri di collegamento previsti

---

[4] In materia, v. Kessedjian, *Commentaire de la refonte du règlement n. 44/2001*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, p. 1 ss.

[5] Cambia peraltro la numerazione della norma relativa (dall'art. 2 si passa all'art. 3) e si precisa che tale criterio opera a prescindere dalla cittadinanza, piuttosto che dalla nazionalità della parte.

[6] Così Kessedjian, *Commentaire de la refonte du règlement n. 44/2001*, cit., p. 2.

dalle norme del diritto nazionale del foro adito[7]. In altre parole, oggi esiste un doppio binario, a livello giurisdizionale, in base al luogo in cui il convenuto è domiciliato. Certo, si può sostenere che il regolamento governi anche la giurisdizione nei confronti dei convenuti domiciliati in uno Stato terzo, ma si tratta pur sempre di una disciplina "indiretta", che rinvia alle previsioni della *lex fori*[8].

Nella proposta, l'approccio tradizionale viene completamente ribaltato. In primo luogo, si cancellano i considerando n. 8 (per cui, come regola generale, il regolamento si applica nei confronti di convenuti domiciliati in uno Stato membro) e n. 9 (che lascia alla *lex fori* la regolamentazione dei rapporti giurisdizionali con i convenuti non domiciliati in uno Stato membro). Al loro posto, si aggiungono i nuovi considerando nn. 16 e 17 che gettano le basi per un'universalizzazione dell'ambito di applicazione soggettiva del regolamento. Nel n. 16 si afferma, infatti, che, "onde difendere gli interessi degli attori e dei convenuti e promuovere la corretta amministrazione della giustizia nell'Unione, la circostanza che il convenuto abbia il domicilio in uno Stato terzo non deve escludere più l'applicazione di determinate norme dell'Unione sulla competenza, né deve essere più previsto il rinvio al diritto nazionale". Il proposto considerando n. 17 rincara la dose, facendo riferimento alla necessità di fissare nel regolamento un *corpus* completo di norme sulla competenza internazionale dei giudici degli Stati membri.

Quanto precede rappresenta il superamento di un tradizionale "tabù" della legislazione europea sulla giurisdizione. In effetti, già oggi si sostiene che la normativa regolamentare non sia totalmente indifferente ai rapporti con gli Stati terzi, come messo in evidenza dalla Corte di giustizia nel caso *Owusu*[9]. Inoltre, rispetto al reg. Ce

---

[7] Per un'analisi in materia, v. Ballarino, *I limiti territoriali della Convenzione di Bruxelles secondo la sentenza* Owusu, in Erauw, Tomljenovic, Volken *(a cura di), Liber Memorialis Petar Sarcevic. Universalism, tradition, and the individual*, Monaco, 2006, p. 3 ss.

[8] In materia, v. il mio *Convenzione di Bruxelles del 1968 e conflitti di giurisdizioni tra Stati membri e Stati terzi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 965.

[9] Corte giust., 1 marzo 2005, c. 281/02, *Owusu c. Jackson*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 498, su cui v. Ballarino, *I limiti territoriali della Convenzione di Bruxelles secondo la sentenza Owusu*, in *Int'l lis*, 2006, p. 93; M.A. Lupoi, *Del caso* Owusu*: l'ultima spiaggia del* forum non conveniens *in Europa?*, ivi, p. 15.

n. 2201 del 2003, la Corte di giustizia, nel caso *Sundelind Lopez*[10], ha evidenziato che i criteri di collegamento in materia matrimoniale sono suscettibili di applicazione anche nei confronti di convenuti domiciliati in uno Stato terzo. In questa proposta, però, per la prima volta, si afferma a chiare lettere che i conflitti di giurisdizioni tra Stati membri e Stati terzi vengono attratti nell'ambito di applicazione del reg. Ce n. 44, in un'ottica di universalizzazione dei criteri di collegamento ivi contenuti[11]. Si configura, insomma, la normativa in esame come un "corpo esaustivo" di regole sulla giurisdizione. Tale scelta politica viene giustificata con l'esigenza di garantire la buona amministrazione della giustizia, nell'ottica di rafforzare il mercato interno[12] e di garantire parità di trattamento agli operatori commerciali degli Stati membri[13]. Da questo punto di vista, il regolamento Bruxelles I-*bis*, risolvendo tutti i conflitti di giurisdizioni in materia civile e commerciale, mira a rafforzare certezza e prevedibilità nell'accesso alla giustizia, eliminando le disparità di trattamento in base al domicilio del convenuto[14].

Il nuovo approccio ha importanti conseguenze. In primo luogo, nel nuovo ambito di applicazione del regolamento, i criteri di collegamento europei si sovrappongono e si sostituiscono a quelli previ-

---

[10] Corte giust., 29 novembre 2007, c. 68/07, *Sundelind Lopez c. Lopez Lizazo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 570.

[11] V. Weber, *Universal jurisdiction and third States in the reform of the Brussels I regulation*, *Max Planck private law research paper* n. 11/7, in *http://ssrn.com/abstract=1804103*, p. 3 ss.

[12] Per un'analisi di questo aspetto, Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 4, il quale osserva: "the creation of a European area of freedom, security and justice has become a goal of European policy which is independent of the internal market". Per Dickinson, *The proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters (Recast) ("Brussels I-bis" Regulation)*, in *http://ssrn.com/abstract=1930712*, p. 14, l'universalizzazione del regolamento si presterebbe ad avere effetti negativi sull'economia europea sotto diversi profili.

[13] V. Dickinson, *The proposal for a regulation of the European Parliament*, cit., p. 11 ss., che critica le giustificazioni addotte dalla Commissione a questo riguardo.

[14] V. anche Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 5.

sti dalla legge nazionale[15]. Per l'Italia, ciò implica che deve ritenersi abrogato il comma 1° dell'art. 3, l. n. 218 del 1995[16].

Come si vedrà a breve, il sacrificio della *lex fori* nei confronti dei convenuti domiciliati in Stati terzi viene almeno in parte "compensato" dall'introduzione di un criterio di collegamento sussidiario e del c.d. *forum necessitatis* (v. *infra*).

I soggetti domiciliati in uno Stato terzo dovrebbero recepire positivamente il nuovo approccio proposto dalla Commissione: in effetti, i rapporti con 26 Stati membri si troverebbero ad essere sottoposti ad un'unica normativa, più facilmente conoscibile e prevedibile. In quest'ottica, è stata pure aggiunta una seconda parte al nuovo considerando n. 13, che specifica che il collegamento stretto sotteso ai criteri alternativi previsti dal regolamento dovrebbe garantire la certezza del diritto "evitando che il convenuto sia citato davanti a un giudice di uno Stato membro che non fosse per questi ragionevolmente prevedibile". La normativa uniforme europea, inoltre, come mette in evidenza il (proposto) considerando n. 17, presuppone l'esistenza di un collegamento stretto tra i procedimenti e il territorio degli Stati membri, con l'eliminazione dei criteri esorbitanti cui i convenuti domiciliati in uno Stato terzo possono oggi essere soggettati[17].

3. *I nuovi criteri di collegamento*

La proposta universalizzazione dell'ambito di applicazione del regolamento, mettendo fuori gioco i criteri (anche esorbitanti) previsti dalla *lex fori*, porterà a ridurre le possibilità di attrarre conve-

[15] V. pure Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 3.

[16] Tale abrogazione può peraltro essere solo parziale, potendosi configurare spazi residui di operatività della norma nazionale: ad esempio, in materia di litisconsorzio passivo, attraverso il rinvio estensivo dell'art. 3 della l. n. 218 del 1995, potrà applicarsi l'art. 6, n. 1 del regolamento anche nei confronti di convenuti domiciliati in Stati terzi.

[17] V. anche Kessedjian, *Commentaire de la refonte du règlement n. 44/2001*, cit., p. 3; Dickinson, *The proposal for a regulation of the European Parliament*, cit., p. 12.

nuti domiciliati in Stati terzi davanti ai giudici degli Stati membri. Come parziale compensazione, dunque, la Commissione propone l'introduzione di due nuovi criteri di collegamento uniformi[18].

In primo luogo, si prevede un criterio di competenza c.d. "sussidiaria", destinato ad operare nei confronti di convenuti non domiciliati in uno Stato membro. Nella proposta del nuovo art. 25, infatti, si stabilisce che, qualora nessun giudice di uno Stato membro sia competente ai sensi degli artt. da 2 a 24, sia attribuita competenza ai giudici dello Stato membro in cui si trovano i beni del convenuto[19].

Tale criterio di collegamento rende perplessi: sino a questo momento, infatti, il *locus rei sitae* è stato limitato alle azioni reali immobiliari e, anzi, le norme nazionali che prevedevano criteri analoghi sono state espressamente qualificate come "esorbitanti". In tutta evidenza, si vuole così agevolare l'attore "intra-europeo", cui è stato offerto un vantaggio giurisdizionale nei confronti dei convenuti domiciliati in Stati terzi.

Consapevole delle riserve che tale proposta può sollevare, la Commissione ha sottoposto il nuovo criterio di collegamento ad alcuni limiti. In primo luogo, il valore dei beni presenti nel foro non deve essere sproporzionato rispetto a quello della pretesa. Inoltre, la controversia deve avere un collegamento sufficiente con lo Stato membro del giudice adito. Si tratta di due limiti "elastici", che implicano valutazioni discrezionali, in qualche modo ispirate a valutazioni di *forum conveniens*.

Sul piano del "valore", si cerca di evitare che il convenuto domiciliato in uno Stato terzo possa essere attratto in uno Stato membro in base alla presenza nel foro di un bene di infimo valore. In mancanza di parametri fissi, peraltro, l'applicazione di tale limite sarà imprevedibile[20].

Il concetto di "beni" sembra da intendere in senso ampio, con riferimento anche ai crediti del convenuto (come ad esempio canoni di affitto, depositi bancari e così via).

---

[18] In argomento, v. pure Kessedjian, *Commentaire de la refonte du règlement n. 44/2001*, cit., p. 4; Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 3.

[19] In materia, Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 18 ss.

[20] V. anche Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 19, con riferimenti di diritto comparato.

Non si richiede, d'altro canto, un legame tra il bene presente nel foro e l'oggetto della controversia, ma a tale risultato si può arrivare comunque, in applicazione del secondo limite previsto dalla norma. È evidente, infatti, che il collegamento sufficiente tra giudice e controversia, in una fattispecie in cui non opera nessuno dei criteri "tradizionali", riguarderà spesso proprio il bene in questione. Tale collegamento, comunque, può essere riferito pure ad altri elementi oggettivi (luogo di conclusione del contratto, legge sostanziale applicabile) o soggettivi (domicilio della parte attrice)[21]. È peraltro opportuno evitare di trasformare il criterio in esame ad una sorta di automatico *forum actoris*.

La proposta della Commissione prevede, inoltre, l'introduzione del c.d. *forum necessitatis*, ovvero di un criterio di collegamento emergenziale, per attribuire potere decisorio al giudice di uno Stato membro, altrimenti non competente, in casi in cui non esista uno Stato terzo alternativo in cui l'attore possa proporre la sua domanda[22]. Il ricorso al *forum necessitatis* è invece escluso nei rapporti tra Stati membri[23].

Il *forum necessitatis* è disciplinato espressamente in alcune leggi nazionali[24] e, a certe condizioni, è stato ammesso per via giurisprudenziale[25]. In ambito europeo, una sua applicazione è prevista

---

[21] V. pure Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 20, che indica tra i fattori rilevanti anche la pendenza nello Stato di cause connesse e la disponibilità dei mezzi di prova.

[22] In argomento v. anche il mio *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, p. 130 ss.; Rossolillo, Forum necessitatis *e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione europea*, in *2 Cuadernos derecho trans.*, 2010, p. 404; Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 20 ss.

[23] Sulla prospettiva, rispetto all'attuale testo del regolamento, v. Rossolillo, Forum necessitatis *e flessibilità dei criteri di giurisdizione*, cit., p. 415. V. anche Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 21, per cui l'ambito oggettivo di applicazione del nuovo art. 26 dovrebbe essere esteso nei confronti di soggetti domiciliati in uno Stato membro, ad esempio in presenza di una clausola di proroga a favore di uno Stato terzo.

[24] Maggiori dettagli in Rossolillo, Forum necessitatis *e flessibilità dei criteri di giurisdizione*, cit., p. 404 ss.

[25] Rossolillo, Forum necessitatis *e flessibilità dei criteri di giurisdizione*, cit., p. 411, evidenzia come, in alcuni ordinamenti, in situazioni particolari, per garantire comunque l'accesso alla giustizia all'attore, si tenda ad interpretare in modo estensivo i criteri di giurisdizione esistenti.

nell'art. 13, reg. Ce n. 2001 del 2003, in materia di responsabilità genitoriale (competenza fondata sulla presenza del minore), nonché nell'art. 7, reg. Ce n. 4 del 2009, per le obbligazioni alimentari[26].

Nella proposta della Commissione, peraltro, tale "foro emergenziale" viene previsto per tutta la materia civile e commerciale, con un approccio particolarmente innovativo rispetto al passato. In forza del nuovo art. 26, dunque, qualora nessun giudice degli Stati membri sia competente ai sensi del regolamento, i giudici di uno Stato membro possono comunque, in via eccezionale, conoscere della controversia se lo impongono il diritto a un giudice imparziale o il diritto di accesso alla giustizia. In altre parole, il *forum necessitatis* è destinato ad operare in casi qualificati come eccezionali, per proteggere il diritto di azione del ricorrente, per quanto attiene la garanzia dell'imparzialità del giudice ovvero la stessa possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale. A parte ipotesi davvero straordinarie (e forse di scuola) in cui nessun giudice sia disposto a dichiararsi competente in merito ad una determinata controversia, il criterio qui in esame troverà applicazione in casi in cui, in effetti, un foro straniero alternativo a livello teorico sussisterebbe, ma esso non appaia in concreto idoneo a fornire risposta adeguata alla richiesta di giustizia dell'attore[27].

L'applicazione della nuova norma presuppone un'analisi molto delicata, in cui il giudice gode di ampia discrezionalità: proprio per questo, si dovrà vigilare per evitarne l'abuso.

Le ipotesi più semplici sono quelle degli ordinamenti sconvolti da guerre civili o altre gravi crisi che ne abbiano compromesso la struttura sociale e l'organizzazione giudiziaria. Potranno anche venire in rilievo situazioni in cui le corti straniere siano notoriamente corrotte ovvero casi di persecuzione religiosa o razziale nei confronti dell'attore nel foro alternativo. Si potranno pure considerare ipotesi particolari in cui l'attore possa subire illegittimi attacchi alla libertà personale o concrete minacce alla vita. Al *forum necessitatis* si

---

[26] V. Rossolillo, Forum necessitatis *e flessibilità dei criteri di giurisdizione*, cit., p. 413.

[27] Per un'analisi della giurisprudenza nazionale che segue questa linea per giustificare il *forum necessitatis* v. Rossolillo, Forum necessitatis *e flessibilità dei criteri di giurisdizione*, cit., p. 408.

potrà ricorrere anche se la decisione emessa in uno Stato terzo non possa essere riconosciuta ed eseguita nello Stato membro del foro, e il riconoscimento e l'esecuzione siano necessari per garantire il rispetto dei diritti della parte.

L'analisi della giurisprudenza dei paesi di *common law* in materia di *forum non conveniens* potrà offrire utili spunti di riferimento, in particolare per quanto riguarda i motivi che possono rendere il foro straniero *unavailable* per l'attore[28]. Proprio l'analisi della giurisprudenza sul *forum non conveniens*, peraltro, dimostra quanto possa essere "scivolosa" la verifica circa l'adeguatezza della tutela fornita dall'ordinamento straniero. La ricerca del "foro straniero alternativo" che garantisca in misura appropriata i principi del giusto processo, può, infatti, condurre il giudice adito ad apprezzamenti sul livello di imparzialità degli organi giudiziari stranieri, sulla qualità della giustizia fornita all'estero, sulla possibilità di avvalersi, in tale foro, di strumenti di tutela e di finanziamenti altrove non disponibili (ad esempio, in termini di patrocinio a spese dello Stato)[29].

In linea tendenziale, il *forum necessitatis* non potrà essere innescato dalla mera diversità nel trattamento sostanziale di un istituto, come nel caso in cui, in base alla legge applicabile nel foro straniero, il diritto dell'attore sia prescritto ovvero il danno da questi lamentato sia soggetto ad una liquidazione più modesta[30]. Analoghe considerazioni valgono rispetto ai rimedi procedurali messi a disposizione delle parti nell'ordinamento straniero.

Per evitare di incentivare il *forum shopping* e l'abuso del criterio di collegamento in esame, dunque, si dovranno valutare solo quelle situazioni eccezionali in cui l'ordinamento straniero non offra alcuna tutela alla pretesa sostanziale dell'attore oppure fornisca una tu-

---

[28] Rossolillo, Forum necessitatis *e flessibilità dei criteri di giurisdizione*, cit., p. 412.

[29] Al riguardo, Dickinson, *The proposal for a regulation of the European Parliament*, cit., p. 15, osserva che la nuova norma: "seems liable to draw Member State courts into an area where, at the very least, they may feel some discomfort, and where they may be called on to make undesirable judgement calls, which may impact on foreign relations".

[30] Su queste prospettive v. Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 21 ss., in particolare rispetto alla possibilità di invocare il *forum necessitatis* per garantire l'attuazione di norme imperative del diritto europeo.

tela (sostanziale o processuale) talmente inadeguata da non soddisfare *standard* minimi di giustizia.

La norma, inoltre, per cercare di contenere ulteriormente il *forum shopping*, richiede l'esistenza di collegamento di qualche tipo con il foro[31]. Tale collegamento potrà essere anche tenue (ad esempio, la residenza o il domicilio dell'attore, l'applicazione della legge nazionale, contatti saltuari del convenuto con il foro e così via).

Ci si può chiedere se vi sia davvero necessità di introdurre nella revisione del regolamento il *forum necessitatis* appena esaminato. In effetti, la mancanza di un foro straniero in cui fare valere i propri diritti con la garanzia del giusto processo si traduce in un diniego di giustizia. La proposta, dunque, si fa apprezzare ed anzi appare necessaria, nel momento in cui si propone di universalizzare l'applicazione del regolamento. Resta il fatto che, se il proposto art. 26 non sarà utilizzato con il dovuto rigore, si rischia di diffondere forme di protezionismo giudiziario a favore dei cittadini europei, a scapito di quelli domiciliati in Stati terzi.

4. *Le novità in materia di giurisdizione basata sul consenso*

Rispetto alla giurisdizione basata sul consenso delle parti, in primo luogo, nell'art. 23, in materia di clausole di scelta del foro, si propone l'eliminazione del requisito del domicilio di almeno una delle parti nel territorio di uno Stato membro, ciò che appare coerente con l'universalizzazione dell'ambito applicativo del regolamento[32]. In altre parole, l'art. 23 troverà applicazione anche qualora nessuna delle parti sia domiciliata nell'ambito dell'Unione. Conse-

[31] In generale sulla problematica v. Rossolillo, Forum necessitatis *e flessibilità dei criteri di giurisdizione*, cit., p. 409, che osserva che il *forum necessitatis* "utilizza il collegamento spaziale come parametro di valutazione dell'interesse di un ordinamento ad affermare in via eccezionale la propria giurisdizione".

[32] Approva la proposta Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 7. Kessedjian, *Commentaire de la refonte du règlement n. 44/2001*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, p. 10, osserva, peraltro, che l'attuale formulazione è diventata incompatibile con quella prevista dall'art. 26.6 della convenzione dell'Aja del 2005 sulle clausole di scelta del foro.

guentemente, viene "tagliato" l'attuale par. 3, che si occupa appunto di tale ipotesi[33].

La proposta, inoltre, introduce un chiarimento di diritto internazional-privatistico. Nel par. 1, infatti, si precisa che una clausola di scelta del foro attribuisce giurisdizione esclusiva, "salvo che l'accordo sia nullo nel merito secondo la legge di tale Stato"[34]. La nuova norma fa intendere che, oltre ai requisiti formali stabiliti dall'art. 23, una clausola di proroga deve soddisfare anche i requisiti di validità previsti dalla legge sostanziale[35], individuando tale legge con quella del foro adito[36].

Le novità principali, peraltro, non riguardano la clausola di scelta del foro in quanto tale, bensì il rafforzamento del rispetto della volontà espressa dalle parti, con profonde innovazioni alle norme sulla litispendenza. Sul punto, dunque, si tornerà nel paragrafo ottavo.

In materia di accettazione tacita della giurisdizione, la regola generale dell'art. 24 resta quella attuale (è competente il giudice di uno Stato membro davanti al quale il convenuto compare senza eccepirne l'incompetenza e salvo che esista un altro giudice esclusivamente competente ai sensi dell'articolo 22). Viene però proposta l'aggiunta di un nuovo paragrafo 2 che, nelle materie di cui alle sezioni 3, 4 e 5 del capo II (contratti di assicurazione, conclusi dai consumatori, di

---

[33] Anche questa modifica va collegata alla futura entrata in vigore della convenzione dell'Aja del 2005: v. Kessedjian, *Commentaire de la refonte du règlement n. 44/2001*, cit., p. 11.

[34] Come mette in risalto Heinze, *Choice of court agreements, coordination of proceedings and provisional measures in the reform of the Brussels I regulation*, *Max Planck private law research paper n. 11/5*, in *http://ssrn.com/abstract=1804111*, p. 4, la proposta è ispirata dall'art. 5, par. 1 della convenzione dell'Aja sulle clausole di scelta del foro. Per Dickinson, *The proposal for a regulation of the European Parliament*, cit., p. 21, però, questa proposta sarebbe "unnecessary".

[35] Kessedjian, *Commentaire de la refonte du règlement n. 44/2001*, cit., p. 11, porta come esempio delle questioni di "merito" che possono rilevare in questo contesto la presenza di eventuali vizi nel consenso delle parti ovvero la invalidità dell'accordo stipulato per evitare l'applicazione di norme di ordine pubblico; v. anche Heinze, *Choice of court agreements*, cit., p. 5.

[36] Per alcune osservazioni critiche rispetto a tale scelta v. Heinze, *Choice of court agreements*, cit., p. 6, per il quale si dovrebbe preferire la legge scelta dalle parti o, in mancanza, quella che governa il contratto principale, per applicare la *lex fori* solo in mancanza di tale contratto di riferimento.

lavoro), imporrà che la domanda giudiziale o l'atto equivalente informi il convenuto del suo diritto di eccepire l'incompetenza del giudice e delle conseguenze della comparizione, prevedendo altresì che il giudice adito, prima di dichiararsi competente, si debba assicurare che il convenuto sia stato informato in tal senso.

Tale nuova disposizione è collegata al (proposto) venir meno dei controlli sulla giurisdizione in sede di circolazione dei provvedimenti stranieri tra gli Stati membri. Essa, inoltre, risolve una problematica di cui si è di recente occupata la Corte di giustizia[37], attribuendo al giudice adito una verifica aggiuntiva rispetto a quelle ordinariamente compiute in questo contesto. La formulazione della proposta, peraltro, non chiarisce se sia sufficiente un avvertimento formale all'interno dell'atto introduttivo del giudizio, della cui presenza il giudice si debba accertare[38], oppure se quest'ultimo debba spingersi a verificare la consapevolezza del convenuto circa le conseguenze della costituzione in giudizio senza contestare la giurisdizione. La prima soluzione sembra preferibile, apparendo inopportuna l'attribuzione al giudice di un ruolo così invasivo e quasi "paternalistico". Ciò almeno nelle ipotesi in cui l'atto introduttivo in effetti contenga un avvertimento chiaro, esaustivo e facilmente percettibile anche da un lettore non esperto di diritto. Ove l'avvertimento invece manchi, ovvero sia formulato in modo poco chiaro, il giudice potrà esercitare una funzione informativa a favore del convenuto, sopperendo così alle carenze dell'atto del ricorrente.

La proposta non distingue in base alla posizione sostanziale delle parti ma la *ratio legis* porta a ritenere che l'avvertimento sia richiesto quando sia convenuta in giudizio la c.d. parte debole del rapporto[39].

---

[37] Corte giust., 20 maggio 2010, c. 111/09, *Bilas*, su cui v. Marino, *La proroga tacita di giurisdizione nei contratti conclusi dalle parti deboli: la sentenza Bilas*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 915.

[38] V. Franzina, *La garanzia dell'osservanza delle norme sulla competenza giurisdizionale nella proposta di revisione del regolamento "Bruxelles I"*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, marzo 2011, vol. 3, n. 1, pp. 150, che dubita dell'efficacia dell'"avvertimento" che l'attore è tenuto a formulare al convenuto.

[39] Mette in evidenza questa contraddizione Franzina, *La garanzia*, cit., p. 151. L'a. mette anche in rilievo la difficoltà pratica di adattare l'avvertimento

5. *Proposte per migliorare il coordinamento tra i procedimenti pendenti dinanzi ai giudici degli Stati membri*

Il coordinamento tra procedimenti paralleli è uno degli ambiti in cui la proposta di regolamento si rivela più rivoluzionaria.

Oggi, nei rapporti tra Stati membri, in caso di litispendenza, vige un criterio di prevenzione temporale "secca", in forza del quale l'inizio di un procedimento in uno Stato membro "paralizza" la proposizione della stessa causa in un altro Stato membro, sino al momento in cui, eventualmente, il primo giudice si dichiari incompetente.

La Corte di giustizia, in applicazione dei principi di equivalenza e della fiducia tra le giurisdizioni sottesi al sistema comune sulla competenza e sulla circolazione delle decisioni, ha prodotto, negli anni, una giurisprudenza consolidata, in forza della quale, in estrema sintesi[40]:

- solo il giudice adito per primo può decidere in merito alla propria competenza, senza possibilità di interferenze da parte di giudici di altri Stati membri[41];

- il meccanismo di prevenzione secca non ammette deroghe neppure in ipotesi di procedimenti previamente instaurati in Stati che non garantiscano la ragionevole durata dei processi[42];

- l'applicazione rigida delle norme sulla litispendenza prevale sul rispetto delle clausole di scelta del foro, nel senso che, in caso di procedimento previamente instaurato in un foro diverso da quello originariamente scelto dalle parti, il giudice "prorogato" deve comunque attendere la decisione della prima corte in merito alla sussistenza della propria competenza[43];

- il sistema creato dalla convenzione del 1968 e rinforzato dal regolamento del 2001 è incompatibile con interventi del giudice di

---

previsto nella proposta ai procedimenti "europei" che prevedono l'uso di formulari per la proposizione della domanda, come quello per le cause di modesta entità.

[40] Più ampiamente, sul tema, v. il mio *Conflitti*, cit., p. 703 ss.

[41] Corte giust., 9 dicembre 2003, c. 116/02, *Erich Gasser GmbH c. MISAT s.r.l.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 371.

[42] C. *Gasser*, *op. loc. ultt. citt.*

[43] C. *Gasser*, *op. loc. ultt. citt.*

uno Stato volti ad interdire l'instaurazione o la prosecuzione di un procedimento in un altro Stato membro (il riferimento è alle *antisuit injunctions* del diritto anglosassone)[44].

Inoltre, le norme europee sui *parallel proceedings*, attualmente, operano solo rispetto a procedimenti giudiziari pendenti in Stati membri. Nessun coordinamento è previsto invece tra un procedimento giudiziario e un arbitrato o tra processi pendenti, rispettivamente, in uno Stato membro ed in uno Stato terzo.

Questo sistema rigido e inflessibile si è esposto ad un'ondata crescente di critiche[45], di cui la Commissione ha preso atto, cercando di darvi risposta con una rimodulazione dei "valori" rilevanti in questo contesto e della relativa gerarchia[46]: intervento senz'altro necessario, dal momento che modifiche di tale portata innovativa non possono provenire dalla Corte di giustizia, in via pretoria.

---

[44] Corte giust., 10 febbraio 2009, c. 185/07, *Allianz spa c. West Tankers Inc.*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 967, su cui rimando al mio *Arbitrato e regolamento Bruxelles I: ultimi sviluppi*, in Auletta, Califano, Della Pietra, Rascio (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 475; di recente v. anche Santomauro, *Sense and sensibility: reviewing* West Tankers *and dealing with its implications in the wake of the reform of EC regulation 44/2001*, 6 *Jour. priv. int. law*, 2010, p. 281 ss.

[45] In materia, di recente, Steinle, Vasiliades, *The enforcement of jurisdiction agreements under the Brussels I regulation: reconsidering the principle of party autonomy*, in *Jour. priv. int. law*, 2010, p. 565 ss.; Nurmela, *Sanctity of dispute resolution clauses: strategic coherence of the Brussels system*, in *Jour. priv. int. law*, 2005, p. 115 ss., per la quale la Corte "has enabled a race-to-the-courthouse type of forum shopping in breach of existing jurisdiction agreements and taken away certain effective remedies that prohibit such abusive behaviour". Per Salerno, *Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del regolamento (Ce) n. 44/2001*, in *Cuadernos der. trans.*, 2010, p. 8, la disciplina della litispendenza nel regolamento n. 44 facilita abusi e inficia l'effettività della tutela giurisdizionale.

[46] Per un'analisi al riguardo, con riferimento al testo attuale del regolamento, v. Nurmela, *Sanctity of dispute resolution clauses*, cit., p. 134, la quale osserva: "arbitration clauses rank higher than statutory exclusive jurisdiction bases, which rank higher than submission, which ranks higher the protective jurisdiction bases, which rank higher than exclusive jurisdiction clauses, which rank higher than other non-protective special jurisdiction bases and general jurisdiction", aggiungendo che, dopo la sentenza *Gasser*, le norme sulla litispendenza hanno la precedenza sulle clausole di scelta del foro. In materia v. Marongiu Buonaiuti, *Litispendenza e connessione nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001*, in www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/Marongiu-Buonaiuti-Litispendenza-e-connessione-nella-proposta-di-revisione-del-regolamento-n.-44_2001.pdf.

Il nuovo considerando n. 19 lascia subito comprendere quale sia l'approccio sotteso alla proposta di revisione. Vi si proclama, infatti, la necessità di migliorare l'efficacia degli accordi di scelta del foro onde conferire piena efficacia alla volontà delle parti ed impedire tattiche processuali scorrette. A tal fine, si afferma che il regolamento dovrebbe "dare priorità al giudice designato nell'accordo affinché si pronunci sulla propria competenza, a prescindere che sia stato adito per primo o per secondo".

In linea con tale presa di posizione, la proposta di art. 29 (che dovrebbe sostituire l'attuale art. 27) introduce una deroga al criterio della prevenzione secca, per l'ipotesi in cui il giudice adito per primo sia diverso da quello scelto contrattualmente delle parti. Si tratta, in effetti, di una delle questioni più problematiche nell'ambito dell'attuale formulazione delle norme europee sulla litispendenza in materia civile e commerciale[47]. In particolare, nel nuovo art. 29 si fa salva l'applicazione del (nuovo) art. 32, par. 2, il quale, dal canto suo, stabilisce che, fatti salvi gli accordi disciplinati dalle sezioni 3, 4 e 5 del capo II (accordi sul foro in materia di assicurazioni, consumatori o contratti di lavoro)[48], qualora una clausola di proroga conferisca competenza esclusiva al giudice di uno Stato membro, i giudici degli altri Stati membri non sono competenti a pronunciarsi sulla controversia finché il giudice designato nell'accordo non abbia dichiarato la propria incompetenza[49]. In altre parole, si scardina il principio della prevenzione temporale rigida e si priva il giudice adito per pri-

---

[47] Scrive significativamente al riguardo Dickinson, *The proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast) ("Brussels I-bis" Regulation)*, in *http://ssrn.com/abstract=1930712*, p. 19: "The current opportunities for tactical or abusive litigation have engendered a *preemptive strike* mentality among litigants, which in turn increases recourse to court proceedings and seems likely to deter settlement".

[48] Per Kessedjian, *Commentaire de la refonte du règlement n. 44/2001*, cit., p. 12, tali ipotesi sono state escluse in quanto, in queste materie, l'ammissibilità di clausole di scelta del foro è estremamente limitata.

[49] Per una disamina delle varie soluzioni proposte nel Libro verde del 2009, v. Steinle, Vasiliades, *The enforcement of jurisdiction agreements under the Brussels I regulation*, cit., p. 580 ss. Per una presa di posizione precedente alla presentazione della proposta della Commissione v. Salerno, *Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del regolamento (Ce) n. 44/2001*, cit., p. 15 ss.

mo del potere di pronunciarsi sulla validità e l'efficacia di una clausola di scelta delle corti di un altro Stato membro.

Il nuovo art. 32 non lo dice espressamente, ma la sua collocazione nella sezione dedicata a litispendenza e connessione e il tenore del considerando n. 19 portano a ritenere che esso operi sul presupposto che, dopo la proposizione della causa in un foro diverso da quello scelto dalle parti, ne sia instaurata un'altra nel foro "contrattuale", al quale, a questo punto, la corte previamente adita deve cedere il passo, per quanto attiene la decisione sulla validità e l'efficacia della clausola di proroga.

Ove non sussista tale litispendenza, il giudice adito in violazione di una clausola di proroga è dunque libero di esaminarne la validità. Con la conseguenza che, ove nel processo previamente instaurato sia emessa e passi in giudicato una sentenza affermativa della giurisdizione della corte adita, il meccanismo di coordinamento introdotto dal nuovo art. 32 viene messo fuori gioco. In altre parole, si impone alla parte interessata di farsi parte attiva ed agire con tempestività avanti alla corte "prorogata".

L'inserimento della norma nella sezione dedicata ai *parallel proceedings* permette di ritenere applicabile anche al suo interno il meccanismo procedurale dell'attuale art. 27: in altre parole, il giudice adito per primo, verificata la pendenza di un procedimento nel foro prorogato, non deve pronunciare *sic et simpliciter* la propria incompetenza, dovendo piuttosto sospendere il giudizio sino alla pronuncia straniera che affermi la validità e l'efficacia tra le parti dell'accordo di proroga. Con questa interpretazione sistematica si scongiurano i rischi di diniego di giustizia prospettati in dottrina[50].

Il nuovo art. 32, par. 2, prevede, come presupposto di operatività, la presenza di un "accordo di cui all'articolo 23" che conferisca giurisdizione esclusiva ad uno Stato membro. Ci si trova, dunque, di fronte ad un apparente paradosso, poiché, per applicare la norma, la Corte sembra chiamata a compiere proprio l'accertamento sulla validità della clausola di proroga che la Commissione intende riservare

[50] V. Dickinson, *The proposal for a regulation of the European Parliament*, cit., p. 19; Marongiu Buonaiuti, *Litispendenza e connessione nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001*, cit., p. 2.

al giudice prorogato. Se la logica impone di escludere che il giudice adito per primo si possa spingere sino a verificare la sussistenza dei requisiti formali dell'art. 23, per converso, non si può ritenere che ad una parte basti affermare l'esistenza di un accordo di proroga a favore di un giudice straniero per arrestare l'*iter* del procedimento preveniente: altrimenti ragionando, una norma proposta per evitare le attuali distorsioni diventerebbe essa stessa strumento di nuove forme di abuso. Dovendo bilanciare tra questi due opposti estremi ed apparendo opportuno introdurre un correttivo alla norma, si potrebbe consentire al giudice, davanti al quale viene eccepito un accordo a favore di un foro straniero, una mera verifica della fondatezza *prima facie* di tale contestazione[51].

Anche la proposta del nuovo paragrafo 4 nell'art. 29 si colloca nell'ottica di valorizzare gli accordi "processuali" delle parti, a scapito dell'autonomia decisionale delle corti nazionali. In particolare, vi si prevede che, qualora la sede dell'arbitrato concordata o designata si trovi in uno Stato membro, il giudice di un altro Stato membro, la cui incompetenza sia eccepita in base a una convenzione arbitrale, debba sospendere il procedimento non appena il giudice dello Stato membro in cui si trova la sede dell'arbitrato o il tribunale arbitrale sia stato investito di un procedimento diretto ad accertare, in via principale o incidentale, l'esistenza, la validità o l'efficacia della convenzione arbitrale. In altre parole, si introduce anche qui un meccanismo di coordinamento, volto ad implementare le regola della *kompetenz-kompetenz*, in deroga al principio della prevenzione temporale, giungendo ad attribuire competenza esclusiva, in materia di validità della clausola, al giudice della sede dell'arbitrato o agli stessi arbitri[52].

Pure la norma in esame (che non si applica alle controversie in materia di assicurazioni, consumatori e lavoro), d'altro canto, può operare solo a condizione che, dopo l'inizio della causa in un foro diverso da quello in cui le parti (o gli arbitri) hanno fissato la sede dell'arbitrato, sia effettivamente instaurato il procedimento arbitra-

---

[51] V. anche Heinze, *Choice of court agreements*, cit., p. 11 ss.; Dickinson, *The proposal for a regulation of the European Parliament*, cit., p. 19 ss.

[52] Per una presa di posizione in tal senso, v. Nurmela, *Sanctity of dispute resolution clauses*, cit., p. 135.

le ovvero un giudizio avente ad oggetto l'esistenza o l'efficacia della relativa clausola. Ove tale condizione non si realizzi, il giudice adito in violazione della clausola ben potrà statuire al riguardo ed eventualmente decidere il merito della lite. La sospensione prevista dalla nuova norma, peraltro, può operare pure in sede di impugnazione.

All'esito della decisione arbitrale o del giudice della sede dell'arbitrato, il giudice straniero dovrà attenersi a quanto ivi stabilito, se del caso pronunciando la propria incompetenza, con ogni conseguente provvedimento. La sospensione può comunque non essere disposta qualora il giudice dello Stato diverso da quello della sede dell'arbitrato si convinca autonomamente della validità e dell'efficacia della clausola, con conseguente pronuncia di incompetenza.

La Commissione introduce un'ulteriore novità rispetto alla prevenzione temporale. Viene infatti proposta l'aggiunta di un par. 2 all'art. 29 (l'attuale art. 27), che onera il giudice adito per primo di accertare la propria competenza entro un termine di sei mesi[53], salva la sussistenza di circostanze eccezionali[54]. Si tratta di una disposizione priva di carattere imperativo, nella misura in cui non si prevedono conseguenze in caso il termine ivi indicato sia violato[55], se non sul piano della responsabilità disciplinare del magistrato coinvolto e su quello politico dello Stato del foro.

Per coordinare il lavoro delle diverse corti coinvolte, inoltre, nello stesso nuovo par. 2 dell'art. 29 si prevede che, su istanza di qualunque altro giudice investito della controversia, il giudice adito per primo debba comunicare all'altro giudice la data in cui è stato adito e se ha accertato la competenza o quando prevede di farlo. Tale disposizione avrà realisticamente anche un effetto acceleratorio indiretto nei confronti del primo giudice, stimolato a dare buona prova di sé nei rispetti del collega straniero in attesa della sua decisione. La proposta di regolamento non chiarisce, peraltro, con quali

[53] Per Heinze, *Choice of court agreements*, cit., p. 18, il regolamento dovrebbe generalizzare tale limite di tempo per ogni pronuncia in tema di competenza, a prescindere da una situazione di litispendenza.

[54] Critico, rispetto alla mancanza di un limite temporale massimo in questa ipotesi, Heinze, *Choice of court agreements*, cit., p. 18.

[55] V. pure le critiche di Heinze, *Choice of court agreements*, cit., p. 19.

modalità e attraverso quali canali dovrebbero svolgersi le comunicazioni tra le diverse corti nazionali.

Novità di minor rilievo si riscontrano, invece, in materia di connessione internazionale tra cause (disciplinata da un nuovo art. 30). A parte alcuni adattamenti formali, dal par. 2 "cade" il requisito che la legge del giudice adito per primo consenta la riunione dei procedimenti, permettendo a "qualunque" altro giudice di dichiararsi incompetente, su istanza di parte, a condizione che il giudice precedentemente adito sia competente a conoscere delle domande proposte e la causa penda in primo grado. Da tale elisione si desume che l'art. 30, par. 2, legittima la riunione tra le cause connesse, a seguito della pronuncia di incompetenza del giudice adito per secondo: si tratta, dunque, di una norma di diritto processuale uniforme, destinata a prevalere sul diritto interno[56].

L'art. 30, peraltro, continua a prevedere un meccanismo di sospensione solo da parte del giudice "successivamente adito", ciò che limita l'operatività della norma: non necessariamente, infatti, la proposizione temporale delle cause segue un criterio di priorità logico-giuridica.

6. *(*Segue*): Litispendenza e procedimenti pendenti in Stati terzi*

La proposta di revisione del regolamento n. 44 introduce una nuova norma dedicata alla simultanea pendenza di procedimenti sulla stessa causa rispettivamente in uno Stato membro ed in uno Stato terzo. Si tratta di una novità di assoluto rilievo. In effetti, attualmente, tale situazione non è disciplinata dagli artt. 27 ss. del regolamento per essere lasciata (secondo l'orientamento prevalente) alla *lex fori* (in Italia, di essa si occupa l'art. 7, l. n. 218 del 1995).

La proposta della Commissione, dunque, quasi a compensare l'ampliamento soggettivo dell'ambito di applicazione del regolamento, giunge ad occuparsi direttamente della questione, riconoscendo rilevanza alla previa pendenza della stessa causa davanti al giudice

[56] Perplesso rispetto a tale prospettiva Marongiu Buonaiuti, *Litispendenza e connessione nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001*, cit., p. 4.

di uno Stato terzo e prevedendo la possibilità (seppure non l'obbligo) per il giudice di uno Stato membro, adito successivamente, di sospendere il proprio procedimento al ricorrere di un'articolata serie di condizioni[57].

Ai sensi del nuovo art. 34, infatti, oltre alla prevenzione temporale, il giudice adito per secondo deve cumulativamente opinare:

I) che il giudice previamente adito pronunci, entro un termine ragionevole, una decisione che sarà riconosciuta e, se del caso, eseguita nello Stato membro;

II) che la sospensione sia necessaria per la corretta amministrazione della giustizia.

La prima condizione è una variante del tradizionale "pronostico di riconoscibilità" previsto, ad esempio, dal nostro art. 7, l. n. 218/95. Tale pronostico dovrà avvenire in base alle norme della *lex fori*, dal momento che il sistema di circolazione delle decisioni riguarda solo i provvedimenti provenienti dagli Stati membri. Già a questo livello si potranno, dunque, verificare difformità applicative da uno Stato membro all'altro.

Qui, peraltro, si aggiunge un ulteriore fattore: ovvero il fatto che la decisione del giudice dello Stato terzo sia resa entro un termine ragionevole. Si tratta di un criterio elastico, volto a prevenire abusi e a garantire un'efficiente tutela giudiziaria dei soggetti operanti nell'Unione. Ovviamente, in mancanza di *standard* condivisi in merito alla "ragionevolezza" del termine in questo contesto, ogni Stato seguirà un approccio diverso, necessariamente riferito alla durata del proprio processo nazionale.

Il secondo requisito è ancora più discrezionale e aperto alle interpretazioni[58]. Nel concetto di "corretta amministrazione della giustizia" possono infatti essere ricondotti fattori della più disparata na-

---

[57] Dickinson, *The proposal for a regulation of the European Parliament*, cit., p. 16, ritiene incongruo che non si sia data rilevanza anche alla pendenza in uno Stato terzo di una causa connessa.

[58] Come mette in evidenza Kessedjian, *Commentaire de la refonte du règlement n. 44/2001*, cit., p. 4, la norma appare risentire l'influenza della dottrina anglosassone del *forum non conveniens*; in questo senso pure Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 16, per cui la nuova norma "can be interpreted as referring to the ends of justice in the individual case, thereby allowing discretionary considerations such as the availability of proof and witnesses".

tura, sugli aspetti sostanziali, processuali ed ordinamentali del procedimento pendente negli Stati esteri. Il rischio di applicazioni diversificate da un foro all'altro è elevatissimo, così come quello di possibili derive protezionistiche da parte di corti poco propense a riconoscere il valore dell'attività processuale svolta all'estero. Proprio per questo, si è proposto di cancellare tale requisito dalla versione finale della norma[59].

Al sussistere dei requisiti sopra menzionati, il giudice dello Stato membro adito per secondo può sospendere il proprio procedimento. Tale sospensione, ovviamente, non deve indebitamente comprimere i diritti delle parti, per cui il par. 2 del nuovo art. 34 stabilisce espressamente che, durante tale periodo, la parte che ha dato corso al giudizio sospeso non perde i benefici dell'interruzione dei termini di prescrizione o decadenza previsti dalla legge del foro. La sospensione cesserà nel momento in cui il processo pendente nello Stato terzo si concluda con una decisione esecutiva in tale Stato, o che può essere riconosciuta e se del caso eseguita nello Stato membro. In tal caso, il par. 4 prevede che, su istanza di parte o anche d'ufficio, il giudice dichiari irricevibile la domanda. Per l'Italia tale norma presuppone la riassunzione del processo sospeso. In caso di dubbi circa l'effettiva possibilità di riconoscere o eseguire la sentenza nello Stato, prima di rigettare la domanda, il giudice dovrebbe invitare la parte interessata a proporre istanza di (non) riconoscimento, con un'ulteriore sospensione del giudizio. Solo in questo modo, infatti, si può evitare un diniego di giustizia.

Proprio nell'ottica di evitare tale diniego, l'art. 34 prevede la possibilità di "riassumere il procedimento", anche d'ufficio, qualora:

I) il procedimento pendente nello Stato terzo sia stato sospeso o interrotto;

II) il giudice ritenga improbabile che il procedimento davanti al giudice dello Stato terzo si concluda entro un termine ragionevole;

III) tale riassunzione sia necessaria per la corretta amministrazione della giustizia.

Nell'ottica del giurista italiano, la possibilità di riassumere d'ufficio la causa sospesa pone qualche problema. Nel nostro ordina-

[59] Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 17.

mento, infatti, un processo sospeso, per la cui prosecuzione non sia stata fissata un'udienza, può riprendere il suo corso solo su impulso di parte. Ove, invece, il giudice, nel sospendere la causa, provveda contestualmente alla fissazione dell'udienza per la prosecuzione del giudizio, giunti a tale udienza il procedimento non è più formalmente sospeso. D'altra parte, il coordinamento tra le norme processuali europee e quelle nazionali richiede una certa elasticità. Per rendere pienamente operativa la nuova norma, dunque, si può concepire una sospensione "*sui generis*", nell'ambito della quale, periodicamente, le parti forniscano al giudice un aggiornamento sullo stato della procedura pendente all'estero, con il potere per la corte di disporre di propria iniziativa la prosecuzione del procedimento al ricorrere dei presupposti sopra indicati. In alternativa, con un approccio più tradizionale, nel sospendere, il giudice potrebbe fissare l'udienza successiva, tenendo conto del termine entro il quale si prevede la definizione del processo pendente nello Stato terzo. Ove poi, a quell'udienza, si riscontri che tale processo è ancora in corso, il giudice potrà rinnovare la sospensione del proprio processo oppure farlo proseguire, se ciò risponda maggiormente alle esigenze della buona amministrazione della giustizia.

Quello appena tratteggiato si configura come un istituto "flessibile", la cui applicazione appare particolarmente complessa e dagli esiti incerti. Senz'altro, è opportuno introdurre un meccanismo per coordinare i procedimenti pendenti in uno Stato membro ed in uno Stato terzo, ma la proposta della Commissione sembra troppo macchinosa, in particolare per quanto attiene il vaglio sulla "corretta amministrazione della giustizia": un parametro troppo vago e discrezionale che dovrebbe essere espunto dalla versione finale della norma.

7. *Provvedimenti provvisori e cautelari*

Anche in materia di provvedimenti provvisori e cautelari si profilano novità di rilievo.

In questo ambito, come è noto, l'attuale art. 31 (che riproduce l'art. 24 della convenzione del 1968) ha sollevato problemi interpretativi non indifferenti, a cui la Corte di giustizia ha cercato di dare almeno in parte soluzione. Il testo della norma, peraltro, era rimasto invariato nel passaggio dalla convenzione al regolamento[60], ciò che rende opportuno una sua messa a punto. Con la sua proposta, dunque, la Commissione cerca di sciogliere alcuni dei dubbi sin qui posti, con innovazioni di particolare interesse.

In primo luogo, in materia di "competenza cautelare", si disciplinano separatamente le ipotesi in cui il provvedimento sia chiesto al giudice competente per il merito ovvero ad un giudice diverso.

Nel primo caso, un art. 35 completamente nuovo attribuisce automatica giurisdizione cautelare ai giudici dello Stato membro competenti nel merito. Tale competenza, peraltro, non era messa in discussione nell'attuale regime: l'esplicitazione della regola è comunque funzionale al diverso trattamento cui sono destinati i provvedimenti cautelari a seconda che il giudice che li emette sia competente per il merito o non. La formulazione del nuovo art. 35 fa pensare che non si tratti anche di una norma attributiva di competenza territoriale, ciò che, peraltro, appare irrilevante per l'Italia ove, come regola generale, la competenza territoriale cautelare coincide con quella di merito.

L'attuale art. 31 è destinato ad essere sostituito da un nuovo art. 36: la formulazione della norma non è peraltro radicalmente diversa da quella attuale. Nella sostanza, si continua a prevedere la possibilità di chiedere i provvedimenti cautelari "previsti dalla legge di uno Stato membro" anche al giudice privo di competenza nel merito.

Il nuovo art. 36, d'altro canto, attribuisce competenza cautelare al giudice di uno Stato membro anche per l'ipotesi in cui competente per il merito sia il giudice di uno Stato terzo. Devono dunque ritenersi tacitamente abrogate, nella materia civile e commerciale cui si applica il regolamento, le norme della *lex fori* che disciplinano i

[60] Dickinson, *Provisional measures in the "Brussels I" review: disturbing the* status quo*?*, in 6 *Jour. priv. int. law*, 2010, p. 519, ritiene tale circostanza "somewhat surprising".

conflitti di giurisdizioni con Stati terzi in questo ambito (per l'Italia, l'art. 10 della l. n. 218 del 1995).

La norma, inoltre, specifica che questa competenza cautelare "accessoria" può operare anche a supporto di un procedimento arbitrale, come la Corte aveva già affermato nel c. *Van Uden Maritime BV*[61].

Rispetto all'attuale art. 31, d'altro canto, chi scrive aveva messo in evidenza che l'esercizio della giurisdizione cautelare ivi disciplinata presupponeva comunque la sussistenza di un criterio di collegamento territoriale, rappresentato dalla possibilità di eseguire il provvedimento richiesto all'interno dello Stato del giudice adito, interpretando il concetto di "provvedimenti previsti dalla legge di uno Stato membro" non come rinvio alle norme sulla giurisdizione cautelare previste dalla *lex fori*, bensì come richiamo ai rimedi cautelari disponibili nell'ordinamento adito[62]. Tale approccio interpretativo "territoriale" era stato in effetti fatto proprio anche dalla Corte di giustizia, dapprima nel caso *Denilauer*[63] (dove si era affermato che il giudice del luogo in cui siano localizzati i beni oggetto dell'istanza cautelare è il più appropriato per valutare le circostanze rilevanti della fattispecie) e poi in modo espresso nel caso *Van Uden* e in *Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*[64]. A parere di chi scrive, la natura "territoriale" della giurisdizione speciale cautelare disciplinata dall'art. 31 ha come corollario il fatto che il provvedimento emesso dal giudice del luogo in cui esso debba essere eseguito non sia "idoneo all'esportazione", esaurendo essi i propri effetti nell'ambito territoriale del foro in cui sia stato emesso. In altre parole, tale provvedimento, in quanto privo di efficacia "extraterritoriale", dovrebbe

---

[61] Corte giust., 17 novembre 1998, c. 391/95, *Van Uden Maritime BV v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco Line*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 313.

[62] V. pure Maher-Rodger, *Provisional and protective remedies: the British experience of the Brussels convention*, in *Int. comp. l. quar.*, 1999, p. 306; Pertegás Sender, in Fentiman, Nuyts, Tagaras, Watté (a cura di), *L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale*,1999, p. 281.

[63] Corte giust., 21 maggio 1980, c. 125/79, *Denilauer c. Couchet frères*, in *Racc.*, 1980, p. 1553.

[64] Corte giust., 27 aprile 1999, c. 99/96, *Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 658.

essere escluso dal regime di circolazione negli altri Stati membri[65]. Tale interpretazione appare recepita nella proposta qui in esame: l'art. 2, lett. *a*, infatti, chiarisce che il termine "decisione" comprende anche i provvedimenti provvisori e cautelari adottati da un giudice competente a conoscere nel merito ai sensi del regolamento: sono dunque esclusi da tale nozione (e dunque dal regime di circolazione in cui la stessa viene utilizzata) i provvedimenti emessi dal giudice del luogo in cui gli stessi debbano essere eseguiti, ai sensi del (nuovo) art. 36[66].

La proposta di art. 36, d'altro canto, continua a non definire il concetto di "provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro". La questione però è almeno parzialmente affrontata dall'art. 2, lett. *b*, ove si afferma che, nella nozione di "provvedimenti provvisori e cautelari", rientrano anche le ordinanze cautelari dirette a ottenere informazioni e prove. Il senso di tale novità si comprende ricordando che, qualche anno fa, la Corte di giustizia, nel caso St. Paul Dairy (c. *St. Paul Dairy Industries Nv. c. Unibel Exser Bvba*)[67], aveva escluso che potesse essere qualificato come provvedimento cautelare, ai sensi dell'attuale art. 31, il provvedimento di esame preliminare di un testimone previsto dall'art. 186 del codice di procedura civile olandese: tale esame, infatti, viene effettuato per permettere all'attore di valutare le possibilità di successo di una lite ancora da instaurare, senza necessità di alcuna "urgenza". Chi scrive, nel commentare tale decisione[68], aveva avuto occasione di affermare che essa non doveva essere estesa anche a quei provvedimenti utilizzati per assumere in via preventiva dei mezzi di prova, laddove si dimostri il fondato motivo che tali prove possano non essere più disponibili nell'ambito del procedimento di merito

---

[65] V. il mio *Provisional remedies in the European space of justice: issues of transnational jurisdiction and enforcement*, in Sturner, Kawano (a cura di), *Comparative studies on enforcement and provisional measures*, Friburgo, Mohr Siebeck, 2011, pp. 311 e 315.

[66] Dickinson, *Provisional measures*, cit., p. 546 ss., proponeva invece una modifica "che prescindesse dalla necessità di un legame territoriale nell'ambito della giurisdizione speciale cautelare".

[67] Corte giust., 28 aprile 2005, c. 104/03, *St. Paul Dairy Industries Nv. c. Unibel Exser Bvba*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 833.

[68] V. il mio *Provisional remedies*, cit., p. 314.

(ad esempio, i provvedimenti di istruzione preventiva del diritto italiano). La proposta di regolamento, dunque, recepisce tale orientamento, precisando appunto che le misure cautelari dirette a ottenere informazioni e prove rientrano nella nozione europea di misure cautelari e provvisorie. L'elemento scriminante rispetto alla fattispecie del caso *St. Paul Dairy* è proprio costituito dalla natura cautelare dei provvedimenti qui presi in considerazione, ovvero dal fatto che essi possano essere emessi solo in situazioni di *periculum in mora*. Ogni dubbio al riguardo è tolto dal nuovo considerando n. 22, che espressamente ritiene opportuno includere, nella nozione di provvedimenti provvisori e cautelari, tra le ordinanze cautelari dirette a ottenere informazioni o a proteggere prove, anche "i provvedimenti di perquisizione e sequestro di cui agli artt. 6 e 7 della direttiva 2004/48/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale".

La Commissione ha dunque adottato un approccio *minimal*[69], limitandosi a chiarire un aspetto controverso, ma senza tentare di offrire una nozione generale ed astratta di una categoria di provvedimenti invero multiforme. Tale silenzio, peraltro, va inteso come un avallo della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia[70]. In effetti, si può dubitare dell'opportunità di un intervento normativo che vincoli il concetto di "misura cautelare o provvisoria" all'interno di una nozione troppo rigida[71].

Le novità in questo ambito non sono ancora finite. La proposta di regolamento, in effetti, interviene anche per cercare di coordinare il procedimento cautelare instaurato nel luogo ove il provvedimento deve essere eseguito con il relativo giudizio di merito pendente in uno Stato membro diverso. La nuova norma viene collocata nella sezione dedicata a litispendenza e connessione, anche se in realtà la situazione ivi disciplinata sfugge a tali nozioni ed in particolare

---

[69] Proponeva una definizione più estensiva Dickinson, *Provisional measures*, cit., p. 545.

[70] Corte giust., 26 marzo 1992, c. 261/90, *Reichert c. Dresdner Bank*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 202; v. *Van Uden*, cit.; v. *Mietz v. Intership Yachting*, cit.

[71] Heinze, *Choice of court agreements*, cit., p. 24 ss., in effetti, propone di "codificare" la nozione enucleata dalla Corte nel caso *Reichert*.

a quella di litispendenza. Il sistema regolamentare, infatti, legittima pienamente la contemporanea pendenza dei due procedimenti rispettivamente sul merito e sulla misura cautelare, tentando soltanto di garantire che essi si coordinino tra loro per garantire l'effettiva strumentalità del secondo rispetto al primo.

In particolare, nella nuova norma si prevede che, se il procedimento di merito pende davanti a un giudice di uno Stato membro e a un giudice di un altro Stato membro è proposta un'istanza di provvedimento provvisorio o cautelare, i giudici interessati debbano cooperare per garantire un coordinamento adeguato tra i due procedimenti. L'obiettivo è chiaramente evitare incongruenze ed incompatibilità tra le decisioni emesse nelle due sedi, con la concessione di misure cautelari per la tutela di situazioni che non ne appaiano meritevoli sul piano meritale (e viceversa). Nella proposta della Commissione, si giunge a prevedere che, nell'ambito di tale coordinamento, il giudice cui è richiesto il provvedimento provvisorio o cautelare si debba informare presso l'altro giudice di tutte le circostanze pertinenti del caso, quali l'urgenza del provvedimento richiesto o l'eventuale diniego di provvedimenti analoghi da parte del giudice del merito. La nuova norma, in tutta evidenza, tende a ridurre l'autonomia del giudice "cautelare" in merito all'apprezzamento dei presupposti fondamentali della tutela richiesta (*fumus* e *periculum*): essa non arriva ad imporre al giudice del cautelare di recepire e fare proprie le indicazioni ricevute dal giudice di merito ma, almeno sul piano del *fumus*, nella prassi, appare poco realistico che il primo si discosti dagli apprezzamenti formulati dal secondo. La soluzione peraltro appare meno invasiva di quella volta ad attribuire al giudice del merito il potere di revocare o modificare una misura cautelare adottata dal giudice di un altro Stato membro[72].

In realtà, l'impatto pratico di quanto precede potrà sovente essere piuttosto limitato: in primo luogo, ove si agisca in via cautelare *ante causam*, è chiaro che al giudice del cautelare mancherà il punto di riferimento meritale. E tale situazione si presenterà anche nelle

[72] Su queste prospettiva v. Dickinson, *Provisional measures*, cit., p. 550. Perplessità al riguardo di Seatzu, *La proposta per la riforma del regolamento "Bruxelles I" e i provvedimenti provvisori*, in *Cuadernos der. trans.*, 2011, p. 175.

fasi preliminari del procedimento di merito, nelle quali il giudice realisticamente non disporrà di elementi utili da fornire al collega straniero (si pensi alla misura cautelare richiesta all'estero nel corso del termine di comparizione di 150 giorni previsto dal nostro art. 163-*bis* c.p.c.). Il giudice del merito, inoltre, potrebbe essere riluttante a prendere posizione su aspetti non ancora pienamente accertati nel suo processo, anticipando così il suo giudizio.

La norma non risolve inoltre un fondamentale problema pratico, non specificando come i due giudici dovrebbero dialogare tra loro. Le specificità della situazione impongono di concepire un dialogo diretto, non mediato da referenti o autorità centrali, attuato in tempi sufficientemente rapidi[73]. In un contesto cautelare, d'altro canto, l'intrinseca urgenza del decidere appare spesso incompatibile con la necessità di coordinare i due procedimenti "prima" della concessione della misura cautelare[74]. Si deve dunque pensare che tale dialogo possa avvenire anche successivamente a tale concessione, ai fini della conferma del provvedimento (emesso, ad esempio, *inaudita altera parte*, in base al nostro art. 669-*sexies*, comma 2°, c.p.c.) ovvero della sua revoca o modifica. Anche in questo ambito, dunque, si prospetta l'opportunità di un adeguamento delle norme processuali nazionali a quelle uniformi di origine europea.

8. *Conclusioni*

Come emerge dalle pagine che precedono, la proposta della Commissione presenta luci ed ombre[75]. In effetti, alla luce del successo del regolamento e del suo buon funzionamento, ci si può chiedere se valga davvero la pena assoggettarlo ad una revisione così pe-

[73] Anche Kessedjian, *Commentaire de la refonte du règlement n. 44/2001*, cit., p. 12, evidenzia "l'absence de toute ligne directrice sur les modalités de la coopération et la protection des droits des parties".

[74] Heinze, *Choice of court agreements*, cit., p. 23, propone di rendere solo facoltativo e non obbligatorio il dialogo tra le due corti interessate.

[75] V. pure Heinze, *Choice of court agreements*, cit., p. 38.

netrante[76]. Per quanto attiene le norme sulla giurisdizione, i dubbi sono legittimi.

La scelta verso l'universalizzazione dell'ambito soggettivo del regolamento lascia perplessi, non apparendo una priorità assoluta; essa ha, peraltro, costi notevoli, che possono essere pure superiori ai vantaggi che ne deriveranno (e che riguarderanno soprattutto i convenuti domiciliati in Stati terzi)[77]. I dubbi sono ancora maggiori ove si consideri che la contropartita di tale universalizzazione è costituita dall'introduzione di nuovi criteri di giurisdizione che rischiano di annacquare il principio dello stretto collegamento.

In particolare, si può fare a meno del criterio rappresentato dalla presenza nel foro di beni del convenuto[78]. Il *forum necessitatis*, d'altro canto, rappresenta una giusta norma di chiusura, ma dovrà essere applicato con rigore, in casi davvero eccezionali.

Condivisibili sono invece le proposte di modifica in materia di litispendenza: esse, infatti, cercano di risolvere problemi reali, che tante discussioni hanno generato in questi anni. Le nuove disposizioni, peraltro, introducono elementi di incertezza nel coordinamento tra i procedimenti paralleli, su cui si dovrà vigilare.

In più punti, il documento della Commissione presuppone e richiede contatti e dialoghi tra i giudici di Stati membri senza specificare come tale rete dovrebbe svilupparsi. In questo, come in altri ambiti, in effetti, le proposte qui esaminate appaiono premature[79]: esse, dunque, possono portare a crisi di rigetto ovvero mettere a rischio il buon funzionamento del sistema europeo sulla giurisdizione e la circolazione delle decisioni, tanto più in un momento di crisi istituzionale ed economica come quello che stiamo vivendo attualmente.

Apprezzabili sono anche le proposte di norme procedurali uniformi, che mirano a rafforzare l'intervento europeo sul diritto na-

---

[76] V. pure Dickinson, *The proposal for a regulation*, cit., p. 3.

[77] In senso contrario v. ad esempio Dickinson, *op. ult. cit.*, p. 4.

[78] V. anche le perplessità di Weber, *Universal jurisdiction and third States*, cit., p. 20. Per Dickinson, *op. ult. cit.*, p. 16, si potrebbe fare piuttosto riferimento alle attività del convenuto all'interno dello Stato.

[79] Kessedjian, *Commentaire de la refonte du règlement n. 44/2001*, cit., p. 1 ss.

zionale, come in materia di contenuto minimo degli atti (v. l'avvertimento al convenuto in merito all'accettazione della giurisdizione "quasi esclusiva")[80], di tempi massimi per la decisione della questione di giurisdizione, di riunione tra le cause connesse pendenti in Stati diversi.

Molte delle proposte della Commissione, infine, attribuiscono al giudice nazionale valutazioni discrezionali. Si avverte qui l'influenza del diritto processuale di *common law*, quasi come contropartita per le "rinunce" di questi anni a seguito degli interventi della Corte di giustizia in materia di *forum non conveniens* ed *antisuit injunctions*.

Aumentare la discrezione del giudice significa sacrificare la certezza e la prevedibilità dei criteri di collegamento generali ed astratti, cercando di individuare il foro più appropriato nel caso concreto. Ciò potrebbe comportare un aumento della litigiosità in punto di giurisdizione, con ricadute negative in termini di costi e di dilazione nella decisione. Inoltre, l'intrinseca "indeterminatezza" di *standard* discrezionali porterà a ridurre il ruolo interpretativo della Corte di giustizia, con una conseguente maggiore libertà di azione per le corti nazionali. Una forza centripeta, dunque, in controtendenza rispetto agli orientamenti sin qui seguiti, ma tutto sommato coerente con la grave crisi istituzionale che in questo periodo sta investendo l'Unione europea.

[80] Franzina, *La garanzia*, cit., p. 154.

BREVI OSSERVAZIONI SULL'APPELLO CON RISERVA DEI MOTIVI

Alessandro Nascosi

Ricercatore dell'Università di Ferrara

SOMMARIO: 1. La *ratio* dell'istituto. – 2. I presupposti per l'esperimento del mezzo di impugnazione. – 3. La struttura dell'appello con riserva dei motivi.

1. *La* ratio *dell'istituto*

Accanto all'appello ordinario da proporsi contro le sentenze pronunciate nei processi di primo grado vertenti su una controversia di cui all'art. 409 c.p.c. (art. 433, comma 1°, c.p.c.), il processo del lavoro conosce l'appello con riserva di motivi, istituto eccezionale nel quadro sistematico dell'intero processo civile. Questo singolare mezzo di impugnazione trova la propria disciplina nell'art. 433, comma 2°, c.p.c., il quale espressamente statuisce che "ove l'esecuzione sia iniziata prima della notificazione della sentenza, l'appello può essere proposto con riserva dei motivi". Tale disposizione, di per sé non esaustiva, va letta in stretto contatto con gli artt. 429 e 431 c.p.c. che, derogando ai canoni del processo ordinario di cognizione, dettano rispettivamente le modalità di pronuncia della sentenza ed il regime di esecutorietà della stessa.

Più nel dettaglio l'art. 429 c.p.c., novellato dalla l. n. 133 del 2008, prevede la lettura del dispositivo al termine dell'udienza di discussione[1],

[1] Sulla problematiche legate alla lettura del dispositivo nel processo lavoristico v. GUARNIERI, *Sulla lettura del dispositivo in udienza nel processo del lavoro*, I e II,

lasciando al giudice del lavoro una duplice possibilità in ordine alla stesura della motivazione della sentenza: provvedere, come regola, all'immediata lettura anche "della esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione", oppure, nelle controversie con un particolare grado di complessità[2], fissare un termine a carattere ordinatorio non superiore a sessanta giorni dalla data dell'udienza di discussione per il deposito della sentenza completa di motivazione. Per quanto qui maggiormente interessa[3], il disposto dell'art. 429, comma 1°, c.p.c., va coordinato con l'appello con riserva dei motivi poiché questo peculiare strumento impugnatorio potrà promuoversi soltanto nel caso in cui il giudice opti per il modello decisorio a motivazione differita. Ed è da credere che i magistrati della sezione lavoro, già gravati da un numeroso carico di cause iscritte a ruolo, faranno largo impiego della possibilità di posticipare la redazione della motiva-

---

in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 220 ss. e 481 ss.; M. Vellani, *Alcune considerazioni in tema di lettura del dispositivo in udienza nel processo del lavoro*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008, p. 121 ss.

[2] È da ritenere che la complessità della questione affrontata nella vertenza di lavoro riguarderà nella maggior parte dei casi una tematica legata al diritto sostanziale, anche se non può escludersi che la complessità attenga ad una questione di carattere processuale.

[3] Correttamente la dottrina ha messo in evidenza che la modifica legislativa del primo comma dell'art. 429 c.p.c., che prevede la possibilità di depositare la sentenza integra della motivazione entro il termine di sessanta giorni, non è stata coordinata con il successivo art. 430 c.p.c., il quale continua a prevedere un termine di quindici giorni per il deposito della motivazione. Lascia poi perplessi il fatto che, se per un verso il legislatore, modificando l'art. 429, comma 1°, c.p.c., ha cercato nuovamente di improntare la fase decisoria ai princìpi di concentrazione, oralità ed immediatezza di chiovendiana memoria ma sovente disapplicati nella realtà giornaliera dei tribunali (constatazione già formulata nel lontano 1934 da Calamandrei, *Le controversie del lavoro e l'oralità*, in *Foro it.*, 1934, IV, cc. 129-130), per altro verso, ha dettato una disposizione indubbiamente più favorevole per il magistrato, il quale ora beneficia della facoltà di rinviare il deposito della motivazione di sessanta giorni. Tuttavia, stante il carattere ordinario di entrambi i termini, non dovrebbero sorgere particolari problemi sul piano applicativo, vista anche l'assenza di sanzioni per il loro mancato rispetto: per ulteriori ragguagli v. Dalfino, *Processo del lavoro: note a prima lettura su alcuni recenti interventi di riforma*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 305 ss., secondo cui, pur nel silenzio del rinnovato art. 429 c.p.c., l'esposizione della motivazione in fatto e diritto dovrà essere "concisa" ai sensi dell'art. 132, n. 4, c.p.c. e 118, comma 2°, disp. att., c.p.c.; Asprella, *La nuova modalità di pronuncia della sentenza nel rito del lavoro*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 133 ss.; Guarnieri, *Dispositivo: adiòs?*, in *Lav. giur.*, 2008, pp. 1116-1117.

zione offerta loro dal riformato art. 429, comma 1°, c.p.c., alimentando così uno spazio per l'appello con riserva dei motivi.

Oltre all'art. 429 c.p.c., l'appello con riserva dei motivi si ricollega – e trova la sua ragione giustificatrice – nel regime di provvisoria esecutorietà prescritto dall'art. 431 c.p.c. che consente al prestatore di lavoro di procedere ad esecuzione forzata sulla base della sola copia del dispositivo munito di formula esecutiva[4] in pendenza del termine per il deposito della sentenza perfezionata con la motivazione[5]. L'appello con riserva dei motivi rappresenta dunque per il

[4] Come noto, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il dispositivo conserva la propria efficacia esecutiva fino all'effettivo deposito della sentenza: Cass., 4 novembre 1995, n. 11157, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1329; Cass., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1464, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2657.

[5] La dottrina configura l'appello con riserva dei motivi come uno strumento diretto a controbilanciare, o meglio a riequilibrare, il potere concesso al lavoratore di avviare l'esecuzione forzata sulla base del solo dispositivo: Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, p. 241, secondo cui l'art. 433, comma 2°, c.p.c., è una norma costituzionalmente necessaria; Montesano, Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1989, p. 254; Vaccarella, *L'esecutività della sentenza di primo grado nel processo del lavoro ed il giudizio di appello*, in Aa.Vv., *Il processo del lavoro nell'esperienza della riforma*, Milano, 1985, p. 297; Tesoriere, *Diritto processuale del lavoro*, Padova, 2007, p. 293; Barone, in Andrioli, Barone, Pezzano, Proto Pisani, *Le controversie in materia di lavoro: Legge 11 agosto 1973, n. 533 e norme connesse*, Bologna-Roma, 1987, p. 808. Va ricordato che, a norma dell'art. 431, comma 1°, c.p.c., tale possibilità è accordata al lavoratore vittorioso in primo grado (e non anche in appello: Cass., 29 maggio 1986, n. 3652, in *Nuova giur. lav.*, 1986, p. 683; Cass., 17 novembre 1980, n. 6136, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 1289) limitatamente ai "crediti" derivanti da un rapporto di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c. Il riferimento ai "crediti" da parte dell'art. 431, comma 1°, c.p.c., ha determinato l'insorgenza di un contrasto di opinioni su come debba essere intesa tale espressione a livello pratico. Parte della dottrina e della giurisprudenza hanno ritenuto, a mio avviso correttamente, che il lavoratore può procedere all'esecuzione sulla base di copia autentica del dispositivo allorquando la sentenza di condanna abbia per oggetto crediti pecuniari (comprensivi anche del risarcimento dei danni originati dal rapporto di lavoro) e obblighi di consegna di cose (v. l'art. 2099, comma 3°, c.c., che prevede la corresponsione della retribuzione in natura o con partecipazione ai prodotti), rimanendo escluse invece le sentenze di condanna ad un *facere* o *non facere*: Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008, p. 288, che ricorda come l'esecutorietà abbracci anche la condanna alle spese a carico del datore di lavoro soccombente; Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, pp. 195-196, 307; Luiso, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, p. 256; Consolo, *sub* art. 431, in Consolo, Luiso, Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p. 534; Ferri, *In tema di esecutorietà della sentenza e inibitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, I, pp. 566-567; Montesano, Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, cit., p. 226;

Comoglio, *L'esecutorietà della sentenza di primo grado in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1997, pp. 130-131; Barone, *Le controversie in materia di lavoro*, cit., p. 812; in giurisprudenza v. Cass., 21 giugno 1985, n. 3738, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1013, con nota di Carrata, *Esecuzione spontanea di condanna esecutiva a un fare infungibile*; Trib. Cosenza, 25 luglio 1986, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1987, p. 403; Trib. Torino, 29 gennaio 1985, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, p. 584, con nota di Vaccarella, *Sulla condanna alla reintegrazione dei cassaintegrati*; Trib. Padova, 2 dicembre 1980, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 716. Altra corrente di pensiero, invece, offre un'interpretazione in senso lato dell'espressione "crediti" utilizzata dall'art. 431, comma 1°, c.p.c., come idonea ad abbracciare ogni situazione di vantaggio del lavoratore che ha "come punto di riferimento passivo un obbligo al compimento di una prestazione" (si pensi per es. ad una sentenza che riconosca al lavoratore una qualifica superiore ovvero dichiari nullo un trasferimento di un dipendente): Proto Pisani, voce *Lavoro (Controversie individuali in materia di lavoro)*, in *Noviss. dig. it.*, *App.*, Torino, 1983, p. 664; E.F. Ricci, *L'esecutorietà della sentenza*, in Riva Sanseverino, Mazzoni (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, IV, Padova, 1975, p. 336; Denti, *La decisione della causa e la sua efficacia; le impugnazioni*, in Genovese (a cura di), *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975, p. 148; Verde, *Diritto processuale civile*, II, Bologna, 2010, p. 349; Perone, *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975, p. 356; De Angelis, *L'esecutività delle sentenze di primo grado in materia di lavoro alla luce della riforma del 1990*, in *Giur. it.*, 1992, IV, p. 405; Vocino, Verde, *Processo del lavoro*, Napoli, 1983, p. 83; Di Nanni, *Il processo del lavoro*, Milano, 1996, p. 226; Casciaro, *L'appello nel rito del lavoro*, supplemento al *Notiz. giur. lav.*, Roma, 1992, p. 87; Monaci, *La "novella" ed il processo del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 170, avanza forti perplessità su un'interpretazione restrittiva dell'espressione "condanna […] per crediti" di cui art. 431, comma 1°, c.p.c.; anche Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, pp. 187-188; in giurisprudenza v. Cass., 26 luglio 1984, n. 4424, in *Arch. civ.*, 1985, p. 720; Pret. Legnano, 19 ottobre 1982, in *Foro it.*, 1984, I, c. 3041; Pret. Padova, 9 luglio 1980, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 715, con nota di Sbaraglio, *Limiti dell'efficacia espansiva dell'art. 336 cod. proc. civ.* Controverso se possa essere promosso appello con riserva dei motivi avverso un provvedimento di reintegra nel posto di lavoro *ex* art. 18 della l. n. 300 del 1970 (c.d. statuto dei lavoratori) del lavoratore illegittimamente licenziato. Un primo indirizzo propende per la soluzione negativa rilevando che il suddetto provvedimento, seppur provvisoriamente esecutivo, come prevede l'art. 18 st. lav., non rientri nella sfera di applicazione dell'art. 431, comma 1°, c.p.c., che riguarda soltanto i crediti pecuniari o le obbligazioni di dare, con la diretta conseguenza che non trova spazio il regime dell'inibitoria contemplato dall'art. 431, comma 3°, c.p.c.: Taruffo, *Problemi in tema di esecutorietà della condanna alla reintegrazione del lavoratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 796; De Angelis, *L'esecutività delle sentenze di primo grado*, cit., p. 404; Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, cit., pp. 202 ss., 308 ss., che, scomponendo i capi condannatori, ritiene invece suscettibile di provvisoria esecutorietà, e dunque di inibitoria *ex* art. 431, comma 3°, c.p.c., la sola parte del provvedimento di reintegra che ordina al datore di lavoro il pagamento delle retribuzioni ed il risarcimento dei danni derivanti dal licenziamento dichiarato illegittimo. Per le medesime ragioni, rimane ferma l'esecutività del decreto, non revocabile né

datore di lavoro soccombente il veicolo per giungere alla sospensione dell'esecuzione anteriormente allo svolgimento del processo di appello qualora la sentenza gli arrechi potenzialmente, come si osserverà nel prosieguo, un gravissimo danno[6].

sospendibile, pronunciato a norma dell'art. 28, commi 1° e 2°, st. lav., fino alla pronuncia della sentenza a séguito dell'instaurarsi del giudizio di opposizione. In giurisprudenza conformemente a questo indirizzo: Cass., 19 maggio 1986, n. 3306, in *Foro it.*, 1987, I, c. 747; Cass., 26 luglio 1984, n. 4424, cit.; Trib. Roma 10 dicembre 1997, *D & L*, 1998, p. 476. Di diverso avviso e pertanto favorevole ad applicare l'inibitoria al provvedimento di reintegra ai sensi dell'art. 18 st. lav.: Proto Pisani, voce *Lavoro (Controversie individuali in materia di lavoro)*, cit., p. 664, che, come osservato poco sopra, interpreta estensivamente la condanna per crediti di cui all'art. 431, comma 1°, c.p.c., come idonea ad includere anche gli obblighi di fare; Perone, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., p. 356. In giurisprudenza v. App. Roma, 30 agosto 2008, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 494; App. Roma, 16 dicembre 2005, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 384; App. Genova (ord.), 19 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2870, con nota di A.D. De Santis; Trib. Torino, 23 ottobre 1980, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1981, II, p. 240. Per quanto concerne le pronunce di condanna a favore del lavoratore aventi ad oggetto diritti diversi dai crediti, la dottrina prevalente ritiene che siano dotate di forza esecutiva a norma dell'art. 282, c.p.c., stante la loro esclusione dall'art. 431, comma 1°, c.p.c., che si riferisce solo alle sentenze di condanna per crediti di lavoro; ne discende che il lavoratore potrà procedere all'esecuzione non in forza del solo dispositivo ma della sentenza completa di motivazione, mentre l'inibitoria seguirà le regole comuni contenute negli artt. 283 e 351 c.p.c.: Tarzia, *Manuale*, cit., p. 293; Luiso, *Il processo del lavoro*, cit., p. 256; Ferri, *In tema di esecutorietà della sentenza e inibitoria*, cit., p. 567; Chiarloni, *Commento all'art. 69*, in Aa.Vv., *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, pp. 282-283; Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari, 2010, p. 43; in senso contrario a questa soluzione v. Proto Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 194, a parere del quale, attraverso un'interpretazione sistematica, tutte le sentenze che pronunciano condanna a favore del lavoratore sarebbero munite di esecutività ai sensi dei primi quattro commi dell'art. 431 c.p.c.; nella stessa direzione anche De Angelis, *L'esecutività delle sentenze di primo grado*, cit., p. 405; Monaci, *La "novella" ed il processo del lavoro*, cit., p. 166 ss.

[6] Tale peculiare strumento si configura come un mezzo facoltativo di impugnazione dal momento che nulla vieta all'imprenditore di attendere la notifica della sentenza integrale per presentare ricorso con l'appello ordinario.

2. *I presupposti per l'esperimento del mezzo di impugnazione*

Analizzata la *ratio* di questo appello non temporaneamente motivato[7], esaminiamo ora i suoi presupposti. L'art. 433, comma 2°, c.p.c., prevede due condizioni affinché possa proporsi appello riservandosi i motivi di impugnazione, ossia che l'esecuzione sia già iniziata a carico del datore di lavoro soccombente e che la sentenza, completa di motivazione, non sia stata ancora notificata[8].

In ordine al primo presupposto, si registra una accesa divergenza di opinioni tra dottrina e giurisprudenza sul significato da attribuire all'espressione "ove l'esecuzione sia iniziata" prescritta dall'art. 433, comma 2°, c.p.c. La dottrina maggioritaria, interpretando in senso ampio il termine "esecuzione" nel quale annovera gli atti preliminari ed il giudizio esecutivo vero e proprio, sostiene che il suo inizio coincida con la notificazione del dispositivo munito di formula esecutiva[9] o dell'intimazione del precetto[10]; tale soluzione esten-

---

[7] È l'espressione impiegata da E.F. Ricci, *L'esecutorietà della sentenza*, cit., p. 350.

[8] Discussa è la natura dell'istituto in esame. Secondo un primo indirizzo, l'appello con riserva dei motivi non potrebbe configurarsi come vera e propria impugnazione, essendo finalizzato alla sola richiesta di sospensione: in questi termini Denti, Simoneschi, *Il nuovo processo del lavoro*, Milano, 1974, p. 173; Perone, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., 386; Tesoriere, *Diritto processuale del lavoro*, cit., p. 293; Di Filippo, *L'appello nel processo del lavoro*, Milano, 1988, p. 43; in giurisprudenza v. Cass., 9 aprile 1992, n. 4330, in *Foro it*., 1993, I, c. 1611; Cass., 2 ottobre 1991, n. 10266, cit. Altra corrente dottrinale individua invece nell'appello con riserva dei motivi un mezzo d'impugnazione in senso stretto, dal momento che tale istituto fa decorrere i termini di cui all'art. 435 c.p.c. per l'instaurazione del contraddittorio: Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, cit., p 241; Sandulli, Socci, *Il processo del lavoro*, Milano, 2010, p. 394; Bove, *Inammissibilità dell'appello con riserva dei motivi e appello incidentale*, in *Giust. civ.*, 1988, I, pp. 1757-1758; Lombardini, *sub* art. 433, in Borghesi (a cura di), *Il processo del lavoro*, IV, Torino, 2005, p. 336. Valorizza il carattere impugnatorio anche Tarzia, *Manuale*, cit., p. 315, che, in modo condivisibile, ricostruisce l'appello in esame come un atto complesso che consta del ricorso e dei motivi depositati in un momento successivo.

[9] Così Tarzia, *Manuale*, cit., p. 298.

[10] Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, cit., pp. 192 e 242; Id., *Dei mezzi di impugnazione nel nuovo processo del lavoro*, in Riva Sanseverino, Mazzoni (a cura di), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, IV, Padova, 1975, p. 353; Vocino, Verde, *Appunti sul processo del lavoro*, Napoli, 1979, p. 84 (ma v. *infra* alla nota n. 12 la mutata opinione di Verde); Luiso, *Il processo del lavoro*, cit., p. 276; Proto Pisani, voce *Lavoro (Controversie individuali in materia di lavoro)*, cit., p. 665;

siva si giustifica, secondo la posizione dottrinale in esame, con la stessa *ratio* dell'appello con riserva dei motivi che è finalizzato a conseguire l'inibitoria dell'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado onde evitare il verificarsi di un gravissimo danno in capo all'imprenditore che proprio l'appello immediato vorrebbe evitare. Se ne è dedotta, pertanto, una lettura correttiva dell'art. 433, comma 2°, c.p.c., facendo leva sul fatto che l'art. 283 c.p.c. accorda alla parte soccombente nei processi a cognizione piena la possibilità di paralizzare l'efficacia esecutiva della sentenza anche in un momento anteriore all'inizio dell'esecuzione forzata. Se così non fosse, a parere di questo indirizzo, si limiterebbe il diritto di difesa del datore di lavoro che rischierebbe di subire un gravissimo danno dall'attuazione del pignoramento, già minacciato attraverso la notifica del dispositivo e del precetto.

Su un versante opposto si colloca invece l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità che dichiara costantemente inammissibile l'appello con riserva dei motivi depositato prima del compimento del primo atto espropriativo (ossia il pignoramento mobiliare, immobiliare o presso terzi)[11] sulla base, quindi, della sola notifica del titolo esecutivo o del precetto. Nonostante le apprezzabili argo-

---

Montesano, Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, cit., pp. 254-255; Vaccarella, voce *Controversie in materia di lavoro, II)*, *Profili processuali*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 38; Tedoldi, *Appunti sul processo del lavoro*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1557; Lombardini, *sub* art. 433, cit., p. 336; Consolo, *sub* art. 431, cit., p. 537; Sandulli, Socci, *Il processo del lavoro*, cit., pp. 393-394; Corea, *sub* art. 433, in Comoglio, Vaccarella (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 2010, p. 1934; Celeste, Asprella, *Il processo del lavoro e previdenziale davanti alla Corte d'appello*, Milano, 2008, p. 97. Tale orientamento ha trovato conferma anche in una parte della giurisprudenza di merito: v. App. Genova (ord.), 19 febbraio 2004, cit.; Trib. Bologna, 25 luglio 1997, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 928; Trib. Como (ord.), 20 luglio 1990, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 299, con nota di Tarzia, *Appello nel processo del lavoro e sospensione dell'esecutività della sentenza*. In arg. v. anche le considerazioni di Buoncristiani, *Presupposti, forma, competenza e modalità di concessione dell'inibitoria* ex *art. 431, c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1990, II, p. 211.

[11] Tra le numerose pronunce di legittimità v. Cass., 31 maggio 2006, n. 13005, in *Mass. Foro it.*, 2006, c.1079; Cass., 6 marzo 2004, n. 4615, ivi, 2004, c. 310; Cass., 11 agosto 2000, n. 10647, in *Lav. giur.*, 2001, p. 83; Cass., 24 giugno 1998, n. 6274, in *Arch. civ.*, 1999, p. 63; Cass., sez. un., 29 marzo 1989, n. 1547, in *Mass. Foro it.*, 1989, c. 249; Cass., 16 luglio 1987, n. 6272, ivi, 1987, c. 1061; Cass., 29 aprile 1988, n. 326, in *Foro it.*, 1989, I, c. 460; Cass., 12 marzo 1983,

mentazioni addotte dalla dottrina prevalente, sembra preferibile la soluzione offerta dalla consolidata giurisprudenza di legittimità che interpreta letteralmente la disposizione "ove l'esecuzione si iniziata" contenuta nell'art. 433, comma 2°, c.p.c., ritenendo necessario un effettivo inizio dell'esecuzione[12]; tale restrittiva interpretazione è infatti conforme alle regole generali in materia esecutiva che configurano l'avvio dell'espropriazione con il pignoramento e non con la notificazione degli atti preliminari che preannunciano l'intento esecutivo del creditore, ma non lo realizzano concretamente. In buona sostanza, il "gravissimo danno" patito dal datore di lavoro a livello economico e richiesto dall'art. 433, comma 2°, c.p.c., per conseguire la sospensione, si verifica solo con l'attuazione del pignoramento e non in un momento anteriore all'avvio dell'espropriazione che rimane solo minacciata con la notifica di meri atti prodromici.

Non sarebbe d'altro canto appropriato attribuire al giudice del lavoro, sul modello di quanto previsto dall'art. 283 c.p.c., il potere di sospendere l'efficacia esecutiva della sentenza di condanna a favore del lavoratore poiché l'art. 431, comma 3°, c.p.c., non conferisce al magistrato una siffatta prerogativa. Il giudizio di lavoro conserva dunque tutte le caratteristiche di un processo speciale con proprie regole le quali, nel caso che qui interessa, richiedono espressamente che l'esecuzione sia già stata intrapresa dal lavoratore. In definitiva, la semplice notificazione del dispositivo-titolo esecutivo o l'intimazione contenuta nell'atto di precetto non risultano di per sé idonee a considerare avviata l'esecuzione forzata. Da un punto di osservazione pratico, poi, l'accoglimento di questo indirizzo interpretativo si presenta maggiormente favorevole per il lavoratore, parte economicamente più debole del rapporto sostanziale, che può procede-

---

n. 1621, in *Mass. Foro it.*, 1983, c. 336; Cass., 8 giugno 1979, n. 3276, in *Foro it*, 1989, I, c. 1998.

[12] Su questa linea minoritaria v. in dottrina Barone, *Le controversie in materia di lavoro*, cit., p. 814; Denti, *La decisione della causa e la sua efficacia*, cit., p. 150, il quale rivela un differente regime dell'inibitoria proposta avverso il dispositivo o contro la sentenza, poiché solo nella prima ipotesi si richiede che sia già stata intrapresa l'esecuzione forzata; Perone, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., p. 384; Verde, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 360; Ianniruberto, *Il processo del lavoro rinnovato*, Padova, 1999, p. 208; Di Filippo, *L'appello nel processo del lavoro*, cit., p. 42.

re all'esecuzione forzata a tutela dei diritti riconosciuti in sentenza qualora alla notifica del dispositivo non corrisponda un adempimento spontaneo dell'imprenditore[13]. Di conseguenza il "gravissimo danno" a fondamento della richiesta di inibitoria dovrà riguardare necessariamente gli atti successivi al pignoramento[14], ed in particolare la vendita forzata o l'assegnazione che, se fossero realizzate, de-

[13] In questo ordine di idee cfr. Verde, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 360; critici sul punto Tarzia, *Appello nel processo del lavoro*, cit., p. 301; Sandulli, Socci, *Il processo del lavoro*, cit., p. 394, i quali, aderendo all'opposto orientamento dapprima esaminato nel testo, rilevano il rischio che un pignoramento, rivelatosi successivamente frutto di errore della decisione di primo grado, determini una illegittima aggressione del patrimonio dell'imprenditore se a quest'ultimo non fosse consentito di presentare appello fin dal momento della notifica del dispositivo-titolo esecutivo.

[14] Il pignoramento, infatti, rende inopponibili verso il creditore procedente (e gli eventuali intervenuti) gli atti di disposizione compiuti dal debitore, ma non preclude l'indisponibilità del bene oggetto dell'ingiunzione, dal momento che, generalmente, viene nominato custode dell'immobile il debitore stesso che, previa autorizzazione del giudice, può continuare ad utilizzare il bene (artt. 559-560 c.p.c.). Qualche perplessità potrebbe sorgere nell'ipotesi in cui il pignoramento incida su beni mobili o crediti dell'imprenditore. Nel primo caso, tuttavia, va tenuto presente che i beni mobili indispensabili per l'esercizio dell'attività lavorativa (o come recita l'art. 515, comma 3°, c.p.c., "gli strumenti, gli oggetti e i libri indispensabili per l'esercizio della professione, dell'arte o del mestiere del debitore") possono essere pignorati solamente se il presumibile valore di realizzo degli altri beni oggetto di pignoramento appaia insufficiente: inoltre il pignoramento dei beni indispensabili per l'esercizio dell'attività lavorativa può avvenire nel ristretto limite di un quinto, che, però, non trova applicazione allorquando il debitore è costituito in forma societaria, ovvero prevale il capitale investito sul lavoro (art. 515, comma 3°, c.p.c.). Verificatosi il pignoramento dei beni indispensabili per l'attività imprenditoriale, va comunque segnalato che sul piano applicativo tendenzialmente il debitore è nominato (con il consenso del creditore) custode delle cose pignorate e, previo provvedimento giudiziale, può essere autorizzato a continuare ad utilizzarle (art. 521, commi 1° e 4°, c.p.c.). Maggiori difficoltà sorgono invece quando il pignoramento ha per oggetto crediti dell'imprenditore verso terzi o somme di denaro depositate presso un istituto di credito, poiché in questi casi il datore di lavoro potrebbe trovarsi nell'impossibilità di impiegare il denaro contante per provvedere ai pagamenti, generandosi così un gravissimo danno per l'impresa che potrebbe comunque essere superato proprio dalla sospensione anche solo parziale dell'esecuzione, conseguibile con la proposizione dell'appello con riserva di motivi. Per ulteriori osservazioni sul punto v. Buoncristiani, *Presupposti, forma, competenza e modalità di concessione dell'inibitoria* ex *art. 431, c.p.c.*, cit., p. 216.

terminerebbero un'uscita definitiva dei beni dal patrimonio del datore di lavoro[15].

Il suddetto restrittivo, ma condivisibile, indirizzo giurisprudenziale è comunque temperato dalla mancata consumazione del potere di impugnare da parte dell'imprenditore, il quale potrà depositare un successivo e rituale appello corredato dai motivi (ovvero avvalersi anche dell'atto di presentazione dei motivi) con contestuale istanza di sospensione, una volta acquisita conoscenza legale della sentenza completa di motivazione[16].

Come osservato poco sopra, il secondo presupposto affinché possa proporsi appello con riserva dei motivi è costituito dalla mancata notifica della sentenza. Tale condizione non desta particolari problemi, dal momento che se il provvedimento conclusivo del giudizio fosse già stato notificato il datore di lavoro verrebbe a conoscenza della sentenza completa di motivazione e non vi sarebbe alcuna necessità di avanzare un appello anticipato. Ne discende che intrapresa dal lavoratore l'esecuzione forzata sulla base di una sentenza pubblicata ma non ancora notificata, il datore di lavoro può promuovere l'appello *ex* art. 433, comma 2°, c.p.c., per coltivare la sospensione, riservandosi di indicare i motivi di gravame nel termine di cui all'art. 434 c.p.c.

---

[15] Onde evitare la declaratoria di inammissibilità, sarà dunque onere del ricorrente depositare contestualmente al fascicolo contenente il ricorso anche il verbale di avvenuto pignoramento.

[16] Cass., 31 maggio 2006, n. 13005, cit.; Cass., 11 agosto 2000, n. 10647, in *Mass. Foro it.*, 2000, c. 1002 ; Cass., sez. un., 13 dicembre 1993, n. 12261, in *Lav. giur.*, 1994, p. 294; Cass., 23 aprile 1992, n. 4877, in *Mass. Foro it.*, 1992, c. 437; Cass. sez. un., 29 marzo 1989, n. 1547, in *Dir. prat. lav.*, 1989, p. 2067. La giurisprudenza richiede, inoltre, il rilascio di una nuova procura al difensore per presentare l'appello ordinario: Cass., 24 giugno 1998, n. 6274, in *Lav. giur.*, 1999, p. 186; Cass., 13 dicembre 1993, n. 12261, cit.; Cass., 23 aprile 1992, n. 4877, cit. In ordine a questo consolidato indirizzo giurisprudenziale, fa notare giustamente Bove, *Inammissibilità dell'appello con riserva dei motivi e appello incidentale*, cit., p. 1758, che la dichiarazione di inammissibilità dovrebbe colpire non tanto l'atto di appello con riserva bensì la richiesta di sospensione.

3. *La struttura dell'appello con riserva dei motivi*

Sotto il profilo procedimentale, l'appello con riserva dei motivi si propone con ricorso e si indirizza alla Corte di appello in funzione di giudice del lavoro del distretto in cui ha sede il Tribunale di primo grado che ha emanato la sentenza di condanna. Sul contenuto del ricorso e sulle modalità del sub-procedimento di questo appello anticipato, la legge non offre alcuna indicazione al riguardo. Ciò nonostante, è indubbio che il ricorso proposto a norma dell'art. 433 c.p.c. deve ricalcare i requisiti prescritti dall'art. 434 c.p.c. per l'appello ordinario, esclusa l'indicazione dei motivi specifici di impugnazione che dovranno essere presentati con una memoria integrativa depositata in cancelleria entro il termine di cui all'art. 434 c.p.c. (trenta giorni dalla notifica della sentenza in Italia, accresciuti a quaranta nel caso di notifica all'estero, ovvero sei mesi dalla pubblicazione della sentenza a norma del novellato art. 327 c.p.c. per i giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della l. n. 69 del 2009). Nel ricorso l'imprenditore deve manifestare la volontà di appellare la sentenza ed, in via preliminare, chiedere la sospensione (anche con atto separato, ma pur sempre incluso nel fascicolo del ricorrente) dell'esecuzione intrapresa, precisando le ragioni di fatto e di diritto che adduce per dimostrare la sussistenza del "gravissimo danno". Infine, il ricorrente deve precisare che si riserva di articolare i motivi entro il termine prescritto dall'art. 434 c.p.c.

Depositato il ricorso[17], il presidente della Corte d'appello, senza necessità di rispettare i termini minimi a difesa previsti dall'art. 435, comma 3°, c.p.c., provvede con decreto a fissare l'udienza in camera di consiglio nella quale si discuterà esclusivamente dell'accoglimento o rigetto dell'istanza inibitoria[18]. Il ricorso ed il pedissequo decre-

[17] Il ricorrente si costituisce depositando in cancelleria della Corte d'appello un fascicolo contenente il ricorso con riserva dei motivi, la procura, i documenti che offre in comunicazione e, seppur la legge non lo richieda espressamente, una copia autentica del dispositivo notificatogli, nonché, aderendo all'interpretazione che ritiene necessario il compimento del primo atto espropriativo, una copia del verbale di avvenuto pignoramento.

[18] Non dovrebbero sussistere dubbi sull'applicabilità, al sub-procedimento di appello con riserva, del disposto contenuto nell'art. 351, comma 3°, c.p.c., il quale prevede che, sussistendo giusti motivi di urgenza, il presidente della corte

to di fissazione dell'udienza vanno notificati in copia autentica ed a cura del ricorrente, all'appellato, il quale potrà depositare (in un termine prefissato dal giudice anteriormente all'udienza o, in mancanza, anche alla medesima udienza) una memoria contenente le sue difese circoscritte alla sola questione inerente la richiesta sospensiva[19].

Se ravvisa la sussistenza di un "gravissimo danno" incombente in capo al datore di lavoro[20], il collegio giudicante dispone la so-

può disporre, con il medesimo decreto di fissazione dell'udienza, la sospensione *inaudita altera parte* che verrà successivamente confermata, modificata, revocata dal collegio all'udienza nel pieno contraddittorio delle parti: Sandulli, Socci, *Il processo del lavoro*, cit., p. 395; De Angelis, *sub* art. 433, in Carpi, Taruffo (a cura di), *Commentario breve al c.p.c.*, Padova, 2009, p. 1499; tale soluzione era già stata sostenuta da Carpi, *L'inibitoria processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 170.

[19] Verde, Olivieri, voce *Processo del lavoro e della previdenza*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1987, p. 258; Vaccarella, voce *Controversie in materia di lavoro*, cit., p. 38.

[20] La nozione di "gravissimo danno" è certamente più stringente rispetto ai "gravi e fondati motivi" di cui all'art. 283 c.p.c. Infatti, in sede di appello con riserva, il giudice si dovrà limitare a comparare la pretesa economica avanzata dal lavoratore con la situazione patrimoniale dell'imprenditore, senza entrare nel merito della fondatezza dell'impugnazione (il c.d. *fumus*) dal momento che il ricorso è privo di ogni motivo di gravame: Montesano, Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, II, Tomo I, Padova, 2002, pp. 310-311; Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2009, p. 88; v. anche le considerazioni di Casciaro, *L'appello nel rito del lavoro*, cit., p. 103 ss., secondo cui il giudice, in occasione della pronuncia sull'inibitoria, potrebbe anche scendere a valutare sommariamente il merito dell'appello; così anche De Angelis, *L'inibitoria nell'appello di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, p. 46 ss. Si è quindi ritenuto che il "gravissimo danno" deve provocare un considerevole pregiudizio economico per il datore di lavoro che rischia di determinare il fallimento dell'azienda, ne mina la sopravvivenza o cagiona una forte compressione dell'attività imprenditoriale, ovvero provoca uno squilibrio o uno sbilanciamento dovuto all'entità dell'esecuzione: Federico, Foglia, *La disciplina del nuovo processo del lavoro. Introduzione e commento alla L. 11 agosto 1973 n. 533*, Milano, 1973, p. 154; Perone, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., p. 366; Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, cit., p. 189. Per altro verso la nozione di "gravissimo danno" è più ampia rispetto al "danno grave e irreparabile" contemplato dall'art. 373 c.p.c., in quanto, secondo parte della dottrina (Proto Pisani, voce *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, cit., p. 665; Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, cit., p. 88; Verde, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 360; Fazzalari, *Appunti sul rito del lavoro*, in *Giur. it.*, 1974, p. 12) l'irreparabilità è esclusa allorquando l'esecuzione colpisca somme di denaro o comunque beni fungibili, poiché la parte vittoriosa in appello può ottenere la restituzione di quanto versato in primo grado che l'ha vista soccombente. Parte della giurisprudenza di merito tende ad escludere che il pericolo di irripetibilità delle somme possa

spensione (in tutto od in parte) dell'esecuzione con ordinanza non impugnabile (neppure *ex* art. 111, comma 7°, cost.[21]) ed il giudizio

costituire il presupposto per conseguire l'inibitoria, dal momento che la provvisoria esecutorietà è prevista *ex lege* in favore del soggetto finanziariamente meno abbiente ed inoltre perché non può presumersi un gravissimo danno in assenza di altri elementi oggettivi e soggettivi che portino a ritenere che il lavoratore, vittorioso in primo grado e poi soccombente in appello, non ottemperi all'ordine di restituzione: App. Roma, 17 dicembre 2001, in *Dir. lav.*, II, 2002, p. 246; App. Firenze, 18 dicembre 2001, ivi, p. 246. In arg. v. però in senso contrario: Trib. Roma, 28 giugno 1999, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 1243; Trib. Lecce, 23 luglio 1993, in *Notiz. giur. lav.*, 1993, p. 769; Trib. Palmi, 29 gennaio 1991, in *Dir. lav.*, 1993, II, p. 485; Trib. Torino, 23 ottobre 1980, cit., che hanno ritenuto sussistere il gravissimo danno sulla base della difficoltà di recuperare le somme versate nell'ipotesi in cui il soccombente in primo grado risulti successivamente vittorioso all'esito del giudizio di appello. Da quanto osservato discende che il giudice investito della domanda di appello con riserva dei motivi gode di un ampio potere discrezionale da esercitare caso per caso in base alle risultanze concrete nel concedere o negare l'inibitoria, tenendo conto sia dell'oggettiva difficoltà economica in cui verrebbe a trovarsi l'azienda in caso di adempimento (si pensi per es. al rischio che il datore di lavoro cessi l'attività produttiva predisponendo una procedura di mobilità ed un conseguente licenziamento collettivo), sia della difficoltà di irripetibilità della somma versata al lavoratore in osservanza della pronuncia di primo grado (si pensi al caso di un lavoratore residente all'estero, od ancora al pericolo di insolvenza in cui potrebbe versare un lavoratore incapiente). In altri termini, la valutazione giudiziale deve considerare, da un lato, il sacrificio in cui incorrerebbe il lavoratore vedendosi frustrata la pronta soddisfazione del proprio credito (di natura *lato sensu* alimentare nell'ottica dell'art. 36 cost.) dall'accoglimento della istanza inibitoria e, dall'altro, il rischio di carattere economico cui andrebbe incontro l'azienda se invece fosse dato corso all'esecuzione del dispositivo favorevole al prestatore di lavoro. Sulla possibilità che l'insolvenza del lavoratore possa determinare, unitamente alla valutazione delle condizioni economiche del datore di lavoro, un "gravissimo danno" in capo all'azienda v. Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, cit., pp. 301-302; De Angelis, *L'inibitoria nell'appello del lavoro*, cit., p. 46. Ma v. *contra* Denti, *La decisione della causa e la sua efficacia*, cit., p. 151; Fazzalari, *Appunti sul rito del lavoro*, cit., p. 12. In arg. v. anche i rilievi di Vaccarella, *L'esecutività della sentenza di primo grado*, cit., p. 312 ss.

[21] Escludono l'impugnazione *ex* art. 111, comma 7°, cost., dell'ordinanza che accorda o nega l'inibitoria: Cass., 25 febbraio 2005, n. 4060, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2376; Cass., sez. un., 3 giugno 1997, n. 4954, in *Mass. giust. civ.*, 1997, p. 909; Cass., 28 marzo 1995, n. 3622, ivi, 1995, p. 705; Cass., 6 novembre 1984, n. 5603, in *Foro it.*, 1985, I, c. 2056, che rilevano l'assenza di decisorietà e definitività dell'ordinanza di sospensione destinata ad operare per tutto il corso del giudizio di secondo grado ed essere poi assorbita dalla sentenza che lo conclude. Ciò nonostante, il carattere di non impugnabilità dell'ordinanza, secondo un orientamento dottrinale, potrebbe essere rivisitato alla luce delle modifiche apportate con la riforma del 2005-2006 all'art. 624, comma 2°, c.p.c., che ora consente di reclamare l'ordinanza sospensiva a norma dell'art. 669-*terdecies* c.p.c. Ai fini del

di lavoro potrà riprendere solo con il successivo deposito dell'atto di integrazione, contenente i motivi di impugnazione, che comporta per il presidente della Corte di appello il dovere di fissare l'udienza di discussione collegiale di cui all'art. 437 c.p.c. con contestuale nomina del giudice relatore[22].

È controverso in dottrina se l'atto di integrazione dei motivi debba assumere le vesti di un nuovo ricorso con tutti i requisiti prescritti per l'atto di appello da depositare in cancelleria e notificare alla controparte[23], ovvero, come sembra preferibile, sia sufficiente il deposito di una memoria limitata ai soli motivi di impugnazio-

---

nostro scritto, nonostante l'art. 431 c.p.c. non abbia subìto alcun mutamento, continuando a sancire la non impugnabilità dell'ordinanza, si è ritenuto di poter estendere in via interpretativa il rimedio del reclamo anche ad altre fattispecie di inibitoria processuale (aventi natura *stricto sensu* cautelare), onde evitare una irragionevole disparità di trattamento tra situazioni assimilabili: Balena, in Balena, Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 114; Marinelli, *La riforma degli artt. 615 e 624 c.p.c. e la reclamabilità delle pronunce rese dal giudice del gravame sulla inibitoria della decisione impugnata*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1009 ss.; Impagnatiello, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, I, Milano, 2010, p. 548 ss., in particolare p. 561, al quale si rinvia per un'ampia disamina della questione. Ritengono invece non estensibile la possibilità di assoggettare ogni inibitoria processuale al reclamo: Negrini, in Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, p. 253 ss.; F. Russo, *L'inibitoria processuale e la sua reclamabilità: problemi vecchi (e nuovi?) in un travaglio normativo di quasi settant'anni*, in *Il giusto proc. civ.*, 2009, p. 610 ss.

[22] In ogni caso, l'accordata sospensione ha carattere parziale in quanto, a mente dell'art. 431, comma 4°, c.p.c., rimane sempre autorizzata l'esecuzione provvisoria in favore del lavoratore per la somma di € 258,23. Come noto la norma era stata pensata dal legislatore per soddisfare le esigenze minime alimentari del prestatore di lavoro. Di per sé la somma appare piuttosto esigua ed inattuale nell'ipotesi in cui il datore di lavoro sopporti un'esecuzione proveniente da un solo lavoratore. Nell'ipotesi di riunione di cause tra loro connesse, il limite delle vecchie lire 500.000 (ora come detto € 258,23) va rapportato ad ognuna delle cause decise anziché al loro totale: E.F. Ricci, *L'esecutorietà della sentenza*, cit., pp. 349-350; Montesano, Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, cit., p. 256; Tarzia, *Manuale*, cit., p. 297, nota 469; Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II, Torino, 2008, p. 280, il quale paventa il rischio che l'imprenditore subisca una pluralità di espropriazioni sulla base di titoli esecutivi aventi per oggetto somme non superiori ad € 258,23. Ma v. *contra* Agnoli, *Il nuovo processo del lavoro*, Bologna, 1974, p. 141, che ritiene il limite delle vecchie 500.000 lire riguardi la complessiva somma dovuta dall'imprenditore e non l'importo di ogni singola causa.

[23] Denti, Simoneschi, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., p. 173.

ne[24]. La memoria integrativa dovrà necessariamente richiamarsi al precedente ricorso con riserva dei motivi e sembra opportuno provvedere alla notifica dell'atto integrativo all'appellato già destinatario dell'appello con riserva unitamente al decreto di fissazione della nuova udienza di discussione[25].

In ultima battuta, nel silenzio del dato normativo, si è ritenuto correttamente che qualora l'atto di integrazione contenente i motivi specifici di impugnazione non sia depositato nei termini dell'art. 434 c.p.c., sulla sentenza di primo grado scenda il giudicato e l'inibitoria eventualmente accordata dal giudice perda i suoi effetti consentendo pertanto al lavoratore vittorioso in primo grado di riprendere l'esecuzione. Allo stesso modo, se l'atto di integrazione è depositato oltre i termini, il giudice provvede a definire l'appello con una declaratoria di inammissibilità previa fissazione dell'udienza in camera di consiglio e contestuale nomina del giudice relatore[26].

---

[24] Tarzia, *Manuale*, cit., p. 315; Luiso, *Il processo del lavoro*, cit., p. 277.

[25] Luiso, *Il processo del lavoro*, cit., p. 277; Verde, *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 361; diversamente sul punto si esprime Barone, *Le controversie in materia di lavoro*, cit., p. 839, secondo cui si deve provvedere alla notifica della memoria soltanto se l'appellato non si è costituito in sede di appello con riserva.

[26] Denti, Simoneschi, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., p. 174; Perone, *Il nuovo processo del lavoro*, cit., p. 386; Casciaro, *L'appello nel rito del lavoro*, cit., p. 98. Fabbrini, *Diritto processuale del lavoro*, cit., p. 255; Tarzia, *Manuale*, cit., p. 315; Luiso, *Il processo del lavoro*, cit., p. 277. In giurisprudenza v. Cass., 2 ottobre 1991, n. 10266, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1214; Cass., 28 dicembre 1983, n. 7639, ivi, 1984, I, c. 56.

IMPATTO DELLA NORMATIVA COMUNITARIA SULL'ORDINE DI ESIBIZIONE E SULLA *DISCOVERY* NELLA TUTELA DEL DIRITTO D'AUTORE

Stefania Polidoro
Dottore di ricerca

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Il caso *Peppermint* e il caso *Promusicae*: un potenziale conflitto fra tutela cautelare d'autore e protezione della riservatezza. – 3. Il provvedimento *ex* art. 156-*bis* della legge sul diritto d'autore, e il problema della sua natura: istruzione preventiva? La *discovery* nel procedimento cautelare. – 4. La legittimazione passiva degli *Internet service provider*: una nuova forma di responsabilità oggettiva?

1. *Cenni introduttivi*

Quella tutelata dal diritto d'autore è una materia che, se è coerentemente descrivibile nei suoi profili generali, nelle sue linee portanti, è comunque storicamente mutevole nella sua concretezza – anzi, le mutazioni sono in qualche modo cronaca – in ragione dell'evoluzione tecnologica, che incide sulle tecniche di produzione e di diffusione. Ne viene che il settore del diritto che la riguarda è un settore in continua evoluzione. E mutano di conseguenza le modalità della tutela e della sua concreta attuazione, adeguandosi al dato di realtà su cui intervenire. In tale scenario l'aspetto internazionalistico è di primo piano; giocano un ruolo assai importante, nell'evoluzione del sistema, convenzioni e accordi internazionali, tradotti con una certa puntualità in normativa interna, convenzioni internazionali (anche risalenti, come Berna, 1886; Ginevra, 1952; Roma, 1961),

su cui si è innestato in anni a noi più vicini l'accordo *Trips*[1] (accordo nel quadro del sistema *Gatt*)[2], e successivamente la c.d. direttiva *Enforcement* (direttiva 2004/48/Ce), avente ad oggetto il rispetto di privativa in generale, realizzato attraverso un ravvicinamento delle legislazioni interne, al fine di assicurare un livello elevato, equivalente ed omogeneo di protezione della proprietà intellettuale nel mercato interno, direttiva che avrà seguito nel nostro paese con il d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140[3].

In esito a queste articolate dinamiche internazionali (complesse, ma abbastanza veloci nel loro recepimento), in Italia si è così introdotta, dalla seconda metà degli anni novanta in poi, una significativa riforma della legge sul diritto d'autore, la cui base sta nella legge n. 633 del 1941: riforma che ha condotto all'introduzione di un inedito apparato di repressione a contrasto del fenomeno della pirateria e a presidio dei produttori e distributori delle opere. Presidio da attacchi di tipo completamente nuovo, per i quali il termine "pirateria" è oramai, più che del metaforico, ai confini del letterale. Quello che è opportuno tener presente è che nella società odierna, connotata dall'essere società della comunicazione e dell'informazione, degli accadimenti comunicati in tempo reale, i nuovi strumenti tecnologici – la rete in primo luogo, e gli apparati digitali di cui pressoché chiunque è in possesso – offrono enormi potenzialità alla riproduzione e trasmissione delle opere dell'ingegno (che "viaggiano" più velocemente nella comunità umana: con i connessi ingenti ritorni economici, fra l'altro), ma al tempo stesso espongono le aspettative e i diritti esclusivi degli autori (e dei produttori) al rischio di un so-

---

[1] Sull'accordo *Trips* (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio), stipulato a Marrakech il 15 aprile 1994 nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (*WTO*), v. Musso, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, Bologna, 2008, p. 8 ss.

[2] L'accordo *Trips* è stato recepito dall'Italia con legge 29 dicembre 1994, n. 747 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1996. A seguito di ciò, la legislazione interna in materia di proprietà intellettuale è stata adeguata all'accordo stesso con la legge 18 agosto 2000, n. 248.

[3] La direttiva *Enforcement*, oltre a riprendere le norme dell'accordo *Trips*, si propone di rafforzare ancor più energicamente a livello europeo la protezione della proprietà intellettuale.

stanziale svuotamento, date le diffuse amplissime possibilità di fruizione abusiva. Due facce di una stessa medaglia, entrambe di proporzioni assai rilevanti.

La constatata "esplosione" dell'ambito di diffusione dell'opera dell'ingegno e la conseguente lievitazione degli interessi economici connessi al diritto d'autore in una società di massa hanno condotto a un fenomeno, comunemente riconosciuto presso gli studiosi, di sostanziale "industrializzazione" del diritto d'autore. Un contesto nuovo e diverso dal passato, dunque, che vede attacchi nuovi e diversi alle prerogative d'autore, con mezzi nuovi e diversi, e in continua trasformazione. Uno scenario che rende sempre più complessa l'opera del legislatore nella predisposizione di tutele contro le violazioni, e degli interpreti e operatori nel "leggerle" e applicarle a una realtà che si presenta in forma di vera e propria frontiera mobile.

L'attuazione della direttiva *Enforcement* pone l'interprete di fronte a taluni aspetti problematici, dei più nuovi e tuttora magmatici, della materia cautelare; si tratta di questioni riguardanti una fenomenologia recentissima, e allo stato di incerto (e raro) inquadramento giurisprudenziale: una fenomenologia che reagisce sul campo di applicazione dell'art. 156-*bis* legge autore. Si tratta, in estrema sintesi, della questione se il soggetto leso da fruizioni abusive di opere musicali da parte di utenti della rete Internet tramite sistemi c.d. di *file sharing* e *peer to peer* possa ottenere dagli *Internet service provider* la comunicazione dei dati identificativi degli utenti medesimi. Una piana lettura dell'art. 156-*bis* l.a. parrebbe consentirlo, ma lo scenario – anche in conseguenza di una pronuncia della Corte di giustizia europea e di un intervento dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali[4] – è complesso: per la presenza di un fattore che si assume ostativo, quale la tutela della *privacy* degli autori degli atti di pirateria. Ci si trova di fronte a una situazione di *impasse*, in un contesto in cui è di fatto in stallo la strumentazione di tutela, mentre si moltiplicano esponenzialmente, di giorno in giorno, le condotte di violazione.

[4] Se ne darà conto nel paragrafo che segue.

2. *Il caso* Peppermint *e il caso* Promusicae*: un potenziale conflitto fra tutela cautelare d'autore e protezione della riservatezza*

Le innovazioni tecnologiche degli ultimi anni, già lo si è osservato, hanno determinato una enorme espansione delle attuali potenzialità di riproduzione e diffusione delle opere dell'ingegno; tutto ciò ha moltiplicato i rischi di fruizione e di utilizzazione abusiva dei beni immateriali e, di riflesso, ha affievolito l'efficacia anche tecnica della tutela normativa.

La riproduzione delle opere dell'ingegno costituisce un'attività oramai immersa in una dimensione spazio-temporale assolutamente inedita, caratterizzata da insolite modalità di comunicazione e dall'esistenza di beni giuridici di nuovo rilievo da proteggere, al punto da doversi constatare, con rammaricato umorismo, che "la proprietà intellettuale è finita nella rete"[5]. Il segno più tangibile del profondo cambiamento che ha riguardato il diritto d'autore è individuabile proprio nei nuovi profili conflittuali. È mutata in quest'ottica anche la tipologia di controversie che vengono instaurate a difesa del diritto d'autore: negli ultimi tempi la giurisprudenza è stata, infatti, chiamata a intervenire su liti innescate sulla base della disposizione di cui all'art. 156-*bis* della legge n. 633 del 1941, di recente introduzione. In particolare, sono stati oggetto di decisione giudiziaria due rilevanti episodi sul fronte euro(ispano)-italiano di conflitto fra diritti d'autore e protezione dei dati personali: si tratta del caso *Peppermint* e del caso *Promusicae*[6]. Le controversie in questione presentano diversi profili di rilievo per la presente indagine: innanzitutto il diritto del soggetto che si assume leso nei propri diritti d'autore a conoscere l'identità di chi ha operato la violazione; insieme, tuttavia, l'esigenza di tutelare, in generale e nei casi specifici, la *privacy* dei soggetti coinvolti; e, ancora, la natura del provvedimento attivabile *ex* art. 156-*bis* (istruzione preventiva?), e i limiti che la rete delle disposizioni convergenti della materia può di fatto imporre alla sua operatività.

---

[5] Spada, *La proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 635.

[6] Anche per ulteriori riferimenti v. Musso, *Diritto d'autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche,* cit., p. 282 ss.

Quanto al caso *Peppermint*, i cui svolgimenti si dipanano attraverso una serie di provvedimenti del Tribunale di Roma[7]: la società Peppermint, titolare dei diritti di sfruttamento di opere dell'ingegno, brani musicali e giochi elettronici, sospettando che tali opere, in violazione dell'art. 16 l.a.[8], fossero state oggetto di *file sharing*[9] o di *peer to peer*[10] (*P2P*) da parte di utenti di Internet, incaricava una società svizzera specializzata in investigazioni di acquisire dati sulla presunta violazione e innanzitutto di identificare gli autori della stessa.

La società d'investigazioni incaricata si inseriva – attraverso un *software* antipirateria (*file sharing monitor*) – nella rete, e individuava e registrava su una apposita banca dati gli indirizzi *IP* (*Internet Protocol*)[11] degli utenti connessi al programma di *peer to peer*, la data, il tempo di connessione ed i *file* condivisi. Una volta individuati gli *IP* dei sospetti autori dell'illecito, la società titolare dei diritti di

[7] I provvedimenti, si tratta di ordinanze, cui si farà qui nel seguito riferimento sono: Trib. Roma, (ord.) 18 agosto 2006; Trib. Roma, (ord.) 9 febbraio 2007; Trib. Roma, (ord.) 5 aprile 2007; Trib. Roma, (ord.) 20 aprile 2007; Trib. Roma, (ord.) 26 aprile 2007; Trib. Roma, (ord.) 14 luglio 2007, tutte pubblicate in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, p. 332, con nota di De Cata, *Il caso* "Peppermint". *Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso* "Promusicae"; Trib. Roma, (ord.) 17 marzo 2008, in *Dir. Internet*, 2008, p. 389, nonché in *Giur. it.*, 2008, p. 7, con nota di Sirotti Gaudenzi, *Violazione della proprietà intellettuale: non è ammesso il provvedimento di* discovery *in caso di* peer to peer. Alcuni dei ricorsi presentati innanzi al Tribunale di Roma sono stati – va precisato – proposti anche da un'altra società, la Techland sp. z.o.o. (con sede a Ostrów Wielkopolski, in Polonia): ma la vicenda è comunemente definita, anche per comodità espositiva, semplicemente come "caso *Peppermint*".

[8] Si tratta, come si è anticipato alla nota precedente, delle società Peppermint Jam Records GmbH e Techland sp. z.o.o.

[9] È lo scambio (o la condivisione) non autorizzato di contenuti protetti dal diritto d'autore.

[10] Il servizio *P2P* basa il suo funzionamento sulla realizzazione di una rete di computer che condividono le rispettive risorse multimediali (documenti, filmati, *file* audio ed immagini), interagendo fra loro in modo diretto e paritario (*peer)*, senza la necessità di *server* intermediari, ma utilizzando semplicemente applicazioni *software* dedicate e non preventivamente organizzate fra loro.

[11] L'*IP*, o più esattamente, *T.C.P./I.P.* (acronimo di *Transmission Control Protocol* e di *Internet Protocol*) ha la funzione di identificare ogni singolo computer in Internet e non può mai essere uguale a un altro; in altre parole l'*IP* è un identificativo assimilabile a un numero telefonico, da cui non si può risalire al titolare se non accedendo ai registri del *provider* in cui i due sono associati.

sfruttamento intimava agli *Internet service provider*[12] che avevano provveduto la connessione alla rete Internet di fornire i dati anagrafici dei titolari dei suddetti *IP*. A séguito del rifiuto di alcuni *provider* di comunicare i suddetti dati, la società agiva in sede cautelare *ex* artt. 156 e 156-*bis* l.a. onde ottenere a carico degli *Internet service provider* reticenti un ordine giudiziale di comunicazione dei dati anagrafici degli autori del lamentato illecito.

La società ricorrente, la Peppermint, aveva proposto vari ricorsi, le relative decisioni – pur univoche nel dichiarare l'ammissibilità dei ricorsi presentati e nel risolvere le questioni preliminari poste all'attenzione dei giudici – hanno avuto un andamento diverso con riguardo al merito delle controversie. Lo strumento processuale utilizzato nei procedimenti dinnanzi al Tribunale di Roma è stato il ricorso cautelare *ante causam*, *ex* artt. 156, 156-*bis* e 163 l. n. 633 del 1941 ovvero *ex* art. 700 c.p.c. La prima ordinanza del 18 agosto 2006 dava ragione alla società Peppermint, e considerava lecita l'intercettazione degli indirizzi *IP* effettuata dalla società svizzera per conto della ricorrente, ritenendo fra l'altro che l'indirizzo *IP* fosse un dato che non poteva essere sottoposto alla tutela della *privacy*; e ordinava pertanto all'*Internet service provider* di fornire i dati anagrafici a cui era riferito ciascun indirizzo *IP*[13]. E di analogo tenore furono pure alcune successive ordinanze[14]. Ma, a seguito della decisione dell'autorità garante per la protezione dei dati personali di costituirsi nei giudizi intentati dalla Peppermint al fine di verificare il rispetto del diritto alla protezione dei dati personali, il tribunale romano, con l'ordinanza del 14 luglio 2007, ribalta il proprio convincimento; in séguito a questo *revirement*, nell'ordinanza si arriva persino, in senso opposto alle precedenti decisioni, ad affermare che "il titolare dei diritti d'autore non ha diritto d'ottenere dal *provider ex* art. 156-*bis* l.a. l'ostensione dei dati anagrafici degli assegnatari de-

---

[12] Gli *Internet service provider* (*I.S.P.*) sono i soggetti tecnologici che garantiscono il collegamento fra la rete telefonica e l'accesso in Internet, fornendo in tal modo l'accesso ad Internet agli utilizzatori.

[13] Trib. Roma, 18 agosto 2006, cit., con nota di De Cata, *Il caso* "Peppermint". *Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso* "Promusicae", cit.

[14] Trib. Roma, 9 febbraio 2007, 5 aprile 2007, 20 aprile 2007 e 26 aprile 2007, cit.

gli indirizzi *IP* che sulla base dei dati raccolti in rete appaiono autori di condotte illecite attraverso piattaforme di *peer to peer*. L'esercizio di tale diritto è precluso dalla vigente disciplina in materia di *privacy* e trattamento dei dati personali, in base alla quale è illecita, in assenza di idonea informativa all'interessato, acquisizione del consenso e notifica al Garante per il trattamento dei dati personali, la raccolta di indirizzi *IP.* Conseguentemente, *ex* art. 11 codice *privacy*, devono ritenersi inutilizzabili nel procedimento di ostensione i dati raccolti, senza che sia invocabile l'art. 24 del codice *privacy*, inapplicabile alla fattispecie. In ogni caso sul diritto all'ostensione dei dati a tutela del diritto d'autore prevarrebbe il diritto alla *privacy* dell'utente"[15]. Il Tribunale di Roma, successivamente, nel decidere un'altra controversia fra diversi soggetti, ha, fra l'altro, statuito che "posto che, alla luce della disciplina comunitaria, la tutela delle persone fisiche è prevalente rispetto alle esigenze probatorie di un giudizio civile teso all'accertamento della lesione del diritto di sfruttamento economico del diritto d'autore, deve escludersi l'applicabilità dell'art. 156-*bis* l. n. 633 del 1941, in tema di identificazione dei soggetti implicati nell'illecito"[16].

Nella giurisprudenza del Tribunale di Roma, e precisamente nelle varie pronunce nelle quali il tribunale ha affrontato la vicenda, dunque, al totale accoglimento delle domande della società Peppermint che ha caratterizzato i primi provvedimenti, si è andato sostituendo un orientamento più restrittivo sotto il profilo della comunicazione dei dati personali. Sotto questo aspetto, peraltro, le motivazioni addotte dalle decisioni di cui si tratta sono piuttosto disomogenee. In alcuni provvedimenti, infatti, la ragione del divieto di trattamento dei dati personali degli utenti è stata ricondotta essenzialmente all'impossibilità per il giudice civile di adottare provvedimenti come quelli richiesti, provvedimenti che sarebbero, al contrario, nei poteri del giudice penale. Nelle ultime ordinanze, invece, il motivo del divieto è stato individuato nelle norme della legislazione di settore delle comunicazioni elettroniche, che impedirebbero il trattamento dei dati personali degli utenti per motivi connessi alla

[15] Trib. Roma, 14 luglio 2007, cit.
[16] Trib. Roma, 22 novembre 2007, in *Foro it.*, 2008, V, c. 1329.

tutela di posizioni giuridiche soggettive di interesse privato e di natura patrimoniale, in una logica di contemperamento degli interessi stabilito dalla legge e ritenuto ragionevole ed equilibrato dalla Corte costituzionale. Questo orientamento è coerente – come si vedrà – con l'opinione espressa dall'avvocato generale Kokott nel caso *Promusicae*, deciso dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (caso C-275/06), che sarà successivamente qui esaminato.

In data 17 gennaio 2008, il Garante per la protezione dei dati personali ha emesso un provvedimento con cui è stato disposto che "i fornitori non possono corrispondere a eventuali richieste riguardanti i dati personali formulate nell'àmbito di una controversia civile, amministrativa e contabile"[17]. L'istruttoria del Garante sul caso *Peppermint* si è conclusa dunque con l'intimazione ai soggetti interessati del divieto di trattamento dei dati anagrafici dei soggetti ritenuti responsabili di essersi impossessati abusivamente tramite reti *peer to peer* di opere protette dal diritto d'autore; il Garante ha altresì ordinato di provvedere alla cancellazione di quei dati entro il 31 marzo 2008.

Anche la Corte di giustizia si è pronunciata[18] su un caso analogo a quello esaminato dal Tribunale di Roma. La materia del contendere, così come è stata presentata alla Corte di giustizia dell'Unione europea, attiene alla compatibilità della legge spagnola con la trama di direttive comunitarie relative a commercio elettronico, proprietà intellettuale e protezione dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche, e si incentra sul quesito relativo alla sussistenza o meno di una imposizione comunitaria agli Stati membri di istituire un obbligo di comunicare dati personali per garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore nel contesto del procedimento civile.

La controversia da cui è scaturita la domanda al giudice comunitario si era instaurata in Spagna tra una associazione senza scopo

---

[17] Il provvedimento è rubricato *Conservazione dei dati di traffico: misure e accorgimenti a tutela dell'interessato in attuazione dell'art. 132 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196*, ed è pubblicato in *Gazz. Uff.* n. 30 del 5 febbraio 2008.

[18] Corte giust., 29 gennaio 2008, C-275/06, in *Riv. dir. ind.*, 2008, p. 388, con nota di De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, cit.

di lucro (Promusicae) e una compagnia telefonica (Telefónica), che si era rifiutata di comunicare alla prima l'elenco dei dati personali relativi a utenti che avevano scaricato dei *file* musicali di cui la Promusicae deteneva i diritti patrimoniali. In particolare, Promusicae aveva chiesto di ingiungere a Telefónica di rivelare l'identità e l'indirizzo fisico di talune persone alle quali quest'ultima aveva fornito un servizio di accesso ad Internet e il cui indirizzo *IP*, nonché la data e l'ora di connessione, erano noti. Secondo Promusicae, tali persone utilizzavano un programma di scambio di archivi (*peer to peer* o P2P che dir si voglia) denominato *KaZaA* e consentivano il reciproco accesso, nelle cartelle condivise del loro computer, a fonogrammi i cui diritti patrimoniali di utilizzo spettano ai soci della Promusicae.

Il giudice adito (il *Juzgado de lo Mercantil* n. 5 di Madrid) accoglieva con ordinanza la domanda di accertamenti preliminari; contro quell'ordinanza si è opposta la Telefónica sostenendo, fra l'altro, che la richiesta non trovasse riscontro normativo in quanto avente ad oggetto un procedimento civile, mentre la trasmissione dei dati richiesti è consentita esclusivamente nell'ambito di una indagine penale o per la tutela della pubblica sicurezza e della difesa nazionale.

Il giudice spagnolo ha reputato opportuno sospendere il procedimento sottoponendo alla Corte di giustizia come questione pregiudiziale se uno Stato membro possa limitare la conservazione e la comunicazione dei dati "sulle connessioni ed il traffico generati dalle comunicazioni effettuate durante la prestazione di un servizio della società dell'informazione […] solo all'àmbito delle indagini penali o della tutela della pubblica sicurezza, escludendone i processi civili.

A tal proposito il governo italiano, in merito alla ricevibilità della questione, ha fatto presente che occorre distinguere due ipotesi: la prima relativa alla interpretazione di una norma comunitaria – materia di competenza della Corte di giustizia europea –, la seconda riguardante la interpretazione di una disposizione nazionale di competenza dei giudici nazionali e non della Corte. La indicazione del governo italiano nel senso della non ricevibilità non è stata comunque accolta, in quanto la Corte ha ritenuto l'esito della controversia dipendente dalla interpretazione della normativa comunitaria, preliminare rispetto alla interpretazione dell'art. 12 della legge spagnola sui servizi della società dell'informazione e sul commercio elettronico.

Il giudice comunitario ha inquadrato la disputa all'interno di una cornice normativa comprendente il diritto internazionale, il diritto comunitario e il diritto interno dello Stato membro (*id est*, la Spagna). La questione preliminare è stata enunciata dalla Corte nei termini che seguono: "il giudice del rinvio chiede […] se il diritto comunitario […] vada interpretato nel senso (di imporre) agli Stati membri di istituire, al fine di garantire l'effettiva tutela del diritto d'autore, l'obbligo di comunicare taluni dati personali nel contesto di un procedimento civile". E in proposito la Corte di giustizia ha chiarito che il diritto comunitario non impone, ma neppure vieta, che gli Stati membri delineino, anche con riferimento alla tutela della proprietà intellettuale in sede giudiziaria civile, un'eccezione alle disposizioni che garantiscono la riservatezza dei dati personali anche nell'ambito delle comunicazioni elettroniche. L'avvocato generale Kokott si era, d'altro canto, già espresso in questo senso nelle proprie conclusioni del 18 luglio 2007 (par. 112)[19], affermando che "allo stato attuale del diritto comunitario gli Stati membri hanno tuttavia facoltà ai sensi dell'art. 15, n. 1, terza e quarta alternativa, della direttiva n. 2002/58/Ce, di prevedere che i dati personali sul traffico siano comunicati alle autorità statali, ai fini di consentire sia i procedimenti penali, sia i procedimenti civili intentati per violazione del diritto d'autore a causa di condivisione degli archivi. Essi non sono tuttavia tenuti a farlo".

Ad avviso della Corte va in particolare verificato se la direttiva n. 58 del 2002 preveda o meno che gli Stati membri possano imporre l'obbligo "di comunicare dati personali che consentano al titolare di tale diritto di avviare un procedimento civile fondato sulla esistenza del diritto stesso". La Corte ha dunque concentrato la propria attenzione sul richiamo effettuato dall'art. 15 n. 1 della direttiva n. 2002/58/Ce, all'art. 13 n. 1 della direttiva n. 1995/46/Ce, sottolineando che tale disposizione "autorizza gli Stati membri a adottare disposizioni intese a limitare la portata dell'obbligo di riservatezza dei dati personali qualora tale restrizione sia necessaria, tra l'altro, per la tutela dei diritti e delle libertà altrui". E ha statuito che "il diritto comunitario richiede che detti Stati, in occasione della trasposizione

[19] Le si veda in *Riv. dir. ind.*, 2008, p. 367 ss.

di tali direttive, abbiano cura di fondarsi su una interpretazione delle medesime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario. Inoltre, in sede di attuazione delle misure di recepimento delle dette direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su una interpretazione di esse che entri in conflitto con detti diritti fondamentali o con altri princìpi generali del diritto comunitario, come, ad esempio, il principio di proporzionalità". Il giudice europeo dunque da un lato ha richiamato le corti nazionali a un'interpretazione delle disposizioni di diritto interno di recepimento delle direttive comunitarie conforme al diritto comunitario; e dall'altro, a una interpretazione delle direttive stesse che ne adegui il significato alla protezione dei diritti fondamentali e ai principi generali del diritto comunitario, quale quello di proporzionalità: rimettendo di fatto al giudice nazionale, in sede di ricostruzione del sistema, di effettuare il bilanciamento fra gli interessi in conflitto e dunque fra l'interesse alla protezione del diritto d'autore quale diritto di proprietà intellettuale e il diritto alla protezione dei dati personali. È stato osservato che tali princìpi, che si impongono ai legislatori e ai giudici di tutti i paesi dell'Unione[20], dovrebbero in futuro scoraggiare pericolose tentazioni di autotutela in materia di diritto d'autore[21]. In dottrina si è ritenuto che se la tecnologia digitale minaccia la proprietà intellettuale, essa minaccia in modo ancor più preoccupante i diritti fondamentali dell'individuo, come la *privacy*, la libertà di pensiero e la libertà di comunicazione[22].

Nel solco della sentenza della Corte di giustizia, il Tribunale di Roma con ordinanza del 17 marzo 2008[23] ha deciso un ulteriore ricorso proposto da Peppermint, stabilendo che "non può essere disposta la *discovery* sui dati personali degli utenti di un servizio di *files sharing* laddove sia assunta la commissione di un illecito ci-

---

[20] Per tutti, Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, p. 119 ss.

[21] De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, cit., p. 448.

[22] Caso, *Il conflitto fra* copyright *e* privacy *nelle reti* peer to peer*: in margine al caso* Peppermint*. Profili di diritto comparato*, in *Dir. Internet*, 2007, p. 476.

[23] Trib. Roma, 17 marzo 2008, cit.

vile, necessitando – ai fini della legittima misura – la commissione di un fatto di reato". Il Tribunale si è soffermato su errori presumibilmente commessi dal legislatore comunitario con riferimento alla versione in lingua italiana della direttiva n. 2001/29/Ce[24], e sulle inesattezze imputabili al legislatore nazionale in sede di attuazione e recepimento della direttiva comunitaria in tema di *enforcement* dei diritti di proprietà intellettuale. In particolare, la parte ricorrente aveva eccepito che la presenza del termine "inibitoria" (art. 8.3 della direttiva 2001/29/Ce), anziché del termine di "ingiunzione", sarebbe stato frutto di un errore di traduzione. Con riferimento al problema relativo all'espressione utilizzata dal legislatore comunitario nella versione italiana della direttiva, il Tribunale ha richiamato quanto già affermato in diverse occasioni dalla Corte di giustizia, e cioè che in caso di difformità fra le diverse versioni linguistiche di un testo comunitario, la disposizione di cui è causa deve essere intesa in funzione del sistema e della finalità della normativa di cui fa parte[25]. L'autorità giudiziaria ha ricordato che l'art. 8.3 della direttiva n. 2001/29/Ce prevede che gli Stati membri assicurino che i titolari dei diritti possano chiedere un "provvedimento inibitorio" nei confronti degli intermediari i cui servizi siano stati utilizzati da terzi per operare violazioni dei diritti d'autore o dei diritti connessi. Si è affermato, rilevando comunque un contrasto fra le diverse versioni linguistiche della direttiva, che la locuzione "provvedimento inibitorio" utilizzata nella versione italiana debba essere considerata sinonimo dei termini "*injunction*" e "*ordinance*". Sulla scorta della decisione della Corte di giustizia, il tribunale ha dunque affermato che il legislatore nazionale, attuando tutte le direttive in materia, ha effettuato la scelta di limitare al caso di illeciti penali le deroghe alle disposizioni poste a presidio della riservatezza, senza estenderle al caso di illeciti civili; scelta compatibile con il diritto comunitario come interpretato dalla Corte di giustizia. L'ordinanza del tribunale capitolino, in con-

[24] Alla direttiva di cui sopra è stata data attuazione mediante il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68.

[25] Corte giust. Ce, 9 marzo 2000, causa C-437/97, *EKW e Wein & Co*, in *Racc.*, 2000, I, p. 1157, punto 42; Corte giust. Ce, 1° aprile 2004, causa C-1/02, *Borgmann*, in *Racc.*, 2004, I, p. 3219, punto 25; Corte giust. Ce, 3 aprile 2008, in www.dirittoeuropeo.it.

clusione, nel rigettare il ricorso, afferma che l'esecuzione dell'ordine di *discovery* si risolverebbe in una comunicazione dei dati personali dei consumatori senza alcun consenso di coloro che operano sulla rete sulla presunzione di anonimato. La misura violerebbe, pertanto, il diritto alla riservatezza dei medesimi.

3. *Il provvedimento* ex *art. 156*-bis *della legge sul diritto d'autore, e il problema della sua natura: istruzione preventiva? La* discovery *nel procedimento cautelare*

Sembra il caso a questo punto di soffermarsi sulla natura – ad oggi ancora dai confini incerti – del provvedimento di cui all'art. 156-*bis* l. n. 633 del 1941; si potrebbe infatti trattare di uno strumento cautelare di nuovo conio dalla fisionomia non netta nei suoi profili, ma di indubbio interesse.

L'art. 3 del d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, nel dare attuazione all'art. 6 della direttiva sull'*enforcement*, che, a sua volta, recepisce nel nostro ordinamento la disposizione contenuta nell'art. 43, comma 1, dell'accordo *Trips*, come già si è detto, ha inserito nella legge n. 633 del 1941 il nuovo art. 156-*bis*, il cui primo comma consente alla parte che "abbia fornito seri elementi dai quali si possa ragionevolmente desumere la fondatezza delle proprie domande ed abbia individuato documenti, elementi o informazioni detenuti dalla controparte che confermino tali indizi" di "ottenere che il giudice ne disponga l'esibizione oppure che richieda le informazioni alla controparte".

Con la disposizione di cui si tratta è stata introdotta una forma speciale di tutela dei diritti di proprietà intellettuale e industriale, con cui si offre al soggetto che ha subìto la violazione la possibilità di acquisire dalla controparte elementi e informazioni materiali rilevanti sul piano probatorio, ai fini del più efficace e pronto riconoscimento del diritto leso; si prevede così la possibilità di obbligare il soggetto che direttamente o indirettamente risulti coinvolto nella condotta illecita e lesiva a esibire i dati e le informazioni in suo pos-

sesso, relative anche ai soggetti ulteriori che siano coinvolti nel medesimo illecito.

Lo strumento di cui all'art. 156-*bis* l.a., inteso alla raccolta degli elementi di prova, e assimilabile in qualche modo alla *discovery* del diritto anglosassone[26], può essere ricondotto quantomeno astrattamente agli artt. 210-213 c.p.c., cioè a quelle disposizioni che disciplinano l'esibizione delle prove e che comprendono sia l'ordine di esibizione, sia la richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione. Fermo restando che il nuovo istituto, rispetto all'esibizione, conferisce possibilità ben più ampie di ricerca della prova[27]. La disposizione di cui all'art. 156-*bis* l.a., proprio in virtù del fatto che è sostanzialmente diretta a ottenere una collaborazione del convenuto per il "raggiungimento del fine di giustizia"[28], solleva comunque qualche problema di inquadramento nel nostro sistema giuridico. In forza del principio che si vuole riassumere nel brocardo *nemo contra se detegere tenetur*, non è infatti possibile, in linea di principio, che un soggetto collabori per giungere a un risultato processuale che possa essergli sfavorevole; ciò a differenza di quanto avviene nei paesi di *common law*, ove vige l'opposto principio e il convenuto ha un obbligo di collaborazione diretto a fare in modo che il giudice possa decidere conformemente alla verità.

C'è chi ha sostenuto che l'art. 156-*bis* l.a. sembrerebbe riferirsi al giudizio di merito, mentre non farebbe alcun riferimento all'impiego della *discovery* nel procedimento cautelare[29]: così è stato da più voci – in dottrina e in giurisprudenza – ritenuto con riguardo al processo industrialistico[30]. Ciò sull'assunto che la *discovery* sia uno

---

[26] Ragonesi, *Le nuove norme processuali in tema di diritto d'autore introdotte dal d.lgs. 140/2006, di recepimento della direttiva n. 48/2004*, in *Dir. aut.*, 2006, p. 452.

[27] Sul rapporto fra l'art. 156-*bis* e gli artt. 210-213 c.p.c. si avrà modo di tornare nelle pagine che seguono.

[28] Ragonesi, *Le nuove norme processuali in tema di diritto d'autore introdotte dal d.lgs. 140/2006, di recepimento della direttiva n. 48/2004*, cit., p. 452.

[29] Ragonesi, *Le nuove norme processuali in tema di diritto d'autore introdotte dal d.lgs. 140/2006, di recepimento della direttiva n. 48/2004*, cit., ivi.

[30] Scuffi, Franzosi, Fittante, *Il codice della proprietà industriale*, Padova, 2005, p. 542; Salafia, *Osservazioni conclusive*, in *Adeguamento della legislazione nazionale agli accordi TRIPs e procedimenti cautelari in materia di proprietà industriale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 44; così anche Trib. Torino 26

strumento diretto a soddisfare le esigenze probatorie della causa di merito, e che sia estranea al procedimento cautelare fondato sul *fumus*, in quanto questo rappresenta un *minus* "rispetto ai seri indizi di fondatezza che giustificano l'integrazione della prova a carico della parte non onerata secondo la regola anglosassone"[31]. È stato affermato inoltre che il titolare di un diritto di proprietà intellettuale violato non possa ricorrere al procedimento cautelare unicamente per ottenere informazioni sui dati necessari per risalire agli autori della violazione, che possono essere acquisite solo nella fase istruttoria[32]. Queste considerazioni troverebbero ulteriore conferma nell'introduzione della regola della tendenziale stabilità delle misure cautelari anticipatorie; e, alla luce di essa, si ritiene che l'acquisizione preventiva di tali elementi non avrebbe alcuna utilità se successivamente al cautelare non venisse instaurato un giudizio di merito[33]. A parere di chi scrive la conclusione non può essere così drastica, in quanto il mezzo di prova raccolto nel giudizio cautelare, anche se non seguìto dal giudizio di merito, ben potrebbe essere utilizzato quale prova atipica in un successivo processo.

La seconda parte del comma 1° dell'art. 156-*bis* l.a. stabilisce che la parte possa "ottenere altresì che il giudice ordini alla controparte di fornire elementi per l'identificazione dei soggetti implicati nella produzione dei prodotti o dei servizi che costituiscono violazione dei diritti di cui alla presente legge". Questa disposizione reca, rispetto alla prima parte dell'articolo in esame, una vera e propria *discovery* repressiva, prevista dall'art. 47 dell'accordo *Trips* e dall'art. 8 della direttiva *Enforcement*. Si tratta di uno strumento diretto ad acquisire elementi probatori per perseguire i soggetti implicati nella violazione.

La questione della natura del provvedimento *ex* art. 156-*bis* l.a, già affrontata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione alla

---

novembre 2003 (ord.), in *Il dir. ind.*, 2004, p. 228, che ha escluso l'applicabilità della *discovery* nel giudizio cautelare proprio perché quest'ultimo è caratterizzato da una pregnanza probatoria più sfumata.

[31] Salafia, *Osservazioni conclusive*, cit., p. 44.

[32] Salafia, *Osservazioni conclusive*, cit., *ibidem*.

[33] Ragonesi, *Le nuove norme processuali in tema di diritto d'autore introdotte dal d.lgs. 140/2006, di recepimento della direttiva n. 48/2004*, cit., p. 452.

regola parallela di diritto industriale[34], è stata presa in considerazione, nella materia del diritto d'autore, all'indomani della sua introduzione nel nostro ordinamento. In particolare, si è esaminato il problema della qualificazione dell'azione *ex* art. 156-*bis* l.a. e di quello, strettamente connesso al primo, dell'ammissibilità *ante causam* della relativa azione nei confronti dell'attore e nei confronti del terzo.

In dottrina si è ritenuto che la giurisprudenza investita di controversie promosse al fine di ottenere che il giudice ordini alla controparte di fornire le indicazioni di cui all'art. 156-*bis* l.a. non abbia accordato al tema della qualificazione della relativa azione approfondimento adeguato[35]: si è rilevato infatti che quando non si sia data per scontata la natura cautelare del provvedimento di cui si tratta, la questione dell'ammissibilità della domanda risulta comunque affrontata con motivazioni assai poco persuasive[36]. Il Tribunale di Roma[37] ha offerto una visione costituzionalmente orientata della tutela cautelare: prendendo le mosse dal fatto che la tutela cautelare è espressione del principio di azione e di difesa di cui all'art. 24 cost., si è ritenuto che tutti i diritti azionabili in via ordinaria lo siano altresì in via cautelare, salva una loro incompatibilità ontologica con la tutela anticipatoria; e sulla base di questa considerazione si è pure affermata la natura cautelare del provvedimento di cui si tratta[38]. In

---

[34] Si tratta dell'art. 121 codice della proprietà industriale.

[35] De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, cit., p. 404 ss.

[36] Così, ad esempio, Trib. Roma, cit., p. 343, su cui cfr. la nota critica di De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, cit. Nell'ordinanza citata si legge che "per quanto riguarda il requisito del *periculum in mora* appare evidente che nelle more del giudizio ordinario la condotta illecita degli utenti che hanno violato i diritti di esclusiva della ricorrente verrebbe reiterata infinite volte con grave pregiudizio, e tale considerazione induce altresì a ritenere del tutto ammissibile il ricorso alla tutela d'urgenza, considerato che la natura di azioni di accertamento di cui all'art. 156 e 156-*bis* legge 633/1941, non osta di per sé, contrariamente a quanto ritenuto dalla resistente, alla possibilità di azionare un ricorso *ex* art. 700 c.p.c., sempre ammissibile, anche in caso di azioni di accertamento strumentali ad una successiva azione di merito nei confronti dei trasgressori, qualora il tempo occorrente per far valere in un successivo giudizio un proprio diritto in via ordinaria possa pregiudicarlo irrimediabilmente".

[37] Trib. Roma, 5 aprile 2007 (ord.), cit., con nota di De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, cit.

[38] Trib. Roma, sezione specializzata in materia di proprietà industriale e intellettuale, 5 aprile 2007 (ord.), cit., con nota di De Cata, *Il caso "*Peppermint*"*.

dottrina vi è chi ha mostrato serie perplessità rispetto a quest'ultimo orientamento, in quanto nella vicenda della cui soluzione la giurisprudenza era stata investita, non soltanto la tutela cautelare era invocata non verso l'autore o il corresponsabile dell'illecito, bensì nei confronti di un terzo che non aveva alcuna responsabilità in merito alla violazione lamentata[39], ma la cautela stessa veniva ritenuta strumentale ad una pronuncia che difficilmente avrebbe potuto essere resa come provvedimento finale nel giudizio di cognizione. Si sono espressi in dottrina dubbi[40] anche in ordine a una decisione che ha ritenuto la natura più propriamente inibitoria del provvedimento di cui si tratta[41]. In particolare, nella fattispecie l'organo giudicante ha affermato che la richiesta di ostensione dei dati degli autori dell'illecito avanzata in via d'urgenza sarebbe stata strumentale all'inibizione dell'illecito, in quanto solo attraverso la punizione degli autori sarebbe possibile impedire la prosecuzione o la reiterazione dell'attività vietata. Ma l'orientamento della dottrina circa la funzione della comunicazione dei dati degli autori dell'illecito è nel senso di considerare l'ostensione come un mezzo per identificare questi ultimi onde promuovere nei confronti degli stessi un'azione di risarcimento, e non come un mezzo per interrompere o prevenire l'illecito[42]; e, in ogni caso, pur volendosi classificare come cautelare l'azione di cui all'art. 156-*bis* l.a., nella fattispecie decisa dalla sezione specializzata (in materia di proprietà industriale e intellettuale) del Tribunale di Roma con ordinanza del 9 febbraio 2007 in merito al caso *Peppermint*, il requisito del *periculum in mora* sarebbe stato insussistente. Si è pure ipotizzato in questa pronuncia che il provvedimento di cui all'art. 156-*bis* l.a., in quanto finalizzato ad acquisire al processo

*Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, cit.

[39] Si sarebbe ammessa in tal modo "una deroga non motivata al principio di coincidenza nel procedimento cautelare e in quello di merito della legittimazione ad agire e a contraddire": così De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, cit., p. 412.

[40] De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, cit., p. 412.

[41] Trib. Roma, 9 febbraio 2007 (ord.), in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, p. 336, con nota di De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, cit.

[42] De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, cit., p. 413.

elementi di prova diretti a identificare gli autori della violazione, abbia natura di provvedimento istruttorio e che, in quest'ottica, l'invocazione *ante causam* dell'ordine *ex* art. 156-*bis* l.a. avrebbe potuto trovare la propria ragione nella necessità di non disperdere mezzi di prova e, dunque, come richiesta di provvedimento d'istruzione preventiva[43]. Con ordinanza del 20 aprile 2007[44], sempre in relazione al caso *Peppermint*, la sezione specializzata del Tribunale di Roma, pur ribadendo la funzione strumentale all'azione di cui all'art. 156-*bis* l.a., ne ha ammesso l'esercizio in via autonoma e anticipata proprio in forza dell'urgenza non già di prevenire o interrompere l'illecito, ma di acquisire prove di cui avvalersi nel successivo giudizio di merito, "urgenza individuabile, pur nel silenzio del provvedimento, nel limite di tempo in cui il *provider* è tenuto alla conservazione dei dati degli *user*, limite oltre il quale l'ordine in sede di istruzione probatoria sarebbe potuto diventare ineseguibile"[45].

In proposito, occorre altresì ricordare che c'è in dottrina chi – anche alla luce degli accordi *Trips* e della direttiva *Enforcement* – ha posto in dubbio la riconducibilità dello strumento di cui all'art. 156-*bis* l.a. all'ambito delle misure d'istruzione preventiva, ritenendo che tale provvedimento possa essere concesso unicamente con l'ordinanza ammissiva delle prove in sede di merito[46].

A parere di chi scrive, il provvedimento di cui all'art. 156-*bis* l.a. ben può essere ricondotto nell'alveo del procedimento d'istruzione preventiva in quanto esso svolge la funzione di acquisire – e non sembrano esservi ostacoli a che ciò avvenga appunto anche *ante causam* – gli elementi di prova riguardanti la violazione.

Pare il caso a questo punto di passare in rassegna, sia pure brevemente, gli altri commi della disposizione: il comma 2 di tale articolo, in relazione a violazioni commesse "su scala commerciale",

---

[43] De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, cit., p. 413.

[44] Cfr. Trib. Roma, sezione specializzata in materia di proprietà industriale e intellettuale, 20 aprile 2007 (ord.), cit., p. 348, con nota di De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*.

[45] De Cata, *op. ult. cit.*, p. 414.

[46] Spolidoro, *La tutela della proprietà intellettuale: l'evoluzione del diritto italiano e del diritto europeo*, in *Studi in onore di Gerard Schricker*, *Quaderni Aida*, 2005, p. 247.

prevede la possibilità che il giudice disponga, a richiesta di parte, l'esibizione della documentazione bancaria, finanziaria e commerciale che si trova in possesso della controparte. Analoga disposizione è stata introdotta dall'art. 14 del d.lgs. n. 140 del 2006, attraverso l'inserimento di un comma 2-*bis* nell'art. 121 del d.lgs. n. 30 del 2005, al fine di rendere omogenee sul punto la tutela offerta in materia di diritto d'autore e quella in materia di diritto industriale. Con la disposizione di cui si tratta si è introdotta una distinzione, certamente opportuna, fra le violazioni individuali, e cioè quelle ipotesi in cui il soggetto che ha posto in essere la violazione si è limitato ad esempio a un'opera ovvero a poche copie per fini personali, e le violazioni su scala commerciale. Con la locuzione "scala commerciale" il legislatore ha inteso riferirsi a fenomeni di produzione inseriti in una rete di distribuzione; il concetto in questione resta comunque, secondo l'opinione espressa in dottrina, piuttosto evanescente nei suoi contorni e spetterà alla giurisprudenza riempirlo di contenuto[47].

Il terzo comma dell'art. 156-*bis* l.a. prevede che il giudice, nel disporre l'esibizione degli elementi di prova di cui ai primi due commi del medesimo articolo, debba adottare "le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate, sentita la controparte". Le misure che il giudice potrà concretamente adottare potranno variare a seconda dei casi, ma – si ritiene – esse probabilmente consisteranno nell'ordine di cancellazione dei dati riservati dalla documentazione di cui venga estratta copia ovvero nella segretazione della stessa finché il consulente del giudice ne valuti la pertinenza probatoria[48].

Il quarto comma dell'art. 156-*bis* l.a. prevede, infine, che il giudice possa desumere argomenti di prova dal rifiuto ingiustificato di ottemperare ai suoi ordini, oltre che dalle risposte fornite dalle parti. Questa disposizione appare in linea con la disciplina processualistica generale; il giudice può infatti desumere argomenti di prova dal contegno tenuto dalle parti durante il processo: e certamente la mancata collaborazione nell'acquisizione in giudizio negli elementi indicati dalla controparte rappresenta un argomento a sostegno del-

[47] Ragonesi, *Le nuove norme processuali in tema di diritto d'autore introdotte dal d.lgs. 140/2006, di recepimento della direttiva n. 48/2004*, cit., p. 456.

[48] Ragonesi, *op. ult. cit*.

la veridicità dei fatti che il richiedente *ex* art. 156-*bis* l.a. intendeva provare per mezzo degli elementi indicati[49].

In dottrina si è affermato che, qualora la mancata collaborazione consista nella mancata risposta alle domande dell'interrogatorio, la parte reticente si esporrebbe anche alla sanzione della c.d. *ficta confessio ex* art. 232 c.p.c.[50]; ma vi è anche chi, restando forse più aderente alla lettera della disposizione, sostiene che l'istituto previsto dall'art. 156-*bis* l.a. avrebbe natura di interrogatorio libero, cosicché l'unica sanzione applicabile in caso di mancata collaborazione da parte dell'interrogato sarebbe quella di desumere argomenti di prova a norma dell'art. 116, comma 2, c.p.c.[51]

4. *La legittimazione passiva degli* Internet service provider*: una nuova forma di responsabilità oggettiva?*

Una questione particolarmente delicata riguarda la legittimazione passiva del *provider* nel procedimento diretto ad ottenere l'ostensione dei dati anagrafici degli assegnatari degli indirizzi *IP* i quali, sulla base dei dati raccolti in rete, appaiano autori di condotte illecite attraverso piattaforme di *peer to peer*. Il problema si pone soprattutto in relazione al fatto che l'art. 156-*bis,* l. n. 633 del 1941, non contiene alcun riferimento all'intermediario; la disposizione in esame designa i soggetti legittimati, attivamente e passivamente, come "parte" e "controparte".

Sulla scorta del dato letterale dell'art. 156-*bis* l.a., nei procedimenti che – nel quadro della vicenda *Peppermint* – si sono svolti davanti al Tribunale di Roma, i fornitori di accesso alla rete hanno sostenuto che il termine "controparte" dovesse essere esclusivamente riferito al soggetto che aveva leso i diritti del ricorrente, ossia al legittimato passivo nel successivo giudizio di responsabilità civile per

---

[49] In questo senso cfr. Comoglio, *Istruzione e* discovery *nei giudizi in materia di proprietà intellettuale,* in *Annali it. dir. aut*., 2000, p. 270 ss.

[50] Comoglio, *op ult. cit*.

[51] Bichi, *I nuovi poteri d'indagine nei giudizi di contraffazione: gli artt. 77 l.i. e 58-bis l.m.*, in *Riv. dir. ind.*, p. 207 ss.

violazione dei diritti di proprietà intellettuale, e non all'intermediario i cui servizi fossero stati utilizzati ai fini della realizzazione degli illeciti contestati. Gli *Internet service provider* si sono difesi affermando che là dove si volesse ritenere che l'art. 156-*bis* l. n. 633 del 1941 con il termine "controparte" si riferisca anche a un intermediario, per intermediario si dovrebbe intendere unicamente il fornitore dei sistemi di *file sharing* utilizzati per condividere i file e non il fornitore del mero servizio di accesso alla rete. Sul punto il Tribunale di Roma ha ritenuto che gli *Internet service provider*, fornitori del servizio di mero accesso alla rete, non possono che essere definiti "intermediari" in quanto offrono ai singoli utenti la possibilità di navigare in rete, e i servizi che essi assicurano sono utilizzati dagli autori degli illeciti al fine di commettere le violazioni contestate. Con riferimento all'individuazione dei soggetti passivamente legittimati nel ricorso volto ad ottenere l'ordine di ostensione dei dati personali, gli stessi giudici hanno chiarito che il termine "controparte" non indica, nella disposizione di cui si tratta, necessariamente "il soggetto che ha leso il diritto della ricorrente, nei cui confronti era già possibile in base alle norme anteriormente vigenti emettere un ordine di esibizione *ex* art. 210 c.p.c.", ma deve essere inteso come controparte "nell'ottica di un'interpretazione più ampia tesa a reprimere in maniera più incisiva gli illeciti in materia di diritti di proprietà intellettuale, ogni altro soggetto diverso dagli autori responsabili delle violazioni, come peraltro previsto anche nell'art. 8 della direttiva 2004/48/Ce in cui è presente un esplicito riferimento ad altri soggetti, oltre che al soggetto autore della violazione, quali destinatari dell'ordine dell'autorità giudiziaria competente di fornire informazioni sull'origine e sulle reti di distribuzione di merci o di prestazione di servizi che violino un diritto di proprietà intellettuale"[52].

Si è affermato in dottrina che, in fondo, i giudici investiti della questione hanno preso atto del fatto che l'obiettivo del legislatore comunitario con l'introduzione di una direttiva diretta all'*enforcement of intellectual property rights* non può che essere quello dell'effetto utile, ossia la creazione di strumenti processuali innova-

[52] Trib. Roma 2 maggio 2007, nonché Trib. Roma 9 febbraio 2007, entrambe pubblicate in *Riv. dir. ind.*, 2008, II, p. 328 ss.

tivi che possano rafforzare e migliorare le tutele giudiziali già esistenti. In quest'ottica c'è chi ha ritenuto che l'art. 156-*bis* l.a. deve superare i limiti endoprocessuali dell'esibizione documentale di cui all'art. 210 c.p.c., con ammissibilità dell'ordine di esibizione anche nei confronti di chi non sia o non sarà parte nel giudizio di merito[53]: "se così non fosse, non di innovazione si tratterebbe, bensì di inutile duplicazione".

Il legislatore comunitario, in effetti, con la direttiva *Enforcement*, ha voluto rafforzare la possibilità di difesa giudiziaria in sede civile di chi avesse subìto una violazione dei diritti di utilizzazione economica, prevedendo, proprio, la possibilità di agire in giudizio anche contro intermediari i cui servizi fossero stati utilizzati dagli autori delle violazioni, non solo al fine di impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione avvenuta (art. 156 l.a.), ma anche per ottenere dall'autorità giudiziaria l'ordine di fornire elementi per l'identificazione di soggetti implicati nella produzione e distribuzione dei prodotti o dei servizi costituenti violazione dei diritti d'autore (art. 156-*bis* l.a.). Così, alla luce delle disposizioni comunitarie, si è ritenuto in dottrina che, per "controparte", ai fini dell'identificazione del soggetto passivo dell'obbligo di ostensione di cui all'art. 156-*bis* l.a., deve intendersi non solo il responsabile delle violazioni individuate, ma anche qualunque soggetto terzo che, pur se non implicato nella violazione, sia in possesso di elementi utili ad accertare la violazione per via del rapporto che lo lega ai beni o servizi oggetto dell'illecito.

Non mancano tuttavia letture della disposizione, e in particolare del concetto di "controparte", di segno opposto[54]. Secondo quest'ultimo orientamento l'estensione anche al terzo dell'ordine di esibizione sarebbe da escludersi in quanto anche la relazione alla proposta

---

[53] Bonelli, *L'attuazione della direttiva* Enforcement *del diritto d'autore*, in *Dir. ind.*, 2007, p. 197 ss.

[54] Scorza, *Il conflitto tra* copyright *e* privacy *nel* peer to peer*: in margine al caso* Peppermint*. Profili di diritto interno*, in *Dir. Internet,* 2007, p. 465 ss.; Blengino, Senor, *Il caso "*Peppermint*": il prevedibile contrasto tra protezione del diritto d'autore e tutela della* privacy *nelle reti* peer to peer, in *Dir. inform. e informatica*, 2007, p. 838.

della direttiva *Enforcement* con riguardo al paragrafo I, corrispondente all'art. 156-*bis* l.a., fa riferimento alle parti del giudizio. Lo stesso accordo *Trips*, secondo quest'opinione, nel prevedere il diritto di comunicazione, si riferisce alle parti del giudizio. A sostegno di questo assunto viene fatto il raffronto fra l'art. 156-*bis* e l'art. 156-*ter* l.a., dal quale raffronto si desumerebbero argomenti per escludere che il provvedimento di ostensione possa essere rivolto a chi non è parte del giudizio. Secondo tale impostazione, infatti, se è vero che l'art. 156-*ter* l.a. consente di richiedere informazioni "sull'origine e sulle reti di informazione" anche a terzi, è altresì vero che tale possibilità è circoscritta a ipotesi determinate, e cioè a quelle indicate alle lettere *a*, *b* e *c* della stessa disposizione. Questo dato porterebbe a escludere interpretazioni estensive non solo dell'art. 156-*ter* l.a., ma anche dell'art. 156-*bis* l.a.: e, di conseguenza, per "controparte" dovrebbe intendersi – in senso restrittivo – solo la parte avversa nel giudizio instaurato a séguito della violazione del diritto d'autore.

Si è osservato che l'ammissibilità dell'ordine di esibizione dei dati degli utenti implicati nella violazione rivolto al *provider* potrebbe introdurre nel sistema una nuova forma di responsabilità oggettiva: la responsabilità oggettiva dell'intermediario di servizi telematici[55].

Anche in àmbito telematico si è posto il problema della scelta fra lasciare il danno senza ristoro e individuare un soggetto che, indipendentemente da una propria colpa, appaia idoneo a prevenirlo e risarcirlo[56].

La responsabilità del *provider* è stata oggetto di apposita regolamentazione con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, attuativo della direttiva sul commercio elettronico n. 2000/31/Ce; ma la disciplina risulta tutt'altro che consolidata e i dubbi sulla responsabilità del *provider* non sono sopiti. La menzionata direttiva contiene un'intera sezione (la quarta) dedicata alla responsabilità del *provider* ed essa già di per sé suscita parecchi interrogativi su diverse questioni non di

[55] De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, cit., p. 425.

[56] V., per tutti, Alpa, Bessone, *Responsabilità civile*, Milano, 2001, p. 519.

poco conto. Sono previste, nella direttiva, ipotesi tassative di esonero da responsabilità del *provider* in base all'attività concretamente svolta dallo stesso: *mere conduit*, *caching* e *hosting*. Si è in generale affermato che la direttiva di cui si tratta avrebbe adottato un regime di responsabilità basato sul sistema di imputazione della colpa, non accogliendo il criterio della responsabilità oggettiva[57]. Il d.lgs. n. 70 del 2003 ha recepito pedissequamente il testo della direttiva; e solleva di conseguenza i medesimi dubbi. L'art. 17 del decreto non impone un obbligo di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate, né un obbligo di ricercare attivamente i fatti o le circostanze atti ad individuare eventuali attività illecite. I commi 2° e 3° del medesimo art. 17 pongono a carico del *provider* alcuni doveri di informazione. Il *provider* è tenuto ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o amministrativa di vigilanza, qualora sia a conoscenza di presunte attività o informazioni illecite riguardanti un destinatario del servizio della società d'informazione e a fornire senza indugio, a richiesta delle autorità competenti, le informazioni in suo possesso che consentano l'identificazione del destinatario con cui ha accordi di memorizzazioni dei dati, onde individuare e prevenire attività illecite; obbligo questo che presuppone quello di registrazione dei dati del cliente. Il *provider* è civilmente responsabile nel caso in cui, richiesto dalla competente autorità, non abbia prontamente agito al fine di non consentire l'introduzione di contenuti illeciti, oppure se, avendo avuto conoscenza di tali contenuti, non ne abbia informato la competente autorità.

La giurisprudenza si va orientando, a quanto sembra, verso una valutazione caso per caso della responsabilità del *provider*: tale soggetto non è in grado di effettuare una verifica su tutti i dati trasmessi, altrimenti si dovrebbe ritenere che sussista in capo al medesimo una "inaccettabile responsabilità oggettiva"; tuttavia, se anche non sussiste un generale obbligo di sorveglianza per l'intermediario di servizi telematici, esso comunque non potrebbe andare esente da re-

[57] De Cata, *Il caso "*Peppermint*". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "*Promusicae*"*, cit., p. 430.

sponsabilità quando non si limitasse a fornire la connessione alla rete, ma fornisse servizi aggiuntivi[58].

Si può segnalare sul punto incidentalmente una recente sentenza spagnola atipica nel contesto internazionale nella quale si è ritenuto che "le reti *peer to peer* non violano alcuna legge, in quanto basate sulla trasmissione di dati privati e di link, vale a dire sullo stesso principio su cui si basa *internet*"[59]. Atipica in quanto nello stesso paese in cui la sentenza è stata pronunciata è in preparazione

[58] Cfr. Trib. Roma, 16 dicembre 2009, in *Dir. inform.*, 2010, p. 268. Si veda anche Trib. Roma, 11 febbraio 2010, in *Dir. inform.*, 2010, p. 275; il Tribunale è intervenuto su una controversia relativa alla riproduzione su YouTube e Google (qui di seguito Y. e G.) di filmati tratti dal *reality show* "Il Grande Fratello" (qui di seguito G.F.) e sollevata dalla società RTI titolare dei diritti sul programma. Nell'ordinanza si legge che: "la circostanza che Y. e G. svolgano attività di *Internet service provider* cioè servizio di *hosting*, consistente nell'offrire ai propri utenti una piattaforma attraverso la quale conservare e rendere disponibili al pubblico contenuti audio e video e quindi memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio (circostanza peraltro contestata da RTI, la quale afferma che Y. e G. svolgono al contrario attività imprenditoriale a fini di lucro e cioè una articolata attività di impresa finalizzata a fornire una complessa serie di servizi aggiuntivi al fine di offrire agli utenti dei siti Internet un ampio palinsesto di video, fonte di utili milionari per gli spazi pubblicitari correlati ai video) non esclude l'illiceità della condotta lamentata. Infatti, ove si consideri che la trasmissione via Internet del G.F. lede sicuramente i diritti di utilizzazione e sfruttamento economico di RTI, pur senza voler affermare un obbligo di sorveglianza generale del *provider* rispetto al contenuto dei dati trasmessi conformemente al disposto dell'art. 17 d.lgs. n. 70 del 2003 direttiva sul commercio elettronico (il prestatore non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmette o memorizza), non appare nemmeno ragionevole sostenere l'assoluta estraneità alla commissione dell'illecito posto che le reclamanti hanno continuato la trasmissione del G.F. nei loro siti Internet, organizzando la gestione dei contenuti video anche a fini pubblicitari, nonostante le ripetute diffide ed azioni giudiziarie iniziate da RTI che rivendicava la paternità e titolarità dell'opera".

[59] *Juzgado mercantil* n. 7 di Barcellona, 12 marzo 2010, n. 67. Nella fattispecie la *Sgae* (la *Siae* spagnola) aveva citato in giudizio i gestori di un sito Internet, con l'accusa di aver utilizzato abusivamente opere tutelate dal diritto d'autore, in quanto il sito da essi gestito indirizzava gli utenti verso altri siti da cui poter "scaricare" illegalmente materiale protetto da *copyright*.

un provvedimento normativo inteso a regolamentare severamente l'attività di *peer to peer*, sul modello della normativa in materia recentemente introdotta in Francia[60].

[60] L'*Hadopi* – acronimo di *Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des Droits sur Internet* (Alta autorità per la diffusione delle opere e la protezione dei diritti su Internet) – è un'autorità amministrativa istituita da una legge francese (c.d. legge *Hadopi*, del 28 ottobre 2009, n. 1311, pubblicata in J.O. 29 ottobre 2009, il cui testo è consultabile in www.legifrance.gouv.fr). Questa legge ha avuto una lunga e tormentata gestazione: sul primo progetto, risalente al mese di ottobre 2008, è intervenuto (con decisione n. 2009-580 DC 10 giugno 2009) il Consiglio costituzionale francese, il quale aveva ravvisato nei poteri sanzionatori riservati all'istituenda *Haute Autorité* una violazione della costituzione (tali poteri consistevano nella possibilità di sospendere l'accesso ad Internet per gli utenti implicati in violazioni di opere protette dal diritto d'autore tramite operazioni di *peer to peer*). La prerogativa conferita a un organo amministrativo di intervenire, senza il vaglio di un giudice, sulla libertà di espressione e comunicazione è stata dichiarata non conforme al dettato costituzionale. Il nuovo testo della legge (c.d. legge *Hadopi 2*), recepiti i rilievi del Consiglio costituzionale, ha delegato il potere sanzionatorio all'autorità giudiziaria; l'*Haute Autorité*, dunque, non potrà disconnettere un abbonato senza il preventivo intervento di un giudice. L'autorità giudiziaria, per infliggere la sanzione della sospensione dell'accesso a Internet e determinarne la durata, deve considerare le circostanze e la gravità dell'infrazione, così come la personalità dell'autore e, in particolare, la sua condizione professionale o sociale, nonché la sua situazione socio-economica (in argomento v. Boubekeur, *De la "loi HADOPI" à la "loi HADOPI 2"*, in *Revue lamy droit de l'immateriél*, 2009, p. 109 ss.). In Spagna vi è un progetto di legge analogo, con cui si propone l'introduzione di un procedimento amministrativo di tipo sanzionatorio, in parte assimilabile a quello inizialmente delineato dalla legge francese istitutiva dell'*Hadopi*, con la fondamentale differenza che la sanzione prevista si limita a colpire esclusivamente la pubblicazione non autorizzata di contenuti sulle pagine *web*, e non incide sui diritti dei singoli utenti di accedere ad Internet e sottoscrivere abbonamenti, anche in presenza di violazioni accertate del diritto d'autore.

LA TUTELA COMUNITARIA DELLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO: UN DIRITTO SOLO SULLA CARTA?

Giovanni Porcelli

Dottore di ricerca

SOMMARIO: 1. Il diritto alla ragionevole durata del processo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - 2. Irragionevole durata del processo comunitario: rapporti con la convenzione europea dei diritti dell'uomo e con la Corte di Strasburgo - 3. Irragionevole durata del processo nazionale e tutela comunitaria.

1. *Il diritto alla ragionevole durata del processo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*

Il 1° dicembre 2009, dopo un lungo e complesso *iter*, è finalmente entrato in vigore il trattato di Lisbona[1] con il quale si è provveduto alla modifica del trattato sull'Unione europea (di séguito tr. Ue) ed alla trasformazione del "vecchio" trattato che istituisce la Comunità europea (tr. Ce) in trattato sul funzionamento dell'Unione (tr. fUe)[2].

---

[1] Firmato il 13 dicembre 2007, in *G.u.U.e.* serie C 306, 17 dicembre 2007. Per il trattato di riforma v. VAN DEN BOGAERT, *The Treaty of Lisbon: the European Union's Own Judgments of Solomon?*, in *Maastricht journal of european and comparative law*, 2008, p. 7 ss.

[2] Anche in questa circostanza, secondo quella che è ormai una prassi costante della legislazione comunitaria, si è provveduto alla riassegnazione numerica degli articoli. Si precisa che il termine *comunitario*, quando non ulteriormente qualificato, viene qui utilizzato come sinonimo del termine *europeo*, al fine di evitarne continue ripetizioni senza alcun riferimento alla Comunità europea.

Le note vicende politiche che hanno portato alla mancata adozione della Costituzione europea[3] hanno condizionato pesantemente sia la genesi del trattato[4], per le difficoltà delle parti di trovare un nuovo consenso comune sul contenuto normativo, sia la sua entrata in vigore, ritardata di quasi un anno rispetto alla data originariamente prevista del 1° gennaio 2009[5].

Da un punto di vista strettamente politico non vi è dubbio che il trattato di Lisbona rappresenti un sconfitta delle istituzioni europee[6], essendo un *ersatz,* un surrogato, di quello Roma. Da un punto di vista contenutistico, tuttavia, il giudizio non può essere così negativo perché le istituzioni comunitarie, con efficace pragmatismo – rinunciando alla qualificazione costituzionale delle norme ed a tutti quei riferimenti che, esaltando l'unità dell'Europa, avrebbero potuto

---

[3] Prevista dal trattato di Roma del 29 ottobre 2004 e bloccata, com'è noto, dall'esito negativo dei *referendum* consultivi tenutisi in Olanda e Francia.

[4] Indicativo, sotto questo aspetto, è il titolo del saggio di Lavranos, *The Entering Into Force of the Lisbon Treaty - A European Odyssey*, in *ASIL Insight*, 14 dicembre 2009, in www.asil.org, che ne riesamina le vicende.

[5] Si pensi alle verifiche costituzionali alla sua ratifica effettuate dalle Corti del Belgio e della Germania (sul punto Palermo, Woelk, "*Maastricht* reloaded*": il Tribunale costituzionale federale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, p. 1027 ss.; Pocar, *La Corte costituzionale tedesca ingabbia un trattato che sconta previsioni incerte e difficili intese*, in *Guida dir.*, 2009, 35, p. 9 ss.; Poiares Maduro, Grasso, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 503 ss.; L.S. Rossi, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 993 ss.) o alla "bocciatura" decisa dall'Irlanda con un *referendum* del 2008 che si è trasformata in una "promozione" (in un successivo *referendum* nel 2009) solo a séguito di concessioni politiche. Anche Regno Unito, Polonia e Repubblica Ceca hanno accettato la ratifica con dei compromessi. Per maggiori dettagli sul punto e per i rilievi di séguito nel testo v. Castellaneta, *Le principali novità determinate dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Notariato*, 2010, p. 199.

[6] Cfr. le opinioni di Daniele, *Trattato di Lisbona: addio all'idea federalista per superare gli ostacoli degli euroscettici*, in *Guida dir., Comunitario e internazionale*, 2007, 6, p. 11 ss.; Tesauro, *Un testo di revisione stilato a tempo di record che sacrifica partecipazione e valori condivisi*, ivi, p. 8 ss.; Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, p. 33 ss.; Nascimbene, Lang, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Corr. giur.*, 2008, 1, p. 137 ss.; Triggiani, *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, 2008, p. 11 ss.; Ponzano, *Le traité de Lisbonne: l'Europe sort de sa crise institutionnelle*, in *Rev. droit. eur.*, 2007, p. 569 ss.

far pensare ad una perdita di potere dei singoli Paesi membri o della loro identità nazionale[7] – hanno riproposto sotto "mentite spoglie" buona parte dei provvedimenti rifiutati, cercando di perseguire effetti concreti molto simili – se non addirittura identici – a quelli previsti dal (mancato) trattato di Roma[8]: ad un basso profilo istituzionale si contrappone un elevato contenuto sostanziale[9].

---

[7] E, così, scongiurare eventuali consultazioni nazionali di esito negativo in quei Paesi connotati da un significativo euroscetticismo.

[8] Anche in tal caso significativo è il titolo del saggio di Moussis, *Le Traité de Lisbonne: une constitution sans en avoir le titre*, in *Rev. marchè commun,* 2008, p. 161 ss.

Col trattato si è abbandonata definitivamente la nozione di *Comunità Europea* (che resta valida solo per quella dell'energia atomica) in favore di quella di *Unione europea* cui viene attribuita in modo esplicito, *ex* art. 47 tr. Ue, la piena personalità giuridica ("la Comunità cessa di esistere *per successione* dell'attuale Unione": Nascimbene, Lang, *Il Trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, cit., p. 137).

Si è, inoltre, provveduto ad instaurare il diritto di recesso (art. 50 tr. Ue); a rimuovere la tradizionale divisione in tre pilastri (concedendo un maggiore, e diversamente modulato, diritto di *opting out* a Regno Unito, Irlanda e Danimarca) in materia di visti, asilo e immigrazione, ed in quelli della cooperazione giudiziaria sia penale e di polizia, che civile; si è rafforzato, almeno sul piano formale, il ruolo dei parlamenti nazionali. Sul punto v. Castellaneta, *Le principali novità determinate dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, cit., p. 197.

Il trattato si caratterizza, inoltre, per avere allargato significativamente la tutela dei diritti del cittadino e per la valorizzazione del "rapporto" con le istituzioni europee attraverso il nuovo diritto d'iniziativa popolare grazie al quale è possibile inviare proposte alla Commissione in vista dell'adozione di un atto legislativo (art. 24 tr. fUe, che modifica l'art. 21 tr. Ce) ad iniziativa (*ex* art. 11 tr. Ue) di almeno un milione di firmatari provenienti da un numero significativo di Stati membri, in un settore nel quale la Commissione ha il potere di intervenire e su questioni nelle quali i cittadini ritengano necessaria l'adozione di un atto giuridico. A tal fine, la Commissione europea, con l'ormai consueta adozione di un Libro verde (intitolato *Diritto d'iniziativa dei cittadini europei* e divulgato l'11 novembre 2009), ha avviato una procedura di consultazione pubblica per la puntuale regolamentazione del diritto, con particolare riguardo al numero minimo di Paesi Ue dai quali i firmatari devono provenire; al loro numero minimo per ciascuno Stato; all'età minima; alla forma e alla formulazione dell'iniziativa popolare; alle norme sulla raccolta, sulla verifica e sull'autenticazione delle firme; alla durata della raccolta; alle modalità di registrazione ufficiale delle iniziative; alle norme sulla trasparenza e sui finanziamenti nel caso in cui vi siano enti promotori; al tempo limite di risposta della Commissione; alle modalità di coordinamento nel caso di una pluralità di iniziative.

[9] È proprio il caso di dire, rovesciando un notissimo proverbio, che vi è "molto arrosto e poco fumo".

Il testo di Lisbona, pertanto, da un lato è stato modellato come un atto di "semplice" modifica dei precedenti accordi, eliminando ogni riferimento alla Costituzione europea, ai simboli dell'Unione che si sarebbero voluti introdurre[10], al primato del diritto comunitario[11] ed alla denominazione di *legge* per gli atti vincolanti[12]; dall'altro ha adottato misure sostanziali che, pur ridimensionate rispetto a quelle originariamente previste dalla Costituzione, danno un nuovo assetto organizzativo e funzionale all'Unione[13].

Alla medesima operazione di *downgrading* è stata sottoposta la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di Nizza[14] (di séguito solo Carta), che all'art. 47, rubricato *Diritto a un ricorso effettivo ed a un giudice imparziale*, prescrive al comma 2°, che "Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indi-

---

[10] O meglio, istituzionalizzare come simboli di appartenenza ad una "vera" nazione europea. Si tratta della bandiera, dell'inno, della giornata europea del 9 maggio, del motto e della moneta.

[11] Il trattato di Lisbona – pur non esplicitando in un'apposita disposizione il primato del diritto Ue come, invece, avveniva con l'art. I-6 della Costituzione europea – richiamando la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, riconosce, alla dichiarazione n. 17, che i trattati e il diritto derivato "prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza". Sul punto della prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale – e, persino sul giudicato, come statuito nelle notissime sentenze *Lucchini* ed *Olimpiaclub* – v. i rilievi di Castellaneta, *Le principali novità determinate dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, cit., p. 202 ed i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali ivi richiamati quali Strozzi, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi int. eur.*, 2009, p. 23 ss.; Michéa, *La primauté du droit de l'Union à la lumière du Traité de Lisbonne*, in *Rev. marchè commun*, 2008, p. 446 ss.

[12] Distinguendo tra *legge* e *legge quadro* a seconda del valore del provvedimento. Resta, quindi, in piedi la tradizionale tripartizione in regolamenti, direttive e raccomandazioni.

[13] Per le modifiche al funzionamento delle istituzioni si rinvia, per ulteriori approfondimenti che esulano questo contributo, all'amplissima produzione scientifica in materia. Per tutti v. Villani, *Istituzioni di diritto dell'unione europea*, Bari, 2011; Zanghi, *Istituzioni di diritto dell'unione europea*, Torino, 2011; Tesauro, *Diritto dell'unione europea*, Padova, 2010; Pocar, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.

[14] Adottata a Nizza il 7 dicembre 2000 e proclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (di séguito solo Carta), in *G.u.U.e.*, serie L 376, 27 dicembre 2006, p. 36 ss.

pendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare […]"[15].

Nelle previsioni originarie l'obiettivo era decisamente ambizioso: trasfondere il testo della Carta dei diritti – rimasta in una sorta di "limbo" giuridico[16] all'indomani della sua approvazione – nel corpo stesso della futura Costituzione europea, di cui avrebbe dovuto costituire la parte II. Il trattato di Lisbona, eliminando ogni riferimento costituzionale, le ha riconosciuto[17] – pur nella sua autonomia documentale – il medesimo valore giuridico dei trattati[18].

---

[15] È evidente la quasi identità di testo con l'art. 6 Cedu, che, rubricato *Diritto ad un processo equo***,** prescrive alla prima parte del 1° cpv. che: "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. […]".

Sono chiari, inoltre, i punti di contatto coll'art. 111 della nostra Costituzione (modificato com'è noto con l. cost n. del 1999, in G.u. 300/99): questa norma, infatti, dispone, ai primi due commi, che: "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.[…]".

[16] Sono le parole di Cartabia, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Gior. dir. amm.*, 2011, p. 221. Cfr. anche Sorrentino, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 145.

[17] Al "nuovo" art. 6 del tr. Ue detto articolo precisa: "1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

[18] In vero, il riconoscimento di un effetto giuridicamente vincolante alla *Carta* non modificherà di molto il suo impatto sulla vita concreta dei cittadini o sull'azione delle istituzioni. Come è stato rilevato, infatti, Cartabia, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, cit., p. 222, "la vera rivoluzione è già stata compiuta con la scrittura della Carta dei diritti" poiché si è verificato che, pur priva di effettivo

In base a queste modifiche, il diritto alla ragionevole durata del processo oggetto del nostro esame possiede, oggi, una triplice fonte positiva: quella costituzionale a norma dell'art. 111 cost., quella convenzionale a norma dell'art. 6 Cedu, che l'Italia ha sottoscritto, e quella europea a norma dell'art. 6 tr. Ue. Analogamente vi è una pluralità di tutele: quella nazionale per il ristoro dei danni affidata, come noto, alla l. n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto); quella convenzionale offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo e, forse, quella comunitaria innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea che, a norma dell'art. 292 del tr. fUe, è pur sempre l'interprete ultima dei trattati. Si è usata l'espressione dubitativa perché proprio su questo punto si aprono una serie di problematiche: occorre, infatti, stabilire chi sia il destinatario del dovere di comportamento sotteso ai "nuovi" diritti inseriti nel trattato – e, precisamente, se ciascun singolo paese membro, ovvero le stesse istituzioni comunitarie – per poi determinare quale tipo di tutela e da chi venga impartita con le eventuali problematiche relative al concorso, ovvero alla concorrenza, di tutele[19].

La questione, già di per sé non facile, viene ulteriormente complicata dalla doppia circostanza che, ai sensi dell'art. 6 tr. fUe, par. 2, "l'Unione aderisce[20] alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" del 1956 e che ciascuno dei singoli Stati che la compongono hanno già da anni, autonomamente, sottoscritto la stessa convenzione.

---

valore legale, la Carta fosse stata applicata dalle autorità giurisdizionali nazionali ed europee.

[19] Seppur accennati, restano fuori dalla presente trattazione – e quindi qui non risolti – i problemi della c.d. tutela multilivelli dei diritti per i quali si rinvia, in questa stessa raccolta, alle profonde considerazioni di Biavati.

[20] Anche in passato, e precisamente nel 1996, si era presa in considerazione un'ipotesi identica, ma la Corte di giustizia affermò che l'adesione alla convenzione non era possibile senza previa revisione dei trattati. V. Cartabia, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, cit., p. 223 e spec. nota 7.

2. *Irragionevole durata del processo comunitario: rapporti con la convenzione europea dei diritti dell'uomo e con la Corte di Strasburgo*

Posto che dalla promulgazione della Carta non è aumentata né la quantità né la tipologia di diritti attribuiti al cittadino, dato che quelli fondamentali ivi riconosciuti sono pur sempre i diritti [già] "risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri [e quindi] fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"[21], il primo ordine di problemi è quello di stabilire se la "promozione" della Carta a livello di trattato europeo abbia aggiunto un'ulteriore possibilità di tutela al cittadino che lamenti l'irragionevole durata del processo rispetto a quella già fornitagli dalla Cedu e dalla Costituzione.

Per rispondere al quesito occorre preliminarmente stabilire chi siano i destinatari del precetto: alla facile risposta ch'essi sono tutti i singoli Stati membri – non foss'altro per l'avvenuta ratifica del trattato di Lisbona che richiama e valorizza la Carta divenuta, quindi, normativa interna[22] – va affiancata quella, meno scontata, che lo sia-

[21] Di essi, si è sempre tenuto conto, anche in passato, quasi che fossero un'ulteriore, e distinta, "fonte" del diritto. Così come dei principi fondamentali Cedu cui la Corte di giustizia si è sempre ispirata (Corte giust., sent. 27 giugno 2006, causa C-540/03 *Parlamento/Consiglio*; Corte giust,. sent. 13 marzo 2007, causa C-432/05 *Unibet*) operando un vero e proprio graduale recepimento nel diritto comunitario del testo della convenzione, preparandone il formale assorbimento sul piano dei principi fondamentali. Sul punto G.F. Mancini, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p. 1 ss. Con la Carta questo recepimento giunge al suo epilogo, divenendo la fonte principale per l'applicazione dei diritti fondamentali da parte degli organi dell'Unione.

[22] Il giudice nazionale, dunque, a prescindere dall'esistenza di eventuale normativa interna ordinaria o costituzionale, dovrà oggi tenere in considerazione sia la Cedu che la Carta. Il "riconoscimento" comunitario del diritto alla ragionevole durata delle cause ed all'equo processo o, più in generale, dei diritti fondamentali dell'uomo, può apparire sovrabbondante e privo di utilità pratica se si pensa agli ordinamenti, come il nostro, in cui questi diritti fanno parte della tradizione storica e sono riconosciuti a diversi livelli, ma è passaggio fondamentale nella crescita politica e sociale dell'Unione, poiché in tal modo è possibile sia uniformare ed armonizzare la tutela offerta nei diversi Paesi membri, sia creare un "presupposto minimo di democraticità" per tutte le future adesioni.

no anche le istituzioni comunitarie[23] e, nel caso in ispecie, la Corte di giustizia Ue[24]. Con la conseguenza che oggi è formalmente riconosciuto, anche nei confronti degli organi giurisdizionali comunitari, il diritto ad un processo giusto (*equo* nella terminologia europea) e di ragionevole durata. Problematica che, se sino ad un decennio fa appariva inimmaginabile per la limitata quantità di cause innanzi le Corti del Plateau Kirchberg, oggi diviene drammaticamente possibile per una serie congiunta di cause: l'ampliamento di attribuzioni della Corte[25], l'aumento del "contenzioso" europeo e, non ultimo, il costante allargamento dei Paesi membri[26]. Si è utilizzato il termine *riconosciuto* invece di *introdotto* poiché, come più volte indicato nel testo ed in nota, i diritti fondamentali contenuti nella Carta sono, comunque, sempre stati tenuti in considerazione dalla Corte, tanto desumendoli dalle sopra richiamate "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri", tanto derivandoli dalla stessa Cedu. Già con la nota sentenza *Baustahlgewebe* c. *Commissione*, infatti, la Corte di giustizia[27] aveva affermato, pur non accogliendo nel merito l'eccezione sollevata, che il giudice comunitario non è dispensato dal rispettare il termine ragionevole nella trattazione delle cause di sua competenza[28].

---

[23] Le ragioni di questa affermazioni saranno esplicitate più avanti nel testo.

[24] Con questo termine s'intende il complesso degli organi giurisdizionali dell'Unione.

[25] Sia in via diretta che, indirettamente, in conseguenza dell'estensione delle materie attribuite alla normazione comunitaria.

[26] Sul punto si rinvia a Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2009, p. 44.

[27] Corte giust., 17 dicembre 1998, causa C-185/955 in *Racc*, I, p. 8417, ed in *Dir. scambi internaz.*, 2000, p. 487, nota di Pallaro, *Il diritto all'equo processo nell'ordinamento giuridico comunitario alla luce della recente giurisprudenza della corte di giustizia*.

[28] "Per quanto riguarda il comportamento delle competenti autorità, è opportuno ricordare che l'affiancamento del tribunale alla Corte e l'istituzione di un doppio grado di giurisdizione mirava, da una parte, a migliorare la tutela giurisdizionale dei singoli, in particolare con riferimento ai ricorsi che richiedono l'esame approfondito di fatti complessi, e, d'altra parte, a preservare la qualità e l'efficacia della tutela giurisdizionale nell'ordinamento giuridico comunitario, consentendo alla Corte di concentrare la sua attività sul suo compito essenziale, che è quello di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto comunitario. In questo senso, la struttura del sistema giurisdizionale comunitario ammette, sotto determinati profili, che il tribunale, incaricato di

Questo principio è oggi ufficialmente codificato a livello di trattato e, come tale, interpretato ed applicato dalla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 19 tr. Ue che dovrà definire[29] i criteri di determinazione della ragionevole durata di un processo, quantificandone l'eccessiva durata.

Al fine di evitare contrasti interpretativi, in un *fair play* istituzionale, la stessa Carta precisa, all'art. 5, par. 3, che ove "contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta *convenzione*", ferma restando la possibilità di concedere una protezione più estesa.

---

accertare i fatti e di procedere ad un esame sostanziale della controversia, possa disporre di un tempo relativamente maggiore per istruire i ricorsi che necessitano l'esame approfondito di fatti complessi. Tuttavia, tale missione non dispensa il giudice comunitario specificamente istituito a tal fine dal rispettare il termine ragionevole nella trattazione delle cause di sua competenza".

Nella sentenza Corte giust., 15 ottobre 2002, cause C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P e C-252/99 P e C-254/99 C, in *Racc.*, I, p. 8375, *Limburgse Vinyl Maatschappij (LVM) c. Commissione*, chiarisce al punto 192 che "A questo proposito occorre constatare come il carattere ragionevole di un termine non possa essere esaminato facendo riferimento ad un limite massimo preciso, determinato astrattamente, bensì debba essere valutato di volta in volta alla luce delle circostanze del caso di specie"; e poi al successivo punto 193 che "Una prima valutazione a carattere generale è intesa a stabilire se la durata della fase di cui trattasi appaia, *prima facie*, eccessivamente lunga in rapporto al procedimento avviato. In caso affermativo, occorre verificare in concreto se siano riscontrabili ritardi non giustificabili dalle circostanze proprie del caso di specie". Poi prosegue precisando che per quanto riguarda un procedimento amministrativo in materia di concorrenza, il Tribunale accerta e valuta sovranamente i fatti pertinenti, salvo in caso di loro snaturamento, per poi qualificarli giuridicamente, sotto il controllo della Corte, alla luce del principio del rispetto di un termine ragionevole (v., in tal senso, sent. 1° giugno 1994, causa C-136/92 P, *Commissione c. Brazzelli Lualdi*, in *Racc.* I, 1981, punto 49). Nella fattispecie, il Tribunale aveva constatato che la prima fase del procedimento amministrativo era durata 4 anni e 4 mesi e la seconda 10 mesi. La Corte, precisando: "A prima vista, tale durata appare considerevole. Tuttavia […], il carattere ragionevole del termine è valutato alla luce delle circostanze proprie di ciascun caso di specie e, in particolare, della rilevanza della controversia per l'interessato, della complessità del caso in esame, nonché del comportamento del ricorrente e di quello delle autorità competenti", rigetta il motivo di doglianza.

[29] Esplicitando e formalizzando quanto affermato, solo incidentalmente, nelle citate sentenze.

La Carta, dunque, sarà interpretata ed applicata in base ai principi individuati dalla Corte di Strasburgo, che pure fungono da parametro applicativo del nostro art. 111 cost. Com'è noto, la giurisprudenza italiana ha più volte sottolineato come il meccanismo riparatorio introdotto dal legislatore italiano con la legge Pinto debba avere una perfetta simmetria di contenuto con l'art. 6, par. 1, Cedu, "come in concreto questa norma vive attraverso l'esegesi della Corte europea dei Diritti Umani" ragione per la quale "l'interpretazione giurisprudenziale sull'equo processo e sulla sua ragionevole durata compiuta negli anni dalla Corte Europea sulla *convenzione* dev'essere utilizzata dai giudici nazionali per la corretta applicazione della normativa domestica"[30]. In proposito le sezioni unite della Cassazione[31] hanno dichiarato che deve considerarsi "viziato per violazione di legge" il provvedimento giudiziale che fissi la riparazione del danno, derivante dalla violazione del diritto alla durata ragionevole dei processi, "in misura notevolmente ed irragionevolmente difforme dalla normativa della Cedu".

È dunque possibile affermare che il diritto alla ragionevole durata del processo sia oggi riconosciuto non soltanto con riferimento all'attività giurisdizionale nazionale, ma anche nei confronti del giudice comunitario e che possieda – in ragione dei rinvii effettuati alla giurisprudenza interpretativa della Corte di Strasburgo tanto dalla normativa interna, quanto da quella europea – il medesimo contenuto precettivo.

Questa conclusione è (*rectius*: sarà) ulteriormente rafforzata dalla circostanza che in base all'art. 6, par. 2°, tr. Ue, l'Unione aderisce (*rectius*: intende aderire) alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, con la conseguenza[32] che tutte le istituzioni, Corte di giustizia compresa, saranno formalmente assoggettate ai precetti della Cedu (ma que-

[30] "La giurisprudenza interpretativa della Corte dev'essere usata come in concreto questa norma vive attraverso l'esegesi della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, la cui giurisprudenza si impone con gli stessi limiti ai giudici italiani", Cass., 17 giugno 2004, n. 11350, in *Dir. prat. trib.*, 2004, 2, p. 1438 e in *Il fisco*, 2004, p. 4233 con nota di De Stefano.

[31] Cass., sez. un., 26 gennaio 2004, n. 1340, in *Giur. it.*, 2004, p. 1147, con nota di Fasciglione.

[32] L'unica possibile, in verità!

sto di per sé non comporta "maggiori obblighi" di quanti non ve ne siano già adesso) ed alla giurisdizione della Corte dei diritti, esattamente[33] come accade per tutti gli Stati membri dell'Unione che ne sono già parte.

Fino a quel momento la competenza a conoscere della violazione della ragionevole durata del processo comunitario spetterà[34] alla stessa Corte di Lussemburgo che sarà libera di interpretare ed applicare la Carta secondo i suoi propri poteri, pur con lo sguardo rivolto a Strasburgo[35]. In futuro la questione della competenza passa dalla soluzione al quesito se tra normativa europea e normativa convenzionale esiste quella stessa relazione di esclusione che sussiste con le legislazioni nazionali nel rispetto del principio di sussidiarietà, a norma del quale è in primo luogo agli Stati che tocca garantire i diritti e le libertà da essi sottoscritti con la convenzione e che il meccanismo di controllo europeo riveste, al riguardo, solo carattere sussidiario. La sintesi del rapporto di sussidiarietà tra il dispositivo di tutela interna e quello di tutela sovranazionale si trova, in ogni caso, nelle condizioni di ricevibilità del ricorso innanzi alla Corte di Strasburgo la quale "non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva" (art. 35 Cedu).

Il problema si sposta, quindi, sul concreto contenuto della norma sulla ragionevole durata del processo contenuto nella Carta. Occorre in pratica determinare se il precetto "Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata […] entro un termine ragionevole […]" si rivolga al legislatore comunitario, imponendogli di produrre una normativa idonea a consentire il celere svolgimento dei processi, e di riflesso attribuisce ai giudici della Corte di giustizia il pote-

[33] Ovviamente, occorrerà tenere in considerazione la particolare strutturazione dell'Unione europea, che non possiede le caratteristiche ordinamentali di uno Stato in senso tradizionale. Non a caso, il protocollo 8 e la dichiarazione n. 2 allegate al trattato di Lisbona impegnano le parti contraenti a preservare le particolarità dell'ordinamento dell'Unione al momento del perfezionamento dell'adesione alla convenzione europea dei diritti dell'uomo.

[34] E non potrà che spettare, non essendoci altro giudice.

[35] V. Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, cit., p. 53 ss.

re di dichiarare contraria ai trattati ogni disposizione da cui conseguano tempi processuali lunghi, inutili passaggi di atti da un organo all'altro, formalità superflue o comunque attività che non siano giustificate nell'interesse della giustizia[36], oppure se attribuisce ai singoli cittadini il diritto soggettivo[37] al risarcimento dei danni patiti dalle parti processuali. Il testo della norma, identico all'art. 6 Cedu, consente di richiamare le conclusioni ivi raggiunte e considerare il precetto come idoneo a configurare un vero e proprio diritto al risarcimento del danno. Maggiori incertezze restano, invece, su quale sia il meccanismo di ricorso interno che possa portare al risarcimento per l'eccessiva durata del processo comunitario. Anche perché, com'è noto, occorre che il ricorso interno sia "effettivo", cioè accessibile agli interessati, adeguato e connesso con la violazione contestata[38]. Al momento non sembra esserci, tra gli istituti processuali previsti dai trattati o dai regolamenti di procedura della Corte di giustizia, un procedimento che si presti in maniera specifica a questo tipo di

[36] È questa l'opinione che si è formata in Italia all'indomani della valorizzazione costituzionale del giusto processo compiuta dall'art 111 cost., a norma del quale "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge […] che […] ne assicura la ragionevole durata". Secondo una parte della dottrina, la violazione dell'obbligo imposto dall'art. 111 cost. non può attribuire, *ex* art. 2043 c.c., nessun diritto al risarcimento del danno, non potendosi riscontrare la diretta lesione di posizioni giuridiche soggettive individuali ma solo la mancata ottemperanza da parte del legislatore di una direttiva rilevante esclusivamente sul piano della legittimità costituzionale delle norme di legge con essa contrastanti. Da qui la necessità d'introdurre una procedura risarcitoria quale la c.d. legge Pinto.

[37] Da questa lesione non discendono conseguenze sul piano della conformità ai trattati della normativa che non ha consentito lo svolgimento in termini ragionevoli del processo.

[38] Un problema di conflitto tra le Corti si potrebbe porre in base al principio espresso dalla Corte di Strasburgo che il ricorso interno non è mai "adeguato" se, o per l'irrimediabile insufficienza della legge nazionale (in questo caso europea) o per la resistenza dei giudici nell'applicarla, in sede nazionale non fosse riconosciuto (almeno) tutto quello che riconosce la Cedu. Ne consegue che una pratica costante di interpretazione della legge nazionale non in linea con le indicazioni di Strasburgo potrebbe consentire il diretto ricorso agli organi di giustizia convenzionali, saltando il mezzo di ricorso interno. Ed anche senza arrivare a questo punto estremo, è lecito immaginare che, una volta esperita l'azione concessa dalla Carta senza ottenere i risultati riconosciuti dalla convenzione, si possa prendere la via, avendo esaurito i ricorsi interni, della Corte europea dei diritti dell'uomo per vedersi riconoscere il soddisfacimento negato dal giudice comunitario. Sempre più opportuno è, quindi, il rinvio operato a Biavati, *infra*, nota 40.

contestazioni. Sarà la prassi applicativa, o qualche norma complementare al momento dell'effettiva adesione dell'Unione alla Cedu, a chiarire la questione.

3. *Irragionevole durata del processo nazionale e tutela comunitaria*

La circostanza che alla Carta sia stato oggi attribuito il valore di trattato dell'Unione[39], vincolante in ciascun ordinamento nazionale in forza della sua sottoscrizione, comporta, almeno in linea teorica, la possibile soggezione dello Stato membro alla procedura d'infrazione a norma degli artt. 258 e 259 tr. fUe per violazione degli obblighi comunitari. È evidente, infatti, come la cronica lentezza dei processi italiani e lo scarsissimo impatto delle modiche normative adottate dal legislatore nazionale per deflazionare il contenzioso configurino una violazione che va ben al di là della "sufficiente gravità ed evidenza" richiesta dalla giurisprudenza comunitaria per rilevare l'infrazione dello Stato membro. L'utilizzo di questo strumento condurrebbe a condanne economiche – per non parlare delle conseguenze politiche e d'immagine dello Stato – enormemente più gravi rispetto a quelle comminate dalla legge Pinto o dalla Corte di Strasburgo. Sarebbe uno strumento importante per spingere lo Stato italiano a risolvere la "questione giustizia".

Tuttavia, per buona sorte delle casse nazionali e sfortunatamente per il singolo utente della giustizia, la legittimazione attiva in questo tipo di procedimento è conferita in via principale alla Commissione – quale organo preposto alla vigilanza sull'applicazione del

[39] L'equiparazione della Carta ai trattati comunitari ripropone lo "storico" problema del valore di essi nella gerarchia delle fonti che, come è noto, dipende dalla circostanza formale ch'essi vengono introdotti nell'ordinamento mediante ratifica nazionale ed hanno (*rectius*: avrebbero), quindi, valore di legge ordinaria dello Stato, pur avendo acquisito nei decenni, in via giurisprudenziale ad opera della Corte di giustizia ed in via interpretativa nell'àmbito degli studi sul diritto comunitario/europeo, un valore, se così si può dire, "ultracostituzionale". Il problema è troppo vasto, ed al contempo troppo noto, per poter essere ripreso in questa sede per cui si rinvia ai contributi citati alla nota 13.

trattato da parte degli Stati membri – e solo in via secondaria a ciascuno di essi, che potranno agire solo dopo aver richiesto l'intervento della prima[40]. È evidente come questo tipo di procedimento incida enormemente sui rapporti politici ed intacchi in maniera significativa la sfera dei poteri dello Stato membro; il che finisce per comportare, da un lato, l'assenza di iniziative dirette da parte degli altri Stati membri che non vogliono entrare in conflitto diplomatico tra loro, e dall'altro, un coinvolgimento della Commissione solo su temi "strettamente" inerenti il diritto comunitario. Ed è altrettanto evidente come l'irragionevole durata del processo italiano – a meno che non si riesca a riportarlo in un'ottica europea, ragionando in termini di limiti alla concorrenza o di situazioni discriminatorie idonee ad alterare l'equilibrio del mercato interno – è, con buona pace degli utenti, difficilmente rientrante nei "reali" interessi dell'Unione.

Né a maggior vantaggio potrebbe essere utilizzato il filone giurisprudenziale iniziato con l'ormai "storica" sentenza *Francovich*[41] con la quale la Corte di giustizia dettò per la prima volta le condizioni per stabilire la configurabilità della c.d. "responsabilità civile dello Stato" di fronte al mancato adeguamento della normativa interna alla normativa comunitaria, attribuendo il diritto del cittadino a convenire in giudizio lo Stato di fronte all'autorità giurisdizionale nazionale per poter ottenere il risarcimento del danno. In tal caso,

---

[40] Com'è noto, qualora uno Stato "manchi agli obblighi incombenti in virtù dei trattati" si apre una fase precontenziosa nella quale la Commissione – dopo aver inviato una lettera di contestazione allo Stato invitandolo presentare le sue osservazioni – emette un "parere motivato al riguardo" cui segue, in mancanza di "adempimento", una fase di accertamento innanzi la Corte di giustizia che pronuncia una sentenza di accertamento della violazione. Se lo Stato ritarda a "prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta", la Commissione – dopo aver nuovamente concesso allo Stato termine per presentare le sue osservazioni, e formulato parere – sollecita la Corte a comminare il pagamento di una (ingente) somma forfettaria o di una penalità, che andrà prelevata dai finanziamenti comunitari spettanti allo Stato. Per approfondimenti sull'azione di inadempimento contro uno Stato membro v. Biavati, *Diritto processuale dell'unione europea*, cit., p. 53 ss.

[41] Corte giust., sent. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90. Per un maggiore approfondimento si rinvia al saggio *Giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di risarcimento per violazione del diritto dell'Unione europea da parte degli Stati membri* edito dalla Commissione europea e disponibile all'indirizzo: ec.europa.eu/eu_law/infringements/pdf/jur_09_30385_it.pdf.

infatti, l'impossibilità per il cittadino privato di rivolgersi direttamente alla Corte di giustizia finisce per riproporre l'utilizzo del procedimento risarcitorio previsto dalla legge Pinto o lo strumento ordinario del processo di cognizione[42], senza aggiungere alcuna "utilità" concreta al cittadino danneggiato dalla cronica lentezza della giustizia italiana.

Ecco perché il "nuovo" diritto di fonte comunitaria alla ragionevole durata del processo resta purtroppo, nei confronti del cittadino italiano che voglia lamentarsi dell'irragionevole durata dei procedimenti nazionali, solo sulla Carta.

[42] Col possibile paradossale effetto che sia di durata irragionevole anche il processo di accertamento della responsabilità dello Stato.

MINORE E PROCESSO NELLE RIFLESSIONI DELLA CASSAZIONE: CAPACITÀ PROCESSUALE, DIFESA E ASCOLTO ALLA LUCE DELLE FONTI INTERNAZIONALI

Lea Querzola

Ricercatore dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. L'attenzione dedicata recentemente al tema dalla Suprema Corte. – 2. Il minore come parte processuale autonoma. – 3. Un punto ancora problematico: il difensore del minore. – 4. Gli "accertamenti" *ex* art. 10, comma 2°, l. n. 149. – 5. L'audizione del minore e la sua natura. – 6. Le modalità attraverso cui procedere all'ascolto. – 7. Conclusioni.

1. *L'attenzione dedicata recentemente al tema dalla Suprema Corte*

Recentemente, la Corte di Cassazione si è pronunciata ad ampio raggio in materia di "minore e processo". Non è questa la sede per considerare la pronuncia concreta resa nel caso di specie[1].

L'intervento della Suprema Corte merita e offre il destro, infatti, per qualche riflessione ulteriore in quanto essa coglie l'occasione per fare il punto su alcune delle questioni più rilevanti in materia di processo minorile, anche andando oltre ciò che la risposta alla singola impugnazione avrebbe potuto richiedere: in buona sostanza, la Suprema Corte tira le fila dello stato dell'arte sin qui, non senza aprire qualche scorcio sull'orizzonte meno prossimo degno di considerazione; se è vero che nel caso di specie si parte da questioni ine-

[1] E per un commento alla quale mi permetto di rinviare a QUERZOLA, *La Cassazione prosegue nel comporre il mosaico del processo minorile*, in *Fam. e dir.*, 2011, p. 268 ss.

renti ad un procedimento finalizzato alla dichiarazione dello stato di adottabilità, è la Cassazione stessa a svolgere ragionamenti che ben possono essere estesi, senza violenza alle norme e ai confini tra procedimenti, alle più diverse sedi di coinvolgimento del minore nel processo.

2. *Il minore come parte processuale autonoma*

La prima questione affrontata è proprio quella relativa alla qualità di parte del minore nel processo. La questione, tuttavia, viene presa in esame dopo aver dedicato qualche spazio a considerazioni di rilievo relative specificamente al procedimento di adottabilità. La Suprema Corte, infatti, ricorda che la legge n. 149 del 2001 ha modificato profondamente lo schema originario del procedimento di adottabilità: in precedenza, esso si articolava su di una fase a carattere sommario ed urgente, rimessa quasi totalmente alla discrezionalità del giudice, e su una fase successiva, meramente eventuale, di natura contenziosa, significativamente denominata "opposizione" dall'art. 17 della medesima legge. Questa fase, tuttavia, si esauriva in realtà il più delle volte nell'aggiornamento delle indagini già svolte e nell'audizione dei genitori del minore. Su tale schema procedimentale, sottolinea la Cassazione, la l. n. 149 è intervenuta essenzialmente in tre direzioni: ha cancellato l'iniziativa officiosa del tribunale, per ribadirne il ruolo di terzietà; ha eliminato la fase dell'opposizione al decreto dichiarativo dello stato di adottabilità; ha previsto un procedimento contenzioso fin dall'inizio a cognizione piena, con predeterminazione legale delle forme e dei termini, nonché dei poteri, doveri e facoltà processuali delle parti e del giudice, che si conclude con la pronuncia di una sentenza.

Cuore del nuovo processo di adozione, prosegue la Suprema Corte, è l'avere il legislatore attribuito al minore la qualità di parte processuale distinta ed autonoma da quella dei genitori, predisponendo in chiave normativa una serie di strumenti idonei a garantire la partecipazione diretta dell'uno e degli altri, in quanto titolari del rapporto di filiazione, ad ogni fase del giudizio, anche in vista del-

la diretta ed immediata propagazione degli effetti della sentenza costitutiva che lo conclude. Questo risulterebbe, ad avviso della Corte "in modo palese", dall'art. 8, comma 4°, a tenore del quale il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori, nonché dall'art. 10, comma 2°, in virtù del quale all'atto dell'apertura del procedimento sono avvertiti i genitori o i parenti ivi previsti che abbiano con il minore rapporti significativi, invitandoli contestualmente a nominare un difensore, altrimenti provvedendosi alla nomina di un difensore di ufficio. È al legislatore del 2001 pertanto, afferma in via di conclusione la Corte sul punto, che va attribuito il merito di aver considerato il minore quale soggetto di diritto e parte necessaria del procedimento, dunque titolare di un ruolo sostanziale nonché di uno spazio processuale autonomo.

La ricostruzione operata dalla Suprema Corte e qui ricordata consente alcune considerazioni di più ampio respiro, sulle quali appoggiare in via sistematica le conclusioni che la Cassazione ribadisce e alle quali a me pare che non si sia posta ancora la sufficiente attenzione, nonostante la dottrina sul punto abbia a più riprese sollecitato e offerto argomenti a sostegno del pacifico riconoscimento al minore della qualità di parte nel processo.

Come è stato efficacemente notato, infatti, il minore nell'àmbito del processo è vittima di un paradosso[2]: egli, infatti, è un soggetto sprovvisto della capacità di agire, ma capace giuridicamente, e così titolare di situazioni rilevanti, attive e passive, di varia natura. Il paradosso affonda le proprie radici in questo dualismo: il minore non può direttamente porre in essere gli atti processuali, ma ne rimane destinatario a tutti gli effetti, assistendosi così a una scissione tra il concetto di parte in senso puramente formale o processuale e il concetto di parte in senso sostanziale.

A ben vedere, non è soltanto l'argomento letterale ricavabile dalla l. n. 149 del 2001 a rendere possibile, più che meramente auspicabile, il riconoscimento in capo al minore della qualità di parte,

[2] Danovi, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, p. 243 ss., spec. pp. 245-246.

bensì una serie di argomenti di ordine sistematico che possono ricostruirsi, in via di estrema sintesi, nel modo che segue.

Innanzitutto, occorre muovere da un postulato di partenza, mancando l'accordo sul quale non sarebbe possibile procedere oltre: il minore è soggetto titolare di diritti e di rapporti giuridici. Del rapporto di filiazione, come ricorda la stessa Cassazione nelle righe che ho voluto ripercorrere, del diritto di visita rispetto al genitore non affidatario, del diritto ad essere educato e a crescere in un ambiente sano, e via di seguito, in un elenco che, potenzialmente, potrebbe non conoscere la parola fine. La marcia in questo senso è inarrestabile, dalla convenzione Onu di New York del 1989 in poi[3]. Il punto richiede di essere ulteriormente ribadito perché, nonostante a mio avviso appaia la chiarezza dell'assunto di cui sopra, le opinioni in questo senso non sono unanimi. Ad avviso di qualcuno, infatti, i documenti internazionali non legittimano l'idea che i minori siano titolari di diritti, limitandosi ad essere più la proclamazione di idee sociali che non di diritti individuali[4]. Questa lettura, a mio avviso non condivisibile, non pare neppure sostenibile: la stessa convenzione di New York è dedicata nell'intitolazione ai *Children's Rights*, pullulando poi nel testo di norme che non fanno che riconoscere al minore veri e propri diritti soggettivi di cui si fatica a dubitare (al nome, alla cittadinanza, alla libertà di espressione, ecc.). A ciò si aggiunga una considerazione di carattere più tipicamente processuale: riconoscere la titolarità di un diritto, senza corrispondentemente riconoscerne la titolarità del relativo diritto di azione, è vanificare il diritto soggettivo stesso; ancòra e facendo un passo oltre, il diritto al processo, ed evidentemente ad un equo processo, deve essere riconosciuto a tutti i soggetti che dall'esito di esso saranno coinvolti. Se si concorda su questi passaggi, non si può non addivenire ad una conclusione, che dimostra la perdurante inadeguatezza delle fonti di diritto positivo, nonostante le periodiche e anche recenti riforme: il coinvolgimento del minore nella vicenda processuale e la sua soggezione agli effetti del provvedimento, unitamente alla considerazione della fragilità

[3] Sull'influenza delle fonti internazionali sul tema, v. Querzola, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, p. 83 ss.

[4] È questo, fra gli altri, il pensiero di Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Londra, 2003, pp.12-13.

della sua posizione, impongono di sottrarlo ad una disciplina neutra di "indifferenza" soggettiva e oggettiva, riconoscendone l'indispensabilità di un ruolo attivo nel processo[5].

A queste considerazioni, è a mio avviso possibile aggiungerne altre, le quali consentono di leggere già ad oggi, nel nostro sistema, come sia ricostruibile in capo al minore la qualità di parte, senza che occorra necessariamente pensare ad una modificazione delle norme attualmente in vigore. In via di estrema sintesi, i passaggi del ragionamento potrebbero essere i seguenti.

Nel nostro ordinamento il minore sarebbe privo di capacità processuale, intesa come l'esistenza nell'agente delle qualità necessarie per l'esercizio del potere o per l'adempimento del dovere in cui l'atto si risolve[6]; ciò accade, per dirla in altri termini, in virtù del fatto che la capacità processuale di cui all'art. 75 c.p.c. non è altro che la capacità di agire di cui all'art. 2 c.c. riferita al compimento degli atti processuali, e la capacità di acquistare la qualità di parte nel processo non è altro che la stessa capacità processuale[7]. Ora, se la capacità processuale non è altro che la capacità di agire trasferita nel mondo del processo; se la capacità di agire si acquista generalmente con il compimento della maggiore età, fatta salva l'ipotesi in cui la legge stabilisca un'età diversa per il compimento dei singoli atti, come prevede l'art. 2 c.c.; se, inoltre, le situazioni giuridiche di cui il minore è titolare nel processo devono farsi rientrare nelle situazioni personalissime di cui, per definizione, si è titolari fin dal momento della nascita; allora, se si concorda su tutti questi passaggi, se ne può dedurre e affermare che il minore, allorché si tratti della sua sfera giuridico-esistenziale, gode della "capacità di agire processualmente", quindi tanto della capacità di agire in ordine a questa sfera nel diritto sostanziale, quanto della capacità processuale di essere parte nel processo[8].

---

[5] Così Danovi, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, cit., pp. 246, 256-257.

[6] V. per tutti Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1951, I, p. 306.

[7] Così Satta, voce *Capacità processuale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 130 ss., spec. p. 131.

[8] Mi sia consentito di rinviare per un più ampio dispiegamento di queste considerazioni a Querzola, *op. ult. cit.*, pp. 105-112.

3. *Un punto ancora problematico: il difensore del minore*

Il riconoscimento in capo al minore della qualità di parte reca con sé, necessariamente, il tema della difesa tecnica del minore nel processo, questione che, infatti, la Corte di Cassazione affronta, seppur solo tangenzialmente, nella pronuncia ricordata. La Suprema Corte si limita a richiamare l'art. 5 della convenzione di Strasburgo, che attribuisce ai fanciulli, nelle procedure davanti all'autorità giudiziaria che li riguardano, "il diritto di chiedere di essere assistiti da una persona appropriata di loro scelta". La circostanza che poi, di fatto, la Corte non dedichi al tema un'attenzione particolare, è a mio avviso spiegabile ponendo mente al fatto che qui si tratta del procedimento per la dichiarazione di adottabilità, materia nella quale proprio la l. n. 149 del 2001 ha fatto da apripista, prevedendo l'obbligo di nominare un avvocato al minore e ai genitori nelle procedure in discorso (provvedono in questo senso, in particolare, gli artt. 8, 10 e 37 della legge citata); il legislatore, dunque, ha già spostato l'attenzione sulla difesa processuale, tanto che ad avviso di parte della dottrina il principio dell'obbligo dell'assistenza del difensore per tutte le parti, compreso il minore, sarebbe stato così acquisito a pieno titolo tra i princìpi generali dell'ordinamento processuale[9], e che anzi dal sistema della legge n. 149 sarebbe possibile postulare la considerazione del minore come parte del processo[10].

Queste affermazioni sono compiute dalla dottrina con riferimento ai soli procedimenti contemplati dalla l. n. 149 ma, a mio avviso, possono essere estesi e valere per tutti quei giudizi che, pur non rientrando nella legge in discorso, vedono coinvolto un minore, e per primi fra tutti i giudizi di separazione e di divorzio. Proviene dal Parlamento europeo l'auspicio che gli Stati membri creino "l'istituto dell'avvocato difensore ovvero del difensore civico dell'infanzia"[11].

---

[9] V. Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Torino, 2005, pp. 11-12.

[10] In questo senso, che condivido pienamente, Tommaseo, *Processo civile e tutela globale del minore*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 583 ss., spec. p. 588.

[11] V. la Risoluzione su una Carta dei diritti del fanciullo (Doc. A3 del 8 luglio 1992, in *Gazz. Uff. com. eur.*, serie C241/67 del 21 settembre 1992), nonché la Risoluzione sui problemi dell'infanzia nella Comunità europea (Doc. A3-314/91 del 13 dicembre 1991, in *Gazz. Uff. com. eur.*, serie C13/534 del 20 gennaio 1992).

E non solo. La convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del minore del 25 gennaio 1996, infatti, prevede che gli Stati contraenti esaminino l'opportunità di riconoscere ai minori diritti processuali supplementari nelle procedure giudiziarie che li riguardano e tra essi è compreso, in particolare, "il diritto di chiedere essi stessi, o tramite altre persone o organi, la designazione di un rappresentante distinto, nei casi opportuni di un avvocato" (in questo senso gli artt. 5, lett. *b*, e 9, comma 2°). Vero è che la lettera della norma attribuisce agli Stati una semplice facoltà in tal senso, ma vi è già chi, in dottrina, ravvisa in essa un indice dell'obiettivo della convenzione di realizzare una sostanziale equiparazione tra i "minori" e le "parti" in senso formale del processo[12].

Se questa è la conclusione verso cui orientano le fonti internazionali, non vi è a chi non sfugga come, passando dall'affermazione di principio ad un piano concreto, ciò possa effettivamente realizzarsi.

Guardando alla prassi di diversi tribunali, è agevole notare come essa si sia orientata nel senso di prevedere un possibile cumulo tra la qualifica di curatore e quella di difensore, quanto meno nei procedimenti di adottabilità, qual è quello di cui alla fattispecie in commento. Tuttavia, è stato opportunamente notato che, in linea astratta e da un punto di vista sistematico, non è dubbio che il curatore e il difensore del minore rappresentino due figure nettamente differenziate, sotto più di un profilo[13]. Il curatore, infatti, svolge il ruolo di rappresentante del minore già sul piano sostanziale e nella dinamica del processo assume il ruolo di legittimato *ad processum* per il minore stesso, mentre il difensore svolge il ruolo di rappresentante tecnico, senza poteri sul piano sostanziale; senza considerare, inoltre, che il curatore assume un significato pregnante unicamente in presenza di un conflitto di interessi, mentre il difensore è chiamato a svolgere il suo ruolo indipendentemente dalla relazione intercorrente tra il minore e i genitori.

---

[12] È questa la posizione, che condivido, di Long, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 127 ss., spec. pp. 129-130.

[13] V. Danovi, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, cit., pp. 262-264.

Stando così le cose, a me pare che una soluzione che potrebbe rivelare una qualche utilità, non solo in punto di teoria ma anche dall'angolo visuale della prassi, sia quella che vede il minore supportato nel processo dall'attività di un difensore tecnico, dunque di un avvocato, che non sia al contempo difensore di alcuna delle altre parti, segnatamente dei genitori, che possono animare il processo che veda coinvolti minori[14]. La suddetta funzione dovrebbe essere esercitata dall'avvocato difensore del minore[15]. L'accoglimento di una proposta siffatta richiederebbe una riforma di spessore in diversi paesi, tra i quali è certamente il nostro; peraltro, il suggerimento è meno ai confini tra lo *ius condendum* e lo *ius conditum* di quanto appaia a prima vista, perché a livello di fonti internazionali nonché interne (si pensi, appunto, al sistema delineato dalla l. n. 149 del 2001) lo spunto non è nuovo[16].

Soltanto in via incidentale, accenno ad un aspetto che, nella sua prosaicità, rischia di vulnerare a monte qualsiasi intento di riforma sul punto, e cioè le spese; come è già stato sottolineato, varrebbe la pena di ripensare complessivamente lo stato della materia, ponendo in essere adeguate misure dal punto di vista della politica sociale e del diritto sotto forma di fondi della giustizia atti a garantire un'adeguata difesa in questi procedimenti[17].

---

[14] Così anche Danovi, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, cit., p. 264.

[15] Sul tema, v. Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, cit., p. 5 ss.; Ruo, *Il curatore, il rappresentante e l'avvocato del minore*, in *Minori giustizia*, 2006, p. 91 ss., spec. pp. 92 e 102 ss.; Magno, *Il minore come soggetto processuale*, Milano, 2001, p. 53 ss. Nel senso per cui l'introduzione del difensore del minore rappresenta una fondamentale innovazione dal punto di vista delle garanzie processuali, tutelando il corretto esplicitarsi del diritto di difesa e del contraddittorio in tutte le sue estrinsecazioni, v. Danovi, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, cit., p. 263.

[16] Il tema non può essere qui approfondito ulteriormente, mi sia pertanto consentito di rinviare a Querzola, *Il processo minorile in dimensione europea*, cit., spec. pp. 113-122.

[17] V. Danovi, *L'affidamento terapeutico dei minori ed il "processo mosaico"*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 178 ss., spec. p. 185.

4. *Gli "accertamenti"* ex *art. 10, comma 2°, l. n. 149*

Ulteriore questione sottoposta all'attenzione della Suprema Corte è la pretesa violazione dell'art. 10, l. n. 149 del 2001, in particolare la nullità del procedimento per non avere il tribunale comunicato il decreto di fissazione dell'udienza per l'audizione degli affidatari dei minori e degli operatori dei servizi sociali e, quindi, per aver provveduto in detta udienza all'ascolto dei soggetti indicati senza la presenza dei genitori e dei loro difensori.

La norma in questione è, precisamente, l'art. 10, comma 2°, della legge citata, ove si prevede che all'atto dell'apertura del procedimento di adottabilità sono avvertiti i genitori o, in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore; con lo stesso atto, il presidente del tribunale per i minori li invita a nominare un difensore e li informa della nomina di un difensore di ufficio per il caso che essi non vi provvedano. Tali soggetti, prosegue la norma, assistiti dal difensore, possono "partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale", possono presentare istanze anche istruttorie e prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo, previa autorizzazione del giudice.

Con riferimento alla censura mossa dal ricorrente, la Suprema Corte offre un'interpretazione piuttosto articolata della norma ora richiamata. Ad avviso della Cassazione, coerentemente con le finalità della novella di cui alla l. n. 149, quindi con l'obiettivo di razionalizzare il contraddittorio ed assicurare ai soggetti suddetti l'effettività della difesa tecnica fin dall'inizio del procedimento, il concetto di "partecipazione a tutti gli accertamenti" va interpretato nel senso più pieno e rigoroso delineato dal sistema processuale civile. Il concetto, prosegue la Corte, si diversifica in modo significativo dall'istruzione mediante "informazioni" di cui all'art. 738, comma 3°, c.p.c., e comprende la necessità di dare, ai difensori delle parti, preventiva comunicazione di qualsiasi accertamento disposto dal giudice, che le parti possano intervenire all'assunzione di detto accertamento personalmente e a mezzo dei propri consulenti tecnici e difensori, e infine che le parti debbano essere poste in grado di conoscerne comunque le risultanze, nonché di dedurre in ordine a ta-

le accertamento e di presentare le proprie difese. In particolare, il punto centrale della norma consiste nell'interpretare quel "tutti gli accertamenti" in ordine ai quali viene previsto il diritto di partecipazione; non a caso, infatti, il legislatore non ha individuato una tipologia precisa di accertamenti, ma li ha accomunati indistintamente attraverso l'aggettivo "tutti", così inducendo a ritenere che non si sia inteso riferirsi ai tradizionali mezzi dell'istruzione probatoria disciplinati nel secondo libro del codice di rito, bensì – e cito letteralmente la Cassazione – "a qualsiasi atto di indagine che il giudice ritiene di eseguire per iniziativa propria o delle parti" al fine di verificare se sussiste lo stato di abbandono e di pervenire a dichiarare lo stato di adottabilità, ovvero ad escluderlo. In tale nozione così ampiamente intesa, vengono dunque comprese esemplificativamente anche le indagini e le relazioni affidate ad istituti o ad operatori specializzati, ma vengono escluse invece quelle che periodicamente questi ultimi sono tenuti ad inviare all'autorità giudiziaria per renderla edotta delle condizioni fisiche e psichiche del minore. Il giudice, in buona sostanza e come peraltro la Cassazione ricorda di aver già enunciato[18], non può utilizzare l'atto di indagine acquisito senza aver consentito alla parte o al suo difensore di parteciparvi nel modo descritto e l'utilizzazione dell'atto di indagine in violazione della menzionata disposizione di cui all'art. 10, comma 2°, costituisce indubbiamente vizio della decisione fondata sull'accertamento in questione.

Se questa fin qui è l'interpretazione in via generale della lettera della norma offerta dalla Cassazione, essa prosegue attagliando poi il disposto al singolo caso di specie. Infatti, precisa la Corte, per invocare l'inutilizzabilità di un certo atto del giudice non comunicato alla parte e al quale questa voleva partecipare, non è sufficiente invocare la mancata comunicazione, essendo invece necessario che si sia trattato di un atto rientrante nella categoria indicata dalla norma cui la parte aveva diritto di partecipare, ricevendo uno specifico pregiudizio al diritto di difesa, e che lo stesso atto sia stato ciò malgrado utilizzato dalla decisione, o comunque su di essa abbia esercitato un'influenza determinante. Alla luce di questi princìpi, la decisione

[18] La sentenza richiamata dalla Corte è Cass., 25 settembre 2009, n. 20625, in www.dejure.it.

del giudice di appello si sottrae alle censure del ricorrente; il provvedimento di cui non era stato dato avviso, infatti, era quello con cui il tribunale aveva disposto l'audizione degli affidatari provvisori dei minori nonché degli operatori incaricati di monitorare ciascun affidamento. Ora, la Corte di appello ha accertato – senza alcuna contestazione proveniente dalle parti – che nell'udienza indicata l'audizione aveva interessato i soli soggetti preposti all'esecuzione dei provvedimenti temporanei sui minori ed era rivolta soltanto al doveroso controllo del comportamento di questi ultimi nonché a valutare nel contempo lo stato di salute anche psichico dei minori; conseguentemente, conclude la Suprema Corte, è stato corretto escludere la necessità di comunicazione di un atto che non rientra sotto alcun profilo fra quelli di indagine rivolti alla finalità di cui all'art. 10; e la cui risultanza, peraltro, il ricorrente neppure ha dedotto essere stata menzionata dalla decisione impugnata o comunque aver influito sull'*iter* logico del giudice.

Il ragionamento sviluppato dalla Cassazione, e che ho ritenuto di ripercorrere in virtù della sua ampiezza, attira l'attenzione principalmente su due punti: quello della differenziazione degli "accertamenti" di cui all'art. 10 della legge n. 149 rispetto alle "informazioni" di cui all'art. 738, ult. comma, c.p.c., da una parte; e il tema dei poteri officiosi del giudice, dall'altra. Cominciamo dal primo.

Nella norma di cui all'art. 738, ult. comma, c.p.c., come peraltro noto, si è da sempre ravvisato il *punctum dolens* della procedura camerale; l'inadeguatezza dell'istruttoria da essa delineata, in particolare, è stata ravvisata con riferimento al processo coinvolgente minori avendo riguardo proprio alla formazione del convincimento del giudice, che sovente avviene in modo assai informale, in specie attraverso lo strumento delle relazioni o delle dichiarazioni rese dai servizi sociali, intese come comunicazioni quasi confidenziali tra giudice e servizi interessati e così sottratte alla conoscenza delle parti, dunque in possibile violazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio[19]. Non è questa la sede per ripercorrere in

[19] Sul tema v. Biavati, *Il contraddittorio e il diritto di difesa nei procedimenti camerali*, in *Lessico di dir. di fam.*, n. 4 del 2004, Roma, p. 36 ss., spec. p. 41; Tommaseo, *Processo minorile, forme camerali e mistica del giusto processo*, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 321 ss., spec. p. 322; Dogliotti, *La potestà dei genitori e*

modo puntuale i termini della questione, non in via generale ma con specifico riguardo al processo che vede coinvolti soggetti minori[20]. È invece di qualche interesse sottolineare l'evidente non casualità dell'espressione utilizzata dal legislatore della l. n. 149: "tutti gli accertamenti disposti dal tribunale" è espressione i cui confini abbracciano, almeno a mio avviso, ogni categoria già nota e diversamente denominata relativa all'àmbito dell'attività istruttoria necessaria al giudice per formare la propria decisione nel singolo caso di specie. Le "informazioni", gli "atti di istruzione", i "mezzi di prova" sono, ciascuno *more proprio*, "accertamenti". Ed, evidentemente, l'elasticità che deve necessariamente connotare il processo nel quale si tratti di vita vissuta delle persone e dei minori, ha portato il legislatore a formulare negli ampi termini di cui si discute un concetto nel cui alveo far rientrare ogni attività istruttoria che il giudice ritenga di disporre in ordine a quella fattispecie concreta.

Detti accertamenti sono "disposti dal tribunale", recita la norma, e vengo così al secondo tema rilevante, ovvero i poteri istruttori del giudice. La materia del processo che coinvolge minori ben si presta, a mio avviso, a mettere in campo l'auspicio di un aumento dei poteri istruttori officiosi. Lo spunto deve essere ben inteso: non si tratta, infatti, di pensare ad una sorta di "processo del giudice", bensì di ipotizzare un rito in cui, all'attività delle parti, si affianchi un'attività intensa del giudice, finalizzata a conseguire "il migliore degli accertamenti possibili"[21]. Peraltro, il *favor* della dottrina verso un ampliamento dei poteri del giudice nel processo di famiglia e dei minori non è idea nuova, essendo stato suggerito da tempo, sia sul piano della tutela giurisdizionale che della stessa tecnica del processo, sia per quanto attiene all'iniziativa del giudice che per ciò che

---

l'autonomia del minore, Milano, 2007, p. 58; Re, Vicini, *L'ascolto indiretto del minore: indagini dei servizi territoriali*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1294 ss.

[20] Mi sia perciò consentito di rinviare a Querzola, *Il processo minorile in dimensione europea*, cit., spec. pp. 218 ss. e 250 ss.

[21] Così Dusi, *Il procedimento camerale nella giurisprudenza e nella prassi dei giudici minorili: linee evolutive*, in Fanni (a cura di), *Quale processo per la famiglia e i minori*, Milano, 1999, p. 37 ss., spec. p. 41.

concerne la formazione del suo convincimento[22]. Due sono le obiezioni più corpose che potrebbero essere mosse contro questa idea.

La prima è che un aumento dei poteri istruttori del giudice nella materia che qui ci occupa possa urtare contro il principio dispositivo, fondamento della disciplina del processo civile. A ben vedere, a questo rilievo si potrebbe replicare che, come peraltro già da tempo è stato dimostrato, non vi sono implicazioni necessarie tra l'adozione del principio dispositivo in senso proprio, o sostanziale, e il non attribuire al giudice poteri istruttori autonomi: molti modelli processuali, infatti, attuano il principio dispositivo e conferiscono contestualmente al giudice rilevanti poteri di iniziativa istruttoria[23]. La prevalenza dell'iniziativa di parte nel processo civile, infatti, è una proiezione sul piano processuale dei poteri di disposizione che le parti hanno sul piano sostanziale; pertanto, sia nel procedimento di adottabilità in particolare, che nel processo minorile in generale, avendo essi ad oggetto situazioni giuridiche soggettive prevalentemente indisponibili, discende a mo' di corollario da quanto precede che il giudice possa auspicabilmente esercitare poteri istruttori ufficiosi.

La seconda possibile obiezione potrebbe invece riguardare il pericolo che ciò aumenti gli spazi di discrezionalità del giudice nella gestione del processo e, alla fine, nell'assunzione della decisione finale. Ora, a ben riflettere, è la natura stessa del processo di famiglia e dei minori e degli interessi in gioco a non poter immaginare un giudice condizionato nella sua attività di accertamento dall'iniziativa delle parti quanto ai contributi probatori, dovendo egli potersi avvalere di ogni strumento che ritenga utile per entrare nelle pieghe dei fatti[24]. Come è stato efficacemente sottolineato, infatti, la delicatezza del tema ora in esame deriva dalla necessità di bilanciare la fondamentale garanzia di terzietà ed imparzialità del giudice con il riconoscimento ormai pacifico della natura di ordine pubblico della

---

[22] V. Carpi, *Aspetti processuali del tribunale della famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 1680 ss., spec. p. 1685.

[23] Per tutti v. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 451 ss., spec. p. 451.

[24] Per più ampie considerazioni sui punti in discorso ora nel testo, rinvio a Querzola, *Il processo minorile in dimensione europea*, cit., p. 251 ss.

materia oggetto del processo nel quale il minore sia coinvolto; proprio a tal fine, occorre rivalutare il ruolo e i poteri del giudice, senza per questo delegare interamente alla sua discrezionalità le forme e i termini entro i quali modellare i poteri delle parti[25].

5. *L'audizione del minore e la sua natura*

La parte più densa della pronuncia della Suprema Corte è dedicata al tema dell'ascolto del minore nel processo. L'impressione è che il giudice della legittimità vada oltre quanto era strettamente necessario enucleare per rispondere alle censure sollevate avverso la sentenza impugnata, cogliendo invece l'occasione per una digressione a scopo ricostruttivo sul tema "ascolto del minore".

Partendo dalla originaria disciplina dell'adozione di cui alla l. n. 184 del 1983, la Suprema Corte sottolinea come già, essa vigente, l'esigenza di ascoltare il minore costituiva nella giurisprudenza di legittimità una costante, intesa ad attribuire rilievo alla personalità e alla volontà del fanciullo in ordine a provvedimenti che avrebbero dovuto trovare nel suo interesse la loro ragion d'essere; e pur tuttavia, la circostanza che il soggetto chiamato a valutare e a difendere tale interesse fosse il giudice, determinava in qualche modo una scissione rispetto al soggetto portatore di tale interesse, il minore appunto. In questa prospettiva vengono poi ad incidere, prosegue la Corte nel suo *excursus*, soprattutto la convenzione di New York del 20 novembre 1989, sui diritti del fanciullo, e la convenzione europea di Strasburgo del 25 gennaio 1996, sull'esercizio dei diritti dei fanciulli.

Punto focale delle norme internazionali è, nel fraseggio della Cassazione, l'emersione di una nuova concezione del minore, non più "oggetto di tutela", bensì "soggetto titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi ed azionabili". Da ciò discende un corollario im-

[25] V. Danovi, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, cit., pp. 244 e 256, ove l'a. afferma che sia possibile all'occorrenza anche una deroga al principio della domanda e "l'attribuzione di poteri inquisitori in relazione ad ogni profilo processuale coinvolgente i minori e indipendentemente dalla natura o tipologia del procedimento".

portante in ordine all'ascolto del minore: esso non può essere qualificato "un atto di indagine, ovvero un accertamento su di esso, rientrante nella categoria di quelli rivolti a convincere il giudice in ordine alla sussistenza o meno di determinati fatti storici, bensì lo strumento diretto per raccogliere le opinioni nonché le valutazioni ed esigenze rappresentate dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto"; questo risulta conforme, ad avviso della Corte, alle direttive poste dalle due convenzioni menzionate, in quanto esse non si riferiscono ad un diritto del minore ad essere interrogato in forma di testimonianza o per convincere il giudice in ordine all'esistenza di determinati fatti storici, "ma assegnano al suo ascolto anzitutto lo scopo di consentirgli l'esercizio di un diritto della personalità", così evitando che egli resti estraneo ai provvedimenti che vengono assunti nel suo interesse. Conclusivamente, l'audizione del minore non rappresenta una testimonianza o un altro atto istruttorio, riflettendo essa, invece, "una nuova considerazione del minore quale portatore di bisogni e interessi che, se consapevolmente espressi, pur non vincolando il giudice, non possono essere ignorati".

La ricostruzione operata dalla Suprema Corte e qui ricordata in via di sintesi (pur non priva degli elementi essenziali) offre il destro per alcune considerazioni circa la natura dell'istituto ascolto/audizione del minore nel processo. A me sembra che interrogarsi su ciò non possa condurre ad una risposta unitaria ma suggerisca di distinguere in ordine a diverse ipotesi concrete che si possano presentare.

Nulla quaestio in tutte le ipotesi in cui il minore venga sentito nel processo in quanto ciò consenta di dimostrare l'esistenza di, e dunque provare, alcuni fatti storici; in tutti questi casi l'ascolto del minore integra un vero e proprio mezzo di prova di natura testimoniale, con tutto ciò che ne consegue secondo l'elaborazione tradizionale sul tema. Diversamente potrebbero invece considerarsi tutte le ipotesi in cui dall'ascolto del minore si pretenda di trarre elementi in ordine alla sua posizione, al suo modo di essere e di sentire e di volere rispetto ai fatti oggetto del procedimento (come è nel caso concreto in commento); come già ebbi modo di rilevare[26], in queste

[26] V. Querzola, *L'ascolto del minore nel processo civile, tra diritto di libertà, mezzo di istruzione e strumento di partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1341 ss.

ipotesi siamo di fronte ad una forma di partecipazione del minore al processo il cui esito avrà a produrre rilevanti effetti sulla sua vita personale, ascolto che, in quanto istituito a garanzia di un diritto della personalità, dunque indisponibile, è insuscettibile di deroghe processuali, tanto ad opera delle parti quanto ad opera del giudice[27]. Queste affermazioni non vengano ampliate *ultra desiderata*; evidentemente, infatti, dovendo il giudice avere di mira, in questi giudizi, il perseguimento dell'interesse del minore, l'opinione di quest'ultimo non può essere ritenuta sempre e comunque vincolante, se non ove sia motivata, cosciente e consapevole, dovendo essere disattesa ove se ne accerti la mancanza di capacità di discernimento o la soggezione a condizionamenti esterni[28].

6. *Le modalità attraverso cui procedere all'ascolto*

Ciò premesso quanto alla natura dell'audizione del minore, la Suprema Corte si diffonde poi sulle relative modalità. Ad avviso della Corte, "spetta al giudice il compito di eseguire detta audizione in modo che la stessa risulti protetta da interferenze, turbamenti o condizionamenti"; il giudice ha pertanto facoltà di adottare tutte le cautele e le modalità suggerite "dalle circostanze concrete" onde superare la straordinaria asimmetria che si frappone tra la posizione del fanciullo ed il suo stato emotivo ed il contesto relazionale ed ambientale in cui lo stesso viene ascoltato.

Tra queste facoltà, prosegue la Corte, deve necessariamente includersi quella di vietare l'interlocuzione con i genitori e/o con i loro difensori, nonché quella di sentire il minore da solo, senza la presenza di costoro, ove questa sia ritenuta un fattore di turbamento del minore o comunque di condizionamento delle sue dichiarazioni; e

---

[27] Così Graziosi, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1856 ss., spec. p. 1866.

[28] Sul tema v. anche Tommaseo, *Processo civile e tutela globale del minore*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 583 ss.; Danovi, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, cit., spec. p. 246 ss.; Ruscello, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Familia*, 2002, p. 933 ss.; Sergio, *L'ascolto del minore e la giustizia*, in *Fam. e dir.*, 1999, p. 590 ss.

ancòra, quella di delegare l'audizione ad un organo più appropriato e professionalmente più attrezzato a sostenere un'interlocuzione diretta con il minore, così che sappia tener conto del suo grado di maturità e superare le relative difficoltà.

L'assunzione delle dichiarazioni con queste modalità, prosegue la Corte, non menoma il diritto di difesa delle altre parti; l'art. 10, comma 2°, infatti, prevede la possibilità per i soggetti ivi indicati di "partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale", ma nell'ipotesi dell'audizione del minore, come peraltro già chiarito sopra, non si tratta di un accertamento né tantomeno di un atto istruttorio in senso stretto.

Con riferimento al caso di specie, conclude definitivamente la Corte, le parti e i rispettivi difensori non avevano il diritto di partecipare all'audizione dei minori, che dunque è stata legittimamente eseguita senza la loro presenza, senza considerare che comunque il Tribunale aveva dato ampia facoltà a ciascuna di esse di depositare memorie onde proporre temi e domande da sottoporre ai minori o formulare rilievi e istanze istruttorie, facoltà che non è stata esercitata in nessuno dei due gradi del giudizio.

È di tutta evidenza il grado di delicatezza delle modalità attraverso cui procedere all'ascolto del minore[29]. Per questo è non solo condivisibile ma da caldeggiare il suggerimento offerto da chi riterrebbe opportuna una sorta di preparazione del minore all'incontro con il giudice nel processo[30]; escludendo che a tale preparazione possano provvedere i genitori o i loro difensori o altri adulti che possano avere col minore rapporti significativi, a me pare che il soggetto del processo più indicato a colloquiare con il minore sia il giudice[31]. Egli infatti, prima di raccogliere opinioni e pensieri del minore, potrebbe intrattenersi con lui descrivendogli in modo semplice ma rea-

[29] Rinvio a considerazioni più ampiamente svolte in Querzola, *Il processo minorile in dimensione europea*, cit., p. 67 ss.

[30] È la proposta di Dell'Antonio, *Ascoltare il minore. L'audizione dei minori nei procedimenti civili*, Milano, 1990, pp. 53 ss., 66 ss.

[31] Anche ad avviso di Danovi, *Il difensore del minore tra principi generali e tecniche del giusto processo*, cit., p. 253, pare condivisibile la linea di "assegnare all'organo giudicante ogni decisione in proposito".

listico la situazione in corso[32]. Il giudice, auspicabilmente, dovrebbe essere un magistrato formato *ad hoc*, anche nell'àmbito delle relazioni interpersonali, eventualmente assistito, ove lo ritenesse necessario o di maggior conforto, da un esperto in materia psicologica[33].

Infine, un cenno soltanto ad un profilo processuale: quando procedere all'ascolto? A me sembra che sul tema rigidi termini e preclusioni processuali siano indesiderabili, per non dire inopportuni: il giudice deve sentire il minore nel momento del processo che gli paia più indicato allo scopo, nel legittimo esercizio dei suoi poteri di direzione del procedimento *ex* art. 175 c.p.c., evidentemente nel pieno rispetto del principio del contraddittorio e di tutte le garanzie che ne conseguono per le altre parti; naturalmente, sarebbe preferibile che l'audizione di tutte le parti avvenisse *in limine litis*, così che da essa possa emergere quali siano i fatti rilevanti e quale sia la condizione esistenziale dei soggetti coinvolti, al di là dell'idea che il giudice possa farsi attraverso la mera lettura degli atti introduttivi.

7. *Conclusioni*

La pronuncia da cui ho tratto spunto per queste considerazioni attira l'attenzione, ove mai ve ne fosse stato bisogno, sulla varietà di tematiche e sfumature che, nel loro insieme, compongono l'arcipelago della giustizia minorile. Le fonti internazionali, lentamente ma progressivamente, hanno svolto un ruolo fondamentale nel porre l'accento su alcuni aspetti (per tutti, il ruolo di soggetto, e dunque di parte, del minore, e la necessità di procedere al suo ascolto) che, almeno nel nostro ordinamento interno, non solo hanno faticato a

[32] Diversamente Graziosi, *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1281 ss., spec. p. 1287, ritiene possibile la soluzione per cui sia il giudice ad autorizzare espressamente qualcuno fra coloro che sono più vicini al minore ad andare a raccogliere la sua opinione e a farsene portatore nel processo.

[33] In questo senso Marcucci, *L'affidamento dei figli in Europa: disciplina vigente e prospettive di riforma*, in *Fam. e dir.*, 2001, p. 220 ss., spec. p. 223; Sergio, *L'ascolto del minore e la giustizia*, cit., p. 600. Per ulteriori considerazioni sul tema, mi permetto di rinviare a Querzola, *Il processo minorile in dimensione europea*, cit., pp. 67-73.

farsi prendere in considerazione ma che, a tutt'oggi, rivelano aspetti di lacuna di disciplina e, a monte, un ancòra forse non del tutto compreso inquadramento sistematico della stessa in un'ottica di attualità (per non dire di modernità) della prospettiva, anziché da un più tradizionale (ma forse obsoleto e inutilmente dogmatico) angolo visuale.

I giudici di merito e di legittimità, tuttavia, stanno dando forte impulso ad una prospettiva nuova, ariosa, che dovrebbe, nei modi e tempi congrui, trovare nell'opera del legislatore il giusto e rotondo coronamento, qual è quello che non solo merita ma è indispensabile a una materia così delicata e socialmente rilevante come il processo minorile.

ARBITRATO E REGOLAMENTO CE N. 44 DEL 2001: PERMANE L'ESCLUSIONE DAL CAMPO DI APPLICAZIONE?

NOTE A MARGINE DELLA PROPOSTA DELLA COMMISSIONE PER LA RIFORMA DEL REGOLAMENTO

Carlo Rasia

Dottore di ricerca

SOMMARIO: 1. L'art. 220 del trattato di Roma: *ratio* ed effetti dell'esclusione dell'arbitrato dalla convenzione di Bruxelles del 1968. – 2. La portata dell'esclusione: le relazioni di accompagnamento. – 3. La sentenza *Marc Rich* e le "ancillary measures to arbitration". – 4. La sentenza *Van Uden* e i "parallel proceedings to support arbitration". – 5. La sentenza *West Tankers* e le *anti-suit injunctions* nello spazio europeo. – 6. I problemi lasciati aperti a causa dell'esclusione della nozione d'arbitrato. – 7. La proposta di dicembre 2010 di modifica del reg. Ce n. 44 del 2001. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *L'art. 220 del trattato di Roma:* ratio *ed effetti dell'esclusione dell'arbitrato dalla convenzione di Bruxelles del 1968*

Fin dall'inizio del processo d'integrazione europea era evidente che l'instaurazione di un mercato unico efficiente in cui i beni, le persone, i servizi e i capitali potessero circolare liberamente non poteva prescindere dalla tutela giudiziaria dei diritti dei cittadini che necessitava di un'agevole circolazione dei provvedimenti giudiziari, non manifestandosi più in maniera isolata all'interno di un solo ordinamento giuridico[1]. L'obiettivo era quello di realizzare una quinta libertà consistente nella possibilità di ottenere senza difficoltà il ri-

[1] CARPI, *Riflessioni sull'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 1037 ss.

conoscimento e l'esecuzione in tutti gli Stati membri di una decisione giudiziaria resa in altro Stato[2].

A tal fine, il trattato istitutivo della Cee del 1957, con il previgente art. 220, sollecitava gli Stati membri a collaborare a livello interstatuale per giungere ad una semplificazione delle procedure di reciproco riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie e dei lodi a beneficio dei propri cittadini.

Sull'onda degli auspici espressi dal trattato di Roma, gli originari Stati membri concludevano nel 1968 proprio la convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (oggi sostituta e in parte novellata nel testo dal reg. n. 44 del 2001, c.d. regolamento Bruxelles I) dal cui àmbito applicativo escludevano espressamente la materia arbitrale senza tuttavia creare, come si erano prefissati, un testo similare per i procedimenti arbitrali e per la circolazione e il riconoscimento dei lodi. La *ratio* di tale esclusione risiedeva, oltre che nella presenza di altre convenzioni specifiche già vigenti in materia (come la convenzione di New York del 1958), nel fatto che il Consiglio d'Europa stava in quel periodo elaborando "una convenzione europea contenente una legge uniforme in materia di arbitrato" che avrebbe incluso un protocollo destinato a facilitare il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi. Ma il testo convenzionale venuto alla luce nel 1966 veniva ratificato solo dal regno belga senza entrare mai in vigore.

Fallito il tentativo normativo del Consiglio, l'unica ragione per mantenere l'esclusione dell'arbitrato dalla convenzione di Bruxelles può oggi rinvenirsi, secondo alcuni, nella presenza della convenzione di New York, nonostante questa, contenendo disposizioni la cui osservanza è demandata ai giudici statali ma non agli arbitri, non sia evidentemente in grado di risolvere, come vedremo, i numerosi problemi di coordinamento tra arbitrato e procedimenti giudiziari[3]. A titolo di primo esempio, basti osservare che l'art. II della convenzione di New York stabilisce che qualora una controversia coperta da

---

[2] Sul punto, da ultimo, Trocker, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, p. 46.

[3] Così Van Houtte, *Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation*, in *Arb. int.,* 2005, p. 510.

clausola compromissoria venga deferita ad un giudice, quest'ultimo dovrà operare un controllo *prima facie* della sua validità e poi deferire subito la questione all'arbitro, a meno che la clausola sia "null and void, inoperative or incapable of being performed". La convenzione non indica, però, quale legge regoli la validità della clausola: potrà pertanto accadere che il giudice, applicando quella del proprio foro, opti per l'invalidità della convenzione e decida egli stesso nel merito, mentre l'arbitro, applicando la legge del contratto o della sede, ritenga valida la convenzione e decida anch'egli nel merito. Per fare un altro esempio, si pensi che in materia di riconoscimento ed esecuzione del lodo il combinato disposto dell'art. V, comma 1°, lett. *e* della convenzione di New York e dell'art. IX, comma 2°, della convenzione di Ginevra del 1961 permette che, in paesi ove vige la convenzione del 1961, un lodo possa circolare (e pertanto venga riconosciuto all'estero) anche se sia stato annullato dal giudice nazionale nel paese in cui è stato reso, con palesi problemi di compatibilità tra le decisioni che contrastano in modo evidente con il principio di mutuo riconoscimento giudiziale tra gli Stati membri.

Questi due esempi sono dimostrazione di alcune delle inefficienze del sistema di coordinamento oggi esistente.

2. *La portata dell'esclusione: le relazioni di accompagnamento*

Come detto, sia la convenzione di Bruxelles (all'art. 1, comma 2°, n. 4) sia il regolamento Bruxelles I (all'art. 1, comma 2°, lett. *d*) hanno escluso l'arbitrato dal proprio campo d'applicazione: ciò vuol dire che in presenza di una clausola compromissoria o di un compromesso, le regole contenute nei testi di Bruxelles non sono in linea generale applicabili.

Tuttavia, se ciò è vero in via generale, è pur vero che dobbiamo intenderci sul significato da attribuire alla nozione di "arbitrato", in quanto l'espressione usata dal legislatore europeo risulta approssimativa e abbisogna di una specificazione onde chiarire se è da intendersi indicativa della sola procedura arbitrale "in senso stretto" o comprensiva anche dei momenti di contatto che la procedura ar-

bitrale ha con il processo ordinario, in forza del fatto che il giudice si trova a intervenire prima, durante e dopo lo svolgimento del procedimento.

Il primo problema interpretativo che la dottrina e la giurisprudenza hanno avuto modo di affrontare è dunque quello relativo alla definizione della nozione di arbitrato sotto il profilo della estensione effettiva da attribuire a questa eccezione posta alla disciplina di Bruxelles. In altre parole bisogna cercare di capire in quali situazioni concrete tale esclusione ha rilievo. Per far ciò è necessario esaminare, da una parte, le tre relazioni di accompagnamento alla convenzione di Bruxelles e le successive convenzioni di adesione, e, dall'altra, le pronunce della Corte di giustizia, che, come noto, hanno voce autoritativa sulla convenzione[4].

In estrema sintesi possiamo così schematizzare le tre relazioni.

a) Relazione *Jenard*: segue un'accezione ampia della nozione d'arbitrato, così da escludere dall'applicazione del regolamento sia il procedimento di riconoscimento/esecuzione dei lodi, sia i procedimenti di impugnazione dei lodi, sia quelli giudiziali di accertamento della competenza arbitrale[5].

b) Relazione *Schlosser*: discute in modo diffuso del tema prendendo atto della diversità di opinioni tra gli Stati membri. Aderisce all'interpretazione estensiva della nozione, precisando che la convenzione di Bruxelles non si deve applicare né alla procedura arbitrale "in senso stretto" né alle procedure giudiziarie sussidiarie ad un procedimento arbitrale, quali, a titolo esemplificativo, quelle di nomina o revoca di arbitri, di determinazione della sede dell'arbitrato, di proroga del termine previsto per la pronuncia del lodo[6]. Non

---

[4] In realtà non si tratta solo di autoritatività delle relazioni ma di qualcosa di più. Va ricordato, infatti, che il *Civil Jurisdiction and Judgments Act* del 1982 (parte 1, sez. 3, 3) guarda espressamente alla giurisprudenza della Corte per l'interpretazione della convenzione da parte dei giudici inglesi.

[5] V. *Relazione sulla Convenzione concernente la competenza e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, elaborata da P. Jenard (c.d. relazione Jenard), in *G.u.c.e.,* C 59 del 5 marzo 1979, p. 13.

[6] Cfr. *la Relazione sulla Convenzione di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord alla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nonché al Protocollo relativo alla sua interpretazione da*

rientra inoltre nell'ambito di applicazione della convenzione neanche una decisione giudiziaria dichiarativa dell'efficacia o inefficacia di un accordo arbitrale, o che invita le parti a non continuare un arbitrato a causa dell'invalidità di tale accordo, così come rimangono escluse anche le procedure o le decisioni giudiziali relative a domande di annullamento, di riconoscimento ed esecuzioni di lodi[7].

c) Relazione *Evrigenis-Kerameus*: rileva che devono essere escluse dall'ambito della convenzione le procedure giudiziali riguardanti direttamente l'arbitrato, così come quelle di ausilio del giudice statale in occasione della costituzione dell'organo arbitrale o in sede di verifica giudiziale di validità del lodo[8].

In conclusione, quello che emerge da tutte le relazioni illustrative è il consenso per un'interpretazione estensiva dell'eccezione arbitrale.

3. *La sentenza* Marc Rich *e le "ancillary measures to arbitration"*

Solo nel 1991 con la causa *Marc Rich* (c.d. *The Atlantic Emperor case*), la Corte di giustizia si pronuncia per la prima volta sull'applicazione della nozione di arbitrato nella convenzione[9]. A questa

parte della Corte di giustizia, elaborata da P. Schlosser (c.d. relazione Schlosser) in *G.u.c.e.,* C 59 del 5 marzo 1979, p. 93.

[7] Non si può tralasciare il fatto che il prof. Schlosser, in séguito, in un altro scritto non ufficiale (pubblicato sotto il nome di *The 1968 Brussel Convention and arbitration,* in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.,* 1989, p. 545 ss.), ha modo di tornare sul punto e questa volta, in parziale contrasto con l'opinione espressa in precedenza nella relazione illustrativa, propone di dare alla nozione di arbitrato un'interpretazione più restrittiva. In particolare, lo studioso tedesco ritiene che l'accezione di arbitrato contenuta nella convenzione debba essere circoscritta esclusivamente alla procedura davanti agli arbitri e non anche comprendere tutte le procedure giudiziali relative ad essa, ovvero tutti i procedimenti davanti ai giudici ordinari in qualche modo connessi con gli arbitrati.

[8] Cfr. la *Relazione in merito all'adesione della Repubblica Ellenica alla Convenzione comunitaria concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale,* elaborata da D. Evrigenis e K.D. Kerameus (c.d. relazione di Evrigenis e Kerameus) in *G.u.c.e.*, C 298 del 24 novembre 1986, p. 10, par. 35.

[9] È questa, fra l'altro, la prima pronuncia emessa dalla Corte su questioni relative all'interpretazione della convenzione medesima sottoposte al suo giudizio,

sono seguite in ordine di tempo le decisioni *Van Uden* del 1998 e *West Tankers* del 2009.

In tutte queste occasioni i giudici del Kirchberg hanno affrontato differenti aspetti: mentre con le prime due si sono pronunciati sia in merito all'applicazione della convenzione ai provvedimenti giudiziali di nomina degli arbitri, sia in tema di adozione di provvedimenti provvisori o cautelari in caso di lite sottoposta ad arbitri; con la terza, invece, è stato affrontato il tema della compatibilità della convenzione con le *antisuit injunctions* a sostegno dell'arbitrato.

Sarà ora nostro compito soffermarci su tali decisioni prima di dimostrare, da un punto di vista sistematico, se vi è un unico filo conduttore elaborato dalla Corte, per fare, infine, il punto dello stato dell'arte sul rapporto tra arbitrato e norme europee sulla giurisdizione e sul riconoscimento, esponendo le questioni lasciate ancora aperte.

Innanzitutto, con il caso *Marc Rich* la Corte di giustizia va a toccare il problema, già lambito nelle relazioni illustrative, se la lite relativa alla designazione di un arbitro ricada o meno nell'alveo dell'esclusione prevista dall'art. 1, comma 2°, n. 4 della convenzione, nel caso in cui ne sia preliminarmente anche controversa l'esistenza o validità della clausola compromissoria.

I giudici del Kirchberg, optando per un'interpretazione estensiva dell'esclusione – in cui viene compreso l'arbitrato in quanto materia nel suo complesso e pertanto anche le azioni ad esso collegate intentate avanti ai giudici statali – stabiliscono che la nomina di un arbitro da parte degli organi giudiziari è una misura statale volta a porre in atto un procedimento arbitrale e che, quindi, tale strumen-

---

tramite rinvio pregiudiziale, da una giurisdizione inglese. Si tratta della sentenza 25 luglio 1991, in causa 190/89, *Marc Rich c. Italimpianti*, in *Racc.,*1991, I, p. 3894 ss. che vede nel corso del giudizio l'acquisizione dei pareri di Jenard e Schlosser prodotti dalla Società Italiana Impianti a sostegno delle proprie tesi (v. i due testi entrambi pubblicati in *Arb. int.,* 1991, p. 227 ss. e p. 243 ss.), nei quali venivano formulati punti di vista alquanto diversi rispetto a quelli delle relazioni ufficiali di anni prima (da qui la dura critica dell'avv. generale Darmon: cfr., ad esempio, punti 79-80 e 86-87).

to deve rientrare nella materia dell'arbitrato di cui all'art. 1, comma 2°, n. 4 della convenzione[10].

Con riguardo poi al fatto se alla medesima conclusione debba giungersi anche se venga contestata (preliminarmente) l'esistenza dell'accordo arbitrale, la Corte, sostenendo la distinzione tra questione principale e questione preliminare, afferma che l'esistenza o meno della clausola compromissoria si presenta – in un procedimento che verte sulla nomina di un arbitro – come questione preliminare e quindi irrilevante per il giudicante, in forza del principio che, per stabilire se il testo di Bruxelles sia o meno applicabile, bisogna aver riguardo solo all'oggetto principale della controversia[11]. Una conclusione in senso opposto, infatti, sarebbe stata – a detta della Corte – contraria al principio di certezza del diritto, in quanto sarebbe bastata una semplice eccezione di esistenza o validità della clausola per far o meno rientrare, nell'*empire* della convenzione, una causa altrimenti esclusa[12].

La sentenza *Marc Rich,* quindi, ha il pregio di stabilire che una misura giudiziale di supporto, come la designazione di un arbitro, debba ritenersi sicuramente esclusa dall'ambito della convenzione in quanto finalizzata al procedimento arbitrale.

A séguito di tale decisione la dottrina specialistica ha avuto modo di osservare che il principio stabilito dalla Corte riguardo all'esclusione dell'applicazione della convenzione possa applicarsi, in via analogica, a tutte quelle misure di sostegno (c.d. *ancillary*

---

[10] V. sent. *Marc Rich*, cit., punti 18-19. Conclusione questa in piena adesione alle conclusioni delle relazioni Schlosser e Evrigenis-Kerameus, sopra citate. V. però la diversa opinione espressa (proprio nel corso del caso *Marc Rich*) dallo stesso Schlosser, *The 1968 Brussels Convention*, cit., p. 545, citata *supra* a nota 7.

[11] In questo modo la Corte aderisce all'impostazione dell'avv. generale Darmon (par. 25) il quale sottolinea che "la principale o vera controversia tra le parti" riguarderebbe l'esistenza della clausola d'arbitrato. Probabilmente, una questione di tal genere risulta, allo stato della causa, più importante. Tuttavia, da un punto di vista procedurale, si tratta solo di una questione incidentale o, più esattamente, "preliminare", in quanto veniva posta solo per contestare la competenza dell'arbitrato e non per questioni di merito.

[12] V. punto 27 sent. Per ulteriori sviluppi processuali della vicenda *Marc Rich*, a seguito della commentata sent. della Corte di giustizia, v. Pillitteri, *Clausola compromissoria ed accettazione tacita della giurisdizione*, in *Riv. arb.,* 1993, p. 97 ss.

proceedings) che vengono adottate dai giudici statali per favorire la costituzione del collegio arbitrale o il suo buon funzionamento[13]: si tratta, oltre ai provvedimenti giudiziali di nomina, di quelli di ricusazione, sostituzione dell'arbitro, proroga del termine, supporto per l'assunzione di una prova, determinazione del luogo dell'arbitrato. A questi, la dottrina maggioritaria accosta anche i provvedimenti che conferiscono *exequatur* al lodo[14]. Rimane solo da individuare il giudice competente ad adottare tale misura di sostegno, problema sul quale torneremo.

4. *La sentenza* Van Uden *e i "parallel proceedings to support arbitration"*

Qualche anno dopo, nel 1998, la Corte di giustizia si è trovata nel procedimento *Van Uden* a decidere nuovamente in materia di estensione della nozione di arbitrato ai sensi della convenzione di Bruxelles[15], ma questa volta in materia di competenza del giudice a emanare provvedimenti urgenti e cautelari in caso di lite sottoposta nel merito alla decisione di arbitri.

Nel caso *Van Uden* la Corte segue un'interpretazione più restrittiva della nozione d'arbitrato e mette in luce il fatto che non tutti i procedimenti giudiziari, che hanno un punto di contatto con una procedura arbitrale, debbano essere esclusi dalla disciplina di Bruxelles.

In particolare, la decisione del 1998 evidenzia la circostanza che i provvedimenti provvisori non mirano, in linea di principio, ad attuare un procedimento arbitrale ma sono adottati contempora-

---

[13] V. Gaja, *Arbitrato e procedimento giudiziario in Stati diversi dopo la sentenza della Corte di giustizia nella causa Marc Rich c. Italimpianti*, in *Riv. arb.,* 1992, p. 419.

[14] Gaja, *op. ult. cit.*, p. 419; così anche l'avv. generale Darmon in *Marc Rich* e i rapporti Jenard e Schlosser (punto 65).

[15] Sent. 17 novembre 1998, causa 391/95, *Van Uden Maritime BV c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e altri,* in *Racc.,*1998, I, p. 7091 ss., su cui, in particolare per il profilo arbitrale, v. i commenti di Pettinato, *Provvedimenti provvisori ed arbitrato nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 313 ss.; *Note* di Gaudemet-Tallon, in *Rev. arb.*, 1999, p. 143 ss.

neamente a tale procedimento per rafforzarne l'efficacia. L'oggetto di tali rimedi non riguarda pertanto l'attuazione e il funzionamento del procedimento arbitrale, ma mira principalmente a tutelare situazioni giuridiche sostanziali: la loro appartenenza al campo d'applicazione della convenzione dipende quindi dalla natura dei diritti che essi devono tutelare[16]. È a questi ultimi che bisogna volgere lo sguardo per individuare l'applicazione o meno del testo convenzionale. La Corte evidenzia, infatti, che quando le parti hanno scelto la via arbitrale – e pertanto non vi è un giudice statale competente nel merito – se l'oggetto della controversia rientra tra quelli della convenzione, il giudice dello Stato membro deve disporre provvedimenti provvisori e cautelari solo in forza dell'art. 24 della convenzione[17]. E ciò indipendentemente dal fatto che sia stato o meno avviato un procedimento arbitrale. In altre parole, l'esclusione prevista dall'art. 1, comma 2°, n. 4 della convenzione si verifica solo se l'oggetto della domanda riguarda l'arbitrato in quanto materia "nel suo complesso" e non, come nella fattispecie del caso *Van Uden*, ove la misura provvisoria adottata sia strumentale all'esecuzione di un contratto (in quel caso, pagamento di fatture insolute) rientrante nell'alveo di Bruxelles[18].

---

[16] Sent. *Van Uden*, cit., punti 32-33. A proposito, la Corte richiama la propria sentenza 26 marzo 1992, causa C-261/90, *Reichert e Kockler*, in *Racc.*, 1992, I, p. 2149, punto 32.

[17] Purché tuttavia il provvedimento rientri tra quelli che, secondo la Corte, hanno le caratteristiche di provvedimento provvisorio o cautelare di cui all'art. 24 convenzione, e cioè: mirino alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto; vengano pronunciati dal giudice dello Stato che ha uno specifico nesso di collegamento con l'oggetto del provvedimento richiesto; siano dotati di quelle condizioni o modalità che ne garantiscono il carattere provvisorio o cautelare (punti 40,41,45). V. Querzola, *Tutela cautelare e Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2000, p. 805 ss. In questo caso – va ribadito – l'adozione di misure provvisorie è riservata, in termini di competenza giurisdizionale, esclusivamente ai giudici determinati dall'art. 24, norma che non può essere invocata per materie escluse dall'ambito di applicazione della convenzione.

[18] Conformemente l'avv. gen. Léger (nelle sue conclusioni, p. 7091 ss.) rilevava che l'esistenza di una procedura arbitrale non ostava all'applicazione delle disposizioni della convenzione nel caso di specie, tenuto conto della circostanza che le materie escluse lo sono soltanto se costituiscono l'oggetto principale della lite (punti 57 e 72).

La soluzione offerta dalla Corte, in virtù del fatto che il provvedimento cautelare olandese che ha dato origine al rinvio pregiudiziale (il *kort geding*[19]) ha natura anticipatoria[20], ha portato a far rientrare nella nozione di provvedimenti provvisori e cautelari di cui all'art. 24 della convenzione (oggi, art. 31 del regolamento) non solo le misure cautelari conservative ma anche quelle anticipatorie, prive cioè di una strumentalità con il giudizio di merito, sempre che la competenza del giudice del cautelare si fondi su altre norme del testo di Bruxelles o, in caso opposto, sia comunque garantita una realistica possibilità di esecuzione forzata[21].

È evidente la differenza dal caso *Marc Rich*: nel caso del 1998, la Corte non si confronta con delle "ancillary measures to arbitration" (ovvero procedimenti che servono ad attuare un procedimento arbitrale, ma con dei procedimenti autonomi, paralleli all'arbitrato (i c.d. *parallel proceedings to support arbitration*), il cui fine appunto non è quello di incidere direttamente sullo svolgimento della procedura arbitrale, quanto di garantire, in modo effettivo, la tutela delle situazioni giuridiche sostanziali sottoposte agli arbitri[22].

Orbene, se si tirano le somme e si fa un confronto tra le decisioni *Marc Rich* e *Van Uden*, a un primo esame si potrebbe essere ten-

---

[19] Per i tratti fondamentali dell'istituto del *kort geding*, per certi aspetti assimilabile al *référé provision* francese, v. Snijders, *Il diritto procedurale olandese*, in Fazzalari, *La giustizia civile nei Paesi comunitari,* Padova, 1994, pp. 348-349.

[20] Punti 109-110 delle conclusioni avv. gen. Léger.

[21] V. perentorio sul punto Consolo, *Van Uden e Mietz: un'evitabile Babele,* in *Int'l Lis*, 2002, p. 30 ss. ove ampie specificazioni; Merlin, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 759 ss. Per le specificazioni messe in luce dalla giurisprudenza, v. Lupoi, *Reg. (Ce) n. 44/2001*, in Carpi, Taruffo, *Commentario breve al c.p.c.,* Padova, 2009, p. 2974 ss. Sostanzialmente dubbiosa, Querzola, *Tutela anticipatoria*, cit., p. 151 ss.

Il *Bundesgerichtshof* tedesco (sent. 5 febbraio 2009, in *Cah. arb.*, 4, 2009, pp. 39-40) ha ritenuto, in linea con il caso *Van Uden*, che dovessero applicarsi i criteri di Bruxelles al provvedimento tedesco di *exequatur* di una decisione olandese con cui il giudice dei Paesi Bassi condannava il debitore a fornire una garanzia "a prima richiesta" strumentale all'esecuzione di un lodo arbitrale di condanna. V. tale decisione anche in *Riv. arb.*, 2010, p. 493 ss. con nota di D'Alessandro, *Ancora sui rapporti tra arbitrato, convenzione di Bruxelles del 1968 e Reg. n. 44/2001, alla luce delle ultime proposte di modifica.*

[22] Mette in evidenza tale distinzione tra *ancillary proceedings* e *parallel proceedings*, v. Noussia, *Antisuit Injuctions and Arbitration proceedings: What Does the Future Hold?*, in *Jour. internat. arb.,* 2009, p. 311, spec. p. 316.

tati di registrare nella giurisprudenza di Lussemburgo una volontà di intraprendere due strade opposte quasi *case by case*. In realtà, a mio parere, la chirurgia interpretativa seguita dalla Corte, nel definire i limiti dell'applicabilità della convenzione al sistema arbitrale, è in entrambi i casi la stessa, sempre finalizzata ad applicarla a seconda dell'oggetto principale del processo o meglio della domanda proposta[23]: il testo di Bruxelles non si applica se la domanda principale verte sulla materia arbitrale, mentre si applica se la questione arbitrale è solamente pregiudiziale[24].

A questo punto si tratta solo di capire a chi spetti qualificare una questione come principale o come preliminare. La risposta sembra quasi ovvia: spetterà al giudice adito, che applicherà a proposito la propria *lex fori*, e cioè la legge dell'ordinamento ove il provvedimento viene richiesto in caso di *parallel proceedings* (*ex* art. 31 del regolamento) ovvero la legge della sede dell'arbitrato, se c'è stata scelta della sede, nel caso di *ancillary measures.* Resta solo da capire, come abbiamo anticipato sopra, quale sia il giudice che ha giurisdizione in mancanza di scelta espressa della sede, aspetto che risente purtroppo delle singole soluzioni nazionali.

5. *La sentenza* West Tankers *e le* antisuit injunctions *nello spazio europeo*

La terza occasione in tema di definizione della nozione di arbitrato ai sensi della convenzione di Bruxelles (ormai nel frattempo divenuta regolamento Bruxelles I) si è presentata alla Corte di giustizia nel 2009 grazie al caso *West Tankers*, la quale si è occupata della materia delle *antisuit injunctions* emesse a tutela degli arbitrati.

---

[23] Cfr. anche Mari, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, 1999, p. 111.

[24] Si condivide qui la conclusione secondo cui per stabilire se una controversia rientra nell'àmbito di applicazione della convenzione, deve essere preso in considerazione soltanto l'oggetto del procedimento (sent. *Marc Rich*, punto 26): l'appartenenza all'ambito di applicazione è determinata dalla natura dei diritti che il procedimento in parola mira a tutelare (sent. *Van Uden*, punto 33).

Come è noto, con il termine "*antisuit injunction*" si fa riferimento ad un particolare tipo di azione inibitoria diffusa nei paesi di *common law*, tramite la quale il giudice può far divieto ad un individuo di intraprendere o proseguire in un altro paese un dato procedimento giudiziario, in virtù del fatto che la competenza su quella lite appartiene o ad un giudice statale o ad un arbitro che ha sede nel proprio paese[25]. Tale strumento, indirettamente indirizzato alla corte straniera, ha lo scopo fondamentale di prevenire o risolvere conflitti di giurisdizione in ambito transnazionale[26].

Tra i casi elaborati dai giudici inglesi in cui l'*antisuit injunction* può essere accordata, per quanto a noi interessa, vi è l'ipotesi in cui il processo promosso all'estero rappresenti una violazione del diritto del convenuto a non essere citato in giudizio avanti a un foro straniero. In tale categoria vengono raccolti tutti i casi in cui si è in presenza di una clausola di scelta della giurisdizione inglese o di una convenzione che preveda un arbitrato con sede in Inghilterra[27].

È chiaro che i provvedimenti di *antisuit injunctions* dei paesi di *common law*, avendo come effetto indiretto l'impossibilità per il giudice concorrente di emettere una sentenza, si sovrappongono inevitabilmente con l'amministrazione della giustizia degli altri Stati[28]. Su tale presupposto è evidente che tale interferenza, per quan-

---

[25] Si tratta di misure *lato sensu* cautelari. Numerosi sono i contributi in materia di *antisuit injunction* su cui, in particolare, con riferimento all'esperienza inglese, v. per tutti Lupoi, *Cenni comparatistici sulle* "antisuit injunctions" *nei paesi di* "common law", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 1197 ss.; Id., *Conflitti transnazionali e giurisdizioni*, II, Milano, 2002, p. 861 ss., ove ampi riferimenti bibliografici anche per gli altri paesi di *common law.*

[26] L'*antisuit injunction* rappresenta l'espressione di un potere discrezionale del giudice di *common law*, più ampio di quello di cui godono i loro colleghi di *civil law*, che trova la base della propria disciplina nella c.d. dottrina del *forum non conveniens* (così Lupoi, *Cenni comparatistici*, cit., p. 1198). Tale strumento viene giustificato in quanto rimedio preventivo al fenomeno del *forum shopping* e dunque quale mezzo volto a porre freno alla tendenza ad indirizzare la lite avanti al giudice del paese in cui la legislazione offre l'esito più favorevole.

[27] Gaillard, *Anti-suit Injunctions in International Arbitration,* New York-Bern, 2005, *passim*; Lupoi, *Antisuit injunctions e arbitato: l'esperienza inglese*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 441 ss., spec. p. 445; Castrica, Antisuit injunctions *ed arbitrato: l'esperienza inglese e le sue prospettive alla luce della recente giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005, p. 403 ss.

[28] Tale assunto è stato riconosciuto dalla stessa *House of Lords* nella sent. 2 aprile 1998, c. *Airbus Industrie G.I.E. v. Patel and Others*, in *All ER*, 1998, 2, p.

to riguarda l'àmbito dell'Unione e in generale di quello che abbiamo definito "spazio giudiziario europeo", crea situazioni di conflitto con la convenzione/regolamento di Bruxelles, che, peraltro, realizzando in materia di giurisdizione un sistema tendenzialmente chiuso, non permette l'ingresso di norme processuali frutto dei particolarismi nazionali.

Così con il caso *Turner* del 2004[29] – supportato dal caso *Gasser* dell'anno precedente[30] – i giudici di Lussemburgo, recependo la indicazioni provenienti dalla dottrina maggioritaria, sono arrivati ad escludere la compatibilità delle *antisuit injunctions* con la convenzione di Bruxelles ritenendo contrario al principio della reciproca fiducia fra gli Stati (principio cardine del sistema dei regolamenti europei in materia processuale) il sindacato della competenza di un giudice da parte di un collega di un altro Stato contraente. Il divieto di un giudice di avviare o di continuare un'azione dinanzi ad un giudice di un altro Stato contraente, sotto minaccia di sanzioni (il c.d. *contempt of court* anglosassone), costituisce, infatti, un'indiretta ingerenza nella competenza di quest'ultimo organo che è incompatibile con il sistema della convenzione di Bruxelles, essendo irrilevante il fatto che tale strumento abbia come destinatario il convenuto e non già direttamente il giudice. Tale misura deve quindi ritenersi senz'altro inammissibile nel sistema europeo poiché incompatibile con le regole processuali della convenzione di Bruxelles.

Quasi come un atto dovuto della giurisprudenza europea arriva la pronuncia *West Tankers* ove i giudici di Lussemburgo dichiarano

257; v. anche Clavel, *Anti-suit injunctions et arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2001, p. 687.

[29] Corte di giustizia, sentenza 27 aprile 2004, causa C-159/02, *Turner v. Grovit*, in *Racc.*, 2004, I, p. 3565 ss. V. i commenti di Blanke, *The Turning Tides of Turner*, in *Business Law Review*, ottobre 2004, p. 261 ss., spec. p. 270 e di Merlin, *Le* antisuit injunctions *e la loro incompatibilità con il sistema processuale comunitario*, in *Int'l Lis*, 2005, p. 14 ss.

[30] Corte di giustizia, sent. 9 dicembre 2003, causa C-116/02, *Erich Gasser G.m.b.h. v. Misat s.r.l.*, su cui v. Lupoi, *La "nuova" litispendenza comunitaria: aspetti procedurali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 1306 ss.; Marinelli, *Litispendenza comunitaria, clausola di proroga esclusiva e durata irragionevole del processo proveniente*, in *Int'l Lis*, 2004, p. 69 e p. 73.

incompatibile con il regolamento Bruxelles I anche l'istituto dell'*antisuit injunction* a sostegno di un procedimento arbitrale[31].

Per arrivare a tale conclusione, la Corte esamina se tale misura possa o meno ritenersi riconducibile al concetto di arbitrato di cui all'art. 1, comma 2°, lett. *d* del regolamento e quindi considerarsi esclusa dall'àmbito di applicazione. I giudici europei scelgono un'interpretazione ampia della nozione di arbitrato sul presupposto che tale misura mira per sua natura ad impedire la turbativa nei confronti di un procedimento e pertanto può essere intesa come provvedimento accessorio rispetto all'arbitrato che intende proteggere (ovvero una "ancillary measures to arbitration").

West Tankers si pone in linea con la giurisprudenza europea precedente. In particolare, la domanda rivolta al giudice inglese riguarda la concessione di un'*antisuit injunction*, questione da ritenersi esclusa dall'ambito del sistema di Bruxelles in quanto – richiamando il caso *Marc Rich – ancillary measure* finalizzata al procedimento arbitrale[32]. In questi casi, infatti, l'oggetto principale del pro-

---

[31] Corte di giustizia, 10 febbraio 2009, C-185/07, *Allianz Spa, Generali Assicurazioni Generali spa c. West Tankers Inc.*, in *Dir. comm. internaz.,* 2008, p. 729 ss. con nota a seguire di Winkler, *West Tankers: la Corte di Giustizia conferma l'inammissibilità delle anti-suit injunctions anche in ambito escluso dall'applicazione del Regolamento Bruxelles I.* Per limitarmi solo alla letteratura italiana, v. D'Alessandro, *La Corte di giustizia dichiara le anti-suit injunctions a tutela dell'arbitrato inglese incompatibili con il sistema del Reg. n. 44/2001*, in *Riv. arb.,* 2009, p. 74 ss.; Marongiu Bonaiuti, *Emanazione di provvedimenti inibitori a sostegno della competenza arbitrale e reciproca fiducia tra i sistemi giurisdizionali degli Stati membri dell'Unione europea*, ivi, 2009, p. 245 ss.; Gaja, *Convenzione di New York sull'arbitrato e* anti-suit injunctions, in *Riv. dir. internaz.*, 2009, p. 503 ss.; Fradeani, *Le* anti-suit injunctions, *anche "a protezione" dell'arbitrato internazionale, tra incompatibilità con il sistema processuale comunitario e riconoscimento quale legittimo rimedio a salvaguardia delle clausole di deroga alla giurisdizione*, in *Int'l Lis*, 3-4, 2009, p. 123 ss.; Consolo, *Brussels I Regulation, Arbitration and parallel proceedings: a discussion of the Heidelberg proposal (in the light of* West Tankers *and* Endesa*,* in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, p. 245 ss.; Atteritano, Anti-suit injunctions *in ambito arbitrale: provvedimenti illeciti o semplicemente odiosi,* in Aa.Vv., *Sull'arbitrato*, cit., p. 17 ss.; Lupoi, *Arbitrato e regolamento Bruxelles I: ultimi sviluppi*, ivi, p. 475 ss.

[32] La stessa conclusione, mi sembra, sia espressa da Schlosser nel suo celebre rapporto (punto 64), allorché stabilisce che la convenzione di Bruxelles non si applica a una decisione di un organo giurisdizionale "che impone alle parti, a motivo dell'invalidità, di non proseguire in una procedura arbitrale", così trattando

cesso è "la materia dell'arbitrato" o comunque la sussistenza e l'applicabilità della convenzione arbitrale, elemento escluso dal regime di Bruxelles. A conclusione opposta (ossia a favore dell'applicazione di Bruxelles) si arriva, invece, se si cambia prospettiva e si prende in considerazione il procedimento dinanzi al Tribunale di Siracusa contro cui l'*injunction* è diretta. Qui l'oggetto della lite è la domanda di risarcimento danni (materia rientrante nel regolamento) e non tanto la questione preliminare della validità e l'efficacia della clausola arbitrale. Solo la prima rileva: se così non fosse, la semplice eccezione d'arbitrato in via preliminare porterebbe le parti a sottrarsi al procedimento deputato al giudice ordinario (*i.e.*, il Tribunale di Siracusa)[33]. Tale seconda azione, al pari di un *parallel proceeding*, rientrerebbe nell'alveo del regolamento, così come è accaduto nel caso *Van Uden.*

In definitiva, i passi seguiti dalla giurisprudenza europea nei casi *Marc Rich* e *Van Uden,* su entrambi i fronti (inglese e italiano), trovano piena conferma anche in questa sede e sono l'ulteriore prova della coerenza di soluzioni adottate dalla Corte.

A seguito della decisione *West Tankers*, oggi direttamente efficace nei paesi membri, la Corte di giustizia elimina una volta per tutte l'utilizzo delle *antisuit injunction*s e risolve il problema del loro utilizzo all'interno dell'Unione, oltre che nel c.d. spazio giudiziario europeo[34]. Estendendo i princìpi della decisione *Turner*, i giudici di Lussemburgo interrompono così, una volta per tutte, la nutrita giurisprudenza delle corti inglesi in merito alla concessione di *antisuit injunctions* a protezione di un arbitrato con sede in Inghilterra o soggetto alla legge processuale inglese, allorché il processo ritenu-

---

tali misure al pari delle procedure giudiziarie sussidiarie ad una lite arbitrale. Lo stesso studioso tedesco ritiene applicabili alle *antisuit injunctions* i princìpi della *Marc Rich* nello scritto del 2007 (cfr. Schlosser, *Anti-suit injunctions*, cit., p. 99), così ponendosi di diverso avviso rispetto a quanto precedentemente sostenuto in Id., *The 1968 Brussels Convention and Arbitration,* in *Arb. int.*, cit., pp. 231-232.

[33] Come rilevato dalla stessa Corte, punto 31.

[34] La mancata applicazione di tali misure deve estendersi, per analogia di posizioni tra Bruxelles e Lugano, anche ai paesi A.e.l.s. che hanno ratificato quest'ultimo testo convenzionale. Secondo Hess, *On West Tankers*, cit., loc. cit., l'eliminazione dello strumento delle *injunctions* non dovrebbe valere al di fuori dell'Unione nei confronti di soggetti di Stati terzi, seppure l'applicazione di tali misure dovrebbe essere sconsigliabile.

to in violazione della convenzione arbitrale sia pendente in un altro Stato membro. Uno spiraglio applicativo di tali misure rimane aperto solo quando la controparte si trova in un paese non coperto dal testo di Bruxelles.

6. *I problemi lasciati aperti a causa dell'esclusione della nozione d'arbitrato*

L'*excursus* che abbiamo fin qui svolto ha dimostrato che è un dato di fatto che l'art. 1, comma 2°, n. 4 della convenzione Bruxelles, oggi art. 1, comma 2°, lett. *d* del regolamento Bruxelles I, abbia dato àdito a problemi di uniformità interpretativa sia in sede di relazioni illustrative sia in sede di interpretazione da parte della giurisprudenza europea, causa la laconicità del termine "arbitrato".

La dottrina non ha mai avuto concordia di vedute sul significato da attribuire all'art.1, comma 2°, lett. *d* del regolamento: vi è stato chi, corroborando una visione ampia dell'esclusione, ha esteso la sfera di operatività del regolamento a qualsiasi procedimento giurisdizionale collegato ad un arbitrato (*antisuit injunctions* comprese); vi è stato poi chi, optando per un'interpretazione restrittiva della nozione d'arbitrato, ha escluso dalla sfera di applicazione di Bruxelles solo i procedimenti finalizzati al funzionamento della procedura arbitrale.

Così molti hanno auspicato un apposito cambiamento del testo regolamentare sostituendo il termine "arbitrato" con quella di "procedura arbitrale" o con quella di "controversia in materia arbitrale", a seconda se si opti per un'interpretazione più restrittiva o più estensiva dell'eccezione.

Nonostante il lavoro di ermeneutica svolto dai giudici di Lussemburgo, le difficoltà esegetiche oggi rimangono innanzitutto per quegli istituti cui è mancata una pronuncia della Corte di giustizia. I punti certi forniti in proposito dalle relazioni sulla convenzione di Bruxelles e sulle successive adesioni sono, a ben vedere, due: *1* - le regole sulla competenza formulate nel testo di Bruxelles sono inapplicabili di fronte agli arbitri; *2* - i lodi arbitrali non possono beneficiare del-

la disciplina di riconoscimento prevista per le sentenze giudiziali. Rimangono, invece, irrisolte numerose questioni intermedie, in forza di una precisa circoscrizione della portata da attribuire alla nozione di "arbitrato" in senso europeo e in occasione dell'interferenza tra giustizia statale ed arbitrale, su alcune delle quali cercherò di dare ora uno sguardo d'assieme, tentando di fornire una soluzione, dopo aver descritto lo stato dell'arte dottrinale e giurisprudenziale[35].

Si tratta del caso della contemporanea pendenza di un arbitrato e di un processo giudiziale straniero sulla medesima lite, oppure del caso del riconoscimento ed esecutività delle sentenze statali emesse in violazione di una valida convenzione arbitrale, e infine dell'individuazione del giudice competente a emanare le misure di ausilio dell'arbitrato.

a) Individuazione del giudice competente a emanare le c.d. ancillary measures *a procedimenti arbitrali.*

Ponendo la nozione di arbitrato fuori dall'alveo di Bruxelles, è immediato pensare che il compito spetti alle convenzioni internazionali in materia di arbitrato e alle singole legislazioni nazionali. La dottrina ha ben presente la questione, tant'è che lo spettro delle soluzioni possibili oscilla tra la competenza del giudice di supporto dell'arbitrato (c.d. *juge d'appui*) e quello che ha competenza nel decidere nel merito[36].

La soluzione migliore nell'individuare il giudice competente ad adottare le *ancillary measures* mi sembra che debba individuarsi, anche per un'esigenza pratica, attraverso la *lex fori*, tendenzialmente quella della sede dell'arbitrato; in caso contrario si rischierebbe, infatti, di far decidere giudici di Stati che non hanno uno stretto le-

[35] Una rassegna delle situazioni problematiche in Van Haersolte, Van Holf, *The Arbitration Exception in the Brussels Convention: Further Comment*, in *Jour. internat. arb.*, 2001, p. 27 ss.; Mourre, *Faut-il un statut communautaire de l'arbitrage*, in *Asa Bull.*, 2005, p. 414 ss.; Kessedjian, *Le Règlement 44/2001 et l'arbitrage*, in *Rev. arb.*, 2009, p. 699 ss.

[36] Poudret-Besson, *Droit comparé de l'arbitrage*, Bruxelles, 2002, p. 959.

game, nemmeno per legge processuale, con il luogo in cui si svolge l'arbitrato[37].

Si è detto tendenzialmente, in quanto in realtà non sussiste una regola uniforme che attribuisce competenza esclusiva per i procedimenti giudiziari di sostegno ai giudici dello Stato membro della sede dell'arbitrato. Ciò è solo quanto si evince dalla maggior parte delle legislazioni arbitrali (v., per esempio, in Italia, l'art. 810, comma 2°, c.p.c.), ma permangono soluzioni divergenti soprattutto quando la sede non sia stata individuata dalle parti, come in Germania (§ 1025, comma 3°, *Z.p.o.*) o in Olanda (art. 1073, comma 2°, c.p.c.) dove i giudici nazionali sono competenti alla nomina degli arbitri se il domicilio di una delle parti processuali si trova in questi paesi, e in ogni caso non in Inghilterra, dove basta una qualunque *reason of a connection* tra arbitrato e Regno Unito (*sect*. 2, 4 *Arbitration Act*) perché il giudice inglese abbia competenza di supporto. L'ordinamento italiano stabilisce, invece, quale criterio alternativo, nel silenzio delle parti sulla sede, la competenza del presidente del tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato e, nel caso in cui l'applicazione di questo criterio porti a un luogo fuori del territorio della Repubblica, è riconosciuta la competenza del presidente del Tribunale di Roma (art. 810, comma 2°, c.p.c.).

Tale spettro di possibilità legislative, in particolare in caso di silenzio delle parti, è così ampio che non ci si può stupire di assistere a un rischio reale di moltiplicazione degli interventi da parte di giudici diversi, con evidenti problemi di coordinamento e di duplicazione di ingerenze nella procedura.

b) La contemporanea pendenza di un arbitrato e di un processo giudiziale straniero sulla medesima lite.

Si pone nella pratica il problema, mai affrontato purtroppo dalla Corte, del conflitto eventuale tra una pronuncia arbitrale e un giudizio statale relativo alla medesima causa che si svolge in Stati diversi. È lecito domandarsi allora se si ricada o meno nella situazione di li-

[37] Ritenuta tale soluzione dall'avv. generale Darmon più adatta e "in buona posizione per controllare le attività arbitrali entro il territorio dello Stato in base alla legge nazionale" (punto 77 conclusioni).

tispendenza *ex* art. 27 del regolamento, il quale, come noto, prevede che il giudice successivo sospenda d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza del giudice precedentemente adito.

In realtà non vi è alcuna disposizione regolamentare che possa indurre a far estendere il principio della litispendenza internazionale tra giudici al rapporto giudice-arbitro straniero e ciò mi sembra faccia escludere, da subito, l'applicabilità del testo di Bruxelles[38]. Il problema va pertanto risolto attraverso le singole normative nazionali e secondo i particolarismi delle *lex arbitri*. Nel panorama europeo vi sono alcuni paesi che impongono ai giudici di dichiararsi incompetenti allorché venga invocata una clausola arbitrale[39], altri che ammettono, in certi casi, un principio di litispendenza più o meno pura tra giudice e arbitro (è il caso di Germania e Belgio[40]).

Ciò dimostra che il problema della contemporanea pendenza di arbitrato e giudizio statale rimane inevitabilmente privo di una uniformità di soluzioni e si pone fuori dalla disciplina di Bruxelles.

In materia mi sembra che sia d'aiuto, quale normativa generale (e al di là delle singole soluzioni nazionali), solo la convenzione di Ginevra del 1961, che prevede, all'art. 6, comma 3°, che se un procedimento arbitrale è stato introdotto prima di un giudizio statale tra le stesse parti e avente a oggetto l'esistenza o la validità della clausola compromissoria, quest'ultimo verrà sospeso, salvo gravi motivi, fino alla pronuncia del lodo[41].

Tale rimedio costituisce tuttavia una soluzione solo parziale in quanto si può applicare solo tra persone che risiedono in Stati con-

---

[38] V. sul punto il testo di *Queen's Bench Division*, 4 novembre 1996, *c. The Lake Avery*, in *Lloyd's Law Rev.,* 1997, 1, p. 540.

[39] È il caso della Francia, che riconosce la priorità assoluta dell'arbitro a decidere della propria competenza in virtù dell'effetto negativo del principio di *Kompetenz-Kompetenz ex* art. 1458 *N.c.p.c.*

[40] Per un riepilogo della materia mi permetto di rinviare a Rasia, *Il conflitto transnazionale tra giurisdizione ordinaria e arbitrato sulla medesima lite. Spunti su un principio di "lis alibi pendens" nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2004, p. 1071 ss.; oltre che a Consolo, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistica e transnazionali*, in *Contr. e impr.,* 2004, p. 595 ss.

[41] Cfr. anche Van Houtte, *May Court judgments that disregard arbitration clauses and awards be enforced under the Brussels and Lugano Conventions?*, in *Arb. int.,* 1997, p. 89 ss.

traenti diversi – ma non tutti gli Stati membri lo sono – e solo se l'arbitrato precede il giudizio ordinario.

È pertanto evidente che in tale campo è necessario un intervento più radicale da parte del legislatore europeo, che stabilisca nel regolamento un sistema di coordinamento, fissando la competenza esclusiva di un giudice prestabilito o a monte una norma di conflitto uniforme. In via alternativa si può pensare a un intervento sul piano delle convenzioni internazionali in materia arbitrale.

Problema connesso con quello prospettato, sebbene diverso nei presupposti, è quello riguardante la questione se l'esistenza di un arbitrato straniero possa attrarre fuori dall'àmbito di applicazione del testo di Bruxelles una causa giudiziale con questo connessa. In senso negativo si è ripetutamente espressa la giurisprudenza inglese affermando che in questi casi deve essere comunque applicato il criterio generale posto dalla convenzione-regolamento, sebbene sia stato instaurato un arbitrato, in virtù di una sorta di *vis atractiva* da parte del giudizio statale[42]. Tale soluzione mi sembra senz'altro coerente con il perseguimento di un effetto utile da parte della normativa regolamentare europea.

c) Riconoscimento di sentenze rese in violazione di una convenzione d'arbitrato.

Preliminarmente va stabilito che il regime del riconoscimento e dell'esecuzione previsto dal testo di Bruxelles è inapplicabile, per opinione consolidata, ai lodi arbitrali, stante la vigenza di convenzioni in materia (*i.e.*, convenzione di New York).

Al pari, nessun problema esegetico si pone se la sentenza riconosce o dà esecuzione a un lodo: si ricade, infatti, nella nozione d'ar-

[42] L'arbitrato infatti non può ritenersi l'oggetto principale della controversia sottoposta al giudice straniero (britannico). In questo senso la *Queen's Bench Division*, 22 febbraio 1995, *Qingdao Ocean Shipping co. c. Grace Shipping Establishment ("The Xing Su Hai")* in *Riv. arb.*, 1997, p. 801 ss., con nota adesiva di D. Pettinato, *Procedimento giudiziario britannico collegato ad arbitrato estero, tutela cautelare e Convenzione di Bruxelles del 1968.* Un'ulteriore conferma dell'approccio del Justice Rix un paio d'anni dopo si trova in un'altra pronuncia della stessa *Queen's Bench Division* 17 febbraio 1997, *Zellner v.Phillip Alexander Securities and Futures Ltd.*, in *Internat. lit. proc.,*1997, p. 730 ss.

bitrato esclusa dal campo di applicazione della convenzione di Bruxelles. Trattasi a ben vedere di un lodo "fuso" in una sentenza.

Nessun problema neanche nel caso opposto, cioè di rifiuto del giudice a dare riconoscimento o esecuzione al lodo: anche qui siamo al di fuori dell'alveo di Bruxelles.

Questione ben più complessa è invece quella che riguarda il riconoscimento e l'esecuzione in uno Stato membro di una sentenza pronunciata a seguito di un'eccezione di esistenza o validità di un accordo arbitrale (questione sollevata o comunque rigettata nel corso del processo).

Come rilevato di recente in dottrina, il caso è spinoso e sul piano comparatistico si possono individuare sinteticamente tre orientamenti[43].

Parte della dottrina (quella maggioritaria, che sostiene che l'esclusione prevista da Bruxelles riguardi solo i procedimenti giudiziari che hanno quale oggetto principale la procedura arbitrale) ritiene riconoscibili ai sensi del regolamento le sentenze straniere in cui la questione arbitrale si pone solo incidentalmente nell'esame che il giudice *a quo* fa sulla propria competenza[44]. All'interno di questo orientamento (che ammette la circolazione) vi è tuttavia chi sostiene che la decisione emessa possa circolare senza limiti[45], e chi

---

[43] V. Consolo, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (Parte prima)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 609 ss., nota 9.

[44] In tal senso v. Kaye, *Law of the European Judgments Convention*, Chichester, 1999, pp. 50, 66; Cheshire, North, Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 1992, pp. 435-436; Gaja, *Arbitrato e procedimento giudiziario*, cit., pp. 421-422.

In giurisprudenza nello stesso senso due pronunce tedesche (*OLG Celle,* 8 dicembre 1977, in *Recht der internat. Wirtchaft*, 1979, p. 131 e *OLG Hamburg* 5 agosto 1993, in *Praxis des internat. Priv.,* 1995, p. 391), due inglesi (*Queen's Bench Division,* 16 dicembre 1993, *c. The Heidberg,* in *Dir. mar.,* 1995, p. 824 ss., nonché *Queen's Bench Division,* 15 maggio 1996, *Phillip Alexander Securities and Futures Ltd. v. Bamberger*, in *Internat. lit. proc.,* 1997, p. 73 ss.) e una francese (*Cour de cassation*, 14 novembre 2000, in *Rev. arb.,* 2001, p. 511 ss., con nota di Idot).

[45] Non vi sarebbe alcun ostacolo da parte dell'art. 34 del regolamento (*ex* artt. 27-28 della convenzione) per la circolazione e dunque il riesame del giudice *ad quem* non potrebbe aver luogo. V. Kaye, *Law of the European Judgments*

ritiene invece che sia necessario un riesame della sentenza in quanto il limite dell'ordine pubblico processuale *ex* art. 34 del regolamento potrebbe impedire la circolazione allorché, *ictu oculi*, il giudice *ad quem* ritenga che sia stata violata la convenzione arbitrale[46].

Altra parte della dottrina, specialmente francese (da sempre notoriamente favorevole all'uso dell'arbitrato), interpretando l'esclusione dell'arbitrato dal sistema di Bruxelles in maniera allargata, ritiene invece che vi rientrino anche le sentenze, il cui giudice abbia trattato e negato la sussistenza e validità della clausola in via incidentale. Secondo tale dottrina, non applicandosi il regime di Bruxelles a tali decisioni[47], il giudice *ad quem* potrà valutare liberamente la questione senza essere vincolato dalle conclusioni del giudice che ha emesso la decisione e quindi anche rifiutarne il riconoscimento se rileva l'esistenza ed efficacia dell'accordo arbitrale[48]. Sul punto taluni hanno comunque ritenuto necessario individuare un parametro tramite cui impedire o meno il riconoscimento della sentenza del giudice *a quo*: ciò è stato individuato nella "mera apparenza di convenzione arbitrale". Ravvisando tale circostanza, il giudice del riconoscimento dovrà rimettere le parti agli arbitri *ex* art. II della convenzione di New York (da ritenersi prevalente sul testo di Bruxelles in virtù del rinvio dell'art. 71)[49].

Un terzo e ultimo orientamento in dottrina, in posizione intermedia fra i due sopra citati, ritiene che le decisioni che rigettano od omettono di pronunciarsi su un'eccezione arbitrale, non rientrando

---

Convention, cit., e, alla fin fine, anche Consolo, *L'arbitrato con sede estera*, cit., p. 612 in nota.

[46] Così Schlosser, in Stein, Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen, 1994, *sub* § 1044, *Vorbemerkungen*, pp. 387-388.

[47] V. Audit, *Arbitration and the Brussels Convention*, in *Arb. int.*, 1993, p. 12 ss.

[48] Così anche Gaja, *Arbitrato e procedimento giudiziario*, cit., pp. 421-422, che, condividendo la tesi allargata dell'esclusione, ritiene che "gli Stati contraenti sono liberi, in base alla Convenzione, di non dare alcun effetto ai procedimenti o lodi arbitrali. Possono quindi valutare liberamente l'esistenza e la validità della Convenzione arbitrale ed eventualmente escludere che su di un procedimento giudiziario incida la pendenza di un procedimento arbitrale all'estero o la pronuncia di una sentenza arbitrale", salvi ovviamente i limiti posti in attuazione dalle convenzioni internazionali, come quella di New York del 1958.

[49] Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Parigi, 1996, pp. 228-229. Hascher, *Recognition and Enforcement of Judgements on the Existence and Validity of an Arbitral Clause under Brussels Convention*, cit., p. 58 ss.

nella nozione di materia arbitrale esclusa, possano circolare secondo il regime di Bruxelles, salva tuttavia la possibilità per il giudice *ad quem* di controllare la validità del compromesso secondo le proprie norme di d.i.p. e non secondo le norme di ordine pubblico dello Stato richiesto[50].

Mi sembra che la prima soluzione sia da preferire, in quanto più in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia che, abbiamo detto, focalizza l'attenzione all'oggetto principale della lite e non può essere influenzata dal rilievo di una questione incidentale. In questo senso, se l'oggetto del merito rientra nel testo di Bruxelles, la sentenza può tranquillamente circolare ai sensi del'art. 34 del regolamento. Si tratta solo di rintracciare il parametro su cui calibrare il controllo del giudice del riconoscimento. Mi sembra che una soluzione che circoscriva la rivisitazione del giudizio *a quo,* per esempio limitandolo a una violazione evidente o manifesta della clausola arbitrale, sia più in linea con la *ratio* del dettato di Bruxelles, il cui scopo è quello di unificare e agevolare la circolazione dei provvedimenti giudiziari all'interno dello spazio europeo, nonché al riconoscimento dei lodi stranieri per violazione di norme di ordine pubblico.

A ogni modo, di fronte a questa polifonia di soluzioni, frutto di una diversa concezione della nozione di arbitrato, è stato ritenuto – a ragione – necessario l'inserimento nel regolamento di una norma *ad hoc* che risolva il problema a monte.

7. *La proposta di dicembre 2010 di modifica del reg. Ce n. 44 del 2001*

Come abbiamo visto, è evidente che la disciplina delle relazioni tra arbitrato e regolamento n. 44 del 2001, anche come elaborata

[50] V. Besson, *Le sorte et les effets a sein de l'Espace judiciaire européen d'un jugement écartant une exception d'arbitrage et statuant sur le fond*, in Aa.Vv., *Etudes de procédure et arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret,* Losanna, 1999, p. 343 ss. Condividendo tale tesi tuttavia il controllo da parte del giudice dovrebbe passare sostanzialmente attraverso il vaglio dell'art. 34, n. 4, del reg. n. 44 del 2001 (e non attraverso il n.1, come nel caso della contrarietà dell'ordine pubblico), ovvero rifiuto di riconoscimento a causa del contrasto con le norme d.i.p. dello Stato richiesto.

dalla giurisprudenza della Corte, non risulta pienamente soddisfacente e non risolve in modo uniforme i problemi interpretativi.

Il legislatore ha così elaborato un lavoro di revisione del regolamento in generale e dei rapporti tra lo stesso e l'arbitrato in particolare, azionando la clausola dell'art. 73 del testo regolamentare che prevede che la Commissione presenti al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico sociale una relazione sull'applicazione del regolamento stesso nei primi cinque anni dalla sua entrata in vigore, relazione presentata il 21 aprile 2009[51], accompagnata da un Libro Verde sulla revisione del regolamento[52]. Tali documenti sono stati redatti in larga parte sull'elaborazione di uno studio dell'Università di Heidelberg, pubblicato nel settembre 2007 (c.d. *Heidelberg Report*), che ha costituito il canovaccio per le proposte di emendamento del testo del regolamento oggi vigente[53].

A tali atti è seguita un'ampia consultazione a livello europeo, cui ha fatto seguito la conferenza di Heidelberg sul futuro del diritto processuale europeo, tenutasi sempre ad Heidelberg nel dicembre 2009.

---

[51] Si tratta della COM (2009) 174 def., pubblicata il 21 aprile 2009, che si può leggere nel sito web eur-lex.europa.eu.

[52] Si tratta della COM (2009) 175 def., pubblicata il 21 aprile 2009, che si può leggere nel sito web eur-lex.europa.eu., ove l'esecutivo europeo lancia un'ampia consultazione tra le parti interessate nella prospettiva dell'adozione, prima della fine dell'anno, di una proposta riguardante la revisione del regolamento Bruxelles I. Sul Libro Verde, v. Draetta, Santini, *Arbitration exception and Brussels I Regulation: no need for change,* in *Dir. comm. internaz.*, 3, 2009, p. 547 ss., nonché Consolo, *Brussels I Regulation*, cit., p. 269 ss.

[53] Si tratta del progetto di revisione del reg. n. 44 del 2001 (c.d. *Heildeberg Report*) del settembre 2007 presentato alla Commissione europea, elaborato dai professori Hess, Pfeiffer e Schlosser (*study* JLS/C4/2005/03), cit. Per quanto riguarda la materia arbitrale, si veda l'estratto in *Gazette du palais,* 29 mars 2008, p. 5 ss., pubblicato sotto il titolo *Arbitrage et droit communautaire: faut-il maintenir l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application du Règlement n. 44/01.*

Il rapporto è stato redatto raccogliendo informazioni e opinioni dagli operatori giuridici ed economici coinvolti nell'applicazione del reg. n. 44 del 2001 nei vari Stati membri secondo le seguenti modalità: in ogni singolo Stato alcuni giuristi (i *national reporters*) hanno raccolto informazioni da almeno cinquanta tra giudici, avvocati e altri operatori del settore sulla base di un questionario prestabilito e i dati così raccolti sono stati inviati ai redattori del rapporto stesso (i *general reporters*) che ne hanno elaborato una sintesi. In linea generale, il giudizio che ne emerge è che il funzionamento del reg. n. 44 del 2001 sia ampiamente soddisfacente.

Alla risoluzione del settembre 2010 del Parlamento europeo concernente la proposta di modifica del regolamento[54] è quindi seguita il 14 dicembre 2010 la pubblicazione della proposta della Commissione, la quale fa propri in larga misura gli spunti suggeriti dall'*Heldelberg Report* e dal Libro Verde[55].

Come espresso dalla stessa Commissione, è necessario migliorare il rapporto tra arbitrato e procedimento giudiziario. Seppure, infatti, l'arbitrato continui a rimanere escluso dal campo di applicazione del regolamento, una parte, contestando la convenzione arbitrale dinanzi a un giudice, può comprometterne gli effetti e instaurare un procedimento giudiziario parallelo inefficiente che può portare a soluzioni incompatibili della controversia.

Tra i profili di riforma affrontati voglio soffermarmi sinteticamente sulle disposizioni in materia arbitrale per saggiare se la loro introduzione risolva alcuni dei problemi lasciati aperti.

Innanzitutto la proposta della Commissione si differenza da quella del Parlamento europeo di poco precedente, in quanto quest'ultimo si oppone all'inclusione dell'arbitrato tra la materie disciplinate dal regolamento, mentre la prima prevede un'esclusione non assoluta ma modulata (v. le valvole di sicurezza stabilite in materia di litispendenza, *ex* artt. 29, par. 4 e 33, par. 3).

Secondo il considerando n. 11 il regolamento non si applica alla forma, all'esistenza, alla validità e all'efficacia delle convenzioni arbitrali, ai poteri degli arbitri, alla procedura davanti ai tribunali arbitrali, né alla validità, all'annullamento, al riconoscimento e all'esecuzione dei lodi arbitrali.

---

[54] Risoluzione del Parlamento europeo approvata il 7 settembre 2010, A7-0219/2010, consultabile in www.europarl.europa.eu., per un cui commento v. Jarrosson, in *Rev. arbitrage*, 2010, p. 697 ss.

[55] *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* (COM(2010) 748 *final* del 14/12/2010), in www.europarl.europa.eu. Su tale proposta v. il commento di Train, *La Commission européenne a adopté le 14 décembre 2010 une proposition de refonte du règlement Bruxelles I remettant partiellement en cause l'exclusion de l'arbitrage du domaine du règlement*, in *Rev. arbitrage*, 2010, p. 1010 ss.; Leandro, *La proposta per la riforma del regolamento "Bruxelles I" e l'arbitrato*, in www.sidi-isil.org; Atteritano, *Le proposte di modifica del Regolamento (Ce) 44/2001 e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 547 ss.

Se per il Parlamento la disciplina europea non dovrebbe occuparsi neanche dei procedimenti giudiziari in cui sia sollevata, in via principale o incidentale, l'esistenza del patto compromissorio, la proposta avanzata dalla Commissione impone invece al giudice di sospendere obbligatoriamente il processo dinanzi a lui pendente.

In particolare, la proposta del regolamento, al suo art. 29, par. 4, stabilisce che "qualora la sede dell'arbitrato concordata o designata si trovi in uno Stato membro, il giudice di un altro Stato membro la cui incompetenza sia eccepita in base ad una convenzione arbitrale sospende il procedimento non appena il giudice dello Stato membro in cui si trova la sede dell'arbitrato o il tribunale arbitrale sia stato investito di un procedimento diretto ad accertare, in via principale o incidentale, l'esistenza, la validità o l'efficacia della convenzione arbitrale". In altri termini, la Commissione, optando per il fatto che gli arbitri e i giudici dello Stato della sede dell'arbitrato siano quelli con "competenza privilegiata" a giudicare questioni attinenti alla validità, efficacia e operatività della clausola arbitrale, rispetto a qualsiasi altro giudice, impone a quest'ultimo di sospendere il proprio processo. Non si tratta di una competenza esclusiva dei giudici della sede e ciò non toglie che anche altri giudici si pronuncino sulla validità del patto compromissorio. Vi è tuttavia il fatto che solo la pronuncia del giudice della sede verrà riconosciuta negli altri Stati membri alle condizioni previste dal regolamento.

Una volta accertata l'esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale, il giudice che ha sospeso il processo dinanzi a lui pendente si dichiarerà incompetente.

È tuttavia previsto dall'art. 29, par. 4, secondo capoverso, che il giudice adito possa declinare la sua giurisdizione ogni qualvolta le norme del suo ordinamento nazionale lo consentano. Con tale ulteriore previsione – in cui si riconosce l'effettivo negativo di *Kompetenz-Kompetenz* della disciplina arbitrale francese – si affida alle diverse valutazioni degli ordinamenti nazionali la sospensione del processo in tutti i casi in cui non sia stato investito il foro della sede dell'arbitrato o il tribunale arbitrale o il giudice adito non sia quello di uno Stato membro.

Tali nuove disposizioni non si applicano, per espressa volontà legislativa, alle controversie insorte su contratti di consumo, di assicurazione e di lavoro dipendente.

In via strumentale al corretto funzionamento dell'art. 29, la proposta della Commissione stabilisce all'art. 33 del regolamento una norma uniforme che fissa il momento in cui il tribunale arbitrale deve considerarsi adito, individuato nel momento in cui una parte ha nominato un arbitro o ha chiesto il sostegno di un'istituzione, di un'autorità o di un giudice per la costituzione del tribunale arbitrale.

In linea con la giurisprudenza *Van Uden,* la proposta (all'art. 36) ammette, in caso di concessione di un provvedimento provvisorio e cautelare, la possibilità di ricorrere al giudice ordinario anche in presenza di una convenzione arbitrale e anche se il giudice non è quello della sede. In altre parole, i provvedimenti provvisori riguardanti il merito di procedimenti arbitrali possono essere emessi ai sensi del regolamento, purché l'oggetto della lite rientri nel campo di applicazione dello stesso.

Rimangono tuttavia aperte alcune questioni.

La proposta non risolve il problema dei procedimenti paralleli avviati prima della nomina del tribunale arbitrale davanti a fori diversi da quelli della sede; non stabilisce un termine massimo per la sospensione (a differenza di quanto accade per la litispendenza tra giudici *ex* art. 29, par. 2); non risolve in maniera radicale il problema delle sentenze rese in violazione di una convenzione arbitrale quando esse sono state emesse da un giudice che non è quello della sede. In quest'ultimo caso, infatti, la circolazione delle sentenze, così come dei lodi, non potrà avvenire secondo il regime di Bruxelles. Non dispone, infine, in caso di difficoltà dell'individuazione della sede, di una regola uniforme che affida la soluzione del problema al giudice che sarebbe competente, ai sensi del regolamento, a conoscere della lite in mancanza della clausola arbitrale.

Ad ogni modo, l'idea che viene fuori allo stato dei lavori è di mantenere un giusto equilibrio tra l'ambito di applicazione del regolamento di Bruxelles e la convenzione di New York evitando stravolgimenti nel testo del primo e mantenendo intatto (almeno per ora) quello della seconda, con pregio di risolvere alcuni dei problemi posti nel paragrafo precedente.

8. *Considerazioni conclusive*

A questo punto, in attesa delle modifiche legislative che dovessero intervenire nel frattempo, si possono abbozzare delle conclusioni alla luce dell'attuale stato dell'arte.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, pure supportata dalle relazioni dei *conditores* della convenzione di Bruxelles, ha fatto poca chiarezza sull'esatta portata dell'esclusione dell'art. 1, comma 2°, n. 4 del regolamento, evitando, forse volontariamente, di esporsi troppo (diversamente dagli avvocati generali) e di enunciare principi generali in una materia così delicata come quella dei rapporti tra arbitrato e giurisdizioni degli Stati membri. Manca pertanto una precisa nozione di che cosa sia o non sia "arbitrato". Tale assunto si può giustificare solo con l'atteggiamento di indifferenza che le istituzioni europee hanno mantenuto (e mantengono) nei confronti di un settore ove si vuole lasciare sia alle singole discipline processuali la regolamentazione dei rapporti giudici-arbitri, sia agli arbitri la più ampia libertà di movimento.

L'unica via seguita dai giudici del Kirchberg è stata quella, evidentemente più protezionistica nei confronti del testo di Bruxelles, di evitare che cause con oggetto rientrante nell'ambito di applicazione del regolamento finissero involontariamente fuori dalla disciplina europea. Solo per fare un esempio, basterebbe un'eccezione di arbitrato nel corso del giudizio per far saltare l'applicazione del sistema processuale uniforme.

Come ho già ribadito, sembra evidente che l'unico criterio ritenuto decisivo seguito dalla giurisprudenza europea per l'applicazione del sistema regolamentare è l'individuazione dell'oggetto principale della lite. In caso di materia che rientra nell'ambito di applicazione del regolamento, le norme di Bruxelles non si applicano se, in occasioni di misure giudiziali, la domanda principale verte sulla materia arbitrale (come, per esempio, la sussistenza e l'applicabilità del patto d'arbitrato) mentre si applica se la medesima questione arbitrale è solamente pregiudiziale. Rimane solo da definire con precisione quale sia il giudice competente a fornire la misura giudiziale

nel caso in cui si abbia a che fare con una domanda che ha per oggetto principale, per esempio, la validità del patto arbitrale, questione che deve trovare un'immediata soluzione a livello convenzionale, al di là delle singole soluzioni nazionali, se si vuole continuare a mantenere la nozione di arbitrato fuori dal campo di Bruxelles.

In un quadro complessivo, mi sembra che la tendenza attuale, sia dei giudici che del legislatore europeo, sia quella di non toccare il terreno dell'arbitrato, ma semmai limitare quello giudiziale[56]: così è il regime arbitrale ad attrarre quello giudiziale di nomina (caso *Marc Rich*) o quello di concessione di un'*antisuit injunction* (caso *West Tankers*). Quello che ne emerge è sicuramente un rispetto molto profondo per l'arbitrato o comunque, detto con più disincanto, la manifestazione reale di non voler "mettere le mani" sulle norme dell'arbitrato.

Tuttavia l'illustrazione fatta in precedenza mostra che problemi di coordinamento tra arbitri e giudici nello spazio giudiziario europeo esistono e non possono più attendere, così come nel campo del riconoscimento delle decisioni che hanno statuito in materia arbitrale: ne va del rispetto dell'efficienza dei procedimenti arbitrali all'interno dell'Unione, dell'osservanza delle norme della convenzione di New York (applicate peraltro in tutto il mondo), dell'uniforme applicazione del regolamento Bruxelles I, dei potenziali contrasti tra giudicati e dell'instaurazione parallela delle medesime liti che possono sorgere.

Sia nel campo della giurisdizione che in quello del riconoscimento, in un'ottica che seppure continua a estraniare la procedura arbitrale dal campo di Bruxelles, rimane auspicabile un intervento mirato del legislatore – che non significa ingerenza dei pubblici poteri nella procedura arbitrale – attraverso innanzitutto il conferimento della competenza esclusiva a un giudice prestabilito, possibilmente quello della sede (da ritenersi il migliore di supporto alle parti dell'arbitrato), che decida in tutti i casi di *ancillary measures* nonché in tutti i casi di sussistenza, validità, portata della convenzione

[56] Legislatore che non ha minimamente cambiato la norma nel passaggio da convenzione a regolamento Bruxelles I.

arbitrale. Il passo ulteriore sarà poi quello di rendere vincolanti le decisioni di tale giudice negli altri Stati membri.

Una soluzione di coordinamento effettivo tra arbitrato e giudizio ordinario è peraltro oggi imposta a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona che, come abbiamo detto più volte, introducendo l'art. 81 tr. fUe, vuole mirare a rendere effettivo in via generale l'accesso alla giustizia.

Sotto questo profilo, un rigoroso coordinamento tra giustizia privata e statale sembra quasi un atto doveroso per il cittadino dell'Unione che nell'atto di scegliere l'una o l'altra via deve poter a monte configurarsi i criteri determinativi della giurisdizione in modo precostituito, certo e prevedibile anche quando questi lambiscono o si sovrappongono alla materia arbitrale. Ciò è coerente al fatto che il trattato di Lisbona ha voluto conservare nel trattato fUe, anche nell'ottica di buon funzionamento del mercato europeo, la necessità di garantire il riconoscimento e l'esecuzione reciproca tra gli Stati membri non solo delle decisioni giudiziarie ma anche di quelle stragiudiziali, così come quella di potenziare la notificazione e la comunicazione degli atti anche stragiudiziali, ove stragiudiziale significa anche arbitrale.

Mi sembra che a partire dalle conclusioni di Lisbona si assista pertanto a una reiterata e nuova proposizione dello sforzo europeo – successivo all'intervento positivo portato dall'art. 65 tr. Ce – per assicurare una tutela giurisdizionale completa, adeguata ed efficace non solo nel campo dell'individuazione del giudicante competente ma anche in quello della circolazione delle decisioni senza discriminazioni tra giudice statale e privato.

ESPERIENZE STATUNITENSI E PROVA SCIENTIFICA NELLA RICERCA DELLA VERITÀ GIUDIZIALE

Gian Franco Ricci
Ordinario dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. L'impiego della scienza nell'accertamento della verità giudiziale. Il concetto di prova scientifica. – 2. Le problematiche poste da tale tipo di prova. – 3. Il pericolo della *junk science*. L'art. 702 delle *Federal Rules of Evidence* statunitensi e l'impiego dell'*expert witness*. – 4. I criteri elaborati dalla giurisprudenza americana. Il caso *Frye* (1923) ed il caso *Daubert* (1993). – 5. La possibilità di uso di tali criteri di fronte alla consulenza tecnica e alla perizia nel processo italiano. – 6. L'uso diretto di metodiche scientifiche da parte del giudice. La prova statistica. L'impiego della *social science evidence*. – 7. Mezzi tecnici di accertamento del fatto correlati a metodiche automatiche. *Autovelox*, *tutor autostradale*, *etilometro* ed altri marchingegni. – 8. Conclusioni.

1. *L'impiego della scienza nell'accertamento della verità giudiziale. Il concetto di prova scientifica*

Nel suo noto libro sulla prova giudiziaria, il Troussov, forse il maggiore processualista sovietico della prima metà del secolo scorso scriveva (quanto segue è estratto dalla traduzione francese di Piatigorsky): "la vérité objective dans les affaires du ressort de la justice, est parfaitement accessible, les organes chargés de leur instruction e de leur jugement peuvent établir les faits avec non moins de succès que le chercheurs dans le diverses branches de la science"[1].

[1] TROUSSOV, *Introduction à la theorie de la preuve judiciaire*, traduzione francese di PIATIGORSKI, Mosca, s.d., ma 1960, p. 8.

In queste parole si avverte tutto il senso di impotenza del giurista per l'evidente inferiorità dei mezzi a sua disposizione per la ricerca della verità giudiziaria, rispetto a quelli che normalmente si usano nel campo delle scienze esatte. Senso di inferiorità che l'autore, secondo la filosofia dei suoi tempi e dei suoi luoghi, avrebbe potuto comunque superare con un preciso atto di fede che lo portasse a credere che, anche nel campo del diritto, la verità obiettiva (o la "semplice verità", come l'ha chiamata un valente studioso dei nostri giorni[2]) possa essere perfettamente raggiungibile. Atto di fede, beninteso, derivante esclusivamente dal credo filosofico-politico della scuola giuridica sovietica fondata sulla concezione materialistico-dialettica della conoscenza, secondo la quale doveva ritenersi perfettamente possibile cogliere la realtà dei fatti anche nel campo giudiziario, così come nel terreno scientifico[3].

Su questa base il Troussov avrebbe potuto fare anche a meno di pensare di elaborare una teoria della prova scientifica destinata ad offrire risultati particolarmente sicuri, dal momento che le premesse filosofiche della sua dottrina avevano in sé tutto ciò che poteva ritenersi indispensabile per la ricerca della verità. Ma ciò che è comunque importante osservare è il fatto, di per sé significativo, che allo studioso russo il ripiego sui paradigmi della concezione materialistico-dialettica della conoscenza non dovette bastare, se è vero che egli prese per riferimento le scienze esatte per indicare che i loro metodi di accertamento erano sicuramente quelli che comportavano il più basso margine di errore. È per questo che egli, ad un certo punto, si accorse dell'esigenza concreta di individuare quale "tipo" di metodologia extranormativa si dovesse impiegare per ottenere un risultato veritiero anche nel processo.

Più di un secolo prima, in tutt'altra parte del mondo, certo non influenzata dal pensiero marxista, ma espressione delle più schiette idee liberali, un altro studioso conosciuto da tutti come filosofo,

---

[2] Taruffo, *La semplice verità,* Bari, 2009, *passim*.

[3] Per un'analisi dell'influenza esercitata sul diritto processuale sovietico dalla concezione materialistico-dialettica della conoscenza, possono consultarsi: Sergun, in Gurvich (a cura di), *Derecho procesal civil soviético*, trad. in spagnolo da Luban, Messico, 1971, pp. 247 e 248; Ginsburgs, *Objective truth and the Judicial Process in Post-Stalinist Soviet Jurisprudence,* in *Am. Journ. Comp. Law*, 10, 1961, p. 54.

molto meno come giurista, e cioè Jeremy Bentham, apparve in preda alla stessa ansia. Ma egli riuscì almeno a soddisfarla, sia pure dal suo punto di vista, attraverso l'elaborazione di un criterio di valutazione delle prove che a suo modo poteva dirsi scientifico, basato com'era sull'impiego della scienza matematica, attraverso la quale riuscire ad esprimere in termini aritmetici il risultato delle prove testimoniali, così da precostituire un argine a qualsiasi potenziale uso distorto del libero convincimento del giudice[4].

Per quanto il procedimento descritto abbia potuto suggestionare vari giuristi[5], risulta a tutti noto come esso ricevesse pesanti critiche e ciò fin dalla prima edizione italiana dell'opera del Bentham. Proprio il suo traduttore Barnaba Vincenzo Zambelli non mancò infatti di rilevare che l'idea di volere misurare "con un mezzo materiale e meccanico i diversi gradi di persuasione" di un teste, di ridurre a "calcolo aritmetico lo stato psicologico di uno o più individui", di volere "misurare la memoria, l'immaginazione, l'attenzione, come si

[4] Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, in *Oeuvres de Jérémie Bentham,* Bruxelles, 1840, p. 261 ss. Il mezzo era quello dell'uso di una "scala", nella quale erano indicati i vari gradi di persuasione di ogni prova e attraverso la quale si pensava di arrivare ad un livello di esattezza superiore a quanto finora ottenuto. La scala presentava un numero di valori da 1 a 10, in positivo e in negativo, ai quali riferire il grado di persuasione dei testimoni. Ogni teste avrebbe dovuto cioè indicare il proprio grado di convinzione circa l'esistenza o l'inesistenza di un fatto, facendo riferimento ad uno dei valori della scala (ad es. se la convinzione era massima, il teste avrebbe dovuto dire che il proprio grado di persuasione era di 10). Combinando il grado di convinzione di ogni teste con il numero dei testi, il giudice avrebbe potuto esprimere in termini matematici la diversa "forza" della prova e della controprova (Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, cit., p. 262). Secondo il Bentham, l'uso di un tale metodo all'inizio avrebbe probabilmente sconcertato, dato il suo carattere "scientifico"; ma poi sarebbe divenuto sicuramente più familiare perché il progresso dello spirito umano comporta che ad ogni scienza possa aggiungersi un grado sempre maggiore di perfezione (Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, cit., p. 263: "L'électomètre, le calorimètre, le photomètre, l'audiomètre, sans parler de beaucoup d'autres, sont des productions de nos jours. La justice demande-t-elle donc moins de précision que la chimie?").

[5] Finkelstein, Fairley, *A Bayesian Approach to Identification Evidence*, in *Harv. L. Rev.*, 83, 1970, p. 489 ss.; Id., *A Comment on "Trial by Mathematics": Precision and Ritual in the Legal Process*, in *Harv. L. Rev.*, 84, 1971, p. 1801 ss. Una sostanziale adesione ai metodi quantitativi di valutazione delle prove è dimostrata anche da Loevinger, *Facts, Evidence and Legal Proof*, in *West. Res. L. rev.*, 1958, pp. 174 e 175.

misura la maggiore o minore pressione dell'aria", fossero tutte cose inutili e fantasiose e quindi di nessuna importanza pratica[6].

Senza dubbio, si trattava di osservazioni vere e fondate, che ancor oggi screditano il risultato del criterio benthamiano. Ciò nonostante non si può sicuramente negare, quantomeno dal punto di vista della storia degli istituti giuridici, come quel criterio esprimesse ancora una volta l'esigenza di cui stiamo parlando, di dotare cioè il giurista di strumenti probatori la cui valutazione non dipendesse più dall'incontrollato uso del libero convincimento, ma potesse derivare dall'esito di procedimenti desunti da una qualche scienza, in grado di consentire la verifica obiettiva dei loro risultati, di fronte ai quali

[6] Il rilievo storicamente interessante è del Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, ora in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 397, nota 137, il quale mette appunto in rilievo come il primo critico dell'opera del Bentham fosse appunto il suo primo traduttore italiano (cfr. Bentham, *Teoria delle prove giudiziarie*, trad. it. di Zambelli, Bergamo, I, 1824, p. 89, in nota). Ma l'idea che la prova matematica non si prestasse affatto a risolvere gli affari della giustizia era già presente in Voltaire, *Commentaire sur le livre des delits et des peins*, 1766, in *Oeuvres*, XIX, p. 263, le cui osservazioni, pur se rivolte alle prove legali, si attagliano perfettamente anche alla prova matematica, nella misura in cui l'a. considerava assurdo pensare ad un valore quantitativo di "semi prove", di "quarti" o di "ottavi" di prova, col rilevare che altrettanto assurdo era "considerare, per esempio, una voce corrente come un quarto, un'altra più debole come un ottavo, in modo che otto voci, le quali non sono altro che l'eco di un rumore mal fondato, possono diventare una prova completa". Quanto sopra, fra l'altro, induce a ritenere fondata l'opinione del Cavallone, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., p. 396, secondo cui la valutazione matematica della prova condurrebbe inevitabilmente ad un "tariffario" dei mezzi istruttori, del tutto analogo a quello in vigore "nei secoli bui". Cfr. anche Brissot De Warville, *Moyen d'adoucir la rigueur de lois pénales en France,* Châlons-sur-Marne, 1782, p. 101, il quale afferma che il sistema dell'aritmetica delle prove è un "étrange méthode de jouer au hasard la vie des accusés".

D'altro canto l'esempio del Bentham è di per se stesso determinante della scarsa affidabilità del sistema da lui congegnato. Egli affermava che il giudice doveva attenersi al grado di persuasione indicato dai testi e doveva limitarsi ad effettuare la sommatoria delle varie risultanze, senza potere interloquire sulla loro eventuale credibilità. Così, premessa la citata scala da 1 a 10 (v. *supra* la nota 4), se tre testi avessero affermato che la loro credibilità era pari ad uno, essi soccomberanno di fronte a due testi il cui grado di credibilità era pari a 10 (Bentham, *Traité des preuves judiciaires,* cit., p. 262). Ed in entrambi i casi il giudice doveva attenersi a quanto detto dai testimoni, senza poterne sindacare l'effettiva credibilità o premunirsi contro un'eventuale falsa testimonianza.

il giudice altro non dovesse fare se non di prenderne atto, senza che le proprie soggettive convinzioni potessero alterarne il significato.

2. *Le problematiche poste da tale tipo di prova*

Che così facendo ci si potesse incamminare per una strada dalla quale sarebbe poi stato difficile tornare indietro, è dimostrato dal fatto che l'operatore giuridico odierno si trova contornato, spesso senza rendersene conto, dai più vari strumenti probatori che si basano su procedimenti scientifici. Il panorama è sconcertante per la sua estensione.

Anche volendo prescindere per un momento dalla consulenza tecnica (art. 61 c.p.c.) o dalla perizia (art. 220 c.p.p.), si pensi infatti ai nuovi mezzi di indagine imposti dal progresso della scienza, quali le prove ematologiche e gli accertamenti effettuati sulla base del DNA, l'uso del luminol o del *b.p.a.* (*Bloodstein Pattern Analysis)* nel processo penale, rispettivamente per individuare le tracce di sangue e per ricostruire sulla base di esse la posizione dell'autore e della vittima del reato. Si pensi inoltre all'uso di procedimenti scientifici per accertare i fatti in modo automatico (senza cioè l'intervento del tecnico), come l'*autovelox*, il *tutor autostradale* o l'*etilometro*. E si pensi ancora all'impiego, tutt'altro che infrequente, del giudice che da solo ricostruisce il nesso causale fra la condotta e l'evento attraverso criteri desunti dalle scienze statistiche (come nell'ipotesi degli *exposure torts*) o dalla *social science evidence* (per illustrare concetti travasati nel campo del diritto dalle scienze sociali).

In realtà, tutte queste ipotesi costituiscono esempi di impiego a livelli differenziati di prove scientifiche o presunte tali, che coinvolgono in modo sempre più stringente il giudice e le parti. È evidente infatti come l'elenco appena fatto, esposto per ora in modo sommario, ponga in luce le palesi differenze fra le varie ipotesi di impiego dei procedimenti scientifici sopra descritti allorché si usino per l'accertamento dei fatti di causa, tanto da impedire una definizione unitaria del concetto di prova scientifica. Il che invece avviene allorché si afferma comunemente che tale tipo di prova potrebbe definirsi co-

me quella che consente l'accertamento del fatto mediante criteri tecnici che escludono le regole di esperienza.

Chi si muovesse in quest'ottica non potrebbe dire però di avere colto realmente il significato del termine di "prova scientifica": da un lato perché i mezzi scientifici non sempre sono idonei da soli ad accertare il fatto, ma spesso richiedono l'intervento dell'uomo. L'accertamento automatico può avvenire per esempio nel caso dei mezzi meccanici quali l'*autovelox*, il *tutor* autostradale, ecc. – bisognerebbe però vedere con quale risultato –, ma non ha luogo nel caso di altri procedimenti, – indubbiamente più testati – quali le indagini ematologiche o del DNA, che richiedono pur sempre di essere effettuate ed interpretate dal consulente tecnico o dal perito. Dall'altro lato, la formula definitoria sopra ricordata pecca sotto un ulteriore profilo, con riferimento alle ipotesi in cui il giudice usi la scienza per proprio conto, senza affidarsi alle macchine o all'intervento di esperti: questo ad esempio avviene, come vedremo meglio più avanti, nelle ricordate ipotesi del ricorso alla prova statistica o a quella sociologica. Ora, almeno in queste due ultime ipotesi, non potrebbe dirsi che il fatto sia accertato attraverso una prova che escluda le regole di esperienza e il principio del libero convincimento, ma tutt'al più che i criteri scientifici vengono qui impiegati a sostegno di tale principio che non viene dunque sacrificato.

Pertanto, se si vuole proporre una definizione di prova scientifica che possa ritenersi appagante, non si può procedere che per vie molto generali, indicandola con quella prova caratterizzata dal fatto che l'impiego della scienza e della tecnica concorre *in vario modo* all'accertamento del fatto[7].

[7] Come si vede, il problema dell'applicazione di canoni scientifici alla teoria della prova può essere visto sotto diversi profili. Va comunque sottolineato che la tendenza ad ancorare gli scopi del processo alla teoria della scienza ha trovato anche notevoli opposizioni. Oltre al Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process,* in *Harv. Lav. Rev.*, 84, I, 1971, p. 1329 ss. si veda la presa di posizione del Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, pp. 434 e 435, il quale afferma che non bisogna cadere nell'illusione di prospettare l'avvento della fase scientifica della prova, come "l'epoca del rigore che succederebbe a quella del sentimento" (p. 434). Muovendoci in quest'ottica, secondo l'a., si corre il pericolo di "trasformare il processo in una sorta di laboratorio, dominato dalla tecnica e neutrale rispetto ai valori che sono in gioco nella controversia e nei quali si rispecchiano i valori della società intera" (pp.

In ogni caso, al di là di ogni tentativo definitorio di per sé utile, come del resto tutte le definizioni, per un primo inquadramento del problema, resta il fatto concreto per cui di fronte ad una congerie di procedimenti scientifici (o presunti tali) applicati o applicabili nel campo giudiziario, come quelli che abbiamo se pur sommariamente indicato, un giudice che non sia superficiale non può non sentirsi sicuramente disorientato. Vi sarà colui che prenderà partito per una totale credibilità di tali mezzi di indagine, come avviene spesso nel processo penale, ove i magistrati di solito affermano che al giorno d'oggi nessuna indagine sull'accertamento del reato può farsi sen-

434 e 435): con la conclusione che una legislazione processuale che si ponesse per questa via "finirebbe con l'istaurare una sorta di automatismo processuale moderno di tipo tecnocratico, forse peggiore di quello che caratterizzava l'epoca della prove irrazionali e quello delle prove legali" (p. 435). Degne del massimo interesse sono le osservazioni del VERDE, voce *Prova b) Teoria generale e diritto processuale civile,* in *Enc. dir.,* XXXVII, Milano, 1988, pp. 581 e 582, secondo il quale una concezione meccanica (e perciò scientifica) dell'attività svolta dal giudice per la ricostruzione del fatto comporterebbe l'obliterazione di quelle tendenze in certa misura "irrazionalistiche o intuizionistiche" che necessariamente intervengono "in quel tanto d'irripetibilità e d'unicità che è nel singolo atto del giudizio". Con la conseguenza che il compito dello studioso dovrebbe essere quello di costruire la "razionalità" del giudizio di fatto (dalla quale non si potrebbe in ogni caso prescindere). In altre parole, il giudizio non potrebbe essere spiegato ricorrendo unicamente agli "schemi della logica deduttiva o addirittura di quella scolastico-aristotelica", ma occorre contemperare i due aspetti della questione e cioè in pratica evidenziare i "limiti" da tenere presenti nel costruire una ricerca "razionale" della verità. In argomento, cfr. anche TARUFFO, voce *Libero convincimento del giudice. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, pp. 2 e 3. In polemica con i ragionamenti che tendono ad appoggiare la teoria delle prove su dati extranormativi di carattere scientifico è anche il CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, cit., p. 392 ss., il quale definisce "utopistici" tali ragionamenti, sulla base di considerazioni di notevole rilievo, prima fra le quali quella per cui il ripiego su una serie di precetti scientifici vincolanti non avrebbe altro effetto che quello di ricostruire quel "tariffario" che la teoria scientifica della prova vorrebbe abbattere (p. 396). E si consideri anche quanto osservato dal GUASP, *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943, p. 95, secondo il quale o le presunte *reglas lògica* sono recepite dalla normativa giuridica e imposte al giudice, oppure costui sarà libero di seguirle o meno. Sui rapporti fra scientificità della prova e libero convincimento del giudice, si vedano: VAZQUEZ SOTELO, *Presuncion de inocencia del imputado e intima convincion del tribunal*, Barcelona, 1984, p. 470: DEVIS ECHANDIA, *Cientificidad de la prueba, en relacion principalmente con los distámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador*, in *Riv. dir. proc. iberoam.*, 1972, p. 1; DE MIGUEL Y ALONSO, *La cientificidad de la prueba pericial y la libertad de apreciación del juzgador en el proceso civil espanõl*, in *Riv. dir. proc. iberoam.,* 1972, p. 1.

za l'uso delle prove scientifiche. Vi saranno per contro quei giudici portati a diffidarne, per paura di trasformare il giudizio in una sorta di laboratorio in cui la tecnica minaccia di relegare in un angolo il principio della libera convinzione o del prudente apprezzamento delle prove (come lo chiama l'art. 116 c.p.c.), che dovrebbe essere invece il fulcro della formazione del giudizio di fatto.

Ma il pericolo maggiore deriva da un possibile atteggiamento semplicistico di dare alle prove scientifiche un valore unitario, quando invece esso dovrebbe essere distinto da caso a caso. Ad esempio una consulenza tecnica o una perizia fondata su precisi dettami della scienza, (vedremo poi in che senso si potrà parlare di ciò) come ad esempio avviene allorché esse si correlano ad un'indagine sul DNA, non potrà avere lo stesso valore di una consulenza o perizia fondate su semplici criteri tecnici, ma non scientifici (esattamente infatti l'art. 220 c.p.p. distingue le cognizioni "scientifiche" da quelle "tecniche"), come nel caso ad esempio della perizia calligrafica. Non si può infatti parlare, per lo meno al giorno d'oggi, di scienza "calligrafica", allo stesso modo in cui si parla di scienza medica, chimica, fisica, ecc., non risultando, almeno fino ad ora, che l'interpretazione della scrittura si fondi su criteri di ordine scientifico vero e proprio, tipici delle scienze esatte (almeno fino a questo momento, nessuno l'ha mai dimostrato)[8].

Del pari vi sarà (e di fatto v'è) un'esagerazione nell'attribuire un sicuro valore a quei sistemi di accertamento del fatto strutturati sul-

[8] È singolare ed interessante sotto questo profilo la decisione di App. Roma, 27 novembre 2008, n. 4946, in *Rep. Giur. it.*, 2009, voce *Consulente tecnico, custode ed altri ausiliari del giudice (materia civile)*, n. 23, ove si afferma che la consulenza grafologica assume nel corso del giudizio nel quale è richiesta "una limitata consistenza probatoria", non suscettiva in quanto tale di conclusioni assolutamente ed "obiettivamente certe". Tale conclusione è spiegata con il rilievo che la verificazione della scrittura è fondata sulla valutazione umana ed è quindi affidata alla considerazione di elementi "allo stato non matematicamente ponderabili", dal che consegue un limitato rilievo probatorio della relazione tecnica in materia. La decisione è importante non solo in quanto pone in rilievo il diverso grado di attendibilità della consulenza a seconda dello specifico campo tecnico in cui essa è impiegata, ma anche perché mostra di intendere che la tecnica si può evolvere, per cui ciò che oggi non è dimostrabile con criteri scientifici "allo stato" può esserlo domani, allorquando anche in quella certa branca del sapere si saranno affermati procedimenti basati su un rigoroso impiego della scienza, tanto da condurre a risultati pressoché certi.

la base di procedimenti tecnici che operano da soli senza la presenza del consulente o del perito, come l'*autovelox*, al quale la maggioranza dei giudici di pace (i soli a giudicare sull'opposizione alle sanzioni erogate sulla base di tale apparecchio) mostra di attribuire particolare credibilità, da un lato dimenticando l'art. 2712 c.c. (ed anche su questo punto torneremo più avanti) e dall'altro sottovalutando la scarsa affidabilità dell'apparecchio, utilizzato da molte amministrazioni più per far cassa che per prevenire gli eccessi di velocità[9]. E qualcosa di analogo potrebbe dirsi per l'*etilometro*, i cui risultati vengono considerati incontestabili, quando lo stesso art. 379 reg. c.s. invece ne diffida, dato che impone che le sue risultanze vengano sempre accompagnate dal verbale degli accertatori che deve contenere una pluralità di elementi di riscontro della supposta ebbrezza, dati dalla descrizione dello stato fisico del contravventore, del suo modo di parlare e di deambulare, ecc. Descrizioni queste che spesso mancano nei verbali o che comunque quasi mai i giudici prendono in esame, fidandosi ciecamente dei risultati tecnici dell'apparecchio.

È un approccio scientifico anche quello del giudice che faccia affidamento sulla scienza statistica per la verifica del nesso causale in quelli che gli anglosassoni chiamano *exposure torts*, cioè lesioni derivate dall'esposizione a materiali pericolosi (ad es. l'amianto). Vicende rispetto alle quali spesso chi decide fonda il tutto sulla *general causation* (cioè sulle statistiche che affermano che l'esposizione a quel materiale, con alto grado di probabilità, può portare a quella malattia), dimenticandosi o non tenendo in considerazione la *specific causation* (e cioè, per esempio, che nel caso sottoposto in quel momento alla lente del giudice potrebbe esservi stata un'interruzione del nesso causale).

[9] È interessante in proposito vedere quanto riportato nel quotidiano «La Nazione» del 2 marzo 2011, pp. 2 e 3 della cronaca locale, ove si precisa che la città di Firenze ha visto scendere il numero di autovelox da 319 a 135 per ordine del Prefetto. E ad Arezzo, sempre per disposizione prefettizia, su 58 apparecchi ne sono rimasti in funzione solo due. Sul perché dell'azzeramento di molte delle macchine si formulano le più varie ipotesi, fra le quali quella per cui molte di esse risulterebbero installate in violazione delle disposizioni del codice della strada. È comunque certo che sulle ordinanze prefettizie debba pesare non poco la scarsa affidabilità dell'apparecchio, come sarà detto nel prosieguo del testo.

3. *Il pericolo della* junk science*. L'art. 702 delle* Federal Rules of Evidence *statunitensi e l'impiego dell'*expert witness

Come si vede, il rischio di trovarsi in impaccio è più che evidente, come è altrettanto probabile che, andando troppo alla leggera verso l'uso della prova scientifica, possano compiersi dei torti irreparabili.

Dunque è qui più che mai essenziale la necessità del ricorso a precise regole nell'impiego di queste determinate prove e soprattutto nella loro valutazione. Regole che siano fondate su principi, se non di in constatabile portata, almeno dotati di un tale grado di sicurezza da consentire al giudice di decidere con serenità.

La scuola giuridica italiana ha da tempo fornito in proposito (e continua a fornire) insegnamenti di indubbio valore[10], i quali presentano quasi sempre il tratto costante di un approccio alla materia che considera essenziale il riferimento ai contributi alla prova scientifica offerti dalla scienza anglosassone e statunitense. Ci si potrebbe però domandare che senso possa avere il richiamo a dottrine fondate su criteri eminentemente pragmatici, molto diversi da quelle dei diritti continentali come il nostro, che hanno sempre privilegiato il libero convincimento del giudice, fin dall'epoca della Rivoluzione francese, e che, almeno nel caso del diritto, hanno sempre esaltato la "ragione" più che la "tecnica".

---

[10] Cfr. Denti, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, cit., p. 414 ss.; Taruffo, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 219 ss.; Dondi, *Paradigmi processuali ed* "expert witness testimony" *nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 261 ss.; Lombardo, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 35 ss.; Id., *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1083 ss. Per ciò che riguarda il processo penale, le problematiche della scientificità della prova sono da ultimo state poste in rilievo da Bargis, *Note in tema di prova scientifica nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 47 ss.; Caprioli, Scientific evidence *e logiche del probabile nel processo "per il delitto di Cogne"*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1867 ss.; Id., *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3520 ss.; Ubertis, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in *Argomenti di procedura penale*, II, Milano, 2006, p. 204 ss.; Dominioni, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversie di elevata specializzazione*, Milano, 2005; Id., *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 61.

Eppure, a ben guardare, la dottrina statunitense è stata (e non da ora) l'unica a cogliere il punto nodale della prova scientifica; che è senza dubbio quello di distinguere, come fondamentale approccio di partenza, la scienza vera e propria, che è l'unica capace di fondare modelli di indagine affidabili, dalla *junk science* che per molti versi imperversa nei tribunali al pari della prima e che ha solo l'effetto di condurre il giudice a risultati precari e scarsamente attendibili[11]. Del resto una distinzione di tali due livelli, se non è presente nelle nostre norme sul processo civile, traspare però da quelle sul processo penale, dato che l'art. 220 c.p.p. (molto più preciso dell'art. 61 c.p.c.) fa palese che il ricorso al perito possa servire per fornire al giudice cognizioni "scientifiche", "tecniche" o "statistiche". Si distingue dunque anche noi fra la "scienza" e la "tecnica", come ipotesi differenziate, afferenti a due diversi livelli di cognizione e di sicurezza nei risultati, che se possono essere offerte in grado elevato dalla scienza, sono certo offerti in misura minore dalla semplice tecnica. Anche il calzolaio che fa le scarpe usa la tecnica, ma non certo la scienza: ed il mezzo meramente tecnico comporta una certa diffidenza (anche e soprattutto per mancanza di "protocolli" che lo regolino). Onde cade anche qui a proposito la nota affermazione, anche se propugnata ad altro scopo, del *ne eat sutor ultra crepidam.*

Del resto, l'art. 220 c.p.p., di cui sopra si parlava, è una copia semplificata dell'art. 702 delle *Federal Rules of Evidence* statunitensi entrate in vigore nel 1975. La norma regola le funzioni dell'*expert witness,* affermando che il suo impiego si rende necessario allorché vi siano da accertare "scientific, technical or other specialized knowledge". La scienza giuridica statunitense era dunque giunta a tali distinzioni prima di noi. Distinzioni peraltro presenti nel nostro sistema, come si è visto nel solo codice di procedura penale, e ciò proprio perché, come tutti sanno, esso è stato ricalcato in gran parte sulla base delle esperienze normative di oltreoceano. Esse sono invece del tutto assenti nel processo civile, nel quale l'art. 61 c.p.c., con una

[11] Contro il pericolo della *junk science*, cioè la scienza "spazzatura", si vedano le osservazioni di Taruffo, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 220. Sulla prevenzione nei confronti della "cattiva scienza", che potrebbe insinuarsi nel processo, v. anche Bargis, *Note in tema di prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 49.

genericità assoluta, consente l'uso del consulente tecnico ogni qual volta il giudice ritiene "necessario" farsi assistere da uno o più consulenti di particolare "competenza tecnica". Ed è del tutto evidente che nel prendere per parametro un requisito così vago come quello della "tecnica", tutto vi può entrare. Questo spiega perché, soprattutto nel processo civile, non vi sia praticamente alcuna selezione nell'impiego delle prove scientifiche, ma si tengono in considerazione tutte le risultanze che in qualche modo con esse possano imparentarsi, rischiando di fare di tutta l'erba un sol fascio, con l'effetto molto spesso di condizionare il giudice in direzioni sbagliate.

È dunque di fondamentale importanza l'esame dei risultati che sulla prova scientifica ha raggiunto, fino dagli anni '20 del secolo scorso, la giurisprudenza americana.

Del resto, questo spiccato interesse negli Stati Uniti verso una precisa determinazione di criteri quanto mai solidi ai quali subordinare l'impiego della prova scientifica si è imposto quasi subito come una necessità nel panorama giudiziario statunitense, e ciò essenzialmente in relazione al particolare modo di accertamento dei fatti tecnici nel regime di *commom law* che, com'è noto, non conosce la figura del consulente tecnico o del perito. In un sistema processuale dichiaratamente *adversary* quale quello americano, la prova tecnica è infatti delegata integralmente agli *expert witness*, che sono tecnici (o meglio testimoni tecnici) essenzialmente di parte, i quali proporranno le proprie conclusioni sugli interrogativi scientifici a base del *trial* essenzialmente nell'interesse della parte che li ha nominati (e che li paga!). Altrettanto è a dirsi per gli *expert witness* dell'avversario.

Tutto dunque ci si può aspettare da costoro, meno il fatto che siano imparziali. Anzi spesso (e questo è il punto) essi finiscono per contrabbandare per vera scienza fantasticherie pseudoscientifiche basate su postulati o su teorie la cui validità il giudice non è quasi mai in grado di verificare.

È vero che anche nel sistema statunitense è consentito a quest'ultimo di nominare per conto suo, nei casi più delicati o più dubbi, un *expert witness* d'ufficio (o anche più di uno), come del resto avvenne nel caso di Terry Schiavo, allorché il giudice Greer della Corte d'appello della Florida affiancò un quinto esperto ai quattro scelti dalle

parti[12]. Ma si tratta di un potere che il giudice tende ad usare raramente, per non procurarsi l'ostracismo degli avvocati che in America costituiscono una *lobby* importante e che intendono sempre avere il dominio completo sul processo.

In tale situazione, dotarsi di criteri alquanto rigidi che potessero fungere da *gate* per consentire l'ingresso nel processo delle sole prove scientifiche atte a garantire un elevato grado di attendibilità diveniva una necessità evidente. Occorrevano cioè criteri validi per capire se ciò che l'*expert witness* proponeva fosse vera scienza o soltanto un esempio di *junk science* completante indegno di apparire in un dibattito processuale[13].

---

[12] Il caso di Terry Schiavo (Theresa Marie Schindler Schiavo) è notissimo. Meno noti sono invece i suoi risvolti giudiziari. La ragazza statunitense, a seguito di una crisi cardiocircolatoria che la colse il 25 febbraio 1990 nella sua casa di St. Petersburg (Florida) che si disse causata da una forte cura dimagrante, cadde in stato vegetativo permanente (una situazione molto simile a quella di Eluana Englaro). Iniziò così una lunghissima battaglia fra il marito che pretendeva il distacco dei presidi medici che tenevano artificialmente in vita la ragazza e i genitori di costei, che in nome della pietà religiosa si opposero a quella richiesta. La battaglia legale sorta attorno al suo caso fu una delle più violente della cronaca giudiziaria degli Stati Uniti. Durò ben otto anni (tempi lunghissimi, per la giustizia statunitense) e si svolse pressoché interamente di fronte alla Corte d'appello della Florida, avendo quasi sempre il giudice Greer quale magistrato protagonista della vicenda. Il giudizio iniziò nel 1998, quando il marito della ragazza, nominato suo tutore, chiese alla Corte la rimozione del tubo per l'alimentazione che manteneva in vita la donna. Nel suo percorso, l'*iter* giudiziario al marzo del 2005 (data dalla morte di Terry), comprendeva quattordici appelli, numerose mozioni, petizioni ed interrogazioni proposte alla Corte della Florida, cinque cause intentate di fronte alla Corte federale distrettuale, una modificazione legislativa ed una citazione per fare entrare Terry nel programma di protezione delle vittime. Per ciò che riguarda il tema trattato nel testo, è di particolare importanza il dispiegamento degli *expert witness* al fine di dimostrare l'esistenza o meno dello stato vegetativo permanente, nel quale si diceva che Terry fosse caduta. Il collegio comprendeva ben cinque *expert witness*, due scelti dal marito, due dai genitori di costei ed uno nominato d'ufficio dal giudice Greer.

[13] Sulla figura dell'*expert witness* e dei problemi legati all'impiego delle metodiche scientifiche nel processo statunitense, si vedano in via generale: Muelle, Kirkpatrick, *Evidence under the rule – text, cases and problems,* Boston-Toronto-London, 1993, p. 691 ss.; Carlson, *Experts as hearsay conducts: confrontation abuses in opinion testimony*, in 76 *Minn. L. Rev.,* 1992, p. 859 ss.; Black, *A unified theory of scientific evidence*, in 56 *Fordham L. Rev.*, 1988, p. 618 ss.; Weinstein, *Improving Expert Testimony*, in 20 *Richm. L. Rev.*, 1986, p. 476 ss.

I criteri atti a tale scopo, come si sa, non furono elaborati in un colpo solo, ma sono stati il prodotto di una serie di evoluzioni e di progressive osservazioni della giurisprudenza americana, che attraverso essi è riuscita a fondare un vero e proprio baluardo contro la *junk science*. Del resto la palese validità di tali criteri è stata riconosciuta di recente anche da noi, allorché si è dovuto discutere dell'impiego dell'indagine fondata sul *b.p.a.* nel processo di Cogne[14].

Dunque è più che mai rilevante vedere come questi criteri di valutazione si siano formati e come si strutturino, onde valutare la portata che essi possano assumere anche nel nostro sistema processuale (civile e penale) e soprattutto il modo attraverso cui applicarli.

4. *I criteri elaborati dalla giurisprudenza americana. Il caso* Frye *(1923) ed il caso* Daubert *(1993)*

Come si diceva, è fino dagli anni '20 del secolo scorso che la giurisprudenza statunitense ha cominciato ad elaborare specifici indici che potessero consentire di qualificare come "scientifico", e quindi attendibile, un determinato procedimento probatorio. La vicenda alla quale fu legata tale prima esperienza fu costituita dal noto caso *Frye* del 1923, nel quale si discusse dell'impiego della macchina della verità per convalidare la deposizione della parte in un caso di omicidio. La questione condusse il giudice ad elaborare il classico principio per cui ogni prova che avesse la pretesa di fondarsi su criteri tecnici poteva considerarsi garantistica e quindi utilizzabile nel processo, solo sulla base di una specifica *general acceptance*: sul riconoscimento cioè del suo valore scientifico e della quasi certezza dei suoi esiti, da parte della comunità degli studiosi della materia[15]. Criterio questo fondamentale che consentiva prontamente al giudice e

[14] V. ancora Bargis, *Note in tema di prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 53.

[15] Sul caso *Frye v. United States*, deciso dalla *Circuit court* del Distretto di Columbia nel 1923 e sul criterio della *general acceptance* (o *Frye test*), esiste una vasta letteratura: Friedman, *The death and trasformation of Frye*, in 34 *Jurim*, J, 1994, p. 139 ss.; Giannelli, *Frye v. United States. Background paper prepared for the National Conference of Lawyers and Scientists,* in 99 *FRD*, 1984, p. 189 ss.;

senza incertezze di potere consentire o non consentire quella determinata prova, recidendo alla base ogni discussione delle parti o degli *expert witness* in proposito. In questo modo il giudice equilibrava efficacemente la mancanza nel processo americano della figura del consulente o del perito d'ufficio e riduceva praticamente a zero, o almeno al minimo, la necessità di togliersi d'impaccio nominando un *expert witness* che potesse essere imparziale rispetto a quelli nominati alle parti. Strada quest'ultima, come si è detto, non gradita al ceto dell'avvocatura e agli ambienti giudiziari americani.

La *general acceptance* funse da unico criterio generale per interpretare la *Rule 702* fino al 1993, l'anno del famoso caso *Daubert*, nel quale il carattere teratogeno o meno del medicinale in contesa (il Benedectine) non poteva essere dimostrato se non ad opera di tecnici ed esperti. E fu in tale occasione, anche in riferimento alla delicatezza del caso, che peraltro si poneva come un chiaro esempio di contesa appartenente alla generalità molto comune delle controversie relative ai *toxic torts*, che furono elaborati gli altri tre criteri che avrebbero dovuto supportare quello della *general acceptance* nell'individuazione del carattere scientifico di una determinata prova. Essi, com'è noto, furono i seguenti:

a) l'esigenza che, al fine di ottenere sicurezza dall'impiego forense di un determinato procedimento scientifico, alla *general acceptance* si dovesse accompagnare il fatto che il riconoscimento della validità del procedimento dovesse essere oggettivato mediante la pubblicazione su riviste scientifiche specializzate (*peer review*). In sostanza il giudice non si accontentava più che una determinata metodica fosse universalmente riconosciuta come valida, ma voleva poterne ottenere personale cognizione attraverso la lettura fatta da lui stesso delle pubblicazioni scientifiche che se ne occupavano;

b) in secondo luogo, la metodica doveva esser tale da consentire un procedimento di controllo sulla bontà dei suoi esiti (*textability*);

Id., *The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, a Half Century Later*, in 80 *Col. L. Rev.*, 1980, p. 1204 ss.

c) infine essa doveva presentare un margine ridottissimo di errore o comunque doveva essere tale da potere sempre consentire una possibile quantificazione degli errori (*rate of error*)[16].

Attraverso questi criteri il giudice statunitense si era procurato una formidabile barriera contro l'ingresso nel processo di prove tecniche dotate di scarsa affidabilità. Per di più, l'uso di tali criteri non richiedeva cognizioni specialistiche da parte del giudice inerenti alla specifica metodica da introdurre nel processo caso per caso, dato che si trattava di presupposti di ordine generale utilizzabili anche senza una particolare preparazione tecnica. Com'è stato esattamente detto, il giudice assumeva il ruolo di un formidabile *gatekeeping* in grado di contrastare con mezzi semplici l'ingresso nel processo di prove tecniche che, anche se apparentemente affidabili, di fatto non lo erano[17].

5. *La possibilità di uso di tali criteri di fronte alla consulenza tecnica e alla perizia nel processo italiano*

In che misura tali criteri possono essere di utilità al giudice italiano allorché si trova di fronte a prove non previste dal codice, che si fondano su specifiche metodiche tecniche?

L'esigenza di individuare un criterio di selezione di siffatto tipo di prove è presente anche da noi e sotto tale profilo il codice di procedura penale è ancora una volta più preciso di quello di procedura civile, allorché all'art. 189 subordina l'impiego delle prove non

---

[16] Sul caso *Daubert v. Merrel Down Pharmaceuticals*, la letteratura è ancora più ampia. Si vedano: Hassig, *Daubert v. Merrel Down Pharmaceuticals: The Standard for Admitting Expert Testimony,* in *Ariz. St. L. J.,* 1994, p. 263 ss.; Giannelli, *Daubert: interpreting the Federal Rules of Evidence,* in *Cardozo L. Rev.*, 1994, p. 1999 ss.; Farrel, *Daubert* v. *Merrel Down Pharmaceuticals, Inc.*: *Epistemology and Legal Process,* in 15 *Cardozo L. Rev.*, 1994, p. 2183 ss.; Klein, *After Daubert: Going Forward with Lessons from the Past*, in 15 *Cardozo L. Rev.*, 1994, p. 2219; Majmudar, *Daubert v. Merrel Down: A Flexible Approach to the Admissibility of Novel Scientific Evidence,* in *Harv. J. Law. & Techn.,* 1993, p. 187 ss.

[17] L'espressione è di Dondi, *Paradigmi processuali ed "*expert witness testimony*" nel diritto statunitense*, cit., p. 272.

previste dalla legge (e quindi virtualmente anche di quelle imposte dal progresso della scienza), oltre al fatto che non debbano ledere la libertà morale del soggetto[18], anche alla circostanza che esse siano "utili" all'accertamento della verità. L'"utilità" per l'accertamento della verità non è la "rilevanza" della prova per il caso da decidere di cui parla l'art. 190 c.p.p., giacché quest'ultimo requisito, oltre a dovere essere proprio di tutte le prove (e non solo di quelle tecniche), ha carattere relativo, parametrato com'è sul tenore della controversia (una stessa prova può essere rilevante in una controversia e non esserlo in un'altra), mentre l'"utilità" dell'art. 189 c.p.p. va verificata con riferimento alla potenzialità del mezzo di prova per ogni accertamento ed ha quindi carattere assoluto (se una determinata metodica non è "utile" all'accertamento del fatto, non può essere impiegata in alcuna controversia)[19].

Dunque, l'"utilità" di cui parla l'art. 189 c.p.p. altro non è che la potenzialità del mezzo istruttorio per l'accertamento del fatto e la garanzia che offra risultati sicuri. Ecco dunque che questa esigenza, della quale peraltro di solito poco si parla (e ciò nonostante che l'impiego delle prove tecniche nel procedimento penale sia di regola molto frequente), può essere agevolmente soddisfatta facendo ricorso ai requisiti del caso *Daubert*. Peraltro, come si è accennato, un'evidente richiamo a tali principi è stato sapientemente fatto nel caso di Cogne, sia in riferimento alla diagnostica di *Rorschach* (non utilizzata perché rifiutata dall'imputata), sia all'impiego del *b.p.a.* (*Bloodstein Pattern Analysis*) per ricostruire attraverso le macchie di sangue la posizione del colpevole. E dunque, non si vede perché alla luce degli stessi criteri non si possa effettuare una selezione fra gli altri metodi tecnici di accertamento del fatto, soprattutto nel campo penale, quali ad esempio le tecniche surrettizie dell'interrogatorio come la "diagnosi costellatorea" o la "psicodiagnosti-

[18] La "libertà morale" della persona è definita dall'art. 188 c.p.p., come "libertà di autodeterminazione" del soggetto, per cui sono vietati tutti quei metodi di indagine che tendono all'interrogatorio di costui provandolo dalla possibilità di reazione e di scelta nelle risposte o alterando la sua capacità "di ricordare e valutare i fatti" (come ad es. la narcoanalisi).

[19] Sull'interpretazione dell'art. 189 c.p.p., v. G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, p. 527 ss.

ca di Rorschach"[20], le varie metodiche per effettuare rilievi dattiloscopici o antropometrici di cui parla l'art. 349, comma 2°, c.p.p. [21],

[20] La *diagnosi costellatorea (Tatbestansdiagnostik)* e la *psicodiagnostica di Rorschach* sono entrambi metodi di psicologia applicata che fanno leva sull'associazione di idee che ogni persona tende necessariamente a sviluppare. Il primo sistema si basa sulla considerazione che l'affermazione della menzogna comporta uno sforzo maggiore di quello del dire la verità, ragion per cui l'interrogando risponderà in modo rapido e preciso a domande che non rivelano alcuna associazione di idee con una sua eventuale responsabilità, mentre risponderà in modo più difficoltoso ed elaborato allorché tenti di negare il vero. Il metodo può essere anche perfezionato con l'aggiunta di particolari *test*, che consistono nell'esaminare la reazione dell'imputato di fronte ad una serie di parole, alcune neutre, altre collegate direttamente con il fatto da accertare. È stato infatti affermato che "la fascinazione della verità agisce senza alcuna fatica, mentre la menzogna importa uno sforzo ideativo, la sovrapposizione di un fatto immaginario alla realtà, il che determina un continuo lavorìo di controllo, per non trovarsi in contraddizione: basta un momento di abbandono di questa vigile attenzione su di una situazione di combattimento, perché possa istintivamente essere ammessa una circostanza, che fa crollare tutto l'edificio della mendace costruzione" (Altavilla, *Psicologia giudiziaria*, I, Torino, 1955, p. 408). Anche a questo proposito sono perfettamente adeguate le osservazioni del Manzoni, in riferimento allo sconsiderato processo *de peste manufacta*, intentato contro Guglielmo Piazza, Giangiacomo Mora, Gaspare Migliavacca, Giovanni Stefano Baruello. E cioè che i giudici "per trovarli colpevoli, per respingere il vero che ricompariva in ogni momento, in mille forme, e da mille parti, con caratteri chiari allora com'ora, come sempre, dovettero *fare continui sforzi d'ingegno*, e ricorrere a espedienti, de quali non potevano ignorar l'ingiustizia" (*Storia della colonna infame*, Roma, 1993, p. 14).

La *psicodiagnostica di Rorschach* sfrutta invece l'associazione di idee fra lo stato di tensione interiore del soggetto e le sue manifestazioni esteriori attraverso comportamenti, scritti, disegni, ecc. (Altavilla, *Psicologia giudiziaria*, cit., p. 412).

In entrambi i casi si tratta comunque di indagini che non pregiudicano la libertà di autodeterminazione e che possono presentare un margine di utilità, se condotte da esperti (volerne negare in astratto la possibilità d'impiego significherebbe negare ancora una volta la possibilità d'avvalersi della prova scientifica). Si ricorderà che nel processo penale svoltosi dinanzi al Tribunale di Firenze contro Pietro Pacciani un ruolo abbastanza importante ebbero gli scritti e i disegni che l'imputato era solito effettuare in carcere.

[21] I *rilievi dattiloscopici* concernono il rilevamento e l'esame delle impronte digitali. In questa materia, come si comprende, l'aspetto giuridico della questione è in strettissimo contatto con quello tecnico-scientifico. Il procedimento dattiloscopico presenta sempre una notevole complessità, nonché il necessario intervento di esperti (di solito la polizia scientifica), che debbono essere particolarmente attenti in entrambi i momenti dell'indagine, quello del *rilievo* dell'impronta dall'oggetto (ad es. da un bicchiere) e la successiva *comparazione* con l'impronta del soggetto indiziato. Ora si intuisce immediatamente la non omogeneità delle due attività, giacché se la prima (rilievo dell'impronta) può ritenersi ricompresa fra gli atti di polizia giudiziaria (l'art. 349, comma 2°, c.p.p., parla appunto di rilievi "dattiloscopici"), lo stesso non può dirsi per l'attività di comparazione, che

le tecniche più o meno sofisticate usate nelle ricognizioni foniche[22],

richiede non un semplice accertamento, ma una valutazione e che non dovrebbe potere essere espletata se non nelle forme della perizia o quantomeno in quella delle "operazioni tecniche" di cui agli artt. 359 e 360 c.p.p. Considerazioni più o meno analoghe possono farsi per i *rilievi antropometrici*, volti ad accertare la configurazione o l'età di una persona, attraverso un'indagine sui tratti somatici, sulle radiografie della struttura ossea, ecc. Anch'essi sono previsti dall'art. 349, comma 2°, c.p.p. ed anche per essi la legge non stabilisce alcun procedimento. Trattandosi anche in questo caso, oltre che della necessità di rilevare i dati, anche di effettuare delle specifiche valutazioni, si richiede anche qui la necessità della perizia. Per un'indagine più approfondita di tali problemi, v. G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 549 ss., con vasti riferimenti di dottrina (v. soprattutto la nota 52).

[22] Il tema della *ricognizione fonica* (ricognizione di voci) ha occupato intensamente dottrina e giurisprudenza nella vigenza del codice di procedura penale del 1930, che com'è noto non disciplinava tale istituto. Il codice di procedura penale del 1988 prevede, all'art. 216, espressamente la "ricognizione di voci, suoni o di quanto altro può essere oggetto di percezione sensoriale", stabilendo che al relativo procedimento si applicano le regole generali sulle ricognizioni (art. 213 ss.), in quanto applicabili.

Il problema non è però così semplice, perché il legislatore ha avuto probabilmente in mente esclusivamente il riconoscimento operato dal soggetto che ha udito la voce (ad es. la voce del custode che parla al sequestrato) e ciò spiega l'inserimento nell'ambito generale delle ricognizioni ed il rinvio alla disciplina dettata per queste ultime. Trattasi però di una questione notevolmente più complessa, soprattutto con riferimento, sia all'ipotesi in cui il riconoscimento della voce non sia più possibile (si pensi, ad esempio, all'uccisione della vittima del sequestro), sia a quella in cui la persona ha potuto udire la voce solo attraverso strumenti tecnici (ad es. per telefono, nel caso di estorsione), che deformano il suono e rendono estremamente complesso, quando addirittura impossibile, il riconoscimento ad opera della persona interessata. Ed infatti è esclusivamente con riferimento alla ricognizione fonica da parte del soggetto che ha udito la voce che entra in gioco la disciplina dell'art. 216 c.p.p., disciplina che non può essere applicata agli altri casi di ricognizione (v. Melchionda, *Ricognizioni*, in Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990, *sub* art. 216, p. 552 ss.). In tali situazioni debbono intervenire altre metodiche che richiedono l'impiego di procedure estremamente complesse col supporto dei risultati delle più varie scienze, dalla linguistica alla fisica, all'acustica, e che ripropongono l'intervento del mezzo tecnico e la tematica della prova scientifica. Il tema per certi aspetti è abbastanza vicino a quello del rilievo dell'impronta digitale, tant'è vero che si parla spesso di "impronta vocale" per indicare la relazione fra le due tematiche. Ma l'indagine fonetica è molto più difficile soprattutto per il fatto che, mentre l'impronta digitale è di per se immodificabile, l'impronta "fonica" può essere contraffatta ad arte, sia al momento dell'emissione, che in quello del confronto. Questo spiega il perché della necessità di una ricerca altamente specialistica, che può basarsi su metodiche estremamente diverse, alcune delle quali incentrate sull'analisi del linguaggio, altre sull'impiego di sofisticate apparecchiature scientifiche. Di tali due metodologie, la prima presuppone conoscenze linguistiche altamente specialistiche e si basa sul confronto di una serie di dati ricavati dalla voce in esame, con una scala di campioni

l'uso del *luminol*[23], ecc. Non tutte queste tecniche, antiche o recenti, possono dare la stessa garanzia: e dunque si impone una valutazione preventiva della serietà e dell'attendibilità delle stesse, prima di darne ingresso nel processo. Chiaramente nel processo penale molte volte l'impiego dei procedimenti scientifici avviene al di fuori del processo vero e proprio, come per gli atti di polizia giudiziaria compiuti ai sensi dell'art. 349, comma 2°, c.p.p., specie se attuati in via d'urgenza (ad es. prelievo di impronte digitali che tendono a sparire), al di fuori anche del controllo del pubblico ministero (art. 347 ss. c.p.p.). Ed allora ovviamente il problema si porrà al momento della loro eventuale utilizzazione in giudizio. Ma allorché alle tecniche scientifiche deve farsi ricorso mediante la perizia giudiziale, non si vede perché i criteri *Frye* e *Daubert* non possano essere utilizzati dal giudice per ammettere o escludere l'impiego di quel determinato procedimento. Qui non si tratta di intervenire in sede di valutazione della prova, cioè a cose fatte, ma preventivamente, onde evitare *ab origine* proprio l'espletamento della stessa.

Una soverchia utilità in questo senso è offerta dal disposto dello stesso art. 189 c.p.p. che impone che il giudice debba provvedere all' "ammissione" della prova, non prevista dalla legge, sentite le parti sulle sue "modalità di assunzione". Questa è dunque un'ulteriore garanzia e si potrebbe addirittura definirla quale terzo presupposto per l'ammissione di una prova tecnica normativamente non prevista o della quale la legge non disciplina le modalità procedimentali. In tal senso il codice di procedura penale ci appare in certo modo "blindato" di fronte al pericolo dell'impiego di tecniche di

---

preesistenti. Si tratta però di un sistema non troppo in uso, sia in quanto richiede esperti del linguaggio estremamente qualificati, sia in quanto tali specialisti sono sempre di più difficile reperimento e sia in quanto i risultati non sono all'altezza di quelli che si ottengono con le tecnologie scientifiche. Queste ultime fanno invece impiego di sofisticate apparecchiature (*spettrografi acustici*), che permettono di registrare il suono e di fornire un elaborato, il c.d. *sonogramma*, cioè "una rappresentazione tridimensionale che consente la misura della frequenza, durata e intensità di un segnale vocale". Per ulteriori riferimenti, v. G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 559 ss.

[23] Sul *luminol* e sul *b.p.a.*, v. Bargis, *Note in tema di prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 48 e, soprattutto sul secondo, si veda l'interessante saggio di Caprioli, Scientific evidence *e logiche del probabile nel processo "per il delitto di Cogne"*, cit., p. 1867 ss.

accertamento della verità che non appaiano particolarmente garantistiche.

Discorso diverso va fatto per il processo civile, nel quale praticamente nessuna norma disciplina l'ingresso nel processo di mezzi tecnici per l'accertamento del fatto. L'art. 61 c.p.c. si limita ad indicare come completamente discrezionale l'impiego del consulente, allorché il giudice abbia bisogno di essere illuminato in una qualsiasi cognizione che richieda competenze tecniche, senza ulteriori specificazioni. Non v'è alcun riferimento (diversamente da quanto abbiamo visto per l'art. 189 c.p.p.) al fatto che la prova debba essere garantistica rispetto all'accertamento della verità, né é previsto alcun tipo di controllo ad opera delle parti. Il giudice è padrone assoluto della consulenza attraverso la quale possano essere introdotte nel processo esperienze di ogni tipo che si apparentino in qualche modo con le previsioni della tecnica, siano esse fondate su procedimenti scientifici seri, meno seri o di esito alquanto dubbio.

Non essendovi alcun criterio di selezione preventivo, il giudice ha dunque gioco facile nelle contese civili, tanto da finire per ammettere alcune volte la consulenza anche quando non serve[24].

E quando si tratta di acquisire cognizioni di ordine tecnico che fuoriescono dalle conoscenze mediche del giudice, spesso non si bada troppo per il sottile, tanto da dare ingresso a mezzi di indagine di dubbia valenza (si pensi all'impiego del tutto comune, quanto incontrollato, degli assistenti sociali o degli psicologi per stabilire quale sia il miglior regime di affidamento dei figli in sede dei provvedimenti urgenti di cui all'art. 708, comma 3°, c.p.c.).

E dunque, se non v'è nel codice di procedura civile alcun criterio selettivo che consenta di vietare l'ingresso nel processo di mezzi di indagine tecnica di dubbia valenza, ciò che deve costituire un argine al fatto che la verità giudiziale venga ricostruita con sistemi di accertamento largamente approssimativi (che in nome di una pseudo-tecnica finiscono per fare piazza pulita del libero convincimento dal giudice) deve essere necessariamente fornito da un criterio di

[24] Si allude all'ipotesi, tutt'altro che infrequente, nella quale il giudice dispone la consulenza tecnica per accertare fatti che potrebbe rilevare direttamente attraverso la prova ispettiva di cui all'art. 118 c.p.c. Su tale punto, cfr. per tutti G.F. Ricci, *Diritto processuale civile*, I, 3, Torino, 2009, pp. 154 e 155.

selezione che operi almeno a posteriori in sede di valutazione della prova. E ciò appunto in modo da sceverare, almeno in quel momento, il diverso valore che assume una vera prova scientifica, rispetto a quella basata su una più o meno sfrontata *junk science*. Ed in questo senso crediamo che ancora una volta le cognizioni enunciate nel caso *Daubert* possano fornire l'unico ausilio possibile al giudice per distinguere da caso a caso le diverse potenzialità di convincimento dei sistemi di accertamento tecnico impiegati. Alcuni giudici hanno del resto offerto un saggio esempio di ciò[25]. In tal modo si evita anche di percorrere la strada, praticabile solo in teoria, del giudicante che debba avere una generale infarinatura di tutte le scienze per potere esercitare un controllo sui risultati della consulenza. Se si parte dal presupposto che i quattro criteri emersi dai casi *Frye* e *Daubert* sono di impiego notevolmente semplice, oltreché appannaggio della cultura media (ad es. non è difficile individuare se una determinata metodica di indagine scientifica appare indicata come valida da serie riviste scientifiche o se esperti del settore definiscono tale indagine come praticamente immune da errori), allora si potrà concludere che v'è a disposizione del giudice un valido strumento per il controllo della bontà delle metodiche usate dai consulenti, pur in assenza del possesso da parte sua di specifiche cognizioni tecniche in merito (il che del resto non può essere appannaggio di alcun magistrato).

Diversamente, si realizzerà quello che di solito si considera uno dei più grossi smacchi per la giustizia e cioè il predominio del perito sul giudice o, che è lo stesso, la subordinazione di quest'ultimo al primo.

Il che è un risultato inevitabile, se il giudice non si assicura idonei strumenti per vagliare la bontà delle cognizioni extragiuridiche acquisite: quelli appunto che la giurisprudenza americana è in grado di offrire e che possono costituire uno strumento indispensabile contro il soffocamento delle cognizioni del giudice da parte di quelle della scienza.

Operando in tal modo, e cioè selezionando, se non al momento dell'ingresso, almeno a quello della decisione, i risultati delle varie

[25] Cfr. la decisione di App. Roma, 27 novembre 2008, n. 4946, cit., *supra* alla nota 8.

metodiche sulla base del minore o maggiore grado di apparentamento alla scienza, il giudice avrà già fatto un buon percorso. Per il resto infatti, valutata l'attendibilità scientifica della metodica, ad egli non resterà altro che controllare il rispetto del principio del contraddittorio durante l'operazione tecnica, il che costituisce un'operazione di difficoltà non eccessiva (oggi, del resto, un buon presidio in questo senso è offerto dal nuovo comma 3° dell'art. 195 c.p.c.).

6. *L'uso diretto di metodiche scientifiche da parte del giudice. La prova statistica. L'impiego della* social science evidence

L'impiego della consulenza tecnica e della perizia non costituisce comunque l'unico caso di ingresso nel processo di cognizioni tecniche o scientifiche per l'accertamento del fatto, potendovi essere infatti l'ipotesi ulteriore del magistrato che effettua accertamenti su particolari eventi, facendo direttamente ricorso a determinate scienze senza l'intermediazione del consulente o del perito.

a) Il primo caso è quello del ricorso alle scienze statistiche per la ricostruzione del nesso causale fra condotta ed evento, nell'ambito di indagini relative a materie scientifiche.

Un'ipotesi potrebbe essere quella in precedenza ricordata dei *toxic torts*, cioè degli effetti dannosi che un medicinale abbia causato ad un determinato soggetto (la vertenza *Daubert* verteva proprio su questo). Riconducibile alla stessa matrice è anche il caso degli *exposure torts*, ovvero delle malattie derivanti dall'esposizione o dal contatto con determinate sostanze nocive. Non solo nella giurisprudenza americana vi sono molti esempi in proposito, ma anche da noi. I più significativi sono sicuramente quelli che riguardano le lesioni subite dai lavoratori nelle cave di amianto[26].

[26] Una delle più note controversie in materia di *exposure torts* negli Stati Uniti fu quella relativa al c.d. *Agent orange case*, nella quale un gruppo di militari che avevano combattuto in Vietnam chiese il risarcimento danni per malattie di origine tumorali, che sarebbero loro derivate dall'uso dell'*Agent orange*, un prodotto chimico che era stato usato in guerra come defoliante. In argomento, v. Taruffo, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, cit., p. 222.

In queste situazioni potrebbe prospettarsi l'eventualità che il giudice tenti di ricostruire il nesso causale per suo conto attraverso l'uso di criteri probabilistici scientificamente provati. Per esempio, poiché è dimostrato che gli addetti alla lavorazione dell'amianto dopo un tempo più o meno lungo subiscono quasi sempre effetti cancerogeni all'apparato respiratorio, potrebbe essere possibile per il giudice ritenere, nel caso specifico a lui sottoposto dal lavoratore che lamenti tali conseguenze a seguito della lavorazione di quel materiale, l'esistenza di uno specifico nesso causale fra il lavoro svolto e la malattia. Qui il giudice applica criteri scientifici desunti da una scienza riconosciuta come tale e cioè dalla scienza statistica, la cui proprietà è quella di potere essere impiegata automaticamente dal giudice senza bisogno che gli debba essere fornita dall'esperto. Ovviamente anche qui finiscono comunque per essere rispettati i principi visti a proposito del caso *Daubert*. E cioè la valutazione di una possibile derivazione di quella particolare malattia dal lavoro dell'amianto è possibile, in quanto l'eventualità di siffatta conseguenza per chi effettua tale tipo di lavoro è riconosciuta dalla comunità internazionale degli studiosi, risulta da pubblicazioni specializzate, ecc.

Un simile criterio di giudizio potrebbe essere impiegato anche per altre esposizioni, come ad es. per i ferrovieri costretti a lavorare di continuo sotto le linee della corrente elettrica ad alta tensione o per i soggetti esposti a radiazione delle onde magnetiche televisive (si pensi agli occupanti dell'ultimo piano di un condominio su cui è installato un ripetitore televisivo). Anche qui la scienza statistica può offrire un valido appoggio al giudice ed anche qui egli potrebbe fare a meno dell'esperto. Ed anche qui i criteri *Daubert* possono aiutare, sia pure in senso negativo. A differenza dell'amianto, non è infatti certa in senso assoluto la derivazione di possibili malattie dall'esposizione all'alta tensione o alle onde elettromagnetiche. O quantomeno il caso è molto più dubbio di quanto visto per l'amianto.

In ogni caso, e questo è il punto più delicato, il giudice chiamato a decidere su supposte lesioni derivanti dal lavoro dell'amianto potrebbe sì decidere per l'esistenza del nesso causale sulla base dei risultati della scienza statistica, ma si muoverebbe sempre sul piano della *general causation*, cioè sul riscontro del nesso causale sulla base di premesse generali desunte dalla scienza, che potrebbero però

essere smentite nel singolo caso specifico. Ciò ad esempio ove, nella contesa in atti, la controparte dimostrasse che l'esposizione è stata troppo breve per causare la malattia, che il lavoratore era addetto a mansioni che non comportavano il contatto diretto con il materiale, ecc. In sostanza, potrebbe non essere provata la *specific causation* e cioè il fatto che, nel caso concreto sottoposto al magistrato, la conseguenza dannosa non sia riconducibile a quella determinata esposizione ma piuttosto ad altri fattori (come nel caso che le lesioni polmonari del soggetto fossero derivate dal fatto che si trattava di un accanito fumatore).

Questo è l'evidente limite della prova statistica: che, pur fondandosi su una scienza esatta, può non essere sempre in grado di fornire al giudice la soluzione sicura sul piano specifico. Ecco perché bisogna diffidare dall'impiego diretto di tale scienza da parte del magistrato[27]. Non perché non sia valida come tale, ma perché va utilizzata tenendo presenti tutte le eventuali componenti causali che possono esservi state nel caso concreto, che ovviamente sfuggono al giudice e che possono essere rilevate solo dal tecnico. Ecco perché, anche laddove tale scienza sia utilizzabile, come nel caso dei *toxic torts* o degli *exposure torts*, non può mai farsi a meno del consulente o del perito, che è l'unico che possa dimostrare l'esistenza della *specific causation*[28].

b) Altro possibile campo di impiego diretto di risultati scientifici da parte del giudicante potrebbe avere luogo con riferimento alla qualificazione di un certo evento sulla base delle scienze sociologiche. L'impiego della *social science evidence* per la ricostruzione del fatto è tenuto in notevole considerazione negli Stati Uniti, allorché

---

[27] Bargis, *Note in tema di prova scientifica nel processo penale*, cit., p. 50, la quale mette in guardia contro l'uso diretto da parte del giudice della prova statistica osservando che essa va calata nel caso concreto, nell'ambito di tutti gli elementi di prova disponibili. In sostanza, ci fa capire che una prospettazione dell'esistenza in via generale di un nesso di causalità dalla situazione X all'evento Y potrebbe essere smentita nel caso specifico da qualche ulteriore fattore che possa avere interrotto il nesso causale.

[28] L'altra considerazione che induce a ritenere che il giudice non possa utilizzare direttamente scienza e tecnica, è quella per cui l'omissione della nomina del consulente o del perito priverebbe le parti della possibilità di interloquire a mezzo dei loro consulenti sulla materia tecnica, con un'evidente violazione del principio del contraddittorio elevato a livello costituzionale dall'art. 111 cost.

ad esempio si intenda individuare l'esistenza o meno di un evento la cui individuazione non può prescindere dall'impiego di quella branca della sociologia data dalla scienza delle comunicazioni di massa. Nel campo della concorrenza sleale e precisamente della c.d. imitazione servile (art. 2598, n. 1, c.c.), stabilire, per esempio, se un prodotto sia idoneo o meno a creare "confusione" con un altro prodotto potrebbe essere oggetto di una valutazione tecnica più che giuridica. Ed anche qui, in funzione di una valutazione specifica nel caso concreto potrebbe apparire necessaria l'opera di un esperto in materia di scienza delle comunicazioni di massa. Lo stesso dicasi per tutta un'altra serie di ipotesi in cui si tratta di formulare giudizi che non possono prescindere da valutazioni sociologiche relative ad un determinato contesto storico. L'esempio fatto della ricostruzione del concetto di *obscenity*, e cioè della valutazione se ad es. una certa pubblicazione o un certo spettacolo siano osceni o meno, è effettivamente pertinente[29]. Anche qui il giudice potrebbe non sentirsi sicuro ed avere bisogno di un sociologo per valutare l'evoluzione del concetto di *obscenity* e quali ne siano le caratteristiche attuali.

La conclusione sembrerebbe dunque analoga a quella già vista per la determinazione della *specific causation* nel campo delle scienze statistiche.

Tuttavia, almeno nel diritto italiano, la soluzione questa volta appare diversa, venendo ricondotta all'interpretazione del diritto, più che all'accertamento del fatto. Tutte le volte che una norma giuridica fa riferimento ad attributi definiti solo genericamente e variabili con riferimento ai tempi (come nel caso dell'"osceno", della "gravità" dell'inadempimento, della "buona fede", ecc.), la giurisprudenza e la dottrina ritengono infatti che si resti pur sempre nell'ambito della norma (definita in questo caso "elastica"), per cui la valutazione dell'attributo spetta sempre e solo al giudice[30].

In effetti, se pensiamo bene, il problema è diverso da quello dell'uso della scienza statistica in materia di *toxic torts* o di *exposure torts*. In questi casi si tratta di accertare un "fatto" e cioè se quella

[29] In argomento, si vedano gli importanti rilievi di Taruffo, *op. ult. cit.*, p. 231.

[30] Sulle norme c.d. elastiche, v. diffusamente Luiso, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2009, p. 425 ss.

determinata malattia è una conseguenza dell'uso di quel medicinale o dell'esposizione a quella determinata sostanza dannosa. Nell'ipotesi degli attributi sociologici di un paradigma normativo, restiamo invece nell'ambito della qualificazione di una norma giuridica, anche se essa rinvia per tale aspetto a valori desunti dalla realtà sociale.

Ciò è tanto vero che nell'ipotesi di erronea interpretazione di una norma elastica è sempre consentito il controllo in Cassazione per il n. 5 dell'art. 360 c.p.c., allo stesso modo della violazione delle regole di esperienza[31]. In sostanza, la determinazione c.d. elastica di un aspetto di una norma giuridica deve essere appannaggio delle conoscenze del giudice, allo stesso modo in cui egli deve conoscere le regole di esperienza. Siamo dunque al di fuori del campo delle "nozioni tecniche" che il giudice non conosce e che gli debbano esser fornite dall'esperto.

7. *Mezzi tecnici di accertamento del fatto correlati a metodiche automatiche.* Autovelox, tutor autostradale, etilometro *ed altri marchingegni*

È interessante a questo punto trattare di un campo praticamente nuovo o quantomeno non preso di solito in considerazione nelle indagini sull'impiego della tecnica per l'accertamento del fatto, ma che sta assumendo un rilievo ed un'importanza sempre maggiore nell'attuale panorama giuridico.

Vi sono delle metodiche tecniche predisposte dal progresso della scienza per l'accertamento di determinati fatti che prescindono sia dall'intervento del tecnico, che da quello del giudice. Si pensi ad esempio all'*autovelox* che ricostruisce automaticamente la velocità (analogamente al *tutor autostradale*) e dei cui risultati il giudice dovrebbe prendere automaticamente atto. Analogamente è dirsi nel campo penale per l'accertamento dello stato di ebbrezza attraverso

[31] G.F. Ricci, *La Suprema Corte tra funzione nomofilattica e tutela dello* ius litigatoris. *Il problema alla luce del controllo della motivazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 597 ss.; Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., loc. cit.

l'*etilometro,* secondo l'art. 379, d.p.r. n. 495 del 1992 (regolamento di esecuzione e di attuazione del c.d.s.).

In questi casi la tecnica opera in modo automatico, per cui il problema si sposta dalla valutazione del ragionamento dell'esperto a quello dell'affidabilità del mezzo tecnico. Il problema si complica anche perché alcuni di tali sistemi tecnici di accertamento sono addirittura imposti dalla legge come obbligatori, come ad es. nel caso dell'*etilometro*, secondo quanto dispongono i relativi articoli del codice della strada. Siamo dunque, in certi casi, di fronte a tecniche di accertamento coattivamente imposte dal legislatore. Ma è legittima quest'ultima soluzione? La volontà dei *conditores legum* può cioè imporre al giudice di accettare come verità rivelate le risultanze di una metodica tecnica della quale non si conosce né la genesi, né la sua attendibilità sul piano pratico[32]?

Il problema è grave ma errerebbe chi volesse tentare di risolverlo sulla base di regole o concetti generali. Qui si tratta piuttosto di questioni da esaminare con riferimento al diritto positivo, in quanto tutti tali mezzi hanno un preciso aggancio a precise disposizione di legge che disciplinano ora i loro effetti, ora il criterio del loro impiego. Inoltre il problema è diverso, a seconda se la metodica tecnica riguardi il processo civile o il processo penale.

---

[32] È utile a questo proposito osservare che la Cassazione, in data 3 marzo 2011 (v. il quotidiano «*La Nazione*» del 4 marzo 2011), ha emanato un'importante sentenza che può interessare per più di un profilo la materia qui trattata. Il caso riguardava un sanitario che tentava di escludere la propria responsabilità per quanto era accaduto al paziente, sostenendo di essersi uniformato ai "protocolli sanitari" relativi a quella determinata malattia, che egli dichiarava di avere seguito pedissequamente. Condannato in primo grado ed assolto in appello, la sentenza di secondo grado è stata annullata dalla Cassazione, la quale ha escluso che la prova liberatoria in materia sanitaria possa essere data dimostrando di essersi attenuti ai protocolli, osservando che "Nulla si conosce del loro contenuto, né dall'autorità della quale provengono, né del loro livello di scientificità". La Corte ha esattamente fatto il punto su quello che costituisce l'aspetto più importante della prova scientifica e cioè le "credenziali" di tale prova, escludendo il valore di quelle prove che, pur pretendendo di basarsi su criteri tecnici o scientifici, non offrono alcun criterio per dimostrare la loro scientificità pura. Il discorso non può a maggior ragione non valere per i mezzi tecnici di accertamento che operano in modo automatico, come l'*autovelox*, il *tutor autostradale*, l'*etilometro*, ecc., dei quali nessuno ha mai testato una precisa attendibilità scientifica.

Nel caso dell'*autovelox* o del *tutor autostradale* siamo nel campo civilistico, dato che le loro risultanze conducono a sanzioni non penalistiche, contestabili appunto mediante il ricorso all'opposizione contro l'ordinanza-ingiunzione di cui all'art. 22, l. n. 689 del 1981 e dunque attraverso un processo civile, sia pure speciale. Ne consegue che il valore degli accertamenti effettuati da quelle apparecchiature va spiegato facendo ricorso alla disciplina civilistica delle prove e segnatamente alla specifica norma di raffronto data dall'art. 2712 c.c., che regola l'efficacia probatoria dei mezzi di riproduzione meccanica di cose o fatti. È questo il punto sul quale chi decide non pone quasi mai l'attenzione. D'altro canto, trascurare tale norma significa procedere senza alcun criterio interpretativo valido, attribuendo a quelle metodiche un risultato in modo apodittico e senza alcun riguardo al diritto positivo ed anzi in spregio di esso.

Né si dica che l'art. 2712 c.c. parla di "rappresentazioni meccaniche", mentre nel caso dell'*autovelox* e del *tutor* siamo di fronte a forme di rappresentazioni elettroniche. L'osservazione non proverebbe niente, giacché con l'art. 2712 c.c. il legislatore ha voluto disciplinare tutte quelle ipotesi in cui l'accertamento del fatto ha luogo attraverso mezzi tecnici che escludono l'intervento dell'uomo (i c.d. documenti diretti, per usare la terminologia carneluttiana[33]. È evidente che nel 1940, allorché fu redatto l'attuale codice di procedura, gli unici mezzi di rappresentazione tecnica dei fatti erano quelli meccanici ed il legislatore non poteva certo prevedere in quale direzione si sarebbero evolute le scienze. In ogni caso, la dimostrazione più evidente che l'art. 2712 c.c. si applica alle riproduzioni di cose o fatti, effettuate con qualsiasi tecnica, si ricava proprio dalla circostanza che il d.lgs. n. 82 del 2005 vi ha inserito anche l'ipotesi delle rappresentazioni "informatiche", che costituiscono il classico esempio di strumenti che impiegano l'elettronica per il loro funzionamento[34].

---

[33] Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 693.

[34] L'apparentamento con l'art. 2712 c.c. non ha luogo solo per l'*autovelox*, ecc., ma per ogni altro strumento atto a determinare una rappresentazione di cose e fatti che possono acquistare rilevanza per il diritto, come ad es. il *telex* o il *telefax*. V. in argomento Montesano, *Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile e nella forma negoziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 5; De Santis, *Il documento non scritto come prova civile*, Napoli, 1988; G.F. Ricci, *Aspetti processuali della documentazione informatica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*,

E dunque, se si applica l'art. 2712 c.c., non si possono trascurare le previsioni di questa norma. La quale, com'è noto, dispone che la rappresentazione faccia "piena prova" (cioè prova legale) solo ove la parte contro la quale viene usata "non ne disconosce" la conformità ai fatti o alle cose medesime. Cioè a dire, le rappresentazioni automatiche di ogni evento perdono efficacia di piena prova in presenza della contestazione della parte, la quale dovrà tutt'al più essere "specifica", quantomeno in ossequio ad altre disposizioni normative, come l'art. 115, comma 1°, c.p.c., modificato dalla l. n. 69 del 2009 (ad es., nel caso in cui l'*autovelox* indichi una velocità eccessiva, il presunto contravventore non dovrebbe potersi limitare a dire che andava "piano", ma potrebbe pur sempre dedurre dei testimoni che erano con lui in macchina per sconfessare il risultato della prova).

Si discute solo quale sia l'effetto specifico della contestazione e cioè se la perdita del valore di "piena prova" significhi che il valore probatorio della rappresentazione cada del tutto (e quindi l'accertatore debba provare il fatto con altri mezzi) o se la piena prova si trasformi in una prova liberamente valutabile. La dottrina è orientata nel primo senso e a ragione, giacché la lettera della legge sembra perentoria nel correlare la totale efficacia della prova alla mancata contestazione[35]. Se si trattasse di una semplice degradazione del va-

---

1994, p. 863 ss.; Id., *Valore probatorio del documento informatico ed errori duri a morire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1423 ss.

[35] Montesano, *Sul documento informatico come rappresentazione meccanica nella prova civile e nella forma negoziale*, cit., p. 7; Mandrioli, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2011, p. 252, nota 105 (il quale afferma che, contrariamente a quanto osserva Montesano, la riproduzione meccanica contestata non è neppure soggetta a consulenza); Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., II, p. 117, il quale afferma tuttavia che, pur perdendo la riproduzione meccanica a seguito della contestazione ogni efficacia probatoria, il giudice può procedere ad un'indagine circa la sua attendibilità. In quest'ultimo senso anche G.F. Ricci, *Aspetti processuali della documentazione informatica*, cit., p. 869, che ritiene sempre possibile, di fronte alla contestazione, l'impiego della consulenza al fine di ripristinare il valore della rappresentazione. Interessante è l'orientamento di Cass., 3 marzo 2010, n. 5080, in *Giur. it.*, 2010, p. 2292 ss. con nota di Scannicchio, la quale sia pure a proposito del *telefax*, afferma che la riproduzione meccanica contestata diviene *tamquam non esset* (quindi perde ogni valore probatorio), mentre in caso contrario (cioè se non disconosciuta) ha efficacia di prova libera, soggetta al libero apprezzamento del giudice, e non l'efficacia di prova legale.

lore probatorio, la legge del resto lo avrebbe detto, come ha fatto in ipotesi consimili (ad es. nell'art. 310, comma 3°, c.p.c.).

Questo appare l'unico modo per interpretare correttamente il valore probatorio delle rappresentazioni tecniche introdotte dal progresso ed operanti senza il controllo dell'uomo. Ogni altra interpretazione che tendesse a sopravvalutare gli esiti di tali metodiche in nome del progresso e della tecnica dimostrerebbe una ben magra conoscenza delle norme che regolano il valore delle prove nel nostro sistema.

Approccio diverso è quello da farsi alle metodiche automatiche che operano nel processo penale, come ad es. nel caso di accertamento dello stato di ebbrezza mediante l'*etilometro*. Con riferimento a tale strumento bisogna intanto dare atto di un'imposizione anomala del legislatore. Quest'ultimo infatti ha disposto l'efficacia probatoria di una metodica tecnica, senza considerare un fondamentale dato di partenza, e cioè che ogni procedimento tecnico o scientifico per l'accertamento del fatto dovrebbe essere preventivamente testato secondo i criteri già visti, onde verificare se il suo risultato sia valido o meno in assoluto. Non ci risulta però che la presunta efficacia probatoria dell'*etilometro* abbia avuto il riconoscimento della comunità scientifica internazione (neppure di quella italiana), né che di esso si parli in riviste giuridiche specializzate che attestino l'affidabilità del mezzo. Le regole del caso *Daubert* avrebbero dovuto essere tenute presenti anche in questa circostanza, ma forse il legislatore neppure le conosceva. È una ragione in più per cui nel processo penale, nel quale non c'è una norma di salvaguardia come l'art. 2712 c.c. che possa costituire un argine ai possibili errori della macchina, di fronte all'uso di ogni mezzo tecnico a fini probatori, almeno il giudice dovrebbe porsi gli interrogativi del caso *Daubert*. Si ricordi che tale vaglio preventivo è previsto dall'art. 189 c.p.p., sotto il profilo della necessità che della prova nuova debba essere testata l'"utilità" per l'accertamento del fatto (cioè l'attendibilità dei suoi risultati). E, sotto tale profilo, è certo che va considerata prova "non prevista dalla legge" ogni mezzo istruttorio che non abbia la propria previsione nel sistema probatorio indicato dal codice agli artt. 194 ss. c.p.p. È infatti con riferimento esclusivamente ai mezzi di prova non previsti dal codice che assume valenza l'art. 189 c.p.p. In sostanza, le nor-

me sulle prove sono solo quelle previste dal codice, perché è solo ad esse che si attribuisce una specifica efficacia garantistica (non a caso, nel dibattito, se le norme sulle prove abbiano carattere sostanziale o processuale, v'è chi ne ha fatto una specie di *tertium genus*, in funzione proprio del loro carattere, che le renderebbe vere e proprie "norme di garanzia"). È evidente dunque che il controllo di cui parla l'art. 189 c.p.p. debba essere fatto per ogni nuova metodica di indagine della quale il codice non precisi la natura e la forma del procedimento[36].

Considerato ciò e visto che siamo di fronte ad un'imposizione legislativa di una prova nuova che prescinde, come sarebbe stato invece doveroso, dal controllo dell'art. 189 c.p.p. da parte del giudice, norma che il legislatore ha imperiosamente scavalcato con l'art. 379 reg. c.d.s. probabilmente senza neppur rendersi conto del carattere della metodica ivi descritta, bisogna almeno cercare di interpretare quest'ultima disposizione con mano non ruvida, diversamente da quanto invece si fa di fronte alla metodica in questione.

L'art. 186 reg. c.d.s. prescrive ai commi terzo e quarto la possibilità di effettuare accertamenti ai fini di individuare se il conducente sia sotto l'influenza dell'alcool, mediante "strumenti e procedure" determinati dal relativo regolamento. Lo strumento è com'è noto l'*etilometro*, previsto dall'art. 379 del regolamento e del quale la legge prevede anche il modo di impiego[37]. Il codice cerca innanzitutto di fissare alcune garanzie circa il funzionamento dell'apparecchio ed il modo di rilevazione dei dati che debbano rispondere a tutta una

[36] In argomento, v. G.F. Ricci, *Le prove atipiche*, cit., p. 527 ss. V. comunque, *infra*, la nota 41.

[37] Anteriormente al c.d.s. del 1992, non vi erano norme che imponevano l'adozione esclusiva di un particolare mezzo di prova per l'accertamento dello stato di ebbrezza, per cui le modalità di indagine erano rimesse alla discrezionalità del giudice. Pur se l'analisi del sangue rappresentava l'unica prova sicura in merito, era possibile per il magistrato fondare il proprio convincimento anche solo su altre fonti di prova, ad es. testimonianze da parte degli agenti o da parte di altre persone. È evidente comunque che un accertamento condotto su tali basi non era affatto sicuro, anche perché la diagnosi dello stato di ebbrezza è particolarmente difficile da compiere. D'altro canto, il ricorso al prelievo del sangue era ritenuto possibile soltanto con il consenso della persona e ciò giacché, in mancanza di una norma espressa, l'attuazione di tale procedura contro il volere del soggetto si prestava ad essere lesiva dei principi costituzionali. In argomento, si veda Zappalà, *Il principio di tassatività dei mezzi di prova nel processo penale*, Milano, 1982, p. 182 ss.

serie di requisiti previsti dai commi 2°, 5°, 6°, 7° e 8° dell'art. 379 del regolamento, i quali riguardano sia i controlli tecnici preventivi ai quali deve essere sottoposto periodicamente l'apparecchio, sia il modo del suo impiego. Il comma 1° prevede il risultato dell'accertamento: "viene ritenuto in stato di ebbrezza" il soggetto la cui concentrazione di alcool nell'aria alveolare, accertata mediante lo strumento, superi 0,8 g/l.

In secondo luogo, e questo è il dato importante, lo stesso legislatore non deve avere attribuito una grande fiducia allo strumento sopra descritto, dato che al comma 3° dell'art. 379 stabilisce l'obbligo di redazione di un *verbale* da parte degli accertatori recante l'indicazione delle "circostanze sintomatiche" dello stato di ebbrezza desumibili in particolare dallo "stato" del soggetto (ad es. incertezza nel deambulare, locuzione sconnessa, ecc.) e dalla "condotta di guida"[38].

[38] L'accertamento avviene infatti nel seguente modo: *a)* Innanzitutto l'*etilometro* deve corrispondere al modello tipico previsto dall'art. 379, comma 4°, reg. c.d.s.: deve cioè essere corredato, oltre che dello strumento per raccogliere l'aria espirata, anche di un visualizzatore dei risultati delle misurazioni, nonché di una stampante atta a fornire la corrispondente prova documentale. Inoltre, deve rispondere ai requisiti previsti dal disciplinare tecnico del Ministero dei trasporti, oltre ad essere omologato e sottoposto a verifiche periodiche presso gli appositi organi (commi 5°, 6°, 7° e 8° dell'art. 379 reg.). *b)* L'accertamento deve poi avere luogo seguendo una precisa metodica: due misurazioni concordanti effettuate ad un intervallo di cinque minuti (comma 2°). *c)* L'esito è predeterminato *a priori* dalla legge, attraverso il raffronto con una *scala alcolemica*: si considera in stato di ebbrezza il soggetto allorché la concentrazione alcolica dell'aria espirata sia uguale o superiore al valore di 0,8 grammi per litro (comma 1°). *d)* È poi imposto ai verbalizzanti l'obbligo di coniugare tale accertamento con l'indicazione nella notizia di reato, delle circostanze sintomatiche dello stato di ebbrezza, desumibili "in particolare" dallo stato del soggetto (ad es. incertezza nel deambulare, locuzione sconnessa, ecc.), oltreché dalla condotta di guida (comma 3°). La particolarità di questo tipo d'indagine consiste, come si è detto nel testo, nel fatto che essa unisce una prova scientifica (tale è l'apparecchio ed il metodo d'indagine), con una prova libera (data dalla valutazione delle circostanze sintomatiche del soggetto) e con una prova legale costituita dalla determinazione aprioristica da parte del legislatore dell'indice che determina la presunzione dello stato di ebbrezza. Tali particolarità, d'indubbio valore tecnico, non permettono però di risolvere con sicurezza il problema della forza probante dell'indagine in oggetto, specialmente nel caso in cui non vi sia un completo rispetto di tutte le componenti sopra indicate. D'altro canto lo stesso legislatore non sembra avere avuto soverchia fiducia in tale metodo di accertamento, se è vero che ha dovuto predisporre *a priori* un indice di prova legale e che ha imposto ai verbalizzanti l'obbligo indeclinabile di completare

La particolarità di tale mezzo di indagine è che esso combina dunque una prova tecnica (risultato dell'indagine etilometrica), una prova libera (data dalla valutazione delle circostanze sintomatiche del soggetto) ed una presunzione legale costituita dalla determinazione aprioristica da parte del legislatore dell'indice rivelatore dello stato di ebbrezza. L'accertamento non è dunque unitario, il che non può non complicare i problemi.

In sintesi essi sono i seguenti.

a) In primo luogo quello della certezza del previo controllo e della taratura dell'apparecchio, nonché del fatto che esso debba essere in possesso delle caratteristiche di legge (presenza del visore e della stampante).

b) In secondo luogo, la rilevazione deve essere stata effettuata secondo i criteri di cui al comma 2° dell'art. 379 del regolamento.

c) In terzo luogo vi deve essere la completa verbalizzazione delle circostanze sintomatiche dell'individuo comprovanti lo stato di ebbrezza previste dal comma 3° del cit. art. 379.

d) V'è poi il pieno diritto del soggetto del rifiuto a sottoporsi all'indagine dell'*etilometro*.

e) Infine, v'è da valutare il significato del termine: "si considera" in stato di ebbrezza.

Con riferimento al punto *a)* che precede, gli organi accertatori devono dunque essere sempre in grado di fornire la prova dell'omo-

---

l'accertamento con l'indicazione di tutte le circostanze esterne rivelatrici dello stato di alterazione alcolica. Tutto ciò non costituisce però (ed è questo il punto importante) un'attività unitaria del tipo di quella prevista ad esempio per le indagini dattiloscopiche, ma una combinazione di dati dalla quale il legislatore ha preteso di ricavare una prova che potesse offrire la maggiore garanzia possibile di attendibilità. Il che impone ovviamente di considerare che cosa succeda nel caso in cui la procedura non segua il modello prescritto o non venga posto in essere tutto il complesso di rilievi che la legge prescrive. È evidente che se l'indagine è compiuta in deroga alle prescrizioni tecniche previste (ad es. una misurazione anziché due, o ad un intervallo diverso dai cinque minuti, ecc.) l'esito della prova non dovrebbe potersi considerare utilizzabile e l'ipotesi potrebbe ricadere nel disposto dell'art. 191 c.p.p.: disposto non riferibile solo alla prova assunta in violazione dei limiti d'ammissibilità, ma anche alla violazione di regole fondamentali del meccanismo di acquisizione probatoria. Ad una conclusione analoga dovrebbe pervenirsi anche nel caso dell'omissione di una delle attività che debbano essere esternamente collegate all'indagine tecnica e cioè della verbalizzazione delle circostanze sintomatiche dello stato di ebbrezza.

logazione dell'apparecchio e dei controlli previsti dalla legge, prova che l'imputato ha sempre diritto di esigere, in mancanza della quale si deve concludere per l'inattendibilità della prova.

Contestabile è pure il mancato rispetto dei criteri di rilevazione di cui ai punti *b)* o l'omissione o incompletezza del verbale di cui al punto *c)*. Anche in tal caso dovrebbe concludersi per la totale inutilizzabilità dell'accertamento[39].

Quanto al rifiuto a sottoporsi all'indagine, da esso non possono trarsi particolari conseguenze specifiche, se non un modesto valore indiziario da valutarsi ai sensi dell'art. 192, comma 2°, c.p.p.

V'è infine da valutare il punto più delicato, quello relativo alla dizione secondo la quale al risultato positivo della prova etilometrica non consegue l'affermazione dello stato di ebbrezza del soggetto, ma solo che esso "viene ritenuto" in stato di ebbrezza. In sostanza, se il significato delle parole ha un valore, sembra potere dire che nel caso in esame ci si trovi non di fronte all'efficacia di prova legale del risultato della prova etilometrica, ma solo di fronte ad una semplice "presunzione" *iuris tantum*, che dovrebbe potere essere superata da una prova contraria (ad es. da testimoni occupanti il veicolo i quali attestino che il soggetto aveva bevuto solo un bicchiere di vino – tanto basta all'*etilometro* per supporre l'ebbrezza – con nessuna conseguenza sul suo stato).

La conclusione è una sola ed anche qui non dissimile da quanto visto a proposito delle precedenti prove tecniche. Quella cioè della non affidabilità assoluta del mezzo, che il legislatore sembra avere usato più come strumento di polizia a fini dissuasori, che come mezzo di accertamento: e ciò, sia in quanto il suo uso è circondato da tante e tali cautele che è molto difficile vederle rispettare in pratica, sia in quanto il legislatore sembra non avere avuto il coraggio di porlo come vera e propria prova legale (se non a costo di stravolgere l'intera sistematica del sistema probatorio penale), attribuendogli solo il valore di una presunzione *iuris tantum*.

Chi dunque volesse affidarsi ciecamente al risultato dell'apparecchio, senza considerare tutto questo, non renderebbe certo un buon servizio alla giustizia.

---

[39] V. *supra*, nota 38.

8. *Conclusioni*

Dovendo trarre le conclusioni si deve partire da un rilievo preliminare, necessario per avere a disposizione un criterio obiettivamente certo che possa disciplinare l'impiego della prova scientifica.

Tale rilievo non può prescindere dalla previa verifica se la prova scientifica che entra nel processo sia o meno disciplinata da una norma di legge, direttamente (come nel caso dell'*etilometro*) o indirettamente allorché essa presenti i caratteri di una fattispecie generale normativamente regolata (come nell'ipotesi dell'inquadramento nell'ambito dell'art. 2712 c.c. dell'*autovelox* o del *tutor autostradale*). In questi casi non si può prescindere dalla disciplina legislativa e tentare interpretazioni azzardate basate sul criterio tanto comune, quanto completamente erroneo, del valore inconfutabile della prova, sol perché essa consiste in un mezzo approntato con l'ausilio delle moderne tecnologie.

Ove invece la metodica scientifica non trovi richiamo espresso a specifiche disposizioni normative (come nel caso del DNA, del *b.p.a.*, del *luminol*, ecc.), non può prescindersi per il suo impiego dalla previa valutazione se essa sia fondata su canoni scientifici obiettivamente validi o non gabelli invece un semplice caso di *junk science*. E l'unico modo possibile per effettuare tale valutazione (almeno fin quando non ne venga proposto un altro che possa dirsi più plausibile) è quello che deriva dall'applicazione dei criteri elaborati nel caso *Daubert*. Non si tratta di semplice esterofilia, molto spesso deprecabile per il nostro diritto, ma del riconoscimento che in questa materia gli americani hanno fatto più e meglio di noi.

Del resto tali criteri, più che manifestazioni delle esperienze giudiziarie di un certo ordinamento (quello statunitense), costituiscono espressione di esigenze logiche che si elevano al di fuori del campo del diritto per costituire regole di condotta universalmente valide. Non si può pertanto condividere il giudizio della Cassazione espresso con riferimento alle metodologie tecniche utilizzate nel caso di Cogne, secondo cui il richiamo ai criteri elaborati dalla giurisprudenza americana, pur se lodevolmente fatto dal giudice di merito, non potrebbe prescindere dal rilievo che tali criteri avrebbero un

valore solo orientativo per l'autorità giudiziaria italiana[40]. Valutazioni di tale tipo non sono condivisibili, sia perché viziate alla base, in quanto non tengono conto che le elaborazioni statunitensi sopra ricordate non esprimono altro che il trasferimento nel campo del diritto di regole logiche idonee a vincolare ogni giudice che intenda ragionare correttamente (a meno che non si voglia continuare a procedere sul terreno della prova scientifica con l'ausilio della candela, anziché dell'illuminazione elettrica); sia perché basate su un'inaccettabile autoesaltazione della giurisprudenza italiana, che su questo terreno ha ancora molti tasselli da mettere al posto giusto. Basti vedere le caotiche e contraddittorie decisioni offerte da molti dei nostri giudici sui vari aspetti della prova scientifica per rendersene conto.

Quanto poi all'aprioristico rilievo della negazione del ricorso all'art. 189 c.p.p. nel campo penalistico, con riferimento alle metodiche scientifiche non previste dalla legge che richiedono la presenza del tecnico per la loro attuazione (si pensi ancora una volta agli esami del DNA o all'impiego del *b.p.a.*), sul presupposto che la presenza del tecnico le inserirebbe nella perizia e quindi le renderebbe prove tipiche, il discorso non convince affatto.

Questo rilievo, espresso dalla nostra Suprema Corte sempre in ordine al caso di Cogne, attribuisce un valore esclusivamente formalistico all'art. 189 c.p.p., sottovalutandone completamente l'aspetto garantistico che è l'unico per il quale tale norma è stata scritta[41]. Il concetto di prova "non prevista dalla legge" nell'ottica dell'art. 189 c.p.p. non va riferito alla forma esteriore della prova, ma alla sua sostanza: e cioè al fatto che essa non si svolga secondo moduli consolidati, ma coinvolga metodiche nuove che possono non garantire l'attendibilità dei risultati. Se per esempio si delega al perito il quesito di accertare se un muro sta per crollare, noi ci muoviamo nell'ambito di cognizioni scientifiche già sperimentate (ad es. la scienza delle costruzioni), delle quali quindi si dà per implicita la conoscenza

---

[40] In argomento, v. Caprioli, Scientific evidence *e logica del probabile "nel processo per il delitto di Cogne"*, cit., p. 1867 ss.

[41] Ci pare pertanto corretta l'opinione di Dominioni, *In tema di nuova prova scientifica*, cit., p. 1062 ss., secondo il quale ai procedimenti nuovi previsti dal progresso della tecnica dovrebbe in ogni caso estendersi, quantomeno sotto il profilo dell'analogia, l'art. 189 c.p.p.

e l'affidabilità. Analogamente, se si va a valutare l'impiego da parte del consulente o del perito dell'indagine del DNA, si arriva alla simile conclusione dell'esistenza di una metodica di indagine basata su un procedimento nuovo, ma che si è imposto come scientificamente valido. Quindi nel processo civile, nel quale peraltro non c'è un vaglio preliminare sull'ammissibilità delle prove atipiche, la metodica del DNA è stata ritenuta pienamente attendibile in sede di valutazione. Analogamente, nel processo penale, per il suo impiego non c'è stato bisogno di ricorrere all'art. 189 c.p.p., atteso quanto sopra si diceva e cioè l'ormai consolidata sicurezza dei risultati al quale tale tipo di accertamento può pervenire.

Se si va invece a considerare la vasta gamma di quelle metodiche nuove, impostesi negli ultimi anni, che non hanno ancora ricevuto un pieno riconoscimento di validità, esse debbono per forza superare il vaglio di ammissibilità previsto dall'art. 189 c.p.p., a nulla valendo il fatto che presuppongono o meno l'interevento del perito. Insomma, la presenza di quest'ultimo non può trasformare una metodica nuova in una prova tipica, solo per il fatto che formalmente essa appare una perizia.

In sostanza, la novità o l'atipicità di una prova si valuta in relazione alla novità della metodica rispetto le cognizioni vigenti al momento della redazione del codice, indipendentemente dall'aspetto formale del procedimento usato[42].

Da ultimo va rilevato che non sembrano possibili (e qui forse a differenza di quello che avviene negli Stati Uniti) forme di impiego diretto di metodiche scientifiche da parte del giudice, come ad es. nel caso dell'uso della prova statistica per le indagini sui *toxic torts*

[42] Questa regola vale per ogni tipo di giudizio e per ogni giudice, sia pur esso giudice specializzato. Va pertanto escluso che l'organo giudicante il cui collegio sia integrato di esperti (ad es. il tribunale per i minorenni) possa utilizzare la propria scienza per risolvere eventuali questioni tecniche necessarie per il giudizio. Ciò in primo luogo in quanto tale "scienza" sarebbe propria solo dei giudici laici che integrano il collegio (per i giudici togati infatti le eventuali questioni tecniche andrebbero al di là delle regole di esperienza che costituiscono il limite massimo delle loro cognizioni impiegabili) ed in secondo luogo perché l'esclusione della consulenza o della perizia comprometterebbe gravemente il principio del contraddittorio, impedendo alle parti di interloquire a mezzo dei loro consulenti sulla questione tecnica. In argomento, v. LOMBARDO, *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, cit., pp. 1094 e 1095.

o sugli *exposure torts*. Ciò non tanto o non soltanto perché ciò consentirebbe di rinvenire solo la *general causation* che potrebbe non corrispondere alla *specific causation* del caso concreto, ma anche e soprattutto perché potrebbe violare il principio del contraddittorio, privando le parti del diritto di potere interloquire su di una questione tecnica a mezzo dei propri consulenti. Ciò può avvenire solo nell'ambito delle operazioni di consulenza, che il giudice deve pur sempre disporre di fronte ad ogni questione che coinvolge l'impiego di cognizioni che vanno al di là delle comuni regole di esperienza.

L'EFFICACIA *ULTRA PARTES* DEL LODO ARBITRALE

Elena Zucconi Galli Fonseca
Ordinario dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Prima premessa: efficacia del lodo ed efficacia soggettiva della convenzione arbitrale. – 2. Seconda premessa: il lodo arbitrale dà luogo all'accertamento del diritto. – 3. Terza premessa: la diversità riemerge con riguardo ai mezzi di tutela del terzo. – 4. La disciplina positiva del lodo rituale e del lodo irrituale. – 5. La classificazione dei terzi: il criterio fondato sulla struttura dei diritti. – 6. Critica alla categoria dei c.d. terzi indifferenti. – 7. La pregiudizialità-dipendenza come continenza di fattispecie da rinvio mobile e da rinvio fisso. – 8. I casi di rinvio mobile. – 9. I casi di rinvio fisso. – 10. I terzi titolari di diritti incompatibili: la pregiudizialità-dipendenza negativa. – 11. Conclusioni.

1. *Prima premessa: efficacia del lodo ed efficacia soggettiva della convenzione arbitrale*

Questo studio si propone di dare un contributo al problema, non ancora del tutto sondato, dei limiti soggettivi del lodo arbitrale.

Sono indispensabili tre fondamentali premesse.

In primo luogo i limiti soggettivi del lodo vanno tenuti distinti da quelli della convenzione arbitrale.

Mentre, rispetto al lodo, si tratta di valutare i destinatari dell'accertamento arbitrale di un diritto; con riguardo alla convenzione arbitrale, si tratta di capire chi abbia diritto ad esercitare i poteri, doveri, facoltà processuali che permettano di partecipare ad un processo arbitrale.

Ben potrà darsi che il lodo abbia un àmbito soggettivo diverso da quello del compromesso: sia perché l'oggetto dell'accertamento si misura sull'oggetto del processo arbitrale, a sua volta individuato attraverso la domanda fatta valere in arbitrato; sia perché detto accertamento ha una capacità espansiva autonoma, fondata sui meccanismi di collegamento fra i diritti sostanziali, a prescindere dai soggetti che abbiano stipulato il compromesso; mentre l'àmbito soggettivo della convenzione arbitrale si misura sulla legittimazione a compromettere.

Ciò non significa che la disciplina della convenzione arbitrale non sia in grado di influire sul tema degli effetti *ultra partes* del lodo[1].

Si pensi al profilo, oggettivo, dei diritti devolvibili in arbitrato.

Una buona parte dei diritti indisponibili, infatti, per la loro vocazione "ultraindividuale", dà luogo ad accertamenti suscettibili di effetti *ultra partes*.

Ora, la caratteristica indisponibilità negoziale fa sì che un problema di allargamento degli effetti del lodo neppure si ponga. La convenzione arbitrale ne costituisce il preliminare sbarramento.

Di seguito gli esempi più significativi:

a) le liti sullo *status*, che rientra senz'altro nella categoria dei diritti indisponibili;

b) la declaratoria di invalidità del titolo di proprietà industriale, che, per un verso, vede la possibilità di azione del p.m., per altro verso, si avvicina allo schema dell'impugnazione di un atto amministrativo (nella specie il brevetto)[2];

---

[1] Altrove (*La convenzione arbitrale rituale nei confronti dei terzi*, Milano, 2004, p. 745), ho ritenuto che l'intervento del terzo implicasse adesione al patto compromissorio, cui sia rimasto estraneo, senza il consenso delle parti originarie, ove la mancata partecipazione all'arbitrato avrebbe provocato la lesione del diritto al contraddittorio del terzo. Tale lesione si sarebbe manifestata, appunto, in tutti i casi in cui il lodo è suscettibile di produrre effetti nei confronti del terzo. Successivamente è intervenuta la riforma della disciplina arbitrale, che ha introdotto l'intervento adesivo dipendente in arbitrato, a prescindere dall'efficacia del lodo nei riguardi del terzo dipendente. Ciò significa che il terzo può intervenire per sostenere le ragioni altrui in arbitrato, anche senza che il lodo esplichi effetto nei suoi riguardi.

[2] Su quest'ultima materia vi sono dubbi in dottrina, ma mi pare vi sia ostacolo, per un verso, dalla possibilità di azione (non più di intervento) del p.m.;

c) le azioni collettive risarcitorie, come quella dell'art. 140-*bis* cod. cons., che vedono l'intervento del pubblico ministero, anche se limitatamente al giudizio di inammissibilità della lite.

Detto intervento, seppur – stando al tenore normativo – facoltativo[3], pare difficilmente conciliabile con la natura privata dell'arbitrato.

Il problema di arbitrabilità, peraltro, si limita a questo profilo: non sorgono, a mio parere, ostacoli né sulla potenziale arbitrabilità oggettiva delle liti fra consumatore e professionista[4]; né su questioni soggettive di opponibilità della convenzione arbitrale ai consumatori, poiché ritengo che il soggetto legittimato all'azione faccia valere un diritto proprio, nella sua dimensione collettiva e non sia viceversa sostituto processuale[5].

Viceversa, si aprono maggiori spiragli a favore dell'arbitrato con riguardo alle azioni collettive nelle quali l'intervento del p.m. non è

---

per altro verso, a causa dell'inquadrabilità dell'azione nell'ambito dell'impugnativa dell'atto amministrativo rappresentato dalla brevettazione e registrazione (che ha natura di accertamento costitutivo ai sensi dell'art. 2, comma 5°, cod. prop. ind.).

[3] L'art. 140-*bis* cod. cons. dispone infatti che la domanda debba essere notificata anche all'ufficio del p.m., il quale "può" intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità.

[4] Non v'è dubbio che la materia patrimoniale sia, potenzialmente, liberamente compromettibile, non ostandovi la qualifica soggettiva di consumatore in capo a una delle parti. Si tratterà piuttosto di valutare la vessatorietà (e dunque l'inefficacia) della sola clausola compromissoria contenuta nei contratti, con l'avvertenza che il problema non sussiste quando l'arbitrato sia scelto per la via del compromesso, o quando la clausola arbitrale sia frutto di trattativa privata (per un panorama delle diverse legislazioni europee, in confronto con la direttiva Ue, Rasia, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna, 2010, p. 159 ss.): la disciplina italiana, di cui all'art. 33 cod. cons. e art. 6 d.lgs. n. 179 del 2007, pare attestata sulla vessatorietà di ogni tipo di clausola compromissoria che non sia frutto di trattativa privata.

[5] Ove infatti dovesse ravvisarsi un caso di legittimazione straordinaria, ne deriverebbe l'indisponibilità soggettiva del diritto ad opera del sostituto processuale con conseguente divieto di stipula del patto compromissorio senza la partecipazione del sostituito. La soluzione è, però, diversa. In altra sede ho ritenuto che l'azione proposta dall'ente sia la spia di un diritto soggettivo perfetto, nella sua dimensione "collettiva". La continenza tipica della pregiudizialità strutturale sta, in questo caso, nella situazione soggettiva seriale, comune, e perciò pregiudiziale, a tutte le fattispecie dei diritti dei singoli. La chiave di volta è l'"omogeneità" che, se sufficientemente marcata, comporta l'identità, all'interno dei diversi diritti, della predetta dimensione collettiva. Rinvio a *Pregiudizialità e rinvio*, Bologna, 2011, p. 343 ss.

previsto, come ad esempio le azioni inibitorie (art. 140 cod. cons.): anche in questo caso, infatti, ritengo che i diritti fatti valere siano di titolarità dell'associazione e non dei singoli consumatori.

2. *Seconda premessa: il lodo arbitrale dà luogo all'accertamento del diritto*

In secondo luogo il lodo arbitrale dà luogo all'accertamento di un diritto, a prescindere dalla sua natura ed efficacia; ed a prescindere dalla ritualità od irritualità dell'arbitrato.

Sull'efficacia del lodo, la dottrina ha speso dense ed importanti pagine di riflessioni. L'art. 828 c.p.c., nella parte in cui attribuisce al lodo "effetti di sentenza fin dalla sua sottoscrizione" non ha sopito il dibattito fra i "contrattualisti"[6] ed i "giurisdizionalisti"[7], perché, ac-

[6] Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2000, p. 95 ss. e p. 274 (v. anche Id., *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 10 ss., spec. p. 24 ss.; Id., *L'efficacia del lodo arbitrale nelle convenzioni internazionali e nell'ordinamento interno*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 301 ss.; Id., *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 78 ss.); Ruffini, *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 649 ss., spec. p. 661 ss.; Fazzalari, *Lodo e sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 377 ss.; Id., *Efficacia del lodo rituale non omologato*, in *Riv. arb.,* 1991, p. 481 ss., secondo cui il lodo non omologato non può essere ritenuto un contratto, bensì un atto unilaterale consistente nella volizione dell'arbitro; Andrioli, *La novella sull'arbitrato*, in *Dir. e giur.*, 1983, p. 256 s.; Id., *Ancora sulla parziale novellazione dell'arbitrato*, in Verde (a cura di), *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, Napoli, 1985, pp. 131-134, nota 1 (aderisce alla tesi anche Garbagnati, *Sull'efficacia di cosa giudicata del lodo arbitrale rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 442 ss.; Schizzerotto, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 559 ss., spec. p. 565, giunge a posizioni ancora più estreme) individua nel complesso di attività che portano alla formazione del lodo e al suo deposito presso (l'*ex*) pretore una fattispecie a formazione successiva, cosicché, qualora il procedimento non sia portato a compimento, per difetto di deposito entro l'anno, ogni precedente attività, compresa la pronuncia arbitrale si caducherebbe e diverrebbe inefficace (per critiche Carpi, *Gli aspetti processuali della riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 54; repliche in Garbagnati, *Sull'efficacia di cosa giudicata del lodo arbitrale rituale*, cit., p. 444 ss.).

[7] Mi limito qui a menzionare, fra coloro che sostengono che il lodo abbia effetto *ultra partes* al pari della sentenza, E.F. Ricci, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, cit., p. 655 ss.; v. anche Id., *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, cit., p. 641 s. (nello stesso senso, Tarzia, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato*

canto a questa dizione in apparenza *tranchante*, emergono opposti indizi che dimostrano la titubanza del legislatore nel fare una scelta decisa[8].

È vero, a mio avviso, ciò che è stato autorevolmente affermato: "Il pendolo dell'arbitrato, al pari di quello di Foucault [...] continua ad oscillare"[9].

Qualunque sia la soluzione, reputo che il lodo arbitrale, rituale od irrituale, sia in grado di accertare il diritto oggetto del giudizio[10], nella sua natura di "fattispecie precettiva"[11]; e che – in difformità rispetto ad una parte della dottrina[12], che ha sostenuto l'indipendenza della questione degli effetti *ultra partes*, rispetto alla natura del lodo –, l'accertamento porti con sé inevitabili implicazioni sui diritti dei

rituale e irrituale, in *L'arbitrato a tre anni dalla l. n. 28/83*, Milano, 1987, p. 75); E.F. Ricci, *La Cassazione insiste sulla natura "negoziale" del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1239 ss.; Id., *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 517 ss.; Id., *La* never ending story *della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 557 ss.; Consolo, Marinelli, *La Cassazione e il "duplice volto" dell'arbitrato in Italia: l'*exequatur *come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato?*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 678 ss.

[8] La mancata equiparazione, a livello concettuale, fra "giudicato" ed efficacia del lodo, di cui all'art. 829 n. 8 c.p.c. si contrappone all'art. 819 c.p.c. che parla di invece di "autorità di giudicato".

[9] Sono le parole di Federico Carpi – cui dedico questo lavoro che si inserisce idealmente nel cerchio di un lungo periodo di ricerca, attorno al fenomeno dell'efficacia soggettiva degli atti – , in *L'efficacia del lodo arbitrale dopo la riforma del 2006*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, I, Napoli, 2009, p. 211. In chiave di autonomia del lodo rispetto agli altri atti, Id., *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 54 ss.; Montesano, *Sugli effetti e sulle impugnazioni del lodo nella recente riforma dell'arbitrato rituale*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 160 ss.; La China, *L'arbitrato. Il sistema l'esperienza*, Milano, 2007, p. 185 ss.; Ruperto, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, p. 696 ss.; parla di giurisdizione privata Mazzarella, *Sull'efficacia e impugnabilità dei lodi dopo la legge di riforma del 9 febbraio 1983*, in *Foro it.*, 1984, c. 181 ss., spec. c. 191 ss.

[10] Rimando per la dimostrazione di quanto affermato al mio *Pregiudizialità e rinvio*, cit., p. 151 ss.

[11] Il lodo è una fattispecie, in quanto evento produttivo di un effetto giuridico (Scognamiglio, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 331). Sullo studio della categoria concettuale Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 28 ss.

[12] Cfr. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale*, III, Torino, 2010, p. 451.

terzi, poiché il diritto soggettivo, al pari dell'uomo (che ne è il titolare), "non è un'isola"[13].

Sono tre le considerazioni che portano a questo risultato:

a) l'accertamento può derivare da atti diversi dalla sentenza, questa intesa come frutto di esercizio della giurisdizione statuale, di matrice pubblicistica[14];

b) l'efficacia oltre l'àmbito soggettivo delle parti non è materia esclusiva dell'accertamento statuale, bensì anche degli accordi fra privati, come dimostra l'intensa elaborazione dottrinale sul tema degli effetti *ultra partes* del contratto[15];

c) il meccanismo sul quale si basa l'efficacia soggettiva dell'accertamento opera nell'àmbito dei rapporti fra diritti soggettivi, e prescinde dunque dalla natura dell'atto che provoca il mutamento

---

[13] Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, p. 162 ss., Id., *Dir. proc. civ.*, Milano, 2009, IV, p. 413 ss. e Id., *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 30 ss. Su una linea analoga Sassani, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 203 ss., osserva che le ripercussioni che il *decisum* esplica nei confronti dei terzi aventi causa, legittimati all'opposizione di terzo revocatoria, derivano esclusivamente da nessi di carattere sostanziale. In chiave di unitarietà del fenomeno di accertamento, salvo il diverso grado di "tenuta", Fornaciari, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico,* Torino, 2002, p. 21 ss. e *passim*; si v. anche Vocino, *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale civile: IV) La cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 563, p. 494 nota 23; Menchini, *Il giudicato civile*, 2° ed., Torino, 2002, pp. 140 ss., 202 ss., anche per una efficace sintesi delle posizioni della dottrina.

[14] Lucide sono le parole di Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 46 ss., seppur in direzione opposta.

[15] Per approfondimenti mi limito a rinviare al mio *Pregiudizialità e rinvio*, Bologna, 2011, p. 158 ss. Escludono gli effetti *ultra partes* del lodo per via della sua natura negoziale: Punzi, *Disegno sistematico*, cit., II, p. 95 ss. e p. 274, (v. anche Id., *L'efficacia del lodo arbitrale*, cit., p. 10 ss., spec. p. 24 ss.; Satta, *Comm. al c.p.c.*, IV, 2, Milano, 1957-1971, p. 324; Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 46 ss., la cui edizione precedente risale al 1985 (p. 40 ss.: l' efficacia non si estenderebbe "ai rapporti, tra le parti e i terzi, o tra terzi, che sono [...] variamente investiti dall'efficacia sostanziale della sentenza"; soltanto dall'essenza pubblicistica della giurisdizione derivano effetti riflessi nella sfera dei terzi: pp. 276 e 280). Lo studioso ribadisce la propria opinione nella edizione successiva, nella quale lascia però aperto uno spiraglio, laddove nota una progressiva tendenza della dottrina alla "processualizzazione" dell'arbitrato rituale: Montesano, *op. ult. cit.*, p. 57 s.; v. anche Montesano, *Magistrature – ordinarie e speciali – e arbitri nella giustizia civile secondo la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 1 ss., spec., p. 655 s.

giuridico (sia esso costitutivo o accertativo)[16]; pari effetti spiegheranno, dunque, il lodo rituale ed irrituale, pur avendo il primo effetti pari alla sentenza, il secondo natura di determinazione contrattuale.

Già la teoria della dipendenza civilistica aveva messo in evidenza questa caratteristica.

In opposta direzione va la concezione liebmaniana, che si fonda sulla provenienza autoritativa tipica dell'esercizio statale della giurisdizione imperniata sulla distinzione, all'interno del vincolo di accertamento giudiziale, fra efficacia ed autorità della sentenza[17] e diretta a riconoscere una generalizzata efficacia *ultra partes*, che si restringe radicalmente al momento della suo divenire immutabile.

La detta teoria è stata prospettata anche per il lodo arbitrale[18], al quale, peraltro, non può essere accordata pari provenienza, comunque la si pensi sulla sua efficacia.

Valgono peraltro, oggi anche per il lodo[19], le argomentazioni contrarie, sollevate con riguardo alla sentenza, che tendono a dimostrare come sia quanto meno dubbio che il legislatore abbia voluto stabilire una generalizzata anticipazione degli effetti dell'accertamento a prescindere dal passaggio in giudicato[20].

---

[16] Diff. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 268 ss., spec. p. 278, nota 358, secondo cui occorre non confondere gli effetti riflessi in senso proprio, tipici della decisione giudiziale, e gli effetti comuni al piano negoziale, i quali ultimi non condizionerebbero l'esistenza del diritto pregiudicato, ma semplicemente determinerebbero l'insoddisfazione pratica della sua pretesa (tipico esempio, il diritto del subconduttore pregiudicato dalla decisione fra locatore e conduttore).

[17] Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, p. 1 ss.

[18] E.F. Ricci, *Comm. alla l. 9 febbraio 1983, n. 28*, cit., p. 740 s.; Monteleone, *Il nuovo regime giuridico dei lodi arbitrali rituali*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, p. 568; pare, se non erro, in senso analogo Montesano, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale*, cit., p. 823, quando ammette che la sospensione dell'esecutorietà del lodo in sede di nullità possa riguardare gli effetti di accertamento e costitutivi (ed in effetti l'art. 830, ult. comma, c.p.c. parla di sospensione dell'efficacia del lodo); *contra*, sotto il regime della precedente novella, Carpi, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, cit., p. 58; Mazzarella, *Sull'efficacia e l'impugnabilità dei lodi dopo la l. di riforma del 9 febbraio 1983, n. 28*, cit., c. 195 nota 56.

[19] Prima dell'ultima novella, infatti, il tenore normativo era diverso, e specificava l'efficacia del lodo solo fra le parti.

[20] Ritengo che sia ancora oggi fondata, almeno sul piano positivo e salve talune ipotesi eccezionali, la necessaria coincidenza fra l'efficacia di accertamento e quel grado di necessaria stabilità che si produce soltanto con il passaggio in giudicato

Né, a mio avviso, può dedursi dalla previsione dell'art. 825 c.p.c. la trascrivibilità del lodo a prescindere dalla sua inimpugnabilità, poiché, nel silenzio normativo, il problema va risolto analogamente a quello delle sentenze[21].

---

della sentenza. In tal senso Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1939, p. 37 ss.; Carnelutti, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, p. 205 ss.; Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, p. 20 ss; Mandrioli, *La caducazione dei c.d. accertamenti anticipati per effetto della pronuncia della sentenza di primo grado ancorché non esecutiva,* in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 521 ss.; Attardi, *La cosa giudicata*, in *Ius*, 1961, p. 47; Carpi, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza*, Milano, 1974, p. 22 ss.; Pugliese, voce *Giudicato civile*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 812; Ferri, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, p. 161 ss., spec. p. 170; diff., appunto, Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza,* cit., p. 1 ss. e Id., *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, I, p. 238 s.; Fazzalari, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 1956, p. 1322 ss.; Micheli, *Efficacia della sentenza soggetta a gravame e cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1946, I, 1, c. 434 ss.; Vocino, *Considerazioni sul giudicato*, Milano, 1963, p. 57; Benettin, *Appunti sull'opposizione di terzo*, ivi, 1950, p. 407 ss., spec. p. 418; Calvosa, *La sentenza condizionale*, Roma, 1948, p. 115 ss.; Proto Pisani, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1968, p. 58 ss., (il quale precisa però che l'autorità di giudicato riguarda soltanto l'accertamento, mentre fin dalla pronuncia si producono gli effetti dichiarativi e costitutivi, ovvero quelli esecutivi – un tempo soltanto con la clausola di provvisoria esecutività –); sull'art. 337 c.p.c., oltre alla dottrina sopra cit., v. anche Montesano, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 392 ss., spec. p. 408; Cipriani, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 292 ss. È indubbio che il nostro ordinamento contempli espressamente, da un lato, alcune ipotesi in cui la sentenza esplica determinati effetti prima del passaggio in giudicato e, dall'altro, altri casi in cui l'effetto si produce soltanto con l'acquisita incontrovertibilità: tutto sta, quindi, a determinare quale di queste strade debba essere assurta a regola generale.

[21] Oggi, è legislativamente sancita la trascrivibilità anche con riguardo al lodo esecutivo, ma non si prevede che la pronuncia arbitrale debba essere necessariamente divenuta non impugnabile: può sorgere quindi il dubbio che, per questa via, risulti dimostrata l'idoneità del lodo a produrre effetti di accertamento o costitutivi ancor prima della definitività. La dottrina si è posta l'analogo problema del momento nel quale debba essere effettuata la trascrizione delle sentenza: coloro che non richiedono il passaggio in giudicato si basano sul dato normativo, silente sul punto, in contrapposizione con l'espressa menzione nell'ipotesi della cancellazione (art. 2668 c.c.) e sull'analogia con il caso dell'ipoteca giudiziale (Coviello, *Della trascrizione*, I, Torino, 1923, p. 458; Ferri, *Trascrizione immobiliare*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Comm. c.c.*, VI, Bologna-Roma, 1962, p. 305 ss.; Mariani, *Ipoteca e trascrizione*, Milano, 1951, p. 293 s.; v. Sicchiero, *La trascrizione e l'intavolazione*, Torino, 1993, p. 209 ss.). Diff. Gentile, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959, pp. 378 e 575; F. Zucconi Galli Fonseca, *Note schematiche intorno*

Infine, anche per quanto riguarda il lodo, il legislatore mostra, in casi esemplari, di voler attendere la sua avvenuta inimpugnabilità[22].

al rapporto fra pubblicità ed efficacia della sentenza contro gli aventi causa post rem judicatam, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano, 1968, p. 1250 nota 42; con riguardo ai lodi Mazzarella, *Arbitrato e processo*, Padova, 1968, p. 66 ss., spec. p. 67 nota 90: si osserva che la soluzione opposta è incongruente, se si tiene presente che non è legislativamente prevista la possibilità di cancellare la trascrizione di una sentenza poi riformata; inoltre l'impugnativa non è soggetta a pubblicità e dunque il terzo sarebbe tratto in inganno dalla apparente immutabilità della situazione, in realtà, provvisoria. In ogni caso, poi, occorre tenere conto del più ampio sistema pubblicitario, del quale fa parte anche la disciplina della trascrizione delle domande giudiziali (cui vengono equiparate le domande arbitrali): che, in caso di trascrizione della domanda giudiziale, la sentenza debba essere trascritta al momento del suo passaggio in giudicato si deduce dalla stessa disciplina sulla cancellazione della trascrizione, la quale, imponendo il passaggio in giudicato della sentenza di rigetto, mostra di voler ricollegare l'efficacia della domanda fino a quel momento (Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 394: il fatto che la domanda di revocazione straordinaria e quella di opposizione di terzo vadano trascritte è segno che l'efficacia della trascrizione della domanda può prodursi anche oltre il passaggio in giudicato). D'altro canto, la trascrizione delle domande giudiziali non può ricondursi ad un presunto principio di retroattività del giudicato, bensì "esplica la funzione di criterio di opponibilità dell'efficacia [...] della sentenza pronunciata sul titolo del convenuto soccombente" (Proto Pisani, *op. ult. cit.*, p. 251 ss., p. 277, conf. C. Ferri, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, p. 205 ss.; per F. Zucconi Galli Fonseca, *Note schematiche intorno al rapporto fra pubblicità ed efficacia della sentenza contro gli aventi causa* post rem judicatam, cit., p. 1240: "la trascrizione della domanda di accertamento prestabilisce il momento in cui la sentenza è legalmente conosciuta; non il momento in cui essa produce i suoi effetti"; diff. Mengoni, *Gli acquisti "*a non domino*"*, Milano, 1975, p. 256 ss.).

[22] Secondo l'art. 2945 c.c., la prescrizione ricomincia a decorrere dal momento in cui, divenuto non più impugnabile il lodo, il diritto è accertato. Analogamente, la legge riconosce l'annullabilità del lodo per contrasto con altra pronuncia arbitrale, soltanto se quest'ultima sia divenuta non più impugnabile, dimostrando di considerare attuale e perciò dannoso il possibile contrasto fra le decisioni, soltanto quando l'assetto delineato dal precedente lodo abbia raggiunto caratteri di stabilità tali da poter ritenere ormai perfetto e imperativo l'accertamento (per riferimenti v. Tarzia, *Conflitti fra lodi arbitrali e conflitti fra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, p. 640 ss.). Pertanto, il lodo acquista efficacia nei confronti di terzi, nei limiti e con le modalità che si vedranno nel prosieguo, soltanto dal momento della sua raggiunta stabilità: si giustifica, in tal modo, la proponibilità dell'opposizione di terzo nei limiti dettati dall'art. 404 c.p.c., senza che sia richiesto l'ulteriore presupposto dell'*exequatur*, che, secondo l'interpretazione qui accolta, non vale che a conferire alla decisione arbitrale gli attributi della coercibilità in via di attuazione forzata; diff. sotto il tenore normativo precedente Fazzalari, in

3. *Terza premessa: la diversità riemerge con riguardo ai mezzi di tutela del terzo*

Diverse, se mai, saranno le reazioni rispetto all'efficacia dell'atto: è sul piano della tutela che torna a rilevare la sua natura.

Non nego il diverso impatto teorico, assai discusso, del negozio rispetto alla sentenza[23] (confrontabili, peraltro, soltanto ove il negozio sia preso in considerazione nella sua manifestazione di accertamento).

Osservo piuttosto che i casi in cui la legge sembrerebbe ammettere una diversa disciplina dell'efficacia *ultra partes* dell'atto, a seconda che si tratti di un negozio o di una sentenza, sono in realtà ipotesi in cui divergono i mezzi di difesa accordati al terzo investito degli effetti dell'atto[24].

Ad esempio, se al terzo che acquista un diritto originato da una disposizione contrattuale è concesso discutere della validità del negozio originario, altrettanto non è consentito al successore in una situazione giuridica cristallizzata nel giudicato. Parimenti, il titolare di un diritto dipendente può impugnare il negozio che spiega su di lui effetti pregiudizievoli, quando un'impugnazione di tale ampiezza non può essere esperita nei confronti di una sentenza[25].

Le differenze di tutela derivano dalla diversa modalità di formazione dell'atto: il negozio come frutto della volontà di – altre – parti; la sentenza come frutto di una concatenazione di atti, dominati dal diritto al contraddittorio.

Le diversità nella formazione dell'atto, peraltro, non tolgono sostanza alla potenziale identità di risultato[26].

Briguglio, Fazzalari, Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, p. 225.

[23] Si v. le belle pagine di Liebman, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1932, p. 274 ss.; Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 52; Cerino Canova, voce *Le impugnazioni*, in *Enc. giur. Treccani,* 1988, Roma, p. 2.

[24] Altri casi di disparità effettuale possono essere spiegati altrimenti, come l'art. 1485 c.c. di cui si dirà oltre.

[25] Fazzalari, in Briguglio, Fazzalari, Marengo, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., p. 172 s. e Id., *Le difese del terzo*, cit., p. 614 nota 9.

[26] Fornaciari, *op. ult. cit.*; diff. Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato*, cit., p. 34, ritiene che per parlarsi di vera e propria efficacia della sentenza nei

L'efficacia dell'accertamento, agendo sul piano sostanziale della relazione fra diritti, non può dipendere, insomma, dalla differente formazione dell'atto dal quale scaturisce la vicenda di ripercussione.

La natura dell'atto è invece in grado di incidere sul mezzo di reazione del soggetto che subisce l'efficacia: questo dovrà, ad un tempo, adattarsi alle caratteristiche di formazione dell'atto, ed essere, al contempo, adeguato ad una efficace tutela del terzo.

Secondo diversa impostazione, invece, ammessa la parificazione fra lodo rituale e sentenza, essa non riguarderebbe l'efficacia soggettiva, in quanto in arbitrato il terzo non disporrebbe dei medesimi mezzi di difesa predisposti per il processo civile[27].

In contrario, osservo che gli strumenti di difesa sono oggi quasi del tutto parificati (rimane solo, come si dirà a breve, la questione dell'intervento per ordine del giudice nei riguardi del terzo non compromittente).

È bene distinguere, innanzitutto, tra tipologia rituale ed irrituale.

Per il primo tipo, fortemente processualizzato, sono a disposizione i rimedi tipici della sentenza: l'opposizione di terzo e, in via preventiva, l'intervento adesivo dipendente, a cui va aggiunta, a mio parere e benché la legge non la preveda, la possibilità di intervento "per ordine dell'arbitro", limitatamente al terzo vincolato alla convenzione compromissoria. Se, per contro, il terzo sia estraneo al patto arbitrale ho ritenuto di poter ammettere, altrove, una forma più attenuata di *denuntiatio litis* ad opera dell'arbitro[28].

Contro il lodo irrituale, parificato al contratto, valgono i medesimi strumenti negoziali: l'azione di nullità è esperibile da "chiunque

---

confronti dei terzi dipendenti è indispensabile verificare quale tipo di tutela sia loro accordata. Quanto al lodo, dubbioso che l'opposizione di terzo possa condizionare il tema dei limiti soggettivi del lodo, Sassani, *L'opposizione di terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 204 ss.

[27] Mazzarella, *Sull'efficacia e l'impugnabilità dei lodi*, cit., c. 196; in tal senso anche una decisione della Corte Suprema austriaca, 1° ottobre 2008, in *Austrian Yearbook on int. arb.*, 2010, p. 228 ss., nota di Schifferl. Il caso riguardava una lite fra committente ed appaltatore, rispetto al produttore di un componente di cui si discuteva la qualità di subappaltatore; la Corte rifiuta l'opponibilità del lodo, sulla base del fatto che il diritto di difesa del terzo non sarebbe assicurato come nel processo ordinario.

[28] Mi permetto di rinviare a *Pregiudizialità e rinvio*, cit., p. 171.

vi abbia interesse"; mentre non sembra ammissibile l'intervento adesivo dipendente, in mancanza di espressa previsione ed anzi in presenza di una norma, l'art. 808-*ter* c.p.c., che esclude l'applicazione della disciplina prevista per l'arbitrato rituale.

L'ampiezza del rimedio successivo vale probabilmente a compensare il grave sacrificio della mancanza di un rimedio preventivo, potenzialmente più efficace.

4. *La disciplina positiva del lodo rituale e del lodo irrituale*

Poste le indispensabili premesse, prima di entrare nei dettagli, con riguardo al lodo rituale occorre far menzione della regola generale, enunciata dall'art. 828 c.p.c.: dove la sentenza abbia effetto nei riguardi del terzo, così anche il lodo avrà pari efficacia; e viceversa, dove tale effetto non vi sia, parimenti varrà per il lodo[29].

Altre norme rivelano l'idoneità del lodo ad incidere sulle posizioni di terzi estranei al giudizio arbitrale: l'impugnabilità del lodo tramite opposizione di terzo, non solo ordinaria, ma anche – e soprattutto – revocatoria[30]; la disciplina relativa alla trascrizione del lodo e della domanda arbitrale, con la quale la parte è in grado di conseguire quell'"effetto di prenotazione" assicurato dalla trascrivibilità delle domande giudiziali, con chiare implicazioni sui rapporti con la disciplina dell'acquisto a titolo particolare[31].

---

[29] Se è vero che il lodo è equiparabile ad una sentenza fin dalla sottoscrizione è logico ritenere che detta analogia di effetti si verifichi anche con riguardo alle posizioni giuridiche di terzi, che siano connesse con quella oggetto della decisione: concorda Verde, *Arbitrato e giurisdizione*, in Verde (a cura di), *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, Napoli, 1985, p. 175. Per E.F. Ricci, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, cit., p. 655 ss. e Id., *Sull'efficacia del lodo arbitrale*, cit., p. 641 s., diversamente opinando, si porrebbe all'interprete un dubbio di incostituzionalità, rispetto all'art. 24 cost.; conf., nel regime previgente, Cecchella, *L'arbitrato*, Torino, 1991, pp. 190, 198, 254 s.; pur ritenendo che l'efficacia giurisdizionale del lodo si produca solo a seguito dell'*exequatur*, Fazzalari, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, cit., p. 613.

[30] Sassani, *L'opposizione di terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 211.

[31] V. *infra*, par. 8.

In entrambi i casi il richiamo è sempre alla disciplina delle sentenze: l'opposizione di terzo è quella stessa dell'art. 404 c.p.c.; la trascrivibilità del lodo dà luogo alle medesime conseguenze della trascrizione della sentenza.

Con riguardo, invece, al lodo irrituale, l'art. 808-*ter* c.c. parla di "determinazione contrattuale".

L'efficacia *ultra partes*, dunque, è da determinare sulla falsariga dei contratti, in ispecie dei contratti di accertamento.

L'art. 1372 c.c. detta allora la regola generale: mentre il contratto ha forza di legge fra le parti, gli effetti nei confronti dei terzi sono regolati dalla riserva di legge. Dovrà, dunque, esaminarsi caso per caso.

5. *La classificazione dei terzi: il criterio fondato sulla struttura dei diritti*

Lo sviluppo che segue parte da un presupposto: il diritto del terzo è diverso da quello accertato per ciò solo di essere di titolarità di un soggetto altro rispetto al titolare originario.

Alcune fra le elaborazioni più autorevoli dei limiti soggettivi della sentenza hanno distinto fra diritti diversi da quello deciso (nel qual caso verrebbe in rilievo il nesso di pregiudizialità-dipendenza), e terzo titolare dello stesso diritto accertato[32].

La distinzione ha permesso di enucleare strutture e classificazioni di indubbia pregnanza; ma alcune deviazioni si sono verificate specie con riguardo alla categoria dell'identità di diritti: ad esempio, il successore è titolare di diritto strutturalmente identico o diverso?

Volendo adottare la prospettiva, prettamente sostanziale, dell'analisi strutturale dei diritti, la diversità dei soggetti è già, da sola, in grado di differenziare il diritto.

Ciò, si noti, vale non soltanto quando i diritti, di identico oggetto ma di diversa titolarità, coesistono nello stesso periodo tem-

[32] Sulla successione a titolo particolare *ex* art. 111 c.p.c. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 1242 ss.; *contra* Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 169, che parla invece di efficacia riflessa.

porale, come accade ad esempio nell'impugnazione delle delibere assembleari; ma anche quando – meno intuitivamente – la perdita dell'uno comporta la nascita dell'altro, come accade nella successione nei diritti.

Il successore, in quest'ottica, non è titolare del diritto accertato, ma di un diverso diritto, coincidente con il primo per i – soli – *petitum* e *causa petendi*.

La distinzione fra effetti diretti e riflessi dell'accertamento (e del lodo che ne è il mezzo) entra in conseguente crisi.

Detta distinzione è, come noto, strumentale a diverse teorie dei limiti soggettivi dell'accertamento; nell'impostazione alloriana, ad esempio, evoca la differenza fra effetto "naturale", derivante dalle ripercussioni fra rapporti, ed effetto tassativo scaturente dall'atto di accertamento; in altre impostazioni, identifica, invece, l'identità o la difformità dei diritti accertati rispetto al diritto di titolarità del terzo[33].

Tuttavia, se si riconosce, da un lato, che l'effetto opera sempre sul piano dei rapporti fra diritti soggettivi e non deriva per contro dalla dinamica dell'atto, dall'altro che la titolarità del diritto in capo al terzo esclude sempre l'efficacia "diretta", la distinzione perde di efficacia.

Nella mia prospettiva, prettamente sostanziale ed imperniata sulla tradizionale scomposizione del diritto in fattispecie-effetto, possono darsi, insomma, soltanto tre possibilità:

a) Il terzo è legittimato ad agire in arbitrato per un diritto altrui[34]: qui molto efficacemente si è parlato di "mera azione", perché il terzo è titolare del diritto di azione, ma non del diritto soggettivo sottostante[35].

Vi è coincidenza oggettiva fra i diritti di azione, ma il diritto sostanziale tutelato rimane unico.

---

[33] *Amplius* in *Pregiudizialità e rinvio*, cit., p. 98 ss.

[34] Diverso è ovviamente il caso della rappresentanza ed in particolare del terzo falsamente rappresentato, su cui mi permetto di rinviare alle osservazioni in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, cit., p. 857.

[35] Significativi gli studi di Fabbrini, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, p. 170 ss.: l'impostazione è incentrata sulla situazione unica plurisoggettiva, che acquista una accezione amplissima (critico Carpi, *L'efficacia*, cit., p. 259), comprendendo i collegittimati ordinari ed i collegittimati straordinari.

Per questo motivo il titolare del diritto sostanziale deve partecipare all'arbitrato[36] e non può darsi in nessun caso efficacia *ultra partes*.

b) Il diritto è oggettivamente unico, ma ha una struttura plurisoggettiva.

Il diritto va dunque devoluto in arbitrato con la partecipazione di tutti i contitolari.

Ne consegue che il lodo reso a contraddittorio non integro non è in grado di accertare il suddetto diritto: è, secondo l'impostazione chiovendiana, *inutiliter datum*[37].

La categoria del diritto unico plurisoggettivo va, a mio avviso, ristretta sulla base della più estesa categoria che segue sub c) e che, sempre a mio parere, comprende situazioni che dottrina autorevole riconduce invece alla situazione unica plurisoggettiva[38].

Il rimedio per il terzo pretermesso, che abbia o non abbia stipulato la convenzione arbitrale, sta nell'opposizione di terzo ordinaria[39].

c) Rimane l'ampia categoria della pluralità di diritti (anche oggettivamente coincidenti) di titolarità di soggetti diversi: rilevanti divengono dunque i punti di contatto fra i diversi diritti e le loro interferenze sostanziali.

---

[36] Per approfondimenti cfr. *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Bologna, 2004, p. 244 ss.; Proto Pisani, *Opposizione di terzo*, cit., p. 107 ss. vede come eccezioni gli artt. 111, 108 c.p.c., nonché ulteriori tre ipotesi: artt. 184, comma 3°, 220 abrogato c.c. e 309 c. nav.; sull'art. 111 c.p.c. si dirà oltre.

[37] Chiovenda, *Sul litisconsorzio necessario*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, II, Roma, 1931, p. 427 ss.; ma, se mai, qualcosa di diverso, nella prospettiva di tutela del soggetto che agisce in giudizio: Costantino, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, p. 467 ss.; si v. anche Menchini, *Il processo litisconsortile*, I, Milano, 1993, p. 524 ss.

[38] V. ad es. l'impugnativa delle delibere assembleari: Fabbrini, *op. ult. cit*., p. 171 ss. parla di collegittimazione ordinaria semplice, mentre Proto Pisani, *op. ult. cit*., p. 156 ss., ritiene trattarsi di una legittimazione straordinaria di tutti i soci a far valere l'interesse della società.

[39] Se per terzo legittimato all'opposizione si intende colui che non ha partecipato al procedimento arbitrale, allora diviene irrilevante l'aver sottoscritto o meno la convenzione arbitrale, benché nel secondo caso il pregiudizio derivi, a monte, dalla mancata partecipazione al patto arbitrale; diff. Consolo, *Spiegazioni*, cit., p. 475.

Ove il lodo dovesse spiegare efficacia *ultra partes*, detto effetto sarà sempre, nella prospettiva di questo lavoro, riflesso, in quanto frutto di una interferenza sostanziale.

6. *Critica alla categoria dei c.d. terzi indifferenti*

Volendo concentrarsi sulla categoria sub c), occorre subito sgombrare il campo dai terzi c.d. indifferenti.

Laddove non si ponga alcun problema di interferenza, sul piano sostanziale, fra il rapporto deciso e quello, differente oggettivamente e soggettivamente, di cui sia titolare il terzo, non si pone neppure l'esigenza di analizzare se vi sia e, in caso positivo, di quale natura sia, una eventuale efficacia del *decisum*. Su questo punto la dottrina, pur nelle differenti impostazioni, appare concorde[40].

Se, "per definizione fatto giuridicamente irrilevante è quello che non produce alcuna novità nel mondo del diritto"[41], tale qualifica, nei rapporti fra diritti, va intesa propriamente con riguardo a quei casi nei quali l'accertamento o la modificazione di un determinato diritto non producano alcuna innovazione nella sfera dei terzi.

Ora, lasciando da parte i casi nei quali il terzo non verrà mai in contatto con l'accertamento, il concetto di innovazione può intendersi in due diversi significati, a seconda del prevalere della nozione logico-formale, oppure della nozione tecnico-giuridica.

Nel primo significato, essa consiste in qualsiasi potenziale od effettiva variazione della situazione giuridica soggettiva, da un punto di vista, – passi il paradosso –, naturalistico, cosicché essa può derivare da una modificazione, anche minima, della situazione di fatto che sottende al diritto.

Nel secondo significato, per contro, innovazione è quella che è in grado di trasformare[42] in senso tecnico le situazioni giuridiche

---

[40] Menchini, *Il giudicato civile*, cit., p. 160; Proto Pisani, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Studi in onore di E. Allorio*, Milano, 1989, p. 414.

[41] Falzea, voce *Efficacia giuridica,* in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 494.

[42] La "modificazione" si identifica con i tipi di efficacia giuridica che comprendono, oltre alla modificazione, estinzione e costituzione di un rapporto giuridico, anche il suo accertamento.

soggettive, secondo il restrittivo concetto minimo di modificazione come innovazione su modalità giuridicamente essenziali[43] della situazione soggettiva[44].

Da questa equivocità di intendimenti nasce probabilmente la diatriba sulla irrilevanza intesa come nesso di mero fatto[45], contrapposto al nesso giuridico, cioè connessione e pregiudizialità fra rapporti. E si spiega come mai, di fronte ad un orientamento maggioritario inteso a riconnettere al nesso di mero fatto il concetto di irrilevanza, vi è chi parla di vero e proprio effetto riflesso[46].

Anche l'accertamento, in chiave di falzeiana preclusione, è in grado di produrre una innovazione giuridica[47].

Con riguardo alla sentenza, si suole tradizionalmente spiegare la incidenza sulla sfera meramente fattuale del terzo con il principio del c.d. valore assoluto, ma l'assunto può valere, a mio parere, a condizione che non lo si riconnetta ad una specificità dell'atto in questione, bensì al diverso piano del prodotto della naturale intersecazione dei rapporti giuridici[48].

Poiché la mera rilevanza dell'atto sul piano fattuale o, secondo l'accezione proposta, la mancanza di innovazione, rappresenta una valutazione che prescinde dalla natura dell'atto, anche per il lodo si può ragionare allo stesso modo.

Ne consegue che, nei casi in cui manchi l'innovazione intesa nel significato proposto, non si può parlare di effetto *ultra partes* del lodo.

a) Così, se venga accertata come inesistente una *servitus altius non tollendi* relativamente ad un dato fondo, i proprietari dei fon-

---

[43] Si distingue tradizionalmente in base alla aristotelica *divisio* fra accidenti e sostanza.

[44] Salvo poi, ovviamente, il problema di individuare gli esatti confini del concetto di "modalità essenziale".

[45] Menchini, *Il giudicato civile*, cit., p. 172 ss.; Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 67, parla invece di nessi di fatto alludendo alle connessioni: è solo questione di intendersi sulle parole.

[46] Cataudella, *I contratti, parte generale*, Torino, 2000, p. 214 ss.; Id., *L'efficacia del contratto*, in G. Alpa, M. Bessone (a cura di), *I contratti in generale*, IV, 1, Torino, 1991, p. 8 ss.

[47] Falzea, voce *Efficacia giuridica*, cit., p. 492.

[48] Non è un caso che la *servitus altius non tollendi* possa provenire indifferentemente da un atto di autonomia contrattuale o da un accertamento del giudice.

di confinanti potranno risentire in senso svantaggioso dell'accertamento.

Peraltro, applicando la definizione di innovazione a mio avviso più esatta, l'interferenza non è in grado di innovare sulle modalità essenziali del diritto di proprietà in capo al confinante[49].

Ciò significa che, nella fattispecie relativa al diritto di proprietà del terzo, non è contenuto il diritto di servitù del fondo confinante.

b) Un altro caso concerne il pregiudizio che deriva alle difese processuali del terzo (Sempronio) convenuto in rivendica da chi (Tizio) sia stato riconosciuto proprietario in un precedente giudizio contro un altro soggetto (Caio)[50]: al terzo, secondo la dottrina maggioritaria, sarebbe sbarrata la via della difesa consistente nell'affermazione della proprietà in capo al precedente soccombente (l'*exceptio de iure tertii*).

La impossibilità, per il terzo convenuto nel secondo giudizio, di opporre l'*exceptio de iure tertii* (proprietà di Tizio nei confronti di Caio) non sembra parimenti rappresentare una innovazione in senso tecnico-giuridico sulla coppia diritto-obbligo ivi dedotta (proprietà di Tizio nei riguardi di Sempronio), che rimane impregiudicata circa la sua sussistenza e le sue modalità essenziali[51].

---

[49] Mentre accedendo alla prima impostazione, anche questa (minima) interferenza consentirebbe di parlare di rilevanza giuridica e dunque di effetti riflessi. Diversa prospettiva è quella di Carresi, *Il contratto*, in Cicu, Messineo, Mengoni (a cura di), *Tratt. di dir. civ. e comm.*, XXI, 2, Milano, 1987, p. 682, il quale parte dal presupposto che non si può parlare di effetti riflessi del contratto che costituisce la servitù, in quanto non è il contratto ad inserirsi nella fattispecie bensì il comportamento del proprietario che consiste nel non costruire (comportamento che prescinde, fra l'altro, dalla stessa esistenza del contratto).

[50] Menchini, *Il giudicato civile*, cit., p. 176. Favorevoli al condizionamento Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 60 s. (a p. 103 ss., coerentemente riconduce l'ipotesi agli effetti riflessi, benché ne ponga in rilievo le differenze strutturali; insomma, per l'a. non esistono terzi indifferenti rispetto alla sentenza, che ne risentano un qualche effetto); Luiso, *Principio del contraddittorio*, cit., p. 104; Fabbrini, *Contributo*, cit., p. 110, non parla di effetti riflessi laddove riconduce il fenomeno al valore assoluto della sentenza.

[51] Qui il terzo non fa valere un proprio diritto, ma si limita a negare quello dell'attore adducendo un fatto impeditivo: Luiso, *Principio del contraddittorio*, cit., p. 104.

Il frazionamento strutturale dei diritti, che solo il processo è in grado di mettere in luce, qui è massimo perché riguarda il diritto assoluto visto nelle sue diverse ramificazioni passive[52].

7. *La pregiudizialità-dipendenza come continenza di fattispecie da rinvio mobile e da rinvio fisso*

Si giunge finalmente al cuore del problema: i casi in cui l'accertamento è in grado di produrre sul diritto del terzo una vera e propria innovazione giuridica.

Per ricercare quale modificazione sia in grado di incidere su modalità essenziali della situazione soggettiva, è utile ricorrere alla tradizionale scomposizione del diritto in fattispecie-effetto.

Poiché l'effetto è diretta conseguenza della fattispecie, ogni variazione di quest'ultima è in grado di mutare l'effetto.

Pertanto, laddove l'accertamento riguardi un diritto contenuto in una fattispecie di un altro diritto, l'innovazione che ne deriva è in grado di provocare un mutamento giuridicamente rilevante.

Si tratta della continenza tipica della pregiudizialità-dipendenza alloriana.

Oltre ai tipici casi di dipendenza, come la garanzia e il subcontratto, la categoria è in grado di comprendere fattispecie che la dottrina ha spesso ricondotto a diverse classificazioni, come l'impugnazione di delibere assembleari o i diritti solidali: ciò si spiega per il

[52] La fattispecie-proprietà Tizio-Sempronio non contiene, né in positivo, né in negativo, il diritto di proprietà di Tizio nei riguardi di Caio: Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 55, spec. p. 57 e 59 in critica a Redenti: "proprietà e rapporto personale tra le parti in base alla proprietà non stanno fra loro nella relazione di causa ad effetto, di rapporto pregiudiziale a eterogeneo rapporto dipendente; ma in quella di tutto a parte [...]. Il rapporto bilaterale tra le parti non è, dunque, che la stessa proprietà, considerata dal punto di vista particolare". Diverso è il caso in cui, nella precedente causa, il diritto dell'attore sia stato ritenuto insussistente, e sia stato viceversa accertato il diritto di proprietà del convenuto, perché, nell'ipotesi in cui il medesimo attore agisca contro un terzo per lo stesso diritto, si pone una relazione di incompatibilità (v. *infra*).

criterio adottato in questo studio, che si fonda esclusivamente sulla continenza dell'effetto nella fattispecie[53].

Volendo ricercare la disciplina positiva delle fattispecie caratterizzate da pregiudizialità-dipendenza, ci si avvede subito che solo per alcune di queste la legge prevede espressamente l'efficacia dell'accertamento del diritto pregiudiziale sul diritto dipendente. In altri casi, anzi, detta efficacia viene espressamente esclusa.

Ciò si spiega, a mio avviso, per il tipo di rinvio che la fattispecie dipendente opera rispetto al diritto pregiudiziale.

Quando il rinvio è fisso, l'effetto diviene elemento integrante della fattispecie complessa, per volontà della norma, attraverso il suo recepimento. Pertanto, l'eventuale innovazione sul diritto pregiudiziale non si riverbera automaticamente sul diritto dipendente.

Quando il rinvio è mobile, invece, la relatio ha "lasciato la fonte esterna al suo significato ed alle sue vicende"[54]. Ogni vicenda che comporti innovazione rispetto al diritto pregiudiziale si riflette automaticamente sul diritto dipendente.

8. *I casi di rinvio mobile*

Inizio con la categoria di diritti sui quali l'accertamento arbitrale è in grado di spiegare efficacia, vale a dire i casi che ho chiamato di pregiudizialità da rinvio mobile.

a) La successione fra diritti.

Distinguo innanzitutto[55] fra successione oggettivamente coincidente (identità oggettiva fra il diritto oggetto di accertamento e il

[53] Non parto, quindi, dalla diversa classificazione (trasversale rispetto a quella adottata) fra connessione e pregiudizialità: la prima, intesa come comunanza di uno o di entrambi gli elementi oggettivi, distinta a sua volta fra connessione compatibile (i casi di connessione autonoma e compatibile sono risolti, alla stregua dei terzi interessati in mera via di fatto, sulla base del principio *res inter alios acta* da Fabbrini, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1968, p. 76) e connessione incompatibile; la seconda, intesa come dipendenza senza comunanza.

[54] Irti, *Vicende della norma e rinvio negoziale*, in *Giust. civ.*, 1980, p. 181 ss.

[55] Diff. E.F. Ricci, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, cit., p. 655 ss. e Id., *Sull'efficacia del lodo arbitrale*, cit., p. 641 s., secondo cui eredi e legatari sono da

diritto acquistato dal successore) e successione non oggettivamente coincidente (continenza ma non identità totale fra il diritto oggetto di accertamento e il diritto acquistato dal successore).

Nel primo caso, l'efficacia del lodo rituale è testimoniata dall'applicazione dell'art. 111 c.p.c. all'arbitrato (art. 816-*quinquies*, comma 3°, c.p.c.), in combinazione con alcune norme di diritto sostanziale.

Nel caso della successione non oggettivamente coincidente, soccorrono invece, esclusivamente, le regole civilistiche previste per ciascun caso[56].

Per quanto riguarda le impugnative contrattuali, infatti, valgono gli artt. 2652 c.c., sulla nullità; 1415 c.c. sulla simulazione; 1445 c.c. sull'annullamento; 1458, comma 2°, c.c. sulla risoluzione.

Dal complesso delle discipline emerge che l'effetto di invalidità o scioglimento del contratto ottenuto con il lodo rituale si ripercuote automaticamente sul diritto del terzo successore, salvo che non si verifichino tassative e specifiche circostanze (buona fede, decorso del tempo, ecc.).

Sempre con riguardo all'arbitrato rituale, opera poi il meccanismo della trascrizione, per effetto del richiamo di cui agli artt. 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c., in combinato disposto con l'art. 825 c.c., che prevede la trascrivibilità del lodo omologato[57].

Detto meccanismo permette di trasformare il rinvio mobile in rinvio fisso.

---

ricondurre al concetto di parte, sia pure in senso sostanziale, mentre diversamente debbono essere considerati gli aventi causa per atto tra vivi, i quali subiscono gli effetti riflessi del lodo, in qualità di terzi.

[56] Per contro, La China, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in Rescigno (a cura di), *Tratt. di dir. priv*, XIX, 1, 1985, Torino, p. 60, adotta un concetto ampio di aventi causa, ricomprendendo fra i secondi, oltre alle "posizioni sorte a titolo traslativo dopo la formazione del giudicato", quelle originate da vicende costitutive, vale a dire le "posizioni di minor àmbito e derivate da quelle del dante causa che [...] rimane titolare della posizione primaria in cui la derivata trova premessa e giustificazione": alcuni esempi citati dall'a. trovano rispondenza nelle ipotesi di tipica applicazione del concetto di pregiudizialità-dipendenza, investito, secondo la nota teoria, dagli effetti riflessi della pronuncia.

[57] Cfr. Corbi, *La trascrizione della domanda arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2010, p. 739 ss.

Pur mantenendo intatto il nesso di pregiudizialità, in altre parole, si interviene sulla ripercussione della vicenda bloccandola: il terzo che abbia trascritto prima del lodo o della domanda di arbitrato non risentirà dell'accertamento.

Per quanto riguarda l'arbitrato irrituale, la soluzione è, a mio avviso, analoga. Innanzitutto, contrariamente a quanto sembra ritenere un orientamento giurisprudenziale[58], il lodo irrituale è trascrivibile, al pari dei contratti e di tutti gli atti che producono una vicenda (compreso l'accertamento) sul diritto reale[59].

L'opposto orientamento argomenta sulla impossibilità di depositare il lodo irrituale per ottenerne l'*exequatur* e la conseguente trascrivibilità, come previsto dall'art. 825 c.p.c.

Tuttavia, l'omologazione richiesta dalla predetta norma serve esclusivamente per attribuire al lodo rituale l'autenticità necessaria ai sensi dell'art. 2657 c.c.[60]

Se ciò è vero, anche il lodo irrituale può essere autenticato nelle modalità usuali per gli atti privati.

Per altro verso, ritengo che la previsione circa la trascrivibilità della domanda con la quale la parte intende avviare l'arbitrato sia suscettibile di applicazione, per la genericità del dettato normativo, anche nell'arbitrato irrituale.

Infine, rientrano nella categoria presa in esame anche le fattispecie di cui agli artt. 2859 e 2870 c.c., ai sensi dei quali il terzo acquirente dell'immobile ipotecato e il terzo datore di ipoteca, che non abbiano preso parte al giudizio, possono opporre al creditore procedente tutte le eccezioni non opposte dal debitore e quelle che spetterebbero al debitore dopo la condanna.

La dottrina ha parlato di opponibilità "attenuata", in deroga al principio in base al quale il giudicato copre il dedotto ed il deduci-

---

[58] Tar Lazio, 26 ottobre 2009, n. 10413, in *Dejure*; Tar Sardegna, 19 aprile 2001, n. 417, in *Comuni Italia*, 2001, p. 1118. Cfr. Borghesi, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2007, p. 334.

[59] Si veda in proposito il comma 1° dell'art. 2655 c.c., circa l'annotazione degli atti e delle sentenze.

[60] Anche prima della novella Tarzia, *Efficacia del lodo e impugnazione nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *L'arbitrato a tre anni dalla l. n. 28 del 1983*, cit., p. 70 ss.

bile[61]; ovvero di pregiudizialità "fievole", al pari delle garanzie personali[62].

A ben vedere, peraltro, il parallelo con le garanzie personali non regge perché qui, a differenza degli altri casi, l'obbligo non deriva dal debito, bensì soltanto dalla titolarità della cosa[63].

Dunque, anche in questo caso è la "realità" della situazione a supportare il rinvio mobile, con la limitazione del deducibile, che si giustifica per il fatto che non può qui operare la trascrizione come strumento di trasformazione del rinvio da mobile a fisso (non essendo trascrivibile la domanda di accertamento del debito)[64].

La medesima soluzione si applica all'arbitrato irrituale, la cui "processualizzazione" consente l'analisi della materia del contendere effettivamente discussa.

b) Il subcontratto.

Volendo prendere a modello del subcontratto l'art. 1595 c.c. dettato in tema di sublocazione, emerge chiaro che il lodo arbitrale, rituale od irrituale che sia, ha effetto nei confronti del subcontraente.

Nel primo caso l'effetto si produce grazie alla equiparazione con la sentenza, espressamente presa in considerazione dalla norma citata.

---

[61] Rubino, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in Cicu, Messineo (a cura di), *Tratt. di dir. civ. e comm.*, Milano, 1956, p. 421 ss.

[62] Consolo, *Spiegazioni di dir. proc. civ.*, II, *Profili generali*, Torino, 2010, p. 347; Proto Pisani, *op. ult. cit.*, p. 370; Chizzini, *L'intervento adesivo*, I, Padova, 1991, p. 67 ss., e in II, p. 494 ss., spec. p. 575 ss., p. 656 ss., ritiene trattarsi di estensione di meri effetti esecutivi.

[63] Ravazzoni, *Le ipoteche*, in Rescigno (a cura di), *Trattato di dir. priv.*, XX, 2, Torino, 1998, p. 85 ss.; Rescigno, voce *Obbligazioni (nozione)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 206.

[64] In altra sede ho messo in evidenza la diversa soluzione adottata dal sistema tavolare, che prevede una eccezionale annotabilità della domanda di accertamento del debito, relativo al bene ipotecato (art. 20 lett. *e*, l. tavolare): sul punto Chianale, *I diritti reali*, 6, *ipoteca*, 2° ed., in Sacco (a cura di), *Trattato di dir. civ.*, 2010, Torino, p. 376; Tommaseo, in Gabrielli, Tommaseo (a cura di), *Comm. della l. tav.*, Milano, 1999, p. 320 ss.

Nel secondo caso, la soluzione è analoga perché la predetta disposizione parifica l'effetto ottenuto giudizialmente a quello ottenuto in via negoziale.

c) L'impugnazione delle deliberazioni assembleari.

Altrove[65] ho tentato di dimostrare che il diritto di impugnativa da parte dei soci delle deliberazioni dell'assemblea rientra nel meccanismo della pregiudizialità da rinvio mobile.

Infatti, il diritto esercitato dal singolo socio, permeato di superindividualità, tende alla eliminazione della delibera e si indirizza, in prima battuta, nei riguardi del gruppo.

È grazie alla relazione di continenza fra le fattispecie dei singoli membri e l'effetto avente ad oggetto la delibera del gruppo che l'invalidità di quest'ultima si ripercuote sulle posizioni dei soci.

Di più, l'effetto si ripercuote su tutti i terzi che siano titolari di diritti acquistati in base ad "atti compiuti in esecuzione della deliberazione".

Per contro, la buona fede agisce come inibitore dello stesso nesso di pregiudizialità.

L'effetto dell'accertamento opera a prescindere dal suo contenuto positivo o negativo; peraltro, in caso di accertamento negativo dell'invalidità, sono sempre fatti salvi i diritti di impugnazione concorrente, se ancora esperibili.

Quanto all'arbitrato, vi è una esplicita disposizione, l'art. 35, comma 4°, d.lgs. n. 5 del 7 gennaio 2003, che stabilisce che "le statuizioni del lodo sono vincolanti per la società".

La norma, a mio avviso, conferma la impostazione prescelta, perché ribadisce che la vicenda giuridica colpisce direttamente l'organizzazione, il gruppo; è solo sul piano sostanziale della ripercussione da dipendenza che l'effetto si produce automaticamente sui singoli membri, con riguardo alle situazioni soggettive oggetto della deliberazione.

---

[65] *Pregiudizialità e rinvio*, Bologna, 2011, p. 281 ss.

La disposizione conferma altresì che l'effetto di accertamento si produce a prescindere dal suo contenuto[66].

Che il lodo di annullamento della delibera abbia effetto nei riguardi di tutti i soci è del resto pacifico in dottrina[67].

Ci si deve chiedere se il lodo irrituale segua il medesimo regime.

La risposta è positiva per due ordini di motivi: in primo luogo, non v'è differenza di regime di efficacia fra l'annullamento processuale e l'eliminazione negoziale della deliberazione attraverso la sua sostituzione[68] (come del resto accade a monte nella fase di formazione dell'atto, efficace nei riguardi di tutti i soci ai sensi dell'art. 2377, comma 1°, c.c.).

La natura negoziale del lodo non è di ostacolo, quindi, al suo ambito soggettivo.

In secondo luogo, è da ritenere che il tenore generale dell'art. 35 cit., incidendo sulle relazioni fra diritti sostanziali, ne consenta l'applicabilità anche all'arbitrato irrituale.

Del resto, il d.lgs. n. 5 del 2003 non è estraneo all'àmbito irrituale dell'arbitrato, come dimostra l'esplicita menzione in materia cautelare di cui all'art. 35, comma 5°. Né vi osta l'espressa esclusione delle norme sull'arbitrato rituale enunciata dall'art. 808-*ter* c.c., essendo riferita alla fonte codicistica.

Si noti, poi, che la tutela del terzo, nell'arbitrato societario, è potenziata: oltre all'usuale intervento adesivo dipendente, è possi-

---

[66] Questa interpretazione consente di sciogliere alcuni nodi applicativi, quali la questione se la disposizione si applichi solo con riguardo alla clausola statutaria, o anche al compromesso o altra clausola compromissoria; per la sua vocazione generale, sarei senz'altro per prevederne il massimo ambito possibile.

[67] In altri termini, il riferimento alla società riconduce la questione degli effetti del lodo al piano sostanziale del funzionamento dell'organizzazione: fra i primi commentatori della riforma societaria Carpi, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 429; E.F. Ricci, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 526 ss., intende l'espressione come ricomprendente "la società, i suoi organi, i suoi membri"; Luiso, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 722; Biavati, *Il procedimento nell'arbitrato societario,* in *Riv. arb.*, 2003, p. 41 s.; Bove, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, p. 473 ss., in www.judicium.it, par. 4, favorevole ad una interpretazione non innovativa rispetto ai principi generali in tema di opponibilità dell'accertamento.

[68] Lo si deduce dall'art. 2377, ult. comma, c.c., ai sensi del quale restano salvi i diritti dei terzi di buona fede, il che significa che tutti gli altri terzi sono travolti dalla deliberazione.

bile per qualunque terzo, anche non compromittente, partecipare all'arbitrato con intervento innovatore, senza il consenso delle parti originarie.

Ci si può chiedere se la previsione si applichi anche all'arbitrato irrituale.

Sarei per la negativa, in quanto, a differenza della disposizione circa l'efficacia del lodo, la norma non ha un potenziale generale, ma introduce una disciplina processuale eccezionale, rispetto alla regola codicistica, come tale da interpretare in senso restrittivo; opinando diversamente si finirebbe, indirettamente, per violare la regola secondo cui all'arbitrato irrituale non si applicano le norme dedicate all'arbitrato rituale (fra le quali appunto la possibilità di intervento del terzo), in evidente contrasto con la naturale limitazione alle parti nella formazione dell'atto negoziale.

d) Il rapporto di credito rispetto ai beni del debitore.

La dottrina ha a lungo discusso se si rientri nell'ipotesi della irrilevanza giuridica[69], oppure del nesso giuridicamente rilevante.

---

[69] Una parte degli studiosi li include nella categoria dei rapporti dipendenti (Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 90 ss.: il pregiudizio giuridico colpirebbe non il diritto di credito bensì il particolare diritto "sui singoli beni esecutati"; E.F. Ricci, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, cit., p. 658; Carnelutti, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Studi di dir. proc.,* I, Padova, 1925, p. 447, in critica a Betti; Proto Pisani, *Opposizione di terzo*, cit., p. 182 s.; per l'analogo problema nel caso di atto negoziale di disposizione Franzoni, in Gabrielli (a cura di), *Il contratto e i terzi, I contratti in generale*, in Rescigno (a cura di), *Il trattato dei contratti*, II, Torino, 1999, p. 1051 ss., parla addirittura di efficacia diretta), mentre altra dottrina li considera terzi c.d. indifferenti, che vengono investiti dal giudicato soltanto di fatto (Chiovenda, *Principii di dir. proc. civ.*, Napoli, 1980, rist. an., p. 921 ss., spec. p. 929 e Id., *Istit. di dir. proc. civ.*, I, Napoli, 1933, p. 378 ss.; Betti, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, p. 150 ss.; Micheli, *Corso di dir. proc. civ.*, Milano, 1959, I, p. 298; Liebman, *Manuale di dir. proc. civ.*, II, Milano, 1981, p. 414; Fabbrini, *Contributo alla dottrina*, cit., p. 151; La China, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 62). Parla di "incompatibilità in un dato momento e per determinate circostanze di contrapposti interessi e situazioni giuridiche" Monteleone, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978, p. 100; cfr. Vocino, *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale civile, IV Cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1971, p. 551.

Mutando prospettiva[70], si può valutare se l'innovazione giuridica (sottrazione di un bene dalla garanzia generica) sia in grado di mutare gli *essentialia* del diritto in capo al creditore.

Ora, ove nelle modalità essenziali si includano anche quelle che consentono la concreta attuazione del diritto[71], ai creditori va riconosciuto lo *status* di terzi investiti dalla innovazione giuridica e, pertanto, di "terzi non indifferenti"[72].

Con riguardo al lodo, la rilevanza giuridica dell'accertamento rispetto ai creditori è confermata, a contrario, dalla estensione nei loro confronti del rimedio della opposizione di terzo revocatoria[73].

La medesima soluzione vale per il lodo irrituale, essendo pacifico che l'atto negoziale posto in essere dal debitore sia in grado di esplicare la medesima efficacia dell'accertamento giudiziale, in ordine alla garanzia generica del credito.

Contro il lodo irrituale, peraltro, i creditori non hanno a disposizione il rimedio dell'opposizione di terzo revocatoria.

Si può peraltro avanzare l'idea di applicazione al lodo irrituale dell'art. 2901 c.c., cioè l'azione pauliana, intendendo per atti di disposizione tutti gli atti che importino una vicenda giuridica sui diritti, ivi compreso, dunque, l'accertamento negoziale: vale a dire, si

---

[70] Carpi, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, cit., p. 15, ha affermato che, in tal caso, "un pregiudizio o rileva per l'ordinamento, ed allora è giuridico, o non rileva e in tal caso non è neppure pregiudizio".

[71] Al contrario, per i fautori della categoria dei terzi indifferenti, "il modo di essere del diritto accertato non reagisce su quello del terzo, pregiudicandolo nella sua esistenza – come sarebbe invece se si trattasse di ricondurre l'ipotesi nello schema della pregiudizialità, intesa secondo la tesi più tradizionale (n.d.a.) –, ma il contenuto della sentenza riduce la possibilità concreta di realizzazione della situazione soggettiva del terzo oppure incide sul ventaglio di difese processuali, da lui spendibili in un successivo giudizio": Menchini, *Il giud. civ.*, cit., p. 160. Qui si tratta di capire se la modificazione del contenuto del diritto (e non la sua estinzione) possa rilevare sotto il profilo degli effetti riflessi.

[72] Ciò accade in quanto l'atto di disposizione del singolo bene non rientra direttamente (in negativo) nella fattispecie creditoria, ma soltanto in via indiretta attraverso la garanzia patrimoniale "generica" di cui all'art. 2470 c.c.; è, in fondo, questo l'innegabile dato descrittivo che ha spinto certa dottrina a differenziare le due categorie: Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 106 s.; Carpi, *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, cit., p. 15.

[73] In questo senso mi pare Proto Pisani, *Note in tema di limiti soggettivi*, cit., p. 414; Luiso, *Principio del contraddittorio*, cit., p. 101.

adotta un concetto di disposizione in senso ampio e non in senso stretto.

La relazione fra diritto di garanzia generica e diritto di proprietà del terzo è in termini di pregiudizialità negativa, vale a dire di incompatibilità fra diritti soggettivamente diversi[74].

Se ne parlerà a breve.

Qui mi limito ad osservare che si tratta di una eccezione alla regola secondo cui i terzi titolari di diritti incompatibili con quello accertato non risentono dell'accertamento emesso *inter alios*.

È una eccezione derivante dal fatto che l'accertamento del diritto del terzo rispetto al bene del debitore sarebbe inutile se non valesse a sottrarre il bene alla garanzia generica, dunque alla potenziale espropriabilità da parte del creditore[75].

La peculiarità della fattispecie deriva dal fatto che il diritto di garanzia generica non si apprezza mai, nel processo, nel suo diretto accertamento, bensì nei riflessi che detto diritto spiega nella fase esecutiva del credito.

9. *I casi di rinvio fisso*

Vengo ora ai casi in cui il lodo non è in grado di spiegare efficacia nei riguardi del terzo, altrimenti denominati di "rinvio fisso".

a) Le forme della garanzia. Analizzerò le fattispecie più rilevanti.

a1) Garanzia per evizione.

L'accertamento arbitrale sul diritto del terzo evittore non è contemplato dalla disciplina positiva.

---

[74] Maiorca, voce *Fatto giuridico-fattispecie*, in *Noviss. Dig. it.,* VII, Torino, 1957, pp. 123-127 e Id., *Vicende giuridiche*, in *Noviss. Dig. It.,* XX, Torino, 1957, p. 692 ss., afferma che anche il fatto negativo, se naturalisticamente è un *non quid*, normativamente è un *quid* perché consente l'efficacia causale. Sulla riconducibilità dell'incompatibilità alla categoria della pregiudizialità, cfr. il mio *Pregiudialità e rinvio*, cit., p. 124 ss.

[75] Si noti che non viene in rilievo il restringimento processuale tipico dei diritti assoluti, nei quali oggetto dell'accertamento è la frazione del diritto che coinvolge le parti. Qui l'inutilità inerisce proprio a quella frazione, perché è il diritto di A contro B ad essere condizionato dall'espropriabilità del bene da parte del creditore C.

Il legislatore detta regole nelle ipotesi di accertamento statuale e di riconoscimento spontaneo del diritto del terzo, accomunando entrambe le fattispecie sotto il profilo della inopponibilità al venditore, ma accordando, al contempo, differenti conseguenze per quanto riguarda l'onere della prova nel successivo processo[76].

L'agevolazione del compratore quanto all'onere della prova sembra discendere dal fatto che, nonostante la mancata partecipazione del venditore al giudizio, "il fatto di accertamento"[77] rappresenta il frutto di un processo, diretto ad arrivare il più possibile vicino alla verità.

Al contrario, l'atto negoziale di riconoscimento, pur integrando gli estremi di un accertamento, non passa attraverso il processo e non consente pari privilegio.

Se la *ratio* è esatta, dovrebbe conseguirne che il lodo rituale, la cui efficacia è parificata a quella della sentenza, non è in grado di esplicare l'effetto di accertamento sul diritto di garanzia, ma attribuisce comunque al venditore la necessità di provare, in un successivo eventuale processo, che vi erano ragioni sufficienti per far respingere la domanda.

Il sistema delineato dalla legge per il processo pubblico consente al compratore di ottenere un effetto ulteriore, cioè quello di estendere la sentenza al venditore attraverso la sua chiamata in causa[78].

In arbitrato, il venditore che non abbia firmato il patto arbitrale non può essere compulsato ad un processo che non ha scelto; l'estensione a favore del compratore non sarà perciò possibile senza la collaborazione del venditore.

---

[76] L'art. 1485 c.c. mostra di trattare in modo diverso l'ipotesi nella quale sia una sentenza a condannare il compratore a restituire il bene al terzo, rispetto a quella in cui sia lo stesso compratore a riconoscere spontaneamente il diritto del terzo – ad es. con una transazione: Valsecchi, *Il giuoco, la scommessa, la transazione*, in Cicu, Messineo (a cura di), *Tratt. di dir. civ. e comm.*, Milano, 1986, p. 371. Nell'un caso, infatti, il venditore deve provare che vi erano ragioni sufficienti per far respingere la domanda, mentre nell'altro caso l'onere della prova incombe sul compratore.

[77] Per usare le parole di Falzea, voce *Efficacia giuridica*, cit.

[78] Cfr. Gambineri, *Garanzia e processo*, I, Milano, 2002, p. 5 ss.; Greco Cottino, *Della vendita*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Comm. c.c.*, Bologna-Roma, 1972, p. 164.

Tuttavia, il discorso non può terminare qui, perché l'art. 1485 c.c. attua un meccanismo più sofisticato.

Infatti, la *denuntiatio litis* è posta anche a tutela del venditore[79], il quale ha interesse a partecipare al giudizio di evizione, per evitare le conseguenze che gli derivano dal mancato intervento.

Egli potrà quindi intervenire in via adesiva dipendente nel processo arbitrale, anche, eventualmente, per la via di una provocatio ad intervenendum (cioè, una mera denuncia di lite, che non comporta in alcun modo la qualità di parte dell'arbitrato in capo al venditore, sempre libero di intervenire o meno)[80].

Quest'ultima non è prevista dalla legge ma, a mio avviso, non è per questo inammissibile, non comportando alcuna conseguenza giuridica in capo al venditore al di fuori dell'art. 1485 c.c.: anzi, ritengo che gli arbitri possano e debbano per primi farne uso, al fine di tutelare il più possibile il terzo.

Il lodo irrituale non può usufruire della disciplina dettata per le sentenze; si potrebbe al contrario pensare ad una applicazione dell'ultimo comma dell'art. 1485 c.c., che al riconoscimento spontaneo del diritto del terzo ad opera del compratore non accorda alcuna inversione dell'onere della prova (è il compratore a dover dimostrare che non esistevano ragioni sufficienti per impedire l'evizione)[81].

Mi rendo conto che il riconoscimento spontaneo è cosa ben diversa dall'accertamento conseguito all'esito di un processo, riconducibile senz'altro all'arbitrato irrituale. Tuttavia, si pone ad ostacolo insuperabile il dato letterale della norma, specie se confrontata con l'art. 808-*ter* c.p.c., che vieta un parallelo fra "determinazione contrattuale" e sentenza.

---

[79] G.B. Ferri, *La vendita in generale, le obbligazioni del venditore, le obbligazioni del compratore*, in P. Rescigno (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, 11, 2ª ed., Torino, 2000, p. 553.

[80] L'adesione del venditore, in ipotesi, dovrà essere strettamente limitata al rapporto pregiudiziale e non può valere ad inserire anche l'azione di garanzia, a meno che non si allarghi, con il consenso di tutte le parti, l'ambito dei diritti devoluti ad arbitrato.

[81] Si noti che anche in questo caso i fatti costitutivi sono espressi dalla legge in formula negativa, rivolti cioè alla fondatezza del riconoscimento spontaneo, più che all'esistenza del diritto del terzo.

In altri termini, non potendosi applicare, né in via estensiva, né in via analogica, la parte della norma relativa alla sentenza, non resta che la regola generale di indifferenza del terzo rispetto all'accertamento altrui.

Parimenti, come ho già detto in via generale, non mi pare possibile riconoscere al venditore il diritto all'intervento adesivo dipendente, in un fenomeno tutto negoziale quale è l'arbitrato irrituale.

a2) Fideiussione.

Il rapporto di debito principale è oggetto di rinvio fisso nel rapporto di garanzia.

Infatti, ai sensi dell'art. 1945 c.c., il fideiussore può opporre al creditore "tutte le eccezioni che spettano al debitore principale".

Vi va ricompreso l'accertamento giudiziale e dunque, in virtù dell'equiparazione legislativa, l'accertamento compiuto con il lodo rituale.

Ritengo che all'interno delle "eccezioni" sia da contemplare anche l'eventuale "determinazione contrattuale" derivante da lodo irrituale, che abbia visto il garantito vittorioso nei confronti del creditore.

È qui da notare che la norma non importa alcun effetto *ultra partes* del lodo[82], contrariamente a quanto potrebbe apparire.

L'effetto riflesso dell'accertamento, infatti, è per sua natura automatico.

Il rinvio, in altri termini, è fisso: è lasciata al terzo la valutazione se avvalersi o meno del risultato dell'accertamento.

Si è avanzata l'idea che l'art. 1945 c.c. fondi il diritto del fideiussore di opporre al creditore la convenzione arbitrale – rituale o irrituale che sia[83] – contenuta nel contratto riguardante il debito principale.

---

[82] In Francia, la soluzione è differente. Secondo una pronuncia del Tribunale di Nanterre (5 settembre 2001, in *Rev. arb.*, 2002, p. 455, n. Bureau), il garante è stato condannato sulla scorta di una pronuncia arbitrale intervenuta fra debitore e creditore, circa il debito principale. Si fa ricorso al concetto di rappresentanza anche per il caso dell'assicurazione (Mourre, *L'intervention des tiers à l'arbitrage*, in *Gaz. du palais*, 2001, p. 123, par. 11).

[83] Cfr. Carleo, *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Torino, 1998, p. 91; Fragali, *Fideiussione-mandato di credito*, in Scialoja, Branca (a cura

Pur tuttavia, l'interpretazione proposta deve fare i conti con l'autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto.

In mancanza di espressa dizione, infatti, si deve ritenere che l'art. 1945 c.c. si riferisca al rapporto di debito principale e non a quello, diverso, relativo alla scelta arbitrale come mezzo di risoluzione delle controversie.

Pertanto, a mio avviso, il fideiussore non risente degli effetti di accertamento del rapporto di debito principale ma non può neppure aderire al patto compromissorio, proponendo autonome domande: potrà tutt'al più svolgere intervento adesivo dipendente nell'arbitrato rituale.

Per quanto riguarda l'azione di regresso del fideiussore nei confronti del debitore – sempre che la si voglia distinguere dalla azione di surrogazione di cui all'art. 1949 c.c.[84] –, vi è un chiaro nesso di dipendenza dall'obbligo di garanzia.

Ai sensi dell'art. 1952 c.c. il fideiussore, per conservare il regresso, deve denunziare il pagamento fatto al debitore: in mancanza, perde il diritto ove il debitore abbia a sua volta pagato.

La norma non prende in considerazione il caso in cui l'obbligo di garanzia sia frutto di un accertamento (giudiziale o contrattuale che sia).

Dunque, delle due l'una: o si ritiene, con un certo sforzo interpretativo, che l'obbligo di denuncia del pagamento si applichi anche al caso in cui il creditore abbia convenuto il fideiussore per la garanzia; oppure, in mancanza di espressa disciplina, si rinvia all'art. 1306 c.c., dettato in prima battuta per le obbligazioni ad interesse plurisoggettivo, ma richiamabile in virtù della solidarietà delle obbligazioni ad interesse unisoggettivo, rimanendo confermata l'inefficacia dell'accertamento dell'obbligo di garanzia sul regresso.

---

di), *Comm. c.c.*, Bologna, p. 318. Salvaneschi, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, 1999, p. 110.

[84] Vi è dibattito in dottrina se l'azione di regresso di cui all'art. 1950 c.c. debba o meno ritenersi distinta dalla surrogazione del precedente art. 1949 c.c.: v. Bozzi, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, in P. Rescigno (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, 13, Torino, 1985, p. 261, che propende per la distinzione, proprio per il diverso regime della opponibilità delle eccezioni al fideiussore: *contra* Fragali, *Fideiussione-mandato di credito*, cit., 1968, p. 362 ss.

In entrambi i casi, comunque, l'accertamento della garanzia non si estende automaticamente al diritto di regresso, ma costituisce, al più, frutto di una valutazione del terzo debitore.

Da tenere distinto è il problema della opponibilità del patto compromissorio al fideiussore che si sia surrogato nei diritti del creditore.

La sostituzione nella posizione altrui[85] – vera e propria successione nel diritto – fa sì che il patto compromissorio divenga vincolante per il fideiussore, nel giudizio in confronto del debitore *ex* art. 1949 c.c.

In questo caso l'estensione del patto compromissorio al garante trae giustificazione unicamente dalla surrogazione (art. 1203 c.c.), a prescindere dal consenso delle parti originariamente coinvolte.

b) I diritti solidali ad interesse plurisoggettivo.

Può apparire singolare comprendere la solidarietà dei diritti ad interesse plurisoggettivo nella categoria della pregiudizialità.

Data per ammessa la scindibilità dei diritti, ipotizzo infatti che questi ultimi siano in relazione di continenza reciproca, questa intesa come continenza, all'interno di ciascuna fattispecie, dell'altro diritto nella sua dimensione "collettiva"[86].

L'art. 1306 c.c. detta la soluzione in linea con quella già vista per la fideiussione: "la sentenza [...] non ha effetto contro gli altri debitori o contro gli altri creditori"; piuttosto, questi ultimi possono opporla alla parte, se la ritengano favorevole.

Il lodo rituale segue, pertanto, la medesima sorte.

Ci si deve chiedere se analoga soluzione valga per l'arbitrato irrituale.

La legge disciplina una serie di ipotesi in cui uno dei diritti sia oggetto di disposizione negoziale ad opera del titolare.

A larghe spanne, le ipotesi si dividono in casi in cui l'atto è tendenzialmente opponibile al creditore solidale (remissione, novazione); casi in cui l'atto è viceversa non opponibile (riconoscimento di

[85] Bozzi, *La fideiussione, le figure affini e l'anticresi*, cit., p. 259.

[86] Debbo rinviare a *Pregiudizialità e rinvio*, cit., p. 329 ss.

debito); infine casi in cui la scelta sull'opponibilità è rimessa alla valutazione del terzo.

È giusto osservare che il criterio ispiratore delle diverse soluzioni normative sembra essere l'opponibilità del solo risultato favorevole a colui che non abbia partecipato alla formazione dell'atto. Nei casi in cui il contenuto dell'atto è determinabile a priori, è il legislatore stesso a compiere la valutazione; negli altri casi, la valutazione è rimessa *ex post* al terzo.

Poiché la determinazione contrattuale contenuta nel lodo irrituale non è valutabile a priori, è ragionevole ritenere che segua il regime previsto per le transazioni e per le sentenze: sarà il terzo a valutare l'opportunità di far valere il lodo a suo favore.

In ogni caso il lodo irrituale non sarà per lui efficace, in mancanza di suo consenso.

Quanto all'azione di regresso del debitore che abbia pagato l'intero, l'art. 1299 c.c. (ai sensi del quale costui può ripetere dagli altri la parte spettante a ciascuno di essi) va letto insieme all'art. 1306 c.c., cosicché l'accertamento del debito non sarà opponibile ai debitori rimasti estranei, ma, al contempo, costoro se ne potranno avvalere se a loro favorevole[87].

10. *I terzi titolari di diritti incompatibili: la pregiudizialità-dipendenza negativa*

La continenza del "non-effetto" è, sotto il profilo strutturale della fattispecie, inclusa nella pregiudizialità. È vero che non vi è alcuna "insiemistica" continenza quando la fattispecie presupponga – non l'esistenza, ma – l'inesistenza di un dato diritto[88].

Tuttavia, vi è qualcosa di più di una semplice reciproca indifferenza: A esiste solo se non esiste B e viceversa. L'inesistenza acqui-

[87] In giur. si v. Cass., 21 settembre 2007, n. 19492, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2008, p. 227 ss.

[88] Sul punto Recchioni, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, p. 80 ss., p. 158.

sta, sotto questo profilo, un valore logico positivo, come negazione di un fatto-diritto[89].

La dottrina è sostanzialmente pacifica nel negare effetti riflessi dell'accertamento in caso di incompatibilità diretta fra diritti soggettivamente diversi; l'esempio è quello della coesistenza di due diritti reali o personali sullo stesso bene.

Più difficile è, invece, individuare il motivo della predetta inefficacia.

Riterrei di differenziare il caso in cui l'incompatibilità sia soggettivamente coincidente da quello in cui vengano in rilievo diritti incompatibili fra diversi soggetti.

Preso ad esempio il diritto di proprietà, l'accertamento ottenuto da A nei confronti di B si ripercuote sul diritto di B nei confronti di A sullo stesso bene: il diritto di A rispetto a B, oggetto di accertamento, entra, in chiave negativa, nella fattispecie del diritto incompatibile di B rispetto ad A.

Non altrettanto accade, però, con riferimento al diritto del terzo C.

Ciò per effetto della frazionabilità intrinseca di determinati diritti; frazionabilità che si apprezza solo nella prospettiva processuale ma che opera sul piano sostanziale.

Si faccia ancora l'esempio del diritto di proprietà.

È vero che, sul piano sostanziale, il diritto di A non può esistere se esiste il diritto di C sullo stesso bene; ma ciò accade solo con riguardo alla prospettiva assoluta del diritto pregiudiziale (di C); non con riguardo al rapporto personale – pur sempre fondato sul diritto reale – che lega C a B e che costituisce il vero oggetto del processo di accertamento[90].

---

[89] Maiorca, *op. ult. cit*.

[90] In altri termini, oggetto del processo fra C e B non è l'esistenza del diritto reale di C (pregiudiziale in senso negativo rispetto ad ogni altro diritto di proprietà su quello stesso bene), bensì la relazione, fondata su quel diritto, fra C e B. Pertanto, rispetto al diritto di A, detta relazione non entra in rinvio mobile, ogni sua vicenda non è in grado di ripercuotersi sulla fattispecie che fa capo ad A. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., p. 55 ss., spiega la categoria con la consueta analisi oggettiva dell'accertamento e parla in proposito di "veri terzi indifferenti"; diff. Vocino, *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale civile*, cit., p. 540, pone in rilievo la diversità dei rapporti in questione, nel senso che il diritto fatto

La vicenda di accertamento di quest'ultimo diritto, nella sua prospettiva relativistica, non può dunque ripercuotersi sulla fattispecie relativa all'altro diritto.

Dunque, nessuna efficacia *secundum legem* può verificarsi con riferimento al lodo rituale, se non quella, meramente di fatto, che può derivare, ad esempio, dalla esecuzione del provvedimento fra le parti[91].

Il terzo avrà a disposizione, oramai pacificamente, il rimedio dell'opposizione di terzo ordinaria contro il lodo[92]; e ciò sia se abbia stipulato la convenzione arbitrale, sia se vi sia estraneo[93].

Per contro, la tutela "preventiva" del terzo, attraverso l'intervento innovativo nel processo, sarà condizionata, in arbitrato, al previo assenso delle parti originarie.

Per quanto riguarda il lodo irrituale, la soluzione circa l'inefficacia dell'accertamento deve essere, a mio avviso, identica.

Infatti, se l'accertamento giudiziale non opera rispetto al terzo, parimenti ed a maggior ragione non potrà influire sul terzo l'analoga iniziativa negoziale.

Del resto, si è detto all'inizio di questo studio che l'operatività del meccanismo sul piano sostanziale dei diritti importa logicamente l'irrilevanza della fonte dalla quale provenga l'innovazione giuridica[94].

---

valere dal terzo non è incompatibile in quanto è lo stesso fatto valere dalla parte, bensì si tratta di due diritti diversi ed indipendenti fra loro: dunque, *nulla quaestio*, per quanto riguarda una possibile efficacia *ultra partes* della sentenza.

[91] Il c.d. danno da esecuzione di Satta, *Comm. al c.p.c.*, II, 2, Milano, 1957-1971, p. 348 ss.

[92] Mi limito a menzionare la nota costruzione di Fabbrini, *L'opposizione ordinaria*, cit., pp. 76 ss., 107 ss. ("l'effetto pregiudizievole [...] consiste in questo, che la regola impartita dalle norme sostanziali, per cui il suo diritto doveva essere soddisfatto a preferenza dell'altro, rimane svuotata e priva di significato, in quanto il soggetto rimasto soccombente nell'altrui giudizio, finché la sentenza esiste ed è efficace, deve senz'altro rispettare il suo contenuto e realizzarlo in fatto"; ciò a condizione, appunto, che la sentenza sia lesiva della regola di prevalenza, pur accertando correttamente il rapporto incompatibile) contrapposta a quella di Proto Pisani, *Opposizione di terzo*, cit., p. 258 ss., che, in quello studio, riteneva che l'unico rimedio potesse provenire dalla opposizione all'esecuzione.

[93] Conf. Consolo, *Spiegazioni*, cit., p. 475.

[94] Per la verità è stata proposta una interpretazione differente, con riguardo al caso in cui un soggetto conceda su un bene un medesimo diritto personale di

Quanto ai rimedi derivanti dall'eventuale pregiudizio di fatto, che derivi dal lodo irrituale, il terzo non potrà ricorrere all'opposizione di terzo ordinaria, non prevista dalla legge, bensì potrà esperire l'azione di nullità del lodo, nei casi previsti per il contratto.

11. *Conclusioni*

L'analisi svolta ha portato ai seguenti risultati.

Il lodo, anche di equità[95], è suscettibile di esplicare effetti riflessi, quando siano giustificati da nessi di condizionalità sul piano so-

---

godimento – ad es. derivante da comodato – nei confronti di due soggetti. L'art. 1380 c.c. si preoccupa di regolare il conflitto che ne deriva, attribuendo la preferenza a colui che ottiene l'effettivo godimento del bene per primo, ovvero stabilendo, in difetto di godimento da parte di entrambi, il criterio del titolo avente la data certa anteriore. Si è ritenuto che la proposizione della domanda di adempimento da parte del comodatario avente titolo di data anteriore equivalga ad una sorta di fittizio godimento, tale da giustificare la preferenza legislativa di quest'ultimo nei confronti del successivo avente causa, che abbia conseguito il godimento dopo la domanda (Natoli, *Il conflitto di diritti e l'art. 1380* c.c., Milano, 1950, p. 176 ss., spec. p. 179; in questo senso appare Trib. Genova, 11 dicembre 1948, in *Riv. dir. proc.*, 1949, II, p. 262 con nota di Bianchetti, *Concorrenza fra appello e opposizione di terzo e conflitto di giudicati*, decisione criticata da Fabbrini, *L'opposizione di terzo ordinaria nel sistema dei mezzi di impugnazione*, cit., p. 91 nota 23). Ciò a differenza dell'ipotesi in cui il diritto di godimento sia stato oggetto di una mera disposizione negoziale (cui andrebbe equiparato il lodo irrituale), in riferimento alla quale si ha pur sempre riguardo all'effettivo godimento, non essendo ammessi criteri alternativi. A questa soluzione interpretativa si è obiettato (Messineo, *Il contratto in genere*, in Cicu, Messineo (a cura di), *Trattato di dir. civ. e comm.*, XXI, 2, Milano, 1972, p. 89) che una cosa è l'accertamento del diritto ottenuto con il giudicato, una cosa sono i presupposti di schietto diritto sostanziale. V. anche Fabbrini, *op. ult. cit.*, p. 92; v. anche Proto Pisani, *Opposizione di terzo*, cit., p. 345 ss. e pp. 392-395; Andrioli, *Coordinamento degli artt. 1380 cod. civ. e 619 cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, p. 284 s.

[95] E lo è anche, ritengo, ove sia emesso secondo equità, perché l'operatività dell'effetto sul piano sostanziale svincola il medesimo effetto dal metro di giudizio, dispositivo o di accertamento in senso stretto. Lo riconosce, direi, E.F. Ricci, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, cit., p. 661 (*contra*, Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 230; ma poi v. la concezione dell'a. favorevole all'equiparazione fra lodo e sentenza dopo la novella del 1994: Id., *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua "omologazione"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 821 ss.): nell'esempio della rivendica di Tizio nei confronti di Caio, il quale vende e trascrive dopo la trascrizione della domanda di rivendica, non credo

stanziale, caratterizzati da una determinata specie di rinvio all'effetto.

a) Se il rinvio è "mobile", il lodo, alla pari di ogni altro atto che provochi una innovazione giuridica, è in grado di esplicare effetti riflessi nei confronti del terzo, titolare di un rapporto dipendente da quello deciso[96].

b) Se il rinvio è "fisso", nessuna ripercussione del mutamento giuridico si produce sulla fattispecie pregiudicata.

Pur tuttavia, non è per questo da escludersi una certa rilevanza della vicenda sul rapporto pregiudicato, che non consiste però nella riflessione dell'effetto.

A seconda della specifica previsione normativa, si può trattare di modifiche al sistema dell'onere della prova, come nella garanzia per evizione; oppure, come nel caso della fideiussione e dell'obbligo solidale, della possibilità per il terzo di avvalersi dell'accertamento a lui favorevole.

Nel rinvio fisso, proprio perché si è al di fuori della ripercussione fondata sul piano sostanziale del nesso di condizionalità, assume di nuovo importanza la natura dell'atto che ha provocato il mutamento giuridico.

---

che la soluzione vari a seconda che la sentenza sia secondo equità o secondo diritto (nel primo caso, cioè, l'acquirente non risentirebbe dell'accertamento a favore di Tizio, perché si tratterebbe di una disposizione come tale operativa dalla data della sentenza) perché vi osta, ritengo, l'effetto di prenotazione tipico della trascrizione della domanda, che dovrebbe operare, in assenza di espressa deroga, in via generalizzata, a prescindere dal metro con il quale si sia giunti all'attribuzione a favore di Tizio. Anche in Francia si è ritenuto che l'equità non modifichi l'efficacia *ultra partes*: Mayer, in *Rev. arb.*, 2009, p. 334 ss. cita in proposito la pronuncia della Cass. francese del 2 dicembre 2008.

[96] Insomma, non sussistono particolari ostacoli alla configurabilità di effetti riflessi in capo alla decisione arbitrale, ostacoli che viceversa sussisterebbero, a mio avviso, se il problema della ripercussione dell'efficacia della pronuncia si ricollegasse strettamente ad un valore autoritativo tipico della decisione giurisdizionale di provenienza statuale (diff. direi Ruffini, *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 649 ss.): E.F. Ricci, *Il lodo rituale nei confronti dei terzi*, cit., p. 665 ss., giustamente rileva le conseguenze inammissibili alle quali si perverrebbe negando che il lodo possa esplicare quegli effetti che la legge stabilisce a favore dei terzi e riconoscendo viceversa tali effetti alla sentenza ed al negozio (a prescindere ora dalla diversa dottrina che si intenda accogliere in proposito).

Così non vi è da meravigliarsi se il lodo rituale, attesa la sua equiparazione con la sentenza, sia in grado di esplicare effetti più intensi rispetto al lodo irrituale, che opera alla pari di un atto di disposizione negoziale.

SOMMARIO

Prefazione 7
Michele Taruffo

Riflessioni sulla natura dell'arbitrato irrituale 11
Caterina Arrigoni

La tutela multilivelli dei diritti fondamentali: una bussola per l'Europa? 33
Paolo Biavati

I rapporti tra gli organi di giustizia dell'Unione europea nella nuova architettura dopo il trattato di Lisbona 57
Roberto Bonatti

Conciliazione e arbitrato nel "collegato lavoro" 81
Domenico Borghesi

La nuova forma del processo civile telematico 115
Brunella Brunelli

Contrattualizzazione del processo civile: prospettive italiane nel solco francese 155
Maria Giulia Canella

Verso uno statuto europeo del giudice? Brevi considerazioni sull'indipendenza del giudice nello spazio giudiziario europeo 183
Daniela Cavallini

L'estensione degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* l. fall.) all'imprenditore agricolo: un primo passo verso il fallimento del debitore civile? Cenni di diritto comparato e prospettive di riforma 211
Elena Frascaroli Santi

L'accesso alla tutela cautelare italiana nell'ipotesi di arbitrato estero.....235
Elena Granata

Piccole variazioni in tema di *errores in procedendo* e accertamento del fatto nel giudizio in Cassazione 259
Andrea Graziosi

La proposta di modifica del regolamento n. 44 del 2001: le norme sulla giurisdizione.....281
Michele Angelo Lupoi

Brevi osservazioni sull'appello con riserva dei motivi.....313
Alessandro Nascosi

Impatto della normativa comunitaria sull'ordine di esibizione e sulla *discovery* nella tutela del diritto d'autore.....329
Stefania Polidoro

La tutela comunitaria della ragionevole durata del processo: un diritto solo sulla Carta?.....355
Giovanni Porcelli

Minore e processo nelle riflessioni della Cassazione: capacità processuale, difesa e ascolto alla luce delle fonti internazionali.....371
Lea Querzola

Arbitrato e regolamento Ce n. 44 del 2001: permane l'esclusione dal campo di applicazione? Note a margine della proposta della Commissione per la riforma del regolamento.....391
Carlo Rasia

Esperienze statunitensi e prova scientifica nella ricerca della verità giudiziale..421
Gian Franco Ricci

L'efficacia *ultra partes* del lodo arbitrale.....461
Elena Zucconi Galli Fonseca

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2008.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. Zucconi Galli Fonseca E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. Bellodi Ansaloni A., Ad eruendam veritatem. *Profili metodologici e processuali della* quaestio per tormenta, 2011.
257. Pontoriero I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.

Finito di stampare nel mese di marzo 2012
presso Editografica – Rastignano (BO)